

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 154

Nueva Serie Año LI Número 154 Enero-Abril 2019

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año LI, número 154, enero-abril de 2019, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, alcaldía de Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: *bmdc@comunidad.unam.mx*. Editora responsable: Pamela Rodríguez Padilla. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN electrónico 2448-4873. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Isidro Saucedo, Diana Luján Verón
y Roberto Zavaleta Cornejo

Formación en computadora: Isidro Saucedo

Apoyo editorial: Gilda Bautista Ravelo

Asistentes de la revista: Nayely Galindo Aguilar y Andrés Mendoza Noriega

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directora
Pamela Rodríguez Padilla

Coordinación editorial
Raúl Márquez Romero
Wendy V. Rocha Cacho

Consejo Editorial

Francisco Balaguer (España); Enrique Calvo Nicolau (México); León Cortiñas Peláez (México); José Ramón Cossío (México); Mariano-Florentino Cuéllar (EUA); Héctor Fix-Zamudio (México); Lawrence Friedman (EUA); Eduardo García de Enterría (España); Carmen García Mendieta (Uruguay); Sergio García Ramírez (México); Volkmar Gessner (Alemania); Patrick Glenn (Canadá); Juan Luis González Alcántara (México); Jesús González Pérez (España); Roberto Ibáñez Mariel (México); Olga Islas de González Mariscal (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Rahmatullah Kahn (India); Boris Kozolchyk (EUA); Donald MacRae (Canadá); Jorge Madrazo (México); John H. Merryman (EUA); Loreta Ortiz (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Javier Quijano (México); Jean-Michel Servais (Bélgica); Fernando Serrano Migallón (México); José Luis Siqueiros (México); José Luis Soberanes Fernández (México); José Juan Toharia (España); Gerald Torres (EUA); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México); Stephen Zamora (EUA).

Comité Editorial

Jorge Adame (IIJ-UNAM); Mercedes Albornoz (CIDE); César Iván Astudillo Reyes (IIJ-UNAM); Manuel Becerra (IIJ-UNAM); Leticia Bonifaz (Facultad de Derecho, UNAM); Ingrid Brena Sesma (IIJ-UNAM); José Antonio Caballero Juárez (CIDE); Enrique Cáceres (IIJ-UNAM); Miguel Carbonell (IIJ-UNAM); Alejandro Cárdenas Camacho (FES Acatlán); René Caso Luengo (Facultad de Derecho, UNAM); Gabriel Cavazos (Tecnológico de Monterrey); Kristyan Complak (Polonia); Francisco Contreras Vaca (Universidad Panamericana); Óscar Cruz Barney (IIJ-UNAM);

Juan Antonio Cruz Parceros (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM); Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (IIJ-UNAM); Héctor Fix-Fierro (IIJ-UNAM); Imer Flores (IIJ-UNAM); Sandy Gaines (Universidad de Nuevo México); David Ganz (Universidad de Arizona); Leticia García Villaluenga (Universidad Complutense de Madrid); Ma. del Refugio González (IIJ-UNAM); Rodrigo Gutiérrez Rivas (IIJ-UNAM); Alfonso Herrera García (SCJN); Carla Huerta Ochoa (IIJ-UNAM); Rafael Ibarra Gil (FES Acatlán); Alexei Julio Estrada (Universidad Externado de Colombia); Patricia Kurczyn (IIJ-UNAM); Sergio López-Ayllón (CIDE); José Pedro López Elías (Facultad de Derecho, UNAM); Eduardo Magallón Gómez (ITAM); María Elena Mansilla y Mejía (Facultad de Derecho, UNAM); Ricardo Méndez Silva (IIJ-UNAM); Jorge Montañez Ojeda (Facultad de Derecho, UNAM); Carlos F. Natarén Nandayapa; Ruperto Patiño Manferrer (Facultad de Derecho, UNAM); Mercedes Peláez (Inacipe); María de Montserrat Pérez Contreras (IIJ-UNAM); Jonathan Pratter (Universidad de Texas, Austin); Carlos Reynoso (UAM); Gabriela Ríos Granados (IIJ-UNAM); Andrés Rodríguez Benot (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla); Víctor Manuel Rojas Amandi (Universidad Iberoamericana); José Roldán Xopa (ITAM); Javier Saldaña (IIJ-UNAM); Alfredo Sánchez Castañeda (IIJ-UNAM); Miguel Sarre (ITAM); José María Serna de la Garza (IIJ-UNAM); Eduardo Torres Espinoza (FES Acatlán); Luis Daniel Vázquez Valencia (IIJ-UNAM); Gustavo Vega (El Colegio de México); Hernany Veytia Palomino (Universidad Panamericana); Jorge Witker (IIJ-UNAM).

Número de certificado de licitud de título: 2096

Número de certificado de licitud de contenido: 1327

Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102

Primera edición: 29 de noviembre de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN electrónico: 2448-4873

El *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* se encuentra registrado en los siguientes índices, directorios y bases de datos nacionales e internacionales:

Bibliography of Asian Studies (Online Edition)
CSA Political Science & Government (Cambridge Scientific Abstracts)
Human Rights Internet Reporter
Index to Foreign Legal Periodicals
International Political Sciences Abstracts
Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Marine Affairs Bibliography
Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)
Periodicals Index Online
Russian Academy of Sciences Bibliographies
Scientific Electronic Library Online (SciELO México)
SCOPUS
Scielo Citation Index (SCI)
Dialnet
Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)
Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)
Web of Science (WOS)

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- Rodrigo BARCIA
LEHMANN
- Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte) 15
- The two Forms of Shared Custody in the Event that the Parents are not Agree (Second Part)*
- José Antonio ESTRADA
MARÚN
- La designación de los jueces de la Corte Constitucional italiana 39
- Yessica ESQUIVEL
ALONSO
- Appointment of the Judges of the Italian Constitutional Court*
- Jesús Alfonso SOTO
PINEDA
- Luis Felipe JARAMILLO
DE LOS RÍOS
- Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: el aporte del neoinstitucionalismo 77
- Common Aspects of the Chicago and Harvard Schools of Antitrust Analysis: the Neo-Institutional Contribution*

Miguel Ángel MARMOLEJO CERVANTES	De la teoría del riesgo creado a la teoría del riesgo regulado en materia de hidro- carburos. 107
	<i>Theory of Created Risk to Theory Regulated Risk in Hydrocarbon Matter</i>
Carmen MONTERO	Estudio comparado entre España y Méxi- co sobre el marco jurídico aplicable al fe- minicidio 147
	<i>A Comparative Study between the Spanish and Mexican Laws Regarding Femicide</i>
María Elisa MORALES ORTIZ	El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas 171
	<i>The English Way for Preventing Unfair Terms</i>
Miluska ORBEGOSO SILVA	La teoría alemana de la organización y el procedimiento. Una clave para entender la protección de los derechos fundamen- tales en el Estado social 199
	<i>The German Theory of Organization and Pro- cedure. A Key Element to Understand the Protec- tion of Fundamental Rights in the Social State</i>
Gisela María PÉREZ FUENTES	Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado 221
	<i>Punitive Damages: Critical Analysis from Com- parative Law.</i>

Catalina RUIZ-RICO
RUIZ

Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información 255

Comparative Analysis of Iberoamerican Legislation on Transparency and Access to Public Information

Helga María SABOIA
BEZERRA

La guerra de la independencia y la Constitución de Cádiz (1812). Peculiaridades e influencias 285

The Spanish War of Independence and the Constitution of Cádiz (1812). Peculiarities and Influences

María SERRANO
FERNÁNDEZ

Uniones de hecho: estudio de derecho comparado entre España y Paraguay 319

Common Law Partnership: A Comparative Case Study between Spanish and Paraguayan Legislations

Chantal LUCERO
VARGAS

Último párrafo del artículo 32 constitucional. Su discrepancia con los estándares internacionales de derechos humanos con relación al derecho a la igualdad y no discriminación 383

Last Paragraph of Article 32 Constitutional. Their Discrepancy with the International Standards of Human Rights in Relation to the Right to Equality and Non-Discrimination

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Rafael CABALLERO ÁLVAREZ	Apuntes metodológicos para evaluar la efectividad de una ley. 411
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso <i>Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala</i>). 425
Luis A. GARCÍA SEGURA Juan CAYÓN PEÑA	Retos jurídicos de los vehículos conectados en la era del Internet de las cosas. . 457
Eugenio GIL LÓPEZ Karina MEDINACELI DÍAZ	La protección del derecho a la intimidad en la historia clínica electrónica en Bolivia: una perspectiva para Latinoamérica 489
Francisco GODOY TENA	Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o <i>common law</i>) y el sistema judicial español (<i>civil law</i>) 513
Olga MELNICHUK Maxim MELNICHUK	The Right to Education in the System of the Constitutional Rights of Ukraine (Comparative Analysis). 539
Daniel MÁRQUEZ José María SERNA Diego VALADÉS	La Guardia Nacional en México 569

BIBLIOGRAFÍA

- Eduardo ALCARAZ
MONDRAGÓN
- ADAME GODDARD, Jorge, *¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, 77 pp. 603
- Humberto CANTÚ
RIVERA
- RIEDEL, Eibe, GIACCA, Gilles y GOLAY, Christophe (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 525 pp. 609
- Sergio GARCÍA
RAMÍREZ
- ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 209 pp. 615
- Carlos SORIANO
CIENFUEGOS
- UGALDE, Luis Carlos y HERNÁNDEZ, Saíd, *Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva federal y local*, México, TEPJF-Integralia, 2017, 716 pp. 623

ARTÍCULOS

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN DE ACUERDO (SEGUNDA PARTE)*

THE TWO FORMS OF SHARED CUSTODY IN THE EVENT THAT THE PARENTS ARE NOT AGREE (SECOND PART)

Rodrigo BARCIA LEHMANN**

RESUMEN: El presente artículo justifica la custodia compartida, aun con oposición de uno de los padres, como régimen legal supletorio preferente, pero sobre todo como régimen específico dentro de un sistema de custodia indistinta. La custodia compartida se sustenta en los derechos fundamentales de los NNA (principios del interés superior y corresponsabilidad), pero especialmente en estudios empíricos.

ABSTRACT: *This article justifies the joint custody, even with the opposition of one of the parents, as a supplementary legal regime preferred, but primarily as specific within a system of indistinct custody. Shared custody is based on the fundamental rights of children (principles of superior interest and parental co-responsibility), but especially in empirical studies.*

Keywords: *Shared Custody, Parental Co-Responsibility, Equality of Parents, the Best Interests of the Child.*

Palabras clave: custodia y cuidado personal compartido, corresponsabilidad de los padres, igualdad de los padres, interés superior del niño.

* Artículo recibido el 17 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 9 de enero de 2018. Forma parte de la investigación titulada: “Facultades y deberes del padre no custodio”, Proyecto Fondecyt, núm. 1150454, 2015-2016, que tiene al autor como investigador responsable y al doctor Gonzalo Ruz como coinvestigador; además, es la segunda parte de un trabajo publicado en el número anterior de esta revista.

** ORCID: 0000-0003-1021-446X, licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Central de Chile, 1991; MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; European Master in Law and Economics, Complutense und Hamburg Universität, 1998 y doctor en derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor titular en la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Pedro de Valdivia núm. 1509, Providencia, Correo electrónico: rbarcia@uft.cl.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los estudios e investigaciones sociales psicológicos son favorables a la custodia compartida*. III. *Los fundamentos jurídicos de la custodia compartida*. IV. *El derecho comparado en torno a la custodia compartida*. V. *La custodia compartida con oposición en el derecho chileno*. VI. *Conclusiones en torno a la custodia compartida como régimen legal general y supletorio, o como régimen especial con oposición de uno de los padres*. VII. *Bibliografía*.

ABREVIATURAS

BBI	Beyond the Best Interests of the Child
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Corte Apelaciones (Chile)
CCCh	Código Civil chileno
CCE	Código Civil Español
CCI	Código Civil Italiano
CC y C	Código Civil y Comercial Argentino
CDN	Convención de Derechos del Niño (Naciones Unidas)
CS	Corte Suprema (Chile)
LMC	Ley de Matrimonio Civil (Chile)
NNA	Niño, niña o adolescente
PSPE	Padres Solteros por Elección
SAP	Sentencia Audiencia Provincial (España)
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español

IV. EL DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA

Italia ha establecido una valoración judicial prioritaria del cuidado compartido de los hijos. La Ley núm. 54/2006, del 8 de febrero, modificó la redacción del artículo 155 del Código Civil, y agregó los artículos 155 bis, ter, quarter, quinquies y sexies, inclinándose a favor de la custodia compartida. Esta importante modificación legal estableció la custodia compartida como régimen supletorio legal y judicial, salvo que, el juez, en función del interés superior y de forma excepcional, decretase la custodia exclusiva a favor de uno de los padres. La reforma se sustentó en los buenos resultados

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

de la custodia compartida, tanto en los países en que ella se aplicó, como en los casos en que se había concedido en la propia Italia; y concretamente se estimó que éste debía ser el régimen general con base en dos fundamentos: primero, debido a los incentivos que genera esta regulación en adoptar conductas colaborativas de los padres; y segundo, para enfrentar algunas sentencias que, de forma arbitraria, estaban denegando demandas de custodia compartida del padre con oposición de la madre. Así, en la discusión del Proyecto de Ley, que terminó modificando el artículo 155 del Código Civil, el Senado de la República, XVII Legislatura archivo Iter DDL S. 1163, del 7 de marzo de 2016, se señala que la custodia compartida más que un régimen funcional en torno a los derechos, es decir, un sistema equitativo de reparto de funciones de filiación, presenta beneficios comprobados para los niños en los países desarrollados, como Italia, muy superiores a la custodia exclusiva e incluso a la custodia de padres que viven juntos. Asimismo, fundamenta la inclinación por la custodia compartida en los estudios de Bauserman (ya analizados), en los Informes del Colegio Nacional de Psicólogos de la orden; de la Sociedad Italiana de Pediatría Preventiva y Social y de la Oficina Nacional de Estadística para el Ministerio de Asuntos Sociales de Suecia (2009), todos favorables a la custodia compartida sobre la exclusiva. Este último estudio acredita que los problemas sociales, vinculados al alcohol y la droga, son menores en los casos de custodia compartida que exclusiva (Senato della Repubblica, n. d.: 9-12). Esto es importante por cuanto se refiere a casos de niños vulnerables.

1. *Derecho del common law*

La Children Act 1989 fue la modificación más importante introducida en el RU hasta la actualidad. Dicha reforma acuñaría el término “parental responsibility” (Eekelaar, 2017: 13-16), que vendría a reemplazar al de custodia.¹ Dicho término se define, por el párrafo 1, sección 3, de la Ley de 1989, como: “todos los derechos, deberes, facultades, responsabi-

¹ En este sentido, Nikolina señala: “[W]ith the coming into force of the Children Act 1989, the term «custody» has been replaced with the term «parental responsibility» and the idea that both parents should hold and exercise parental responsibilities together in harmony, consulting each other when making important decisions on the upbringing of the child” (Nikolina, 2015: 51).

dad y autoridad con que el Derecho inviste a los padres con relación a la persona de sus hijos y su propiedad”.²

La referida ley tiene dos grandes objetivos: la consideración de ambos padres en torno a la crianza y educación de los hijos y el reconocimiento de un grado importante de autonomía de los NNA.³ La Ley de 1989 promueve que los padres, de forma preferente, decidan sobre la crianza y educación de los hijos. También faculta que los padres, de común acuerdo, puedan repartir las funciones propios de la filiación —sin perjuicio de lo cual la responsabilidad parental es indelegable—. En caso de conflicto, como si la madre impide el que se declarada la responsabilidad parental del padre —en la medida que no se hayan casado o no haya reconocido— el padre puede recurrir a una *parental responsibility order*. A su vez, si uno de los padres convive con el hijo e impide la relación con el otro padre, éste puede recurrir a una *contact orders*.

Como destacan Herring, Probert y Gilmore, a raíz de las modificaciones a la Children Act 1989,⁴ la jurisprudencia de las cortes, resolvieron lo siguiente en torno a las *contact orders*:

- a) El contacto entre padre e hijo es un elemento fundamental de la vida familiar y es, prácticamente siempre, en el interés del menor; el contacto entre padre e hijo debe terminar sólo en circunstancias excepcionales, en que existen razones convincentes para hacerlo y

² Nikolina señala, que la doctrina ha criticado esta definición por cuanto la ley no precisa el contenido concreto en que se descompone esta figura. La Comisión, que elaboró el Proyecto, prefirió no detallar en que se divide su contenido, aduciendo que los casos que se presentan en la realidad son tan diversos que son los jueces los llamados a determinar su contenido (Nicolina, 2015: 51).

Por otra parte, para Martins la *parental responsibility* tiene dos contenidos. El primero es un contenido marcado por los derechos de la personalidad (seguridad, manutención, salud, etcétera) y el segundo por los aspectos patrimoniales, fundamentalmente la representación y la administración del patrimonio del NNA (Martins, 2003: 368). En cambio, para Baldjueva la *parental responsibility* está íntimamente ligada con una estructura conceptual (*conceptual building block*) en la cual ya no es posible distinguir entre deberes y facultades (Baldjueva, 2003: 403 y 404). En igual sentido se manifiesta Probert que prefiere hablar de “[R]esponsibilities rather than rights” (Probert, 2009: 242).

³ La Reforma de 1989 se basa en estos dos aspectos (Nicolina, 2015: 46-49).

⁴ El “*Children and Families*” Act de 2014 modificó la legislación de 1989. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>.

cuando no hay alternativa. El contacto se debe terminar sólo si es perjudicial para el bienestar del niño.

- b) Existe una obligación positiva del Estado, y por consiguiente del juez, de tomar medidas para mantener y reconstituir la relación entre padre e hijo, en definitiva, para mantener o restablecer el contacto en los siguientes ámbitos: el juez tiene un deber positivo de procurar promover el contacto; el juez debe lidiar con todas las alternativas disponibles antes de abandonar la esperanza de lograr algún tipo de contacto; el juez debe ser cuidadoso de no llegar a una decisión prematura, el contacto debe detenerse sólo como último recurso y sólo una vez que ha quedado claro que el menor no se beneficiará de continuar con el intento.
- c) La Corte debe considerar tanto una visión a mediano como a largo plazo y no otorgar un peso excesivo a lo que probablemente parezca ser un problema transitorio o de corto plazo.

Para los referidos autores la labor del juez es exigir y hacer un examen profundo y estricto sobre la adopción de todos los pasos necesarios para facilitar el contacto como puede ser razonablemente demandado en las circunstancias del caso particular, y todo ello guiado por el interés superior del niño como interés primordial sobre cualquier otra consideración (Herring, 2015: 94 y 95).

En todo caso, la acción que interesa es la denominada *share residence order*, que es una acción reconocida por la jurisprudencia inglesa, a raíz de un fallo del juez Ward J. L., para solicitar una custodia compartida con residencia alternada. Su aplicación desde su reconocimiento por tribunales, a mediados de los noventa, se ha ido extendiendo mediante sucesivas modificaciones jurisprudenciales. Esta acción es entablada por uno de los padres, en caso de que el hijo resida con el otro, para los efectos de establecer una residencia alternada. El supuesto más relevante en que se acogen estas acciones opera cuando el padre con que convive el NNA desconoce la responsabilidad parental del padre demandante. En 2004 (*Children, shared residence*) se concede una de estas órdenes a favor del padre, dado que la madre estaba decidiendo unitariamente los aspectos relacionados con

la educación y salud del niño.⁵ Sin perjuicio de lo cual, Nikolina, a este respecto, señala que la custodia conjunta no es aún una regla general y supletoria en el RU. Ello, por cuanto la *shared residence*, sólo se concede en casos en que el interés superior del niño en concreto lo justifique.⁶

Lo que subyace, en estos ordenamientos jurídicos, es el entender la custodia compartida como una forma preferente de derecho humano fundamental de la infancia. Ello se desprende, por ejemplo, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 de Consejo del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuando establece que las medias judiciales adoptadas en materia civil —especialmente las medidas tendientes a garantizar la igualdad de los menores en cuanto a la responsabilidad parental— tendrán fuerza ejecutiva en cualquiera de ellos. Por tanto, al otorgarle a las medidas igualitarias, en torno a la responsabilidad parental, una fuerza ejecutiva evidencia que se trata de derechos preferentes.

En los Estados Unidos de América, en un principio, los jueces no concedieron *joint or shared custody*, por estimar que debían contar con una regulación estatal habilitante; sin embargo, a partir de los años setenta, esta tendencia cambiaría. La mayoría de los estados habilita a los jueces para que puedan decretar la custodia compartida (Sanford, 2011: 111), e incluso en mucho estados se ha impuesto como el régimen legal general y supletorio; pero la Corte siempre mantiene la facultad de asignar el cui-

⁵ En torno a la custodia compartida (*shared residence*), aunque ella no se ha definido en el derecho inglés, se puede señalar que es aquella en que el tiempo de estadía de los niños se divide en un porcentaje equitativo entre los padres que podría ir desde 70/30% a 50/50%. A pesar de que en la Comisión que elaboró el Proyecto de Ley se inclinó de forma negativa hacia esta figura, ella ha comenzado a aplicarse de forma creciente por los tribunales. Sin perjuicio de lo cual, el *Shared Parenting Orders Bill*, que pretendió modificar la Ley de 1989, ha sido pospuesto.

Nikolina se refiere a un estudio por el cual los padres separados recurren en un 9/12% a esta figura (Nikolina, 2015: 67 y 49).

⁶ A este respecto Nikolina señala: “[T]he application of the Convention on the Exercise of Children’s Rights to the issue of joint parental responsibilities and residential co-parenting would mean that the question of how the child’s residence, the care for the child and the contact with the child after the separation of the parents should be devised, must be answered taking into account the best interests of the child and the child’s views. These types of decisions are not up to parents to decide as they deem fit. The legal procedures have to be child-oriented instead of parent-oriented” (Nikolina, 2015: 25).

dado de forma exclusiva cuando la custodia compartida cause detrimento al hijo (*detrimental to the child*) (Meyer, 2006: 1473; De Witt, 2005: 481). Sin perjuicio de lo cual, los alcances de la custodia compartida (*joint custody*) no han estado exentos de críticas en el derecho americano.⁷ Sanford señala que la custodia compartida, entendida como *joint custody*, exige que ambos padres sean igualmente responsables en torno a la forma en que se conduce la educación de los hijos. Esta figura en cierto grado recrea la familia nuclear,⁸ y para el autor requiere de las siguientes condiciones: una inusual cooperación entre los padres, que ambos padres sean financieramente solventes y exige el acuerdo del NNA [aunque señala que en muchos casos la opinión del NNA se pasa por alto] (Sanford, 2011: 112). El derecho americano distingue además la *joint legal custody* en consideración a la cual las decisiones relevantes se deben tomar de acuerdo entre los padres. Esta figura tendría su símil en la titularidad y ejercicio de la patria potestad española o en la autoridad parental del derecho chileno. Y finalmente, la *joint physical and legal custody*, que es el equivalente a la custodia compartida por cuanto permite alternancia en la custodia del NNA (Sanford, 2011: 112). En palabras de Kelly, en consideración a esta figura: “[B]oth parents retain right to share in day-to-day residential care of child; generally not defined as equal sharing, but intended to grant substantial periods of time to each parent” (Kelly, 1994: 124).

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, estudios relativamente recientes indican que los tribunales están dejando de lado la custodia exclusiva y la indistinta para optar por estas formas de custodia.⁹

⁷ A este respecto, Meyer agrega que la custodia compartida, como criterio de asignación legal tiene las dos siguientes acepciones: poder de decisión conjunto “*joint legal custody*” y establecimiento alterno o compartido “*joint physical custody*”, como residencia alternada (Meyer 2006, 1470).

⁸ Esta posición en todo caso está comenzando a dejarse de lado al reconocer distintos tipos de familia.

⁹ Kelly señala a este respecto que “[T]he number of joint physical custody orders also increases after enabling legislation is passed, but at a much lower rate 35, 39, 41 in the absence of national data, regional studies suggest that joint legal and sole maternal physical custody is today the most common legal custody arrangement in the United States, followed by sole legal and physical custody to the mother” (Kelly, 1994: 124).

2. *Derecho latinoamericano*

En América Latina, los artículos 70 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, 1632 del Código Civil de Brasil, 252 y 275 CC de Uruguay y 641 del CC y C argentino se inclinan por la responsabilidad conjunta de los padres. Argentina adopta recientemente un sistema muy similar al italiano. Así, el nuevo artículo 641.b) del CC y C, promulgado el 7 de octubre de 2014,¹⁰ consagra una responsabilidad parental conjunta, aún si los padres están separados.¹¹

En Puerto Rico se establece la custodia compartida de forma legal y supletoria y se exige probar la inconveniencia del régimen por el padre recurrente mediante la Ley núm. 223 Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, del 21 de noviembre de 2011.¹² La situación legal de los hijos con relación a sus padres, antes

¹⁰ Así, los artículos 650 y 651 del CC y C establecen lo siguiente:

“Artículo 650 [Modalidades del cuidado personal compartido].

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Artículo 651 [Reglas generales].

A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

¹¹ En Argentina el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre ya fue propuesto en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Santa Fe en 1977 (Zannoni, 1989).

¹² La referida Ley regula la custodia compartida en los siguientes términos:

“Artículo 4o. [Consideración de la Custodia Compartida]

En todos los casos de divorcio, separación o disolución de una relación consensual donde estén involucrados menores de edad, la custodia compartida de los menores, aun contra la voluntad de alguno de los progenitores que interesa se le otorgue la custodia monoparental, se considerará si es beneficiosa a los mejores intereses del menor, salvo prueba en contrario y con excepción de los casos en que apliquen las exclusiones establecidas en el artículo 9o. de esta Ley. Por lo tanto, los tribunales deberán evaluar y considerar la custodia compartida sujeto a lo dispuesto en esta Ley. El juez se asegurará, previo a solicitud de parte, que se cumplan con los planes establecidos para la custodia compartida.

Nada de lo contenido en este artículo se entenderá como que conlleva que es compulsorio fijar la custodia compartida por los Tribunales. En los casos que se demuestre que alguno de los progenitores no se encuentra capacitado para ostentar la misma, los

de esta ley, no era para nada alentadora, y la aplicación de la referida ley ha sido resistida por tribunales. Una evaluación negativa, en la aplicación de la ley, la hace Angueira, que elaboró un interesante trabajo por el cual entiende que la custodia exclusiva a favor de la madre —y los pocos incentivos tanto para celebrar acuerdos de custodia compartida como para que los jueces la decreten— tiene que ver con el rol asistencial que equivocadamente se le otorga al derecho civil, y especialmente a los alimentos. Ello se debe a que la custodia compartida rebajaría los alimentos a favor de la madre. En igual sentido, Riveros plantea una mirada muy interesante sobre los alimentos en un trabajo sobre el principio de la autorresponsabilidad en el divorcio que se desprendería del artículo 60 de la LMC chilena. En consideración a este principio, las personas son las que deben hacerse cargo de su propio bienestar; lo que es contrario a la obtención de una compensación económica en tiempos extremadamente largos (Angueira, 2012: 881-894; Riveros, n.d.: 100-112).

V. LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICIÓN EN EL DERECHO CHILENO

1. *Una cuestión previa: ámbito de aplicación de la custodia compartida con oposición en el derecho chileno*

La Ley núm. 20.680 de 2013 actualizó la anacrónica regulación de asignación de deberes y facultades de la infancia. Básicamente facultó a los jueces para asignar el cuidado personal a uno de los padres, conforme al interés superior del NNA en los casos de conflicto (artículos 225.1, 225.3 y 225.5 y 225-2 del CCch),¹³ terminando con la regla de la superioridad

tribunales, actuando en beneficio de los mejores intereses de los menores, no la concederá. No obstante, los tribunales deben estar atentos a cualquier actuación frívola e infundada de alguno de los progenitores, dirigida a impedir que el otro progenitor disfrute de la custodia compartida, aun cuando se encuentre capacitado para ello”.

Véase *La custodia compartida, política pública para el bienestar de los menores*, disponible en: <https://aldia.microjuris.com/2013/07/17/la-custodia-compartida-politica-publica-para-el-mejor-bienestar-de-los-menores/>.

¹³ Estas disposiciones son del siguiente tenor:

“Artículo 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en

materna; y consagró de forma definitiva el principio de la corresponsabilidad de los padres en el artículo 224 del CCCh.¹⁴ Además, se ocupó de los derechos y facultades del padre no custodio en el artículos 229.1, 229.2 y

forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad...

En cualesquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226...

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229...

Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. i) El domicilio de los padres. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

¹⁴ Esta norma establece lo siguiente: “Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

229.4 del CCch.¹⁵ No es del caso analizar acá este entrampado normativo, pero mucho de los conceptos a los que recurrió la reforma se inspiran en cláusulas generales.¹⁶ Es importante destacar también que los casos de cuidado personal indistinto —que no cabe confundirla con el cuidado personal exclusivo, que opera en casos de pérdida del cuidado personal por inhabilidad física o moral de un padre (artículos 226 del CCch y 42 de la Ley de Protección de Menores)— deben ir acompañado con aspectos propios de la crianza y educación en que participe el padre no custodio. Un régimen como este puede ser calificado como de *joint custody*,¹⁷ pero ello dependerá de la participación del padre no custodio en aspectos propios de la crianza y educación de sus hijos. Lo contrario vendría a significar desconocer el peso normativo del artículo 224 del CCch. Sin perjuicio de estos aspectos —que determinarán si los deberes y facultades del padre no custodio son correctamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia (aspecto que excede la presente investigación)—, lo que se analiza en

¹⁵ El precepto es del siguiente tenor: “Artículo 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable...

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana”.

¹⁶ No es del caso hacer un análisis de lo que se entiende por cláusula general, por cuanto este concepto es de aplicación general en el derecho privado. Sin perjuicio de lo cual, Valenzuela señala que “[E]l legislador utiliza expresiones de carácter general consagra, normativamente, principios jurídicos generalmente aceptados. Las disposiciones que contemplan expresiones como «buena fe», «buenas costumbres», «usos del tráfico», «enriquecimiento injusto», «orden público», «naturaleza de los contratos», «causa lícita», «objeto lícito», «buen padre de familia», «equidad» [y] «principios generales del derecho» llamadas «cláusulas generales», revisten gran importancia por su naturaleza y por las facultades que tienen los jueces para su interpretación y desarrollo” (Ferrada Valenzuela, 1996: 233).

Además, respecto de las cláusulas generales, se puede consultar en García Salgado, 2003: 105-130; De la Fuente Núñez de Castro, 2015; Miquel González, 2013: 223-252; De Torres Perea, 2016.

¹⁷ Véase el caso *Abbott vs. Abbott*, 560 U.S. 1, 2010. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/560/1/>.

el presente artículo es si el juez puede decretar el cuidado personal compartido con oposición del otro padre, cuando ello vaya en resguardo del interés del NNA.

La reforma de 2013 reguló expresamente sólo la custodia compartida de común acuerdo, y no se refirió a la custodia compartida con oposición. También es necesario recalcar que uno de los proyectos de reforma contemplaba la custodia compartida como régimen legal general y supletorio. Para analizar la regulación chilena respecto de la custodia compartida con oposición de uno de los padres se abordarán los siguientes aspectos: lo que la doctrina y jurisprudencia chilenas han señalado respecto de la custodia compartida con oposición, por una parte, y los argumentos a favor de esta figura, por la otra.

2. *Posición de la doctrina y jurisprudencias chilenas frente a la custodia compartida con oposición*

Tapia señala que, dada la regulación de la Ley núm. 20.680, la custodia compartida con oposición no es posible. El fundamento de su posición consiste en que nuestra legislación sólo se permite que el juez dé lugar a la custodia compartida de común acuerdo entre los padres conforme a lo establecido en el artículo 225 del CCch.¹⁸ En igual sentido Lathrop señala que en Chile el juez no puede dar lugar al cuidado personal compartido a petición de uno de los progenitores;¹⁹ pero, como se verá, los argumen-

¹⁸ Tapia, aunque califica esta situación de negativa, señala: “[P]or último, el inciso 4 de ese mismo artículo (se refiere al artículo 225) agrega que los padres que viven separados pueden «de común acuerdo» determinar que el cuidado personal de los hijos corresponde a «ambos de forma compartida»... [c]l juez carece, según esta regla general (se refiere al artículo 225), de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo de los padres. Esto es, se otorga a cada padre un derecho a veto, para oponerse y hacer inviable un a cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos” [lo señalado entre paréntesis es mío] (Tapia, 2013: 17).

¹⁹ La referida autora fundamenta su posición en el artículo 225.4 del CCch. La norma precedente es del siguiente tenor: “[E]n cualesquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior se debe entender sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226” (Lathroph, 2017: 159).

tos precedentes no son para nada definitivos conforme a la Historia Fidedigna de la Ley núm. 20.680 (desde que en la discusión legislativa sólo se analizó la custodia compartida con oposición como sanción al padre custodio). La jurisprudencia, en los pocos casos que se ha pronunciado sobre custodia compartida con oposición de un padre, la ha rechazado con diferentes argumentos. En “F con V”, RIT C-5984-2013, Primer Juzgado de Familia de Santiago, la Corte Suprema rechaza un recurso de casación en el fondo, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2015, Rol Ingreso de Corte núm. 4889-15. En dicho fallo el alto tribunal sostiene que la Ley núm. 20.680 sólo estableció la custodia compartida de común acuerdo. En igual sentido, la Corte Suprema en “Z con S”, RIT C-314-2014, seguidos ante el Tribunal de Familia de Coyhaique, la Corte Suprema, mediante la sentencia del 17 de diciembre de 2015, Rol Ingreso Corte núm. 6320-15, acoge un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la CA de Coyhaique, de 7/04/15, Rol núm. Ingreso Corte de Apelaciones 8-2015. La sentencia anulada había confirmado un cuidado compartido con oposición de un padre. Los fundamentos del fallo anulatorio son los siguientes: el cuidado personal compartido no existe y los tribunales inferiores al establecerla trasgredirían el artículo 225 del CCch (Cons. 7o.); en derecho comparado no existe esta figura;²⁰ y esta figura no procede en la especie dada la continua conflictividad de los padres (Cons. 7o.). A su vez, en “G con P”, Rol Ingreso Corte Suprema núm. 97.896/2016, seguidos ante el 4o. Juzgado de Familia, C-507-2015, la Cuarta Sala (mixta) de la Corte Suprema, mediante fallo del 11 de enero de 2017, núm. 35.378, rechazó un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la CA de Santiago, Ingreso de la Corte núm. 2.215-2016. Un padre había solicitado por demanda ordinaria el cuidado personal de su hija de siete años, en atención a que la madre no estaba cumpliendo el cuidado personal compartido pactado entre las partes mediante una transacción.

²⁰ En la sentencia de remplazo, la Corte Suprema resuelve: “Cuarto: Que la doctrina y el derecho extranjero están de acuerdo en señalar, respecto al cuidado compartido, que «Otro rasgo importante de esta institución es su fuente en la convención de los padres. Los acuerdos de tuición conjunta o alternada desde su introducción en los años 1980 son convenios entre los padres. Requieren el mutuo acuerdo entre progenitores. Lo que resulta difícil de aceptar es que los tribunales de familia decreten estos sistemas contra la voluntad de uno de los padres. En el ámbito norteamericano, hay numerosos estudios que desaconsejan la tuición compartida si no hay un alto grado de armonía y cooperación entre los padres»” (Rodríguez, 2010: 97).

La Corte Suprema rechaza la casación, resolviendo en su considerando 4o., lo siguiente:

[Q]ue los jueces estimaron que, efectivamente, los padres mantuvieron en el pasado un acuerdo en materia de cuidado personal de su hija, que fue compartido entre ambos, que en los hechos no se cumple hace más de un año por decisión unilateral de la madre, y que al no existir acuerdo entre las partes el tribunal no puede establecer un régimen similar para el futuro, por lo que en atención a que la madre ha mantenido el cuidado personal de la niña, que no existen situaciones de riesgo o inhabilidades en ninguno de los padres, y que la madre aparece como su principal figura de apego, se rechazó la demanda de cuidado personal interpuesta por el padre. En cuanto a la demanda subsidiaria de régimen comunicacional, establecido que la niña tiene una relación muy cercana con su padre y su familia extensa, por esa vía, aquella debe continuar, relacionándose de una manera acorde a su edad y etapa de desarrollo.²¹

En “G con R”, RIT C-1101-2014, seguidos ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, la Corte Suprema, a través de la sentencia del 29 de septiembre de 2015, anula la resolución del 28 de febrero de 2014, que no dio lugar a dar curso a la demanda de cuidado personal compartido, y la sentencia que confirma dicho fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 30 de junio de 2014. Este fallo es contrario a los fallos precedentes desde que la Corte Suprema resuelve que es posible demandar el cuidado personal con oposición y que no procede desechar estas demandas en el control previo de admisibilidad. En realidad, en este caso no

²¹ La Corte Suprema no entró a analizar el recurso por cuanto lo declaró inadmisibile, resolviendo, en su considerando 5o.: “Que, tal como ha sido reiteradamente señalado por esta Corte, sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la Ley 19.968, lo cierto es que la crítica se concentra en la ponderación de la prueba que han efectuado los jueces del fondo, esto es, en las conclusiones a que arribaron a partir del análisis de todos los medios de prueba incorporados al proceso, que no son compartidas por la parte recurrente, quien cuestiona la decisión, pero, omitiendo presentar los atentados a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente aceptados. Mismos razonamientos que pueden reproducirse con relación a las demás normas que la parte señala infringidas, por cuanto, pese a su extensa enumeración, todas las alegaciones apuntan a impugnar la ponderación de la prueba efectuada por los sentenciadores del fondo”.

es que se haya concedido el cuidado personal compartido con oposición, sino que la Corte reconoce el derecho a solicitarlo.

La doctrina chilena hasta el momento, sin entrar a analizar la evolución del derecho comparado, se ha mostrado reticente a la aplicación de la custodia compartida con oposición de uno de los padres²² y la jurisprudencia precedente es muy embrionaria todavía.

3. *Argumentos a favor del cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres en el derecho chileno*

Dado lo señalado hasta el momento es posible fundamentar el cuidado personal compartido con oposición, en el derecho chileno, con base en los siguientes argumentos:

A. *El derecho de la infancia debe hacer partícipe al padre no custodio en la cotidianidad de su hijo, sobre todo en lo que respecta a su crianza y educación*

Los diferentes sistemas jurídicos contemplan distintas reglas generales para los casos en que los padres no se pongan de acuerdo en torno a la custodia, cuidado personal, autoridad parental, etcétera, de los hijos, estableciendo siempre alguna regla legal supletoria y preferente.

La CDN no impone un criterio a este respecto, pudiendo establecerse una custodia unilateral; pero lo que la CDN impide es el establecimiento de una custodia exclusiva. Y ello es lógico por cuanto no se puede privar al padre no custodio de la cotidianidad del hijo, salvo que exista una causa inhabilitante. Así, el cuidado personal exclusivo sólo procede en casos de inhabilitación del padre por pérdida del cuidado personal (principio de protección del NNA). Un sistema de cuidado personal exclusivo —que

²² En Chile aún no hay ni monografías, ni artículos que aborden específicamente el tema tratado en este artículo. Más bien los autores declaran tangencialmente su opinión respecto de la reforma de 2013 en un sentido muy amplio. En palabras de Lathrop, respecto de Latinoamérica, señala: “[E]n general, no existe desarrollo dogmático ni jurisprudencial profundo acerca del concepto contenido y principios de la responsabilidad parental... Así, existe más bien una aproximación atomizada a la responsabilidad parental a propósito de intereses específicos de algunos grupos, como son el reconocimiento de nuevas identidades y nuevas formas de parentalidad” (Lathrop, 2017: 147 y 148).

no sea indistinto— va en contra de los artículos 4o., que exige que se adopten por el Estado, lo que comprende también a los jueces, las medidas que hagan efectivos los derechos reconocidos por la convención, y 5o. —que establece que ambos padres participan en la crianza y educación de sus hijos—, ambos de la CDN.

B. El derecho de infancia debe posibilitar a los jueces para declarar el cuidado personal con oposición, cuando ello vaya en beneficio del NNA

En el caso chileno, el cuidado personal indistinto se ha plasmado fundamentalmente en la consagración del principio de la corresponsabilidad o coparentalidad del artículo 224 del CCCh, precedentemente transcrito. Lamentablemente, a pesar de la claridad de los artículos 224 y 229 del CCCh, en la actualidad los tribunales sólo otorgan un cuidado personal exclusivo.²³ Sin perjuicio de lo anterior, aún un sistema de cuidado indistinto —en el que conviven deberes y facultades conjuntos e indistintos, como los del padre custodio (custodia principal) y del no custodio (custodia indistinta, en su caso, supervigilancia y control, y cooperación y auxilio)— exige que los jueces puedan decretar la custodia o cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Desde la perspectiva del principio del interés superior, el juez está habilitado para conceder estas custodias, y ello es evidente ya que en muchos casos la situación óptima de desarrollo de derechos de la infancia sólo será posible a través de dicha figura.

El juez en su decisión debe ser cuidadoso, midiendo las habilidades parentales de ambos padres, escuchando al niño y analizando si el nivel de conflictividad de los padres es tal que impedirá la custodia compartida. No se puede concluir que, como se establece como regla general el cuidado personal indistinto o exclusivo —dependiendo de la posición que a este respecto se adopte—, no es posible decretar un cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Lo que ha evidenciado

²³ Ello se plasma en una relación directa y regular para el padre no custodio que en la práctica es un régimen de visitas. Contempla fines de semana por medio, y división equitativa de fiestas y feriados para ambos padres, lo que en definitiva transgrede los artículos 224 y 229 del CCCh. En otras palabras, a pesar de la importancia de la reforma de 2013, los tribunales no variaron substancialmente su jurisprudencia en torno al contenido de las facultades y derechos del padre no custodio.

el presente trabajo es que estamos frente a un vacío legal. La legislación chilena no regula el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Pero ella no se puede excluir desde que esta figura procede en caso de que sea la forma de concretizar el interés prioritario del NNA. Pero es necesario establecer concretamente los casos en que procede y establecer específicamente su contenido. Y ello se logra a través de lo que se han denominado “cláusulas generales”, que se determinan conforme a los principios del interés superior del NNA y de corresponsabilidad.

C. *La historia de la Ley núm. 20.680 posibilita la declaración del cuidado personal compartido con oposición*

Como se ha visto en el derecho chileno no existe ninguna norma prohibitiva que impida la custodia compartida con oposición de uno de los padres, sólo el Proyecto de Ley rechazó esta figura como una forma de sancionar al padre custodio. Tampoco existen antecedentes en la tramitación de la Ley núm. 20.680 que pueden llevar a sostener que se prohíbe la custodia compartida con oposición de un padre. En la discusión del Congreso se desechó tanto la custodia compartida como regla legal general y supletoria, como una forma calificada de custodia compartida con oposición: la custodia compartida como una sanción al padre custodio. En el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo se establecía dicha custodia compartida como regla legal supletoria. Sin embargo, una indicación substitutiva permitiría que se diera lugar al cuidado personal con oposición por resolución judicial, pero exigiéndose la concurrencia de las siguientes causales taxativas: 1) el que la madre o padre que tenga el cuidado personal, impida o entorpezca injustificadamente la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente, y 2) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos (así se señala en el mensaje del Ejecutivo).²⁴ Así, se propuso esta forma calificada de cuidado personal compartido:

²⁴ Así se formula la Indicación Substitutiva al Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Boletín núm. 5917-18, del 30 de marzo de 2011, núm. 001-359/, p. 5.

Cuando el padre custodio impidiere o dificultare injustificadamente, el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hijos, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre custodio realice falsas denuncias o demandas a fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos (artículo 224.4).²⁵

Esta forma de custodia compartida con oposición también fue desechada posteriormente por el Congreso.²⁶

En virtud de las consideraciones precedentes, la Ley núm. 20.680 desechó el cuidado personal compartido como regla de asignación legal general y supletoria, prefiriendo asignar el cuidado personal a uno de los padres, conforme al interés superior del NNA (artículos 225.4 y 225-2 CCCh); no aprobó el cuidado personal con oposición de un padre, como sanción al padre custodio; y reguló el cuidado personal de común acuerdo (artículos 225.1 CCCh). Estas consideraciones llevan a concluir que en realidad no hay una referencia en la historia de la Ley núm. 20.680 tajantemente en contra de la custodia compartida con oposición, desde que sólo se refiere a esta figura como sanción al padre no custodio. La solución parece adecuada, sobre todo por cuanto la regla general de nuestro derecho es la custodia indistinta. Ello, sin perjuicio, que, como se ha podido analizar, la custodia compartida con oposición —como sanción al padre custodio— es una figura marginal en el derecho comparado (como se aprecia en la *share residence order* de la jurisprudencia del RU, ya analizada). Pero también se debe señalar que, la figura de la custodia compartida como sanción no se analizó suficientemente por el Congreso, por cuanto esta figura podría haber sido un adecuado aliciente para cumplir con las facultades y derechos del padre no custodio.

²⁵ Indicación Sustitutiva al Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Boletín núm. 5917-18, p. 6.

²⁶ En la Segunda Indicación del Ejecutivo, del 20 de diciembre, 2011 (núm. 426-359), ya no se considera la custodia compartida con oposición como sanción al padre custodio, pp. 147 y 148.

VI. CONCLUSIONES EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO RÉGIMEN LEGAL GENERAL Y SUPLETORIO, O COMO RÉGIMEN ESPECIAL CON OPOSICIÓN DE UNO DE LOS PADRES

1. *La psicología moderna ha evolucionado desde una preferencia por la custodia exclusiva a una inclinación por la custodia compartida*

Independientemente que se acepte o no la custodia compartida — como un régimen legal general y supletorio o especial —, es pacífico que la sicología moderna se inclina a favor de la custodia compartida sobre la exclusiva. La validez que se le dio en el derecho del menor a la custodia exclusiva, basada en el denominado *BBJ model*, ha sido definitivamente desechada. Esta conclusión obedece a que la mayoría de los estudios psicológicos son favorables a la custodia compartida sobre la exclusiva. Por tanto, está claro que un derecho, que consagra los principios del interés superior y corresponsabilidad, no puede impedir dicha posibilidad. Este es un tema importante para los países latinoamericanos, que muchas veces asignan a un padre la custodia, conforme al principio del interés superior; pero luego dejan al denominado padre no custodio sin derecho a la crianza y educación del hijo, sobre todo en su vida cotidiana. Una de las formas generales de solucionar este problema es recurrir a la custodia indistinta — que no es parte del presente trabajo —, y la otra es recurrir a la custodia compartida con oposición de uno de los padres como régimen especial.

2. *Fundamentos jurídicos de la custodia compartida*

El reconocimiento de este régimen admite tres variables: *a)* común acuerdo de los padres; *b)* demanda de un padre con oposición del otro, y *c)* como régimen legal general y supletorio. De los ordenamientos jurídicos estudiados sólo establecen como regla general la custodia compartida Italia, algunos estados de Estados Unidos y España, pero todos reconocen que el juez está facultado para otorgarla a pesar de la oposición del otro padre. Ello por cuanto este régimen es un desarrollo de los principios de interés superior y corresponsabilidad; y este es un tema no menor, desde

que esta forma de custodia se entiende como una forma preferente de derecho humano de la infancia. La regulación en Latinoamérica, a este respecto, es incipiente y contradictoria. Ello se debe a que se reconoce como principio la corresponsabilidad y no se faculta —sobre todo a vía de doctrina jurisprudencial— a los jueces para conceder custodias compartidas con oposición de uno de los padres, salvo algunas excepciones.

La custodia compartida es la manifestación más adecuada de los principios de corresponsabilidad e interés superior del NNA. Y a pesar de que esta no es la única forma de respetar el derecho fundamental de los padres a participar en la crianza y educación de sus hijos, es una forma que debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico. Incluso, como se ha visto, debería ser considerada como una forma preferente de custodia. Ello, por cuanto forma abstracta, es el mejor régimen para el hijo. Sin embargo, como el argumento precedente puede no ser compartido —desde que se estima que este no debe ser un régimen general y supletorio—, a lo menos se debe reconocer al juez la posibilidad de decretarlo. El derecho no puede impedir este régimen, en caso de que en concreto la custodia compartida sea lo mejor para el NNA. Este es un argumento muy fuerte a favor de la custodia compartida con oposición de un padre —aun cuando se mantengan aprehensiones respecto de este régimen como regla general y supletoria— por cuanto no se puede dejar de lado que en concreto puede darse una situación en que éste sea el mejor régimen para el hijo. Y si ello es así, y el juez no lo decreta, atentaría contra el principio del interés superior del NNA.

3. *La custodia compartida con oposición de un padre en el derecho chileno*

El régimen chileno es interesante para el derecho comparado por cuanto consagra un cuidado personal unilateral exclusivo o indistinto (dependiendo de la concepción que se tenga del derecho de la infancia), con cuidado personal compartido de común acuerdo; pero sin referirse expresamente al cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Los argumentos para no otorgar dicha facultad a los jueces son sumamente sencillos:

- a) El artículo 225.4 del CCch, en caso de conflicto, habilita al juez para adjudicar el cuidado personal a uno de los padres, conforme

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

al interés superior del NNA, y al otro una relación directa y regular;

- b) El artículo 2225.1 del CCch sólo permite el cuidado personal compartido convenido de común acuerdo;
- c) La historia fidedigna de la Ley impide el cuidado personal compartido por cuanto lo habría considerado en el proyecto de ley para luego desecharlo en el Congreso, y
- d) La argumentación subyacente a esta posición es que como la custodia compartida supone que no haya conflicto entre los padres, o incluso supone una buena relación, la única forma de otorgarlo es el común acuerdo.

En contra de estas posiciones se puede señalar lo siguiente:

- a) La Ley núm. 20.680 efectivamente establecía sólo una forma específica de cuidado personal compartido con oposición (como sanción al padre custodio, por tanto, dada la historia de la ley, se puede apreciar cómo en la discusión en el Congreso sólo se rechazó una forma concreta de cuidado personal compartido con oposición).
- b) No se puede concluir de ninguna norma del derecho chileno que la custodia compartida con oposición esté prohibida (salvo la custodia compartida con oposición de un padre como sanción), por tanto, estamos frente a un vacío de ley.
- c) Los principios del interés superior del NNA y de corresponsabilidad no sólo se aplican como formas de interpretación de normas vigentes, sino como reglas de integración del derecho. Aquí precisamente radica su valor, y, por tanto, los jueces deben, conforme a estos principios, determinar si lo mejor para el NNA es la custodia compartida con oposición.
- d) A este respecto la jurisprudencia española puede ser una buena guía para determinar las circunstancias conforme a las cuales se puede otorgar el cuidado personal compartido con oposición.
- e) El derecho comparado es claro al contemplar que todos los regímenes analizados —que establecen sistemas de corresponsabilidad— habilitan al juez para otorgar el cuidado personal compartido, ya sea legal o jurisprudencialmente. Ello, naturalmente, en la medida que la custodia compartida vaya en beneficio del hijo (sistema

general de cuidado personal compartido con oposición), o sea la mejor opción para el hijo (sistema especial de cuidado personal compartido con oposición).

- f) La custodia compartida con oposición no supone padres que están necesariamente de acuerdo en la forma de crianza y educación, por cuanto el conflicto, entre los padres, es inherente a esta figura. El conflicto entre los padres puede ser un obstáculo para este régimen, pero ello no es siempre así. Este debe ser un aspecto para analizar por el juez de forma concreta.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANGUEIRA, Hiram, 2012, “La custodia compartida como política pública en Puerto Rico: ¿el principio del fin a la violación de derechos constitucionales de los padres en las salas de familia?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, núm. 81.
- BALDJIEVA, Miglena, 2003, “The Concept of Parental Responsibility in Bulgarian and English Law”, en BOELE-WOELKI, Katherine (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia.
- EKELAAR, John, 2017, “La evolución de este término desde los informes de la Comisión Inglesa de Derecho de la década de los ochenta y el Informe del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1984”, en LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás (eds.), *Responsabilidad parental*, Chile, Thomson Reuters.
- FERRADA VALENZUELA, Ricardo, 1996, “El juez y la interpretación y desarrollo de las cláusulas generales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*.
- FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad de la, 2015, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, *InDret*. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562034.
- GARCÍA SALGADO, María José, 2003, “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=909336>.

- HERRING, Jonathan, 2015, “Disputes over Children”, *Family Law*, Inglaterra, Palgrave.
- KELLY, Joan, 1994, “The Determination of Child”, *The Future of Children*, v. 4.
- LATHROPH, Fabiola, 2017, “Responsabilidad parental en casos de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas”, en LATHROPH, Fabiola y ESPEJO, Nicolás (eds.), *Responsabilidad parental*, Chile, Thomson Reuters.
- MARTINS, Rosa, 2003, “Parental Responsibilities versus the Progressive Autonomy of the Child and the Adolescent”, *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia.
- MEYER, David, 2006, “The Constitutional Rights of Non-Custodial”, *Hofstra Law Review*, vol. 34.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, 2013, “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=46052>.
- NIKOLINA, Natalie, 2015, *Divided Parents, Shared Children*, Reino Unido, Intersentia.
- PROBERT, Rebecca, 2009, *Cretney and Probert's Family Law Cretney and Probert's Family Law*, Reino Unido, University of Warwick.
- RIVEROS, Carolina, n. d., “La autorresponsabilidad y los efectos del divorcio”, en LEPÍN, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- RODRÍGUEZ, María Sara, 2010, *El cuidado personal de niños y adolescentes*, Chile, Abeledo Perrot.
- SANFORD, Katz, 2011, *Family Law in America*, Estados Unidos de América, Oxford University Press.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, n.d., XVII Legislatura Fascicolo Iter DDL S. 1163. Disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/42930.pdf>.
- TAPIA, Mauricio, 2013, “Actualidad legislativa. Comentarios a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley núm. 20.680)”, Chile, *Revista Chilena de Derecho Privado*.

- TORRES PEREA, José Manuel de, 2016, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *La Ley* (diario), núm. 8737.
- DE WITT GREGORY, John, 2005, *Understanding Family Law*, Estados Unidos de América, Lexis Nexis.
- ZANNONI, Eduardo, 1989, *Derecho civil, derecho de familia*, 2a. ed., Argentina, Astrea.

LA DESIGNACIÓN DE LOS JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA*

APPOINTMENT OF THE JUDGES OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT

José Antonio ESTRADA MARÚN**
Yessica ESQUIVEL ALONSO***

RESUMEN: La designación de los jueces de los tribunales constitucionales ha sido un aspecto delicado para su conformación desde sus orígenes, debido a que las fuerzas políticas son conscientes de las atribuciones que tienen estos órganos en la resolución de importantes problemas sociales, y en este punto no están dispuestas a renunciar a ejercer cierta influencia en los mismos, proyectando ese propósito desde los procesos de integración y renovación de los jueces. En este trabajo se presenta un estudio del modelo de composición y designación de la Corte Constitucional de Italia, el cual podría resultar de utilidad para la reflexión de los adoptados en otras experiencias constitucionales porque cuenta con elementos de equilibrio que pueden abonar a su independencia frente a los restantes poderes del Estado.

Palabras claves: Tribunal Constitucional, Corte Constitucional de Italia, designación de magistrados constitucionales, independencia judicial.

ABSTRACT: *The appointment of judges of constitutional courts has been one of the most sensitive aspects of its creation. The reason for this is that the political forces are aware of the powers that have these courts in solving important social problems, and want to have some influence on them, projecting that purpose since the integration processes and renewal of judges. This paper presents a study on the model of composition and appointment of the Constitutional Court of Italy, which could be useful for the reflection of those adopted in other constitutional experiences.*

Keywords: *Constitutional Court, Constitutional Court of Italy, Appointment of Constitutional Judges.*

* Artículo recibido el 26 de julio de 2016 y aceptado para su publicación el 6 de febrero de 2019.

** ORCID: 0000-0002-3185-0855. Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigador y director del Centro de Educación Jurídica de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: marun19@hotmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-5005-2058. Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigadora y coordinadora general del Centro de Derechos Políticos y Civiles de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: esquivel.yessica@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI,
núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 39-75.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El modelo de composición de la Corte Constitucional*. III. *La selección de los jueces constitucionales*. IV. *Reflexión final*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El diseño del modelo de composición y el modo de efectuar la designación de los jueces que van a integrar los tribunales constitucionales ha constituido uno de los aspectos más delicados y estratégicos desde las primeras manifestaciones de este tipo de tribunales. La relevancia del acto de designación descansa en el hecho de que las fuerzas políticas son conscientes del contenido determinante de las atribuciones que tienen estos órganos en la resolución de importantes problemas sociales, y en este punto no están dispuestas a renunciar a ejercer cierta influencia en los mismos, proyectando ese propósito desde el proceso de integración y renovación personal del tribunal.

El influjo partidario en la composición de los tribunales constitucionales ciertamente no puede prevalecer de manera absoluta, sino que ha de idearse un modelo que sea resultado de la aplicación de otros criterios, como aquéllos que garanticen la especialidad técnica y autonomía de los integrantes, así como la independencia del órgano frente a los poderes del Estado. Los intentos de creación de estos modelos de composición equilibrada de los tribunales constitucionales han tenido manifestaciones muy diversas en las experiencias constitucionales del panorama comparado. Si se intenta sistematizar, así sea brevemente, ese gran abanico de opciones es posible distinguir tres modalidades de conformación.

La primera modalidad es aquella donde para la confección del acto selectivo, se requiere de la participación, consenso o cooperación de al menos dos órganos diversos. El ejemplo más representativo de este tipo de modelos podría ser el de la elección de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en la cual se requiere la propuesta del presidente de la República junto con la audiencia y el consentimiento del Senado. En este caso, en tanto que la formación del acto selectivo requiere más de una voluntad orgánica (presidente y Senado), bien podrían denominarse este tipo de modelos como de “acto compuesto”, aunque otro sector de la doctrina los ha nombrado como modelos de “colaboración” (Kelemen, 2013: 13 y ss.) o “sistema dual” (Bustillos, 2011: 243-245).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 39-75.

La segunda modalidad, que se podría distinguir, es la “designación directa”. Es decir, aquella donde la confección del acto selectivo queda en manos de un órgano, y por tanto, no se necesita de la participación adicional de una voluntad institucional externa. La forma en que se designa en Alemania a los magistrados del Tribunal Constitucional Federal nos puede ilustrar sobre este tipo de modelos, ya que cada una de sus cámaras parlamentarias tiene a su cargo la facultad de designar a ocho magistrados y no necesita de la participación de otro órgano para definir los nombramientos.

La tercera modalidad vendría como consecuencia de distinguir los dos anteriores. En esta posición se podrían adscribir las formas de designación que combinen la designación directa con el acto compuesto, y en esa medida, podría dársele a esta tercera vertiente de designaciones el nombre de modelos “mixtos”.¹

Como se verá a lo largo de este trabajo, de las tres variedades identificadas, la Corte Constitucional italiana (CC) se inscribe en el modelo de designación directa. El constituyente italiano es, además, uno de los fundadores de esta instrumentación institucional, al punto que la forma de la composición y la designación de la Corte es una de las fuentes de inspiración que más han suministrado pautas generales para los tribunales constitucionales que se han creado posteriormente.

Ciertamente en este trabajo no se pretende estudiar los motivos y grados en que se manifiesta la referida influencia, aunque es claro que ésta existe. En efecto, la Corte italiana es uno de los tribunales constitucionales más consolidados de sus pares europeos, cuya actuación, jurisprudencia y doctrina, es habitual referencia entre la doctrina iuspublicista.

El propósito de este artículo, sin embargo, será más modesto, pues no se pondrá la atención en el aspecto jurídico-funcional de la Corte ni en su posición político-institucional en el Estado italiano. El trabajo, por el contrario, se centrará en el estudio del modelo de composición y designación de los jueces de la Corte Constitucional, ya que éstos podrían resultar de utilidad para la reflexión de los adoptados en otras experiencias constitucionales.

¹ Un ejemplo de este tipo de modelos puede ser la conformación del Tribunal Constitucional de Chile, donde ocho de sus componentes son designados directamente y dos mediante acto compuesto.

La utilidad comparativa que se predica descansa en el hecho de que el modelo de composición y designación de la CC tiene una construcción que permite ciertos equilibrios que conviene tomar en cuenta. Ciertamente cada experiencia constitucional responde a sus propias dinámicas políticas y en ese sentido no hay recetas institucionales con valor universal. No hay, en definitiva, modelos ejemplares, incluso el italiano no ha estado exento de problemas.

Sin embargo, su modo de conformación no deja de plantear algunas ideas que pueden resultar útiles para el derecho constitucional orgánico. En este sentido, el caso italiano abona diversas técnicas para los modelos de configuración de instituciones muy relevantes del país, los cuales precisan de pluralidad, contrapesos y garantías de independencia frente a la actuación de los restantes poderes públicos, a fin de poder desarrollar, con éxito, sus altos cometidos estatales.

II. EL MODELO DE COMPOSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional está prevista en el artículo 135 de la Constitución italiana (C). Esta carta magna entró en vigor el primero de enero de 1948, sin embargo, no fue sino hasta ocho años después, a comienzos de 1956, que la CC comenzó a funcionar, luego de que se consiguiera finalmente la laboriosa designación de los primeros quince magistrados. Entre las causas que motivaron ese aplazamiento se encuentra el estallido de la guerra fría, suceso que generó una profunda polarización política entre los partidos italianos, que dificultó la colaboración entre éstos para la construcción del Estado democrático y, concretamente, para el desarrollo de la Constitución (Pizzorusso, 2000: 159; Ferrari, 1990: 97).

El propósito inicial de los constituyentes italianos para introducir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes fue el de obstaculizar el resurgimiento de gobiernos tiránicos, como el fascista, e instaurar un mecanismo que dirimiera las controversias derivadas de la nueva estructura regional atribuida al Estado (Pizzorusso, 2000: 151). Esas competencias no se podían depositar en las magistraturas superiores de la época por el temor de sobrecargarlos de atribuciones, pero también por la desconfianza que inspiraban muchos de sus integrantes formados en el

régimen anterior, de modo que la creación de un órgano *ad hoc* de justicia constitucional vino a imponerse casi “naturalmente” (Costanzo, 1996: 8).

Sin embargo, como lo reconoce Pizzorusso, en la experiencia práctica, los propósitos iniciales tuvieron sus matices. Por un lado, las controversias entre el Estado y las regiones no fueron muy acusadas debido principalmente, a la retrasada constitución de estas últimas (acontecida en los años setenta) y, además, por la forma limitada en que se concibió la autonomía regional. Por lo tanto, el mismo autor centraría la principal función de la Corte en “la fuerte valoración de la posición de la Constitución como texto jurídico”, y no en las funciones que fueron determinantes en su creación por el constituyente (Pizzorusso, 2000: 152).

En la actualidad, el estudio de la Corte Constitucional tiene como peculiaridad que el régimen jurídico, que es la disciplina, está constituido por un complejo y variado cuerpo normativo, no siempre armónico en cuanto a las fuentes y las materias que se pretenden regular, que ha sido resultado de una larga trayectoria de sesenta años de funcionamiento. En efecto, además de ocho artículos de la Constitución, existen cuatro leyes constitucionales, cuatro leyes ordinarias, ocho reglamentos y unas “normas de integración”.² Toda esa normativa articulada nos presenta la siguiente forma de composición de la Corte Constitucional.

Las grandes trazas del modelo italiano de composición de la Corte Costituzionale se encuentran establecidas en el artículo 135 de la Constitución.³ La Corte Constitucional se forma con quince jueces, de los cuales, cinco son designados por el presidente de la República, un tanto igual por el Parlamento en sesión conjunta y los cinco restantes por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa (135.1 C). Los quince jueces constitucionales podrán ser seleccionados, sin límite de edad, entre profesores ordinarios (catedráticos) universitarios en disciplinas jurídicas, entre abogados con más de veinte años de ejercicio profesional y entre los

² Los artículos constitucionales son del 134 al 137, el 75, 90 y 127; las leyes constitucionales (l. cost. n.) son la 1/1948, 1/1953, 2/1967 y 1/1989; las leyes ordinarias (l. n.) son la 87/1953, 2/1962, 20/1962, 352/1970, 219/1989; hay un Reglamento General y siete particulares, y unas Normas de integración para los procedimientos ante la Corte Constitucional.

³ Este artículo fue modificado por la *Legge Costituzionale 22 novembre 1967, n. 2, “Modificazione dell’art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale”*, en adelante, l. cost. n. 2/1967.

magistrados de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, cabiendo incluso los jubilados (135.2 C).⁴

Esta forma de composición de la Corte Constitucional fue el resultado de la integración de dos criterios constantes que prevalecieron desde las primeras fases de los trabajos constituyentes, concretamente en el periodo de elaboración del Proyecto de Constitución.⁵ Por un lado, el criterio sostenido por la izquierda, inclinado a considerar a la Corte como un órgano político y por ello, a proponer un método de reclutamiento de sus miembros ligado con los órganos representativos, predominantemente con el Parlamento. Por otro lado, se encontraba el criterio defendido por el “centro-derecha”, más perfilado a entender a la Corte como un órgano jurisdiccional, y por tanto, interesados en la designación de los jueces bajo un perfil técnico-jurisdiccional que garantizara al máximo la neutralidad de sus funciones (D’Orazio, 1980: 149-155). Una vez presentado el Proyecto de Constitución a la Asamblea, vino a sumarse en las discusiones generales la idea de la participación del poder imparcial, *supra* partes, equilibrador y neutro del presidente de la República.⁶

⁴ La Constitución en su artículo 135.6, indica que el cargo de juez constitucional es incompatible con el de miembro del Parlamento, de un consejo regional y con el ejercicio de la abogacía. Otras leyes ofrecen adicionales incompatibilidades para la función jurisdiccional constitucional; por ejemplo, no pueden tener otro cargo, comisión o actividad pública y privada (7, 8, l. n. 87/1953), hay, además, previstas garantías de inamovilidad (3, l. cost. n. 1/1948; 7, l. cost. n. 1/1953), inmunidad (3, l. cost. n. 1/1948; 5, l. cost. n. 1/1953; 9, l. n. 87/1953), económicas (6, l. cost. n. 1/1953; 12, l. n. 87/1953) y previsiones para el periodo posterior a la finalización del cargo.

⁵ Esto es, en la *Commissione per la Costituzione* o también denominada *Commissione dei Settantacinque*, encargada de elaborar el proyecto de Constitución, la cual se organizó en tres *sottocommissioni*, una para cada sección prevista en la carta: I) derechos y deberes del ciudadano, II) organización constitucional del Estado, y III) relaciones económicas y sociales. Fue en la segunda subcomisión donde se discutió la formación de la Corte Constitucional. Los trabajos parlamentarios del periodo constituyente se pueden consultar en el portal histórico del Parlamento italiano, disponible en: <http://storia.camera.it/#nav>, o bien: <http://legislature.camera.it/index.asp>.

⁶ La introducción del presidente de la República fue una iniciativa de Constantino Mortati, quien además acentuaba el perfil técnico-jurídico que debía tener la Corte Constitucional, por ello propuso un modelo de designación presidencial, pero con propuesta de varias corporaciones jurídicas. Concretamente, el presidente de la República debía elegir un tercio de los magistrados de una terna presentada por el Consejo Superior de la Magistratura, otro tercio de una terna formada por el Consejo de Estado y la Corte de Cuentas y el tercio restante por una terna formada por el Consejo Superior Forense y por los profesores universitarios de derecho (Asamblea Costituyente, 1947e: 4242 y ss.).

Con esos tres criterios se prefiguraría el modelo actual; sin embargo, la confección de propuestas y enmiendas sería múltiple y variada. En efecto, en los debates constituyentes se llegó a formular un modelo de designación directa, reservando unas plazas a las magistraturas y otras a la Cámara de Diputados,⁷ o repartiéndolas entre más órganos;⁸ también se planteó un modelo de designación parlamentaria exclusiva;⁹ otro modelo de selección fue el de acto compuesto, donde un órgano efectuaba las designaciones, pero de entre las propuestas enviadas por otras corporaciones,¹⁰ entre otros modelos de perfiles más singulares.¹¹

⁷ Así, la propuesta inicial de Calamandrei planteaba, para una denominada Suprema Corte Constitucional, la integración en 28 miembros para un cargo de cinco años renovable por una vez, la mitad elegidos por la propia magistratura entre magistrados de grado no inferior al de consejero de casación y la otra mitad sería electa por la Cámara de Diputados, entre profesores ordinarios en materias jurídicas y abogados con más de veinte años de ejercicio. Véase la propuesta presentada por el diputado Piero Calamandrei, a la II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione sul Potere Giudiziario e sulla Suprema Corte Costituzionale (artículo 34), disponible en el portal del Parlamento italiano: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sotto_commissione/37nc.pdf.

⁸ La designación directa del presidente y vicepresidente de la Corte a cargo de la Asamblea Nacional, dos miembros titulares y dos suplentes a cargo de cada uno de los siguientes órganos: la Cámara de Diputados, el Senado, la Corte de Casación y el Consejo de Estado. Se trataba de la propuesta de Giovanni Conti (Asamblea Constituyente, 1947: 2018).

⁹ Fue el diputado Leone Giovanni en los trabajos de la segunda subcomisión de la Constitución, donde propuso una Corte compuesta por ocho integrantes, nombrados para un periodo de cargo de diez años, elegidos por la Asamblea en sesión común y con representación regional. La designación debía cumplir ciertas cuotas como medida de equilibrio: tres debían venir entre personas con un rango no menor de consejero de casación, dos entre profesores de derecho, y tres entre personas elegibles como diputados (Asamblea Constituyente, 1947 b: 2026 y 2036). Luego en el artículo 127 del Proyecto de Constitución que presentó la *Commissione dei Settantacinque* al Pleno de la Asamblea Constituyente, estableció la exclusiva designación de la Asamblea Nacional, de modo que la Corte estuviera compuesta la mitad por magistrados, un cuarto por abogados y profesores de derecho, y un cuarto por ciudadanos elegibles para el cargo político (Asamblea Constituyente, 1947 c: 32).

¹⁰ Una opción era que el órgano elector fuera el Parlamento y que las propuestas fueran enviadas en número triple presentadas por la magistratura ordinaria y administrativa, del Consejo Superior Forense y de los profesores ordinarios de derecho de las universidades (Asamblea Constituyente, 1947e: 4237; 1947 g: 4311). Esta figura fue la que venía modelándose en el Comitato di Coordinamento e dall'Adunanza Plenaria della Commissione per la Costituzione. Otra opción era la planteada por Constantino Mortati, ya referida en notas anteriores.

¹¹ Por ejemplo, la ideada por Antonio Capua, haciendo que la llegada a la Corte sea un derecho automáticamente adquirido luego de una serie de pruebas en el transcurso de la profesión jurídica (Asamblea Constituyente, 1947 d: 255).

En los momentos más avanzados de la discusión, finalmente se perfeccionó el modelo de designación directa, repartida equitativamente entre la designación del Parlamento en sesión común, por el presidente de la República, y en un primer momento, por el Consejo Superior de la Magistratura, pero luego se reivindicó a favor de las supremas magistraturas.¹²

Esta opción del constituyente ha sido positivamente valorada por la doctrina italiana más autorizada, al entenderla generalmente como un modelo de composición plural y equilibrado de la Corte (Malfatti, Elena *et al.*, 2003; Pesole, 2004: 185-211; Ruggeri y Spadaro, 2001: 58). Ello es así, porque se estima que la participación de órganos vinculados con los tres clásicos poderes del Estado, transfieren cada uno, un significado particular o una visión institucional propia a todo el conjunto de la Corte (Zagrebelsky, 1988: 95).

La visión y la incorporación de una especial sensibilidad política y de contacto con los órganos representativos vendría garantizada por los cinco componentes de nómina parlamentaria; la visión de una parte del poder judicial vendría con la participación de las supremas magistraturas; cierto contacto con el poder ejecutivo (Pizzorusso, 2000: 147; Ruggeri y Spadaro, 2001: 57). En cualquier caso, se puede convenir en que, si bien no son los órganos vértice, sí guardan una fuerte vinculación o comparten en mayor medida la función ejecutiva o judicial,¹³ vendría con la participación del presidente de la República, ejerciendo también una suerte de impronta institucional de neutralidad y representatividad de la unidad estatal en la CC. Sobre de ello, además, se proyecta la inserción en la Corte de personas con un destacado perfil técnico-jurídico, derivado de la exigencia de los requisitos subjetivos de acceso al cargo, esto es, la necesidad de ser elegido entre experimentados abogados, magistrados y profesores de

¹² Se trató de la enmienda Bozzi-Persoco (Asamblea Constituyente, 1947 f: 4253). Una enmienda que no fue desarrollada por sus proponentes y que fue aceptada por Meuccio Ruini sin emitir alguna explicación en la sesión.

¹³ Algunos sostienen que, de acuerdo con la forma de gobierno italiana, en realidad el presidente de la República no es el jefe del Poder Ejecutivo, como tampoco las supremas magistraturas representan a todo el Poder Judicial. En cualquier caso, se puede convenir en que, si bien no son los órganos vértice, sí guardan una fuerte vinculación o comparten en mayor medida la función ejecutiva o judicial.

derecho, aportándose con ello pluralidad en experiencias humanas y profesionales.

No hay norma que obligue a los órganos selectores a escoger a los magistrados de entre una determinada profesión jurídica, tampoco están constreñidos a elegir a miembros de su propia corporación o a cubrir alguna cuota profesional, ideológica, territorial o de género. Las supremas magistraturas ciertamente siempre han elegido a magistrados de su seno institucional, pero no están obligadas a ello.

Para tener una noción orientadora acerca de la extracción profesional sobre la que se han operado las designaciones de magistrados, considérense los siguientes datos correspondientes a los años de 1956 a 2010. En este periodo se han elegido un total de 98 jueces constitucionales. De ese número, 47 han sido profesores de derecho (de ellos 16 de derecho público y constitucional), elegidos principalmente por el presidente de la República y el Parlamento, mientras que 39 han recaído sobre magistrados, elegidos en su inmensa mayoría por las supremas magistraturas y, finalmente, 12 han sido sobre abogados, designados por el Parlamento y el presidente (Malfatti *et al.*, 2011: 52; Rossi y Vuoto, 1997: 349 y 362).

Siguiendo con las características del modelo de composición de la Corte Costituzionale, procede ahora estudiar sus aspectos de temporalidad, tales como la duración del cargo, reelección, renovación y prorogatio. El artículo 135.3 de la Constitución italiana, establece que los jueces serán elegidos para un periodo de nueve años y no podrán ser reelegidos. El periodo comienza a contar a partir del día en que cada uno de ellos realiza el juramento de observar la Constitución y las leyes a que alude el artículo 5o. de la l. n. 87/1953.¹⁴ Al término de la duración personal del cargo, finaliza el ejercicio de las funciones del juez constitucional y cesa en el puesto (135.4 C). En el caso de una vacante por terminación ordinaria del mandato o cualquier otro motivo, la sustitución del juez constitucional deberá realizarse dentro de un mes, contado a partir de la fecha en que se generó la vacante misma (5.2, l. cost. n. 2/1967).

Si en el momento del cese no se encuentra nombrado el sucesor, el puesto queda vacante pues no existe la figura de la *prorogatio*.¹⁵ Inicialmen-

¹⁴ Ley del 11 de marzo de 1953, núm. 87, denominada *Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*.

¹⁵ Sin embargo, la prohibición de la *prorogatio* no es aplicable para el juicio de acusación contra el presidente de la República, en el que todos los jueces —ordinarios y

te la Corte, ante el silencio del texto constitucional y como medida de cautela ante la potencial ausencia de los once miembros necesarios para funcionar en caso de retrasos en la designación de los jueces, contempló en su Reglamento general la *prorogatio* (ex artículo 18); sin embargo, con la posterior publicación de la l. cost. n. 2/1967, que introdujo un cuarto párrafo al artículo 135 constitucional, mediante el cual expresamente prohibió la prórroga de las funciones, produjo que la CC adecuara su Reglamento a la norma constitucional suprimiendo dicha institución.

En los orígenes de la Corte Constitucional, la C y la l. cost. n. 1/1953, habían dispuesto el periodo de cargo de juez constitucional en doce años,¹⁶ sin embargo, este precepto también fue objeto de modificación en la referida l. cost. n. 2/1967, que la disminuyó al periodo actualmente vigente de nueve años. Desde los trabajos constituyentes, la fijación de un periodo corto se había adoptado con la intención de evitar una Corte *conservadora*, tal y como se concebía al Tribunal Supremo estadounidense, donde sus jueces eran nombrados de por vida (Asamblea Costituyente, 1947 b: 2026 y 2036).

Por otro lado, la forma de designación de los magistrados y su renovación fue originalmente prevista bajo un modelo de renovación parcial y periódico de la Corte y además con un prefijado orden sucesivo de designación a cargo de los órganos proponentes (4 l. cost. n. 1/1953; 1 l. n. 87/1953).

La primera regla establecía la renovación de la Corte en un primer grupo de seis jueces y otro segundo de nueve, con una separación electiva entre ellos de tres años, fijando además un sorteo para determinar a los primeros seis jueces (dos de cada órgano proponente) que debían cesar anticipadamente y renovarse para activar la cadencia de designaciones parciales. La segunda regla establecía el orden sucesivo de las designaciones, colocando en primer lugar a los cinco jueces de las magistraturas,

agregados— continúan formando parte del colegio penal hasta la finalización del proceso, aunque sobrevenga la finalización del periodo de cargo. Así lo dispone el artículo 10, de las *Norme Integrative per i Giudizi di Accusa Davanti alla Corte Costituzionale* y el artículo 26 de la l. n. 20/1962, *Norme sui Procedimenti e Giudizi di Accusa*.

¹⁶ Los constituyentes habían justificado este periodo de cargo, con la intención de “asegurar una estabilidad y continuidad en el trabajo”; además no permitieron la reelección inmediata para favorecer la entrada de nuevas corrientes de la “*coscienza nazionale*” en la Corte (Asamblea Costituyente, 1947 f: 4255).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 39-75.

luego a los cinco del Parlamento y, finalmente, a los cinco del presidente de la República.

Esta última disposición, como se puede ver, estaba pensada para una renovación contemporánea de todos los jueces del Tribunal, y además no casaba bien con la renovación parcial y periódica que se había establecido. Con independencia de lo anterior, el orden sucesivo de las designaciones sigue tendencialmente vigente, en cambio, los sorteos y la regla de la renovación parcial finalmente nunca se aplicaron y fueron derogadas por la l. cost. n. 2/1967, debido a que desde muy pronto, se suscitaron muchas sustituciones individuales de jueces, los cuales fueron nombrados para disfrutar de un nuevo periodo de cargo completo, ocasionando el desfase de los turnos grupales de renovación.

En efecto, en la primera docena de años, e incluso antes de que se constituyera por primera vez la Corte, se produjeron muchas sustituciones individuales de jueces (Ferrari, 1990: 94-95),¹⁷ lo que planteó el dilema de si los nuevos debían acceder al cargo por el tiempo que restaba por cubrir al juez anterior o bien, ingresar sin limitación temporal alguna al cargo.

La opción elegida finalmente y elevada a la Constitución (artículo 135.3) fue la de que debían acceder sin limitaciones ya que no era pensable imponer algún tipo de restricción temporal a quienes de forma reciente se integraban a la Corte (Pizzorusso, 2000: 159).¹⁸ Todo ese historial de vicisitudes en las designaciones ha terminado por modelar finalmente un sistema de renovación individual de los jueces que pervive hasta nuestros días.

En otro tema, conviene mencionar que, de forma originaria, el artículo 3o. de la l. cost. n. 1/1948¹⁹ había previsto para la Corte la competencia exclusiva para juzgar sobre la *validità dei titoli di ammissione* de los miembros

¹⁷ Antes de que se constituyera la Corte fallecieron Giacomo Russo (11 de junio de 1953) y Emanuele Piga (23 de agosto de 1955), electos por la Corte de Casación, y Augusto Ortona (3 de enero de 1954), electo por la Corte de Cuentas. Una vez elegidos todos los jueces y celebrada la audiencia inaugural de la Corte, falleció el día de la primera audiencia pública Giuseppe Capograssi (23 de abril de 1956), elegido por el presidente de la República, y un mes después Giuseppe Lampis (30 de mayo de 1956), elegido por la Corte de Casación.

¹⁸ Los nuevos jueces, además venían designados por el mismo órgano que había elegido al antecesor.

¹⁹ Adoptada el 9 de febrero de 1948 y titulada “*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d’indipendenza della Corte costituzionale*”.

que accedían a la Corte. Sin embargo, el mismo fue abrogado por la l. cost. n. 2/1967, la cual introdujo en su artículo 2o., la competencia para comprobar *l'esistenza dei requisiti soggettivi di ammissione* de los propios componentes de la Corte, deliberando por mayoría absoluta de sus componentes.

El cambio que se operó fue sin duda sustancial, pues bajo la primera formulación se interpretaba un poder más integral de comprobación, que podía dar lugar al examen tanto de los requisitos de acceso como de la validez y regularidad del procedimiento efectuado por los órganos designantes. Por su parte en la segunda fórmula, la función de la Corte está más constreñida, puesto que se limita, por decirlo así, a realizar un examen al candidato, esto es, determinar si éste cumple los requisitos de acceso o no a la magistratura constitucional (D'Orazio, 1968: 169).

Los miembros de la Corte eligen entre ellos a quien habrá de ser el presidente, para un periodo renovable de tres años (135.5 C).²⁰ Para ello, deberán acordarlo con el respaldo de la mayoría de sus integrantes, pero de no lograr dicha mayoría, se procederá a una nueva votación y de no lograrlo, se procederá a una votación de balotaje entre los candidatos más votados, tras lo cual se proclamará electo quien obtenga más votos. En caso de empate, se preferirá al más antiguo en el cargo y a falta de ello, al de mayor edad (6 l. n. 87/1953).

El quórum funcional de la Corte requiere la presencia de al menos once jueces. Se trata de un número que ha sido valorado positivamente por la doctrina, pues ha significado la imposición estructural para mantener en la Corte un colegio mixto, en el sentido de que al menos un juez de cada órgano electivo debe estar presente en el Pleno de la Corte para funcionar; por ejemplo, cinco del Parlamento, cinco de las magistraturas, y al menos uno del presidente de la República, sumando como mínimo once jueces (Zagrebelsky, 1988: 94).

Los jueces no pueden emitir votos particulares en la redacción de la sentencia, de modo que la misma debe aparecer como una única voz ins-

²⁰ Originalmente el artículo 6.4 de la l. n. 87/1953, había establecido la duración del cargo del presidente en cuatro años, con posibilidad de reelección. La disposición fue reformada con motivo de la l. cost. n. 2/1967. La cantidad de cuatro años tenía sentido pues estaba relacionada con el periodo que inicialmente se preveía del cargo de juez constitucional en doce años. Al reducir el periodo de cargo a nueve, la presidencia se rebajó a tres años para mantener la directriz de fijar la duración de la presidencia en un tercio del periodo general de cargo.

tucional. La Corte Constitucional no tiene formaciones internas para resolver determinados asuntos, sino que todas las decisiones deben ser deliberadas en *Camera di Consiglio*. Las sentencias se aprueban por mayoría absoluta de los votantes, teniendo el presidente voto de calidad en caso de empate (16, l. n. 87/1953).

Finalmente, conviene tener en cuenta que la Corte tiene una conformación especial para conocer sobre el juicio de acusación contra el presidente de la República (y en su caso, para decidir su amnistía, indulto o rehabilitación). En esta composición denominada, por algunos, “integrada”, a los quince jueces ordinarios o “togados”, deberán sumarse dieciséis miembros más (denominados laicos), todos ellos serán elegidos por sorteo de entre una lista de ciudadanos que posean los requisitos de elegibilidad de los senadores. Esta lista es elaborada por el Parlamento en sesión común cada nueve años mediante elección, por mayoría de dos tercios de los componentes de la Asamblea (135.7 C). El sorteo para elegir de la lista a los jueces agregados lo lleva a cabo el Pleno de la CC convocado ex profeso y mediante audiencia pública (21, l. n. 20/1962) (Romboli y Panizza, 2012: 802; Ruggeri y Spadaro, 2001: 61).²¹

III. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

1. *La designación por el presidente de la República*

El presidente de la República es el jefe del Estado italiano y representa la unidad nacional. Es designado por el Parlamento en sesión conjunta y con la presencia de delegados de todas las regiones, para un periodo de cargo de siete años. Entre sus competencias, tiene a su cargo la designación de cinco jueces constitucionales (artículos 83, 85, 87 y 135 C).

El acto selectivo es instrumentado a través de un decreto, el cual debe ser refrendado por el presidente del Consejo de Ministros (4, l. n. 87/1953). En realidad, se ha entendido de forma pacífica que se trata de un acto propio del jefe del Estado, por lo que la necesidad del refrendo

²¹ La Corte se encarga también de comprobar el cumplimiento de los requisitos de acceso al cargo de los jueces laicos y declara también su finalización cuando los pierdan. La decisión será enviada al Parlamento para efectos de sustitución (2, l. cost. n. 1/1967; 10, l. n. 87/1953, respectivamente).

sólo es un requisito para la formalización del acto, pero no presupone una injerencia ministerial en la elección de la persona (Malfatti *et al.*, 2003: 201, 48; Pizzorusso, 2000: 158). De cualquier forma, esto no significa que el jefe del Estado pueda elegir arbitrariamente, pues como lo apuntan Ruggeri y Spadaro, el refrendo podría ser negado por “carencias objetivas de los candidatos”, “graves razones de oportunidad” o para evitar “abusos de poder” (Ruggeri y Spadaro, 2001: 58).

A las designaciones de jueces constitucionales efectuadas por el presidente le ha sido adjudicada una función orientada a corregir eventuales “desequilibrios” que se puedan presentar en la composición de la Corte. Desequilibrios en materia de mayor o menor presencia de profesiones jurídicas de los jueces, de su extracción institucional, entre el perfil religioso o laico del juez, y en especial, entre la relación de las fuerzas políticas mayoritarias y minoritarias que han determinado la designación (Bin y Pitruzzella, 2005: 408; Malfatti *et al.*, 2011: 55).

Este rol de equilibrio se ha visto confirmado en las designaciones que el presidente ha puesto en práctica, pero además se ha sustentado básicamente atendiendo a dos razones: la primera de ellas se ha deducido del ya mencionado orden que dispone el artículo 1o. de la l. n. 87/1953 para la nominación de los jueces constitucionales, que en primer lugar prevé la designación a cargo de las supremas magistraturas, con la idea de que por esta vía vendrían los jueces técnicos o de carrera; posteriormente, contempla al Parlamento, órgano del cual provendrían los jueces con la sensibilidad política, y por último, quizás como fiel de la balanza, refiere al presidente de la República (Malfatti *et al.*, 2011: 48; Pesole, 2004: 185-211; Vizioli, 2005: 255).

La segunda razón vendría apoyada con la naturaleza discrecional con la que el presidente ejecuta la facultad de nombramiento, en la cual no tiene la obligación de conseguir para sus propuestas la voluntad de otro órgano, sino que cuenta con un margen de actuación interno más amplio. Esta característica permite al presidente la promoción de individuos ideológicamente no considerados en las designaciones del resto de órganos o bien, la selección de personalidades jurídicas, que difícilmente accederían a la Corte a través del resto de órganos proponentes (Nicoira, 1996: 118).

Las designaciones realizadas por el presidente de la República no suelen generar problemas, incluso han resultado ser de manera habitual, las más prestigiosas e inobjetadas selecciones de jueces constitucionales (Ru-

ggeri y Spadaro, 2001: 58). Si acaso, pudiera representar un elemento crítico el hecho de que en los años recientes, las selecciones han despertado cierta polémica debido a que los nombramientos recayeron en individuos que habían sido ministros de justicia, los cuales en su mandato, habían impulsado textos normativos de relevancia sobre los cuales estaban llamados ahora a juzgar como jueces de la Constitución (Malfatti *et al.*, 2011: 55; Panizza, 1993: 4-8).

En el historial selectivo de jueces constitucionales a cargo de la Presidencia de la República, los nombramientos han recaído en todas las categorías profesionales previstas por la normativa, pero sin duda, se ha privilegiado a los profesores universitarios en materias jurídicas. En efecto, de todas las designaciones realizadas por el presidente de la República hasta noviembre de 1996, veintidós han recaído sobre profesores, tres magistrados y tres abogados (Rossi y Vuoto, 1997: 349).²²

2. *La designación por las supremas magistraturas*

El artículo 135 de la Constitución italiana establece que, de los quince magistrados constitucionales, “un tercio” serán designados por las “supremas magistraturas ordinaria y administrativa”. Esta disposición, que tiene sin duda un marcado carácter general, fue detallada unos años antes de que se pusiera en marcha la designación de los primeros integrantes de la CC, mediante la ya mencionada l. n. 87/1953, denominada *Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*.

Esta ley especificó en su artículo segundo cuáles serían las “supremas magistraturas” que participarían en la designación de los jueces constitucionales, estableció el número de plazas que a cada una le correspondería designar directamente y además detalló un aspecto muy práctico del acto de designación, como lo es la conformación de los colegios electivos de tales instituciones. En este sentido, se facultó a la Corte de Casación para la designación de tres de las cinco plazas reservadas a las magistraturas, y

²² Los 22 profesores han sido Capograssi, Perassi, Petrocelli, Sandulli, Mortati, Chiarelli, Crisafulli, Rossi, Volterra, Astuti, Paladin, La Pergola, Andrioli, Ferrari, Conso, Baldassarre, Mengoli, Cheli, Vassalli, Zagrebelsky, Capotosti y Neppi Modona; los tres abogados han sido De Nicola, Ferri y Contri; y finalmente, los magistrados han sido Oggioni, Azzariti y Castelli Avolio.

de las dos restantes, una quedaría a cargo de la Corte de Cuentas y la otra para el Consejo de Estado.

La ley no detalló mayores aspectos procedimentales para la puesta en marcha de las designaciones de los jueces a cargo de los colegios electivos; sin embargo, buena parte de estos fueron definidos en las reuniones que tuvieron origen en la invitación del Ministro de Gracia y Justicia a los presidentes de la Corte de Casación, de Cuentas y del Consejo de Estado, unos días antes de la entrada en vigor de la ley en 1953.

En esas reuniones, que se convocaban con el expreso propósito de establecer un “procedimiento común” entre las magistraturas para la elección de los jueces, acordaron la fecha en que cada una celebraría la reunión para elegir a los primeros magistrados, reconociendo a los presidentes el poder de convocarla mediante propio decreto. Asimismo, se estableció que no habría un quorum para la validez de la reunión; se fijó también el derecho de participación en la misma, otorgándose únicamente a los magistrados que ejercieran efectivamente la función; la votación sería secreta, exigiéndose la mayoría simple para determinar al ganador del cargo (Ferrari, 1990: 90-94).

Volviendo al contenido de la l. n. 87/1953, se debe mencionar que su artículo 2o. confeccionó la integración de los colegios electivos de las magistraturas. En este sentido, el de la Corte de Casación sería encabezado por su presidente, e integrado por los presidentes de las secciones, los consejeros, los abogados generales, el procurador general y los procuradores generales sustitutos. Tratándose del Colegio Electivo del Consejo de Estado, este sería encabezado por su presidente, los consejeros y los presidentes de sección. Finalmente, el Colegio de la Corte de Cuentas estaría integrado por su presidente (que lo encabezaría), por los presidentes de sección, los consejeros, el procurador y los viceprocuradores generales de la Corte de Cuentas (artículo 2o. a, b, c; l. n. 87/1953).

Como se puede observar, la opción tomada por el legislador para dar contenido a la noción de “supremas magistraturas”, consistió en la elección de los órganos nacionales vértice de la jurisdicción ordinaria y administrativa (Casación, Cuentas y Consejo de Estado), y en cada una de estas instituciones, especificó a los titulares de los cargos que integrarían el colegio electivo de magistrados constitucionales.

Con ello ha excluido, entre otros cargos, a los presidentes de cortes de apelación o tribunales administrativos y de sus sesiones, que están asen-

tados en las regiones que integran la República italiana, no obstante que dichos cargos tengan en la organización judicial del país el grado de consejero de Corte de Casación. Es decir que, para formar parte del colegio electivo de magistrados, no basta con tener la calificación formal, estamento o el grado de los cargos enlistados, sino, además, deben ejercer la función en la concreta magistratura suprema. La coincidencia entre grado y función institucional efectiva también trae como consecuencia la exclusión de quienes se encuentren en excedencia, en retiro, en suspensión o en otros supuestos del género.

La restricción del cuerpo electivo efectuada por la l. n. 87/1953, resultó en su mayoría coincidente con el ya mencionado acuerdo operativo entre las presidencias de las magistraturas y el ministro de Gracia, en las primeras designaciones judiciales. En cualquier caso, la ley fue objeto de una cuestión de legitimidad constitucional en cuanto al colegio de la Corte de Cuentas, al haber descartado a los *Referendari e i Primi Referendari*, figuras de la jurisdicción administrativa que una ley de la época les había atribuido una categoría funcional semejante a la de consejero, con lo que se estimaba que podrían formar parte del colegio electivo,²³ sin embargo la Corte sostuvo la constitucionalidad de la confluencia entre grado y función fijada por la ley, descartando por tanto la participación de los *Referendari*.

En efecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia de 27 de junio de 1963, número 111,²⁴ declaró la cuestión infundada, argumentando que en la norma impugnada el legislador ordinario no había vulnerado los límites implícitos otorgados por el artículo 135.1 constitucional, en cuanto al desarrollo del término de la “supremas magistraturas administrativas”.

La Corte sostiene que el término de “magistratura” previsto en la Constitución no equivale al de “magistrados”, en el sentido de dar por

²³ La cuestión llegó a la CC luego de que un importante número de *Primi Referendari e di Referendari* de la Corte de Cuentas se opusieran al decreto que convocaba al colegio electivo, emitido por el presidente de la Corte de Cuentas el 15 de febrero de 1963. Los promoventes impulsaban su impugnación con el estatus funcional de “consejero” de la Corte de Cuentas en que los colocaba el artículo 11 de la l. n. 1345/1961 titulada “*Istituzione di una quarta e una quinta Sezione speciale per i giudizi su ricorsi in materia di pensioni di guerra e dal tre disposizioni relative alla Corte dei conti*”. La legislación italiana se puede consultar en la página oficial interinstitucional del Estado italiano, disponible en: www.normattiva.it/.

²⁴ La sentencia puede obtenerse en la base de datos de jurisprudencia del portal de Internet de la Corte Constitucional, disponible en: www.cortecostituzionale.it.

comprendido a todos los que componen de forma ordinaria las jurisdicciones supremas, sino sólo los llamados especialmente a conformar el colegio con la más alta responsabilidad, lo que el legislador, desarrollando la intención del constituyente, ha confiado a los cargos que consideró de grado supremo. La sentencia evidentemente motivó diversas opiniones por parte de la doctrina (Buquicchio, 1998: 213 y ss.) y provocó otra propuesta en sede legislativa que no tuvo éxito.²⁵

Por otro lado, la sentencia se ha convertido en punto de referencia para los subsecuentes problemas que se han ocasionado en el tema de la fijación de los colegios electivos. Tal fue el caso de la sentencia del Consejo de Estado del 14 de noviembre de 2003, que declaró la legitimidad de la exclusión del electorado activo de los consejeros de Estado colocados en excedencia (*fuori ruolo*) (Volpe, 2004: 414-434).²⁶ Esta sentencia puso fin a una cadena de conflictos que se venían verificando desde 1994, cuando a unos consejeros de Estado en excedencia les fuera rechazada —primero por el órgano de autogobierno del Consejo y después por el Tribunal Administrativo Regional (Volpe, 2004: 2470-2493)—²⁷ la petición que habían formulado al presidente del Consejo de Estado para ser incluidos en el colegio electivo.

La coincidencia entre grado y función también se ha proyectado sobre el electorado pasivo, es decir, sobre los magistrados que pueden ser elegibles para la Corte Constitucional, si acaso con la propia excepción establecida en la Constitución en cuanto a los magistrados jubilados. Esta es al menos una dimensión entendida por la propia Corte Constitucional, expresada en su momento en el procedimiento de revisión del nombramiento del señor Brunetto Bucciarelli Ducci en 1977, que ha sido posteriormente confirmada por la práctica.

²⁵ Se trató de una Propuesta de Ley Constitucional presentada el 9 de julio de 1973 por el grupo parlamentario socialista. La propuesta planteaba cambiar la denominación de “supremas magistraturas” por la de “magistrados ordinarios y administrativos”, de modo que el colegio electivo se ampliaba a todos los “magistrados” que tenían derecho de voto para la elección del Consejo Superior de la Magistratura (D’Orazio, 1974: 2852 y ss).

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado, IV Sala, del 14 de noviembre de 2003, núm. 7279. La sentencia puede obtenerse en el motor de búsqueda de jurisprudencia del portal electrónico de la Revista Federalismi, disponible en: www.federalismi.it. Hay una versión electrónica del trabajo disponible en: www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Sentencia del TAR Lazio, sez. I, núm. 6285 de 2002.

En aquella ocasión, la Corte consideró indispensable para cumplir el requisito de pertenencia a la suprema magistratura, no solamente el nombramiento formal de magistrado, sino el ejercicio del mismo, situación que no cumplía el designado (D’Orazio, 1977: 1401-1409).²⁸ Al final, la Corte, no sin polémica alguna, convalidó el nombramiento al valorar que el candidato había ocupado otros altos cargos públicos de caracterizada imparcialidad e independencia, como la presidencia de la Cámara de Diputados y del Parlamento en sesión común. Una opción que, no sin razón alguna, ameritó la perplejidad de la doctrina al reconocer lo forzado que resultó dicha interpretación a fin de “salvar” el acuerdo parlamentario conseguido en la designación de aquél magistrado (Rossi y Vuoto, 1997: 363 y 364).

Continuando con el tema general de la elección de los jueces constitucionales a cargo de las supremas magistraturas, cabe mencionar que el artículo 2o. de la l. n. 87/1953, proporciona una regla para emitir la votación al interior del colegio electivo. Concretamente, se trata del derecho que cada integrante del colegio tiene para votar por un número doble de candidatos por cada plaza a cubrir, estableciéndose como consecuencia a su incumplimiento, la no contabilización de los nombres que excedan ese número.

Como ya se dijo, en las primeras designaciones y ante el silencio de la normativa, el acuerdo operativo de las magistraturas había previsto la mayoría simple de los colegios electivos para elegir al magistrado constitucional; sin embargo, posteriormente la l. cost. n. 2/1967 vino a regular este elemento, fijando para ello una mayoría absoluta para el primer escrutinio y la simple para los siguientes. En efecto, en el caso de que en la primera votación no se obtenga esa mayoría, se procederá en el día sucesivo a una segunda votación entre los candidatos que, en número doble a las vacantes por cubrir, hayan obtenido el mayor número de votos y vencerá el que obtenga la mayoría relativa (*votazione di ballottaggio*). Si hubiese empate, se tiene la opción de proclamar juez constitucional al que

²⁸ El 27 de enero de 1977 el Parlamento designó, junto a otros dos magistrados, al señor Brunetto Bucciarelli Ducci. En esa ocasión en el procedimiento de convalidación a cargo de la propia Corte Constitucional (deliberación del 29 de enero de 1977), estimó cierta falencia en la candidatura, al no considerarse cumplida su pertenencia a la categoría de jurisdicción ordinaria superior, debido a que nunca había ejercido funcionalmente el cargo que tenía de magistrado de Casación.

tenga mayor edad, o bien, se le somete a una segunda vuelta (4, l. cost. n. 2/1967).

Como ha quedado de manifiesto, la mayoría contemplada para la designación de los jueces por parte de las magistraturas no es muy exigente, si se compara con las establecidas para las designaciones parlamentarias. Esta distinción tiene su base en que la estructuración de los colegios electivos de las magistraturas no descansa en cuerpos de representación política de grupos, pues se trata de supremos órganos jurisdiccionales. En general se viene considerando que la participación de las magistraturas es la que más se encuentra alejada de la lógica política, aunque no se debe descartar la formación de corrientes o grupos modelados por las asociaciones judiciales al interior de los colegios que podrían incidir sobre las designaciones (Rossi, 2001: 366).

En cualquier caso, conviene anotar que la práctica de las designaciones de las supremas magistraturas ha tenido una dimensión “corporativa”, es decir, en todos los casos han recaído sobre magistrados pertenecientes a la misma jurisdicción que le corresponde elegir. En su mayoría, las elecciones se han decantado por magistrados presidentes de sección, aunque también han llegado a optar por los presidentes del propio cuerpo, abogados y procuradores generales de la casación y a un consejero de la Corte de Cuentas (Bin y Pitruzzella, 2005: 408; Malfatti *et al.*, 2003: 55; Rossi y Vuoto, 1997: 361). En cuanto a la dimensión “corporativa” que han tomado las supremas magistraturas (Rossi, 2001; Ruggeri y Spadaro, 2001: 61, entre otros).²⁹

Se trata, en efecto, de una práctica consolidada, puesto que las magistraturas no están constreñidas a elegir a los miembros de su propio seno, sino que el abanico de posibilidades que tienen para designar libremente al juez comprende, además, las otras dos categorías profesionales del electorado pasivo previsto en el artículo 135.2 de la Constitución, como lo es la de profesor universitario de derecho y de abogado. Mencionado lo

²⁹ Hasta 1996, la Corte Suprema de Casación había designado a diez presidentes de Sala (Lampis, Gabrieli, Fragali, Verzi, Gionfrida, Maccarone, Greco, Granata, Santosuosso y Ruperto), a tres abogados generales (Battaglini, Saja y Corasaniti) y tres procuradores generales (Manca, Reale y Rossano). El Consejo de Estado, ha designado a un presidente de la institución (Pescatore) y a cuatro presidentes de Sala (Papaldo, De Marco, Roehrsen e Chieppa). La Corte de Cuentas ha designado a cuatro presidentes de Sala (Cosatti, Benedetti, De Stefano e Borsellino) y un consejero (Vari).

anterior, el hecho es que la principal fuente de magistrados provenientes de la jurisdicción ordinaria en la Corte Constitucional la constituyen las supremas magistraturas, aunque ocasionalmente el Parlamento y el presidente de la República han designados como jueces a personas con el grado de magistrado (Rossi y Vuoto, 1997: 361-362).³⁰

Esta dinámica consolidada ha resultado congruente con la voluntad del constituyente (Costanzo, 1996: 14),³¹ quien desde el diseño de los criterios de elección de los jueces constitucionales, pretendió ofrecer una vía de acceso a la Corte que estuviera más distanciada del juego de fuerzas políticas, dejando por tanto un poder de designación directa a las supremas magistraturas (Nicotra, 1996: 121). Por otro lado, la idea, como ya se ha referido, también era dejar un espacio de “conexión” de la CC con el Poder Judicial, propósito nada desdeñable debido a los cometidos institucionales de tipo jurisdiccional que tiene la Corte Constitucional.

La asamblea preelectoral en la Corte Suprema de Casación

La Corte Suprema de Casación es el tribunal de última instancia en el sistema de jurisdicción ordinaria en materia penal y civil, que está encargado de asegurar “la exacta observancia e interpretación uniforme de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las diversas jurisdicciones”.³² En materia de designación de jueces constitucionales, la Corte de Casación merece una mención aparte, porque desde

³⁰ El presidente de la República ha llevado a la Corte Constitucional a un presidente y a un presidente honorario de la Corte de Casación (Oggioni, Azzariti, respectivamente), y a un presidente de Sala del Consejo de Estado (Castelli Avolio). El Parlamento ha designado para la Corte Constitucional a un presidente de Sala del Consejo de Estado, aunque en el momento también había ganado el concurso de profesor, por lo que se le enmarca dentro de esta última categoría (se trata del juez Caianiello, designado el 9 de octubre de 1986). Los datos son hasta noviembre de 1996.

³¹ En este sentido, se puede destacar a uno de los principales promotores de la introducción de una impronta jurisdiccional al órgano de justicia constitucional, se trata del constituyente Constantino Mortati.

³² Artículo 65 de la norma que disciplina el ordenamiento judicial, esto es, el Real Decreto del 30 de enero de 1941, número 12, con sucesivas modificaciones. El Real Decreto y en general, un estudio panorámico del sistema judicial italiano puede verse en el portal de Internet del Consejo Superior de la Magistratura, disponible en: www.csm.it/documenti%20pdf/SistemaGiudiziarioItaliano.pdf.

hace tiempo viene consolidando una práctica tendente a conferir mayores grados de transparencia al procedimiento preparatorio de la elección de los jueces. La práctica consiste en una asamblea general especialmente convocada por el presidente de la Corte de Casación, para que los aspirantes a la magistratura constitucional expongan ante los colegas las razones de su candidatura. No se trata de una asamblea electiva, sino de información y discusión de las candidaturas.

La celebración de una asamblea preelectoral de este tipo tuvo sus orígenes en un documento elaborado en 1993 a iniciativa de algunos magistrados de la Corte de Casación, presentado al presidente de ésta, quien lo trasladó al Consejo Superior de la Magistratura para recabar su opinión. En el documento se sugería que el presidente adoptara una suerte de “reglamento” en el que se detallara esta etapa preparatoria.

La misma debía comenzar con la convocatoria a cargo del presidente por medio de una carta a los miembros del colegio electivo, citándolos para una asamblea en la que se discutiría abiertamente sobre las candidaturas a la Corte Constitucional, sin que la misma resultase vinculante para orientar el voto del colegio. En la referida carta podría informarse de las candidaturas presentadas al presidente, sin menoscabo de que pudieran presentarse otras en el transcurso de la asamblea. Llegada esta, se invitaría a los candidatos por orden alfabético para que en quince minutos expusieran su presentación, permitiendo, posteriormente, una discusión con intervenciones de cinco minutos. La asamblea debería ser convocada al menos un mes antes de la fecha fijada para la elección.

El Consejo Superior de la Magistratura respondió a la solicitud considerando que, de conformidad con las normas constitucionales y legales de composición de la CC, no cabía dentro de las competencias del presidente de la Corte de Casación la emisión de un acto normativo en la materia. Tampoco era previsible la opción de un “reglamento” o disposición de rango reglamentario dada la reserva de ley a que somete el artículo 51 de la Constitución sobre el derecho de acceso a los cargos públicos (Panzizza, 1996: 6-7).³³

El Consejo, además, de alguna manera destacó la importancia de la designación de los jueces constitucionales y la necesidad de una sede o

³³ La respuesta del Consejo Superior de la Magistratura fue adoptada en la sesión del 19 de enero de 1994.

acto institucional en la magistratura para que se llevase a cabo este tipo de reflexión, con lo que pareció “avalarse” la idea de la asamblea. En cuanto al momento y demás detalles de la misma, reconoció en el presidente de la Corte de Casación, en su carácter también de presidente del colegio electivo, la facultad para determinar, a su prudente criterio, la modalidad de la convocatoria y el desarrollo de la misma, de modo que vaya formándose una práctica, pero sin que llegue a asumir carácter vinculante.

La primera asamblea fue convocada por el presidente de la Corte de Casación Brancaccio en 1993 y sucesivamente por el presidente Zucconi Galli Fonseca el 17 de marzo de 1999 y octubre de 2001; luego la ha convocado el presidente Marvulli el 18 de octubre de 2002, de modo que la práctica se ha ido asentando (Malfatti *et al.*, 2003: 6 y 7). La asamblea se ha desarrollado en los términos de la propuesta original y siguiendo las directrices del Consejo Superior de la Magistratura, puesto que no se precedió a la redacción de ninguna disposición de carácter normativo.

La asamblea ha consistido en una primera etapa en la cual el candidato hace una breve exposición para presentar las razones que lo llevaron a su postulación o bien para aceptar la candidatura propuesta por sus compañeros; en esta suele presentar el contexto de la candidatura, las motivaciones, su oportunidad, una panorámica curricular, su disponibilidad para el cargo y la idoneidad de su perfil con los principios de funcionamiento del juez constitucional y la Corte Constitucional. Enseguida se da paso a una segunda etapa en donde el candidato puede recibir observaciones de los miembros del colegio electivo, manteniendo al efecto un ambiente de respeto y apertura (Malfatti *et al.*, 2003: 56).

Las asambleas preelectorales han tenido hasta el momento un desenvolvimiento considerable. La participación de los candidatos ha sido importante; por ejemplo, en la de 1999 participaron ocho aspirantes. En cuanto a la segunda etapa, el colegio se ha limitado a debatir sobre la currícula que expone el candidato, con alguna que otra incursión en matices, en cuanto a principios constitucionales, pero no se ha llegado a desencuentros amargos o controversias políticas. La asamblea, como ya se ha mencionado, no concluye con una votación, sino que se ha constituido en una sede formal de información de las candidaturas. Tampoco, por tanto, se ha convertido en una suerte de concurso de oposición donde se hayan impuesto adicionales criterios meritorios de elección más allá de los marcados por las disposiciones constitucionales y legales. La designación ha

quedado al libre albedrío de los integrantes del colegio, que realizan la elección *intuitu personae*.

Para algunos, el procedimiento ha tenido relevancia positiva en la discusión abierta de la candidatura, que mina la *praxis* de los “respaldos de corredor” o candidaturas basadas en otros factores, entre los que destacan el conocimiento personal, la proximidad territorial, la asistencia a las mismas oficinas, la afinidad ideológica, entre otras (Romboli y Panizza, 2012: 800). En cambio, otros ven en esa práctica, un potencial riesgo de traslación de los comportamientos políticos típicos de una asamblea parlamentaria al seno electivo de la asamblea de la Corte de Casación, lo que podría dar a sus designaciones una impronta política, ajena a la ratio técnico-judicial con la que el constituyente fijó la participación de la magistratura en la composición de un tercio de la Corte Constitucional (Aloisio, 2004: 187 y ss.). Por otro lado, se cree, además, que la tendencia a evitar desencuentros políticos entre los debates y mantener una línea en la sesión que lo evite, dará como resultado la escasa utilidad de la asamblea (Aloisio 2004, 192).

El temor, arriba señalado, ciertamente tiene algo de virtualidad, sobre todo porque este tipo de audiencias no ha evitado, por denominarlo de alguna forma, la realización de campañas entre los candidatos en el seno del colegio electivo, por ejemplo, con la distribución de cartas donde los interesados declaran al colegio su disponibilidad para la candidatura. Sin embargo, el mérito de la asamblea sigue siendo la dotación de mayores dosis de apertura e información al procedimiento, que no ha cundido en el resto de los órganos selectores de magistrados.

3. La designación por el Parlamento

Finalmente, queda por abordar la selección de los cinco jueces constitucionales a cargo del Parlamento. En este caso, los jueces son electos por la sesión conjunta de la Cámara de Diputados y el Senado, con voto secreto y por mayoría de dos tercios de los componentes de la Asamblea en las primeras tres votaciones, mientras que en los escrutinios sucesivos la

mayoría calificada baja un poco, al exigir los tres quintos de los integrantes de la propia Asamblea (3, l. cost. n. 2/1967).³⁴

Como se puede observar, el poder de designación no se deposita en una determinada Cámara, como sucede en otras experiencias constitucionales (México, Estados Unidos, España, Alemania, por ejemplo), sino que recae en la sesión conjunta de las dos Cámaras que componen el Parlamento italiano. Se trata, sin duda, de un colegio numerosamente compuesto, al estar integrado por 945 personas, de los cuales 630 son diputados y 315 son senadores (56, 57 C).

Esta *seduta comune* de las cámaras, es una formación especial del Parlamento italiano. Se le considera un colegio “imperfecto”, en la medida que se reúne para llevar a cabo funciones muy específicas ordenadas taxativamente por la Constitución (Paladin, 1960: 388-418).³⁵

Sus competencias se reducen a ciertas funciones en materia de acusación en el juicio contra el presidente de la República (90, 135 C) y en materia electiva, en especial, la elección del presidente de la República (83 C); pero también tiene a su cargo la designación de un tercio de los componentes del Consejo Superior de la Magistratura (104.4 C), y como se ha avanzado, también designa a una tercera parte de los jueces de la Corte Constitucional (135.1 C).

No existe propiamente un “procedimiento parlamentario” para la designación de los jueces constitucionales. Es decir, no está formalizado un periodo de presentación de candidaturas, de valoración y conclusión de las mismas, sino que la actividad es realizada de manera “oficiosa” por el impulso que le proporcionen los acuerdos de las fuerzas políticas y su

³⁴ En un principio el artículo 3 de la Ley n. 87/1953, exigía una votación menos elevada, pues establecía la mayoría de tres quintos de los componentes de la Asamblea en los primeros dos escrutinios, y en los sucesivos se exigía simplemente la mayoría “de los votantes”. Una opción sin duda polémica, puesto que una ley ordinaria dejaba las designaciones en los últimos escrutinios en las manos de la mayoría parlamentaria. La polémica fue superada con la constitucionalización de la mayoría calificada a través de la l. cost. n. 2/1967. Esta ley, fijó las mayorías que se mantienen vigentes hasta ahora, esto es, mayoría de dos tercios de los componentes de la Asamblea y de mayoría de tres quintos a partir del cuarto escrutinio.

³⁵ Además de que, entre otras características, no determina por sí misma el orden del día, no formula su propio reglamento (sino que ocupa el de la Cámara de Diputados —véase el artículo 35.2—), o no se pueden abrir rondas de discusión y posicionamiento por parte de los parlamentarios.

materialización a través de las “palancas” del trabajo parlamentario dado por la Presidencia de la Cámara de Diputados (que lo es también de la sesión común), la Presidencia del Senado o la Conferencia de Presidentes (órgano análogo a la Junta de Coordinación Política mexicana o a la Junta de Portavoces española).

Como consecuencia de ello, tampoco podrá esperarse una declaración formal de aceptación de la candidatura por parte del candidato, aunque podría hacerlo o negarse por otros cauces informales de contacto con las fuerzas políticas. Al no haber una etapa de recepción y formalización de las candidaturas, provoca que el número de estas no esté cerrado, de modo que, continuamente, se pueden observar en las votaciones parlamentarias una suerte de desfile de personalidades que aparecen de escrutinio en escrutinio, mientras no se consiga la mayoría requerida. Quizá, lo recomendable sea que las candidaturas estuvieran definidas para que el esfuerzo de negociación de las fuerzas políticas se concentrara en ellas.

No hay una etapa formalizada y pública de valoración del currículo del aspirante en el *iter* parlamentario, aunque ciertamente existe un procedimiento de verificación luego de la elección a cargo de la propia Corte Constitucional. Es verdad, por otro lado, que las candidaturas suelen recaer en grandes personalidades jurídicas, por lo que los requisitos de acceso están generalmente cumplidos.

Además, es de suponer que las fuerzas políticas de hecho realizan una valoración de este tipo antes de presentar la candidatura a la negociación con el resto de las fuerzas. Una prueba para acreditar lo anterior, podría ser el escaso número de veces en que la mencionada facultad de revisión de la Corte Constitucional ha dado como resultado el planteamiento de algún tipo de falencia en la candidatura, excepción hecha de las dudas planteadas en el referido caso de la elección del magistrado Brunetto Bucciarelli Ducci en 1977.

En cualquier caso, el procedimiento no deja de tener muchos problemas de transparencia, no solamente de cara a la sociedad, sino entre quien propone la candidatura y los propios parlamentarios electores (Biagetti, 2005: 5). En este sentido, conviene mencionar que en el Parlamento italiano se tiene adoptada la práctica de no abrir un debate público sobre las candidaturas cuando las reuniones comunes de las Cámaras tienen una finalidad electiva. Ello en virtud de la ya mencionada calidad de colegio imperfecto del Parlamento en sesión común, pero también de una

suerte de principio general que se viene consolidando en su derecho parlamentario, inspirado por razones de funcionalidad y oportunidad política, con el fin de evitar que las reuniones del Parlamento se transformen en comicios electorales.

La idea también es evitar una sesión donde se expresen juicios de preferencia sobre los méritos de los candidatos, y se negocien públicamente los acuerdos sobre las personas a elegir. Este criterio, parece traer causa en una de las características funcionales del propio colegio, como lo es la elección del presidente de la República, en la cual se pretende evitar mayores complicaciones en su procedimiento selectivo. De ahí que no se permitan las declaraciones públicas en la Asamblea, para evitar una concurrencia abierta entre candidatos, que se puedan oponer vínculos y condicionamientos a la elección del presidente, de manera que la misma aparezca altamente politizada. La defensa y propuesta de candidaturas podría verse con un significado político que marcaría a los candidatos, del mismo modo que fueron electos.

Esa línea de principio no se ha constreñido a la designación del presidente de la República sino al resto de actos de “naturaleza electiva” de la Asamblea parlamentaria. Así se ha entendido desde la primera sesión conjunta dedicada a la elección de jueces constitucionales, y continúa manteniéndose hasta ahora. En la práctica, sin embargo, no han faltado reiterados intentos de los parlamentarios para tomar la palabra en la Asamblea, pero los presidentes no lo han permitido (Biagetti, 2005: 5-7; Ferrari, 1990: 97).³⁶

Ahora bien, ya que ha quedado asentado que no suelen abrirse rondas de debate en las sesiones conjuntas, lo cierto es que tampoco se llevan a cabo en ninguna otra sede parlamentaria formalizada y pública, esto es, en alguna cámara, comisión u órgano de gobierno, al estilo de los *hearings* o comparecencias parlamentarias, como en el Senado estadounidense, para designar a los jueces del Tribunal Supremo. Consecuentemente, la información sobre la negociación de las candidaturas y de los criterios de designación, tienen que buscarse en sede política, esto es, en las declara-

³⁶ En efecto desde la primera designación parlamentaria de jueces constitucionales, no se permitió una discusión en el Parlamento reunido en sesión común; en aquella ocasión se negó la palabra a Paolo Rossi, quien, al pedirla, avanzó que quería proponer la suspensión de las votaciones, ante la infructuosa mediación de los presidentes de las cámaras para propiciar un acuerdo entre los partidos.

ciones a la prensa de los parlamentarios y mediante el ejercicio del análisis político y la conjetura.

Para adoptar el acuerdo de designación se exige el voto de los dos tercios de los componentes de la Asamblea en las primeras tres votaciones, y en los siguientes basta con los tres quintos. En cualquiera de los dos supuestos, la mayoría resulta muy elevada, al tratarse en el primer caso de 635 votos y en el segundo de 572. Las designaciones suelen conseguirse por el segundo quorum, luego de muchos escrutinios.³⁷ Los grupos políticos, tan fragmentados en Italia, frecuentemente encuentran dificultades para conseguir ese número de apoyos, por lo que las designaciones no se realizan en el mes de plazo fijado por la l. cost. n. 2/1967 para efectuar el nombramiento y ocupan mucho más tiempo; en algunos casos, han llegado a tardar cerca de dos años, en los cuales la Corte se ha quedado con esas plazas vacantes.

La conducta dilatoria parece cada vez más habitual, al punto que el mes de plazo previsto constitucionalmente, para hacer el nombramiento, se ha considerado en la práctica como un plazo “ordinario” y “prorrogable” (Luther, 1991: 2496). El plazo ha perdido su prístino sentido de fijar el periodo específico para ejecutar la designación, al considerarlo como un periodo en el que por lo menos, debía ponerse en marcha el procedimiento y celebrar el primer escrutinio (Biagetti, 2005: 16). Asimismo, los constantes retrasos ya han dado muestras de que podrían ocasionar problemas más graves relacionados con una crisis institucional o de gobierno: parálisis de la Corte, al no contar con el quorum de magistrados para sesionar (Panizza, 2005: 3; Torrisi, 2002); apelación pública apoyada por 506 parlamentarios dirigida a los presidentes de las cámaras para convocar al Parlamento hasta proceder a las designaciones necesarias;³⁸ declaraciones y mensajes directos del presidente de la República a las cá-

³⁷ Para conseguir la designación del abogado Giuseppe Frigo el 21 de octubre de 2008, se necesitaron veintinueve escrutinios (once en una legislatura y diez en la siguiente); luego en las designaciones de dos jueces el 24 de abril de 2002, llegaron hasta los veinte escrutinios (cinco en una legislatura y quince en la siguiente). Por el principio de discontinuidad entre las legislaturas, al inicio de cada una, el procedimiento selectivo recomenzó desde el *quorum* de votación inicial de los dos tercios.

³⁸ Se trata del documento titulado “Appello di parlamentari ai presidenti di Camera e Senato su Corte Costituzionale e Commissione di Vigilanza RAI”, promovida por el Grupo político radical, en apoyo a la iniciativa de Marco Pannella, apoyada por 506 parlamentarios, disponible en <http://old.radicali.it/view.php?id=130226>.

maras (Pugiotto, 2009: 339-354), llegando a advertir sobre su disolución de proseguir con el desacuerdo para designar a los jueces (Rossi, 2001).

La votación parlamentaria se realiza en secreto (3, l. cost. n. 2/1967), característica por otro lado, que se aplica tradicionalmente en Italia cuando en la deliberación se trata de la elección de personas. Con ello se busca eliminar que incidan en la voluntad de los parlamentarios presiones externas de acuerdo con la forma de votación y también para forzar que el acuerdo parlamentario entre los grupos políticos no sea meramente formal o impuesto por disciplina partidaria, dando mayor peso a la función singular del parlamentario.

El sufragio se emite mediante una boleta. En ocasiones, se ha utilizado una papeleta para cada plaza a cubrir, y en otras para agilizar en términos prácticos la votación, en la misma se ha votado por los nominados a las diversas plazas de magistrado en juego, aunque cada una vaya en un número de escrutinio distinto e incluso cuenten para diferentes mayorías (Biagetti, 2005: 6 y 7).

En el plano práctico, el Parlamento se ha caracterizado, al igual que el presidente de la República, por preferir entre sus designaciones a los profesores universitarios. En efecto, de las designaciones que ha realizado hasta noviembre de 1996, dieciséis han sido profesores, siete abogados y un caso especial sobre un magistrado.³⁹ Entre los criterios de elección, vista la práctica, puede extraerse el de una cierta preferencia por ex parlamentarios o profesionales vinculados en algún momento a un grupo político (Vizioli, 2005: 147).

Ahora bien, aunque no se trata de un órgano en particular, sino del historial de designaciones del conjunto de órganos facultados para ello, se puede destacar el reducido número de mujeres que han sido designadas en la magistratura constitucional a lo largo del tiempo. En este sentido, considérese que no fue sino hasta 1996 cuando la designación presidencial de Fernanda Contri vino a romper el historial de nombramientos masculinos que se venía practicando en la Corte desde su fundación (Malfatti *et al.*, 2011: 57).

³⁹ Los profesores han sido Ambrosini, Bracci, Cassandro, Jaeger, Branca, Bonifacio, Trimarchi, Elia, Gallo, Dell'Andro, Casavola, Caianiello, Guizzi, Mirabelli, Mezzanotte y Onida; los siete abogados han sido Cappi, Rocchetti, Capalozza, Amadei, Malagugini, Reale e Spagnoli; y finalmente el magistrado se trató del polémico y ya referido caso de Brunetto Bucciarelli Ducci.

En cualquier caso, tampoco en las subsiguientes designaciones se ha visto que los cargos recayeran en un mayor número de mujeres. En este sentido, se puede recordar el caso en 2005 de Maria Rita Saulle; en 2011 el de Marta Cartabia (de nómina presidencial), y en 2014 las designaciones de las profesoras Daria de Pretis y Silvana Sciarra, electas el 18 de octubre por el presidente de la República y el 6 de noviembre de ese año por el Parlamento. Con independencia de lo anterior, vale poner de relieve que hasta el día de hoy no ha habido ninguna mujer que haya desempeñado la Presidencia de la Corte Constitucional.

Finalmente, cabe mencionar, así sea de forma breve, un aspecto que está relacionado con el influjo que podrían tener las entidades regionales en la designación de los jueces de la CC. Se trata de un propósito que también se puede observar en experiencias comparadas, allá donde la forma de Estado es federal, regional o donde la organización territorial tiene cierta descentralización (Alemania, Canadá, España, Bélgica), o bien allá donde hay comunidades minoritarias en países multiétnicos (por ejemplo, en Serbia, Macedonia o Kosovo).

En el caso de Italia, la participación de las regiones en la designación de los jueces de la CC se ha pretendido incardinar a través de una acción de tipo orgánica, en términos Jorg Lüther (Luther 2004, 96). Esto es a través del rol activo de la institución que representa a nivel estatal el interés de las autonomías territoriales, como podría ser el Senado. Para ello, se requiere que éste pueda efectivamente reflejar esas sensibilidades regionales, por ello los intentos para reformar la Constitución han venido impulsados, entre otras cosas, por la creación de un Senado federal.

Las propuestas de reformas en ese sentido se han generado al menos desde 1997 con motivo del debate que se inició en Italia a fin de revisar la parte II de la Constitución.⁴⁰ La iniciativa fue enviada a la *Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, en la que no resultaría adoptada. En la misma dinámica de la reforma constitucional italiana, en sede parlamentaria (XIV Legislatura) se plantearían otras propuestas sobre la designación parlamentaria de los jueces constitucionales, aunque también se tocaron puntos concernientes a la composición de la Corte y a la duración del mandato de los jueces.⁴¹

⁴⁰ Es la que recoge la parte orgánica de la Constitución (artículos 55-139).

⁴¹ Las propuestas respecto al número de jueces giraron entre los diez y veintiún miembros, sobre el periodo de cargo se propuso para cinco años con posibilidad de reelección.

Respecto a las modificaciones de los órganos proponentes, se planteó un cambio en las cinco designaciones parlamentarias, que ya no serían seleccionadas por el Parlamento en sesión conjunta, sino que tres fueran designadas por la Cámara de Diputados y seis por el que se denominaría Senado Federal de la República. Los proyectos de reformas constitucionales se presentaron en 2004 a la Cámara de Diputados, en 2005 pasaron al Senado y en 2006 fueron rechazados por referéndum (Malfatti *et al.*, 2011: 65).

Más recientemente ha venido la propuesta de reforma constitucional denominada *Renzi-Boschi*, la cual ha sido rechazada por referéndum, pero que entre las modificaciones que se planteaban, se introducía una nueva modalidad de elección de los jueces de la CC por parte del Parlamento, ahora precisando que tres serían designados por la Cámara de Diputados y dos por el Senado de la República (Laneve, 2016).

IV. REFLEXIÓN FINAL

Como se puede ver, del análisis del modelo de composición y designación de los jueces de la Corte Constitucional italiana es posible advertir un método de designación directa, adjudicando esta facultad a diversos órganos del Estado. Esta característica en el modelo de selección es una de las recomendaciones que en su momento Kelsen aconsejó (Kelsen, 1928: 226 y 227).⁴² De ahí que el Tribunal Constitucional austriaco sea de los primeros que adoptó este modelo (Constitución de Austria de 1920), pero también en esta línea muy pronto se sumó la Corte italiana.

Según se ha mostrado, el caso italiano consiste en la distribución del poder de designación siguiendo la teoría de la tripartición del poder en Le-

También se plantearon nuevas disposiciones sobre las mayorías para la elección de jueces en las Cámaras, la adición de previsiones al régimen de incompatibilidad después de finalizado el periodo de funciones, modificación de la composición integrada de la CC, entre otras.

⁴² Entre otras cosas, Kelsen pensaba que los modos de reclutamiento de los magistrados debían de estar repartidos entre diversos órganos, que su número no debía ser demasiado elevado para poder cumplir una misión de interpretación jurídica, que debía reservarse un lugar para los “juristas de profesión” y “especialistas inminentes”, y que debían excluirse a miembros del Parlamento y del gobierno, porque son a los que tienen que controlar.

gislativo, Ejecutivo y Judicial. De la participación del Legislativo se espera la irradiación del principio de legitimidad que los órganos representativos suelen impregnar, mientras que de la participación del Poder Judicial se espera mantener una conexión necesaria con el Legislativo, pues la Corte Constitucional ejerce funciones jurisdiccionales, y de la participación del Poder Ejecutivo se espera, como ya se dijo, una visión neutra, imparcial o con un sentido estatal de la designación.

Esta modalidad parece encontrar su inspiración en el deseo de dotar a la CC de una mixta visión institucional derivada de la designación directa de órganos de diversa índole. No se trata, en definitiva, de una función representativa, es decir, que los jueces designados deban defender, en los procesos constitucionales, las posiciones del órgano que los designó. Es, por el contrario, una traza estructural que permitiría suponer la confluencia de perfiles con diversas “sensibilidades”, experiencias profesionales y especializaciones técnicas que cada órgano selector impulsaría en sus designados, ayudado por las categorías profesionales que dan potencial acceso al colegio: magistrados, catedráticos y abogados experimentados.

Como se ha visto de la experiencia italiana, la intervención de las supremas magistraturas efectivamente corresponde con la llegada de este tipo de perfiles judiciales en la Corte Constitucional. Por otra parte, la participación del Poder Legislativo tiene su corolario en la designación de perfiles con determinada sensibilidad o experiencia política, mientras que la colaboración del Ejecutivo, órgano, como ya se dijo, con un cariz más neutro, lleva a la CC a los perfiles que pudieran “equilibrar” las formaciones ideológicas o profesionales que se llegaran a detectar al interior del colegio en determinado periodo.

La tripartición del poder selectivo en la conformación de los tribunales constitucionales es un elemento de equilibrio institucional pues rompe los monopolios o influjos desproporcionados que pudieran venir de la intervención de un solo poder o fuerza política. La tripartición da voz a poderes con una lógica diversa, modelando el tribunal como un órgano supra partes, dándole un aspecto más alejado de las lógicas de mayoría y minoría parlamentaria, esto es, como dice Zagrebelsky, un órgano cuya función no pertenece a la política, aunque concurra al sistema estatal con un importante poder político; un órgano esencial para nuestro modo de

entender la democracia, pero que al mismo tiempo no proviene de la democracia (Zagrebelsky, 2005: 3).

La calidad de órgano supra partes que puede dotarse a los tribunales constitucionales al final de cuentas constituiría un elemento de garantía para su independencia frente al resto de fuerzas estatales, pues la composición del órgano no se debe en su integridad a la acción determinante de un solo poder. La tripartición, además, puede aminorar el riesgo de una potencial dominación ideológica en aquellos casos donde una fuerza política se vuelve hegemónica.

De igual modo, la participación de diversas entidades estatales en el proceso de designación de los tribunales constitucionales puede reducir las posibilidades de afectación a su funcionamiento por la vía de los procesos de selección de los jueces. En este punto, los riesgos pudieran venir de los bloqueos o del incumplimiento de plazos de renovación personal de los jueces constitucionales cuyo periodo de cargo va finalizando. Situaciones todas ellas, plenamente factibles, frecuentes y deliberadas, según lo he mostrado en otro trabajo (Estrada, 2017: 346-352).

Evidentemente, hasta lo aquí expuesto, constituye una serie de reflexiones de tipo orgánico, a la luz del modelo de composición y designación de los jueces de la Corte Constitucional de Italia, visto también desde su funcionamiento práctico. Como se ha dicho, no hay recetas exportables con valor universal, pero la experiencia comparada ayuda a dar elementos de análisis, a generar nuevas ideas y planteamientos, a anticipar ciertas problemáticas, a matizar prejuicios y a calibrar posibilidades en el caso propio. Elementos todos estos útiles en un debate constructivo acerca de la mejor forma para conformar este tipo de tribunales tan estratégicos un Estado constitucional.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALOISIO, Salvatore, 2004, "Considerazioni sui giudici costituzionali eletti dalle Supreme Magistrate", en ANZON, Adele *et al.* (eds.), *La composizione della Corte Costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Actas del Seminario de Roma del 14 de marzo de 2003, Turín, Giappichelli.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 a, 2ª sc., 2ª sez., 13 de enero, VIII.

- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 b, 2ª sc., 2ª sez., 14 y 15 de enero, VIII.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 c, Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, 31 de enero.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 d, 7 de marzo, I.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 e, pom, 28 de noviembre, V.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 f, ant. 29 de noviembre, V.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, 1947 g, ant. 3 de diciembre, V.
- BIAGETTI, Francesca, 2005, “Il procedimento parlamentare di elezione dei giudici costituzionali: spunti problematici”, *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*.
- BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni, 2005, *Diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- BUQUICCHIO, Michele, 1998, “L’elezione dei giudici costituzionali da parte delle Supreme Magistrature, tra norma e prassi”, *Diritto pubblico*.
- BUSTILLOS, Julio, 2011, *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, México, Porrúa.
- COSTANZO, Pasquale, 1996, “L’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente”, en COSTANZO, Pasquale (ed.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale: atti del Convegno, Imperia*, 12 y 13 de mayo, Turín, Giappichelli.
- D’ORAZIO, Giustino, 1968, “Elezione di giudici da parte del Parlamento; verifica dei titoli da parte della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*.
- D’ORAZIO, Giustino, 1974, “Corte Costituzionale. Cronaca (1968-1974)”, *Giurisprudenza Costituzionale*.
- D’ORAZIO, Giustino, 1977, “Magistrati della Giurisdizione Superiore Ordinaria ed esercizio di funzioni non giudiziarie”, *Giurisprudenza Costituzionale*.
- D’ORAZIO, Giustino, 1980, *La genesi della Corte Costituzionale, ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milán, Edizioni di Comunità.
- ESTRADA MARÚN, José Antonio, 2017, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

- FERRARI, Giuseppe, 1990, “La travagliata gestazione della Corte Costituzionale ed i problema dei termini in Costituzione rigida e della compatibilità fra le cariche di giudice costituzionale e Senato revitalizio”, *Scritti in memoria di Antonino De Stefano*.
- KELEMEN, Katalin, 2013, “Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective — with a Proposal for a New Model for Hungary”, *Acta Juridica Hungarica*.
- KELSEN, Hans, 1928, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger (XLV)*.
- LANEVE, Giuseppe, 2016, “La Riforma ‘Renzi-Boschi’ e la Corte Costituzionale: alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici ‘Parlamentari’ e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo”, *Rivista AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Disponible en: <http://www.rivistaaic.it/>.
- LUTHER, Jörg, 1991, “I giudici costituzionali sono giudici naturali?”, *Giurisprudenza Costituzionale*.
- LUTHER, Jörg, 2004. “La composizione dei Tribunali Costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere”, en ANZON, A. *et al.* (eds.), *La composizione della Corte Costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Turín, Giappichelli.
- MALFATTI, Elena *et al.*, 2003, *Giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- MALFATTI, Elena *et al.*, 2011, *No giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- NICOTRA, Ida Angela, 1996, “Spunti in tema di elezione e nomina dei giudici costituzionali”, en COSTANZO, Pasquale (ed.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale: atti del Convegno, Imperia*, Turín, Giappichelli.
- PALADIN, Livio, 1960, “Sulla natura del Parlamento in seduta comune”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 10.
- PANIZZA, Saulle, 1993, “Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte Costituzionale”, en ROMBOLI, Roberto (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turín, Giappichelli.

- PANIZZA, Saulle, 1996, “La composizione, l’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale”, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Turín, Giappichelli.
- PANIZZA, Saulle, 2005, “Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte Costituzionale”, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- PESOLE, Luciana, 2004, “La composición pluralista y no representativa de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho*.
- PIZZORUSSO, Alessandro, 2000, “La justicia constitucional en Italia”, *Teoría y realidad constitucional*.
- PUGIOTTO, Andrea, 2009, “Se non così, come? E se non ora, quando?: sulla persistente mancata elezione parlamentare di un giudice costituzionale”, en DESANTI, Arrigo D. *et al.* (eds.), *Il 70 Compleanno di Pierpaolo Zamorani: scritti offerti da gli amici e dai Colleghi Di Facoltà*, Milano, Giuffrè.
- ROMBOLI, Roberto y PANIZZA, Saulle, 2012, “El estatus de los jueces de la Corte Constitucional. Italia”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y ASTUDILLO, César (eds.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ROSSI, Emanuele y VUOTO, Salvatore, 1997, “I giudici della Corte Costituzionale di nomina delle Supreme Magistrate”, en ROLANDO, Carlo *et al.* (eds.), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: atti del Convegno di Cagliari*, 24 y 25 de mayo de 1996, Turín, Giappichelli.
- ROSSI, Emanuele y VUOTO, Salvatore, 2001, “Il presidente della Repubblica e la mancata elezione dei giudici costituzionali”, *Forum di Quaderni Costituzionali*. Disponible en: www.forumcostituzionale.it.
- RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, 2001, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- TORRISI, Mimmo, 2002, “La consulta senza numero legale per la prima volta in quarantasei anni”, *Diritto e Giustizia*. Disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it>.
- VIZIOLI, Nicola, 2005, “L’elezione dei membri della Corte Costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura da parte del Parlamento in seduta comune”, *Il rispetto delle regole. Iscritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Turín, Giappichelli.

VOLPE, Carmine, 2004, “Fuori ruolo, elettorato attivo e Corte Costituzionale: il Consiglio di Stato individua una consuetudine «di rilievo costituzionale»”, *Il Foro Amministrativo C.D.S.*

ZAGREBELSKY, Gustavo (ed.), 1988, *La giustizia costituzionale*, Padova.

ZAGREBELSKY, Gustavo, 2005, *Principi e voti, la Corte Costituzionale e la politica*, Turín, Giulio Einaudi.

ASPECTOS COMUNES DE LAS ESCUELAS DE CHICAGO Y HARVARD EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: EL APOORTE DEL NEOINSTITUCIONALISMO*

COMMON ASPECTS OF THE CHICAGO AND HARVARD SCHOOLS OF ANTITRUST ANALYSIS: THE NEO-INSTITUTIONAL CONTRIBUTION

Jesús Alfonso SOTO PINEDA**

Luis Felipe JARAMILLO DE LOS RÍOS***

RESUMEN: El presente documento realiza un comparativo entre las escuelas de Harvard y de Chicago ante los pilares conceptuales de la Escuela Neoinstitucional. En un marco de disputa tradicional entre las escuelas de Chicago y Harvard, los desarrollos realizados por el neoinstitucionalismo pueden explicar cómo ambas escuelas del derecho antimonopolio difieren en sus propósitos, mas no en sus orígenes, pues las dos han surgido de la lucha contra los excesos perniciosos del poder de mercado y de la concentración empresarial. En ese contexto, el neoinstitucionalismo explica cómo pueden surgir los procesos de concentración empresarial y de poder de mercado, trascendiendo así las perspectivas tradicionales que se han esgrimido sobre ellos.

ABSTRACT: *On the understanding that Harvard and Chicago Schools postulates, this paper conducts a comparative analysis between those and the conceptual pillars of the Neo-institutional School. Within the framework of traditional disputes between Chicago and Harvard Schools, the advances of neoinstitutionalism, might explain how both Schools support different purposes for competition law, but rely on the same origins, since the two of them were created to fight harmful excess of market power and corporate mergers. It is in that context, the neoinstitutionalism explains how processes of market power and concentration can emerge, going beyond what traditional perspectives have considered about them.*

Keywords: *Antitrust, Harvard, Chicago, Neoinstitutional School.*

Palabras clave: derecho, libre competencia, Harvard, Chicago, Escuela Neoinstitucional.

* Artículo recibido el 9 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 16 de junio de 2018.

** ORCID: 0000-0001-7104-1991. Investigador en la Universidad Externado de Colombia en derecho de la competencia y derecho del consumo. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en derecho empresarial y doctor en derecho y ciencia política, por la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jesus.soto@uexternado.edu.co.

*** ORCID: 0000-0002-1392-5761. Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Economista y especialista en gestión financiera de la Universidad de Medellín. Magíster en derecho económico por la Universidad Externado de Colombia. Doctorando en derecho procesal por la Universidad de Medellín. Correo electrónico: lfjaramillo@udem.edu.co.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI,
núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 77-106.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aportes de la Escuela Neoinstitucional*. III. *La disputa en materia de libre competencia: Chicago vs. Harvard*. IV. *El neoinstitucionalismo como complemento de Harvard y Chicago*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la libre competencia es un propósito fundamental en el cual los Estados modernos han progresado desde la aparición de la teoría económica neoclásica en la parte final del siglo XIX y de la eclosión —especialmente en Estados Unidos— de grandes monopolios en sectores sensibles como el ferroviario, el del acero y el de los hidrocarburos. En el cumplimiento de aquel propósito, se han establecido a lo largo del tiempo políticas y normas de protección de la libre competencia, en las cuales la teoría económica ha sido un elemento significativo, toda vez que como bien afirman Kovacic y Shapiro (2000: 43), la importancia económica de los términos normativos empleados es tal que la aplicación de conceptos económicos resulta esencial. Máxime, ante una realidad que demuestra que, de la misma forma que se presentan cambios en la comprensión de los elementos de la teoría económica, se presentan también cambios en la doctrina y las políticas referentes a la protección de la libre competencia, haciendo necesaria una conciliación suficientemente dinámica de ambas materias, en tiempo real.

En dicho escenario de conexión jurídico-económica, las escuelas de Chicago y de Harvard¹ han protagonizado una disputa por entregas con arreglo, a la cual han rivalizado acerca de variados principios de la aludida protección. En la década discurrida entre 1960 y 1970, un grupo de estudiosos de la Universidad de Harvard afirmó que las empresas con poder de mercado estaban en capacidad —y de hecho eran propensas—

¹ Es necesario acotar que la mención que se realiza en el presente documento, y en otros de la misma naturaleza, acerca de la “Escuela de Harvard”, está basada en una terminología ampliamente reconocida en el ámbito de la protección de la libre competencia, que ha permitido, por su significado histórico, unificar un compendio de ideas sobre el derecho *antitrust* que no han nacido en exclusiva del bagaje de los estudiosos de las mencionadas escuelas, toda vez que se complementan con las concepciones doctrinales que han surgido en otras latitudes y en diversos centros de investigación alrededor del globo, y que les son afines.

a actuar de forma anticompetitiva (Hovenkamp, 2003: 920), impactando negativamente en los mercados, los competidores y los consumidores. Añadiendo que, de hecho, en virtud de las economías de escala a las cuales dichas compañías podían acceder, era necesario presumir la ilegalidad de su conducta concurrencial, pues solo de aquel modo la protección de la libre competencia podría cumplir la función social que le es connatural en defensa de los consumidores.²

Así, en el periodo enunciado, los argumentos de la escuela de Harvard se extendieron por el sistema norteamericano, impactando igualmente en otros sistemas de relevancia,³ en los cuales operó la presunción de ilegalidad de acuerdos, integraciones y conductas con una intrínseca capacidad distorsiva, más allá de que éstas pudiesen fomentar la productividad o beneficiar de alguna manera —en calidad o en precio— a los consumidores (eficiencia) (Piraino, 2007: 346). Tribunales y autoridades públicas de competencia a nivel internacional hicieron propios, mediante sus fallos, aquellos conceptos. No obstante, en la parte final de la década de los setenta dichos pronunciamientos dieron un giro hacia la adopción de los conceptos de un grupo de teóricos también relevantes de la Universidad de Chicago (Díez Estella, 2003: 34; Furse, 1996: 225; Kirkwood y Lande, 2008: 192 y ss.; Korah, 1986: 85; Soto Pineda, 2014: 351 y ss.)⁴ que entendieron la defensa de la libre competencia desde una perspectiva menos “proteccionista”, conforme a la cual la presunción de ilegalidad atada al poder de mercado era considerada, en sí misma, una amenaza para la competencia (Fox, 1987: 917).⁵

Desde aquella perspectiva doctrinal, el objetivo de la protección de la libre competencia no podía ser, bajo ningún concepto, el sugerido por Harvard, pues entendían que la impronta al respecto debía recaer en el

² Toda vez que los consumidores justifican el esfuerzo adicional que debería emprender como prioridad la defensa de la libre competencia (Cseres, 2008: 77 y ss.) Sin olvidar otras protecciones también sugeridas por parte de la Escuela de Harvard, pues los emprendedores y las pequeñas y medianas empresas, de acuerdo con sus teorías, también merecen una defensa excepcional. (Elzinga, 1977: 1196-1202).

³ Como el de la Unión Europea, donde las motivaciones y derroteros de la materia se han visto influenciados por la mencionada escuela (Mullerat Balmaña, 2011: 20).

⁴ Comentarios al respecto de los lineamientos básicos de esta escuela y su influencia excepcional en el entorno estadounidense.

⁵ Pues de acuerdo con su concepto las empresas con poder de mercado no intentan deformar el ecosistema competitivo, pues tienen como verdadera tendencia la eficiencia.

bienestar de los consumidores y en la atención a la eficiencia (Korah, 1994: 106) que las operaciones con impacto concurrential, aplicadas por las empresas, debían incorporar (Díez Estella, 2003: 34; Furse, 1996: 225; Kirkwood *et al.*, 2008: 192 y ss.; Korah, 1986: 85; Soto Pineda, 2014: 351 y ss.).⁶ La atención a los conceptos de la escuela de Chicago por parte de los tribunales y autoridades de competencia generó una especie de relajación en la prohibición de conductas empresariales. Aunque, del mismo modo, fomentó la realización de investigaciones de mayor profundidad, en el orden de analizar, con antelación a la declaración de la conducta como legal o ilegal, las condiciones de esta, del mercado en el cual se suscita y del impacto que podría provocar en los consumidores.

Las dos escuelas mencionadas han mantenido —y mantienen— una disputa “multidisciplinar” al interior de la protección de la libre competencia, aludiendo a diversos conceptos económicos que sustentan sus múltiples enfoques jurídico-concurrentiales, a pesar de que, con claridad, dicho componente económico es más profundo en Chicago que en Harvard. Tal ha sido el alcance de las teorías de ambas escuelas que la argumentación en sede judicial, y ante autoridades públicas de competencia alrededor del globo, han girado durante los últimos treinta y cinco años, de forma extendida y recurrente, en torno a sus tesis, alimentando la divergencia y la concepción de que en el marco de una disputa en materia de libre competencia uno de los imperativos, es el de elección y defensa de los argumentos de una u otra escuela.

Frente a los elementos propuestos por las escuelas de Harvard y Chicago como referentes de la política y normas protectoras de la competencia, desde hace algún tiempo —“los 80” — se ha planteado igualmente un corriente post-Chicago, en la cual se ha reconsiderado la teoría que intenta explicar, desde los postulados de las dos escuelas mencionadas, los comportamientos considerados anticompetitivos. De tal modo, se han presentado múltiples cambios que demuestran que —tal y como afirma Kaplow (1987: 190)— los postulados esgrimidos por la escuela de Chicago son insuficientes, desde la teoría de los precios, para explicar las nuevas condiciones en las que se desarrolla la economía y el derecho de la

⁶ El debate acerca de los objetivos de la protección de la libre competencia ha sido recurrente en los últimos veinte años, impactando aún en nuestros días. Ejemplos de aquel debate pueden encontrarse.

competencia. A lo anterior el mismo autor (Kaplow, 1987: 190) añade que las mejoras en la teoría microeconómica desde la comprensión de las imperfecciones del mercado han permitido pasar de un análisis estático a un análisis dinámico de este.

En ese sentido, el desarrollo de la teoría microeconómica no puede lograrse sin la comprensión actual del mercado. Los productos, las actividades económicas, los recursos, entre otros criterios fundamentales para el sistema económico, han variado sustancialmente, requiriendo el despliegue de nuevas teorías que determinen la construcción de la normativa en la competencia (Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez, 2006: 299).

Desde esta perspectiva, es necesario replantearse el concepto de mercado, trascendiendo y complementando la concepción neoclásica de este con la concepción neoinstitucional. Conceptos como costos de transacción, especificidad de activos, contratos, entre los más recurridos por esta escuela, pueden ser de gran ayuda para comprender el comportamiento de las empresas desde su funcionamiento como unidades productivas o como conjunto de firmas que hacen parte del mercado.⁷

Es por ello que desde el presente artículo se pretende mostrar la pertinencia de la Escuela Neoinstitucional para el derecho de la libre competencia, toda vez que, como se verá, con sus conceptos y postulados se complementan las hipótesis y razonamientos de las escuelas de Harvard y Chicago, favoreciendo así una mejor comprensión del comportamiento de los agentes del mercado, especialmente aquellos de carácter empresarial.

II. APORTES DE LA ESCUELA NEOINSTITUCIONAL

El neoinstitucionalismo es una escuela del pensamiento económico que, superando la noción del mercado, bajo unas leyes “naturales” no explícitas, argumenta las razones por las cuales se conforman las empresas —desde un punto de vista que supera la mera aglutinación de factores y la reducción de costos contables— y el papel que estas desarrollan en el espacio en el cual coexisten, denominado mercado. Como referente de este punto de vista acerca de la empresa y el mercado, Coase, en su texto “La naturaleza de la empresa”, expresa que “un economista cree que el

⁷ Una mejor comprensión de esta dualidad se dará en el punto II.1, el cual explica los fundamentos del neoinstitucionalismo desde los costos de transacción.

sistema económico está coordinado por el mecanismo de los precios y que la sociedad no es una organización sino un organismo” (Coase, 1996: 30).

Es posible descifrar esta afirmación, entendiendo que el mercado no es simplemente resultado de la acción del mecanismo de precios. Argumento que encaja en los de la escuela de Chicago, dado su paradigma de la eficiencia, operativo al advertir que situaciones como las economías de escala (Church and Ware, 2000: 58)⁸ o de alcance (Church and Ware, 2000: 58)⁹ determinan fuertemente el comportamiento de las empresas en el mercado. Pero ¿estas consideraciones desde la estructura de costos son las que definen en última instancia las decisiones de las empresas en el mercado? No. Los costos no solamente están asociados con el uso de los factores productivos incorporados en los bienes. También, están asociados con los riesgos derivados de la contratación y uso de dichos factores productivos (riesgo que sería extremadamente bajo si este factor estuviera en manos del productor de un bien o servicio), los cuales están determinados por las veces que se contraten los factores y el tiempo que duren dichos contratos.

Esta observación realizada por Coase (1996: 34) va conformando un concepto fundamental para la Escuela Neoinstitucional: los costos de transacción. Estos están definidos como aquellos asociados con el intercambio de bienes y/o servicios, en el entendido de que *i*) debe buscarse quién quiera comprar o vender el bien y/o servicio; *ii*) debe lograrse el arreglo que permita materializar el acuerdo, y como último punto *iii*) debe ejecutarse el acuerdo (Cooter y Ulen, 1998: 120 y 121).

Ante la presencia de estos costos de transacción, se vislumbra que las empresas pueden incurrir en aquellos, bien cuando estén negociando entre ellas, o bien cuando estén llevando a cabo los procesos de “intercambio de bienes y servicios de manera interna”. A manera de ejemplo, una empresa que produce un bien y que requiera comprar la materia prima a un proveedor, no estaría sujeta en exclusiva al precio como mecanismo de mercado (en donde tendría que determinar con quién negociar; cuál sería la mejor forma de establecer y cerrar esta negociación y cómo reaccionar ante imprevistos frente a lo pactado en la negociación), siendo estos costos de transacción derivados de la interacción propiamente dicha con dicho

⁸ La economía de escala es aquella en donde en el largo plazo el costo promedio es menor mientras la producción se incrementa.

⁹ Una economía de alcance se define como aquella en donde es más barato producir dos bienes o servicios conjuntamente que producirlos cada uno en plantas diferente.

mercado. Y es que también puede estar sujeto a otros costos de transacción, asociados con el funcionamiento interno de los procesos productivos de la empresa. Así, Coase (1996: 40) explica que el crecimiento de una empresa tiene tendencia a progresar si:

- a) Se reducen los costos de transacción al aumentar el número de transacciones.
- b) Se reduce la probabilidad de que el empresario cometa errores conforme aumentan las transacciones.
- c) Es menor el aumento de los precios de los factores requeridos en la producción de mayor tamaño.

Al tenor de aquella doctrina, vale la pena profundizar, a continuación, en las características de los costos de transacción.

1. *Algunas características de los costos de transacción*

Enunciada la presencia de los costos de transacción y su influencia en el tamaño de la empresa, en donde se afirma que el aumento o reducción de los costos de transacción determina aquel, cabe preguntarse: ¿existen circunstancias que determinen tales costos?

Al respecto, Cooter y Ulen (1998, 121-123) argumentan que la variación de los costos de transacción, los cuales son fundamentos de la Escuela Neoinstitucional, se presenta así:

- En relación con los costos de búsqueda, cuando el bien o servicio es de características particulares o singulares, presenta un mayor costo de transacción. En sentido contrario, si un bien es de condiciones muy generales u homogéneas, los costos de transacción asociados con este son más bajos.
- Con respecto a los costos asociados al arreglo o negociación, la información y posibilidades de cooperar en la concreción de aquella es fundamental. Si la información es de fácil acceso y pública, este costo es relativamente bajo. Sin embargo, si la información no es clara, ni oportuna, o es de difícil acceso, el costo se incrementa.
- Por último, el costo asociado al cumplimiento del acuerdo se da cuando se necesita de un periodo de tiempo para llevarlo a cabo. Cuando

este se da instantáneamente, es decir, inmediata o muy rápidamente luego del intercambio, este costo de transacción es casi nulo. En caso contrario, es decir, cuando se necesita un seguimiento en el tiempo luego del intercambio, el costo es mayor.

Como se puede observar a partir de la definición de los costos de transacción, elementos diferentes a los costos contables o asociados con la producción o prestación de un bien o servicio determinan el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, puesto que ellos, en virtud de la experiencia que adquieren en cada transacción, van ajustando sus acciones y perfilan el comportamiento de las actividades económicas.

Un elemento que juega un papel fundamental en la elaboración de la teoría neoinstitucional es la especificidad de los activos, toda vez que de esta se desprenden una serie de integraciones y acciones que las empresas llevan a cabo con el propósito de maximizar su beneficio en la búsqueda de reducción de sus costos de transacción.

El análisis de puntos como la especificidad de los activos según Joskow (1996: 166) ha dado pie a la reevaluación de la política antimonopólica. Por ejemplo, cuando se hacen inversiones perdurables en el tiempo, bajo un esquema de incertidumbre sobre el mantenimiento y cumplimiento de lo pactado, se reestructura la forma en la que se organizan las instituciones en el mercado.

Es así como Joskow y Schmalensee en su estudio *Markets for Power: An Analysis of Electric Utility Deregulation*, elaborado en 1983, encontraron que la determinación de la estructura del mercado de energía eléctrica en Estados Unidos, de la época, estaba determinado por situaciones como las inversiones específicas, las relaciones contractuales según la regulación estatal y el tipo de tecnología que se empleaba en la actividad relacionada con la energía eléctrica. Aquellos determinaron que cuando se presentan inversiones en activos específicos, el mecanismo de mercado no tiene mayor utilidad, puesto que en aquel escenario se pasaría de un mercado *ex ante* fragmentado, a un mercado *ex post* (luego de la negociación) con un número reducido de participantes, dándole especial poder a aquel que pueda aprovechar la ventaja del activo específico.

Es por ello que una de las ventajas que se tiene al integrar verticalmente un conjunto de actividades es reducir el costo de transacción asociado a ellas. Lo que hace bastante ventajosa esta práctica entre las dife-

rentes empresas. Al entrar los activos específicos como un elemento que influye en la integración vertical de una actividad económica frente a la negociación de mercado, es conveniente hablar sobre tal especificidad.

2. *Especificidad de los activos*

Williamson (1989: 65) explica cuatro tipos de especificidad de los activos: especificidad del sitio; especificidad de los activos físicos; especificidad de los activos humanos, y especificidad de activos dedicados. Estos conllevan a que se forme una estrecha relación entre las partes o productores que llevan a cabo transacciones económicas con el propósito de concentrar aquellos activos que permiten desarrollar actividades estratégicas dentro de la empresa. Así, cuando las empresas están haciendo inversiones y llevan a cabo contratos sobre activos específicos, están buscando ahorrar costos, puesto que están “asegurando” la propiedad de estos activos mediante la seguridad acerca de la continuidad de las actividades económicas.

Para citar un ejemplo en donde la especificidad de los activos juega un papel fundamental en la conformación de estructuras concentradas que fomentan el monopolio, citaremos (Church y Ware, 2000: 70) el caso de Aluminium Company of America (Alcoa). Esta compañía, aprovechando dos tipos de especificidades (de sitio y de activos físicos), construyó un monopolio sobre la producción de aluminio, dado que para la producción de esta materia prima resulta necesario disponer de *bauxita*, cuyas propiedades dependen de cada yacimiento; a su vez, estos están dispersos por diferentes áreas geográficas, requiriendo además métodos de fundición propios para cada tipo de *bauxita*, que garanticen un aluminio de óptima calidad.

Siguiendo este ejemplo, se puede tomar como complemento del mismo, también, una actividad en donde la especificidad de los activos juega un papel fundamental en la conformación de la industria, que generalmente es de estructura oligopólica o monopólica: la industria del cemento, que requiere centralizar las plantas productoras cerca de las fuentes de los minerales requeridos para su obtención, como la arcilla y la cal, además de las fuentes de carbón mineral, que es utilizado como combustible para los hornos que sirven para la incineración de la arcilla y la caliza.

Tal especificidad de los activos es fuente de oportunismo y comportamientos no develados u ocultos de una de las partes que interviene en una

negociación. Como así sucede en los casos en los cuales un activo específico no está bajo la propiedad de quien más lo valora. Este oportunismo y comportamiento no develado aumenta los costos de transacción, lo cual también dificulta los acuerdos o contratos que se crean para hacer uso de tales activos, dado que a través del contrato no se pueden prever de manera efectiva todas las posibles contingencias derivadas del uso de los activos específicos, siendo esta última consideración un aspecto que hace mucho más atractiva una estructura organizacional que integre verticalmente todos los activos específicos en la empresa.

3. *Contratos*¹⁰

Derivado de la situación expuesta anteriormente, en la cual se explicó la relación de la especificidad de los activos con la tendencia a integrar estos en una sola estructura empresarial y por tanto fomentar la concentración en el mercado, una de las alternativas que se ha planteado es la desconcentración de las actividades productivas por medio de contratos que permitan una participación uniforme de los competidores en el mercado. Así, un contrato está inmerso en un sistema donde, como lo explica Williamson (1989: 40), están implicados puntos como la planeación, una promesa, la competencia y la gobernación (estructura u orden al interior de las firmas). Para determinar la efectividad o no de aquel, es necesario relacionar los siguientes puntos que magistralmente Williamson conjuga: la racionalidad limitada,¹¹ el oportunismo¹² y la especificidad de los activos.

Así, la presencia o ausencia de cada una de estas características en una negociación o actividad productiva en concreto, determina el mejor proceso de contratación. Pudiendo ser aquel proceso, precisamente, la planeación, la promesa, la competencia y la gobernación. Estos son a saber:

¹⁰ Cabe resaltar que el término “contrato” para este escrito no debe entenderse estrictamente desde el punto de vista legal, en donde dos o más partes suscriben un documento o acuerdan verbalmente obligaciones y acciones que conllevan al cumplimiento de lo acordado, sino como el arreglo o disposición de las partes para llevar a cabo de la mejor manera (con el menor costo de transacción) una actividad económica.

¹¹ La racionalidad limitada está definida como la imposibilidad de conocer todos los determinantes de una situación, lo cual conlleva a tener información limitada sobre una situación en detrimento de las utilidades o beneficios esperados de ella.

¹² El oportunismo es la acción no develada de una de las partes, aprovechando la falta de información o cualquier otro limitante que exista en una transacción.

<i>Racionalidad limitada</i>	<i>Oportunismo</i>	<i>Especificidad de los activos</i>	<i>Proceso de contratación implicado</i>
Ausente	Presente	Presente	Planeación
Presente	Ausente	Presente	Promesa
Presente	Presente	Ausente	Competencia
Presente	Presente	Presente	Gobernación

FUENTE: Williamson (1989: 41).

Aunque esta tabla contiene elementos propios de la teoría neoinstitucional, estos no son incompatibles con la teoría neoclásica de la firma, la cual guarda una estrecha relación con los argumentos de la escuela de Chicago. Por ejemplo, desde la teoría neoclásica, las empresas pueden generar o no cuasi-rentas (Signes de Mesa *et al.*, 2013: 69),¹³ que están determinadas con la especificidad de los activos empleados en una actividad económica. Es esta circunstancia propia de la naturaleza de dichos activos (su especificidad), la que exige un mecanismo que disminuya la posibilidad de ejercer una conducta que atente contra la libre competencia con su consecuente efecto negativo, para los competidores y los consumidores.

Así, el contrato (entendido como el mecanismo que permite que las partes en una transacción ajusten su comportamiento futuro) (Church y Ware, 2000: 72) permite incluir¹⁴ en la negociación el conjunto de in-

¹³ Una cuasi-renta puede definirse desde estos dos puntos de vista: el primero, que se expresa como la diferencia entre los ingresos totales y los costos evitables (aquellos en los que no se incurre cuando se elige una alternativa de producción), la cual determina la permanencia o no de la empresa en el mercado. La segunda definición se refiere a la inversión que se haga en activos específicos, de donde se toma que la cuasi-renta es la diferencia entre el valor de uso actual de un activo frente a su uso alternativo o también llamado costo de oportunidad. Por ende, el costo de oportunidad estimado antes de una negociación determina los términos de dicha negociación en materia de inversiones en activos específicos, así como, la continuidad de dicha relación económica (Church y Ware, 2000: 70)

¹⁴ Es necesario precisar que los contratos pueden ser completos o incompletos, en aras de manifestar que los contratos no son la solución esperada a los problemas como especificidad de activos, oportunismo, o presencia de costos de transacción. Así, cuando los contratos no presentan ningún costo de transacción no haciendo necesario su revisión y/o modificación, es porque están previstas todas las circunstancias que se puedan dar en el desarrollo del intercambio objeto del contrato. La presencia de un contrato completo en el tema que estamos tratando (costos de transacción y activos específicos) no es lo habitual, lo que indica que el contrato que se emplea en estos casos es un contrato incompleto, el cual implica que una de las partes puede tomar ventaja de la otra a través de un comportamiento oportunista, generando ineficiencias en dicho intercambio (Church y Ware, 2000: 73).

centivos y desincentivos que evitarían los actos contrarios a la libre competencia. Cuando se da la existencia de esos costos de transacción y especificidad de los activos, se está en presencia de contratos incompletos, abordada por la teoría homónima, que desarrolla “el impacto del marco institucional sobre el diseño del contrato, situando sus ideas en los fundamentos que estudian los efectos de la localización de los derechos de propiedad sobre la distribución del beneficio residual entre los agentes y sus incentivos a invertir” (Brousseau, Eric y Glachant, 2002: 10).

Luego de exponer los puntos centrales sobre los cuales la Escuela Neoinstitucional gira, es momento de mostrar los puntos que enfrentan a la escuela de Chicago con la de Harvard en materia de libre competencia, pues de tal manera se podrán identificar claramente las razones que originan las contraposiciones y sus orígenes.

III. LA DISPUTA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: CHICAGO *VS.* HARVARD

Siguiendo la dirección trazada en la parte introductoria del presente texto, a continuación, se abordarán con mayor profundidad los aportes que han realizado a la defensa de la libre competencia las escuelas de Chicago y Harvard, con el objetivo de clarificar el origen y naturaleza de las desavenencias doctrinales jurídico-económicas que les han enfrentado.

En ese sentido, es necesario iniciar este esquema de las disputas entre las dos escuelas enunciadas, exponiendo el que es considerado por los autores del presente artículo el principal desacuerdo entre ambas corrientes: el de los objetivos de la protección de la libre competencia. Disputa que influencia de forma directa la presencia de desavenencias doctrinales acerca de otros aspectos también importantes de la materia, pues teniendo puntos de partida heterogéneos, Harvard y Chicago han comprendido la aplicación de las normas *antitrust* desde diversas perspectivas, en valor de fines en oportunidades contrapuestos.

Así, la escuela de Chicago ha defendido, al tenor de la fuerte influencia que ha tenido en su seno la escuela económica neoclásica, que los conceptos económicos y, específicamente, la eficiencia, entendida como un compendio de criterios dirigidos a crear un entorno de bienestar en

los consumidores, son la respuesta a la razón de ser de la protección de la libre competencia.¹⁵ En su opinión, la búsqueda de la eficiencia económica —en términos locativos, productivos y dinámicos— ha configurado siempre el objetivo exclusivo de la materia (Posner, 2001: 24),¹⁶ ya que favorece la protección de la competencia propiamente dicha y sus elementos connaturales (Kolasky, 2004; Parikh y Majumdar, 2012: 253).¹⁷ La maximización de la riqueza —que es a su vez una derivación de sistemas económicos saludables y eficientes (Jones y Sufrin, 2008: 3-16)— es, desde su óptica, comprobación de aquel derrotero, ya que mediante aquella se multiplican las posibilidades de acceder a bienes y servicios, con motivo del aumento en la producción, el crecimiento propio del consumo y la reducción congénita de costos y de precios (Bork, 1966: 7).

Argumentos que van en contraposición de los razonamientos esgrimidos por Harvard en lo también referido a los objetivos de las normas de competencia, ya que la afinidad jurídico-pública de la materia, desde su punto de vista, condiciona los derroteros de esta. La eficiencia económica, encubierta en un fundamento “multinivel” de bienestar de los consumidores (como defiende Chicago), le ha parecido insuficiente, de forma recurrente, a la escuela en cuestión. Máxime cuando los destinatarios de las deformidades concurrenciales de los mercados son los agentes de menor dimensión y capacidad, que por su posición requieren de una defensa excepcional por parte de las normas de competencia, alcanzable, en exclusiva, mediante la disposición taxativa de derroteros de corte más social que económico. Así, la escuela de Harvard arguye que la de-

¹⁵ Al respecto del vínculo entre la economía y la protección de la competencia, sobre el cual se ha elaborado la teoría en torno a la cual gira la eficiencia y el bienestar del consumidor como fin exclusivo de la defensa (Van der Bergh y Camesasca, 2001). Siendo también valiosos los comentarios que pueden hallarse al respecto de la cuestión en Akman (2007).

¹⁶ Concebido en el estándar “bienestar del consumidor” (*consumer welfare*). Este sector de la doctrina ha afirmado que los profesionales con sensatez involucrados con la protección de la libre competencia, indistintamente de su rol, como litigantes, “comisarios” académicos, jueces, etcétera, no deben albergar dudas acerca de que mediante la aplicación de la normativa que sustenta la protección enunciada, se busca, en exclusiva, la consolidación de un entorno económico eficiente que repercuta en la totalidad de agentes involucrados con la dinámica económica.

¹⁷ Defensores de aquella concepción especialmente económica de los objetivos de la defensa de la libre competencia.

fensa de la libre competencia debe buscar proteger, de forma concreta y precisa, al agente propiamente dicho, competidor y/o consumidor (Ana, 2008, II: 1114-1115), y no a la competencia en sentido abstracto, ya que dicho concepto es “peligrosamente” indeterminado. De ahí que la aplicación de la normativa *antitrust* deba perseguir, de acuerdo a su doctrina, el logro de derroteros tangibles como (i) la descentralización del poder económico (Gerber, 2004; Pace, 2007: 39-41; Scherer y Ross, 1990: 18),¹⁸ (ii) la distribución equitativa del bienestar, (iii) la tutela de aspectos socio-políticos (Landolt, 2006: 22-31; Motta 2004, 26 y 27),¹⁹ (iv) la defensa de la libertad (Amato, 1997: 2-3; Hawk, 1997: 1670-1675),²⁰ (v) la protección de los competidores (D. J. Gerber, 1998: 232-265; Whish, 2008: 17 y 18),²¹ (vi) la defensa de las empresas domésticas frente a las foráneas (Gil Ibáñez, 2005: 112; Whish, 2008: 19-23),²² (vii) la lucha contra el desempleo y los efectos inflacionarios y (viii) la protección al consumidor (Soto Pineda, 2014: 363).

El núcleo de los fundamentos esgrimidos por Harvard es de corte proteccionista, en parte, por la influencia fundamental que ha tenido en sus postulados la teoría clásica estructuralista.²³ Aquello se observa con claridad en la fase primigenia de organización de los objetivos de la defensa de

¹⁸ En virtud de la desaceleración que se produce mediante la concentración de recursos y de riqueza, contrariando principios fundamentales de la protección de la competencia. Del mismo modo, véase, el asunto *United states vs. Aluminum Co. Of America* (en lo sucesivo *Alcoa*), 148 F.2d 416 (Segundo circuito, 1945), apartado 428.

¹⁹ Derrotero conectado con impactos medio ambientales, fiscales, laborales, estratégicos, entre otros. Mostrándose en contra de éste, y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd vs. Bernard Crehan y otros* (en lo sucesivo *Courage/Crehan*). A favor del mismo, Motta (2004).

²⁰ Ante la coyuntura de que el poder de mercado de algunos agentes económicos podría condicionar libertades (Cseres, 2005: 248-250; Whish, 2008: 20), quien alude a Jean Paul Sartre para llamar la atención acerca del peligro que enfrentan las libertades democráticas cuando se tolera el crecimiento de un “poder privado” hasta un punto en el cual se configura una fuerza incluso más poderosa que el Estado. Igualmente, Amato (1997) y Hawk (1997).

²¹ Reino Unido, *The grocery market. The OFT's reasons for making a reference to the competition Commission*, OFT 845; Directorate General For Competition, *Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005, apartado 88.

²² Y el asunto *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH Vs. La Comisión de la Comunidad Económica Europea* (en lo sucesivo *Consten & Grundig*, Korah, 2004: 2 y ss.).

²³ Así se puede confirmar en Cournot (1897).

la libre competencia.²⁴ Pero no sólo en aquella configuración de principios, pues igualmente la escuela en cuestión parte de una base de ilegalidad de las concentraciones de poder de mercado, sustentada en que la eficiencia y la salud del ecosistema competitivo se encuentran influenciadas por el número de agentes presentes en aquel mercado y por su dimensión (Bain, 1959; Mason, 1964). Así, la escuela interpreta que dichas concentraciones configuran una desaceleración natural de los sectores económicos en los cuales se presentan, que en virtud de su peligrosidad inherente —al configurar un terreno propicio para las conductas de corte anticompetitivo— merecen siempre una respuesta contundente por parte de la defensa de la competencia.

Partiendo de aquella premisa de ilegalidad concurrencial de las concentraciones de poder, desde Harvard han defendido la utilidad que comporta para la protección efectiva de los mercados, presumir la ilegalidad de las conductas vinculadas con aquellas. Así, este sector ha sostenido que, a pesar de que un supuesto concreto de concentración pueda generar eficiencias e incluso favorecer a los consumidores en el corto plazo, la realidad es que la verticalidad que se produce en las relaciones comerciales y en las de consumo es siempre nociva en el mediano y largo plazo (Hovenkamp, 2003: 920), generando mayores ineficiencias y proclividad al comportamiento anticompetitivo. Razón por la cual arguyen que la protección de la competencia debe otorgar a los particulares y a las pequeñas empresas²⁵ un amparo especial sustentado en los propósitos a cumplir mediante la aplicación contundente de las normas que le sustentan (Cseres, 2008: 77 y ss.),²⁶ en la dirección de establecer un contrapeso efectivo, en sede pública y privada, a las concentraciones de poder en el mercado.

²⁴ Posición criticada de forma asidua. Por ejemplo, Bishop y Walker (2002: 23-27). Del mismo modo, Motta (2004: 17-30), quien defiende que a pesar de que los objetivos de política pública sean importantes para un sistema de protección como el de la competencia, la consecución de aquellos derroteros puede implicar en ocasiones dificultar la competitividad en los mercados, mediante, por ejemplo, la imposición de restricciones públicas a la competencia. Un concepto opuesto al enunciado es el que defiende Amato (1997: 119), pues este valora que los fines puramente económicos no dan respuesta a las realidades sociales que también deben enfrentar en su aplicación las normas de libre competencia.

²⁵ El valor de la protección de emprendedores y pequeñas y medianas empresas mediante la defensa de la competencia puede encontrarse descrita con mayor amplitud en Elzinga, Kenneth (1977a: 1196-1202).

²⁶ Pues el derecho de la competencia tiene una obligación connatural con los consumidores que no debe eludirse mediante la utilización de argumentos económicos.

Los conceptos esgrimidos por la escuela de Harvard en materia de presunción de ilegalidad concurrencial en los casos de concentración del mercado han sido el foco principal de múltiples críticas de la llamada escuela de Chicago durante casi tres décadas (Hagen, 1958: 496-514; Kim, 2012: 52-56; Van Lenep, 1982: 40-41; McGee, 1993: 541; Takacs, 1981: 687-693).²⁷ En ese sentido, los estudiosos de esta última línea doctrinal han manifestado que suponer la ilegalidad concurrencial con motivo de la presencia de concentraciones en el mercado, comporta mayores inconvenientes que beneficios. La concentración de acuerdo con su perspectiva puede ser el resultado de eficiencias autónomas logradas en el ejercicio competitivo. La búsqueda de la eficiencia es inherente a la política de competencia y a la actividad económica.²⁸ Por lo que castigar a un agente que ha logrado concentrar una parte importante del mercado en el que se desenvuelve gracias a sus calidades y a la eficiencia que ha desplegado en el proceso productivo, se les ha antojado un despropósito (Korah, 1994: 106). De acuerdo con su visión, la concentración puede ser el resultado de economías de escala, economías de alcance, economías

²⁷ A lo que se une el peligro que interpretan, existe, al centrar la protección de la libre competencia en “custodias sociales”, ya que dicha dinámica dirige el sistema hacia, lo que consideran, un pernicioso proteccionismo, que se ha demostrado nocivo para la competencia gracias a los precedentes, al restringir la libertad económica y/o promover concentraciones de poder que impiden a los consumidores acceder al producto de la mejor calidad al mejor precio. Al respecto de la pérdida en la libertad económica, aludida desde la tradición de Chicago. Del mismo modo, acerca de la promoción de concentraciones de poder, que perciben en la dinámica proteccionista, en razón del impulso que los sistemas de aquel corte ponen en marcha en favor de la industria doméstica (Böge 2006: 2; Rodríguez Curriel, 2002: 358). De relevancia igualmente la jurisprudencia que influenciada por la concepción “no proteccionista” defendida por la escuela de Chicago, en aplicación de los criterios aquí esgrimidos, se ha producido en la Unión Europea y en Estados Unidos. Así, en la Unión Europea, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, de 26 de junio de 1999, *Déménagements-Manutention Transport SA*, asunto C-256/97, en su apartado 22, y de 29 de abril de 1999, y *El Reino de España vs. La Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-342/96. En Estados Unidos, las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, de 28 de junio de 1984, *Bacchus Imports, Ltd. vs. Dias*, 468 U.S. 263, y de 4 de abril de 1994, *Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of Oregon*, 511 U.S. 93, 99.

²⁸ La explicación de los fundamentos que justifican la creación de un sistema de protección de aquellos que logran generar mayores eficiencias en el proceso competitivo, de acuerdo a los fundamentos defendidos por la escuela de Chicago, puede encontrarse en Van Bael y Bellis (2010: 1212-1213), Cavanagh (2005: 207 y ss.), Cseres (2005: 207 y ss.), Marcos y Sanchez Graells (2008: 9-10), Schinkel (2007: 539-572) y Wils (2009: 1).

de aglomeración, mejoramiento de costos, etcétera. Consideraciones que impiden que pueda considerarse, *per se*, condenable, es decir, formar parte activa y eficaz de la dinámica connatural a la economía de mercado.

Por añadidura, desde Chicago han agregado que las razones adicionales a la eficiencia que favorecen la concentración de un mercado en pocas manos no están necesariamente ligadas a la ilegalidad. Arguyen al respecto que las adaptaciones inteligentes del mercado también pueden ocasionar concentraciones en aquellos casos en los cuales se presentan dificultades para acceder a materias primas, cuando el sector se enfrenta a una inseguridad elevada y/o excepcional o a circunstancias tales como el encarecimiento de materiales primarios. Por lo que se ratifican en sus afirmaciones acerca de las concentraciones económicas, manifestando que no deben ser atacadas debido a su simple presencia en la realidad económica. Así pues, la concentración de poder de mercado y su posible capacidad distorsiva configura una de las desavenencias más importantes entre las escuelas de Chicago y de Harvard. Aunque no la única, referida a la valoración de las condiciones y actuaciones de los agentes del mercado, ya que cada una de ellas ha defendido un modelo concreto de análisis de las conductas de mercado, dirigido a determinar la compatibilidad que aquellas tienen con el ideario de la materia, o en su caso, la ilegalidad concurrencial que comportan.

De tal modo, la escuela de Harvard ha defendido la implementación de una regla de interpretación *per se* por parte de las autoridades encargadas de aplicar las normas *antitrust*. Regla en virtud de la cual el estudio y resolución de pactos y conductas empresariales con capacidad distorsiva atiende exclusivamente a una comparativa del comportamiento objeto de análisis y la prohibición dispuesta en la norma de competencia. Generando, por tanto, que la sola ocurrencia de una conducta, al margen de los efectos que tenga o pueda tener en el mercado y de las intenciones de las partes, configure la ilegalidad concurrencial. La escuela de Harvard ha promulgado mediante la regla *per se*, una regla de aplicación eficiente de la normativa de referencia, con capacidad para simplificar la toma de decisiones en materia de libre competencia.

Como resultado de las primeras aproximaciones al *antitrust* y al impulso de la escuela de Harvard, la regla *per se* fue aplicada de forma dinámica y asidua en los años iniciales de la defensa de libre competencia y en las décadas centrales del siglo XX. No obstante, conllevaba un nivel de rigi-

dez basado en la presunción de ilegalidad de todos los contratos, pactos y/o acuerdos entre empresas, sin atender a sus efectos, provocando así que casi la totalidad de acuerdos entre dos o más compañías fuesen ilegales. Presumiendo siempre que aquellos resultaban perniciosos para el ecosistema competitivo. Desde Chicago se observó con sorpresa la “inflexibilidad” de la mencionada regla, por lo que se decidió respaldar, desde sus orígenes, una norma de interpretación más flexible: la *regla de la razón*, basada no en la equivalencia que una actuación tuviese con la prohibición normativa, sino en los efectos que la conducta en cuestión provocase en el ecosistema competitivo. Haciendo necesarios, por tanto, análisis económicos rigurosos alusivos al mercado de referencia, a sus participantes, las cuotas de mercado que ostentan, entre otros, en la dirección de determinar su apego a la normativa *antitrust* o su ilegalidad. Análisis que, a pesar del desgaste y los largos periodos de estudio que comportan —criticados por la escuela de Harvard—, han sido defendidos de forma profusa por los representantes de la senda doctrinal enunciada, en alusión a diversos criterios jurídicos y económicos.

Es claro, por tanto, que las diferencias entre las escuelas de Harvard y Chicago en materia de libre competencia se han desarrollado de forma general y particular, impactando en múltiples esferas de la aplicación de las normas *antitrust*. Incluso en lo referido a la autonomía que debe serle atribuida a los mercados, el acuerdo ha sido esquivo, pues por un lado la escuela de Harvard ha sostenido que el mercado no tiene capacidad para autorregularse, pues ha demostrado en variadas ocasiones, debido a la complejidad y pluralidad que le es connatural, su imposibilidad para alcanzar la correcta asignación de recursos. Mientras que desde Chicago se ha defendido que el mercado debe ser autónomo, y que al margen de la envergadura de los agentes que operan en él, dicho mercado se encuentra siempre capacitado para remediar sin intromisiones las deformaciones competitivas que se presenten en su seno. Haciendo por tanto innecesaria la intervención de “la Administración”. Este sector de la doctrina manifiesta que la intrusión de supervisores adscritos al sector público a modo de cooperación, apoyo o comportamientos de similar naturaleza es siempre nociva para los mercados y los consumidores, siendo por tanto necesario promover un marco de actuación en el cual sean evitadas aquellas actuaciones a como dé lugar.

Chicago defiende, por tanto, en lo alusivo a la defensa de la libre competencia, la aptitud natural y autónoma de los mercados para reorganizarse en aquellos casos en los cuales se presentan “alteraciones concurrenciales” (Hovenkamp, 2001: 267).²⁹ Los tribunales, las agencias y autoridades públicas encargadas de aplicar la normativa de referencia no han demostrado, de acuerdo con su perspectiva, suficiente idoneidad para contener y remediar fallos en el ecosistema competitivo,³⁰ por lo que otorgar poderes de intervención a aquellos que no han mostrado más aptitudes que aquellas que tienen los mercados en ejercicio de su autonomía, se les antoja un despropósito (Fox, 1987: 264).³¹ La doctrina adscrita a la escuela de Chicago defiende desde variadas direcciones la aptitud natural del mercado a autorregularse. Las sanciones de acuerdo con su doctrina no deben surgir de una autoridad, pues las impone el mismo mercado de forma fluida en ejercicio de su función de selección, otorgando recompensas a los oferentes de mayor eficiencia, y castigos, tales como la expulsión del mercado, a aquellos que no evidencien aptitudes competitivas idóneas, al no promover mediante sus actuaciones la búsqueda de la eficiencia.

Harvard, por su parte, ha entendido que la autonomía del mercado defendida por la escuela de Chicago no atiende adecuadamente a la realidad de aquel. Y es aquí dónde comprende que existe una paradoja de la economía liberal, ya que para que la economía imperante en los mercados se desarrolle en marcos de libertad, es imprescindible que los poderes públicos intervengan mediante regulación, remedios y sanciones que prevengan que comportamientos contrarios al proceso competitivo, se “apropien” del mercado. Las imperfecciones del mercado no pueden ser obviadas, de acuerdo con esta tradición, máxime cuando aquellas han sido de mayor

²⁹ Debido a lo cual, la participación de terceros agentes —como las agencias de regulación, jueces y autoridades administrativas— solo está justificada, de acuerdo con la escuela de Chicago, cuando es claro, tras un estudio exhaustivo, que la conducta anticompetitiva amenaza el bienestar de los consumidores.

³⁰ Acerca de la temática enunciada, véase Martin (1993). Del mismo modo, Rubinfeld (2009: 457-469) y Schinkel y Tuinstra (2004: 3 y ss.).

³¹ Pues según su óptica, *contrariu sensu* de la presunción negativa de la escuela de Harvard que entiende que las empresas de gran magnitud siempre tendrán la tendencia de incrementar su poder por medio de deformaciones del sistema competitivo, la verdadera tendencia de las compañías más poderosas es la de “ser eficientes”. Siendo aquella la razón por la cual no es necesaria la participación de terceros agentes cuando se presentan desequilibrios competitivos.

profundidad sin la intervención de los mencionados poderes públicos, ya que en aquellos casos la liberalidad ha redundado en mercados concentrados proclives a poner en práctica comportamientos inmoderados.

El llamado paradigma de Bain (1956: 293 y ss.), denominado ECD, surgido de la tradición de Harvard, ha venido a fundamentar dicha afirmación. De acuerdo con él, la estructura de una industria es la que motiva su conducta. Conllevando dicha conducta, a su vez, un desempeño concreto. Así, el número de agentes en dicha industria, la estructura de costos, los niveles de concentración vertical, entre otros, deben ser tomados en cuenta para definir la estructura, que a su vez determina conductas como la publicidad, la innovación, las inversiones o la fijación de precios, repercutiendo en desempeños concretos eficientes o ineficientes, favorables o desfavorables para con la actividad competitiva y el bienestar común (González Mejía, 2011: 74).

Así, la tradición de Harvard ha defendido la intervención como respuesta a las dinámicas que mediante el paradigma ECD demuestran un ejercicio pernicioso de la competencia, ya que el desempeño concurrencial del mercado es resultado de la conjunción de la estructura, la conducta y el desempeño. Chicago, por el contrario, ha entendido que la confianza en la competencia se menoscaba mediante intervenciones de los poderes públicos, ya que el “dejar hacer y dejar pasar” de la teoría del *Laissez faire* francés debe ser el fundamento principal de cualquier economía no enfocada en el “fatal proteccionismo”, pues el amparo de aspectos sociales como los defendidos desde Harvard como objetivos del *antitrust*, es siempre una secuela transversal de los sistemas económicos eficientes.³²

Una vez identificado por qué las escuelas de Harvard y Chicago se contraponen, y enunciados los puntos centrales sobre los cuales descansa la teoría neoinstitucional, se planteará cómo esta última puede identificar situaciones que sirven de puente entre aquellas, y que pueden mejorar la comprensión de la presencia de situaciones que originan los elementos centrales de Harvard y Chicago respectivamente: el trinomio estructura-conducta-desempeño; y la eficiencia (locativa, productiva y dinámica).

³² De hecho, la escuela de Chicago arguye que las salvaguardas particulares pueden perjudicar a los consumidores y a las PYMES incluso más que la protección macro de la eficiencia. Crane, Daniel, “Antitrust Enforcement during National Crises: An Unhappy History”, en Armengol I Gasul (2009: 5-7) y Crane (2008: 3); y en aplicación al ejemplo latinoamericano (Marcos, 2010: 457-467).

IV. EL NEOINSTITUCIONALISMO COMO COMPLEMENTO DE HARVARD Y CHICAGO

La Escuela Neoinstitucional desde sus fundamentos puede ser planteada como una escuela que puede presentar una visión complementaria de las escuelas de Harvard y Chicago. En efecto, si tomamos los fundamentos de Harvard, partiendo de que las concentraciones y el comportamiento *per se* son contrarios a la libre competencia (cosa que es discutible desde Chicago), y los de Chicago, cuyos argumentos esgrimen tales situaciones probables de restricciones a la competencia como una oportunidad para lograr eficiencias que sean provechosas para el mercado, entonces la Escuela Neoinstitucional, desde la explicación que da sobre la naturaleza de los activos que intervienen en una actividad económica, como también desde los tipos de costos de representan las transacciones en esta, contribuye a una mejor comprensión de los fundamentos de las escuelas de Harvard y Chicago.

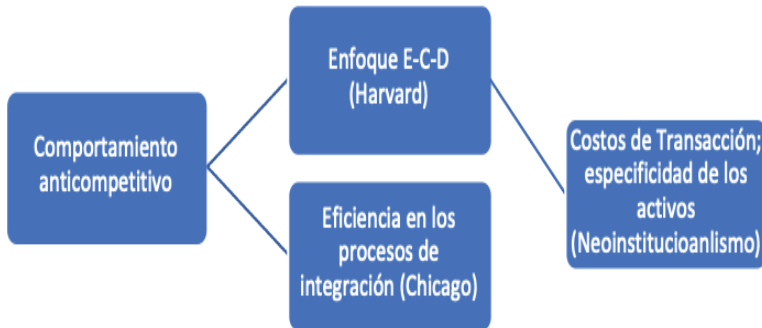
En efecto, es claro, desde la teoría de los activos específicos, que muchas actividades económicas, dada su naturaleza, tienden a conformar monopolios. Como por ejemplo los naturales. Siendo claro a ese tenor, igualmente, que, aunque se pueda estar frente a una competencia en el mercado, la misma no es garantía de que no haya poder de mercado, debido a los altos costos de transacción. También es claro que para que pueda darse un beneficio en la actividad de forma tal que los costos de producción y transacción se reduzcan, son necesarias principalmente integraciones verticales. Por tanto, creemos que la cuestión sobre la protección de la libre competencia está llamada a profundizar sobre los elementos de juicio que permitan tomar la mejor decisión en aras de cumplir con los propósitos de eficiencia y mejoramiento del excedente del consumidor.

Es por ello, que desde hace un tiempo se está promoviendo un “movimiento” post Chicago, en donde se empieza a relacionar la competencia con temas como el “comportamiento estratégico”, entendido como el comportamiento puesto en marcha por un actor del mercado con miras a hacer menos atractiva la competencia en aquel (Hovenkamp, 1985: 260). De igual forma, Chicago debe dejar a un lado el apego a la eficiencia en el mercado, la cual se centra en “el comportamiento de largo plazo y en los mercados en donde los activos se transfieren de una empresa a otra a muy bajo costo” (Hovenkamp, 1985: 264). La situa-

ción contraria, es decir, en la cual no es fácil transferir dichos activos, es denominada “costos hundidos”,³³ que están relacionados fuertemente con la especificidad de los activos; de nuevo un concepto emanado de la Escuela Neoinstitucional.

A partir de las anteriores anotaciones, podemos decir que las preocupaciones de las escuelas de Harvard y Chicago tienen asidero, puesto que, si se hiciera un estudio concienzudo y profundo, el mismo, seguramente, haría evidente que en muchos sectores de la economía se presentan situaciones que atentan contra la libre competencia, las cuales se manifiestan a través de acuerdos, actos o abusos de posición de dominio, como también por medio de elevados niveles de poder de mercado. Pero, también es cierto que muchas de estas situaciones son el resultado de características intrínsecas a la actividad económica, que la Escuela Neoinstitucional se encarga de analizar. El siguiente gráfico ilustra la posición que ocuparía la teoría neoinstitucional en el análisis antimonopolio frente a cada escuela.

Gráfica 1. Posición de la Escuela Neoinstitucional en el análisis del derecho antimonopolio



FUENTE: elaboración propia.

³³ Los costos hundidos se definen como aquellos costos que no se pueden recuperar con la operación de la empresa o cuando se decide que esta salga del mercado. Así, los costos hundidos crean una barrera de entrada, pues generan un incremento en los costos y riesgos para los participantes en el mercado. Church y Ware (2000: 512).

Es la posición que tiene la Escuela Neoinstitucional en el análisis de las situaciones que atentan contra la libre competencia propuesta en la gráfica 1, la que origina críticas a la posición eficientista de la escuela de Chicago mediante la cual estableció su crítica a las restricciones a las integraciones verticales. De manera análoga, Salinger³⁴ explica que las críticas que Chicago hizo hacia la política de control de integraciones que efectuaba el Departamento de Justicia de los Estados Unidos hacia las integraciones verticales tuvieron eco en la literatura sobre las integraciones verticales, esgrimiendo que estas pueden generar eficiencias en los costos de producción, que con posterioridad pueden igualmente trasladarse a los consumidores.

Es la constante evolución de la teoría económica la que ha permitido hacer las diferentes críticas a los modelos vigentes, lo cual ha repercutido en el ejercicio institucional de la protección de la competencia, no siendo los aportes de la Escuela Neoinstitucional una excepción.

Ahora bien, no sólo la inclusión de los puntos centrales del neoinstitucionalismo ayuda a mejorar la comprensión del comportamiento de las empresas en el mercado dadas sus características referentes a los activos y la forma en la que realizan acuerdos entre ellos. También, dicha inclusión puede colaborar en una mejor toma de decisiones por parte de la autoridad competente en materia de protección de la competencia, dado que los sistemas legales implican costos, así como los errores³⁵ generados por dicha política de protección de la competencia y aquellos incluidos en la decisión que deban asumir (Carlton, 2007: 160).

Por último, frente a esta situación, la aplicación de los fundamentos de la Escuela Neoinstitucional en el derecho de la competencia debe llevar a

³⁴ Para 1968, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ por sus siglas en inglés) suscribe una guía de integraciones en la cual explica que las integraciones verticales tienden a crear barreras de entrada, por lo cual este tipo de prácticas era visto con recelo y trataba de evitarse (Salinger, Michael, Roger D. Blair y D. Daniel Sokol, 2015: 554).

³⁵ Los errores que acarrear costos cuando se toma una decisión en materia de protección de la competencia son el error tipo I y el error tipo II. El tipo I también llamado “falso positivo” se presenta cuando luego de un análisis sobre las utilidades que una empresa obtiene dada una economía de escala, se concluye que la empresa tiene poder de mercado, no siendo así en la realidad. El error tipo II o “falso negativo” se da cuando se asume que una empresa no tiene poder de mercado cuando en realidad sí lo posee. Este error se puede dar cuando la autoridad antimonopolio no controla una acción que perjudica la eficiencia (Gerardin *et al.*, 2012: 84).

reflexionar sobre el papel que juegan las normas e instituciones dedicadas a ello y su efectividad en el logro de su propósito. En este sentido, Joskow (1996: 98) expone los siguientes puntos frente a las expectativas que se le han otorgado a dichas normas e instituciones:

- 1) Las normas e instituciones no se diseñaron para identificar y eliminar todas las imperfecciones del mercado. Ese tipo de examen minucioso no puede ser exitoso dados los enormes costos de transacción que involucran dichas imperfecciones.
- 2) Para el caso de los Estados Unidos de América, la política antimonopolio es básicamente un sistema de disuasión y no un sistema de regulación. Los incentivos que operan sobre las firmas deben desprenderse —y entenderse— de/desde un sistema de reglas que provengan de los costos potenciales que se aumentan con acciones dañinas, de las restricciones administrativas sobre su comportamiento, de otras atenuantes similares como la diversificación o de y para ciertas infracciones.
- 3) Si el sistema de disuasión actúa eficientemente, la política antimonopolio debe dar señales claras sobre cuál es el límite de acción que tiene una empresa sobre sus actos, de tal forma que determine dónde termina su comportamiento legal y dónde comienza su comportamiento ilegal.
- 4) Los tribunales no poseen expertos para evaluar conductas económicas anticompetitivas. Frente a esto, las agencias antimonopolio se encuentran en mejor posición que los tribunales, puesto que disponen de herramientas y personal con preparación económica que aporta una mayor cantidad de elementos de juicio.

Aunque estos puntos planteados por Joskow, como él mismo esgrime, son para las leyes antimonopolio de los Estados Unidos de América, no dejan de ser un referente, pues el direccionamiento a nivel global de las normas que protegen la competencia proviene de este país.

Por último, si conjugáramos los elementos centrales discutidos en este escrito (costos de transacción, especificidad de activos, contratos, normas e instituciones que protegen la competencia) con el objetivo de que encuadrasen en una nueva visión de ellos dentro de la política de protección de la competencia, obtendríamos el siguiente gráfico:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 77-106.

Gráfica 2. Fases de desarrollo del derecho antimonopolio



FUENTE: elaboración propia.

V. CONCLUSIONES

El neoinstitucionalismo ha sido una de las escuelas económicas que más rápida evolución ha presentado en las últimas décadas. Desde su estudio primigenio sobre los costos de transacción, expuesto por Coase en 1937, pasando por los derechos de propiedad, así como por la especificidad de los activos, su evolución ha llegado hasta la teoría de los contratos, la cual fue galardonada en 2016 en cabeza de los profesores Holmström y Hart.

En virtud de aquella realidad, no representa mayor riesgo expresar que los fundamentos de la Escuela Neoinstitucional presentan una utilidad novedosa en cuanto a la explicación de ciertas situaciones de mercado que las escuelas de Harvard y Chicago han desestimado en sus análisis, y que las han situado en puntos habitualmente extremos, muy a pesar de que dichas situaciones de mercado son comunes a los puntos de partida del análisis de ambas corrientes doctrinales.

Así las cosas, criterios como la especificidad de los activos o los costos de transacción son aspectos comunes a los principios de análisis de Har-

vard y Chicago, pues los primeros son connaturales a los segundos. Así, Harvard parte de que la relación estructura-conducta-desempeño permite situaciones anticompetitivas *per se*, mientras que Chicago argumenta que dicha situación permite eficiencias. En ambos casos, están presentes las características estudiadas por el neoinstitucionalismo como determinantes de tales situaciones (la anticompetitiva y la eficiente).

En tal sentido, los fundamentos del neoinstitucionalismo sirven de punto de análisis para ambas escuelas, permitiendo un nuevo enfoque dentro del estudio del derecho de la competencia comprendido en las denominadas escuelas post Chicago.

Como los fundamentos teóricos del neoinstitucionalismo expresan situaciones que están fuertemente ancladas en la naturaleza de las actividades económicas (por ejemplo, especificidad de activos, costos de transacción), toma fuerza en el ámbito académico una nueva visión del derecho de la competencia, la cual, en lugar de dar por sentado que la intervención de las autoridades, se pone en práctica con el objetivo de remediar tales fallas de mercado y permite centrarse en mitigar el impacto que dichas actividades contrarias a la libre competencia están generando.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, Giuliano, 1997, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart Publishing.
- ARMENGOL I GASUL, Oriol, 2009, “Derecho de la competencia en tiempos de crisis”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*.
- BAIN, Joe, 1956, *Barriers to New Competition. Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge, Sage Publications.
- BAIN, Joe, 1959, *Industrial Organization*, Nueva York, Wiley.
- BÖGE, Ulf, 2006, “State Imposed Restrictions of Competition and Competition Advocacy”, *Challenges of Addressing State Imposed or Facilitated Restraints*, ABA Spring Meeting.
- BORK, Robert, 1966, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *Journal of Law and Economics*, 9.
- BROUSSEAU, Eric y GLACHANT, Jean-Michael, 2002, *The Economics of Contracts and the Renewal of Economics, The Economics of Contracts: Theory and Applications*, Cambridge, Cambridge University Press.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 77-106.

- CARLTON Y DENNIS, W., 2007, "Does Antitrust Need to Be Modernized?", *American Economic Association*, 21.
- CAVANAGH, Edward, 2005, "Antitrust Remedies Revisited", *Oregon Law Review*.
- CHURCH, Jeffrey y WARE, Roger, 2000, *Industrial Organization*, Boston, McGraw-Hill.
- COASE, R.H., 1996, "La naturaleza de la empresa", en WILLIAMSON OLIVER, E. y WINTER SIDNEY, G. (eds.), *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, 1998, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica.
- COURNOT, Antoine Augustin, 1897, *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, Nueva York, MacMillan.
- CRANE, Daniel, 2008, "Antitrust Enforcement during National Crises: An Unhappy History", *GCP The Online Magazine for Global Competition Policy*.
- CSERES, Katalin Judit, 2005, *Competition Law and Consumer Protection*, La Haya, Kluwer Law International.
- CSERES, Katalin Judit, 2008, "What Has Competition Done for Consumers in Liberalised Markets?", *The Competition Law Review*, 4.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, 2003, "Los objetivos del derecho antitrust", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*.
- ELZINGA, Kenneth, 1977a, "The Goal of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?", *University of Pennsylvania Law Review*, 125.
- ELZINGA, Kenneth, 1977b, "The Goal of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency", *University of Pennsylvania Law Review*, 6.
- FOX, Eleanor, 1987, "The Battle for the Soul of Antitrust", *California Law Review*, 75.
- FURSE, Mark, 1996, "The Role of Competition Policy: A Survey", *European Competition Law Review*, 17.
- GERBER, David, J, 1998, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Nueva York, Oxford University Press.
- GERBER, Davis, 2004, "Fairness in Competition Law: European and U,S, Experience", *Conference on Fairness and Asian Competition Laws*.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis, 2005, "La comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia", en GARRIDO ESPÁ, Luis (ed.), *La defensa*

- de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid. Consejo General del Poder Judicial.
- GINSBURG, Douglas, 2006, “An Introduction to Bork (1966)”, *Competition Policy International*, 2.
- GONZÁLEZ MEJÍA, Juan Felipe y ROSERO AGUILAR, María Lauren, 2011, “Análisis de estructura, conducta y desempeño del subsector de *La Confitería*, en el área metropolitana de Cali, 2002-2010”, *Entramado*, 7.
- HAGEN, Everett, 1958, “An Economic Justification of Protectionism”, *Quarterly Journal of Economics*, 72.
- HAWK, Barry, 1997, “Giuliano Amato, “Antitrust and the Bounds of Power”, *Fordham International Law Journal*, 21.
- HOVENKAMP, Herbert, 1985, “Antitrust after Chicago”, *Michigan Law Review Association*, 84.
- HOVENKAMP, Herbert, 2001, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *Columbia Business Law Review*.
- HOVENKAMP, Herbert, 2003, “The Rationalization of Antitrust”, *Harvard Law Review*, 116.
- JONES, Alison y SUFRIN, Brenda, 2008, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Nueva York, Oxford University Press.
- JOSKOW, Paul, 1996, “La especificidad de los activos y la estructura de las relaciones verticales: pruebas empíricas”, en WILLIAMSON, Oliver y WINTER, Sidney (eds.), *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- KAPLOW, Louis, 1987, “Antitrust, Law & Economics, and the Courts, Law and Contemporary Problems”, *Duke University School of Law*, 50.
- KYUNG-HOON, Kim, 2012, “Rising Protectionism in Emerging Countries”, *SERI Quarterly*.
- KIRKWOOD, John y LANDE, Robert, 2008, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency”, *Notre Dame Law Review*, 84.
- KOLASKY, William, 2004, “What is Competition? A Comparison of US and EU Perspective”, *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*.
- KORAH, Valentine, 1986, “EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency”, *Current Legal Problems*, 39.
- KORAH, Valentine, 1994, *An Introductory Guide to EC Law and Practice*, Londres, Sweet & Maxwell.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 77-106.

- KORAH, Valentine, 2004, *An Introductory Guide to EC Law and Practice*, Oxford, Hart Publishing.
- KOVACIC E., William y SHAPIRO, Carl, 2000, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, Minneapolis.
- KOVACIC E., William y SHAPIRO, Carl, 1990, “The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy”, *Wayne Law Journal*.
- LANDOLT, Philip Louis, 2006, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International.
- VAN LENNEP, Emile, 1982, “Protectionism vs. Economic Policy”, *The OECD Observer*.
- MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, 2008, “Damages for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonising Tort Law through the Back Door?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*.
- MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, 2010, “En defensa de la competencia pero en contra del mercado: la paradoja antitrust en latinoamérica. Notas a propósito de De León, I”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7.
- MASON, Edward, 1964, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Cambridge, Harvard University Press.
- MCGEE, Robert, 1993, “An Economic Analysis of Protectionism in the United States with Implications for International Trade in Europe”, *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 26.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David, 2006, “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los de beneficios de la competencia”, *Derecho de la Competencia*, 2.
- MOTTA, Massimo, 2004, *Competition Policy, Theory and Practice*, Nueva York, Cambridge University Press.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón, 2011, “El arbitraje y el derecho de la competencia”, *Revista Derecho de los Negocios*, 248.
- PACE, Lorenzo Federico, 2007, *Derecho europeo de la competencia, prohibiciones antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons.
- PARIKH, Jenisha y MAJUMDAR, Kashmira, 2012, “Competition Law and the Consumer Law: Identifying the Contours in Light of the Case of Belaire Owners Association vs. DLF”, *Niys Law Review*.

- PIRAINO, Thomas, 2007, “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, *Indiana Law Journal*, 82.
- POSNER, Richard, 1979, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, 27.
- POSNER, Richard, 2001, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press.
- RODRÍGUEZ CURIEL, Wenceslao, 2002, “Las ayudas públicas en la ley de defensa de la competencia”, en GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Maillo y BENEYTO PÉREZ, José María (coords.), *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Madrid, Bosch.
- RUBINFELD, Daniel, 2009, “Evaluating Antitrust Enforcement: Economic Foundations”, *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, Juris Publishing.
- SCHERER, Frederic M. y ROSS, David R., 1990, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin.
- SCHINKEL, Maarten Pieter, 2007, “Effective Cartel Enforcement in Europe”, *Law and Economics Review*, 30.
- SCHINKEL, Maarten Pieter y TUINSTRA, Jan, 2004, “Imperfect Competition Law Enforcement”, *CeNDEF*.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio *et al.*, 2013, *Derecho de la competencia*, Madrid, Thomson Reuters.
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso, 2014, “La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia”, *Dikaion* 23.
- TAKACS, Wendy, 1981, “Pressures for Protectionism: An Empirical Analysis”, *Economic Inquiry*, 19.
- VAN BAELE, Ivo y BELLIS, Jean-François, 2010, *Competition Law of the European Community*, Holanda, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- VIDE, Ana, 2008, *Derecho español de la competencia, comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, t. II, en ODRIOZOLA, Miguel (dir.) e IRISSARRY, Belén (coord.), Barcelona, Bosch.
- WHISH, Richard, 2008, *Competition Law*, Londres, Oxford University Press.
- WILLIAMSON, Oliver, 1989, *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- WILS, Wouter, P. J., 2009, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition: Law and Economics Review*, 32.

DE LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO A LA TEORÍA DEL RIESGO REGULADO EN MATERIA DE HIDROCARBUROS*

THEORY OF CREATED RISK TO THEORY REGULATED RISK IN HYDROCARBON MATTER

Miguel Ángel MARMOLEJO CERVANTES**

RESUMEN: La industria de los hidrocarburos en México ha experimentado cambios fundamentales en años recientes. El presente artículo analiza las implicaciones jurídicas para determinar la configuración de la responsabilidad civil en dicha industria. El objetivo es demostrar que la industria de los hidrocarburos, bajo el paradigma de la nueva regulación energética en el país, no encuadra dentro de la teoría del riesgo creado, sino dentro de una nueva teoría denominada “teoría del riesgo regulado”, cuyo presupuesto básico consiste en la aplicación de un estándar seguro que permite la administración de los riesgos peligrosos, tomando en consideración el estado de la técnica y los estándares internacionales de seguridad vigentes, pasando así de un riesgo absoluto e ilimitable, a uno administrable y mitigable.

Palabras clave: responsabilidad civil, seguridad energética, reforma energética, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo regulado.

ABSTRACT: *The hydrocarbon industry in Mexico has undergone fundamental changes in recent years. This article analyzes the legal implications to determine the configuration of civil liability in said industry, with the aim of demonstrating that the hydrocarbon industry, under the paradigm of the new energy regulation in the country, does not fit within the ‘theory of created risk’, but within a new theory called ‘regulated risk theory’, whose ultimate rationale consists in the application of a safe standard that allows the administration of dangerous risks, taking into account technological innovation and international standards of security, thus passing from an absolute and unlimited risk, to an manageable and mitigable one.*

Keywords: *Civil Liability, Energy Security, Energy Reform in Mexico, Theory of Created Risk, Regulated Risk Theory.*

* Artículo recibido el 22 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 27 de febrero de 2019.

** ORCID: 0000-0003-4823-6971. Profesor de derecho energético en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Josemaría Escrivá de Balaguer 101, Aguascalientes, Aguascalientes, 20290, México. Correo electrónico: mmarmolejo@up.edu.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De la responsabilidad civil*. III. *Excluyentes de responsabilidad civil: caso fortuito y fuerza mayor*. IV. *La responsabilidad civil y excluyentes en materia energética*. V. *La responsabilidad civil extracontractual objetiva y las actividades ultra riesgosas*. VI. *De la teoría del riesgo creado al riesgo regulado*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La industria de los hidrocarburos en México se encuentra experimentando cambios fundamentales en cuanto a la forma de proveer energía a sus consumidores. Se exigen nuevos esquemas competitivos para acceder, decidir y satisfacer su demanda, utilizando criterios de sustentabilidad y protección al medio ambiente que soporten la vida moderna de la sociedad, caracterizada por un constante dinamismo/consumismo.

Al respecto, surge la inquietud sobre las implicaciones jurídicas para determinar la configuración de la responsabilidad civil en la industria de los hidrocarburos del país, en una materia caracterizada por la alta exigencia en la toma de decisiones, principalmente por la complejidad en cuanto a la armonización de las variables técnicas, por el afán de ser más competitivos, por la utilización de tecnología de vanguardia, por un (frágil) mejor desempeño financiero, o incluso por una visión empresarial aguerrida, detonando la gran mayoría de las veces la innovación dentro del sector, lo que conlleva a la asunción de mayores riesgos (peligros), o por lo menos al límite de la razonabilidad de la técnica, o a los propios imperantes al sentido común, que de salirse de control, implicaría la pérdida de vidas humanas, patrimonio, ecosistemas, alteración climática, entre otras consecuencias. Dicho esto en términos legales, implicaría el pago de la indemnización por daños y perjuicios, derivados del incumplimiento de la obligación del deber de cuidado y sustentabilidad sobre el manejo y administración de los riesgos implícitos de la industria de los hidrocarburos en México; compensación que deberá ser razonable, proporcional y equitativa, a fin de lograr un sano desarrollo de ésta.

En este sentido, la reforma constitucional en materia de energía publicada el 20 de diciembre de 2013, propone un nuevo cambio estructural, basado principalmente en lograr la maximización de los ingresos del Estado, mediante un modelo abierto a la inversión, eminentemente regulado, sustentable y pro-competitivo, formulándose para dichos efectos, nuevas

leyes reglamentarias a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, modificándose otras tantas más para darle coherencia e implementación al nuevo modelo productivo,¹ desdoblándose igualmente en la publicación de reglamentos, acuerdos, resoluciones, disposiciones de carácter general y normas oficiales mexicanas. Lo anterior, a la luz de una nueva ingeniería constitucional conocida bajo el rubro de “Estado regulador”, que permite a los órganos reguladores coordinados en materia energética, ser cocreadores normativos en función del carácter técnico y científico de las disposiciones, en donde llama poderosamente la atención que la responsabilidad civil contemplada en el Código Civil Federal no sufrió cambio alguno. Es posible visualizar el inicio de una nueva conceptualización de responsabilidad civil, en virtud de los criterios económicos constitucionalizados de la reforma energética, siendo este punto en específico, la materia de la presente investigación; en donde se llevará a cabo el análisis para demostrar que la industria de los hidrocarburos, bajo el paradigma de la nueva regulación energética, no encuadra dentro de la teoría del riesgo creado, sino dentro de una nueva teoría denominada la teoría del riesgo regulado.

II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tomando como base la investigación realizada por la jurista Lucía Alejandra Mendoza Martínez, en su libro *La acción civil del daño moral* (Mendoza, 2014) se sistematiza, para lo que interesa, la definición, clasificación y elementos de la responsabilidad civil; asimismo, se hace lo propio para el tema del daño, lo cual se estructura de la siguiente manera:

1. *Definición de la responsabilidad*

Según Jorge Adame, la palabra “responsabilidad” proviene del verbo responder. Este autor indica que la responsabilidad ocurre cuando una persona ha de resarcir a otras por el incumplimiento de sus deberes y las consecuencias generadas por esta conducta. Para que exista la figura de la responsabilidad se requieren de dos personas: una que realiza la conducta

¹ Para una mejor referencia respecto al contenido de la reforma constitucional, remitirse a los artículos de Hernández Ochoa y Marmolejo Cervantes, citados en la bibliografía de este texto.

que incumple un deber, y otra que es perjudicada por la inobservancia, y se lo imputa a la primera (Adame, 2017).

Otra definición de la responsabilidad es la de Trigo Represas, quien establece que es la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al ordenamiento jurídico (Trigo y López, 2004). Para este autor, la responsabilidad tiene su origen en el hecho ilícito, y puede existir respecto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual.

2. *Clasificación de la responsabilidad civil*

La responsabilidad se clasifica en subjetiva y objetiva. Doctrinalmente es posible citar a Santos Briz, quien caracteriza a la responsabilidad subjetiva como un acto ilícito no penal, causado por una acción u omisión ilícita en la que interviene la culpa o negligencia. Respecto a la responsabilidad objetiva, señala que es una responsabilidad por riesgos que, a diferencia de la primera, no tiene como fundamento a la culpa, sino las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas —lícitas y permitidas—, que causan un riesgo o peligro para terceros (Santos, 1981: 405 y 457).

Por su parte, el autor Rafael Rojina Villegas explica que la responsabilidad objetiva, también llamada teoría del riesgo creado, es aquella en la cual, quien emplea cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya actuado lícitamente. Por otro lado, la responsabilidad subjetiva procede de un elemento personal, consistente en la negligencia, culpa o dolo (Rojina, 2006: 279 y ss.).

Una tercera perspectiva doctrinal de esta clasificación es la de Mendoza Martínez, ella manifiesta que la responsabilidad subjetiva es aquella derivada del actuar u omisión ilícita, cuya ilicitud puede proceder de un contrato o de la norma. Por otro lado, en la responsabilidad objetiva se reemplaza a la culpa por el riesgo. Consecuentemente, quien causa un daño, de acuerdo con la teoría del riesgo creado, deberá indemnizar al perjudicado, independientemente de la existencia o no de culpa, debido a que el autor se benefició de alguna manera con el uso de sustancias, mecanismos o aparatos peligrosos, explosivos o inflamables (Rojina, 2006: 7).

En la normatividad no existe una clasificación sobre la responsabilidad civil, pero puede inferirse que se divide igualmente en subjetiva y objetiva. El artículo 1399 del Código Civil del Estado de Guanajuato indica que “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro,

está obligado a repararlo, a menos de que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”;² mismo contenido establecido en el Código Civil Federal, en el artículo 1910.

De igual manera, el artículo 1402 de dicho Código, establece que

...cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Por su parte, el artículo 1913 del Código Civil Federal subraya el mismo principio.

De lo anterior puede entenderse que la culpa no es un elemento constitutivo de la responsabilidad objetiva, debido a que el obrar puede ser lícito o ilícito. Adicionalmente, la obligación de responder por los daños creados al hacer uso de mecanismos, aparatos, instrumentos o sustancias peligrosas queda a cargo de quien los emplea.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente la *teoría de la unidad de la responsabilidad*, en términos de la contradicción de tesis 93/2011 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual establece la irrelevancia respecto del tipo de responsabilidad que alegue el afectado; es decir, si se demanda la responsabilidad objetiva y se trata de una responsabilidad subjetiva, no se debe desestimar la acción intentada, justamente con base en la teoría de la unidad de la responsabilidad.³

3. Elementos de la responsabilidad civil

De acuerdo a lo dicho por Henry y León Mazeaud, y André Tunc, (Mazeaud *et al.*, 1961: 292) los elementos de la responsabilidad civil son:

² XLVI Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Guanajuato, última reforma publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*, núm. 50, 2a. parte, 27 de marzo de 2009, disponible en: <http://www.congresogto.gob.mx/legislacion/codigos.html>, consultado el 11 de octubre de 2010.

³ Véase la tesis aislada publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 169-174, cuarta parte, p.166, de rubro y texto: “RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA, COEXISTENCIA DE LAS”.

el daño, la culpa y la relación causa-efecto entre la culpa y el daño. Igualmente, Rivero Sánchez determina que existen “supuestos de hecho” de toda responsabilidad, los cuales consisten en un comportamiento activo u omisivo, un resultado lesivo de intereses jurídicamente relevantes, y una relación entre el comportamiento y el resultado (Rivero, 2001: 70).

A continuación, se incorporan algunos criterios jurisprudenciales enfocados a la responsabilidad civil objetiva.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. CUANDO EL ACTOR, QUE ALEGA DAÑOS SUFRIDOS A CAUSA DE UNA COLISIÓN EN LA QUE PARTICIPARON DOS O MÁS VEHÍCULOS AUTOMOTORES, ES UN PASAJERO QUE NO CONDUCE NINGUNO, LE CORRESPONDE DEMOSTRAR QUIÉN PRODUJO ACTIVAMENTE DICHOS DAÑOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 1427 del Código Civil del Estado de Jalisco enuncia que cuando alguien use mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan, o por otras causas análogas, debe responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, por caso fortuito o fuerza mayor.⁴

Interpretando lo anterior, en conjunto con el artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles de dicho estado, al igual que el artículo 81 del Código Federal de Procedimientos Civiles, subrayan que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción, y el demandado los de sus excepciones. La labor de la parte actora consistirá en probar: 1) la existencia de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas; 2) el uso de tales objetos; 3) la generación de un daño; y 4) la relación causa-efecto. Por su parte, el demandado podrá combatir esta acción estableciendo como excepción el caso fortuito, fuerza mayor, culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La siguiente tesis explica con detalle los elementos constitutivos de la responsabilidad civil objetiva mencionados anteriormente:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. ES INDEPENDIENTE DE LA CULPABILIDAD DEL AGENTE. Para que proceda la indemnización a causa del daño producido por

⁴ Tesis: 1a./J.189/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 541.

el uso de instrumentos peligrosos, no se requiere la existencia de un delito y ni siquiera la ejecución de un acto civilmente ilícito, pues lo único que debe probarse es que el daño existe, así como la relación de causa a efecto. Los elementos de la responsabilidad objetiva son: 1. *Que se use un mecanismo peligroso.* 2. *Que se cause un daño.* 3. *Que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, y* 4. *Que no exista culpa inexcusable de la víctima.*⁵

Con base en lo anterior, es posible concretizar que los elementos de la responsabilidad civil consisten en una conducta u omisión lesiva o ilícita, la generación del daño y la relación de causalidad entre la acción y el daño.

El primer elemento, la conducta lesiva o ilícita, también es denominado hecho ilícito. La conducta ilícita involucra la intención de infringir la ley; en otras palabras, se tiene conocimiento de que existe la posibilidad de causar un daño y de todas formas se actúa. Hay culpa, sin importar la intencionalidad de causar una lesión, pues la ilicitud regulada por la norma se deriva de no haber tomado los cuidados necesarios para evitar el daño. La conducta dañina también se establecerá cuando por el empleo de objetos peligrosos se generen lesiones, lo cual faculta a la persona perjudicada a exigir una indemnización por dicho agravio.

Para describir al segundo elemento, consistente en la provocación del daño, es posible emplear el principio físico de que a toda acción le corresponde una reacción: toda conducta ilícita o lesiva genera un daño moral o patrimonial.

Y finalmente, la relación de causa-efecto entre la conducta y el daño implica que entre ambos debe existir un nexo que los asocie. Este vínculo tiene excepciones, sobre todo cuando el daño es ocasionado por la negligencia injustificable de la víctima.

4. *Daño*

El significado legal de daño ha evolucionado a lo largo del tiempo, como puede observarse en el Código Civil del Estado de Guanajuato. En su versión de 1889,⁶ el daño era entendido como “la pérdida o menosca-

⁵ Tesis 362, Apéndice 2000, Sexta Época, t. IV, p. 302.

⁶ XIII Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Guanajuato, Código Civil para el Estado de Guanajuato, Ignacio Escalante, 1889.

bo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”, mientras que en la legislación civil actual, este concepto se establece como “la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”.⁷ De ello puede observarse que en la primera legislación, el daño se comprendía en el contexto exclusivo de un contrato, y era el resultado del incumplimiento de una de las partes. Actualmente, el daño incluye a toda obligación contractual o extracontractual.

Como definiciones doctrinarias del concepto de “daño”, es posible citar a Stiglitz y Echevesti, quienes declaran que aquél, es “una lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial acaecido como consecuencia de una acción” (Stiglitz y Echevesti, 1997: 211), además, indican que el daño es un precedente de la responsabilidad civil.

Una segunda descripción de lo que es el daño, es aquella de Rojina Villegas (Rojina, 2006: 305) quien señala que el daño puede categorizarse en patrimonial o moral. El primero consiste en un menoscabo sufrido en el patrimonio debido a un hecho ilícito, al igual que la privación de cualquier ganancia que el perjudicado debió haber adquirido, pero que no obtuvo como consecuencia de ese hecho. El segundo, es una lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, tales como el honor, sentimientos y afecciones.

En tercer lugar se citará a Volochinsky, autor que expone al daño como un menoscabo que experimenta un individuo en su persona y sus bienes, así como la pérdida de un beneficio material o moral, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. No necesariamente involucra la pérdida de un derecho, sino que es suficiente que el perjudicado haya sido privado de una ventaja legítima (Volochinsky, 2002: 177).

En la legislación civil mexicana vigente, el concepto del daño es contemplado dentro de la responsabilidad contractual y extracontractual. En otras palabras, si una persona genera una lesión o detrimento a otra, será responsable por su actuar ante la queja del perjudicado, tal y como lo establece en términos generales el artículo 1913 del Código Civil Federal.

Vinculando las ideas de los autores citados, se puede expresar que el daño es una lesión, menoscabo o pérdida de un beneficio material, psí-

⁷ XLVI Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Guanajuato, última reforma publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*, núm. 50, segunda parte, 27 de marzo de 2009.

quico o espiritual. El daño no sólo se manifiesta sobre objetos o derechos, sino también en la intimidad de su titular. A los primeros se les llama materiales, y a los segundos morales.

Adicionalmente, el daño es un elemento imprescindible de la responsabilidad civil generada por hechos ilícitos o por un riesgo creado. No obstante, esta no se convierte en responsabilidad, hasta el momento de la exigencia por parte de la persona que se vio afectada en sus bienes materiales o morales. Para que proceda la indemnización, resarcimiento o compensación consecuente a la creación de un daño, éste deberá ser cierto y actual.

El daño se puede distribuir en cuatro clases: contractual, extracontractual, patrimonial y moral, dependiendo del perjuicio ocasionado y la consecuente responsabilidad. El daño contractual se origina del incumplimiento de un contrato o convenio, cuyo daño y su respectiva indemnización se encuentra regulado en las cláusulas de dicho acuerdo. El daño extracontractual, en cambio, resulta de una conducta no considerada por un contrato o convenio, sino por la legislación civil, y puede consistir en la comisión de una acción ilícita o la falta a un deber de cuidado de algún acto lícito. En cuanto a la clasificación patrimonial y moral del daño, se puede indicar que el primero surge cuando existe un detrimento al patrimonio pecuniario del ofendido, mientras que el segundo tiene su origen en la lesión agresiva de los derechos de la personalidad.

III. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Como se aprecia de lo descrito en líneas anteriores, es necesario el juicio de imputabilidad del daño para que exista la responsabilidad civil, en este sentido, es posible resaltar, que de acuerdo con el libro *Derecho de las obligaciones* de Roberto Sanromán Aranda, la ley exime de responsabilidad a quien incumple una obligación cuando existen razones que hacen imposible la imputabilidad del deudor; dichos supuestos son los de caso fortuito o fuerza mayor. Por su parte, el artículo 2111 del Código Civil del Distrito Federal indica que “Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, cuando la ley se la impone” (Sanromán, 2002: 169-172).

En el derecho civil mexicano, los conceptos de “caso fortuito” o “fuerza mayor” han sido usados generalmente como sinónimos, no obstante, en la doctrina sí existe una distinción entre ellos. Rafael Rojina Villegas ilustra que el caso fortuito es el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide de manera absoluta el cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor, en cambio, es definida por este autor como el hecho del hombre previsible o imprevisible, pero inevitable, que igualmente impide absolutamente el cumplimiento de la obligación (Rojina, 2006: 383).

Agrega Rojina Villegas que, pese a las diferencias entre estos dos conceptos legales, los efectos jurídicos que producen son iguales, pues los dos son esencialmente acontecimientos inevitables. En ambos casos, la imposibilidad de llevar a cabo la obligación debe ser absoluta, definitiva y común a todas las personas, con excepción a aquellas obligaciones que involucren la ejecución de un hecho personal.

Lo previamente descrito puede ser observado en la siguiente ejecutoria:

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR ELEMENTOS. Independientemente del criterio doctrinal adoptado de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afecta en su esfera jurídica, imponiéndole el cumplimiento de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables por culpa.⁸

Según Sanromán Aranda, en el Código Civil para el Distrito Federal actual, existe una pobre regulación respecto a la fuerza mayor y caso fortuito; por ello, es pertinente incluir el siguiente criterio de tesis aislada proveniente de un tribunal colegiado de circuito:

CASO FORTUITO PARA LA ACTUALIZACIÓN DE TAL EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Para la concurrencia de la eventualidad denominada caso fortuito, prevista como excluyente de responsabilidad en el artículo 15 fracción X del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, se requiere como pre-

⁸ Amparo directo 4010/75. Sindicato de Empleados de Centralab México S. A. C.R.O.C., 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria Orantes.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 107-145.

supuesto un actual lícito, cuidadoso y precavido del agente, el que, aunado a una causa ajena e incontrolada, propicie un resultado típico, aunque por lo mismo impredecible.⁹

Por su parte, Georges Ripert y Jean Boulanger señalan lo subsecuente en cuanto a la cualidad insuperable e imprevisible del hecho: no basta que el hecho sea ajeno a la actividad del deudor, es necesario además que constituya para el deudor un obstáculo insuperable e imprevisible. El carácter insuperable del obstáculo se resalta por las palabras *fuerza mayor*, consistente en una fuerza superior a la del deudor y que se impone a él. La característica imprevisible del hecho se demuestra por el término *caso fortuito*, pues el obstáculo insuperable podría ser previsto y el deudor hizo mal en contratar (Ripert y Boulanger, n.d.: 476-480).

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EXCLUYENTES EN MATERIA ENERGÉTICA

1. *La normatividad que regula al sector hidrocarburos en materia de responsabilidad civil*

La Ley de Hidrocarburos, reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo, y 28, párrafo cuarto, constitucionales, remite expresamente, en lo no previsto por dicha ley y de manera supletoria (como lo es el caso de la responsabilidad civil en general), a las disposiciones del Código Civil Federal, ello atento a lo dispuesto por el artículo 97 que establece: “En lo no previsto por esta Ley, se consideran mercantiles los actos de la industria de Hidrocarburos, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal”.

Sin embargo, existen disposiciones propias para la industria de los hidrocarburos que, en su caso, podrían definir la naturaleza de la respon-

⁹ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 1010/90. Juan Bedolla Cortés. 28 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin. Jurisprudencia y tesis aisladas 1917-1993, CENEDIC de Discos, SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, p. 166.

sabilidad civil (subjctiva y/u objetiva); de hecho, en la cadena de valor de la exploración y extracción de hidrocarburos (*upstream*), el artículo 19, fracción XIV, de la ley,¹⁰ instruye que la responsabilidad del contratista o del operador en caso de accidente,¹¹ no se limitará si se comprueba dolo o culpa de estos.

Por su parte, el artículo 47 del mismo ordenamiento, establece la obligación de *dar cumplimiento a los lineamientos* que establezcan las autoridades en materia de energía, y a *responder de los daños* que deriven de los desperdicios, derrames y demás resultantes adicionales:

Artículo 47. Los asignatarios y contratistas estarán obligados a...

IX. Los contratistas deberán observar los lineamientos que establezcan la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Hidrocarburos en relación con los Contratos para la Exploración y Extracción con base en esta ley y la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;

En materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente, los Asignatarios y Contratistas serán responsables de los desperdicios, derrames de Hidrocarburos o demás daños que resulten, en términos de las disposiciones jurídicas aplicables;¹²

Dentro de los lineamientos a que están obligados los asignatarios y contratistas, destacan, entre otros, los Lineamientos de Perforación de Pozos de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, que en su artículo 8o. dispone que “los operadores petroleros serán responsables de todas las actividades vinculadas a la perforación de pozos, que incluyen su diseño, construcción, terminación, integridad, mantenimiento y abandono, así como los efectos creados por éstos”. Asimismo, estos operadores deberán realizar sus actividades implementando las mejores prácticas de la industria para la perforación de pozos. Para ello, deberán considerar y llevar a cabo, al menos, las mejores prácticas indicadas en el anexo II de

¹⁰ “XIV. La responsabilidad del contratista y del operador conforme a las mejores prácticas internacionales. En caso de accidente, no se limitará la responsabilidad del Contratista u operador si se comprueba dolo o culpa por parte de éstos...”.

¹¹ Aunque sólo sí se trata de accidente “grave”, es motivo de revocación y/o rescisión administrativa de la asignación o del contrato, respectivamente.

¹² Misma disposición que resulta aplicable para los permisionarios de las demás actividades de la cadena de valor de hidrocarburos (*midstream & downstream*) en materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente, tal y como se aprecia en el artículo 84, fracción XV, de la Ley de Hidrocarburos.

los Lineamientos, así como las prácticas operativas en los anexos IV y V. Los operadores, de acuerdo con el artículo 9o. de dichos Lineamientos, tendrán la facultad de proponer que intervenga un tercero independiente para instruir sobre los elementos técnicos necesarios, adicionales a las mejores prácticas, considerando las características particulares del pozo en cuestión. De cualquier forma, los operadores deberán acreditar a través de elementos técnicos y documentales que han adoptado y cumplido con las mejores prácticas.

En el numeral 8, letra A, fracción III, inciso m, del anexo IV de los Lineamientos anteriormente citados, se establece que el documento relativo al diseño del pozo deberá contener un plan operativo en el que se identifiquen *los posibles riesgos y daños al ambiente, comunidades cercanas, personas, propietarios de terrenos colindantes a las operaciones, con la información siguiente*: 1) un pronóstico de producción y evaluación económica del pozo, en el caso de que estos consistan en pozos de desarrollo para la extracción, y 2) el diseño del pozo productor y del pozo inyector de vapor, si se trata de pozos que usen el método de recuperación mejorada a través de vapor (SAGD).

Por su parte, el numeral 17 del mismo anexo IV en cuestión, enlista la documentación que debe presentarse para la modificación de la autorización de pozos en aguas profundas y pozos en aguas ultra profundas. Se señala que deberán contener los siguientes datos: 1) especificaciones sobre la plataforma y equipos de perforación que se utilizarán, que evidencien que tienen la capacidad para cumplir con los requisitos de la actividad correspondiente; 2) acreditación de la capacidad técnica, operativa y organizacional, además de capacitación respectiva a lo mencionado en la fracción IV del numeral 12 del anexo IV, y 3) planes aprobados por las autoridades correspondientes para proteger los recursos biológicos, *incluyendo la descripción de los daños que podrían causarse durante las actividades posteriores a la perforación y terminación*.

Finalmente, el numeral 19 del anexo V de los Lineamientos en comentario, habla sobre el uso de las mejores prácticas en las actividades de revestimiento y cementación, las cuales mencionan, de acuerdo a su fracción I, que los operadores petroleros tendrán el deber de diseñar, especificar, introducir y asentar las tuberías de revestimiento, así como el diseño de la cementación de cada una de estas, con el objeto de evitar la migración de fluidos a través del espacio anular entre la tubería de revestimiento y los estratos atravesados, aislar y sellar adecuadamente las zonas de acuíferos

a fin de *prevenir daños* y contaminación, así como aislar y sellar las zonas productoras y aquellas que contienen potencial de flujo de fluidos corrosivos provenientes de la formación. Los operadores petroleros deberán usar las mejores prácticas de la industria y la mejor tecnología disponible para lograr éste aislamiento.

Entonces, la responsabilidad civil en general que podría derivar por las actividades de perforación de pozos abarca y contempla todas aquellas vinculadas a dicha perforación, que incluyen su diseño, construcción, terminación, integridad, mantenimiento y abandono, así como los efectos creados por estos, en donde el estándar mínimo para dar cumplimiento a dicha obligación es la aplicación de las mejores prácticas indicadas en el anexo II de los Lineamientos.

2. *Excluyentes de responsabilidad civil en materia energética*

La responsabilidad civil en general está condicionada a la inexistencia de excluyentes para que pueda ser imputada. Al respecto, la Ley de Hidrocarburos establece en sus artículos 25 y 49, como causas justificadas para no iniciar o suspender las actividades previstas en el plan de exploración o extracción, respectivamente, los casos fortuitos o de fuerza mayor, atento al contenido siguiente:

Artículo 25: Se consideran causas justificadas para no iniciar o suspender las actividades previstas en el plan de Exploración o de desarrollo para la Extracción en el Área de Asignación, los casos fortuitos o de fuerza mayor y los demás que se establezcan en el título de Asignación.

...

Artículo 49: Para efectos de la fracción I del artículo 20 de la Ley, se consideran causas justificadas para no iniciar o suspender las actividades previstas en el plan de Exploración o de desarrollo para la Extracción en el Área Contractual, los casos fortuitos o de fuerza mayor y los demás que se establezcan en el Contrato para la Exploración y Extracción.

La cláusula modelo pactada en el Contrato para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos, en su cláusula 22, establece y define los alcances del caso fortuito o fuerza mayor.¹³

¹³ Se toma como referencia la cláusula 22 “caso fortuito o fuerza mayor” del Contrato de Licencia para Aguas Profundas Celebrado entre la CNH y China Offshore Oil

Es importante destacar, cómo es interpretado, en el sistema jurídico norteamericano el caso fortuito o fuerza mayor con base en los precedentes de las cortes. En primer término, es interpretado bajo la denominación *force majeure*, según se establece en el libro *Keeping your Lease Alive in Good Times and in Bad*, de los autores Kendor P. Jones y Jennifer L. McDowell (Jones y McDowell, 2006: 15-16). Las cláusulas con relación al *force majeure* se crearon para lidiar con circunstancias que de otra manera provocarían la terminación de la concesión. La teoría alrededor de este concepto ha existido por un gran número de años; anteriormente indicando que una de las partes podría ser liberada de sus obligaciones si el desarrollo de sus actividades era obstaculizado por alguna causa fuera de su control, por ejemplo, los *acts of God*. No obstante, la forma de proceder en estos casos se determina actualmente por lo pactado en la cláusula de *force majeure*. Este tipo de cláusulas sólo excusarán el cese de actividades cuando las circunstancias se encuentren más allá del ámbito de control razonable del concesionario, o cuando el hecho era impredecible cuando las partes comenzaron la concesión.

La imposibilidad de cumplir con la concesión debe surgir de la naturaleza del acto a realizarse, y no de la inhabilidad del concesionario para desarrollar el acto. Como ejemplo puede establecerse el caso *Erickson v. Dart Oil & Gas Corp.*, en la Corte de Apelaciones de Michigan, donde se estableció que la cláusula *force majeure* no excusaba la falta de desarrollo de actividades del concesionario, cuando ésta se debía a un retraso en recibir los permisos para perforar. La corte encontró que este retraso era previsible, y que “cuando una acción gubernamental se alega como una causa del retraso, las partes de la concesión se presumirán haber contratado con conocimiento de una ley preexistente que hubiera causado el retraso”. Se presume que las partes saben de los requisitos señalados por la agencia regulatoria cuando ellos celebran la concesión. Si dicha regulación se encuentra dentro del control del concesionario, la cláusula *force majeure* no protegerá a esta parte.

Se ha manifestado también que las cláusulas de esta naturaleza no resultan aplicables cuando los retrasos son causados por el actuar del concesionario en contra de los requisitos de garantía financiera establecidos por la Comisión Ferrocarrilera de Texas, así como cuando un pozo haya sido

Corporation E&P Mexico S.A.P.I. de C.V., disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/198308/Contrato_Area_1_Cinturon_Plegado_Perdido.pdf.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 107-145.

cerrado por esta Comisión ante la entrega extemporánea de sus reportes de producción.

De forma similar, en el *caso Perlman v. Pioneer Limited Partnership*, la Corte resolvió que los estudios exigidos por oficiales estatales de Wyoming antes de entregar permisos, no excusarían al concesionario por su falta de acción.

Adicionalmente, la cláusula *force majeure* no podrá usarse como una forma de extender la concesión cuando el concesionario se encuentra en un estado de quiebra; no obstante, al menos una corte texana ha dispuesto lo contrario, indicando que dichas cláusulas sí se extienden a la quiebra involuntaria.

Es claro que la casuística y las propias circunstancias del caso en concreto, forman parte integrante para la definición de *force majeure*.

3. Seguridad industrial y protección del medio ambiente

La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental en su artículo 12¹⁴ establece la calificativa de “objetiva” a la responsabilidad ambiental que derive de aquellos daños ocasionados al ambiente directa o indirectamente de los casos ahí establecidos, incluyendo los propios devengados del artículo 1913 del Código Civil Federal; asimismo, el artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental establece que no existirá responsabilidad alguna, cuando el daño al ambiente tenga como causa exclusiva un caso fortuito o fuerza mayor; incluso la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos establece la obligación de reparar el daño en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.¹⁵

¹⁴ “Artículo 12. Será objetiva la responsabilidad ambiental, cuando los daños ocasionados al ambiente devengan directa o indirectamente de: I. Cualquier acción u omisión relacionada con materiales o residuos peligrosos; II. El uso u operación de embarcaciones en arrecifes de coral; III. La realización de las actividades consideradas como Altamente Riesgosas, y IV. Aquellos supuestos y conductas previstos por el artículo 1913 del Código Civil Federal”.

¹⁵ “Artículo 68. Quienes resulten responsables de la contaminación de un sitio, así como de daños a la salud como consecuencia de ésta, estarán obligados a reparar el daño causado, conforme a las disposiciones legales correspondientes. Toda persona física o moral que, directa o indirectamente, contamine un sitio u ocasione un daño o afectación al ambiente como resultado de la generación, manejo o liberación, descarga, infiltración o incorporación de materiales o residuos peligrosos al ambiente, será responsable y estará

Por su parte, el artículo 130 de la Ley de Hidrocarburos, establece la obligación de reparación de los daños al medio ambiente o al equilibrio ecológico por el desarrollo de las actividades de la industria de los hidrocarburos, por lo que deberán sufragar los costos inherentes a dicha reparación, de ser responsables:

Artículo 130. Los Asignatarios, Contratistas, Autorizados y Permisarios ejecutarán las acciones de prevención y de reparación de daños al medio ambiente o al equilibrio ecológico que ocasionen con sus actividades y estarán obligados a sufragar los costos inherentes a dicha reparación, cuando sean declarados responsables por resolución de la autoridad competente, en términos de las disposiciones aplicables.

El artículo 4o. de las “Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los Lineamientos en materia de seguridad industrial, seguridad operativa y protección al medio ambiente para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales en tierra”,¹⁶ publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, a través de la Agencia Nacional de Seguridad y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA), indica que dichas disposiciones se emiten y serán aplicadas bajo el principio de que, en materia de protección al medio ambiente, aquellos que realicen actividades del sector de hidrocarburos les corresponde la responsabilidad directa y objetiva derivada del riesgo creado por las obras y actividades que desarrollen. Consecuentemente, responderán ante dicha Agencia por las acciones requeridas para evitar y prevenir daños ambientales que se generen por esos riesgos, al igual que contenerlos, caracterizarlos y remediarlos con oportunidad y en cumplimiento de las medidas correctivas aplicables.

Previamente la ASEA ya había emitido las “Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los Lineamientos en materia de seguridad industrial, seguridad operativa y protección al medio ambiente para realizar las actividades de reconocimiento y exploración superficial,

obligada a su reparación y, en su caso, a la compensación correspondiente, de conformidad a lo previsto por la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental”.

¹⁶ Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/200641/2017_03_16_MAT_semarnat_L_Yacimientos_No_Convencionales_en_Tierra.pdf, consultado el 17 de octubre de 2017.

exploración y extracción de hidrocarburos”,¹⁷ que de acuerdo a su artículo primero, regulará todas las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, con excepción a aquellos que se realicen en yacimientos no convencionales. Su artículo cuarto establece misma disposición con relación a la normatividad descrita en el párrafo anterior, en el sentido de quien realice actividades en el sector hidrocarburos, le corresponde la responsabilidad directa y objetiva generada del riesgo creado por las obras o actividades que desempeñen, y en consecuencia, responderán ante la Agencia por las acciones necesarias para evitar y prevenir daños ambientales provocados por esos riesgos, así como de contenerlos, caracterizarlos y remediarlos, cumpliendo con las medidas correctivas que sean aplicables.

Por último, la ASA emitió las “Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los lineamientos en materia de seguridad industrial, seguridad operativa y protección al medio ambiente para realizar las actividades de reconocimiento y exploración superficial, exploración y extracción de hidrocarburos”,¹⁸ en donde su capítulo de considerandos, señala que el objetivo de los Sistemas de Administración, es mitigar el riesgo inherente a las actividades e instalaciones de los regulados y mejorar el desempeño del sector hidrocarburos, a fin de garantizar la seguridad de las personas, el medio ambiente y las instalaciones.

De igual manera, las normas oficiales mexicanas¹⁹ emitidas por la ASEA para el diseño, construcción, mantenimiento y operación de estaciones de servicio, para autoconsumo o bien para el público en general

¹⁷ Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/170840/DACG_Reconocimiento_y_Exploracion_Superficial_Exploracion_y_Extraccion_de_Hidrocarburos.pdf, consultado el 3 de noviembre de 2017.

¹⁸ Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/257218/DACG_SASISOPA_DOF_13_MAY_2016.pdf, consultado el 3 de noviembre de 2017.

¹⁹ Véanse dichas normas oficiales mexicanas, disponibles en <https://www.gob.mx/asea/acciones-y-programas/leyes-y-normas-del-sector>, consultadas el 3 de noviembre de 2017. Parte conducente de los considerandos: “estableciendo las condiciones más favorables y seguras para la población, los consumidores, las instalaciones y el medio ambiente, en tanto se emite la normativa definitiva”; “por errores al realizar las labores de Mantenimiento, en la operación, falla en equipos mecánicos, ruptura o fisura en elementos estructurales, fugas, problemas en la eficiente operación del sistema eléctrico, entre otros”; “lo que hace necesario que con la misma celeridad se emita una disposición normativa que prevenga los riesgos inherentes a esta actividad”; “la emisión de la norma contribuye a controlar los riesgos de que se presenten incidentes o accidentes”; “indirectamente esta pieza regulatoria favorecerá la seguridad energética”; “que regule la administración de la integridad

de petrolíferos, para el almacenamiento de éstos, para el transporte por ducto, entre otras. Destaca su justificación en la sección de los considerandos, mismas que obedecen a la implementación de un serie de estándares y criterios técnicos que permiten el desarrollo de las actividades e infraestructura de la industria, de forma segura, que prevenga accidentes, que evite la pérdida de vidas humanas, así como pérdidas económicas, con base a un sistema de administración de riesgos, que permita identificar oportunamente todo tipo de fallas, a fin de contribuir a la seguridad energética del país.

Aseveraciones que conducen a la afirmación consistente en que, de cumplirse con la normatividad establecida, el desarrollo de las actividades de la industria será de forma cuidadosa, contribuyendo a la seguridad energética del país.

4. *Seguros de responsabilidad civil y ambiental*

Para el caso de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, tratamiento y refinación de petróleo, y procesamiento de gas natural, se establecen como requerimientos mínimos de las pólizas de seguros que deberán tratar los regulados, los contenidos en las “Disposiciones administrativas de carácter general que establecen las reglas para el requerimiento mínimo de seguros a los regulados que lleven a cabo obras o actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural”.²⁰ La finalidad de dicho documento, según establece su artículo primero, es establecer los elementos y características de los seguros obligatorios con los que deben contar los regulados en cuanto a responsabilidad civil, responsabilidad por daño ambiental, así como el control de pozos para hacer frente a los posibles daños o perjuicios que pudieran generarse durante las actividades del sector hidrocarburos, estableciéndose coberturas mínimas que deberán amparar las pólizas de seguros, así como los montos mínimos de aseguramiento por las responsabilidades anteriormente señaladas.

en aquellos segmentos o secciones de ductos identificados como de atención alta, media y baja, en términos de sus niveles de riesgo”.

²⁰ Disponibles en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5442251&fecha=23/06/2016, consultadas el 17 de octubre de 2017.

5. *Delitos como causal excluyente de responsabilidad civil en materia energética: interpretación judicial (Amparo Directo 9/2017. Quejosa: Pemex Refinación [hoy Pemex Logística])*²¹

El tema de la responsabilidad civil en la industria de los hidrocarburos es un tema dinámico en el seno del Poder Judicial de la Federación, motivo por el cual, se analizará la muy interesante resolución emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de la excluyente de responsabilidad civil objetiva consistente en conductas delincuenciales de terceros, no imputables a Pemex Refinación (aplicándose al caso en concreto la abrogada Ley Reglamentaria del artículo 27 en el Ramo del Petróleo),²² en lo relativo a las tomas clandestinas a sus ductos.

La resolución emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual conoció el amparo, consideró fundamentado el concepto de violación, debido a que el artículo 15, fracción I, inciso c, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, sí resulta aplicable en este caso y, por tanto, debió haber sido considerado por la Sala que evaluó anteriormente.

Bajo esa tesitura, cuando el derrame de hidrocarburos en un sitio es generado por una toma clandestina de ductos, esto es, por la comisión de un delito, se actualiza una *excluyente de responsabilidad* hacia Petróleos Mexicanos.²³ El hecho de que esta conducta es considerada un hecho punible tiene su fundamento en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos

²¹ Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-06/AD%209-2017%20PROYECTO05062017134520.pdf, consultado el 16 de octubre de 2017.

²² La cual fue abrogada por su publicación el 11 de agosto de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*, de la Ley de Hidrocarburos. Sin embargo, los hechos del presente asunto se originaron el 11 de enero de 2014, mientras que la autoridad administrativa emitió su resolución el 28 de enero de ese mismo año, razón por la cual, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, es aplicable al presente asunto.

²³ Al respecto, véase la jurisprudencia 11/2002 del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte, cuyo rubro y texto son los siguientes: “EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpada desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpada, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la

tos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, la cual advierte que la toma clandestina de ductos para el transporte de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, con el propósito de extraerlos, constituye una conducta sancionada en manera penal.

En tal sentido, cabe precisar que en términos del artículo 21 constitucional, la investigación de los delitos corresponde de manera exclusiva al Estado a través del Ministerio Público y de las policías, aunado a que la seguridad pública es una función también exclusiva del Estado, que comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos.²⁴ Por tanto, las tomas clandestinas de ductos, al ser un delito en términos de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, actualiza la obligación de las autoridades competentes en materia de seguridad pública de prevenir la comisión del delito, y en caso de que éste haya sido llevado a cabo, realizar la investigación y persecución de los responsables.

Otra cuestión analizada por la Segunda Sala es que tanto la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, así como, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, señalan la posibilidad de repetir en contra de quien sea el responsable de generar la contaminación. Sin embargo, lo anterior no constituyó un elemento suficiente para que la Sala arribara a una conclusión distinta, debido a que este derrame se originó por la comisión de un delito, y hasta que no se lleve a cabo la investigación, se desconocerá la identidad del sujeto responsable.

Lo anterior no significa que no se aplicarán las medidas de remediación pertinentes al área afectada, pues el predio sigue estando sujeto a dichas medidas que establece la normatividad ambiental. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, el Eje-

comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad". Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 592.

²⁴ "Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función...

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución".

cutivo Federal, a través de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, estará facultado para realizar subsidiariamente por razones de urgencia o importancia, la reparación inmediata de los daños ocasionados al medio ambiente, con cargo al fondo previsto en la ley mencionada. La normatividad misma, instaura una posible solución para la remediación de los terrenos perjudicados en el caso de las tomas clandestinas.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA Y LAS ACTIVIDADES ULTRA RIESGOSAS

Con una precisión y maestría, Rosalía Ibarra Sarlat, en el capítulo segundo “La explotación petrolera en México”, sección VI “La responsabilidad civil extracontractual objetiva y las actividades ultra riesgosas” (Ibarra Sarlat, 2003: 98-100), que en lo que nos ocupa y de manera sintetizada, señala que para imputar la responsabilidad civil objetiva, debe existir en principio una *actividad humana*, ya sea una acción u omisión, porque implica la interferencia en la esfera jurídica de otro sujeto al producir un daño, donde las cosas o sustancias dañosas intervienen con autonomía. Además, indica que la explotación petrolera se trata de una actividad lícita, pero que implica el riesgo de causar daños ambientales (incluso civiles), independientemente de la culpa, debiendo existir una relación causal entre el daño y la actividad humana.

Respecto a las excluyentes de responsabilidad, se exime de responsabilidad civil, cuando el daño se produzca por culpa inexcusable de la víctima, haya sido por culpa o hecho de un tercero, es decir, una persona que no sea el sujeto que realizó el acto directamente o por caso fortuito. Estos supuestos resultan aplicables a la responsabilidad extracontractual objetiva.

Alerta en señalar que la acción para exigir la reparación de los daños causados prescribe en dos años, atento a lo dispuesto por el artículo 1934 del Código Civil Federal, mismo que se transcribe: “Artículo 1934. La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño”.

Por último, destaca que el sistema objetivista no depende del grado de diligencia que el sujeto hubiere tenido para evitar la producción del daño, sino que se basa en la realidad perjudicial y su relación inmediata con la acción u omisión que los ha originado, su atribución se debe a la

reparación de cualquier lesión al interés de otro miembro de la comunidad, incluso el simple hecho de que no se pudieron prever los daños, no es suficiente para eximir la responsabilidad al sujeto, citando la obra de Luis Pascual Estevill (1995: 509-511).

VI. DE LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO AL RIESGO REGULADO

Se afirma para el presente estudio, que la acreditación de la responsabilidad civil objetiva (también llamada teoría del riesgo creado) es eminentemente casuística, y su justificación dependerá en gran medida de las circunstancias propias que le den origen; es decir, no es posible catalogar una serie de actividades de la industria de los hidrocarburos en concreto que por sí mismas (*per se*) lleguen a la conclusión de ser consideradas objetivas.

En contraste, si bien es cierto que la responsabilidad civil en materia ambiental es catalogada objetiva, lo cierto es que, a la fecha, esta ley no ha sido analizada bajo la óptica de la reforma constitucional en materia de energía, la cual da origen a los criterios económicos que más adelante se señalan. Se puede concluir que aún su interpretación de constitucionalidad y convencionalidad no ha sido planteada ante las instancias judiciales, pero además, dicha calificación se encuentra limitada única y exclusivamente para efectos ambientales, es decir, sólo si resultan daños ocasionados al medio ambiente, ya sea de forma directa o indirecta, por lo tanto, no es posible extender dicha calificativa (objetiva) a los demás daños distintos a los ambientales (a saber, los patrimoniales; sin embargo, la teoría del riesgo regulado resultaría aplicable para ambos casos, indistintamente); limitación que se aprecia en el artículo primero de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que reza: “El régimen de responsabilidad ambiental reconoce que el daño ocasionado al ambiente es independiente del daño patrimonial sufrido por los propietarios de los elementos y recursos naturales”.

Sin pasar por alto que a nivel internacional existen tratados en materia de hidrocarburos²⁵ en donde los Estados parte determinan calificar las actividades materia de los mismos (como responsabilidad civil objetiva); sin embargo, la gran mayoría obedece a causas que derivan por la contamina-

²⁵ International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage; International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea; International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage.

ción ambiental, más no patrimonial, aplicándose la misma razón establecida en el párrafo anterior. Por otro lado, respecto a los tratados internacionales en materia nuclear,²⁶ los riesgos asociados a ésta actividad, como la radiación, no serían equivalentes frente a los propios de la industria de los hidrocarburos (pondérese *Deepwater Horizon vs. Chernobyl*);²⁷ aun así, para dicha industria es factible la limitación de la responsabilidad a cantidades predeterminadas, lo que implica que aún y cuando el riesgo es altísimo y gravísimo, su consecuencia tiene un límite de carácter pecuniario,²⁸ lo que implica implícitamente un incentivo para el desarrollo de la industria.

Ahora bien, se toman como base para la conceptualización de la teoría del riesgo creado, los siguientes criterios económicos, mismos que se desprenden de la reforma constitucional en materia de energía en sus artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo, y 28, párrafo cuarto: 1) la maximización de la riqueza y la participación de la inversión privada, establecidos como principios rectores de la reforma energética, para las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, atento al contenido del artículo 27 constitucional,²⁹ cuarto³⁰ y sexto³¹ transitorios; 2) la competencia efec-

²⁶ Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage; Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.

²⁷ From Deepwater to Chernobyl: counting the casualties: Disponible en <https://www.duv.com/en/from-deepwater-to-chernobyl-counting-the-casualties/a-18393176>, consultado el 22 de agosto de 2018.

²⁸ Artículo 14; del límite de la responsabilidad; cien millones de pesos; Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.

²⁹ “Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria”. Las cursivas son mías.

³⁰ “En cada caso, el Estado definirá el modelo contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la nación. La nación escogerá la modalidad de contraprestación atendiendo siempre a maximizar los ingresos para lograr el mayor beneficio para el desarrollo de largo plazo”. Las cursivas son mías. Esta disposición es comúnmente conocida como el *government take*, que se define como la cantidad total de ingreso que un gobierno anfitrión recibe por producción. Esta cantidad puede incluir impuestos, regalías y participación gubernamental. Disponible en: http://www.glossary.oilfield.slb.com/Terms/g/government_take.aspx, consultado el 31 de octubre de 2017.

³¹ “Con base en lo anterior, se podrá establecer la profundidad específica para cada asignación, de forma que las actividades extractivas puedan ser realizadas, por separado,

tiva en la industria junto con la capacidad regulatoria del Estado, y 3) la rectoría económica del Estado, que se traduce en la decisión constitucional de fomentar la creación de mercados eficientes (bajo una lógica eminentemente económica), mediante el cual se llevará a cabo el desarrollo de la industria de los hidrocarburos, a efecto de garantizar la seguridad energética del país, fungiendo principalmente como un —ente regulador— que a su vez percibe un beneficio económico (*government take*) por la actividad de los regulados, en donde emite regulación (estándares mínimos-reglas del juego propios de una industria sustentable y segura) que permite un equilibrio sano entre los riesgos y los costos asociados de la industria, comprometiéndose esta última a dar cumplimiento cabal a las reglas del juego. De ahí que el Estado, en cierta medida tolera y administra los riesgos implícitos de la industria y sus potenciales consecuencias (daños), a cambio de una retribución económica, y siempre y cuando el regulado dé cumplimiento a la normatividad en vigor, sin que esta teoría implique impunidad, sino simplemente una recaracterización del riesgo y sea aplicada ésta, dentro del ámbito de la responsabilidad civil subjetiva, al requerirse como requisito de existencia la culpa del regulado, para la procedencia o no de la indemnización.

Profundizando aún más, se debe reflexionar en la posibilidad de que no necesariamente toda actividad de la industria es riesgosa por sí misma, y por lo tanto legalmente objetiva. Aquí encontraríamos un punto de inflexión con los civilistas a ultranza, donde seguramente argumentarán lo contrario, principalmente aduciendo que basta con que se cumplan los extremos del artículo 1913 del Código Civil Federal, para su procedencia; sin embargo omitirían interpretar holísticamente dicho artículo con lo dispuesto constitucionalmente; es decir, una interpretación literal, restrictiva y absolutista, dejaría a un lado la ponderación contextual de los tres criterios económicos citados, ahora constitucionalizados, los cuales estructuralmente reconfiguran la responsabilidad civil de objetiva a subjetiva, porque al tolerarse los riesgos mediante regulación, se estandariza la práctica bajo los parámetros de una industria segura, la cual permite la administración de su peligrosidad, y en caso de presentarse un accidente, deberá tomarse en cuenta el grado de cumplimiento o no de la regulación, *ergo*, la culpa.

en aquellos campos que se ubiquen en una misma área, pero a diferente profundidad, con el fin de *maximizar el desarrollo de recursos prospectivos en beneficio de la nación*". Las cursivas son mías.

En este sentido, y a pesar de que la lógica intuitiva y científica señale que el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente que conduzcan o causas análogas, aunque no obre ilícitamente, es responsable de los daños que genere, no necesariamente es lógico desde un punto de vista jurídico; es decir, si traspolamos los requisitos citados a la industria de los hidrocarburos, entenderíamos que, tanto el objeto (hidrocarburos) como las actividades desarrolladas en la cadena de valor de la industria, podrían encuadrar perfectamente en los supuestos del artículo 1913 del Código Civil Federal, en razón a la utilización de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas que por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, o análogas. Tal y como se deriva del capítulo de definiciones de la Ley de Hidrocarburos, entre otras, la definición de hidrocarburos establecida en el artículo 4o., y de la propia descripción de las actividades de la cadena de valor de la industria de los hidrocarburos, se podría concluir la existencia de la responsabilidad civil objetiva, pero ¿qué pasaría si tanto el objeto, como las actividades citadas no fuesen consideradas como riesgos peligrosos (jurídicamente)?, o dicho en otras palabras, si fuesen considerados como una actividad atípicamente peligrosa, en virtud de que el regulado, al dar cumplimiento diligente a la normatividad emitida por el Estado (en su calidad de ente regulador), hace segura su operación conforme a los estándares de la industria, y consecuentemente acredita la administración diligente de un riesgo peligroso, requisito básico para la configuración de la responsabilidad civil objetiva.

No se está afirmando que la regulación transforme *de facto* la idea de que el uso de la infraestructura energética sea catalogada como un riesgo no peligroso, pero sí *de iure*, es decir, segura, por lo que debe considerarse que el Estado tolera vía regulación, la actividad de la industria (riesgosa), pero bajo los estándares de una industria segura, la cual permite la administración de su peligrosidad, y en caso de presentarse un accidente, deberá tomarse en cuenta el grado de cumplimiento o no de la regulación. En consecuencia, la responsabilidad objetiva se recharacteriza a subjetiva, y ahora se estará en el terreno de la conducta y grados de dolo o negligencia del regulado, en cuanto a la debida autoadministración del riesgo-peligro que eviten accidentes; de lo contrario y de no darse cumplimiento a la

regulación, el Estado cuenta con facultades para rescindir³² y/o revocar³³ la aprobación para desarrollar la actividad respectiva. Esto es, el Estado no debe permitir, ni permitirá (así lo garantiza)³⁴ que se lleve a cabo una actividad fuera de los estándares de peligrosidad permitidos, de hacerlo, sería bajo su más estricta responsabilidad,³⁵ y en su caso se activarían los seguros contratados, en cuya situación representaría una causal de rescisión y/o revocación respectivamente, por ende, no existe un riesgo creado, sino regulado, estándose a la acreditación de la culpa del regulado.

Analicemos ahora la otra cara de la moneda: ¿Por qué un individuo (sin culpa) debiera soportar un daño en su patrimonio causado a raíz de las actividades de la industria de los hidrocarburos?, ¿hacia dónde debe oscilar el péndulo de la justicia? ¿Criterio *pro homine* o prevalencia del interés social (colectivo) y orden público?

Todos los mexicanos necesitamos de la energía. El Estado, por su parte, debe garantizar la seguridad energética, el desarrollo económico democrático y su explotación sustentable, de modo que desde el punto de vista constitucional,³⁶ los daños que genere la industria, podrían ser

³² Artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos.

³³ Artículos 40 y 56 de la Ley de Hidrocarburos.

³⁴ Ver por ejemplo lo establecido por el artículo 51 de la Ley de Hidrocarburos, donde se fijan como condiciones para el otorgamiento de los permisos, tanto a Petróleos Mexicanos como a otras empresas productivas del Estado y a los particulares, a que el interesado demuestre que, en su caso, cuenta con: I) Un diseño de instalaciones o equipos acordes con la normativa aplicable y las mejores prácticas, y II) Las condiciones apropiadas para *garantizar* la adecuada continuidad de la actividad objeto del permiso.

³⁵ Daría pie a la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, salvo que se acrediten las excluyentes establecidas en el artículo 3o. que reza: “Se exceptúan de la obligación de indemnizar, de acuerdo con esta Ley, además de los casos fortuitos y de fuerza mayor, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acacimiento y en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño”. El estándar del estado de la ciencia y técnica existentes complementa y soporta a la excluyente de caso fortuito y fuerza mayor, en su faceta de ser algo previsible, pero inevitable, dentro de la teoría del riesgo regulado, como se explica más adelante.

³⁶ Aunado a los tres criterios económicos, el artículo 8o. transitorio de la reforma energética, cita: “Derivado de su carácter estratégico, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, a que se refiere el presente Decreto *se consideran de interés*

considerados desafortunadamente *efectos colaterales*,³⁷ donde la vía a seguir para su reparación a cargo del afectado —no culpable—, es a través del ejercicio de la imputación de responsabilidad civil subjetiva en contra del regulado, por la violación de las reglas del juego regulado; es decir, por efectos de la conducta dolosa o negligente del regulado en el cumplimiento regulatorio, siendo el eje de justicia, la protección y el desarrollo sustentable de la colectividad, tomando en consideración, que el Estado, vía el estudio de evaluación de impacto social,³⁸ identificó y caracterizó las comunidades y pueblos que se ubicaron en el área de influencia del desarrollo, la identificación, caracterización, predicción y valoración de los impactos sociales positivos y negativos del mismo, y las medidas de prevención y mitigación junto con los planes de gestión social, de manera tal que el Estado realizó un análisis de costo-beneficio-riesgo-alternativa (Paz, 2014: 78); propiciando el minimizar el costo de los accidentes y la maximización de la riqueza social.³⁹

Actualmente, en los Estados Unidos de América, la mayoría de las reclamaciones de responsabilidad civil (*tort law*) requieren, para su configuración, de una conducta intencional (dolosa) o negligente (culposa). (Glannon, 2010: 322).

La actual doctrina, en su “Third Restatement of Torts”, reestablece la regla de las actividades anormalmente peligrosas en su sección 20, y se actualiza cuando un actor que lleve a cabo aquéllas, es sujeto a responsabilidad civil objetiva por los daños físicos que resulten (Glannon, 2010: 324). Los conceptos económicos como la prevención de costos y la propa-

social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas”. Las cursivas son mías.

³⁷ Frase que se escribe con mucho respeto, porque se debe tener presente la pérdida de vidas humanas; expresión sólo para efectos de una explicación sistémica.

³⁸ “Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación del Impacto Social en el Sector Energético”. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5524885&fecha=01/06/2018, consultado el 16 de agosto de 2018.

³⁹ “Si las reglas tienen la disposición de generar los incentivos correctos para la conducta eficiente, el sistema en general tendrá la disposición de minimizar el costo de los accidentes y, por consiguiente, de maximizar la riqueza social. El problema es que el efectivo logro de este objetivo no depende exclusivamente de las reglas de responsabilidad”; por ello se insiste en que la regulación complementa el objetivo del deber de cuidado como incentivo, donde el factor de la culpa es crítico para discernir la causa del daño (Papayanis, 1994: 95).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 107-145.

gación de pérdidas, también apoyan a la responsabilidad civil objetiva para las actividades anormalmente riesgosas, comprometiéndolo a aquellos que las realicen, a evitar sus costos por tres razones (Glannon, 2010: 324-325): 1) la amenaza de responsabilidad incentiva a los actores de abstenerse totalmente de actividades riesgosas; 2)⁴⁰ porque los actores deben compensar, por lo que deben reducir el costo de los accidentes mediante la toma de precauciones extraordinarias, ello permite una actividad más segura, mas no completamente segura, y 3) porque coloca la pérdida en la parte que pueda más fácilmente impactar los costos en la empresa, por medio de la adición del cargo de la compensación de los accidentes al precio del producto.

Ahora bien, para definir una actividad anormalmente peligrosa, en términos del *Second Restatement*, sugiere seis factores relevantes para identificar si una actividad es configurativa o no:

- 1) Existencia de un alto grado de riesgo de algún daño a la persona, tierra o bienes de terceros.
- 2) Probabilidad de que el daño que resulte de ello sea superior.
- 3) Incapacidad para eliminar el riesgo mediante el ejercicio de un cuidado razonable.
- 4) Alcance en que la actividad no es materia de uso común.
- 5) Incompatibilidad de la actividad en el lugar donde se lleva a cabo.
- 6) En qué medida su valor para la comunidad se ve superado por sus atributos peligrosos.

Por su parte, el *Third Restatement of Torts* redefine a las actividades anormalmente peligrosas si:

⁴⁰ El autor indica que un análisis económico puede controvertir la aseveración segunda, con base a que un actor racional económico, toma el mismo nivel de precaución tanto para la responsabilidad civil objetiva que para la subjetiva; esto es, la persona tomará precauciones al punto donde el gasto de las precauciones supere la responsabilidad proyectada por la actividad y remite a R. Posner en su obra *Tort Law: Cases and Economic Analysis*. No obstante, su intuición le dice, que si él custodia un tigre, y sabe que tiene que pagar por cualquier lesión resultante, él lo custodiaría con muchísimo cuidado, de hecho, sin importar lo que la literatura económica indique acerca del nivel de eficiencia de las precauciones.

- 1) La actividad crea un riesgo previsible y altamente significativo de un daño físico, aun cuando un cuidado razonable es ejercido por todos los actores.
- 2) La actividad no es de uso común.

El elemento central de la responsabilidad civil objetiva es que debe ser aplicada para las actividades que impliquen *un riesgo inusual e irreductible*. La misma ha sido aplicada, por ejemplo, para explosiones, para la retención de desechos mineros en amplios estanques artificiales, para insecticidas al cultivo, fumigación, en el almacenamiento de amplias cantidades de gasolinas, cohetes, aeronaves experimentales y para el uso de materiales radiactivos. Cada una de estas actividades, involucra fuerzas o sustancias capaces de causar un daño extensivo si no es controlada apropiadamente. Usualmente avanzan sin contratiempos, pero pueden fallar perjudicialmente sin negligencia. El riesgo de dichas actividades puede diferir sólo en el grado respecto a otras actividades, pero por el riesgo adicional, ha sido suficiente para convencer a las cortes de aplicar responsabilidad civil objetiva a estas (Paz, 2014: 327).

Con relación al elemento de uso común 2) citado, se define como una actividad inusual o extraordinaria, esto sugiere que una actividad podría generar responsabilidad civil objetiva en un área donde es rara la misma, pero no en otra distinta, donde es más común. Al respecto no hay uniformidad de criterios para su determinación, por lo tanto y una vez más, es eminentemente casuístico. Por ejemplo, una corte rechazó imponer responsabilidad civil objetiva por la perforación de un pozo petrolero en el área rural de Oklahoma, pero en otro caso sí se fincó responsabilidad a la demandada, por la perforación de un pozo petrolero en el centro de Los Ángeles; por lo que no es sorprendente que las cortes impongan responsabilidad civil objetiva, para aquellos actores que impongan a la comunidad un riesgo desproporcional, en comparación con los riesgos generales a los que están impuestos (Paz, 2014: 328).

En conclusión (Paz, 2014: 329), si con un cuidado razonable puede hacer la actividad generalmente segura, las cortes no impondrán responsabilidad civil objetiva. Por el contrario, si con un cuidado razonable no puede eliminar un riesgo substancial de una lesión física grave, la responsabilidad civil objetiva probablemente aplicará, aun y cuando la actividad sea socialmente valiosa y conducida conscientemente. El mejor argumen-

to del demandado para evitar la responsabilidad citada en dichos casos es que aduzca “uso común”.

La casuística de las circunstancias del caso en concreto, parece ser el elemento clave para la acreditación de la responsabilidad civil objetiva; así se demuestra de los casos sobre responsabilidad civil objetiva en reclamaciones que involucran a la industria de *oil & gas* en los Estados Unidos de América, donde una vez más no existe uniformidad al respecto (Paz, 2014: 329).⁴¹ Por ejemplo, las cortes de Ohio han declarado el uso de explosivos ser una actividad anormalmente peligrosa, y ha imputado responsabilidad civil objetiva; pero en los demás estados de la unión americana que han aplicado la teoría del riesgo creado en operaciones de *oil & gas*, el resultado ha sido mixto. La Corte Suprema de Kansas concluyó en el caso *Williams v. Amoco Production Co.*, que la perforación y operación de los pozos de gas natural, no es una actividad anormalmente peligrosa en relación con el tipo de daño sostenido por los apelantes, soportando su decisión en que no encontró que el gas natural sea un agente dañino una vez que es extraído de la superficie de la tierra, y no arruina el agua potable, ni destruye la vegetación o ganado; de igual forma concluyó que la perforación y operación de los pozos de gas natural es un uso común aceptado y natural de la tierra (dicho caso representaba un daño mínimo, no dañaba permanentemente la fertilidad del suelo, cultivos o ganado, sólo reducía la cantidad disponible de agua para irrigación).

Finalmente, y en adición a lo anterior, en casos en donde se involucran actividades de perforación y producción, las Cortes también han sostenido que la refinación del petróleo y la transportación de *oil & gas* por ductos, no son considerados actividades anormalmente peligrosas; la operación de una refinería de petróleo en una comunidad industrial, no constituye una actividad ultrarriesgosa; el transporte subterráneo de gas natural, no es una actividad anormalmente peligrosa; la combinación de un alto estándar de cuidado que debe ser observado en el transporte de gas natural, en conjunto con la doctrina *res ipsa loquitur* (“la cosa habla por sí misma”, doctrina que infiere negligencia por la naturaleza

⁴¹ También Blake (2016: 6-9). Disponible en: <https://udayton.edu/directory/law/documents/watson/watson-cracking-and-fracking-strict-liability-for-earthquakes.pdf>, consultado el 24 de octubre de 2017.

propia del accidente o lesión, a falta de evidencia específica)⁴² deberían ordinariamente hacer innecesaria la aplicación de la doctrina de la responsabilidad civil objetiva, en casos en donde se involucren explosiones causadas por fugas de gas natural en líneas de transmisión.

Así pues, la tendencia de los casos en la industria de los hidrocarburos apunta hacia una responsabilidad civil subjetiva con limitadas excepciones, porque se parte de la premisa de que no existe riesgo jurídico en el desarrollo de las actividades de la industria, si se llevan a cabo conforme a los lineamientos respectivos, salvo en el caso en el manejo de sustancias peligrosas; dicha reconfiguración podría ser expresada conforme a la siguiente leyenda: “de la teoría del riesgo creado, a la teoría del riesgo regulado”.

De esta forma, se constituye que el elemento de riesgo creado por efectos de la peligrosidad, establecido como *conditio sine qua non* para la acreditación de la responsabilidad civil objetiva, de *iure*, no lo es; por ende, no se configura. Lo anterior con base en los tres criterios económicos contemplados en el nuevo modelo energético mexicano, y al hecho de que el Estado ahora funge en su calidad de regulador de la industria de los hidrocarburos, quien a su vez percibe de un beneficio económico.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar el Amparo directo en revisión número 4555/2013, mismo que realiza diversas reflexiones de distintas tesis aisladas⁴³ sobre la responsabilidad civil objetiva, enfocándose en tres ideas en particular: la primera, en que la responsabilidad objetiva se apoya en un elemento ajeno a la conducta; esto es, en que la noción de “riesgo” remplaza a la de la “culpa” como fuente de la obligación; la segunda, en que existe una distinción o diferencia, entre quienes es diligente y toma las precauciones necesarias para evitar un accidente previsible y quien no lo es; y por último, evitar que el costo de ser precavido sea igual de alto que el beneficio que se obtiene de no serlo, para no ser siempre el “único” responsable.

Ello, traducido a la teoría del riesgo regulado, implicaría una recaracterización del “riesgo peligroso, absoluto e ilimitable”, a un “riesgo peligroso, administrable y mitigable”; nuevo estándar que incorpora como criterio de responsabilidad, la adopción de la regulación de seguridad res-

⁴² Disponible en: <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1823>, consultado el 24 de octubre de 2017.

⁴³ Registros 2006972, 2006974 y 2006975.

pectiva, por lo que se estaría conformando un “estándar-seguro” en el desarrollo de la industria de los hidrocarburos, excluyente de un “riesgo peligroso ilimitado”, de manera tal que la justiciabilidad del regulado, dependerá del grado de cumplimiento de dicho estándar o no, requiriéndose forzosamente la determinación del grado de culpabilidad de éste, a fin de gozar de la diferencia de trato, por haber tomado diligentemente las precauciones necesarias establecidas en la regulación, así como el beneficio de haber sido precavido en cuanto a su aplicación, por lo que en caso de un accidente previsible, el regulado tendrá la carga de la prueba en demostrar, por ser el responsable del cumplimiento regulatorio, la aplicación del “estándar-seguro” de forma idónea y suficiente, y para el caso de un accidente imprevisible, deberá acreditar alguna de las causales excluyentes de responsabilidad, como se observará más adelante.

Cabe destacar que la idea esencial de la teoría del riesgo (Parkinson, n.d.) en todas sus versiones, consiste en admitir que quien incorpora un riesgo al cuerpo social, debe reparar los perjuicios operados a consecuencia de ello; en otras palabras, quien obtiene los beneficios debe soportar las cargas, o todavía, quien goza el *commodum* debe experimentar el *periculum*. De hecho existe consenso en la doctrina mexicana, en el sentido de que el artículo 1913 del Código Civil Federal consagra una responsabilidad objetiva fundada en la teoría del riesgo creado (Parkinson, n.d.), en este sentido y aplicando la teoría del riesgo regulado, en primer lugar no se incorpora un riesgo absoluto, liso y llano al cuerpo social, porque el presupuesto básico de la teoría del riesgo regulado es que, mediante la aplicación de un estándar seguro, se reconfigura jurídicamente el riesgo al adicionarse un nuevo estándar de justicia que permite la administración de los riesgos peligrosos, tomando en consideración el estado de la técnica vigente, que a su vez remite a estándares de seguridad internacionales,⁴⁴ permitiéndose con ello la innovación en la industria. Ahora bien, no todos los beneficios son para el regulado, también lo son para el Estado (*government take*, impuestos, inversiones, desarrollo tecnológico, impulso a las cadenas de valor, desarrollo de mercados, etcétera), incluso para los propios habitantes; éstos, ya sea en forma de contraprestación extraordinaria,⁴⁵ o

⁴⁴ Por ejemplo, los propios del American Petroleum Institute (API). Disponibles en: <https://www.api.org/>, consultados el 16 de agosto de 2018.

⁴⁵ Tendrá derecho a un porcentaje de los ingresos que correspondan al asignatario o contratista por concepto de extracción comercial de hidrocarburos (artículo 101, fracción

bien, a través de precios competitivos derivados de un funcionamiento eficiente de los mercados, lo cual igualmente se podría traducir en mayores oportunidades de empleo y desarrollo económico regional, o en última instancia, simplemente para garantizar el suministro suficiente y adecuado de la energía, comúnmente conocido bajo el concepto de “seguridad energética”. En consecuencia, si los beneficios se comparten entre el Estado y los habitantes, entonces, lo justo y equitativo es que de igual manera se transfieran los daños, perjuicios y cargas entre los beneficiarios, proporcionalmente, evitando así que el regulado cargue exclusivamente con dicho costo social.

El punto crítico para diferenciar la teoría del riesgo creado y la teoría del riesgo regulado, se fija en función de la intervención del Estado, en ejercicio de la rectoría económica consagrada en el artículo 25 de la Constitución federal, particularmente cuando emite regulación sobre las medidas de seguridad que debe adoptar el regulado. Ello trae como consecuencia una nueva reglamentación al respecto, y produce un efecto de fusión jurídica⁴⁶ por traslaparse con las disposiciones jurídicas contenidas sobre responsabilidad civil objetiva del Código Civil Federal. Por lo tanto, la teoría del riesgo creado queda integrada y complementada junto con las regulaciones de seguridad que emita el Estado a través de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección del Medio Ambiente del Sector de Hidrocarburos, sin quedar aislada del orden jurídico que soporta el nuevo sistema de gobernanza en el sector de referencia, propio de la capacidad del Estado para regular y supervisar la seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente sobre las instalaciones y actividades de la industria; atribución de carácter constitucional establecida en el artículo 19 transitorio de la reforma constitucional en materia de energía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013, y jurisprudencialmente aceptada bajo el rubro de Estado regulador,⁴⁷ cuyo modelo exige la convivencia de dos fines: la existencia

VI, inciso c de la Ley de Hidrocarburos).

⁴⁶ Fusión jurídica entre el *hard law* (disposiciones del Código Civil Federal sobre la responsabilidad civil objetiva) y el *soft law* (estándares técnicos nacionales e internacionales, práctica de la industria; frontera del estado de la técnica).

⁴⁷ Rubro: “Estado regulador. El modelo constitucional lo adopta al crear órganos autónomos en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, tesis, Pleno, Décima Época, libro 26, enero de 2016, t. I, p. 339, registro 2010881.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 107-145.

eficiente de los mercados y la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En contraposición al argumento de la fusión jurídica por efectos de la regulación que sufren las disposiciones del Código Civil Federal en el tema de la responsabilidad civil objetiva, se encuentra la teoría denominada de la defensa por cumplimiento regulatorio (*regulatory compliance defense*) (Michael, 2016: 327) en donde se afirma que el cumplimiento de la normatividad regulatoria no necesariamente implica, en automático, la liberación de la responsabilidad civil, porque cumplir con la regulación es usualmente el estándar mínimo requerido. Cualquier juez, en un caso de responsabilidad civil, aun tendrá la posibilidad para verificar si los niveles óptimos de cuidado fueron de hecho superiores que aquellos estándares establecidos en la regulación; si ese fuese el caso, el regulado puede aún ser responsable, sin importar si cumplió con el estándar regulatorio.

Sin embargo, si la regulación de fuente constitucional, es lo suficientemente robusta como lo es el caso mexicano, e incorpora estándares internacionales y el regulado da cumplimiento diligente, entonces estaríamos en la frontera del estado de la técnica en cuanto a la administración del riesgo, y no bajo el mínimo estándar; pero además, en nada afecta el establecimiento de un mínimo estándar, si así lo fuere para el caso mexicano, porque el argumento fundamental de la teoría del riesgo regulado, consiste en que el Estado es quien emite la regulación de seguridad industrial y de operación, en ejercicio de una facultad constitucional cuasilegislativa, en función de una racionalidad técnica, interfiriendo directamente en la actividad de los hidrocarburos y definiendo conceptualmente los elementos constitutivos de un riesgo para los efectos de la industria; y en consecuencia, la forma en que serán administrados. Este modelo constitucional regulatorio se alinea con el objetivo que todo inversionista solicita al Estado receptor: “limitación razonable de la responsabilidad, proporcional al radio de riesgo y/o remuneración” (William, 1995: 8). De tal manera que la teoría del riesgo regulado se ve fortalecida por la promoción de la inversión en la industria de los hidrocarburos (criterio rector del nuevo sistema de gobernanza que tiene su origen en la reforma constitucional en materia de energía).

De igual forma, la teoría del riesgo regulado se ve complementada a nivel internacional, mediante el Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre

los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, relativo a los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos en el Golfo de México, firmado en Los Cabos, Baja California Sur, el 20 de febrero de 2012,⁴⁸ en donde en el artículo 18 reconoce la administración de los riesgos y el protocolo de actuación correspondiente; asimismo, el artículo 19 establece que las partes deberán adoptar los estándares y requerimientos comunes sobre seguridad industrial y medio ambiente, que sean compatibles entre las partes; disposiciones jerárquicamente superiores a las propias del Código Civil Federal en materia de responsabilidad civil objetiva.

Es importante destacar, que la ASEA incorporó en las disposiciones de carácter general descritas en el capítulo 4.3 “Seguridad industrial y protección del medio ambiente”, un estándar internacional de administración de riesgos conocido como “Tan bajo como sea razonablemente factible”, mismo que se conceptualiza de la siguiente manera: para que un riesgo sea considerado ALARP (*As Low As Reasonably Practicable*, por sus siglas en inglés) debe ser posible demostrar que el costo de continuar reduciendo ese riesgo es mayor en comparación con el beneficio económico que se obtendría, que correlacionado con la teoría del riesgo regulado, podría darse un doble resultado: *i*) como un factor para la acreditación o no de la responsabilidad civil subjetiva, o bien, *ii*) como una excluyente de responsabilidad civil, en donde para ambos casos, el límite para cumplir con la normatividad energética se aquilata bajo el criterio económico de costo-beneficio, lo que produciría una liberación de la responsabilidad por no ser viable económicamente la mitigación del riesgo, o bien, en virtud de que nadie está obligado a lo imposible.

Finalmente, y como lo manifiesta Maria Lee (2014), al dejar a un lado la pregunta obvia respecto a si la culpa de hecho debería ser preferida sobre la responsabilidad civil objetiva; ello no impide la necesidad de reflexión sobre la regulación. Por ejemplo, en el cumplimiento o la defensa del estado de la técnica o el requisito de previsibilidad, donde la regulación contribuye a la conformación de la culpa, y aquella constituye la práctica de la industria. Termina dicha autora mencionando que los casos judiciales varían, pero se aprecia un patrón común: aquellos casos que siguen los criterios propios de la regulación y aquellos que aplican estándares distintos a los de la regulación; sin embargo, aunque las cortes aún

⁴⁸ Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352990&fecha=18/07/2014, consultado el 16 de agosto de 2018.

no se han manifestado con mayores herramientas regulatorias, cuando se considera la relación entre responsabilidad civil y regulación, se necesita capturar la totalidad de las distintas aproximaciones de gobernanza, tal y como lo toma en cuenta la teoría del riesgo regulado.

VII. CONCLUSIÓN

Por lo pronto, para la industria de los hidrocarburos, se concluye con la siguiente cápsula jurídica:

La teoría del riesgo regulado supera y desplaza a la teoría del riesgo creado, porque fundamenta su reconfiguración en la acreditación de la culpa del regulado en función al grado de adhesión y cumplimiento a la normatividad energética de fuente constitucional, la cual adopta las mejores prácticas y estándares internacionales de la industria de los hidrocarburos.

Una opción viable, sería la redacción de una Ley de Responsabilidad Civil por daños de la Industria de los Hidrocarburos, conceptualmente similar a la Ley de Responsabilidad Civil por daños Nucleares, incorporando en sus disposiciones, la teoría del riesgo regulado como responsabilidad civil subjetiva, excluyendo las disposiciones aplicables del Código Civil Federal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, 2017, *¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Diccionario de Law.com. Disponible en <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1823>.
- ESTEVILL, Luis Pascual, 1995, *Derecho de daños*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, t. II.
- FAURE, Michael, 2016, *Civil Liability and Financial Security for Offshore Oil and Gas Activities*, Cambridge University Press.
- GLANNON, Joseph W., 2010, "The Law of Torts", *Wolters Kluwer Law & Business*.
- HERNÁNDEZ OCHOA, César Emiliano, 2017, *La nueva Constitución energética mexicana y su implementación*, México, UNAM, Instituto de Investigacio-

- nes Jurídicas. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/16.pdf>.
- IBARRA SARLAT, Rosalía, 2003, *La explotación petrolera mexicana frente a la conservación de la biodiversidad en el régimen jurídico internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1089/1.pdf>.
- JONES, Kendor P. y MCDOWELL, Jennifer L., 2006, “Keeping your Lease Alive in Good Times and in Bad”, *Proceedings of 55th Annual Rocky Mountain Mineral Law Institute*.
- LEE, M., 2014, “Safety, Regulation and Tort: Fault in Context”. Disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425236.
- MARMOLEJO CERVANTES, Miguel Ángel, 2016, *De la retórica a la realidad, modumlegal*, México. Disponible en: <http://modumlegal.mx/de-la-retorica-a-la-realidad>.
- MAZEADU, Henry, 1961, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5a. ed., Argentina, EJEA.
- MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra, 2014, *La acción civil del daño moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3636/1.pdf>.
- PAPAYANNIS, Diego M., 1994, “Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología”, *Isonomía*. Disponible en: www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182012000200004.
- PARKINSON, Besalú, n. d., “La responsabilidad civil: tendencias actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 91. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3525/4201>.
- PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, 2014, *“Energía, justicia y paz”, una reflexión sobre la energía en el contexto actual de desarrollo y la protección del medio ambiente*, Librería Editrice Vaticana.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, n. d., *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, 2001, *Responsabilidad civil con anotaciones de jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, 2a. ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike.

- ROJINA VILLEGAS, Rafael, 2006, *Compendio de derecho civil*, México, Porrúa. t. III.
- SANROMÁN ARANDA, Roberto, 2002, *Derecho de las obligaciones*, México, McGraw-Hill.
- SANTOS BRIZ, Jaime, 1981, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, Montecorvo.
- STIGLITZ, Gabriel A. y ECHEVESTI, Carlos A., 1997, *El daño resarcible*, Argentina, Hammurabi, t. 9.
- TRIGO REPRESAS, Félix Alberto y LÓPEZ MESA, Marcelo J., 2004, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica*, Buenos Aires, La Ley.
- VOLOCHINSKY, Bracey Wilson, 2002, *226 Preguntas en derecho civil. Contratos y responsabilidad extracontractual*, Santiago, La Ley.
- WATSON BLAKE, A., 2016, “Fracking and Cracking: Strict Liability for Earthquake Damage due to Wastewater Injection and Hydraulic Fracturing”, *Strict Liability Claims Involving Oil & Gas Operations other than Hydraulic Fracturing*, University of Dayton School of Law. Disponible en: <https://udayton.edu/directory/law/documents/watson/watson-cracking-and-fracking-strict-liability-for-earthquakes.pdf>, consultado el 24 de octubre de 2017.
- WILLIAM, T. Onorato, 1995, “Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development”, *The World Bank, Legal Department*. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/761771468765623659/pdf/multi-page.pdf>.

ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y MÉXICO SOBRE EL MARCO JURÍDICO APLICABLE AL FEMINICIDIO*

A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE SPANISH AND MEXICAN LAWS REGARDING FEMICIDE

Carmen MONTERO**

RESUMEN: La idea de llevar a cabo el presente trabajo surge a raíz de los casos de feminicidios que en los últimos años están teniendo lugar en España y la consecuente necesidad de que el gobierno tome todas las medidas posibles para atajar la comisión de los actos delictivos que causan el asesinato de mujeres, empezando por la tipificación del feminicidio como un delito autónomo en el Código Penal español. Al hilo de estas circunstancias en este trabajo, se realiza un análisis de las causas que dan lugar a la comisión de tales actos, se argumenta la necesidad de su tipificación y se proponen algunas estrategias para erradicar la violencia feminicida. Asimismo, estos mismos parámetros analíticos (causas, tipificación y estrategias para su erradicación) se utilizan para estudiar la cuestión de los feminicidios en México.

Palabras clave: feminicidio, tipificación penal, España, México.

ABSTRACT: *The idea of putting this paper together arises from the recent several cases of femicide in Spain, and the resulting need for the Spanish government to take all affordable measures to attend the committing of gender crimes which cause the murder of women. The first step should be to classify the femicide in the Spanish Criminal Code as a separate offense. Based on these circumstances, this paper analysis on the reasons underlying the committing of this kind of acts, an argumentation on the need to classify them as criminal offenses, and a proposal of some strategies to eradicate the femicide violence. Likewise, these aforementioned analytical parameters (reasons, classification and strategies for eradication) are used to study the femicide issue in Mexico.*

Keywords: *Femicide, Criminal Classification, Spain, Mexico.*

* Artículo recibido el 25 de abril de 2016 y aceptado para su publicación el 7 de junio de 2017.

** ORCID: 0000-0002-0060-3712. Investigadora posdoctoral en Université Laval (Canadá), 2018-2020. Becaria de la Xunta de Galicia (Convocatoria de ayudas de apoyo a etapa de formación posdoctoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia, Modalidad A) y miembro del Grupo de Estudios Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela (GRESIN-GI-1138). Correo electrónico: carmenmonteroferrer@gmail.com.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Consideraciones previas*. III. *Las causas de la violencia feminicida: ¿por qué tipificar el feminicidio?* IV. *Marco jurídico aplicable y estrategias nacionales para su erradicación*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Más de 99, ésa es la cifra de asesinatos y feminicidios cometidos contra mujeres en España a lo largo de 2017; junto a ellas 6 varones fallecieron, víctimas de violencia machista, en el mismo periodo. Estos datos dan muestra, sin lugar a duda, de que España está experimentando un pico de feminicidios y asesinatos de mujeres, por lo que consideramos que es absolutamente necesario revisar el debate jurídico en torno a esta problemática. En este sentido, cabe preguntarse acerca del estado de la situación en España y las soluciones propuestas por el marco jurídico actual. Asimismo, en este trabajo se plantea la hipótesis de la conveniencia de adoptar un tipo específico de feminicidio en el ámbito jurídico penal español, y se efectúan una serie de recomendaciones que consideramos que, al hilo del informe presentado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas de discriminación contra la mujer, presentado en junio de 2015, deberían ser tomadas en cuenta por los poderes públicos nacionales a fin de acabar con este tipo de violencia que tiene como víctimas directas a las mujeres, pero que afecta a toda la sociedad.¹ Por otra parte, se analizan las causas por las que el feminicidio, a pesar de su tipificación como delito autónomo, sigue siendo un problema estructural en México.

Ante dos contextos tan dispares, cabe plantearse si las causas por las que suceden los actos feminicidas en ambos lados del Atlántico son, *a priori*, equiparables. En principio consideramos que nos enfrentamos en ambas sociedades a un problema estructural, fruto de la enraizada cultura patriarcal que ha imperado durante siglos tanto en España como en México. Por ello, es pertinente llevar a cabo dicha comparativa entre ambos países a fin de constatar si las realidades entre ambos son tan dispares como pudiese parecer en un primer momento.

A este fin, en un primer epígrafe se van exponer unas breves cuestiones previas que conviene tener en cuenta antes de abordar en profundidad el tema, para centrarnos en un segundo epígrafe en las causas que subya-

¹ Organización de Naciones Unidas (ONU), Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Grupo de Trabajo en la cuestión de la discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica. Adición. Misión a España. A/HRC/29/40/Add.3*, 17 de junio de 2015.

cen en la comisión de este tipo de actos delictivos; asimismo, a lo largo de este mismo epígrafe se analiza el término “feminicidio” y se esbozan los argumentos por los que se considera necesaria la tipificación de éste como delito autónomo en las legislaciones nacionales; en el tercer epígrafe se estudian separadamente las situaciones de México y España en relación a este hecho delictivo. El trabajo finaliza con la exposición de las conclusiones y el relato de una suerte de recomendaciones que, se considera, debieran ser tomadas en cuenta por los gobiernos español y mexicano para poner fin a los feminicidios en ambos países.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

El término “feminicidio” se introdujo en el debate jurídico a raíz del conocido como caso *Campo Algodonero* en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó, con fecha 16 de noviembre de 2009, sentencia contra el Estado mexicano señalando, entre otras cosas, que el Estado incumplió su deber de investigar —y con ello su deber de garantizar— los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Mónarrez y Esmeralda Herrera Montreal, las cuales fueron brutalmente asesinadas en el municipio mexicano de Ciudad Juárez² (caso *González y otras [Campo Algodonero] vs. México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2009).

Así, el término hace referencia a las muertes de mujeres motivadas por el sexismo y la misoginia, que implican el desprecio y odio hacia ellas sobre la base del sentimiento que subyace en la mente criminal, la cual

² Previamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había interpuesto ante la CIDH una demanda contra México en los casos 12.496, 12.497 y 12.498 (correspondientes a las víctimas anteriormente citadas) por denegación de justicia en relación con la desaparición y homicidio de las víctimas; por la falta de políticas de prevención en estos casos pese al conocimiento de las autoridades de la existencia de un patrón de violencia contra las mujeres y niñas en el Estado de Chihuahua; la ausencia de respuesta de las autoridades frente a estas desapariciones; por no actuar con la debida diligencia en la investigación de las desapariciones y por no ofrecer una adecuada reparación a los familiares de las víctimas. Con ello, el Estado mexicano violó los derechos de acceso a la justicia y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José”), del 22 de noviembre de 1969, y asimismo contravino los preceptos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención Belém do Pará”), del 9 de junio de 1994.

considera que ostenta el derecho de terminar con las vidas de estas mujeres al suponerse acreedora de un derecho de propiedad sobre ellas (Russell, 2006: 73-98). Por lo tanto, debemos excluir de esta categorización aquellas muertes en las que el sexo y el género de la víctima son irrelevantes para la persona que comete el acto homicida, pues en este caso se trataría de homicidios o asesinatos no feminicidas.

Pese a la existencia de ésta y otras definiciones que gozan de gran aceptación general, y a pesar de que el término “feminicidio” ya ha sido tipificado en catorce países de América Latina, es necesario ahondar en la necesidad de que el feminicidio sea objeto de mayor desarrollo legislativo, tanto en los instrumentos regionales especializados en la materia, Convención de Belém do Pará y Convenio de Estambul, 2011, como en los ordenamientos jurídicos de los países europeos. En consecuencia, la pertinencia de llevar a cabo este análisis resulta del incremento de las muertes violentas de mujeres registradas en el último decenio en ambos países, a la par que se están incorporando observatorios, mecanismos y protocolos destinados a identificar los feminicidios y responder a su comisión a través del establecimiento de instancias político-administrativas destinadas a proteger el derecho de las mujeres a gozar de una vida libre de violencias.

III. LAS CAUSAS DE LA VIOLENCIA FEMINICIDA: ¿POR QUÉ TIPIFICAR EL FEMINICIDIO?

En un estudio de 2006, las investigadoras Russell y Radford realizaron un análisis sociológico de las causas que explican y contextualizan los actos feminicidas (que ellas denominan “terrorismo sexual”) a lo largo de la historia. Basándonos en dicho estudio, identificamos los siguientes patrones que se repiten en la mayoría de los episodios feminicidas:

1. *Escalada de violencia como parte de la reacción masculina ante el feminismo*

En la Europa de los siglos XVI y XVII, muchas personas —en su gran mayoría mujeres— fueron condenadas a prisión y ejecutadas, acusadas del crimen de *hechicería*. Este episodio de cacería a las personas acusadas de “brujas”, denominado muy acertadamente “brujomanía” (Trevor-Ro-

per, 1969), constituye según Russell y Radford, un auténtico feminicidio.³ El carácter feminicida de este tipo de violencia no se determina por el sexo de las víctimas, a pesar de que el 90% de víctimas de brujomanía eran mujeres (MacFarlane, 1970), sino que se infiere del hecho de que los asesinatos de estas mujeres constituían un instrumento de control social, cuyo propósito era aplacar la voluntad de las mujeres que habían empezado a incorporarse al mercado laboral como trabajadoras de la industria textil.⁴

Este episodio histórico nos recuerda otro caso semejante que a nuestro entender ilustra la misma idea; pues al margen de las diferencias cronológicas y contextuales existentes entre los dos casos, no podemos dejar pasar el paralelismo existente con los feminicidios de Ciudad Juárez. Dicho municipio, ha experimentado en los últimos años un crecimiento exponencial de su población, debiendo ser repartidos los recursos de vida entre más mano de obra. Si a esto añadimos la importancia de la industria maquiladora en la zona, en la cual trabajan fundamentalmente mujeres (Fernández de Juan, 2004), tenemos un escenario muy similar al que se vivió en la Inglaterra del siglo XVII con la industria textil. Así, algunas autoras apuntan al factor trabajo como fuente de victimización de la mujer, en un entorno en el que se están dando altas tasas de desempleo masculino (Pantaleo, 2010).

³ Así, la brujomanía puede verse como un ejemplo de feminicidio en el que la violencia contra las mujeres por parte de los hombres se usaba como mecanismo de control social, y descansaba en un constructo particular de la sexualidad femenina, asociada con la visión pecaminosa que la Iglesia católica tenía de la mujer, basada en la construcción del Génesis, la cual legitima la subyugación de las mujeres a los hombres con base en la leyenda de Adán y Eva (Russell, 2006; Hester, 2006).

⁴ En la Inglaterra de los siglos XIV y XV, las industrias de lana y las tejedoras eran una parte muy importante de la economía del país y también resultaron cruciales para el desarrollo del capitalismo. Durante los siglos posteriores, siglos XVI y XVII, las características de la población estaban cambiando, las personas se casaban tarde, como consecuencia de la necesidad de trabajar para poder financiar las bodas, por lo que existía un importante grupo de mujeres solteras que competían con los hombres por los medios de vida. A esto hay que añadir que a mediados del siglo XVI, las mujeres estaban empezando a invadir algunos espacios que hasta entonces habían sido considerados de dominio masculino, como fue el ascenso de las mujeres monarcas en las cortes europeas. Este dominio femenino fue visto como indeseado y contranatura, lo que propició fuertes críticas misóginas y la apertura del debate denominado “Controversia Popular” —en el que se discutía la posibilidad de que las mujeres estuviesen en posición de igualdad a los hombres—, y en el marco del cual se cosecharon las ideas de que las mujeres eran débiles y más proclives al pecado, y por lo tanto más peligrosas ya que, aprovechando sus dotes sexuales podían pactar con el Diablo, lo que las haría más poderosas (Hester, 2006: 84).

En consecuencia, como señala Linvigston (2004: 59-76) el femicidio puede ser ocasionado como una respuesta negativa en contra de la mujer que “obtiene una mayor autonomía personal e independencia, mientras que los hombres pierden su condición de género dominante”. Posiblemente, esta teoría, que atiende a la incorporación de la mujer al mercado laboral como factor desencadenante de la violencia de género, podría trasladarse a Europa, y especialmente a España, y, en consecuencia, considerarse como causa de la perpetración de actos feminicidas.

2. *La hipermasculinidad y el sentido de propiedad*

Con la idea de que “si las niñas o mujeres los superan, algunos se vuelven violentos, hasta llegar al extremo de cometer femicidio”, las investigadoras Russel y Radford quisieron dar cuenta de otro de los factores que contribuyen a la comisión de feminicidios. Se trataría del sentimiento de ataque a la masculinidad de los agresores, el cual es generado por el hecho de que las mujeres conquisten esferas político-sociales y/o económicas de las que anteriormente sólo eran acreedores los hombres. Como respuesta, algunos hombres —en un giro hacia la *hipermasculinización* de su persona— se sienten vulnerables y subordinan a las mujeres, a las que consideran de su propiedad (Russell, 2006: 62); hasta el punto de considerarse con el derecho de decidir cuándo y cómo terminar con sus vidas. Sucede así en los mal llamados “crímenes de honor”, en los que el perpetrador justifica la muerte de la mujer en el hecho de que se ha mancillado su propio *honor* (el del hombre) al ser éste el propietario de la sexualidad femenina.

3. *La banalización institucional de la problemática*

Junto a estos factores conviven otras razones ambientales y culturales que propician o, cuanto menos, no previenen, la comisión de actos feminicidas. En este sentido, el machismo y la misoginia que en muchos casos rigen el comportamiento social se trasladan a las instituciones públicas, dando lugar a una mala *praxis* en la prevención de tales actos, y a la escasez e inoperatividad en su investigación y enjuiciamiento.

4. ¿Es el feminicidio un tipo especial de homicidio o asesinato?

Las investigadoras y académicas latinoamericanas, han diferenciado los feminicidios de los homicidios u asesinatos sin motivación de género (Mónarrez Fragoso, 2002: 279-305), al considerar necesaria la utilización de un término que haga referencia a las características específicas que conllevan este tipo de actos, sobre todo en Centroamérica, donde la mayoría de los homicidios de mujeres son motivados por razones de género (Carcedo, 2010: 44). Siguiendo esta línea argumental, consideramos que convendría tipificar el feminicidio como delito autónomo en todos los ordenamientos jurídicos, ya que éste tiene especificidades y características propias que lo diferencian de los homicidios comunes. Defendiendo esta idea se encuentran también aquellas organizaciones de derechos humanos y feministas, que entienden que para erradicar el feminicidio es necesario establecer, como primer paso, un tipo penal fuerte que dé cuenta de la magnitud y especial brutalidad con la que se cometen estos asesinatos.⁵

Dado que desde la doctrina y la sociedad civil se ha planteado que el feminicidio debería ser tipificado como un tipo penal autónomo, en lo que sigue nos proponemos averiguar cuáles son dichas características.

En primer lugar, los asesinatos que constituyen feminicidio suponen actos de gran *brutalidad*. Se trata de muertes violentas en las que a menudo las víctimas antes de ser asesinadas son sometidas a vejaciones, lesiones y agravios que pueden constituir tortura. Esto se observa especialmente en el caso del Estado mexicano, en el que familiares o desconocidos realizan actos de gran brutalidad sobre el cuerpo de sus víctimas.⁶

⁵ Véase el trabajo de las organizaciones *feminicidio.org* (España) y el Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio (México), su importante labor se dirige a sensibilizar a la población y las autoridades sobre los feminicidios y la violencia de género; documentar los asesinatos de mujeres a fin de crear patrones que permitan establecer acciones concretas para erradicar el feminicidio y presionar a las autoridades a fin de que se sigan las acciones necesarias para poner fin a esta problemática. En el caso del Estado mexicano las acciones del “Observatorio” han impulsado ya la tipificación del feminicidio como delito en el Código Penal Federal y en los Estados de Guerrero y Estado de México. Por su parte la organización/plataforma española *feminicidio.org* está cumpliendo la importante tarea de sensibilizar a la población en general y a las autoridades en especial sobre la existencia de una problemática no contemplada en la legislación española hasta el momento.

⁶ Un ejemplo paradigmático de esta práctica lo encontramos en el caso *Campo Algodonero* en el que el cuerpo de una de las víctimas, Esmeralda Herrera Monreal, apareció

En segundo lugar, la característica más importante que define al feminicidio y que lo diferencia de otros tipos penales, como el homicidio o el asesinato, la encontramos en el *mens rea* presente en la conducta delictiva. Así, tal y como venimos anunciando a lo largo de este trabajo, los feminicidios son actos *misóginos* que encierran desigualdades estructurales de género y que subyacen en la mente del autor, por cuya causa éste realiza la conducta delictiva y justifica sus actos.

De este modo, se incardinan los feminicidios en los llamados “delitos de odio”, entendiendo por éstos “los actos delictivos que una persona comete motivada por determinados prejuicios basados en la raza, etnia, edad, género, identidad de género, nacionalidad, religión, ideología o afiliación política” (Stotzer, 2007: 1). Esta categoría jurídico-penal, de reciente creación en el discurso político-criminal, ha sido objeto de numerosas críticas, que argumentan en contra de su tipificación.

En este sentido, algunos autores que han argumentado en contra de la tipificación de los delitos de odio, entendiendo que su tipificación justificaría la existencia de los prejuicios que subyacen en la comisión de estos delitos, y que además podría causar en el perpetrador una reacción contraria a la esperada con la tipificación, es decir, ésta puede desembocar en la radicalización del pensamiento del perpetrador ante la prohibición de cometer el acto y al verse perseguido por el Estado de derecho (Jacobs, 2000). Para otros, simplemente los “delitos de odio” no deben existir, ya que todos los crímenes violentos conllevan en sí mismos el desprecio del autor para con la víctima; así, si se crean categorías alternativas para juzgar los delitos en los que la víctima cumple ciertos requisitos (como puede ser el hecho de ser mujer), se deja a los acusados de estos delitos en una clara desventaja frente a los perpetradores de otros delitos violentos, vulnerando el principio de igualdad ante la ley (Anti-Defamation League, 2012).

sin rostro ni cabello, probablemente con el fin de dificultar la identificación del cuerpo; lo cual a la postre nos pudo inducir a pensar —dada la pasividad de las autoridades en estos casos— que los actos tendientes a dificultar la identificación del cadáver se realizaran por terceros ajenos al perpetrador del feminicidio. No obstante, como explica Múnevar (2012: 143), sea quien sea el sujeto activo de tales actos, queda patente, con base en la brutalidad que se ejerce sobre el cuerpo de la mujer, que éste último ha sido entendido como un territorio de conquista en el que distintos *amos* se disputan el control del mismo y sobre el que ejercen violencias que afectan a la subjetividad del mismo con el fin de acallararlo y silenciarlo.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 147-170.

A este respecto, es conveniente hacer dos precisiones; en primer lugar, se ha planteado la necesidad de tipificar los delitos de odio debido a que son crímenes que afectan sobremanera a una comunidad o sector, el cual se verá fuertemente alterado psicológicamente ante la posibilidad de sufrir en su “propia piel” dichas conductas delictivas, exponiendo a los integrantes de dicha comunidad o sector a una situación de gran vulnerabilidad y desprotección jurídica. En segundo lugar, aunque conscientes de lo osadas que pueden resultar estas líneas, nos atrevemos a decir que entendemos que el *mens rea* que subyace en la conducta del autor del hecho delictivo podría asemejarse a aquel que pervive en la mente genocida.

Consideramos que los propósitos (la intención criminal) en los delitos de odio y en el genocidio difieren únicamente en el sujeto pasivo. No ya, en las cualidades que éste ostenta, sino en el número de sujetos contra el que se comete el hecho delictivo. Así, consideramos que el bien jurídico protegido en el crimen de genocidio es el mismo que el que se demanda proteger en el feminicidio.⁷

La tercera característica presente en los feminicidios y que justifica su tipificación como delito autónomo es la *impunidad* que rodea a estos crímenes. Las negligencias en la investigación, persecución y enjuiciamiento por parte de las autoridades mexicanas a propósito del caso *Campo Algodonero* y en casos análogos fueron de tal magnitud que algunas autoras han llegado a calificar al feminicidio como “crimen de Estado”, por la aquiescencia imputable a los agentes gubernamentales que trabajaron en el caso (Lagarde, 2008).⁸ Y es que la lucha de los familiares y las organizaciones de la sociedad civil por lograr justicia ha chocado frontalmente con la pa-

⁷ En este sentido, somos conscientes de que en el llamado derecho continental (a cuya tradición jurídica pertenecen tanto el ordenamiento jurídico español como el mexicano), la analogía en la aplicación de la pena no está permitida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, en el ámbito legislativo podríamos no incurrir en una temeridad al expresar la posibilidad de que, fundamentando la idea en la *analogía legis*, pudiese interpretarse el feminicidio como un “subtipo de genocidio” que se comete de forma individualizada, caso por caso, pero que adolece de la misma intencionalidad criminal que el crimen internacional de genocidio.

⁸ La diputada y académica mexicana Marcela Lagarde y de los Ríos (2008) ha calificado de esa manera a los feminicidios, “son crímenes de Estado porque las instituciones encargadas de brindar seguridad han sido rebasadas y ponen en evidencia la falta de reformas políticas con perspectiva de género”.

sividad de las autoridades en algunos casos, y con la ocultación o incluso con la falsificación de información en otros.⁹

De esta manera, las autoridades mexicanas responsables del esclarecimiento de estos casos han contribuido a crear un clima de impunidad hacia los actos feminicidas; asimismo, han puesto de manifiesto las investigaciones realizadas por órganos jurisdiccionales o mecanismos de protección de los derechos humanos como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).¹⁰

⁹ “Las autoridades se han contradicho casi todo el tiempo. No se tiene certeza en muchos casos de que las víctimas correspondan con los cuerpos entregados y no se sabe si algunas niñas, jóvenes y mujeres desaparecidas corresponden con cuerpos sin identificar”. Como afirma Lagarde (2008), durante varios años ha prevalecido la desinformación y la incertidumbre, lo que favorece la exageración y la tergiversación de datos con tono sensacionalista. Sin embargo, lo más notable y preocupante es la omisión de lo que es más evidente, la clave del asunto: el sexo de las víctimas, las cuales en una abrumadora mayoría son mujeres y niñas. Esta consideración sólo se tiene en cuenta como un dato, como si sólo se tratase de catalogar los hechos en uno de los dos sexos que conforman el ser humano, sin atender a las características contextuales en los que éstos ocurren y pasando por alto los fines opresores y el carácter misógino que subyacen en tales hechos. (Lagarde y de los Ríos, 2008).

¹⁰ Véase al respecto: CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Mónarrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos*, 4 de noviembre de 2007, párr. 72 y 74; y CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser. L/V/II.117, 7 de marzo de 2003, párr. 44, anexo 1. En ambos documentos, la CIDH señala que la respuesta de las autoridades ante los crímenes ha sido notablemente deficiente, ya que el 80% de los casos permanecían impunes y además las investigaciones estaban plagadas de irregularidades y eran sumamente lentas. En la misma línea, el CEDAW destacó en un informe de 2005 que “[l]a respuesta de las autoridades frente a los asesinatos, desapariciones y otras formas de violencia contra las mujeres ha sido muy deficiente, especialmente en los primeros años de los noventa y el Gobierno mismo lo reconoce que se han cometido errores e irregularidades durante ese período... Todavía, en los casos más recientes, la situación de las investigaciones, a pesar de que se ha tomado mayor conciencia de la gravedad de los hechos, no está completamente clara y se cuestiona la eficacia de la justicia”. (ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México*, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 de enero de 2005, párr. 40). Véase también con relación a la impunidad de los crímenes y la negligencia del Estado de Chihuahua: ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: La Violencia contra la Mujer, Misión a México*, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de enero de 2006, párr. 41 y 42.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 147-170.

IV. MARCO JURÍDICO APLICABLE Y ESTRATEGIAS NACIONALES PARA SU ERRADICACIÓN

La inclusión de la categoría jurídica que tipifica el feminicidio como delito en el Código Penal Federal mexicano tuvo lugar tras la aprobación en la Cámara de Diputados y en el Senado de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV),¹¹ en la cual se recoge dicho delito y se contemplan acciones encaminadas a erradicar la violencia contra las mujeres en el Estado, entre las que figura la llamada *Alerta de Violencia de Género (AVG)*.¹²

Así, la tipificación del feminicidio como tipo penal autónomo —en el artículo 325 del Código Penal Federal mexicano— parte del tipo básico de homicidio, que se aplicará *subsidiariamente* cuando no se pueda acreditar que la muerte de la mujer esté motivada por las siguientes razones de género:

I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

Por otra parte, como hemos visto, la LGAMVLV prevé la declaración de la AVG para un territorio determinado cuando se estén produciendo actos feminicidas; con el propósito de “garantizar la seguridad de éstas (mujeres), el cese de la violencia en su contra y eliminar las desigualdades producidas por una legislación que agravia sus derechos humanos”.

¹¹ Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 1o. de febrero de 2007.

¹² La LGAMVLV remite al artículo 325 del Código Penal Federal en el que se define el delito de feminicidio.

El Estado de México fue el primero en declararla en junio de 2015.¹³ Así, las autoridades federales del estado mexiquense —encargadas de formular la declaración en virtud del artículo 25 de la LGAMVLV— consideraron su procedencia sobre la base de la existencia de violencia feminicida, siguiendo la definición recogida en el artículo 242 bis del Código Penal del Estado de México. Este precepto —que reproduce con práctica literalidad la disposición federal sobre el feminicidio— prevé además un *tipo agravado de feminicidio* “cuando la víctima sea mujer menor de edad, embarazada o discapacitada, así como cuando el sujeto activo sea servidor público y haya cometido la conducta valiéndose de esta condición”; en cuyo caso la pena base de entre 40 y 70 años de prisión (o la prisión vitalicia) prevista para el delito de feminicidio, se aumentará en un tercio.¹⁴

De tal manera que el 31 de julio de 2015, ante la comisión de numerosos actos feminicidas en el Estado de México, y con el propósito de que se adoptaran *medidas de emergencia* que pusieran fin a tales actos,¹⁵ el *Sistema Nacional para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres* —a través de la Secretaría de Gobernación— emitió la AGV para los municipios mexiquenses de Ecatepec, Nezahualcóyotl, Valle de Chalco, Toluca, Tlalnepantla, Naucalpan, Tultitlán, Cuautitlán Izcalli, Chimalhuacán, Ixtapaluca y Chalco. En el comunicado enviado, las autoridades del Estado de México explicaron que las medidas adoptadas se organizarían en torno a tres ejes de acción: *prevención de la violencia de género, seguridad y acceso a la justicia para las mujeres*.

Con relación al eje denominado “prevención de la violencia de género”, el comunicado señaló la realización de talleres sobre violencia de género y sexualidad en los niveles educativos de primaria y secundaria; así como, una campaña de sensibilización y concienciación y “se estará en *plena alerta [sic]* para detectar si alguna niña o joven esté sufriendo alguna situación de violencia”.

¹³ El estado mexiquense tiene una de las tasas más altas de feminicidios desde la década de los noventa (ONU Mujeres, 2012) (Inchástegui y López, 2012).

¹⁴ Código Penal del Estado de México, libro segundo, título tercero. Delitos contra las personas. Subtítulo primero. Delitos contra la vida y la integridad corporal. Capítulo II, artículo 242 bis, en vigor desde el 30 de abril de 2013.

¹⁵ Véase al respecto la definición de AVG recogida en el artículo 22 LGAMVLV: “conjunto de acciones gubernamentales de emergencia para enfrentar y erradicar la violencia feminicida en un territorio determinado, ya sea ésta ejercida por individuos o por la propia comunidad” (énfasis añadido).

No entendemos en qué se traduce el vocablo “en plena alerta”, pero sobre todo quién va a estarlo y hasta cuándo, consideramos esta medida ambigua y vacía de contenido, máxime teniendo en cuenta que ésta debería ser una medida *de emergencia*, según lo dispuesto en el artículo 22 de la LGAMVLV. Respecto al eje “seguridad”, se dispone en el comunicado de AVG que, en los municipios del Estado de México para los que fue emitida la declaración, se integrarán Células de Reacción Inmediata para atender llamadas de emergencia y se elaborarán protocolos de actuación y reacción institucional para la localización de niñas y mujeres desaparecidas, acción en la que participará el Sistema Nacional Integral de Protección de la Familia (DIF) estatal y local. En lo que se refiere al eje “acceso a la justicia”, el secretario general de gobierno se limitó a informar de que en los *últimos años* se han puesto en marcha estrategias para combatir la violencia contra las mujeres. Ciertamente, son muchas las medidas tomadas sobre este particular,¹⁶ aunque éstas no son medidas de emergencia ni se tomaron a propósito de la declaración de AVG.¹⁷

¹⁶ A saber, la tipificación en el Código Penal (estatal y federal) del delito de feminicidio; la creación de la Subprocuraduría de Delitos Vinculados a la Violencia de Género y las fiscalías especializadas en Feminicidios, Trata de Personas y para la Investigación de Personas Desaparecidas, No Localizadas, Ausentes o Extraviadas. Además, el secretario expresó que a lo largo de los últimos años se ha consolidado el marco jurídico en la materia, por medio de la adopción de las leyes de “Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”, la “Ley para Prevenir, Atender, Combatir y Erradicar la Trata de Personas” y la “Ley para la Protección y Asistencia a Víctimas”; se ha puesto en marcha la línea 01 800 TE AYUDA, y desde septiembre de 2014 se han implementado desde la Procuraduría General de Justicia del Estado de México (PGJEM) más de 9,000 acciones de protección a favor de las mujeres y más de 82,000 asistencias gratuitas, entre las que se cuenta el apoyo psicológico, jurídico y la atención médica.

¹⁷ En este sentido, el 22 de septiembre de 2015, en el marco de la “Segunda Sesión Ordinaria de la Comisión Temporal de Seguridad del Sistema en el Marco de la Alerta de Violencia de Género”, se presentó al Grupo Especializado en Atención a la Violencia Familiar y de Género de Toluca (GEAVFyG) como modelo de éxito en la implementación de las medidas comprendidas en la AVG. Además, se apeló a la aplicación de estas medidas por los otros diez municipios comprendidos dentro de la AVG, a los cuales se les formularon críticas en relación a su inactividad al respecto (Gobierno del Estado de México, 2015, *Alerta de Género* (última visita: noviembre de 2015). Ahora bien, lo que no se explicó es que el GEAVFyG no había sido creado ex profeso, sino que se estableció en el año 2013, integrado por doce efectivos capacitados en asuntos de violencia de género que ofrecen asistencia psicológica, jurídica, social y médica. Es decir, se trata de un grupo permanente que trabaja en el campo de acción de la violencia de género, pero no constituye una medida de emergencia en el sentido previsto en la LGAMVLV.

Asimismo, las entidades mexiquenses consultadas (*Universidad Autónoma del Estado de México; Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, y Centro de Investigación, Capacitación, Estudios y Proyectos Especializados en Género*) manifestaron que en términos generales las medidas propuestas son inefectivas por inaplicadas. Cuestión que atribuyen a la ausencia de información sobre el contenido específico de las medidas que la componen. En este sentido, se ha de destacar que tras varios años desde la declaración de la AVG, todavía no se ha concretado el contenido de dichas medidas de *emergencia*.¹⁸

Otras medidas y estrategias no comprendidas en la Alerta de Violencia de Género

Al margen de la creación de medidas específicas que predispone la declaración de la AVG, el Plan “Vida sin Violencia” de Inmujeres¹⁹ —elaborado conforme a los pilares de *prevención, atención, sanción y erradicación* previstos en el artículo 6o. del Reglamento de la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia²⁰— prevé la adopción de

¹⁸ En el caso concreto de Toluca, capital del Estado de México, se ha constatado que la celeridad en la fijación de acciones urgentes no ha sido una prioridad para las autoridades gubernamentales. Así, un mes después de dicha declaración, tuvo lugar la Séptima Sesión de Trabajo del Sistema Municipal para la Igualdad de Trato y Oportunidades entre hombres y mujeres, en ella representantes de Inmujeres, la institución que coordina el cumplimiento de la política nacional en materia de igualdad sustantiva y coadyuva a erradicar la violencia contra las mujeres, expresaron la necesidad de que en un breve espacio de tiempo se diese cuenta de las acciones que se están llevando a cabo en relación a la Alerta de Género.

¹⁹ Es importante destacar que este programa conlleva la gestión y coordinación de este, por diversas secretarías (equivalentes a los ministerios españoles). De esta manera, es un trabajo interdisciplinar en el que se desempeñan entre otras la Secretaría de Seguridad Pública, Secretaría de Educación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁰ Reglamento a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en vigor desde 11 de marzo de 2008. Entre las medidas citadas destacan, en el ámbito de prevención: los talleres de prevención de la violencia familiar; el *Manual de buenas prácticas para investigar y sancionar el acoso laboral y/o el acoso sexual* de 2013, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (instrumento de vital importancia ya que permite adoptar un criterio común en los casos de acoso laboral y/o sexual que entren dentro de la competencia material de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano paralelo al Tribunal Constitucional español, que como órgano superior de justicia constitucional mexicano ostenta el privilegio de que sus resoluciones no pueden ser objeto de recurso, SCJN, 2013); y el *Manual de prevención de la violencia de género en diversos contextos* de 2012, emitido por la Secretaría de Seguridad Pública (un instrumento creado con el fin de ser utilizado como mecanismo para sensibilizar a la población sobre cuestiones de género, con el fin de que identifiquen los casos de violencia, SSP, 2012).

un conjunto de medidas y estrategias destinadas a hacer frente a los feminicidios siguiendo los pilares mencionados.

En este sentido, destaca —a nivel federal y dentro del pilar *prevención*— el “Programa de reeducación para víctimas y agresores de violencia de pareja”, desarrollado por el Instituto Nacional de Salud Pública con el propósito de “crear redes de atención coordinando la acción de diversas instituciones con miras a efectuar adecuadas derivaciones y por consiguiente la necesaria intervención tanto para víctimas como para agresores”, al objeto de construir relaciones afectivas en un plano de igualdad entre hombre y mujer, y así dar cumplimiento a la LGAMVLV.

En relación al pilar *sanción*, cabe mencionar la adopción del “Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio”, y del “Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para la violencia sexual” (PGR, 2012); y en especial del *Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: haciendo realidad el derecho a la igualdad* (SCJN, 2013, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*). Instrumento de vital importancia para hacer efectiva la rendición de cuentas en casos de feminicidio, pues fue creado con el propósito de

...hacer frente a las problemáticas detectadas y las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Campo Algodonero”, Inés Fernández Ortega (CIDH, 2010, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*) y Valentina Rosendo Cantú (CIDH, 2010, caso *Rosendo y otra vs. México*), relativas al ejercicio del *control de convencionalidad* por quienes imparten justicia y, por tanto, a la aplicación del derecho de origen internacional, así como al establecimiento de instrumentos y estrategias de capacitación y formación de perspectiva de género y derechos de las mujeres (SCJN, 2013: 8).

En lo que respecta al Estado de México llama la atención la ausencia de programas especializados para dar cumplimiento a los pilares de la *prevención y sanción* del programa federal “Vida sin Violencia”, a diferencia de lo que ocurre en otros estados mexicanos que sí cuentan con programas de prevención (Sonora y Veracruz) o relativos a la sanción (Guerrero y Oaxaca). Con relación a la atención, el Estado de México tiene un programa denominado “Modelo de atención a mujeres en situación de

violencia, sus hijas e hijos” de 2012, emitido por el Consejo Estatal de la Mujer y Bienestar Social.²¹

De esta manera, aunque tanto en el ámbito federal como en el estatal y local se están dando pasos hacia la erradicación de la violencia contra la mujer en general, y la comisión de feminicidios en particular, es necesario incrementar esfuerzos para lograr —tras su tipificación como delito— la aplicación íntegra de la LGAMVLV. Especialmente, convendría que se concretaran las medidas de emergencia que comprenden la AGV declarada en el Estado de México y se adoptaran los recursos necesarios para su posterior ejecución, así como la elaboración de programas de prevención y sanción en el Estado de México al amparo del plan “Vida sin Violencia”, sobre todo en el ámbito local, pues, sólo así, se enviaría a la sociedad el mensaje de que la violencia contra la mujer no está permitida y que su comisión implica la condena del autor.

En lo que respecta a *España* la diferencia más significativa deviene del hecho de que en el ordenamiento jurídico español el delito de feminicidio no está tipificado como delito autónomo. El legislador español no ha prestado atención a esta cuestión ni siquiera en la reciente reforma del Código Penal del año 2015 (CP),²² perdiendo la oportunidad de comprometerse seriamente con la lucha contra la perpetración de actos feminicidas a pesar del aumento de la criminalidad respecto a este tipo delictivo en los últimos años. En su lugar, se han realizado ciertas modificaciones en los delitos de asesinato y homicidio que estudiaremos a continuación.

Aunque, en un primer momento podría parecer que la legislación española, fundamentalmente por medio de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG),²³ cubre todos los aspectos derivados de este tipo de violencia, y por ende también el feminicidio, la realidad es diametralmente opuesta. Conforme se dispone en la Exposición de Motivos de la LIVG, por *violencia de género* se entenderá aquella que “se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por

²¹ Este programa se limita a detallar las consecuencias psicosociales que presentan las mujeres que han sufrido violencia de género, a hacer acopio de la normativa nacional e internacional con relación al tema y por último a detallar las instituciones mexiquenses que trabajan en estas cuestiones.

²² Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre del Código Penal.

²³ Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mismos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. En este sentido, aunque esta definición concuerda con los elementos del feminicidio, hay que precisar que —en virtud del artículo 1o. de la LIVG— se requiere que el sujeto activo del delito (hombre) y el pasivo (mujer) “mantengan o hayan mantenido una relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Llegados a este punto, la pregunta que nos planteamos es: ¿qué calificación jurídica recibe en España la muerte de una mujer por razones de género si entre la víctima y el perpetrador no existe ni ha existido *relación de afectividad*?

El homicidio se regula en el artículo 138.1 del CP, que reza así: “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”. Tras la reforma de 2015, se prevé un *tipo cualificado* de homicidio —en cuyo caso los hechos serán castigados con la pena superior en grado, es decir de 15 a 22 años y medio— cuando concurren alguno de los requisitos del artículo 140.1 CP; entre ellos: “que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”.

Pues bien, como hemos visto con anterioridad —y así lo recoge la legislación mexicana— es habitual que los feminicidios sean precedidos de un delito contra la libertad sexual, generalmente violación y otros actos que atentan gravemente contra la dignidad de las mujeres (Agatón n.d.). De este modo, el feminicidio podría ser castigado en España por la vía del citado precepto. Incluso, en ciertos casos el feminicidio podría encajar en el tipo delictivo asesinato (artículo 139 CP) siempre que la *brutalidad* con la que se cometiesen los actos feminicidas encajara en el elemento “ensañamiento”²⁴ —también alevosía o mediando precio o recompensa— o si se perpetrara “para evitar que se descubra la comisión de otro delito” (139.1. 4o. CP); en cuyo caso se le impondría al perpetrador de actos de violencia sexual y asesinato una pena de 20 a 25 años. Por último, es posible que el asesinato no hubiese sido cometido con el fin de encubrir el acto de violencia sexual, sino que el *mens rea* del autor hubiese sido la comisión de ambos actos de forma dolosa, independiente y cons-

²⁴ El criterio jurisprudencial seguido por el Tribunal Supremo respecto al ensañamiento define este elemento del asesinato como “la disposición en la ejecución del acto que pretenda aumentar deliberada e intencionalmente el dolor del ofendido”. Véase: STS, del 6 de octubre de 2015, núm. 573/2015.

ciente, en cuyo caso en virtud del artículo 140. 1. 2o CP, sería castigado con la pena de prisión permanente revisable.

A la vista de esta última posibilidad, los actos feminicidas en España pueden ser castigados con una pena mayor que en México (“prisión permanente revisable”), si bien el condenado por tales actos en España no lo sería por la comisión del delito de feminicidio, dada la ausencia de disposiciones legales en las que se recoja expresamente el tipo delictivo.

En este sentido, y dado que los actos de feminicidio pueden ser castigados en España por la vía de los citados preceptos del CP, la pregunta que sigue es: ¿es necesario tipificarlo como delito autónomo?

En nuestra opinión, la respuesta no está clara. En primer lugar, cabe considerar, como así se expuso en el primer epígrafe, que el feminicidio es un tipo penal cuya tipificación obedece al hecho de que el autor mata a la mujer por razones de género. En este sentido, ninguno de los preceptos del CP que hemos mencionado se refiere expresamente a este particular, pasando por alto el carácter discriminatorio y misógino que subyace en la violencia feminicida, y la estructura patriarcal que alienta y perpetúa las relaciones desiguales entre hombre y mujer. Si bien, el CP recoge como *agravante* el hecho de cometer el acto delictivo por “razones de género” (artículo 22.4 CP). En consecuencia, entraría en este caso la muerte de una mujer por razones de género, aunque la víctima no tuviese o hubiese tenido una relación o vínculo afectivo-sexual o íntimo con el agresor. Se incluirían así los supuestos de “una mujer que sufre una agresión sexual por parte de un extraño y luego es asesinada por éste. También entra en esta tipología el caso del vecino que mata a su vecina por misoginia u otras razones de género”.²⁵

²⁵ En este sentido, aunque en España siguen siendo mayoría los casos de feminicidio íntimo, lo cierto es que a lo largo de 2015 aumentaron los casos de feminicidios no íntimos, como parecen ser los casos de Laura Hoyo, de 24 años (Cuenca), asesinada brutalmente por el ex novio de su amiga y Denise Pikka Thiem, la peregrina estadounidense asesinada mientras hacía el Camino de Santiago. En ambos casos, aunque la investigación policial realizada hasta el momento sobre el móvil de los crímenes no ha dado lugar a que podamos afirmar con rotundidad que se trata de feminicidios no íntimos, todo apunta a que en ambos casos la misoginia tuvo un papel fundamental en el *mens rea* de los asesinos. En el primero de los casos, la calificación de feminicidio de Marina Okarynska, de 26 años, está clara, la muerte de Laura del Hoyo podría ser calificada de feminicidio no íntimo si se comprueba que el asesino la mató por razones de género. Por su parte, según las últimas averiguaciones en el caso Denise, parece ser que el asesino confeso “tenía algunos antecedentes” y “había molestado a mujeres que habían pasado por la zona”, por lo que todo parece indicar que las razones de género están presentes en la comisión de este crimen (DL 2015).

No obstante, como venimos diciendo, el artículo 1o. de la LIVG impide que sean considerados al objeto de dicha norma aquellos casos en los que no hay una relación afectiva entre el hombre y la mujer. En este sentido, se ha de recordar que esta ley fue creada como un instrumento para, *inter alia*, fortalecer el marco jurídico penal y procesal; con el fin de asegurar una protección integral de las víctimas y garantizarles derechos en los ámbitos laboral y económico, posibilitar la capacitación de profesionales especializados y reconocer también como víctimas a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género.

En términos generales, la gran mayoría de las disposiciones previstas en esta ley se han cumplido. Sin embargo, la protección de la que gozan las víctimas de violencia de género en virtud de la LIVG no se extiende a aquellos feminicidios en los que autor y víctima no hubiesen mantenido relación de afectividad. En consecuencia, la tipificación del feminicidio como tipo delictivo autónomo se justificaría en la necesidad de crear medidas y estrategias específicas destinadas a proteger *a todas* las víctimas de feminicidio, independientemente de la relación que éstas tuviesen con el agresor.

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de argumentación anteriormente expuesta, consideramos pertinente relatar las siguientes conclusiones, las cuales en su mayoría son recomendaciones que consideramos que ambos países deben tomar en cuenta para poner fin a la comisión de actos feminicidas.

Con relación al caso mexicano, y dado que el feminicidio ya está considerado como tipo penal autónomo en el ámbito federal y, en algunos casos, estatal, y teniendo en cuenta que su tipificación es lo suficientemente exhaustiva; podemos considerar que las razones por las que se siguen cometiendo se escapan a la lógica de la criminalización. Así, a riesgo de ser excesivamente escuetos consideramos que los principales motivos por los que tienen lugar los feminicidios en México comprenden la desigualdad estructural que pervive en la sociedad mexicana, a lo que se añade una fuerte cultura patriarcal que fomenta la existencia de sentimientos de posesión en los hombres hacia las mujeres; la escasez e ineficacia de políticas públicas, medidas y estrategias destinadas a promover la igualdad de

género, y la impunidad coyuntural existente en el país que impide llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos prolijos y eficientes.

En virtud de lo cual, queremos formular las siguientes recomendaciones:

- a) El gobierno federal, así como los gobiernos estatales deben incidir en la aplicación integral de la LGAMVLV y además reforzar la creación y ejecución de medidas, estrategias y políticas públicas dirigidas a educar a la sociedad en igualdad. Dichas acciones deberían tomarse tanto a nivel escolar, en todos los niveles educativos, como a nivel comunitario, en este caso especialmente en municipios que cuentan con altos niveles de violencia contra la mujer. En este caso no se trata de reforzar la normativa sino de hacerla efectiva a través de acciones concretas, incluyendo la creación de mecanismos objetivos e independientes de monitoreo y evaluación.
- b) La investigación policial, institucional y judicial de los feminicidios debe ser reforzada; en este sentido es necesaria la *capacitación en género* de los encargados de esclarecer y sancionar los feminicidios.
- c) En el caso del Estado de México, las medidas que componen la AVG deben ser concretadas y ejecutadas con urgencia. Asimismo, se debe considerar la ampliación de la declaración a otros municipios del Estado, y a cuentas entidades estatales requieran de la adopción de esta medida.

Con relación a España, consideramos que debería (re)abrirse un debate a nivel parlamentario y social con el fin de abordar la tipificación del feminicidio. En este sentido, se ha descargado demasiada responsabilidad sobre la LIVG y falta reabrir el foro de discusión para comprender que “violencia de género” y “feminicidio” no son sinónimos. Es necesario ser consciente de que su equiparación está permitiendo que muchas asesinadas, que no tenían o habían tenido una relación afectiva con su asesino, queden en desventaja respecto a las que sí, no siendo además consideradas a todos los efectos como víctimas de un delito (el feminicidio) que cuenta con características propias que lo diferencian de los asesinatos y homicidios.

Respecto a lo cual se formulan las siguientes recomendaciones:

- a) Convendría tipificar en el CP el feminicidio como tipo penal autónomo, y revisar la LIVG a fin de incluir a las víctimas de este delito o sus causahabientes entre las víctimas de violencia de género, que quedarían protegidas por las medidas procedimentales y sancionatorias específicas para este tipo de violencia que se disponen en la citada ley.
- b) En consecuencia, las políticas públicas, estrategias y medidas dirigidas a desarrollar y aplicar la legislación en materia de lucha contra la violencia de género deberían incluir disposiciones específicas para prevenir los feminicidios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGATÓN, Isabel, 2013, “El «feminicidio» se puede prevenir y se debe evitar”. Disponible en: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article2097>.
- ANTI-DEFAMATION LEAGUE, 2012, *Constitutional Challenges to Hate Crimes Statutes*. Disponible en: <http://www.adl.org/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf>.
- CARCEDO, Ana, 2010, “No olvidamos ni aceptamos: feminicidio en centroamérica 2000-2006”.
- FERNÁNDEZ DE JUAN, Teresa, 2004, *Violencia contra la mujer en México*, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.
- HESTER, Marianne, 2006, “La brujo-manía en Inglaterra en los siglos XVI y XVII como control social de las mujeres (The Witch-Craze in Sixteenth and Seventeenth Century, England as Social Control of Women)”, en RUSSELL, D. y RADFORD, J. (eds.), *Feminicidio: la polí (Femicide: The Politics of Women Killing)*, Nueva York, Twayne.
- JACOBS, James B. y POTTER, Kimberly, 2000, *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*, Nueva York, Oxford University Press.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, 2008, “Antropología, Feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, *Retos teóricos y nuevas prácticas*.
- LIVINGSTON, Jessica, 2004, “Murder in Juárez: Gender, Sexual Violence and the Global Assembly Line”, *Frontiers: A Journal of Women Studies*.

- MACFARLANE, Alan, 1970, *Witchcraft in Tudor and Stuart England: A Regional and Comparative Study*, Londres, Routledge.
- MÓNARREZ FRAGOSO, Julia, 2002, “Debate feminista”, *Feminicidio sexual serial en Ciudad Juárez: 1993-2001*, México.
- MÚNEVAR M., Dora Inés, 2012, “Delito de feminicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*.
- PANTALEO, Katherine, 2010, “Gendered Violence: An Analysis of the Maquiladora Murderers”, *International Criminal Justice Review*.
- RUSSELL, Diana, 2006, “Definición del feminicidio y conceptos relacionados”, s. d.
- STOTZER, Rebecca, 2007, “Comparision of Hate Crime Rates Across-Protected and Unprotected Groups”, s. d.
- TREVOR-ROPER, Redwald H., 1969, *The European Witch-Craze of the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, Penguin, Harmondsworth.

1. Documentos Naciones Unidas

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 1992, Recomendación General núm. 19, del 29 de enero de 1992.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 2005, *Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8o. del Protocolo Facultativo de la Convención y repuesta del Gobierno de México*, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, del 27 de enero de 2005.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo en la cuestión de la discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica*, Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la Discriminación contra la Mujer en la Legislación y en la práctica del Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas, A/HRC/29/40/Add.6, del 17 de junio de 2015.
- ONU, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 2005, *Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y repuesta del Gobierno de México*, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO. 27 de enero de 2005.

- ONU MUJERES, 2012, *Violencia feminicida en México. Características, Tendencias y nuevas expresiones en las entidades federativas 1985-2010*, Instituto Nacional de las Mujeres México, LXI Legislatura Cámara de Diputados, Comisión Especial para conocer y dar Seguimiento Puntual y Exhaustivo a las Acciones que han Emprendido las Autoridades Competentes con Relación a los Feminicidios Registrados en México, México.
- ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, Misión a México*, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de enero de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rosendo y otra vs. México*, sentencia del 31 de agosto de 2010.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Mónarrez (casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, del 4 de noviembre de 2007.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los derechos humanos de la mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/ Ser. L/V/II.117, 7 de marzo de 2003, anexo 1.

2. Otros documentos mexicanos

- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA, 2010, *Programa de reeducación para víctimas y agresores de violencia de pareja*, México.
- CONSEJO ESTATAL DE LA MUJER Y BIENESTAR SOCIAL, 2012, *Modelo de atención a mujeres en situación de violencia, sus hijos e hijas*, México.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO, 2015, *Alerta de Género*, Toluca, disponible en: <http://alertadegenero.edomex.gob.mx/>.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO, *Programa, Modelo de atención a mujeres en situación de violencia, sus hijas e hijos*, 2012, Consejo Estatal de la Mujer y Bienestar Social

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2012a, *Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de femicidio*, México, Fevimtra.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2012b, *Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para la violencia sexual*, México.
- SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA, 2012, *Manual de prevención de la violencia de género en diversos contextos*, México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2013, *Manual de buenas prácticas para investigar y sancionar el acoso laboral y/o el acoso sexual*, México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2013, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México.

EL ESTILO INGLÉS DE CONTROL PREVENTIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS*

THE ENGLISH WAY FOR PREVENTING UNFAIR TERMS

María Elisa MORALES ORTIZ**

RESUMEN: Este trabajo plantea que la forma en que el sistema inglés ha implementado el control de cláusulas abusivas es una experiencia que se debería mirar si, haciendo microcomparación, se busca construir una propuesta que mejore nuestro respectivo sistema interno. Diversas razones apoyan esta afirmación. A continuación, se parte explicando por qué resulta recomendable mirar cómo los ingleses han controlado preventivamente cláusulas abusivas y se describe cómo ha funcionado este control aludiendo, además, a algunos de sus resultados. Lo anterior se logra a través de un análisis del trabajo que la *Office of Fair Trading* realizó en este ámbito. El artículo concluye con una síntesis de las virtudes de este estilo de control preventivo de cláusulas abusivas.

Palabras clave: derecho del consumo, cláusulas abusivas, derecho comparado, derecho inglés, negociación.

ABSTRACT: *This paper argues that the way in which the English system has implemented the control of unfair terms is an experience that should be look at if, by making a micro comparison, it is sought to build a proposal that improves our respective internal system. Several reasons support this approach. The following pages explain why it is advisable to look at the preventive control of unfair terms of English law and describe its operation alluding some results. This is achieved through an analysis of the work at the Office of Fair Trading performed in this area. The article concludes with a synthesis of the virtues of this style of preventive control of abusive clauses.*

Keywords: *Consumer Law, Abusive Clauses, Comparative Law, English Law, Negotiation.*

* Artículo recibido el 7 de julio de 2017 y aceptado para su publicación el 5 de febrero de 2019.

** ORCID: 0000-0003-1200-7253. Doctora en derecho por la Universidad de Chile. Abogada, licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile. Académica del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de La Frontera. Miembro del Centro de Investigación sobre Desafíos Internacionales (CIDI), Universidad de La Frontera. Miembro del Centro de Excelencia en Psicología Económica y del Consumo (CEPEC), Universidad de La Frontera. Correo postal: Avenida Francisco Salazar 1145, Temuco, Chile. Correo electrónico: maria.morales@ufrontera.cl. Financiado parcialmente por la Dirección de Investigación de la Universidad de La Frontera, Proyecto DI17-0065 y por la Dirección de Cooperación Internacional de la Universidad de La Frontera, Temuco, Chile.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 171-198.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Razones para mirar el estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas*. II. *Control preventivo y administrativo de cláusulas abusivas en el derecho inglés*. III. *Consideraciones finales*. IV. *Bibliografía*.

I. RAZONES PARA MIRAR EL ESTILO INGLÉS DE CONTROL PREVENTIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Existe un amplio consenso respecto de que los contratos de adhesión y cláusulas generales deben ser controladas para proteger a los consumidores. Sin embargo, las aproximaciones que los distintos países han dado a este control varían bastante (Appenzeller, 2017: 60). En Europa, la Directiva 93/13 (Consejo de la Unión Europea, 1993)¹ permite la implementación tanto de controles llevados a cabo por órganos administrativos como por los tribunales de justicia (control administrativo y judicial, respectivamente). Países con una fuerte tradición pública que han preferido un control de tipo administrativo, como el Reino Unido, han mostrado mejores cifras en la prevención de cláusulas abusivas (Appenzeller, 2017: 60).

Así, según Micklitz, en el contexto europeo, se distinguen tres modelos de control de cláusulas abusivas, a saber, el modelo alemán, francés e inglés (Micklitz, 2008: 24 y ss.). De estos tres, el sistema inglés ha sido el más exitoso en prevenir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos B2C.² La anterior afirmación se sostiene con base en las siguientes razones.

En primer lugar, el sistema inglés es un ejemplo de recepción favorable de la Directiva 93/13. Así lo concluye Niglia (Niglia, 2003: 184 y ss.) quien, en un estudio sobre la transformación del derecho contractual en Europa, ha visto que el sistema inglés ha reaccionado muy favorablemente a la implementación de la regulación europea contra cláusulas abusivas y, no obstante el *Brexit*, parece haber consenso en torno a que el derecho del consumo en el Reino Unido se ha visto fuertemente influenciado por el derecho del consumo de la Unión Europea, contenido en directivas (Riefa y Willett, 2018: 673).

¹ Consejo de la Unión Europea, 1993, Directiva 93/13/CEE del Consejo, en adelante la Directiva 93/13 o solamente la Directiva.

² *Business to consumer*, en castellano la traducción sería empresa a consumidor, relación que hace referencia a un contrato de consumo. Un estudio del control extrajudicial en este tipo de contratos se puede consultar en Nava, 2017: 837-861.

Prueba de esta actitud receptiva a la que se alude (Niglia, 2003: 147 y ss.) fue la implementación inicial, prácticamente literal, que en el Reino Unido se hizo de la Directiva³ por la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994 (UTCCR).⁴ Incluso, la definición de cláusula abusiva fue incorporada mediante una copia idéntica de la contenida en el artículo 3.1 de la Directiva, no obstante la referencia a la buena fe,⁵ que es un elemento ajeno al *common law* o que, por lo menos hasta entonces, no había jugado un papel explícito en el derecho contractual inglés.⁶ Aunque en una primera etapa se produjo un problema de superposición normativa, este fue superado con el actual *Consumer Rights Act* 2015 (CRA) (Morales, 2017). Dicha situación no afectó el control preventivo de cláusulas abusivas, como se verá.

A nivel de aplicación, durante los primeros años de implementación de la Directiva 93/13, el órgano administrativo a cargo de la aplicación de estas disposiciones, en ese entonces el director general *of Fair Trading*, jugó un rol central en la vigilancia de los contratos de adhesión (Niglia, 2003: 184). Según la Comisión de Comunidades Europeas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 26), a lo largo de los cinco primeros años de implementación la *Office of Fair Trading* (OFT),⁷ en aplicación de la Directi-

³ La Directiva 93/13 fue implementada en el derecho inglés por *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994, posteriormente reemplazada por *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999. Actualmente, la ley que implementa la Directiva es *Consumer Rights Act* 2015.

⁴ *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR)1994, 1o. de julio de 1995, modificada por *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999, 1o. de octubre de 1999.

⁵ Artículo 3.1. de la Directiva: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Artículo 5.1 del UTCCR 1999: “A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer”.

⁶ Para un análisis de la aplicación de la buena fe como medio de control de cláusulas abusivas en el derecho inglés, véase Micklitz, 2005: 292-429.

⁷ Desde el 1o. de abril de 2014 este organismo no existe y sus facultades pasaron a diferentes organizaciones incluyendo la *Competition and Markets Authority* y la *Financial Conduct Authority*, más información disponible en: <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading>, consultado el 25 de agosto de 2013.

va, examinaba una media de 800 casos por año (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 34). Esta Comisión creó, además, una base de datos denominada CLAB (cláusulas abusivas) que reunía las sentencias judiciales y las decisiones de órganos administrativos sobre cláusulas abusivas, según la cual desde la expiración del plazo para implementar la Directiva hasta el año 2000, 625 de las 865 acciones administrativas sobre esta materia provenían del Reino Unido (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 34).

El carácter administrativo del control parece favorecer al sistema inglés sobre el alemán, donde la protección legal del consumidor, en general, tiene un carácter judicial (Cseres, 2005: 160 y 161). En efecto, en Alemania el modelo de control se ha estructurado a propósito de un proceso de “doble colectivización” de la contratación. El primer nivel de colectivización viene dado por el fenómeno de la contratación por adhesión, y el segundo nivel por condiciones generales elaboradas por conjuntos de empresas de un determinado sector. Sobre el primer nivel de colectivización, opera un control judicial ejercido por los tribunales alemanes, empleando principalmente los estándares de *bonos mores* y buena fe. En control sobre segundo nivel de colectivización se enfoca desde la perspectiva del derecho de la libre competencia (Micklitz, 2005: 25 y 26). Como se sabe, los mecanismos de control administrativo de cláusulas abusivas presentan ciertas ventajas frente al control judicial, ya que este último suele ser más costoso y lento que los primeros (De la Maza, 2012: 119).

En cuanto al ordenamiento francés, ya con la Ley núm. 78-23, de enero de 1978,⁸ Francia contaba con la *Commission des Clauses Abusives*, cuya función fundamental ha sido emitir recomendaciones, no vinculantes, de supresión o modificación de cláusulas que presenten el carácter de abusivas.⁹ La misma ley consagraba un capítulo a la regulación de las cláusulas abusivas. Una década más tarde, se incorpora a la legislación una acción especial para atacar las cláusulas abusivas.¹⁰ Luego, esa legislación fue integrada en 1995 en el *Code de la Consommation*. Aunque este sistema

⁸ Francia, Loi num. 78-23 du 10 janvier 1978, sobre la protección e información de los consumidores de productos y servicios. Actualmente, artículos L-534-1 del Código de Consumo.

⁹ Sobre el carácter de las recomendaciones de la *Commission des clauses abusives* (Libchaber, 1997: 791; Calandri, 2006: 4, y Gumoyar, 2006: 828).

¹⁰ Francia, Loi num 88-14 du 5 janvier 1988. Relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et a l'information des consommateurs.

contempla un mecanismo administrativo, las recomendaciones de la *Commission des Clauses Abusives* no vinculan a los proveedores y, por lo tanto, la única forma de obtener la modificación o supresión de cláusulas es a través del control judicial, con los inconvenientes ya señalados.

De acuerdo con lo dicho en los párrafos anteriores, Niglia destaca el caso inglés por sobre el francés y alemán, justamente debido a la masiva intervención administrativa (Niglia, 2003: 184).

La segunda razón que permite hablar del sistema inglés como un ejemplo es su buen funcionamiento. En palabras de Zwegert y Kötz, dentro de las consideraciones generales del proceso comparativo, si se piensa proponer una solución extranjera, la primera pregunta que habrá que responder es si ha resultado satisfactoria en su país de origen (Zwegert, y Kötz, 1998: 19). Esta pregunta se refiere a la eficacia con que el país elegido ha resuelto el problema (Mancera, 2008: 213-243).

Es muy difícil sostener categóricamente que un sistema de control de cláusulas abusivas es eficaz (Niglia, 2003: 222). Para algunos, medir el grado de eficacia de un sistema de control de cláusulas abusivas es simplemente una tarea imposible (Niglia, 2003: 222).

Por ello es preferible, por lo menos en el contexto de este artículo, hablar de un sistema que funciona o cumple en alguna medida demostrable las funciones que le son propias, construyendo dicha afirmación sobre la base de informes de organismos oficiales y opiniones de la doctrina autorizada en la materia.

El primer antecedente relevante a este respecto es el ya citado informe de la Comisión de Comunidades Europeas (CCE) sobre la aplicación de la Directiva 93/13.¹¹ Este documento tuvo por objeto evaluar la aplicación de la norma comunitaria a lo largo de los cinco primeros años transcurridos desde la fecha de vencimiento prevista para su transposición. En efecto, la CCE (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 26), destaca el caso del Reino Unido y el papel de la, entonces vigente, OFT en la erradicación de las cláusulas abusivas. Esta Oficina iniciaba negociaciones a partir de la recepción de denuncias con el objeto de convencer al respectivo proveedor de que introduzca las modificaciones necesarias a la cláusula en el contrato. Su gestión tuvo gran impacto. Sólo entre 1995

¹¹ No obstante el *Brexit*, el Reino Unido hasta ahora estuvo obligado a implementar diversas directivas, entre ellas, la 93/13 sobre cláusulas abusivas.

y 1998, 1,200 proveedores modificaron o eliminaron cláusulas estimadas abusivas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 26).

El informe de la CCE que se viene citando, se dio a conocer en el año 2000 siendo este el único reporte que dicho organismo ha emitido sobre la aplicación de la Directiva 93/13 por parte de los Estados miembros (Europe Direct, 2015: 8).

En el caso del Reino Unido, no sólo estudios de la CEE dan información objetiva respecto de su funcionamiento, sino que también reportes a nivel interno. Al respecto se puede citar un estudio de London Economics (London Economics, 2009: 2) cuyos objetivos fueron evaluar la eficacia de un grupo de intervenciones de la OFT donde todos los casos analizados demostraron enormes beneficios para los consumidores en comparación con los costos que dichas medidas implicaron (London Economics, 2009: 2). Los resultados del estudio arrojaron una cifra global anual de £243 millones, reflejados como beneficios para los consumidores, frente a un costo de £2,5 millones para la OFT. La mitad de los grupos de casos estudiados, consistían en la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas (Europe Direct, 2015: 8).

Este buen funcionamiento del sistema inglés es respaldado, además, por importante doctrina europea especializada en la materia. Un ejemplo de ello es Guido Alpa, quien en un estudio comparado entre la experiencia de implementación de la Directiva 93/13 italiana e inglesa, destaca a esta última como mucho más articulada y eficaz (Alpa, 2008, pp. 75-92). Él mismo, al evaluar el impacto de la Directiva, señala que los italianos miran con muchísimo interés el modelo inglés en el que el trabajo ya realizado por la OFT ha traído resultados impresionantes.¹²

Un par de razones que podrían elevarse en contra de la elección del sistema inglés como objeto de una microcomparación¹³ son: primero, que este ordenamiento pertenece a la tradición del *common law*, entendido como una particular manera de pensar y aplicar el derecho o como el derecho consagrado en decisiones judiciales, en contraposición al *civil law* entendido como el derecho principalmente plasmado en leyes o códigos

¹² “...italians look with extreme interest to the English model in which the work already carried out by the OFT –now assisted by Financial Services Authority- has obtained impressive results” (Alpa, 2008: 89).

¹³ Es decir, comparación que aborda un problema legal específico (Zweigert y Kötz, 1998: 6).

(David, 1980: 16), lo cual podría dificultar la comparación con sistemas de esta última tradición; y, segundo, el factor cultural que marca importantes límites en los estudios de derecho comparado (Cotterrell, 2006: 711) y que en el caso del Reino Unido resulta bastante particular con relación a sistemas pertenecientes a la tradición romano-germánica.

En cuanto a lo primero, como se ha sostenido en otro lugar:

... a diferencia de lo que pasa con la regulación de los contratos, en general regidos por el *common law*, la mayoría de la regulación relativa a protección del consumidor en el derecho inglés se encuentra contenida en leyes. Lo anterior se justifica, en parte, por el conflicto entre la idea de protección de la parte débil y las raíces del derecho de contratos conforme a las cuales cada parte debería proteger sus propios intereses al momento de contratar. Otras razones se pueden esgrimir. Por ejemplo, el hecho de que ciertas sanciones que requieren estar establecidas por la ley hayan sido vistas como la única forma para hacer frente a ciertas prácticas comerciales relacionadas con la protección al consumidor. Por otro lado, solo los tribunales superiores están realmente involucrados en el desarrollo del *common law* y los asuntos de derecho de consumo rara vez llegan a esas instancias (Morales, 2017: 286-287).

Por lo tanto, las características del derecho inglés, como un sistema del *common law* no pueden ser esgrimidas como un argumento en contra de un posible trasplante, pues el derecho del consumo en este ordenamiento se encuentra regido especialmente por leyes (*statutes*).

Con relación al factor cultural como un posible obstáculo para la adopción de una solución venida del sistema inglés, este es sólo aparente. En efecto, al tratarse el problema de las cláusulas abusivas un asunto que se ventila a propósito de la contratación, donde los intereses en juego son de carácter patrimonial, se asume que, producto de la globalización económica, las soluciones a estos problemas son de mucho más fácil trasplante que soluciones a asuntos con contenido extra patrimonial como lo son los relativos al derecho de familia o el derecho sucesorio, escenarios donde las sociedades son más diversas y más resistentes a la recepción (Graziedei, n.d: 472).

No obstante lo anterior, para una verdadera adaptación legislativa del derecho interno de la solución inglesa, más allá de una simple comparación teórica, un estudio interdisciplinario que se preocupe, además, de

estudiar los intereses en juego y la viabilidad cultural, se estima imprescindible.

Con todo, los propósitos de este trabajo son mucho más modestos. Sólo se pretende exponer una solución que ha demostrado, dentro de su contexto, lograr prevenir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos B2C a un gran número de contratos y que se estima debe ser tenida en cuenta como un ejemplo si se pretende mejorar la experiencia interna.

II. CONTROL PREVENTIVO Y ADMINISTRATIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO INGLÉS

1. *Órganos administrativos encargados del control preventivo de cláusulas abusivas*

Desde la implementación de la Directiva 93/13, se han sucedido tres organismos a cargo del control de cláusulas abusivas en el Reino Unido. Desde 1973 a 2002 el *Director General of Fair Trading* (DGFT); desde 2002 a 2014 la *Office of Fair Trading* (OFT) y, desde 2014 a la fecha, la *Competition Markey Authority* (CMA).

Este artículo se centra en la OFT, sin embargo, se hace referencia al DGFT como antecedente y a CMA como continuadora.

A. *Director General of Fair Trading*

El control preventivo fue implementado en el derecho inglés, en primera instancia, por la UTCCR 1994, donde se imponía el deber al DGFT¹⁴ de investigar las denuncias relativas a cláusulas abusivas y ejercer sus facultades administrativas de aplicación del derecho del consumo o accionar frente a los tribunales, en caso de ser necesario, para obtener una orden judicial (*injunction*). Entonces, y hasta ahora, sólo se puede determinar judicialmente la abusividad de una cláusula.

De conformidad a la *Fair Trading Act* (FTA, 1973), frente a una conducta perjudicial o injusta para los consumidores por parte de una empresa, el DGFT estaba facultado para comunicarse con sus representantes para obtener una garantía escrita de que se abstendría de ejecutar la

¹⁴ Creado por el *Fair Trading Act* 1973 el 25 de julio de 1973.

respectiva conducta (*undertaking*). En caso de que la empresa no cumpliera con lo comprometido, el DGFT quedaba facultado para accionar ante los tribunales.¹⁵ Sin embargo, la acción judicial fue, y ha sido, vista como último recurso (Bright, 2000: 334).

El trabajo del DGFT se centró más bien en acciones extrajudiciales (*undertakings*). En efecto, el DGFT se preocupó de perseguir enérgicamente las denuncias sobre cláusulas abusivas logrando la alteración de contratos en varios sectores empresariales a través de la negociación. La gran mayoría de los casos se resolvían por medio de esta vía. Bright describe muy bien este modo de operar:

El Reino Unido estaba muy por detrás de otros Estados miembros en el control de cláusulas abusivas antes de la Directiva. Había, sencillamente, que ponerse al día. Pero también está claro que la forma seleccionada para la aplicación de las normas ha resultado particularmente eficaz. En virtud de UTCCR, el DGFT tiene el deber de investigar las denuncias sobre cláusulas abusivas, descrito por él como “la extensión más importante de mis responsabilidades en materia de protección de los consumidores desde los años setenta”. La Unidad de Cláusulas Abusivas ha perseguido enérgicamente las denuncias y ha asegurado la modificación de contratos en varios sectores empresariales a través de un proceso de negociaciones rigurosas, casi sin necesidad de recurrir a acciones judiciales.¹⁶

¹⁵ Secciones 34 y 35. El caso más conocido es *DGFT v First National Bank*. *DGFT v First National Bank* [2001] UKHL 52. Esta fue la primera vez que la Cámara de los Lores (the House of Lords) evaluó la abusividad de una cláusula contractual bajo UTCCR 1994. Se cuestionó una cláusula contenida en un contrato de préstamo bancario, que permitía al banco cargar al consumidor la tasa de interés convenida sobre el monto de capital pendiente y cualquier interés devengado hasta la fecha del juicio. Mediante esta cláusula el banco se aseguraba de que en caso de incumplimiento el interés se calcularía de acuerdo con la tasa contractual y no de acuerdo con la tasa normal más baja aplicable para juicios de este tipo. Frente a esto, el DGFT, haciendo uso de sus facultades, accionó ante los tribunales para impedir que esta cláusula se siguiera utilizando. El banco argumentó que esta era de aquellas cláusulas excluidas de la prueba de abusividad. En apelación, la Cámara de los Lores decidió por unanimidad que la cláusula no era abusiva. Para ver un análisis del caso, véase MacDonald, 2002: 763-773.

¹⁶ “The United Kingdom was some way behind other member states in controlling the use of unfair contract terms prior to the Directive. There was, quite simply, more catching up to be done. But it is also clear that the manner selected for enforcement of the Regulations has proven particularly effective. Under the 1994 Regulations, the Director General of Fair Trading is given a duty to investigate complaints about unfair terms, des-

Sus investigaciones no se acotaban exclusivamente a contratos particulares, sino que eran más bien sectoriales, extendiéndose a asociaciones de proveedores con el objeto de expandir los efectos de la negociación, siguiendo así el ya mencionado modelo de *enforcement* piramidal, modelo que tanto OFT y como CMA han mantenido, en gran parte por haber demostrado tener un muy buen funcionamiento. De hecho, siguiendo este modelo, entre 1995 y 1998, 1.200 empresas modificaron o eliminaron de sus contratos ciertas cláusulas estimadas abusivas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 26).

Luego, y como ya se ha dicho, UTCCR 1994 fue remplazada por UTCCR 1999. No hubo cambios sustanciales. Se buscó dar cabal cumplimiento al artículo 7o. de la Directiva 93/13 que permite a las organizaciones con interés en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo, y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. Pues bien, hasta ese entonces, sólo el DGFT podría accionar frente a los tribunales por dicho motivo.

Así, UTCCR 1999 vino a extender a otros organismos la facultad de accionar frente a cláusulas consideradas abusivas (*enforcement bodies* o *public qualifying bodies*). Además, entre otros cambios, se dio facultad a los *qualifying bodies* para requerir documentos, tales como los contratos donde consten las cláusulas generales, y la información que fuera necesaria con el objeto de aplicar la ley. En todo caso, estos organismos debían notificar al DGFT tanto de los acuerdos o compromisos a que hayan arribado con las empresas como de los procedimientos judiciales que hayan iniciado, pudiendo el director publicar esta información.

En 2002, la *Enterprise Act* (EA 2002) suprimió la figura del DGFT transfiriendo todas sus funciones a la OFT.

cribed by him as ‘the most important extension of my consumer protection responsibilities since the 1970s’. The Unfair Contract Terms Unit established in response has energetically pursued complaints and has been able to secure the alteration of contracts in several business sectors through a process of rigorous negotiations, with almost no need to resort to legal actions” (Bright, 2000: 332). La traducción es propia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 171-198.

B. *Office of Fair Trading*

La OFT fue durante más de cuarenta años¹⁷ el más importante órgano responsable de proteger los derechos de los consumidores¹⁸ en el Reino Unido. Su principal función era velar porque los mercados funcionen bien para los consumidores.¹⁹

Dentro de sus facultades se encontraban informar a los consumidores, actuar como un organismo coordinador, mantener bajo revisión las prácticas de las empresas para que sean justas y competitivas, fomentar los códigos de buenas prácticas, además de una serie de específicas facultades para enfrentar a los proveedores que infringen el derecho del consumo, entre ellas, el control de las cláusulas abusivas (Howells y Weatherill, 2005: 574-575).

Aunque la OFT no era el órgano encargado de velar por la libre competencia,²⁰ ya que esta función correspondía a la Competition Commission (CC), sus funciones reconocían la íntima conexión entre la protección del consumidor y la libre competencia, y ambas agencias se encontraban vinculadas legalmente bajo un esquema colaborativo. En efecto, era deber de la OFT remitir a la CC ciertas fusiones o situaciones de mercado para que la última iniciara una investigación al respecto y tomara las medidas que procedían.²¹ En todo caso, este es un asunto que se relaciona más con otros derechos del consumidor, como la libre elección del bien o servicio que puede verse afectado, por ejemplo, cuando en el mercado hay monopolios o colusiones.

En cuanto al deber de informar y educar a los consumidores, en el específico ámbito de las cláusulas abusivas, la OFT publicaba detallada-

¹⁷ Se dice que más de cuarenta años entendido a la figura del DGFT dentro del departamento de la OFT (1973-2014).

¹⁸ Además de los mecanismos ejercidos por la OFT, hay muchos otros dirigidos a proteger a los consumidores, tales como diversas instancias de ADR, el ombudsman, etcétera. Este trabajo se enfoca en la OFT, para ver otros mecanismos consúltese Woodroffe y Lowe, 2013: 213 y ss.

¹⁹ Excede de los objetivos de este trabajo analizar las ventajas y desventajas de esta naturaleza dual. Para ello véase Howells y Weatherill, 2005: 574.

²⁰ El órgano encargado de garantizar una sana competencia entre las empresas en el Reino Unido para el beneficio final de los consumidores y la economía era la Competition Commission.

²¹ De acuerdo con EA, 2002.

mente los compromisos de las empresas y las órdenes judiciales recaídas en procedimientos sobre cláusulas abusivas (UTCCR, Reg. 15, 1999).

En la práctica, la difusión se ha llevado a cabo mediante boletines periódicos que contenían informes pormenorizados de los casos,²² junto con comunicados de prensa relativos a los “triumfos” significativos de la agencia (Bright, 2000: 337). Según la OFT, la publicación periódica de su trabajo permitía, además, la coordinación con los demás *enforcers* (organismos reguladores que aplican el derecho del consumo), facilitar las denuncias sobre nuevos incumplimientos y educar a otras empresas.²³

Conforme a lo anterior, se puede ver aquí una forma de control administrativo porque lo que busca es, además de informar a los consumidores, dar a conocer a los proveedores cuáles son las cláusulas que son consideradas abusivas, con el objeto de que se abstengan de utilizarlas. Sería entonces, de un lado, un mecanismo de control administrativo preventivo y, voluntario del otro, si se logra el efecto de abstención espontánea por parte del proveedor. Según la OFT:

La publicación de nuestro trabajo nos permite promover la consciencia de los consumidores sobre sus derechos, así como permitir que otros *enforcers* busquen fácilmente en la página *web* recientes o actuales acciones que la OFT u otras agencias puedan estar llevando a cabo.

Esto ayuda a prevenir múltiples criterios con respecto a la empresa por parte de diferentes *enforcers*, así como a promover la coherencia del enfoque, compartiendo tales resultados y otros detalles del caso con otros agentes aplicadores del derecho.²⁴

²² En su última etapa, la Office of Fair Trading dejó de publicar boletines, pero produjo informes anuales de su trabajo. Actualmente es posible revisar los casos detalladamente, tanto *undertakings* como *court actions*, disponibles en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement>, consultado el 3 de enero de 2017; los reportes anuales, desde 2000 a 2013, disponibles en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-categories/corporate/annual-report>, consultado el 4 de enero de 2017; y todos los boletines y guías, disponibles en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-categories/guidance/unfair-terms-consumer>, consultado el 4 de enero de 2017.

²³ OFT, The Retention of Undertakings on the Consumer Regulations Website, disponible en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/crc/445520/630922/retention_policy, consultado el 21 de diciembre de 2016.

²⁴ “Publicising our work allows us to promote consumers’ awareness of their rights, as well as allowing other enforcers easily to search the website for recent or current action

Así, la OFT utilizó la divulgación de sus resultados para producir un efecto de coordinación natural entre las agencias (coordinación horizontal), proveedores y consumidores (vertical). Lo anterior refuerza el rol coordinador expresamente asignado. Se generaba de esta forma una especie de advertencia a los proveedores y una alerta a los consumidores respecto de qué cláusulas, concretamente, estaban siendo consideradas abusivas.

Por otro lado, la OFT tuvo la misión²⁵ de alentar a las asociaciones de empresarios o comerciantes a redactar códigos de buenas prácticas que salvaguarden y promuevan los intereses de los consumidores, proveyendo de un sello o símbolo oficial a aquellos códigos aprobados (EA, Sección 8). Bajo esta fórmula, las asociaciones tenían el deber de realizar un informe anual a través del cual la OFT monitoreaba el cumplimiento del código.

En 2001, la OFT robusteció el sistema elevando las exigencias de aprobación de códigos de buenas prácticas. En 2006 se evaluó el nuevo sistema y resultó ser bastante eficiente. Los costos de implementación resultaron ser más bajos que los beneficios obtenidos y el número de denuncias en contra de los asociados resultó ser más bajo en comparación a proveedores fuera del esquema. Por otro lado, las asociaciones de proveedores adscritas mejoraron su reputación y aumentaron el número de solicitudes de membresía (Ramsay, 2012: 288-292).

Ahora, este sistema favorece el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores consideradas generalmente, y de ahí puede ser considerado un mecanismo de control de cláusulas abusivas. En esa perspectiva, se trataría de una forma mixta de control de cláusulas abusivas, que combina el control administrativo estatal con la voluntariedad, ya que el sometimiento del respectivo código a la aprobación de la OFT es voluntario para los proveedores.

En cuanto a la función especialmente dirigida al control de cláusulas abusivas, como ya se sabe, con la modificación a UTCCR en 1999 se ra-

which the OFT or other designated enforcers may be taking forward. This helps to prevent multiple approaches to business by different enforcers, as well as promoting consistency of approach by sharing such outcomes and other case details with other enforcers.” OFT. The retention of Undertakings on the Consumer Regulations Website, disponible en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/crw/445520/630922/retention_policy, consultado el 21 de diciembre de 2016. La traducción y cursivas son propias.

²⁵ Desde 2013 esta facultad fue transferida al Trading Standards Institute.

dicó formalmente en varios organismos, además de la OFT. Se trata de algunos reguladores sectoriales y asociaciones de consumidores que, en su conjunto, han sido denominados *qualifying bodies* (también denominados *enforcers*, sólo en el caso de los reguladores), por ejemplo: The Data Protection Registrar, The Director General of Electricity Supply, The Director General of Gas Supply, The Director General of Electricity Supply for Northern Ireland, The Director General of Gas for Northern Ireland, The Director General of Telecommunications, The Director General of Water Services, The Rail Regulator, Every Weights and Measures Authority in Great Britain, The Department of Economic Development in Northern Ireland, y Consumers' Association.²⁶

Para evitar la superposición de facultades o la duplicación de procedimientos, la UTCCR previó la coordinación entre OFT y los demás reguladores.²⁷ De hecho, los *qualifying bodies* se encontraban facultados para aceptar compromisos de las empresas o accionar judicialmente en caso de estimar que una cláusula era abusiva, pero con la limitación de notificar siempre a la OFT con, por lo menos, catorce días de anticipación (UTCCR, Regulation 12[2]). Adicionalmente, estos debían informar a dicha agencia de todos los compromisos o *undertakings* y sobre el resultado de los juicios (UTCCR, Regulation 14). Esta coordinación fue fortalecida mediante diferentes acuerdos alcanzados entre la OFT y los *qualifying bodies* (Howells y Weatherill, 2005: 294).

El escenario recién descrito ha sido calificado por Howells y Weatherill como un “*reinvigorated pattern of enforcement*” (Howells y Weatherill, 2005: 294) o modelo revigorizado de control de cláusulas abusivas que da énfasis al control por órganos públicos, lo cual parece bastante adecuado toda vez que asegura la exclusión de la asimetría entre las partes.

C. *Competition and Markets Authority*

La CMA fue establecida por la Enterprise and Regulatory Reform Act (ERRA, 2013). Actualmente, es el principal organismo encargado de promover la libre competencia en beneficio de los consumidores en el Reino Unido. Fue establecida en el contexto de una serie de reformas que

²⁶ Schedule 1, Regulation 3, Part One and Two, UTCCR.

²⁷ El rol coordinador de la OFT también está previsto en la sección 214 de la EA.

buscaban fortalecer la protección de los consumidores y la libre competencia en beneficio de la economía y de los intereses de los consumidores.²⁸

Cuando la OFT fue suprimida, el 1o. de abril de 2014,²⁹ sus funciones pasaron a distintos órganos. Entre ellos la Financial Conduct Authority (FCA) y CMA.

La función de control de cláusulas abusivas fue transferida a CMA³⁰ con facultades muy similares a la OFT.

Entre sus funciones, al igual que la OFT, tiene el deber de informar y educar; es un órgano coordinador respecto de los demás *regulators*,³¹ tiene la facultad de considerar las denuncias, pero, en este caso, continuando con el enfoque sectorial con el que venía trabajando la OFT, cuando aquellas infracciones se relacionen con fallas sistemáticas del mercado;³² también debe monitorear los compromisos dados por las empresas; accionar ante los tribunales en caso de incumplimiento; etcétera.

A diferencia de la OFT, el foco de CMA es el buen funcionamiento del mercado, y en el campo de la protección del consumidor sus facultades

²⁸ Esta medida formó parte de varias reformas que tuvieron por objeto proporcionar una protección más fuerte para los consumidores y promover la libre competencia en beneficio de la economía de los consumidores (OFT, 2014:17).

²⁹ Según el profesor Stephen Weatherill, las razones de este cambio son, principalmente, presupuestarias, además de propender a la mejor protección de los intereses de los consumidores. Reunión con Stephen Weatherill el 28 de mayo de 2015 en Somerville College, Oxford University, Reino Unido.

³⁰ CMA tomó sobre sí algunas de las facultades de la OFT, específicamente las facultades de control de cláusulas abusivas. Además, es continuadora de la Competition Commission.

³¹ “(1) In this Schedule «regulator» means— (a) the CMA, (b) the Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland, (c) a local weights and measures authority in Great Britain, (d) the Financial Conduct Authority, (e) the Office of Communications, (f) the Information Commissioner, (g) the Gas and Electricity Markets Authority, (h) the Water Services Regulation Authority, (i) the Office of Rail Regulation, (j) the Northern Ireland Authority for Utility Regulation, or (k) the Consumers’ Association”, Schedule 3, CRA, 2015. Esta coordinación sólo rige en materia de cláusulas abusivas, porque existe otro órgano coordinador general llamado Consumer Protection Partnership.

³² Esto se refiere a casos que afectan a sectores del mercado o a varias empresas más que a empresas individualmente consideradas, a menos que esto último genere un impacto en el mercado en su conjunto. Gordana Cumming, 2 de junio de 2015. *Gordana.Cumming@ema.gsi.gov.uk* (en línea) Re: Asking for meeting (CMA’s approach to unfair terms), consulta: 5 de enero de 2017. Véase CMA (2014: 8).

se limitan al control de cláusulas abusivas,³³ sin embargo, con muy similares competencias en dicho ámbito.

Como se ha dicho, este trabajo se enfoca en revisar y analizar el control preventivo de cláusulas abusivas a manos de OFT. Las razones de dicha elección son, primero, porque la OFT ejerció esta función durante quince años, aproximadamente, y CMA aún no cumple dos años en dicho rol, razón por la que no es viable ni justo una verdadera evaluación de su desempeño, y segundo, porque no existen importantes diferencias en cuanto a la forma y facultades de ejercer el control. El estilo es el mismo.

2. *Forma en que opera el control preventivo de cláusulas abusivas en el derecho inglés*³⁴

Las facultades para controlar cláusulas abusivas de la OFT se encontraban en la UTCCR y en la parte 8 de la EA referida a la aplicación del derecho del consumo.

La OFT y los *qualifying bodies* tenían el deber de considerar las denuncias sobre cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales (*contract term drawn up for general use*), salvo que estas sean infundadas o temerarias. El control se podía ejercer respecto de cláusulas que se estuviesen utilizando en un contrato —control represivo— o que estén siendo recomendadas para ser utilizadas —control preventivo—. ³⁵

Si un *qualifying body* había decidido conocer, estaba obligado a notificar de ello a la OFT y ésta se abstenía de actuar en el mismo caso,³⁶ justamente para evitar la duplicación de procedimientos.

Ante una denuncia, tanto la OFT como los *qualifying bodies*, tenían más de un camino: instar el cumplimiento voluntario, ejercer sus facultades de control administrativo, o accionar ante los tribunales. En todo caso, debían fundamentar su decisión de entablar o no una acción judicial en contra de

³³ Las demás facultades de aplicación del derecho del consumo pasaron al Trading Standard Service.

³⁴ Un trabajo que describe el control preventivo de cláusulas abusivas en el derecho inglés y que lo compara con el derecho chileno, se puede ver en Morales (2017: 67-92).

³⁵ Véase sección 10 y ss. de la EA.

³⁶ Salvo que se trate de denuncias infundadas o temerarias o si otro *enforcer* notificó a la OFT que ha aceptado conocer de la denuncia (UTCCR, Regulation 14, 1999).

quien aparezca utilizando o recomendando utilizar una cláusula estimada abusiva.³⁷

En caso de llegar al ejercicio del control judicial esta era, y sigue siendo, la única vía para que la cláusula sea declarada abusiva, y el efecto es que dicho término no vinculará a los consumidores.³⁸ Una orden judicial podía pronunciarse no sólo sobre la abusividad de una cláusula general determinada, sino que además se podía extender a cualquier cláusula similar o con el mismo efecto, que esté siendo utilizada o esté siendo recomendada para ser utilizada (UTCCR, section 12).

Es importante aclarar que la OFT no estaba facultada para representar el interés individual de los consumidores,³⁹ pero esto no excluía el derecho de los particulares para entablar acciones en contra de los proveedores en forma independiente de la acción de cualquier organismo.

Tanto la OFT como los demás *enforcers*, tenían la facultad de requerir documentos e información para evaluar las denuncias y/o verificar si se ha cumplido o no con los compromisos u órdenes judiciales.

La OFT, además, debía publicar detalles sobre los compromisos y las órdenes judiciales dadas bajo UTCCR e informar a cualquier persona que lo requiera si una cláusula había sido objeto de alguna acción administrativa u orden judicial.⁴⁰

³⁷ En esta decisión se tomaba en cuenta los compromisos o *undertakings* (Woodroffe y Lowe, 2013: 200).

³⁸ La norma fue copiada de la Directiva 93/13. Respecto al alcance de esta sanción “[d]ebe señalarse que el legislador de la Unión no ha ido más lejos en la determinación de la sanción aplicable a las cláusulas abusivas y, en particular, del modo en que los Estados miembros deben disponer que éstas no surtan efectos vinculantes, tal como se exige en el artículo 6o., apartado 1, de la Directiva 93/13. La utilización del futuro de indicativo («no vincularán») nada revela en cuanto a la posible intención de ese legislador de dotar a la falta de efecto vinculante de una dimensión retroactiva. Ese mismo legislador ha optado claramente por no emplear un término jurídico más preciso como hubiera sido el caso, por ejemplo, de una referencia expresa a la nulidad, a la anulación o a la resolución. La expresión utilizada es efectivamente neutra, como ya señalaba el abogado general Trstenjak en sus conclusiones presentadas en el asunto *Invitel*”. Conclusiones del abogado general Sr. P. Mengozzi, presentadas el 13 de julio de 2016. ECLI identifier: ECLI: EU: C:2016:552.

³⁹ Los consumidores pueden dirigir sus denuncias a la Citizens Advice Consumers Service.

⁴⁰ Actualmente es posible revisar los casos detalladamente, tanto *undertakings* como *court actions*, en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement>, consultado el 3 de enero de 2017.

En resumen, si la OFT consideraba que una denuncia contenía una potencial cláusula abusiva, podía adoptar alguna de las siguientes estrategias (Woodroffe y Lowe, 2013: 202):

- a) Abrir un diálogo con el proveedor, invitándolo a modificar o eliminar la cláusula que, en su opinión, era abusiva.
- b) Si lo anterior fracasaba, se buscaba llegar a un compromiso o *undertaking*.⁴¹
- c) Como último recurso, se podía accionar judicialmente.

En ese esquema es posible identificar tres formas diferentes de aplicación de la norma o *enforcement remedies* (Ramsay, 2012: 220 y 221): 1) acuerdos informales logrados a través de negociación; 2) órdenes administrativas, dentro de las cuales encontramos *undertakings* o compromisos de cumplimiento voluntario, y 3) órdenes judiciales.

La negociación informal, como primera etapa, no encontraba fuente detallada en la ley, sino que se basaba en las facultades amplias de la OFT de proteger a los consumidores del uso de cláusulas abusivas. Es decir, se trataba de un mecanismo desregulado que buscaba el cumplimiento voluntario. Una negociación podía o no terminar en un compromiso. Un compromiso o *undertaking*, viene precedido de una negociación que tiene por objeto rectificar o prevenir algún problema específico (Ramsay, 2012: 253), en este caso el uso de cláusulas abusivas.

La diferencia entre la negociación informal y el compromiso o *undertaking*, es que lo primero es amplio, informal, y no está regulado. En cambio, un *undertaking* es un remedio administrativo con base legal, donde una un sujeto se compromete ante el órgano administrativo respecto de hacer o dejar de hacer algo específico de acuerdo con la legalidad, y se conecta con la negociación porque en una primera etapa comporta una negociación *face-to-face*. Luego, el compromiso al que se ha arriba es monitoreable y exigible en el sentido que, si no es cumplido, puede la OFT entablar una acción judicial.

La negociación era el primer paso. Cuando el proveedor pertenecía a una asociación, se tomaba contacto con ésta, igualmente para un ma-

⁴¹ Contemplado, además, en Enterprise Act (2002: section 219). Se trata de compromisos ofrecidos por el infractor y pueden incluir el cese de una conducta, compensaciones, cumplir con algún programa, etcétera (Ramsay, 2012: 253).

por impacto.⁴² Un ejemplo de lo anterior es el famoso caso de la OFT y la British Vehicle Rental and Leasing Association donde, a través de negociación se llegó a establecer un contrato tipo para el sector, con gran impacto, ya que la asociación representaba por sí sola un 85% del sector de arrendamiento de automóviles en el Reino Unido y, al recaer el acuerdo sobre condiciones generales de la contratación, se concretó un potente control preventivo de cláusulas abusivas.

La OFT tenía el deber de monitorear el cumplimiento (Enterprise, Act 2002: Section 92) de estos acuerdos; y frente a un incumplimiento, el próximo paso era accionar judicialmente. No obstante la posibilidad de activar el control judicial, la agencia continuó en la misma línea que el DGFT considerando esta posibilidad como última *ratio*. Se buscaba persuadir a los proveedores para que abandonen o modifiquen las cláusulas consideradas abusivas dejando, en todo caso, abierta la vía judicial para el incumplimiento del compromiso alcanzado (*undertaking*). Esta fórmula, induce el cumplimiento de la norma sin necesidad de tomar formalmente acciones judiciales (Howells y Weatherill, 2005: 293).

Otro ejemplo de aplicación de un *undertaking* es el caso *Carcraft Automotive Group Limited*.⁴³ A partir de una serie de denuncias de los consumidores, la OFT decidió investigar a este proveedor y a otras empresas asociadas a él,⁴⁴ descubriendo una serie de infracciones, entre ellas a UTCCR. La agencia estimaba que Carcraft contemplaba cláusulas potencialmente abusivas en los términos y condiciones de su contrato de posventa. La agencia advirtió a Carcraft que consideraría la posibilidad de accionar judicialmente, en caso de que no se acordasen compromisos satisfactorios. Finalmente, la empresa realizó los cambios necesarios y ofreció un compromiso a la OFT.

De acuerdo con los *undertakings* dados, la empresa se comprometió, entre otras cosas, a no utilizar cláusulas que tengan como efecto: imponer responsabilidad a los consumidores de revisar el historial del vehículo an-

⁴² OFT, 1996, Unfair Contract Terms Bulletin, núm. 1.

⁴³ CC Automotive Group Limited: Investigation into alleged unfair practices by a national second hand car dealer Case Reference: *Carcraft - CRE-E//25462*. Case opened: may 2009. Case closed: october 2011. Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://www.ofc.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/cc-automotive>, consultado el 21 de enero de 2015.

⁴⁴ All in One Finance Limited, UK Car Group Limited, Pennine Metals A Limited y Pennine Metals C Limited.

tes de la venta; negar el kilometraje de los vehículos; y, dar a la empresa absoluta discreción en cuanto a otorgar garantía o no.

Según Woodroffe y Lowe (2013: 202), es aquí donde radica el gran impacto que tuvo la introducción de la UTCCR que fue medido no por el volumen de litigios, sino por la cantidad de actividad extrajudicial de aplicación de la normativa, y sobre esa base se sostiene que desde entonces los consumidores han estado en mejor posición que antes. De hecho, aunque muy pocos casos llegaban a los tribunales, miles de cláusulas eran revisadas por la OFT. Los autores dan como ejemplo lo informado en los boletines 21 y 22 de la OFT, los cuales revelan que entre los meses de julio y diciembre de 2002, aproximadamente 765 cláusulas fueron modificadas o suprimidas como resultado del trabajo de la OFT y unas 38 bajo el trabajo de lo *qualifying bodies*. Además, las negociaciones de la OFT han resultado económicamente eficientes, ahorrando cientos de millones de libras en costos de litigio (Scottish Law Commission, 2012: 21).⁴⁵

Siempre dentro de un modelo de *pyramid enforcement*, el trabajo de la OFT fue evolucionando (Ramsay, 2012: 317 y 22). En una primera etapa (hasta 2002) sólo había accionado judicialmente una vez (*OFT vs. First National Bank*) privilegiando notoriamente las negociaciones llegando a destacar dentro del contexto europeo por la basta acción administrativa llevada a cabo.⁴⁶ A partir de 2002 es posible mencionar algunos casos judiciales.⁴⁷

El control judicial que se ejercía a instancia de la OFT era un control judicial preventivo y su impacto era igualmente importante no sólo porque se ejercía sobre condiciones generales, sino que también por la fuerza del precedente que, indirectamente, disuadía el uso de cláusulas similares a las

⁴⁵ La traducción es propia.

⁴⁶ “La base CLAB revela la importancia de los casos tratados en el Reino Unido por vía administrativa desde la expiración del plazo previsto para la transposición de la Directiva: 625 de las 865 acciones administrativas registradas hasta ahora en la base de datos proceden de ese Estado miembro. La Comisión puso en marcha el proyecto «CLAB» (cláusulas abusivas) inmediatamente después de la adopción de la Directiva 93/13/CEE. Se trataba de crear una herramienta que permitiera dar seguimiento a la aplicación práctica de la Directiva por medio de la creación de una base de datos que reuniera las «jurisprudencias nacionales» en materia de cláusulas abusivas” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 12 y 34).

⁴⁷ Entre ellos: *Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others* [2009] UKSC 6; *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* [2009] EWHC 1681 (Ch); *The Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services Ltd &ors* [2011] EWHC 1237 (Ch) (Ramsay, 2012: 326 y ss).

que ya se habían declarado judicialmente abusivas. Por ejemplo, en *OFT v Ashbourne Management Services Ltd*.⁴⁸ la empresa demandada actuó en representación de 700 gimnasios del Reino Unido, cuyos contratos administraba, reclutando para ellos alrededor de 300 mil clientes, pactando las mismas condiciones generales. En este caso, la *High Court* declaró que varias de esas cláusulas eran abusivas y por lo tanto no vinculantes para los consumidores. A partir de esa decisión la OFT notificó a todos los gimnasios para que revisaran sus contratos de adhesión y verificaran si estos contenían cláusulas similares; abrió investigaciones, y trabajó en conjunto con las empresas en la mejora de los contratos, firmando varios acuerdos con los proveedores.⁴⁹

Dentro de su evolución, en una segunda etapa (desde el año 2000, aproximadamente), la OFT comenzó a concentrar su trabajo en “*high-impact cases*” (Ramsay, 2012: 326) que involucraban grandes grupos empresariales o asociaciones de comerciantes y *super complaints*.⁵⁰

Como consecuencia de este enfoque sectorial (*sector-wide approach*) la cantidad de casos revisados por la OFT disminuyeron en cantidad, pero sin afectar el alcance de su intervención. Lo anterior se transformó en una tendencia para la OFT hasta su cierre.

De hecho, tras las modificaciones del régimen de protección del consumidor introducidas en 2013, los *Local Authority Trading Standards Services* comenzaron a desempeñar un papel más importante en la aplicación de la legislación de protección del consumidor a nivel nacional y la OFT inclinó su actuar a violaciones que demostrasen fallas sistémicas en un mercado. Es decir, sus acciones ya no se dirigían en contra de empresas individuales, sino a grupos de varias empresas o sectores, a menos que lo primero fuese conveniente para sentar precedente o pudiese tener impacto en el mercado.⁵¹

⁴⁸ *The Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services Ltd & Ors* [2011] EWHC 1237 (Ch).

⁴⁹ Para ver las implicancias del caso Ashbourne: CMA. Health and fitness clubs: unfair contract terms. Office of Fair Trading (OFT) closed consumer enforcement case. Disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/health-and-fitness-clubs-unfair-contract-terms>, consultado el 17 de enero de 2017.

⁵⁰ Se trata de denuncias, realizadas por organismos protectores de los derechos de los consumidores, relativas a un mercado que está, o parece estar, perjudicando significativamente los intereses de los consumidores (Enterprise Act, 2002: Section 11).

⁵¹ Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://www.offt.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/internet-enforcement/?jsessionid=ECAFCAAA88551E13CB267FB12B074179F>, consultado el 21 d enero de 2017.

Para que quede más claro es útil una comparación de compromisos adoptados en distintos periodos: entre abril de 2003 y marzo de 2004 fueron 116 (OFT, Annual Report, Summary of Oft Consumer Law Casework, 2004), y entre abril de 2012 y marzo de 2013, la OFT había concluido sólo 20 (OFT, Consumer protection casework, 2013).

Lo que se buscaba eran cambios en las condiciones generales aplicables a gran parte de un sector, lo cual maximizó el impacto de su trabajo. Concretamente se negociaba con las organizaciones de proveedores que representaban sectores con importantes problemas de cláusulas abusivas, proveyéndolos de modelos de contratos de aplicación general. Con esta estrategia se lograba influir preventivamente sobre una mayor cantidad de proveedores, negociando de manera individual con cada uno de ellos (OFT, Annual Report and Resource Accounts, 2004: 30).

Por ejemplo, en el mercado de los autos usados, se logró que alrededor de 300 concesionarios utilizaran las condiciones general resultantes de la acción de la OFT (Annual Report and Resource Accounts, 2004: 30). En el sector de las ticketeras, se lograron condiciones más justas para los consumidores como resultado de una negociación con la *Society of Ticket Agents and Retailers (STAR)*, donde varios de sus miembros, entre ellos *Lastminute.com*, *Ticketmaster* y *the Big Bus Company*, estuvieron de acuerdo en implementar un modelo de contrato revisado por la OFT (Annual Report and Resource Accounts, 2009-2010: 26).

Para potenciar el impacto de la prevención del uso de cláusulas abusivas, dentro de este enfoque sectorial que se viene comentando, la OFT publicaba guías u orientaciones (guidance) (National Audit Office, 2003: 31-33) para sectores comerciales específicos considerados especialmente riesgosos para los intereses de los consumidores, utilizando como criterio el número de denuncias, por ejemplo: “Guidance on unfair terms in tenancy agreement”⁵² y “Guidance on unfair terms in health and fitness club agreements”.⁵³

La OFT ha entendido que los consumidores que comprenden sus derechos desempeñan un papel importante en asegurar que las empresas cumplan con el derecho del consumo, por dicha razón buscó alinear la

⁵² Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/unfair-terms-in-tenancy-agreements-2>, consultado el 17 de enero de 2017.

⁵³ Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/unfair-terms-in-health-and-fitness-club-agreements>, consultado el 17 de enero de 2017.

educación de los consumidores con la de los proveedores para maximizar el impacto a través de publicaciones periódicas de guías y reportes. Es más probable que las empresas mejoren su cumplimiento de la norma si perciben que los consumidores estarán más capacitados (OFT, *Consumer Law and Business Practice Drivers*, 2010: 63-64).

III. CONSIDERACIONES FINALES

El control preventivo de cláusulas abusivas ha existido en el Reino Unido desde 1994. Desde entonces, el trabajo de la OFT ha evolucionado desde la revisión de una gran cantidad de casos involucrando a empresas individualmente consideradas hacia un enfoque sectorial basado en la revisión de condiciones generales de los contratos por sectores, maximizando el impacto de su actuación.

Dentro de esa evolución hay ciertas características en la forma de ejercer el control que se mantuvo y que es, seguramente, la razón del éxito.

Lo primero es el modelo de *enforcement*, que prefiere el cumplimiento ante la sanción (*compliance approach*) en el contexto de una pirámide dinámica donde la negociación (o incluso la autorregulación) se encuentran en la base y la sanción en la cúspide (*pyramid of enforcement*).

El trabajo de la OFT grafica muy bien lo anterior. Tal fue la preeminencia que se le dio a la negociación que el organismo ha sido calificado como “un agente negociador para los consumidores” (Ramsay, 2012: 357). Con ese enfoque, la OFT era capaz de lograr el cumplimiento voluntario a través de negociaciones informales o, a partir de compromisos con los proveedores, aplicando un mecanismo de control administrativo mixto que combina la actuación de la agencia con la voluntad de las empresas.

Este órgano administrativo influía, además, en el cumplimiento voluntario de la norma, participando de la elaboración de códigos de buenas prácticas que, a su vez, fomentaban la existencia de mecanismos de ADR; publicando detalladamente los casos revisados y las cláusulas consideradas abusivas para informar a consumidores, empresarios y demás *enforcers*; y, publicando guías u orientaciones sobre cláusulas abusivas por sector.

Eso no era todo. Además, la OFT tenía el deber de monitorear el cumplimiento de los acuerdos o compromisos referidos a la abstención del uso de las cláusulas consideradas abusivas, si la negociación fracasaba o si el compromiso no se cumplía, entonces la agencia accionaba ante los

tribunales para obtener la declaración de abusividad, llegando así a activar el control judicial.

Como sostiene Bright (2000), es interesante especular por qué esta fórmula mixta de control ha tenido tanto éxito y por qué los proveedores han abandonado o modificado cláusulas generales, sin forzar el asunto hasta llegar al control judicial. Según la autora, presumiblemente, por el miedo a la mala publicidad. También está el hecho de que muchas de las cláusulas pueden ser consideradas injustas sólo en parte, entonces modificándolas se puede salvar parte de su redacción original, en cambio bajo el control judicial se declara toda la cláusula como abusiva y no obligará a los consumidores.

Se podría agregar a lo anterior algún interés por parte de los sectores empresariales de evitar los efectos de la doctrina del precedente, ya que una vez declarada la abusividad de una cláusula, muy probablemente influirá en la modificación, a instancias de la agencia estatal, de todos aquellos contratos que contengan cláusulas similares, sea voluntariamente, por persuasión, por negociación, vía *undertaking*, o por sentencia judicial.

En síntesis, el control preventivo administrativo de cláusulas abusivas del derecho inglés puede ser catalogado como experiencia que se debería mirar como objeto de microcomparación cuando se busca mejorar el respectivo sistema interno. Las razones se resumen a continuación.

Primero, porque reúne varios mecanismos de control: voluntario, administrativo y judicial, atacando a las cláusulas abusivas desde varios flancos, evitando la permeabilidad del sistema.

Segundo, porque el control se ejerce mayormente sobre cláusulas generales de la contratación (UTCCR, 1999: Regulation 12) y no sobre contratos de adhesión en particular. Además, se intenta abarcar sectores del mercado al ejercer control a través de asociaciones de proveedores o siguiendo casos con un alto impacto. Ambas circunstancias maximizan los efectos del control, logrando alcanzar una gran cantidad de potenciales contratos.

Tercero, porque el ejercicio del control administrativo mixto y la activación del control judicial se entrega a varios organismos coordinados por la OFT, lo que refuerza o fortalece el control, sobre todo cuando se trata de materias cuya especialidad requiere de cierta expertiz, como el sector de las telecomunicaciones, por ejemplo.

Cuarto, se evita la sanción buscando el cumplimiento de la norma jurídica.

Por último, si se piensa implementar un trasplante de este modelo a un sistema perteneciente a la familia del *civil law*, el hecho de que el derecho inglés pertenezca a otra familia jurídica no debiera ser obstáculo, toda vez que, como ya se explicó, el derecho del consumo en el Reino Unido se encuentra contenido, especialmente, en leyes.

Se debe tener en cuenta, además, que este sistema o modelo de control preventivo ha sido muy bien valorado a lo largo de su vigencia. Se pueden citar varias opiniones autorizadas, tanto de doctrina como informes de organismos que resaltan su buen funcionamiento. Por ejemplo, Bright ha sostenido que se trata de un sistema particularmente eficaz (Bright, 2000: 332); por su parte la *National Audit Office* ha destacado el éxito del sistema y su eficiencia;⁵⁴ según la Comisión Europea el sistema de control de cláusulas abusivas del Reino Unido ha traído resultados bastante satisfactorios;⁵⁵ Ramsay ha señalado que la experiencia de la OFT evidencia la capacidad de una agencia administrativa para producir cambios en las condiciones generales de un sector;⁵⁶ y Collins, comentando un trabajo de Alpa, sostiene que el trabajo de la OFT parece haber sido especialmente eficaz controlando las cláusulas abusivas y que dicho éxito tiene relación justamente con el enfoque de la agencia que favorece la negociación (Micklitz, 2008: 10).

Las anteriores afirmaciones permiten sostener que el sistema inglés de control preventivo de cláusulas abusivas, conformado de una fórmula mixta y coordinada de mecanismos de control, sin perjuicio del control judicial

⁵⁴ “La persuasión ha sido exitosa: los consumidores se beneficiaron con más de 100 millones de libras esterlinas del trabajo de la OFT en 1998 para combatir las cláusulas abusivas”. “The OFT’s action to combat unfair consumer contracts has secured savings for consumers at least fourteen times the cost of OFT’s consumer protection work but greater savings are possible”, Office of Fair Trading (1999: 7) (la traducción es propia).

⁵⁵ “En su afán por conseguir la supresión efectiva de las cláusulas y lagunas abusivas, algunos sistemas nacionales de control de cláusulas abusivas (como el Ombudsman en los países nórdicos o la Office of Fair Trading en el Reino Unido) han favorecido la negociación directa con los profesionales individuales y las asociaciones profesionales, lo que ha permitido obtener resultados halagüeños” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000: 26).

⁵⁶ “The experience of the OFT in implementing the UTCCR indicates the potential ability of an administrative agency to bring about broad-scale changes in industry terms (eg mobile phones)” (Ramsay, 2012: 330).

represivo, ha logrado la protección de los derechos de los consumidores evitando la incorporación de cláusulas abusivas a un significativo número de contratos y es, por lo tanto, es un modelo de control preventivo ejemplar.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, 2008, “Standard Contract Terms: the Role of the Courts and Moral Persuasion by Independent Authorities”, en COLLINS, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Países Bajos, Kluwer Law Internationals BV.
- APPENZZELLER, Carmen, 2017, “Towards a More Effective Regulation of Unfair Standard Contract Terms in Europe: of Cartels, Watchdogs and a «Gorilla in the Closet»”, *EuCML*.
- BRIGHT, Susan, 2000, “Winning the Battle against Unfair Contract Terms”, *Legal Studies*.
- COTTERRELL, Roger, 2006, “Comparative Law and Legal Culture”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press.
- CSERES, Katalin, 2005, *Competition Law and Consumer Protection*, Países Bajos, Kluwer Law International.
- DAVID, René, 1980, *English Law and French Law: A Comparison in Substance*, London, Stevens & Sons and Calcutta, Eastern Law House.
- GRAZIEDEI, Michele, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en REIMANN, R. y ZIMMERMANN, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HOWELLS, Geraint y WEATHERILL, Stephen, 2005, *Consumer Protection Law*, 2a. ed., Aldershot, Ashgate.
- LIBCHABER, R., 1997, “L’autorité des recommandations de la Commission des clauses abusive”, *RTD Civ.*
- MANCERA, Adrián, 2008, “Consideraciones durante el proceso comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- MAZA, Íñigo de la, 2012, “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”, en BARRIENTOS, C. et al. (eds.), *Consumidores*, Legal Publishing Chile.
- MACDONALD, Elizabeth, 2002, “Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, Director General of Fair-Trading v First National Bank”, *Modern Law Review*, vol. 65.
- MICKLITZ, Hans, 2005, *The Politics of Judicial Co-Operation in the EU. Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge University Press.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 171-198.

- MICKLITZ, Hans, 2008, "Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Terms in Consumer Contracts", en COLLINS, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Países Bajos, Kluwer Law International.
- MORALES, María Elisa, 2017, "Reforma al derecho inglés en materia de cláusulas abusivas", *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- NAVA, Wendolyne, 2017, "Problemas de ejecución en el marco de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos en línea, vinculados al comercio electrónico B2C", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- NIGLIA, Leone, 2003, *The Transformation of Contract in Europe*, Países Bajos, Kluwer Law International.
- RAMSAY, Iain, 2012, *Consumer Law and Policy. Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, 3a. ed., Portland, Oregon, Oxford y Portland, Hart Publishing.
- RIEFA, Christine y WILLETT, Chris, 2018, "Enforcement and Effectiveness of Consumer Law in the UK", en MICKLITZ, Hans y SAUMIER, Geneviève (eds.), *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Springer, Gewerbestrasse.
- WOODROFFE, Geoffrey y LOWE, Robert, 2013, *Woodroffe and Lowe's Consumer Law and Practice*, 9a. ed., Londres, Sweet y Maxwell.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press.

Otros documentos

- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 1993, *Directiva 93/13/CEE del Consejo*, del 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 16 de abril de 1993, DOUE, 21 de abril de 1993.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2000, *Informe de la Comisión sobre la Aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo*, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Bruselas, 27 de abril de 2000.
- LONDON ECONOMICS, 2009, *Evaluation of a sample of Consumer Enforcement Cases*. Disponible en: <http://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/32-Evaluation-of-a-sample-of-OFTs-consumer-enforcement-cases.pdf>, consultado el 9 de agosto de 2015.

- NATIONAL AUDIT OFFICE, 2003, *The Office of Fair Trading Progress in Protecting Consumers' Interests. Report by the Comptroller and Auditor General*, Hc 430 Session 2002-2003, 6 de marzo de 2003.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 2004, *Annual Report and Resource Accounts 2003-2004*, Objective 1: Enforcing Consumer Protection Legislation.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 2004, *Annual Report and Resource Accounts 2003-2004*, Summary of Oft Consumer Law Casework 2003 to 2004 Excluding Consumer Credit.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 1996, *Unfair Contract Terms Bulletin*, núm. 1.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 1999, *Protecting the Consumer from Unfair Trading Practices*.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 2010, *Consumer Law and Business Practice Drivers of Compliance and Non-Compliance*.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 2013, *Consumer protection casework*, 1o. de abril de 2012 al 31 de marzo de 2013.
- OFFICE OF FAIR TRADING, 2014, *Annual Report and Accounts 2013 to 2014*.
- PARLAMENTO DEL REINO UNIDO, 2002, *Enterprise Act*, 7 de noviembre de 2002, sobre los cinco objetivos principales de política de competencia.
- PARLAMENTO DEL REINO UNIDO, 2013, *Enterprise and Regulatory Reform Act*, 25 de abril de 2013.
- EUROPE DIRECT, Case_ID: 1034290/4058184, pregunta sobre Directiva 93/13.
- PARLAMENTO DEL REINO UNIDO, 1994, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (UTCCR)*, Consumer Protection, núm. 2083, vigente a partir del 1o. de julio de 1995.
- PARLAMENTO DEL REINO UNIDO, 1999, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, Regulation 15*, núm. 2083, vigente a partir del 1o. de octubre de 1999.
- SCOTTISH LAW COMMISSION, UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS: A NEW APPROACH?, *Summary of the Issues Paper*, 25 de julio de 2012.

LA TEORÍA ALEMANA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO. UNA CLAVE PARA ENTENDER LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL*

*THE GERMAN THEORY OF ORGANIZATION AND PROCEDURE.
A KEY ELEMENT TO UNDERSTAND THE PROTECTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE SOCIAL STATE*

Miluska ORBEGOSO SILVA**

RESUMEN: En la presente investigación se desarrolla la teoría de la organización y el procedimiento como medio de protección de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-prestacionales que la administración pública entabla con el ciudadano, destinatario de la prestación, en el actual Estado social y democrático de derecho. Se trata de un desarrollo dogmático de la teoría y su posible aplicación en estos supuestos partiendo de la insuficiencia de los principios que clásicamente rigen a la denominada administración de policía connatural al Estado liberal de derecho.

Palabras clave: administración pública, derechos fundamentales, organización, procedimiento, Alemania.

ABSTRACT: *In the present investigation, the theory of organization and procedure is developed as a way of protecting the fundamental rights when the public administration gives social benefits to the citizen, in the current social and democratic rule of law. It is a dogmatic development of the theory and its possible application in these assumptions starting from the insufficiency of the principles that classically govern the so-called police administration connatural to the Liberal Rule of law.*

Keywords: *Public Administration, Fundamental Rights, Organization, Procedure, Germany.*

* Artículo recibido el 28 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 31 de julio de 2018.

** ORCID ID 0000-0003-3791-1994. Universidad de las Américas Puebla. Ex hacienda Sta. Catarina Mártir S/N. San Andrés Cholula, Puebla. C.P. 72810. Correo electrónico: miluska.orbegoso@udlap.mx.

SUMARIO: I. *A modo de introducción.* II. *La teoría de la organización y el procedimiento.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el Estado social, la administración pública ha dejado de ser una administración de policía para transformarse en una administración pública prestadora, lo cual ha llevado a que interactúe de manera más activa y cercana con el ciudadano, destinatario de la prestación.

Hoy en día el ciudadano, sobre todo aquél que se encuentra en una situación de dependencia o necesidad —piénsese en adultos mayores, toxicómanos, personas con alteraciones psíquicas, discapacitados, entre otros—, acuden al Estado a solicitar diversos tipos de prestaciones.¹ En ese escenario, lo que muchas veces sucede es que el usuario de la prestación se ve en la situación de aceptar condiciones que pueden ayudar a solventar la necesidad que tiene pero que pueden afectar a su libertad de pensamiento o de religión; por ejemplo, surge así la cuestión de si es posible un tratamiento diferente respecto de los demás, lo cual genera una suerte de demanda de prestación personalizada. Estas cuestiones dan origen a un sinnúmero de interrogantes que buscaremos resolver en la presente investigación.

La cuestión que aquí se plantea es que existe un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales, ante ello resulta necesario la aplicación de nuevas formas o técnicas para aproximarse a los problemas que ello genera. En Alemania, el énfasis se ha puesto en la teoría de la organización y el procedimiento como elementos imprescindibles para la tutela de los derechos en general.

Las limitaciones en la aplicación de los principios clásicos del Estado de derecho se han solventado atendiendo a la organización y el procedimiento. En ese sentido, podemos afirmar que

¹ Piénsese en una residencia de ancianos o en un centro de salud en donde existe, por un lado, un personal profesional, funcionarios dependientes de la administración pública a cargo de la prestación, que entran en contacto directo con los beneficiarios de esta. Y por otro, estos beneficiarios que buscan salvar la contingencia que ha dado origen a la prestación y que, pese a encontrarse en una situación similar son tan distintos unos de otro, lo cual no es sino consecuencia del pluralismo que existe en la sociedad.

...de forma aún más clara que en sus ámbitos clásicos, se pone de manifiesto en estos casos la relación ambivalente del derecho social con la libertad. La garantía por parte de los poderes públicos del libre desarrollo del individuo crea nuevas dependencias, nuevos problemas de igualdad y tiñe la esfera de la actuación personal con la lógica de los poderes públicos, sobre todo con la burocratización, la profesionalización o la especialización (Schmidt-Assmann, 2003: 149).

De forma que, la libertad puede quedar disminuida si la administración pública no incorpora un procedimiento, que permita la participación del beneficiario en la toma de decisiones, y una organización, que satisfaga la demanda plural de la sociedad. Lo cual supone un gran reto por superar no sólo del derecho administrativo, sino, sobre todo, al derecho constitucional al verse involucrados derechos fundamentales.

La cuestión que se plantea es cómo conseguir una prestación eficaz, asimismo, que la administración pública prestadora de carácter social siga sometida a los límites que le son propios, en particular, el respeto de los derechos fundamentales de los destinatarios de la prestación. Ello exige mecanismos reales y efectivos que garanticen que ésta en cada paso que dé lo haga conforme a la Constitución.

Al respecto, debemos insistir en que para el caso de las prestaciones sociales de servicios y/o materiales caracterizadas por un elemento marcadamente personal, una vez que el Estado, previa decisión legislativa, las ejecuta, debe hacerlo teniendo en cuenta unas concretas exigencias, las cuales se desprenden no sólo desde la cláusula del Estado social y democrático de derecho, sino también sobre todo desde las concretas circunstancias en que se encuentra el destinatario de la prestación y que han dado origen a la contingencia que se busca superar. Se trata de un sujeto que está en una situación de necesidad concreta y, a su vez, de alguien que, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se ha configurado a sí mismo de un modo determinado, ideológica, social y culturalmente. Si la administración pública no respetara sus concretas circunstancias podría incidir negativamente en sus derechos fundamentales y, asimismo, incumplir las exigencias que se derivan de la mencionada cláusula al intentar “imponer su decisión”.

En ese orden de ideas, podemos ver que la cláusula del Estado social genera distintas situaciones; por un lado, da origen a la política social que

busca promover la protección de los derechos fundamentales a través de recursos y prestaciones que ejecuta el Estado con la finalidad de garantizar una vida digna para el ciudadano; pero, por otro lado, da lugar a una suerte de “zona de peligro” (*Gefahrenzone*) para los derechos fundamentales. No sólo, por la incertidumbre que respecto de ellos genera la actuación administrativa prestadora, sino porque se presume que su garantía, en estos casos, también debe confiarse a las tradicionales formas de protección de los derechos fundamentales cuando ya los avances de la técnica y la gran tarea del Estado social hace cada vez más inhumana su actuación (Haberle, 1972: 56). Es por ello, que Estado y comunidad deben trabajar juntos para así evitar la dependencia inhumana y disminuir las desigualdades sociales.

Por otro lado, sabemos también que las normas relativas a las prestaciones de carácter social son, por lo general, de carácter abierto y están dirigidas a individuos activos, grupos o a órganos del Estado (Haberle, 1972: 48). Ello, si bien permite cierta flexibilidad ante las situaciones cambiantes, sin lugar a duda también genera incertidumbre, en particular, respecto de la actuación administrativa material, la cual puede acarrear afectación de derechos fundamentales. En vista de ello, debido a que en estos casos resulta imposible la regulación material de la actuación administrativa, al menos se deben regular los presupuestos de la misma, como son la organización y el procedimiento.

Así, el que las prestaciones administrativas de carácter social se brinden en el ámbito propio de los derechos fundamentales, se transforma en el dato determinante para una adecuada conformación del marco normativo dentro del cual deben darse estas prestaciones. En estos casos, la existencia de un procedimiento resulta ser una exigencia de los derechos fundamentales y la participación del beneficiario algo connatural y necesario para el éxito de la prestación (Rodríguez de Santiago, 2007: 104-105); y así también, la implementación de una organización de tipo plural.

II. LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO

En la discusión actual sobre los derechos fundamentales, en Alemania, no hay tema que haya despertado tanto interés como la vinculación entre la organización, el procedimiento y los derechos fundamentales

(Alexy, 2007: 416). Sin embargo, debemos precisar que conforme a lo señalado por Alexy, su uso es poco técnico pues abarca un espectro muy amplio (Alexy, 2007: 452).

Por tanto, a fin de tener un estudio introductorio acerca de esta teoría debemos enfocarnos necesariamente en Alemania y a su desarrollo en este país. Su origen lo encontramos a mitad de los años setenta cuando aún se mantenía la controversia respecto del Estado de derecho y el Estado social, referida a la función de los derechos fundamentales ya sea como derechos de defensa o como derechos de participación y de prestación (Schmidt-Assman, 2006: 291); y vinculado en concreto, con la idea de la organización y el procedimiento como mecanismos de protección de esos mismos derechos. Ello, no obstante, se trata de conceptos que ya habían sido incorporados por la jurisprudencia aunque aún no se había realizado una construcción teórica al respecto (Alexy, 2007: 461).

1. *Una aproximación a la teoría*

A. *Antecedentes*

En la formulación originaria de esta teoría tuvo un papel fundamental la reivindicación que hacía Peter Häberle en la reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Público en 1971 y en su posterior escrito (Häberle, 1972: 56) sobre la sustantiva posición fundamental de los derechos fundamentales, especialmente referida a los múltiples y nuevos desafíos que se afrontan en el Estado social, debido a que hoy nos encontramos frente a un Estado que progresivamente se hace responsable de las condiciones que permiten un pleno disfrute de los derechos (Schillaci, 2010: 213). La postura del profesor alemán remarcaba la existencia de un debido proceso en el estado de las prestaciones para expandirse luego en un nuevo *estatus* del ciudadano, un *status activus processualis*. Ello se traducía en la necesidad de que en determinados casos, una adecuada protección de los derechos fundamentales exige la existencia de un procedimiento adecuado que permita al individuo participar en la formulación de aquellas decisiones que incidan en su esfera de intereses.

Asimismo, la sentencia del caso *Mülheim-Kärlich*,² del 20 de diciembre de 1979, ayudó en la consolidación de esta teoría, cuyo efecto más importante fue que a partir de entonces, y hasta nuestros días, los derechos fundamentales se han estudiado también desde la perspectiva organizativo-procedimental, incluso en el derecho privado (Schillaci, 2010: 995). De igual manera, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de Asilo, del 25 de febrero de 1981 y la puesta en vigor de la décima edición del Código Social (*Sozialgesetzbuches SGB X*), del 18 de agosto de 1980, se dio inicio a un desarrollo a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo de la importancia del procedimiento y la organización para los derechos fundamentales (Denninger, 2004: 292 y 293), convirtiéndose en el tema “en boga” de los años ochenta (Stern, 1984: 955).

De igual manera, la tesis de Konrad Hesse supuso un complemento importante a esta teoría. Conforme a ella, la organización y el procedimiento a menudo resultan ser un medio, quizá el único existente, para producir un resultado conforme a los derechos fundamentales y para garantizar su eficacia (Hesse, 1978: 434 y ss). En ese sentido, señala el jurista, la idea de “organización y procedimiento” responde a las condiciones en

² Caso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el cual se impugnaba una autorización concedida a la mencionada central nuclear, del 24 de junio de 1976, por una residente de Coblenza (a 7km. de la central nuclear), debido a los cambios que había introducido la central relacionados con nuevas edificaciones sin realizar un nuevo procedimiento de autorización. La demandante se amparaba en el artículo 7.1 de la Ley de Energía Atómica, conforme al cual cualquier cambio esencial en la instalación o en su funcionamiento requería de un nuevo procedimiento de autorización, señalando la afectación de su derecho a la vida y a la integridad física (2.2 LFB) y su derecho a la protección judicial (19.4 LFB); y solicitaba también, como medida cautelar, la suspensión de la orden de ejecución de estas edificaciones.

Aunque la sentencia desestimó la pretensión de la demandante, sentó una importante doctrina jurisprudencial al señalar que “los derechos fundamentales del artículo 2.2 LFB influyen también en la aplicación de las disposiciones sobre los procedimientos administrativos y judiciales de autorización de las centrales nucleares, cuya misión reside, precisamente en proteger la vida y la salud frente a peligros de la energía atómica. Ello, no significa que cada error procesal en una medida del derecho atómico haya de juzgarse como una lesión de derechos fundamentales. Una vulneración semejante surge cuando las autoridades administrativas inobservan aquellas medidas procedimentales que el Estado ha promulgado en cumplimiento de su deber de protección del artículo 2.2 LFB” (*BVerfGE*, 53, 30: 65 y 66). En ese sentido, se entiende que las normas que regulan la participación en los procedimientos de autorización nuclear forman parte de este tipo de medidas concretizadoras del mínimo de protección exigido (*BVerfGE*, 53, 30: 66).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 199-219.

que hoy en día se desarrolla la libertad, esto es en el Estado social a través de la protección, prevención y distribución estatal. Ello requiere un mayor grado de delimitación, demarcación y cartografía de las zonas de la libertad humana: aquí la organización y el procedimiento con frecuencia han demostrado ser un medio para resolver los problemas a los que nos enfrentamos y, en este sentido, para garantizar los derechos fundamentales (Denninger, 2004: 121 y ss). Aunque, debemos señalar, hay voces que propician una cierta cautela en su aplicación (Ossenbuhl, 1982: 2), si bien no rechazan una interpretación de los derechos fundamentales a la luz del procedimiento.

Finalmente, se debe precisar que “organización” y “procedimiento” se encuentran íntimamente vinculados, y que, a veces, no se logran separar, pues hablar de una organización reconduce a un procedimiento interno y viceversa (Denninger, 2004: 312 y 313). De igual manera, es menester señalar que la aplicación de esta teoría en la protección que se da a los derechos fundamentales se presenta ya en distintos casos en los modernos Estados. Bajo la técnica de “organización y procedimiento” se busca abarcar distintos temas, los cuales van desde los derechos a la tutela judicial efectiva hasta la formación de órganos colegiados en las universidades (Alexy, 2007: 419), donde existen una serie de medidas a nivel organizativo y procedimental con la finalidad de garantizar el mejor ejercicio de los derechos que en cada caso corresponda. En ese sentido, “hoy puede decirse que... a todo derecho fundamental material le están adscritos derechos procedimentales” (Alexy, 2007: 452).

Asimismo, han tenido aplicación en los procesos judiciales, en el sufragio en las organizaciones, en el derecho de petición de los representantes nacionales y de las autoridades competentes, así como en temas de igualdad entre hombre y mujer, matrimonio, derecho de asilo, educación privada, coaliciones, elección de la formación, secreto de las comunicaciones, entre otros (Stern, 1988: 956).

B. *Clasificaciones*

La relación entre derechos fundamentales-organización-procedimiento ha dado origen, en la doctrina alemana, a una serie de clasificaciones (Denninger, 2004: 441 y ss). Así, Alexy (2007: 429-443) divide los

derechos a organización y procedimiento en cuatro grupos: primero, las competencias de derecho privado, que se refieren a los derechos frente al Estado para que éste expida normas necesarias para la realización de actos jurídicos en el ámbito privado; segundo, los procedimientos judiciales y administrativos, a los cuales denomina procedimientos en sentido estricto y que se refieren a los derechos a una tutela judicial efectiva; tercero, la organización en sentido estricto, poniendo como ejemplos el derecho universitario, de radiodifusión y de cogestión, los cuales tienen en común que “regulan la cooperación de numerosas personas, orientadas a determinados fines”; y cuarto, la formación de la voluntad general, que contiene los derechos del ciudadano frente al Estado para que éste cree los procedimientos necesarios para la participación en la formación de la voluntad general.

De igual manera, resulta relevante para el caso que comentamos la clasificación que los divide en: derecho a la organización y procedimiento (derechos cuyo objeto específico son organizaciones y procedimientos, relacionados con la protección judicial de los derechos fundamentales, los cuales, tienen un valor en sí mismos), derechos *con* organización y procedimiento (los cuales suponen garantías cuyo cumplimiento se considera imprescindible para asegurar el bien jurídico, resultando una íntima vinculación más estrecha; por ejemplo, las reservas de jurisdicción), y derechos *mediante* organización y procedimiento (donde éstos constituyen elementos necesarios para salvaguardar ciertos derechos, los cuales tienen un valor subordinado e instrumental) (Schmidt-Assman, 2006: 994), siendo en esta última en la que debe enmarcarse la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales.

2. *Realización y aseguramiento de los derechos fundamentales*

La técnica de la organización y el procedimiento está relacionada con distintos temas o materias pero que siempre se encontrarán bajo la fórmula de “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento” (Alexy, 2007: 419). Al respecto, debemos precisar, en primer lugar, que de todas las clasificaciones que existen en torno a la relación entre derechos fundamentales y la organización y el procedimiento, la que nos interesa es la que se refiere a su protección *me-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 199-219.

diante esta técnica (*Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren*), que es la que incluye el grupo de casos más tratados (Alexy, 2007: 994); y, en segundo lugar, que la existencia de esta teoría supone para la administración pública prestadora la presencia de una concreta exigencia que deberá respetar.

Como veíamos anteriormente, los derechos fundamentales en el Estado social ya no se realizan *frente* al Estado interventor sino *en* el Estado prestador, lo cual exige que el Estado ponga a disposición del individuo formas de organización y procedimiento para hacer valer esos derechos. En ese orden de ideas, podemos concluir diciendo que en el Estado social se hace necesaria la creación de estructuras organizativas y procedimentales para la adecuada protección y eficacia de los derechos fundamentales (Häberle, 1972: 43 y ss.).

De igual manera, y conforme a la jurisprudencia alemana,³ la organización y el procedimiento brindan una posibilidad óptima de protección y realización directa de los derechos fundamentales, facilitando una libertad garantizada por la Constitución mediante la disposición de instalaciones o servicios, teniendo en cuenta los recursos disponibles y la demanda existente. En ese sentido, tanto la organización como el procedimiento pueden entenderse como una forma de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en el marco de las tareas que cumple el moderno Estado social prestador (Rodríguez, 2007: 134).

Asimismo, entre los centros de interés de esta “nueva administración” debemos destacar el énfasis en los valores humanos, en la organización y en las técnicas que contribuyan a mejorar las relaciones humanas y a hacer efectiva la participación (Dwight, 1974: 790). La forma en que el Estado —en concreto la administración pública— se enfrenta aquí a los derechos fundamentales —es decir, no como una administración de policía que sólo ve en ellos un límite a su actuación sino como una administración prestadora que busca también realizar la cláusula social—, demanda la creación

³ *BVerfGE* 37, 132 (140). Asimismo, en la *BVerfGE* 35, 79 (116), fallo sobre las universidades, señala el Tribunal Alemán que al titular del derecho fundamental del artículo 5, párr. 3, LF le debe ser concedido “un derecho a aquellas medidas, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado”. Y en la *BVerfGE* 24, 367 (402 s.), fallo sobre la Ley del Parlamento de Hamburgo sobre represas, el Tribunal Alemán admite la realización de una expropiación forzosa sólo si previamente se ha realizado un procedimiento de expropiación administrativa. Sentencias que resultan paradigmáticas en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales a través del *procedimiento y la organización*.

de un marco organizativo y procedimental de las prestaciones que siga permitiendo al ciudadano ser el dueño de sus propias decisiones vitales (Rodríguez, 2007: 130). Asimismo, Häberle señalaba que los derechos fundamentales, sobre todo los de libertad, cada vez dependen más del procedimiento y organización que realice el Estado de las prestaciones o Estado social (Häberle, 1972: 52).

La organización y el procedimiento como medios de protección de los derechos fundamentales en las prestaciones personales de servicios y/o materiales, exigen en la administración pública “una reforma que le permita adaptarse a un cambio de sus funciones y roles tradicionales, dando una mayor relevancia a la gestión de prestación frente a la tradicional gestión de autoridad...” (Rodríguez-Arana, 2002: 43). Además de ser responsable en el sentido de que se respete al destinatario de la prestación como persona, pero no desde la lejanía, sino a través de su participación en el procedimiento y mediante una organización de las prestaciones de tipo plural, pues de ello dependerá la conquista de su proyecto vital. Siendo en estos casos un elemento definitivo su consentimiento o decisión informada, no sólo para alcanzar la adecuada satisfacción de sus necesidades, sino también como mecanismo de legitimación de la actuación estatal. Así, es que podemos entender aquello que Zagrebelsky señalaba de que en el Estado de policía existía una sociedad de menores; mientras que, en el Estado liberal, una sociedad de adultos (1995: 29), los cuales definen el curso de su vida mediante decisiones personales responsables.

En ese orden de ideas, podemos ver qué tan relevante es la tarea que debe cumplir la administración pública prestadora, la cual deberá también asegurar los medios organizativos y procedimentales necesarios para que se gestione con eficacia los intereses que la sociedad le confía “pues tan nocivo para ésta —para la sociedad, para los ciudadanos— es el autoritarismo administrativo, el abuso del poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración” (Sánchez, 1994: 102). Pues mediante estos conceptos se podrá lograr no sólo un control más eficaz de la actuación administrativa prestadora, sino también su eficacia y eficiencia.

3. *Sobre la organización y el procedimiento*

A. *La organización*

El Estado, y en concreto lo entes públicos, necesita estructuras organizativas para actuar, a fin de cumplir con las funciones que se les encargan desde la Constitución o desde las leyes (Schmidt-Assmann, 1998: 11) y la administración pública prestadora no es una excepción a esta regla.

El concepto de organización no es uniforme en el derecho, aunque principalmente se refiere a las instituciones o a la organización interna de las mismas; sin embargo, el concepto que nos interesa es el que tiene que ver con los derechos fundamentales. La organización a la que nos referimos tiene unos caracteres especiales que se traducen no sólo en la forma en que la administración deberá estructurarse o configurarse para cumplir con lo mandado por las leyes, sino que servirán, sobre todo, para el caso que comentamos, como mecanismo de protección de los derechos, especialmente el de libertad, del destinatario de la prestación.

La conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública en un sentido conforme a los derechos fundamentales implica directamente la apertura de aquellos a la participación de los titulares de los derechos, y eventualmente a la organización exponencial de sus intereses (Denninger, 2004: 217). En vista de ello, el concepto de organización que empleemos debe ser amplio e incluso debe permitir consideraciones del derecho procedimental (Rodríguez, 2007: 138), así como del derecho presupuestario y de la función pública (Schmidt-Assmann 1998, 20). Al respecto, conviene precisar que cada vez que hablemos de organización nos tendremos que remitir al procedimiento, y viceversa. Si el procedimiento se puede definir de forma general como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado” (Alexy, 2007: 419), la organización aparece como un elemento previo a éste (Stern, 1984: 960).

Asimismo, a fin de entender la organización a la que nos referimos, debemos diferenciar los derechos de los individuos a una organización, de los derechos de los individuos frente a la organización (Alexy, 2007: 435). Los primeros, que son los que nos interesan, se refieren al derecho de la persona frente al legislador para que expida normas de organización con-

forme a los derechos fundamentales, esto es, en respeto a la dignidad y al pluralismo.

Por tanto, el concepto de organización que empleamos “se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios” (Rodríguez, 2007: 162). Esto es, a una administración pública prestadora organizada donde existe una actuación institucionalizada y un mayor número de actores que interactúan regularmente con muy diferentes objetivos (Schmidt-Assmann, 1998: 1005). Donde lo plural se torna el elemento determinante para definirla.

Siempre que se piensa en la administración pública se vislumbra una mega estructura, organizada tanto jerárquica como territorialmente, que actúa vinculada al derecho y sometida a determinadas formas, pues en definitiva, “la intervención administrativa es intervención organizativa” (Schmidt-Assmann, 1998: 258). Y en ese sentido, se ha dicho y creemos con acierto, que “la medida real del bienestar social no se encuentra en las leyes, que son meras proposiciones normativas, sino más bien en la organización administrativa” (Nieto, 2000: 556). Y ello es así, pues en la medida en que la administración pública, encargada de ejecutar materialmente las prestaciones, se organice adecuadamente, de forma que existan canales de comunicación y/o interacción entre administración y ciudadano, la eficacia de la cláusula social será aún mayor para evitar a toda costa que “los derechos de prestación no se transformen en deberes y no conlleven obligaciones que a causa, por ejemplo, de una insuficiente información o por falta de comprensión de un texto complejo, exijan demasiado de los que tienen derecho a la participación, transformándolo así en una farsa” (Häberle, 1972: 182 y 183).

Por ello, el derecho de la organización permite que la actividad de prestación de la administración pública se inserte en estructuras (Schmidt-Assmann, 1998: 251) que deberán dar respuesta a aquella asimetría existente entre la neutralidad estatal y la pluralidad social, que es un reflejo de la asimetría entre la competencia estatal y la libertad del ciudadano. Mientras los ciudadanos actúan con una libertad jurídicamente ordenada, los órganos estatales actúan con una competencia jurídicamente otorgada (Rodríguez, 2007: 164 y 165). Esto es, como ya hemos subrayado, que mientras el destinatario de la prestación goza de una libertad por naturaleza, la administración pública prestadora no. Aunque su actuación en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales es “libre”,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 199-219.

o mejor dicho más flexible, aún se encuentra condicionada por las exigencias que se derivan de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Así, la administración pública prestadora se transforma en pieza fundamental de la estructura y de la acción del Estado para la renovación y producción constituida de la integración social (Parejo, 1998: 539). Al respecto, podemos ver que la administración pública tiene un sentido político, pues a través de su actuación transmite una serie de valores y principios, y busca materializar fines públicos. Ello significa que no sólo es brazo ejecutor del gobierno, sino que busca transformar y moldear a la sociedad (Arenilla, 2011: 18-20). “La administración es el instrumento en manos del Gobierno para plasmar en obras los ideales y programas políticos” (López, 1963: 96). En ese sentido, se necesita de una administración infraestructural que busque la previsión y la planificación (Parejo, 1998: 45), pero sobre todo, que se encuentre adecuadamente organizada a fin de satisfacer las necesidades de esa sociedad plural a quien dirige su actuación.

B. *El procedimiento*

a. Alcances generales

Todos los asuntos públicos que corren a cargo de la Administración discurren a través de un procedimiento determinado (Fernández, 1988: 104). Así, en el derecho administrativo, el procedimiento se define como “el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego” (Bocanegra, 2006: 84).

De esa definición, que es la común en la doctrina, se pueden extraer muchas características del procedimiento administrativo que interesan respecto del tema objeto de nuestro estudio, puesto que se caracteriza por alcanzar un fin, por ser garantía para el ciudadano, por revestirse de legalidad, por velar por el interés público. Notas o elementos que recogen exigencias derivadas de la cláusula del Estado social y de derecho pero que, sin embargo, no atienden el elemento clave, la participación del ciudadano. Se trata de una definición desde el derecho administrativo que

sólo contempla la participación de la administración pública, que sólo tiene por finalidad garantizar los derechos de los ciudadanos afectados sin que éstos tengan una actuación activa en el mismo, o en todo caso, esta no es un elemento importante que ayude a definir el procedimiento administrativo; cuando, como bien señala Luhmann, el procedimiento no es idéntico al proceso de toma de decisión, sino que se trata de un sistema social, de una actuación fáctica o material de un sistema de interacción (Luhmann, 1978: 3 y ss.).

En este sentido, Alexy (2007: 420) diferencia los derechos cuyo procedimiento debe interpretarse de conformidad con la Constitución,⁴ de aquellos derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales. Los primeros van dirigidos al juzgador, mientras los segundos, que son los que ahora nos interesan, al legislador, y en última instancia a la administración pública prestadora, y son en los que nos centraremos.

La noción de procedimiento que aquí empleamos no se refiere al concepto clásico de procedimiento administrativo sino a una construcción teórica de otro tipo que permite la concreción y desarrollo de las prestaciones personales de servicios y/o materiales (Schmidt-Assmann, 1998: 288 y 289). De modo que el procedimiento puede ser definido como una serie de operaciones estructuradas de extracción de información y de procesamiento de la producción de decisiones, las cuales, se componen de una variedad de acciones e interacciones que tienen su propia dinámica de desarrollo, no predecible en todos los puntos (Schmidt-Assmann, 1998: 1005), teniendo por finalidad una suerte de confrontación de los intereses en juego antes de que entren en conflicto (Häberle, 1972: 87). O como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado” (Alexy, 2007: 419), donde lo importante es alcanzar ese resultado mediante el respeto de reglas y principios, con base en lo que se podrá calificar la actuación de positiva o negativa (Alexy, 2007: 419).

El concepto de procedimiento al que nos referimos está vinculado con la relación jurídico prestacional que se establece entre administración pública prestadora y destinatario de la prestación. Se trata pues de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de la administración pública y el ciudadano necesitado;

⁴ Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el derecho a la ejecución forzosa en *BVerfBE* 46, 325 (33 y ss.); 49, 220 (225 y ss.); 49, 252 (256 y ss.); 51, 150 (156).

y referido al marco procedimental con base en el que esta relación se va a desarrollar, dirigido “a la concreción del contenido del derecho prestacional del destinatario en una forma que se corresponda con el resultado que se pretende: éxito de la prestación, superación... de la situación de necesidad que constituye su causa y su finalidad” (Rodríguez, 2007: 140).

b. Elementos del procedimiento

De modo general, lo que establecen las normas procedimentales referidas a las prestaciones personales de servicios y/o materiales son la sucesión de actos, la posición y condiciones jurídicas del sujeto prestador, los derechos y garantías del destinatario de la prestación, etcétera (Rodríguez, 2007: 140). Sin embargo, de la idea de procedimiento se desprenden dos elementos o conceptos fundamentales, la reserva procedimental y el estatus *activus processualis*, que identifican aspectos determinantes de la idea de procedimiento que comentamos.

i. Reserva procedimental

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales encuentra un campo de aplicación complejo cuando nos referimos a la actuación administrativa prestadora de carácter social, pues en esta puede darse un riesgo de afectación de determinados derechos fundamentales o una restricción a los mismos, en especial de la libertad. A fin de obtener una solución, debido a la tensión que puede existir entre el establecimiento de un orden jurídico social y la responsabilidad para con la libertad de cada persona, vemos que el legislador tiene cierta libertad para determinarla;⁵ sin embargo, sabemos que la garantía de la reserva de ley en estos casos no se aplica, puesto que la actuación administrativa prestadora de carácter social no constituye *per se* un límite o restricción a los derechos fundamentales. En vista de ello, podemos señalar que en estos supuestos “la reserva de ley se transforma en reserva del procedimiento” (Häberle, 1972: 87).

De modo que, para el caso de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales se hace necesario que el legislador determine o confíe en manos de la administración, a través del regla-

⁵ BVerfGE 113, 167; 44, 70 (89 f); 89, 365 (376); 103, 172 (185.)

mento (Santamaría, 2004: 383),⁶ la implementación de un procedimiento como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales del destinatario de la prestación.

El procedimiento, en estos casos, tiene una connotación especial en lo que respecta a los derechos fundamentales pues “conforme al postulado del Estado de derecho, las intervenciones del Estado en la esfera que los derechos fundamentales garantizan al individuo, deben, en la medida de lo posible, ser previsibles y anticipadamente calculables” (Benda, 2001: 506). La “reserva procedimental” apunta a que el Estado sólo puede desarrollar su actividad prestacional en ámbitos en los que se pueden afectar derechos fundamentales cuando exista un mínimo de procedimiento adecuado para que sus propios titulares los hagan valer a través de su participación. Se trata de una superación de la centralidad del *statu negativus* para pasar a un responsable desarrollo de la dimensión procedimental de las libertades fundamentales (Häberle, 1972: 51).

ii. *Statu activus processualis*

El segundo elemento de la idea de procedimiento que comentamos es el *statu activus processualis*, el cual se encuentra presente como elemento fundamental desde los orígenes de esta teoría. Si la reserva procedimental se refiere a la existencia misma del procedimiento como mecanismo de garantía de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación jurídica prestacional; el *statu activus processualis* se refiere a la participación efectiva del destinatario de la prestación en el procedimiento a través del cual discurre su configuración y desarrollo.

En ese orden de ideas, siempre que nos referimos a los estatus del ciudadano recordamos necesariamente la ya famosa teoría de Jellinek al respecto sobre la relación Estado-ciudadano en el plano del derecho público, quien señala que el ser humano tiene cuatro estados o posiciones frente al Estado. Un *statu subiectionis*, que constituye aquel ámbito pasivo donde el hombre tiene obligaciones; *statu libertatis*, que es el ámbito negativo o de las libertades; *statu civitatis*, que es el *statu positivus* a través del cual el individuo puede solicitar al Estado pretensiones positivas; y el *statu* de la ciudadanía

⁶ Lo cual puede aplicarse en este caso, al confiar al reglamento la implementación de un procedimiento adecuado cuando la ley no lo disponga taxativamente.

activa, por el cual se le da al individuo capacidades que naturalmente no posee, que sirven para la formación de la voluntad estatal, como el caso del sufragio (Alexy, 2007: 87; Jellinek, 1963: 219-232).

La teoría de los estatus ha sido ampliamente estudiada, pero lo que de ella nos interesa es la revisión que Peter Häberle plantea al respecto, señalando que en el Estado social se genera una nueva relación y así un nuevo estatus, el *statu activus processualis*. Éste se ha convertido, en palabras de Schmidt-Assmann, en el elemento más importante de la teoría de los derechos fundamentales (Schmidt-Assman, 2006: 263), el cual, según el jurista, debería adscribirse al estatus positivo (Häberle, 1972: 73) pues como señala Alexy (2007: 425) el objeto de estos derechos, la organización y el procedimiento, están esencialmente constituidos por competencias del Estado, en particular del legislador debido a que los derechos a la organización y el procedimiento son derechos a competencias.

Al respecto, podemos señalar que hoy la problemática social descansa en que las necesidades sociales del individuo no tienen un adecuado *status activus processualis* porque su satisfacción depende de la benevolencia de la administración pública (Bachof, 1954: 57). Asimismo, en este escenario, en el que la administración pública prestadora se constituye como un posible vulnerador de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, “el *status* negativo ya no es suficiente para los nuevos peligros que se generan para con los derechos fundamentales” (Haberle, 1972: 73) debido a la generalidad de la ley que la regula. En vista de ello, el *status activus processualis* lo que “reclama” es un derecho al procedimiento y una participación en el mismo del destinatario de la prestación. Por ello, se trata de un estado de participación en y alrededor del Estado social (Häberle, 1972: 81).

El *status activus processualis* enfatiza la necesidad de que en determinados ámbitos una correcta protección de los derechos fundamentales garantice un procedimiento adecuado que permita al individuo participar en la formación de aquellas decisiones que inciden en su esfera de intereses. Es decir, “se manifiesta en la influencia directa del titular, a través de la participación, sobre la determinación del contenido del derecho en sede del procedimiento público de decisión” (Schillaci, 2010: 235), la cual puede abarcar también cualquier medida de tipo organizativo (Alexy, 2007: 430 y 431).

En ese sentido, el *status activus processualis* destaca la vertiente jurídico-procedimental de los derechos e implica la participación en el procedimiento de los titulares de los derechos (Haberle, 1972: 81-86). Con lo cual se busca que el destinatario de la prestación participe en la configuración y ejecución de la misma, lográndose así una mayor eficacia en la protección del contenido material de sus derechos fundamentales que la que ofrece una protección *a posteriori* (Haberle, 1972: 88). Lo cual resulta una exigencia de los derechos fundamentales pues en este escenario la forma más adecuada de garantizar su protección es permitiendo que el destinatario de la prestación participe en la configuración y ejecución de la misma, manifestando sus concretas necesidades y preferencias. Se trata pues de un *statu* en el que los grupos o el individuo se autorrepresentan creándose así un nuevo campo de actuación para el ciudadano (Häberle, 1972: 130).

III. CONCLUSIONES

Somos de la idea, que las nuevas exigencias respecto de los derechos fundamentales que se presentan en la relación entre administración pública prestadora y ciudadano se pueden canalizar a través de dos conceptos fundamentales: la organización y el procedimiento. En ese orden de ideas y conforme a los planteamientos descritos anteriormente podemos arribar a las siguientes conclusiones.

- 1) Mediante la organización y el procedimiento se logra, primero, una garantía *ex ante* de los derechos fundamentales en la relación prestacional, a través de la participación del destinatario de la prestación en la configuración y ejecución de esta; y mediante la organización interna de la prestación y del sistema de prestaciones mediante la cual, se logra la satisfacción de la demanda de una sociedad plural. En segundo lugar, porque la existencia de un procedimiento y organización adecuados resulta una exigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que, como principios que son, también inspiran el entero ordenamiento jurídico y demandan, por tanto, que los poderes implementen las estructuras necesarias a fin de que su vigencia sea real y efectiva. Y, finalmente, porque mediante la organización y el procedimiento se puede

lograr la materialización del elemento marcadamente personal que caracteriza a estas prestaciones, pues se permitirá la adecuada configuración de la prestación a la medida de la persona.

- 2) Con el concepto de procedimiento no nos referimos al clásico de procedimiento administrativo, el cual se remite únicamente a la actuación de la administración, sino que se trata de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de la administración y el ciudadano necesitado; y referido asimismo al marco procedimental con base en el cual esta relación se va a desarrollar. Esto es, un procedimiento “a la medida de la persona”, pues representa la importancia que tiene para la protección de los derechos del destinatario de la prestación el atender a las concretas circunstancias que han dado origen a la prestación y que sólo se conseguirá mediante su participación directa en la configuración y ejecución de la misma.
- 3) La organización, por su parte, se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios. Ésta hace referencia a la organización interna de la prestación, pero también al sistema general de prestaciones. Tiene que ver con la idea de pluralismo social y la forma a través de la cual se concreta esta exigencia en la prestación, y lleva dos aspectos: el primero, en que la oferta prestacional sea plural, esto es que existan centros tanto públicos como privados que provean prestaciones, siendo fundamental la ayuda del denominado “tercer sector”, aunque sobre el Estado seguirá recayendo la responsabilidad de control e inspección. Y segundo, en que la prestación internamente también sea plural, lo cual significa que existan distintas prestaciones adecuadas para cada contingencia y, asimismo, a que éstas, a su vez, incorporen un abanico de tratamientos u opciones, igualmente satisfactorios, pero en donde cada uno de ellos, en menor o mayor medida, se adecuarán a las concretas circunstancias y preferencias del destinatario de la prestación, esto es, a su autodeterminación. De este modo, se permitirá satisfacer el elemento marcadamente personal que caracteriza a este tipo de prestaciones que exige una suerte de actuación administrativa prestadora a la medida de la persona, y respetuosa con la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2007, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARENILLA SÁEZ, Manuel, 2011, “Marco teórico actual de la administración pública”, en ARENILLA SÁEZ, Manuel (ed.), *Crisis y reforma de la administración pública*, La Coruña, Netbiblo.
- BACHOF, Otto, 1954, “Begriff Und Wessen Des Sozialen Rechtsstaat”, *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co.
- BENDA, Ernst, 2001, “El Estado social de derecho”, en BENDA, Ernst *et al.* (eds.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, 2006, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Navarra, Thomson-Civitas.
- DENNINGER, Erhard, 2004, “Staatliche Hilfe Zur Grundrechtsausübung Durch Verfahren, Organisation Und Finanzierung”, *HStR*, Heidelberg, Müller Verlag.
- DWIGHT, Waldo, 1974, *La administración pública del cambio social*, España, Escuela Nacional de Administración Pública.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, 1988, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, *Gobierno y administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales.
- HÄBERLE, Peter, 1972, “Grundrechte Im Leistungsstaat”, en AAVV, *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co.
- HESSE, Konrad, 1978, “Bestand Und Bedeutung Der Grundrechte in Der Bundesrepublik Deutschland”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Viena.
- JELLINEK, Georg, 1963, *System Der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Darmstadt.
- LÓPEZ RODO, Laureano, 1963, *La administración pública y las transformaciones socioeconómicas*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- LUHMANN, Niklas, 1978, *Legitimation Durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied.
- NIETO, Alejandro, 2000, “La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.* (eds.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas.

- OSSENBUEHL, Fritz, 1982, “Grundrechtsschutz Im Und Durch Verfahrensrecht”, en MULLER, Georg (ed.), *Staatsorganisation Und Staatsfunktionen Im Wandel. Festschrift Für Kurt Eichenberger Zum 60.*
- PAREJO ALFONSO, Luciano, 1998, “El ciudadano y el administrado ante la administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (ed.), *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2002, “Reformas y modernización de la administración pública española”, en CALVO CHARRO, María (ed.), *La administración pública española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2007, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, 1994, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, 2004, “La administración como poder regulador”, en SAINZ MORENO, Fernando (dir.), *Estudios para la reforma de la administración pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- SCHILLACI, Ángelo, 2010, “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad”, *ReDCE*.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 1998, *Das Allgemeine Verwaltungsrechts Als Ordnungsidee. Grundlagen Und Aufgaben Der Verwaltungrechtlichen Systembildung*, Heidelberg.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 2003, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la Construcción sistemática*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 2006, “Grundrechte Als Organisations- Und Verfahrensgarantie”, en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jurgen (eds.), *Handbuch Der Grundrechte*, Heidelberg, Müller Verlag.
- STERN, Klaus, 1984, *Das Staatsrechts Der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München.
- STERN, Klaus, 1988, *Das Staatsrechts Der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.

LOS DAÑOS PUNITIVOS: ANÁLISIS CRÍTICO DESDE EL DERECHO COMPARADO*

PUNITIVE DAMAGES: CRITICAL ANALYSIS FROM COMPARATIVE LAW

Gisela María PÉREZ FUENTES**

RESUMEN: La responsabilidad civil es una de las instituciones propias del derecho civil que ha evolucionado en el sistema jurídico mexicano e internacional en correspondencia con la constitucionalización del derecho civil. La función primordial de la responsabilidad civil actualmente es su reparación integral, pero ¿cómo se manifiesta este cambio paradigmático en los sistemas jurídicos? ¿Será necesario aplicar instituciones del *common law* como los daños punitivos separadas de la función compensatoria propia de los países del sistema continental? Todas estas preguntas son abordadas en el siguiente artículo analizando el origen de la figura y su aplicación en el derecho comparado.

Palabras clave: responsabilidad civil, derecho de daños, indemnización compensatoria, daños punitivos, función preventiva.

ABSTRACT: *Civil liability is one of civil law's own institutions that has evolved in the Mexican and international legal system in parallel with the constitutionalization of civil law. Currently, the main function of civil liability is comprehensive reparation, but how does this paradigm shift manifest in legal systems? Will it be necessary to apply common law institutions, such as punitive damages, separately from the compensatory function of continental system countries? These questions are addressed in the following article, thus analyzing the origin of the legal institution and its application in comparative law.*

Keywords: *Civil Liability, Tort Law, Compensatory Damages, Punitive Damages, Preventive Function.*

* Artículo recibido el 29 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 8 de marzo de 2019.

** ORCID: 0000-0001-7616-9193. Profesora investigadora de tiempo completo en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, líder del cuerpo académico “Estudios de Derecho Civil”, en donde además es coordinadora del doctorado en estudios jurídicos reconocido por PNPC Conacyt. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt nivel III. Es miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico: gisela.perez@ujat.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto y origen de los daños punitivos*. III. *Naturaleza y función jurídica de los daños punitivos para su aplicación*. IV. *Estudio de caso de daño punitivo representativo en Estados Unidos: Liebeck vs. McDonald's*. V. *La responsabilidad civil en Alemania y su extensión o no a la función preventiva*. VI. *El caso de España*. VII. *Daños punitivos y daño moral*. VIII. *El efecto de los daños punitivos en el derecho internacional privado*. IX. *Introducción jurisprudencial de los daños punitivos en México*. X. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la Décima Época del Poder Judicial de la Federación ha introducido en México la figura de los daños punitivos, propia del sistema anglosajón, de forma alarmante, hasta referirse que los daños punitivos se insertaron para una justa indemnización para casos del derecho civil.¹ Lo curioso de estas sentencias, todas con votos disidentes y concurrentes, es que las mismas se basan en la doctrina anglosajona, desdeñando a nuestro entender la historia jurídica de la responsabilidad civil en México procedente del sistema romano-germánico, que ha evolucionado hasta convertirse en una responsabilidad integral.

Todo lo anterior sorprende a la autora del presente texto porque en los casos examinados generalmente en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se aplican sanciones económicas que no responden a una norma previa ni al análisis cuantitativo proporcional del porqué de esas sanciones civiles-penales. Los argumentos se han quedado en el carácter punitivo que debe cumplir la responsabilidad civil y que, por cierto, no aparece en las legislaciones civiles mexicanas, sólo en el caso de la cláusula penal, con límites establecidos.

La razón y objetivo de este trabajo es analizar la realidad evolutiva de los daños punitivos, así como su forma de aplicación en el sistema del *common law* que se reconoce como válida para sustentar las sentencias cuestionadas, así como la admisión o no de esta figura en el derecho romano germánico del cual procede el sistema jurídico mexicano.

La hipótesis de esta investigación queda determinada en torno a que los daños punitivos son excepcionales en el derecho anglosajón y no admitidos en el derecho continental europeo, siendo reconocidos sólo en al-

¹ Amparo Directo 50/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN).

gunos casos a través del derecho internacional privado, en el que se le da valor a sentencias que no contravengan el orden público.

Por ello, en la estructura de este trabajo se parte del origen y concepto de los daños punitivos en Estados Unidos de América e Inglaterra, para realizar un análisis de los requisitos que se exigen para su cuantificación y las razones por las cuales se han convertido en aplicables. Con posterioridad, se entra en el estudio y valoración de los daños punitivos en países como Alemania y España, este último con gran influencia en el derecho mexicano, donde aparece la figura de la responsabilidad civil con su carácter compensatorio en los códigos civiles de la República Mexicana.

Así también se realiza una breve valoración en el derecho internacional privado mediante un estudio de caso acerca de cómo se insertan los daños punitivos en el sistema de administración de justicia de países que no admiten dicha figura. Por último, se analiza la forma en que se introducen de forma jurisprudencial los daños punitivos en el sistema jurídico mexicano.

Este trabajo se dedica a la existencia o inexistencia de daños punitivos en casos de responsabilidad civil en los que se incluye el daño moral, y no a las demandas evaluadas por la Corte Interamericana en caso de violación de derechos humanos por determinados Estados sujetos a responsabilidad patrimonial. Lo más importante del análisis de este trabajo además del sustento doctrinal en cada país de la figura del daño punitivo, es la valoración de principios constitucionales en la consideración de la responsabilidad civil para la reparación integral del daño en el que están presentes personas de carácter privado.

II. CONCEPTO Y ORIGEN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Los daños punitivos,² explica De Ángel Yágüez (2012: 35-40), no pueden explicarse con un concepto único, inflexible o invariable. El autor sostiene esta posición partiendo en primer lugar de los países del *common law* donde surgen. El concepto que ha evolucionado se identificó con la doctrina de los *exemplary damages* en Inglaterra en 1763, en el caso *Huckle vs. Money*.³ La doctrina se aplicó después por primera vez en los Estados

² En inglés *punitive damages*

³ *Huckle vs. Money*, 95 Eng. Rep. 768, 769 (K.B., 1763). Se concedió una cantidad de “*exemplary damages*” a un hombre que había sido ilegalmente detenido por los agentes del rey, que además violaron su propiedad.

Unidos de América en el caso *Genay vs. Norris*, en esta ocasión se condenó al médico demandado a pagar lo que denominaron “vindictive damages” (Méndez-Monasterio, 2016: 21).

Se ha sostenido que el origen de los daños punitivos en los Estados Unidos de América surgió por la imposibilidad característica del sistema procesal norteamericano de recuperar ciertos gastos como las costas del procedimiento, y por ello se le otorga a la figura de los *punitive damages* el carácter de compensatorio, al considerar la necesidad de obtener una cifra superior a la necesaria para compensar los daños causados al demandante y que a su vez garantizara las costas procesales (Gómez Tomillo, 2012: 21-64).

El Restatement of Law (Second) of Torts define los daños punitivos en la sección 908:

Punitive damage is damage, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future...

Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the right of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant’s act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause, and the wealth of the defendant (American Law Institute, 1979).

Dentro del propio sistema del *common law*, especialmente en Inglaterra, pues en Escocia los daños punitivos no son reconocidos (De Ángel 2012: 35) incluso se ha utilizado diversa terminología, apareciendo por ejemplo la denominación de *aggravated damages* (Koziol y Wilcox, 2009: 257-274), con un significado distinto en el derecho de los Estados Unidos de América que en el resto de la Commonwealth. En Inglaterra la expresión se utiliza para identificar cierto tipo de daños compensatorios distintos de los *punitive damages* (Koziol y Wilcox, 2009: 8-53).⁴ En el caso *Rookes vs. Barnard*, la sentencia que resolvió el asunto estableció que únicamente podían aplicarse los *exemplary damages* en tres casos: a) en los supuestos que una ley expresamente lo autorice; b) en caso de actos opresivos, arbitrarios

⁴ En el caso *Rookes vs. Barnard*, en 1964, se consideró a los *exemplary damages* como remedio anómalo que debería ser restringido en la medida de lo posible para no provocar enriquecimiento injusto, ello ha provocado que no prospere la demanda de daños punitivos en supuestos de violación por discriminación por razón de sexo.

e inconstitucionales del gobierno o de sus agentes, y *c*) en caso de que el demandado haya calculado su conducta para sacar un beneficio propio.⁵

En el resto de las naciones de la Commonwealth, el término de *aggravated damages* se refiere a formas de daños compensatorios, distintos de los *punitive damages* (Koziol y Wilcox, 2009: 311-322). Los daños punitivos pueden definirse como aquellas sumas de dinero fijadas en un juicio por responsabilidad civil, y que se establecen al margen de las estrictamente compensatorias; las cantidades son fijadas como especie de castigo por conductas especialmente reprochables siendo dichas cantidades tipos de penas que se suponen disuadan al infractor para un caso parecido en el futuro (Méndez- Monasterio, 2016: 17). Los daños punitivos son un elemento del *Law of Torts*⁶ americano y, en coincidencia con Salvador Coderch (Punitive Damage, 2000: 3), una institución arquetípicamente americana que no obstante sigue produciendo intensas controversias doctrinales.

Díez-Picazo expone tres supuestos en los que los tribunales americanos admiten los daños punitivos y son los siguientes: *a*) cuando según el cálculo del autor del ilícito el resarcimiento de los daños del perjudicado sea inferior a las ganancias que obtenía por él; *b*) cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser sancionada, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, porque el coste del proceso es mucho mayor que el daño particular o porque el autor del ilícito posee una evidente posición dominante que se traduce en su falta de miedo al procedimiento judicial, y *c*) cuando el sujeto actúa con el fin primordial de causar un daño a otro (Díez-Picazo, 1999: 44).

III. NATURALEZA Y FUNCIÓN JURÍDICA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA SU APLICACIÓN

En un principio se identifican como sanciones económicas que se le pagan al damnificado en un proceso civil, además de la indemnización compensatoria, con una doble función: castigar al causante del daño por conductas altamente reprobables y también tratar de evitar la existencia de estas conductas con la alta sanción económica de forma que ésta

⁵ *Rookes vs. Barnard* AC 1129, 1964, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>.

⁶ En los países del *common law*, el tort es un agravio o ilícito civil, una especie de responsabilidad civil extracontractual.

cumpla una función disuasoria. Una figura que no compensa un daño, lo ataca y, por ello, es un híbrido entre el primer elemento de la responsabilidad civil, el daño y la solución para compensarlo, mediante una sanción propia del derecho administrativo o penal, por cierto, principio de última ratio. En resumen, las dos funciones que cumplen los daños punitivos en la terminología americana son: *punishment* y *deterrence*.

Para explicar la naturaleza de los daños punitivos, en los Estados Unidos de América, algunos autores (Markel, 2009, 1383-1484) prefieren referirse a daños extracompensatorios, en vez de daños punitivos. En la primera categoría, esto es, daños extracompensatorios, se incorporan las siguientes modalidades: *retributive damage*, *deterrence damages* y *aggravated damages*. En cada una de estas modalidades se han fijado además sus propias características porque cada una opera de manera distinta; por último, se han desarrollado instrucciones para calcular los daños extracompensatorios, esto es muy importante porque no se dejan al arbitrio del jurado quien lo fija en los Estados Unidos de América (Sebok, 2007: 957-1036).

Otros autores consideran que los daños punitivos guardan una íntima conexión con el enriquecimiento injusto en la medida que pretenden evitar que el causante del daño obtenga un beneficio como consecuencia de su conducta infractora. Pero lo cierto es que conceptualmente responden a principios muy diferentes pues los daños suponen sobre todo una medida sancionadora y el enriquecimiento supone una función resarcitoria; por otra parte, señala Serrano Gómez, en los daños punitivos se valora la mala fe mientras que, en el enriquecimiento sin causa, los elementos que la configuran son objetivos, por lo que se trata de una relación causal entre el patrimonio enriquecido y el empobrecido sin que importe, *prima facie*, la culpabilidad del enriquecido sin causa (Serrano, 2012: 72).

Casas Planes sostiene las funciones —o triple misión— que pueden cumplir los daños punitivos y se identifican en las siguientes: 1) sancionar al dañador; 2) prevenir sucesos lesivos similares; 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa (Casas, 2005: 5-30). Al respecto, Llamas Pombo establece objeciones con respecto a la segunda función, considerando que no es una finalidad punitiva sino preventiva para posteriormente preguntarse si la indemnización sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar, e insiste, ¿se puede poner una multa —que es la indemnización punitiva— sin cumplir los requisi-

tos y precauciones que impone un sistema penal y un sistema jurídico en general que presume ser un Estado de derecho (Llamas, 2017: 669-686)?

Aunque algunos autores como Leventhal y Dickerson consideran que los daños punitivos tienen una función propia del análisis económico del derecho, ello no desvirtúa su existencia por la necesidad de un juicio moral para evaluar una conducta muy reprobable para las personas del jurado que implique como sanción la condena por daños punitivos (Leventhal, 2013: 985).

La doctrina anglosajona más relevante queda dividida en cuanto a la verdadera función que deben cumplir los daños punitivos. Los defensores del análisis económico y normativo de la figura sostienen un sistema normativo basado únicamente en la prevención⁷ y marginando la conducta reprochable del demandado. Por otra parte, autores como Galanter, Luban, Shavell y Polinsky sostienen que la función principal de los daños punitivos es la retribución considerada ésta como la función del rechazo social hacia determinadas conductas.⁸

Para imponer daños punitivos, es destacable la calidad de la conducta reprochable, esto es, no toda conducta. Procede otorgar daños punitivos al demandante cuando la conducta del demandado es indignante por su maliciosa intención o por una temeraria indiferencia hacia los derechos de otros, pero además debe valorarse: *a*) la conducta del demandado que cree en el posible resultado dañoso y quiere que se produzca, y *b*) que el demandado conoce el riesgo con altas probabilidades de daño, y aun así ejerce la actividad.

IV. ESTUDIO DE CASO DE DAÑO PUNITIVO REPRESENTATIVO EN ESTADOS UNIDOS: *LIEBECK VS. MCDONALD'S*

Stella Liebeck, una mujer de 79 años demandó a la empresa de hamburguesas porque en 1992 pasó por un establecimiento de dicha cadena para comprar una taza de café que le sirvieron en un vaso de cartón tér-

⁷ A favor de los daños punitivos como fórmula de la prevención a partir del análisis económico, Shavell y Polinsky (1998: 869-962), también Dobbs (1989: 831 y ss.).

⁸ “The heart of our argument has been that retribution forms the fundamental basis of punitive damages” (Galanter, 1993: 1451). Sobre el rechazo social de *punitive damage*, *cf.* Shavell y Polinsky (1998: 869-962).

mico con tapa plástica. Al subir a su vehículo para seguir su viaje, puso la bebida entre sus rodillas y levantó la tapa del vaso que cayó entre sus piernas, provocando quemaduras en la parte baja de su cuerpo, a través de un pantalón que absorbió el café, provocando que quedara sentada en un charco de líquido muy caliente por más de 90 segundos. La víctima fue llevada al hospital, donde se determinó que había sufrido heridas de tercer grado en el 6% de la piel y quemaduras de menor importancia en el 16%.

Stella Liebeck demandó a la compañía McDonald's argumentando grave negligencia porque su forma de venta de café era irrazonablemente peligrosa. En agosto de 1994, el jurado declaró que McDonald's era responsable en 80% del incidente y que el 20% restante correspondía a la culpa de la propia demandante. El jurado concedió a la actora 160,000 dólares en concepto de daños compensatorios pero el jurado concedió además a la actora la cantidad de 2.7 millones de dólares en concepto de daños punitivos. El juez redujo la condena por daños punitivos a 480,000 dólares, tres veces el monto de los daños compensatorios. La sentencia fue apelada tanto por McDonald's como por la demandante, pero las partes llegaron a un acuerdo en el interregno del proceso por una cantidad que no se hizo pública. Desde entonces, esas tazas de café llevan un cartel que avisa: "Dentro hay una bebida caliente y puede usted quemarse" (Llamas, 2017: 672).

En la mayoría de los otros casos judiciales estudiados se denomina daños punitivos: *a)* los que alcanzan una parte de la responsabilidad integral del daño, y *b)* los que son parte de la indemnización por daño moral.⁹

1. *La función preventiva del derecho de daños*

La consideración de función preventiva de la responsabilidad civil está vinculada a la de evitar los costes de los accidentes incentivando comportamientos efectivamente precavidos. Frente a los argumentos de la función preventiva de la responsabilidad civil, aparecen varios argumentos, entre ellos, la crítica sobre la circunstancia del cálculo y cuantía de la indemnización de la responsabilidad civil, según sostienen doctrinarios sólidos en la materia (Llamas Pombo, 2017: 683).

⁹ De Ángel Yágüez y Llamas Pombo lo explican como un caso de daño punitivo puro (Ángel, 1993: 42 y Llamas, 2017: 673).

La función preventiva puede observarse en la existencia de la responsabilidad objetiva, donde no sólo se repara o indemniza, sino que cada vez más adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas. Como también sostiene Lorenzetti (1995: 1217): Las indemnizaciones no hacen justicia por sí solas y pueden contribuir a aumentar los daños. La existencia de seguro, el efecto cascada en los mecanismos de precios, hacen que (el coste de) las indemnizaciones se trasladen, y si se mantienen en un límite razonable, son un buen negocio. De este modo el sistema de responsabilidad civil se transforma en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad.

En lo que coincido totalmente con Salvador y Castiñeira es que prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien, castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir mandan a castigar a quien las incumple (Salvador y Castiñeira, 1997: 107, 110 y 113-115).

Se han realizado estudios en el sistema norteamericano que sostienen la poca eficacia de los daños punitivos para disuadir conductas reprochables o indeseables de las empresas. El estudio más importante refleja que la aplicación de daños punitivos provoca un efecto contrario en tanto reducen los incentivos económicos de seguridad, socavan la responsabilidad individual y provocan un aumento de los precios (Elliot, 1989: 1053 y ss.).

En la actualidad existe en los Estados Unidos de América una tendencia a la racionalización y a la restricción en los pronunciamientos de daños punitivos en relación con el cuánto, el cuándo y el cómo.¹⁰ Sebok explica las tres eras de los daños punitivos, en las que se otorgan muy raramente y generalmente en cantidades que son modestas en comparación con los daños compensatorios en que se basan (Sebok, 2009: 156-196). Pero el propio autor antes mencionado explica que en Estados Unidos los daños punitivos no se encuentran fuera de control, sino que esta modalidad surgida en la responsabilidad civil refleja una crisis consistente en que los tribunales están faltos de una teoría adecuada para explicarse ellos mismos el propósito mismo de la figura.

¹⁰ Cinco estados dentro del sistema jurídico de los Estados Unidos de América no permiten la imposición de daños punitivos: New Hampshire, Luisiana, Nebraska, Massachusetts y Washington (Méndez-Monasterio, 2016: 28).

Lo cierto es que después de una escasa aplicación jurisprudencial a partir del caso *Rookes vs. Barnard*,¹¹ en los últimos tiempos a partir de ciertas sentencias valorativas de políticas judiciales de carácter *antitrust*, vinculadas con las compañías tabaqueras y también en la competencia desleal, los daños punitivos han recobrado cierto vigor, así como en caso de la protección de ciertos derechos fundamentales en Inglaterra, reclamaciones derivadas del derecho al honor y la intimidación, así como algunos supuestos de daños al medio ambiente (Llamas, 2017: 671). Lo importante de esta renovación es que la modalidad de los daños en cuestión debe estar fijada por un juez y no por un jurado por el peligro a la subjetividad en la fijación de dichos daños como ha ocurrido en otras ocasiones.

2. Cuantificación de los daños punitivos

En el caso *Pacific Mutual Life Insurance Co vs. Haslip*, el Tribunal Supremo, de los Estados Unidos de América, estableció los elementos a tener en cuenta para determinar una razonable proporcionalidad entre las metas de prevención y castigo. Los elementos o factores determinados en la sentencia fueron los siguientes:

- 1) Si existe una relación razonable entre el pago de daños punitivos y el daño que pueda derivarse de la conducta del demandado, considerando que el daño se ha producido en realidad.
- 2) El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, considerando su duración y la existencia de conductas similares.
- 3) La rentabilidad que la conducta ilícita produce al demandado.
- 4) La situación financiera de la parte demandada.
- 5) Las costas del proceso.
- 6) La imposición de sanciones penales a la parte demandada por su conducta para que se valoren como atenuantes.

¹¹ Como explica De Ángel Yáguez (1993: 63), en Inglaterra los *punitive damages* conocieron cierta expansión hasta que una decisión de la Cámara de los Lores de 1964, atribuida a Lord Devlin, redujo su ámbito de aplicación a tres hipótesis que se interpretan de modo restrictivo: a) cuando así lo dispusiera una ley; b) respecto a los actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de un funcionario, y c) en el caso en que el demandado hubiera calculado lo que el beneficio sacado de su conducta sería superior a la reparación a la que podría ser condenado.

7) La existencia de otras condenas civiles.

A pesar de los factores citados, han existido sentencias en las que se fijó por lo menos un porcentaje de 500 a 1 entre los daños punitivos y compensatorios, y algunas otras sentencias fijaron más. Pero el Tribunal Supremo norteamericano trató de limitar de nuevo la racionalidad de los daños punitivos considerando: 1) una razón o múltiplo máximo y 2) la reprochabilidad dentro del espectro punible en el caso *Exxon Shipping Co. vs. Baker*.¹²

En estudios empíricos realizados en Estados Unidos para identificar la aplicación de daños punitivos, se reportan veredictos condenatorios con la continuidad siguiente: 2% en responsabilidad del fabricante; 3% en negligencias médicas; 19% en difamación; 30% fraude; 21% derecho laboral; 27% derecho de contrato por razones económicas causadas dolosamente. En el derecho americano se prevé de forma expresa la concesión de los daños punitivos en los supuestos de inmisiones vecinales siempre que la molestia haya sido causada de forma intencionada y muy negligente, penando esta conducta. Las legislaciones estatales americanas han establecido tres tipos de técnicas para limitar los daños punitivos, son éstas: a) los baremos en el sentido de no poder superar el triple de la indemnización compensatoria o que han de mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria; b) la atribución de parte, usualmente entre 50 y 75% de su importe a una agencia estatal o a un fondo especial; c) bifurcación de las resoluciones sobre compensación y sanción por parte del demandado y en distintos momentos del proceso (Llamas, 2017: 671 y 672).

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ALEMANIA Y SU EXTENSIÓN O NO A LA FUNCIÓN PREVENTIVA

En el derecho alemán algunos autores sostienen que toda responsabilidad en sentido amplio puede tener efectos preventivos porque hay de-

¹² En el caso *TXO Production Corp. vs. Alliance Resources Corp.*, el Tribunal Supremo admitió 10 millones de daños punitivos frente a 19,000 dólares por compensación; en el caso *BMW of North America, Inc vs. Gore*, se fijó 500 a 1 entre daños punitivos y compensatorios. El 20 de febrero de 2007, en el caso *Philip Morris USA vs. Williams*, el Tribunal Supremo sostuvo la ratio entre daños punitivos y compensatorios de 100 a 1, para dar un giro drástico de 1 a 1 en el caso *Exxon Shipping Co. et al. vs. Baker* (Méndez-Monasterio, 2016: 32-35).

mandas que trascienden la real pérdida económica sufrida por la víctima, pero estas demandas, agregan Jansen y Rademacher (2009: 75-86), no se basan en consideraciones punitivas porque los conceptos de compensación y restitución, en sentido lato, incorporen también la protección de intereses normativos cuya infracción no es directamente perceptible en el bolsillo de la parte agraviada, por ejemplo, agregan los autores alemanes, por condena por daño moral, por la vulneración de derechos de la personalidad y por violación de la propiedad inmaterial. En este contexto aseveran los citados autores que, salvo la acción de daños por discriminación, no existen daños punitivos en el derecho alemán.

En un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán en caso de protección de los derechos de la personalidad puede acreditarse por los tribunales la disuasión y prevención a través de una indemnización económica, como ocurrió en la resolución de 1994 con el caso promovido por Carolina de Mónaco contra algunas editoriales de Hamburgo que publicaron desde una entrevista falsa hasta una foto en un ambiente privado en la que se afirmaba en contra de la verdad que procedía del álbum familiar del ducado de Mónaco.¹³

En la jurisprudencia alemana las circunstancias que violentan los derechos de la personalidad pueden no sólo conceder las solicitudes de retractación y rectificación en la portada de las revistas sino también una indemnización económica cuando la intromisión es especialmente grave y no puede ser compensada de otro modo. En el caso de Carolina de Mónaco los tribunales de instancia concedieron por daño moral 30,000 marcos (Salvador, 1997: 171).

Es importante observar que la prevención no es arbitraria sino fundada en el factor valorativo de la obtención de ganancia; ciertamente, esta resolución marcó una relevante novedad en el derecho alemán de la responsabilidad. Pero es significativo, además, que en la jurisprudencia la función de la prevención a través de la indemnización económica no puede sobrepasar la ganancia del infractor (Kadner y Weyers, 1998: 769-788).

A criterio de la autora, no hay similitud entre la indemnización económica por daño moral anteriormente referida y la teoría de los daños punitivos aún y cuando se reconozca su *bis preventivo*, en la resolución, la cuan-

¹³ Al respecto véase la sentencia dictada por el Tribunal Supremo federal alemán (Bundesgerichtshof), del 15 de noviembre de 1994 (BGHZ, 128: 1 y ss.)

tía está fijada dentro de los márgenes de su función integral de reparación y no están concedidos por encima de la plena indemnización del daño.

Entre los diversos juicios que promovió Carolina de Mónaco, se destaca la sentencia dictada en 2004 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁴ pues hasta antes de esa fecha los tribunales alemanes empleaban la noción de “personalidad absoluta de la historia contemporánea”, y a partir de tal resolución se desarrolló en Alemania el concepto de protección gradual a partir del cual habría que publicar para cada imagen el interés en su publicación.¹⁵

Además, en otro juicio promovido por Carolina de Mónaco,¹⁶ se dictó en 2012 una resolución en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que en el ejercicio de su facultad de control, no es tarea del tribunal sustituir a los tribunales internos, sino verificar, a la luz del conjunto de la causa, si las resoluciones dictadas en virtud de su margen de apreciación se concilian con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque conforme a la doctrina del margen de apreciación no puede imponerse un modelo normativo al derecho interno de cada país, como sucede en el caso con los daños punitivos.

VI. EL CASO DE ESPAÑA

El ilustre profesor Díez-Picazo sostuvo reiteradamente en su prolifera obra que la figura de los daños punitivos era ajena a los ordenamientos jurídicos de corte europeo continental (Díez-Picazo, 1999: 44). En la doctrina española escasos autores como Salvador Coderch parecen inclinarse a la defensa preventiva de los daños punitivos (Salvador, 2003: 6).

La mayoría de la doctrina del país, sin embargo, ha considerado que la función normativa de la responsabilidad extracontractual no es preventiva-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria (Pantaleón, 2000: 439-465).

Al respecto De Ángel Yágüez manifiesta dos principios fundamentales de la responsabilidad civil:

¹⁴ Cfr. Sentencia dictada en el caso *Von Hannover vs. Alemania*, número 59320/00 de 24 de junio de 2004.

¹⁵ Cfr. Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Von Hannover contra Alemania*, números 40660/08 y 60641/08 del 7 de febrero de 2012.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 36-42.

- 1) Lo que se pretende con las reglas de responsabilidad civil es indemnizar a las víctimas, no castigar a quienes soportan la responsabilidad.
- 2) En el derecho común español la responsabilidad es vana mientras el artículo 1902 del Código Civil¹⁷ siga diciendo que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (Ángel, 1993: 57-58).

Pantaleón alegó al respecto que ninguna de las notas características de la responsabilidad extracontractual incluye la función preventiva y que en el derecho español —insiste el jurista— no se autoriza al juez a graduar la cuantía indemnizatoria conforme a la mayor o menor necesidad de prevención de la conducta dañosa. El autor hace otra importante reflexión, a la que me sumo, en cuanto a que una sanción punitiva implica una multa, y su cuantía debe sumarse al patrimonio del Estado. Señala el autor citado: Las multas no se pagan a las víctimas; y esa es una característica esencial que las distingue de las indemnizaciones (Pantaleón, Fernando, 2000: 444 y 445).

Encarna Roca (2003: 25-27) considera que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual debe ser siempre resarcitoria y lo que sí debe eliminarse claramente es la función punitiva del sistema de responsabilidad civil, pues la indemnización no es una pena sino la reparación de un daño causado; de ahí —señala la autora— que los daños punitivos sean absolutamente contrarios al principio contenido en el artículo 25 de la Constitución española.¹⁸

Eugenio Llamas Pombo, jurista consolidado en el tema de la responsabilidad civil en Iberoamérica se manifiesta contrario a la figura de los daños punitivos a través de diversas precisiones, algunas en forma de preguntas, de las que cito dos:

— ¿Se puede imponer una multa sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de derecho?

¹⁷ Código Civil Español publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, en el *Boletín Oficial Español*, núm. 206, del 25 de julio de 1889, última actualización publicada el 29 de junio de 2017.

¹⁸ Artículo 25.1 de la Constitución española: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

- ¿Qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto, pues por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas organizaciones no gubernamentales, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños (Llamas, 2010: 26).

Una parte de la doctrina internacional coincide en considerar que los daños punitivos tienen una naturaleza penal frente a los que explican que su origen surgió para compensar a la víctima de daños como el sufrimiento emocional que no se podían compensar por otros medios (Gómez, 2012: 25 y 26).

En la jurisprudencia española también se ha realizado el estudio de la naturaleza y exactamente de la extensión del carácter de pena civil, así en sentencia del Tribunal Supremo se ha explicado:

Ciertamente esta Sala en reiteradas ocasiones se ha referido a la responsabilidad regulada en la Ley de Sociedades Anónimas como “sanción”... pero lo cierto es que, como afirma la sentencia número 417/2006 de 28 de abril, en gran parte de las sentencias se ha empleado esta expresión no tanto para referirse a la idea de “pena” cuanto a “reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni lo que se ha denominado un reproche culpabilístico... En definitiva, como afirma la sentencia de esta Sala número 228/2008, de 25 de marzo: “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, de carácter solidario con la sociedad,... constituye una responsabilidad por deuda ajena “ex lege”... Se fundamenta en una conducta omisa del sujeto al que por su específica condición de administrador se le exige un determinado hacer, y cuya inactividad se presume imputable- reprochable- salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer. Responde a la “ratio” de proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer las transacciones comerciales...”¹⁹

¹⁹ STS 3900/2010 dictada el 30 de junio de 2010.

La mayoría de la doctrina española²⁰ coincide en cuanto a que:

- a) Una importación de los daños punitivos a su ordenamiento jurídico quebraría la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual.
- b) El carácter de multa privada de los daños punitivos los convierte en inconstitucionales, siendo la única opción que se le aplicara un régimen sustantivo y procesal de las sanciones penales.
- c) Los daños punitivos producen un enriquecimiento indebido de la víctima.

Son, como señalé, pocos los que sostienen criterios opuestos como Salas Claver, al considerar que en una sociedad moderna en la que el Estado o los grandes operadores económicos cuentan con una fuerza enormemente superior a la de las grandes personas físicas, la institución de los daños punitivos se revela como una figura especialmente útil para garantizar un correcto orden social y que los ilícitos civiles masivos no queden sin respuesta (Salas, 2007: 5-21).²¹

VII. DAÑOS PUNITIVOS Y DAÑO MORAL

En el caso de daño moral, se repara efectivamente un daño, pero de carácter inmaterial, así que el dinero no puede desempeñar el mismo papel que el resarcimiento por daños materiales donde existe una indemnización. En el daño moral la forma de reparación debe ser diferente (Yzquierdo Tolsada, 2015: 580), pues no se puede lograr un equivalente al daño inmaterial causado en tanto no se puede regresar a la situación anterior antes de la afectación a cualquier derecho de la personalidad. Por otra parte, no se trata de poner un precio alto al dolor, a los sentimientos y a los derechos subjetivos afectados a partir de las primeras consecuencias señaladas. Se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia que la reparación moral puede ser:

²⁰ En contra de los daños punitivos, los especialistas en responsabilidad civil De Ángel Yágüez, Ricardo; Llamas Pombo, Eugenio; Pantaleón, Fernando; Izquierdo Tolsada, Mariano, por citar los más especializados en el tema.

²¹ No se le ocurre a Salas que se le apliquen daños punitivos a una escuela privada y no a una institución pública de salud, como ha ocurrido en México.

- Equivalente. Ocurre cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se tratará de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía.
- Satisfactoria. En ningún caso se está comerciando con los bienes inmateriales o derechos de la personalidad, lo contrario sería tipificar la figura del enriquecimiento ilícito (Pérez y Gallegos, 2006: 161, y Pérez y Cantoral, 2015: 92) y neoliberalizar la responsabilidad civil desnaturalizando esta institución como protección a la persona.

Por vía de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del Código Penal, se introdujo un cambio sustancial en el régimen de los mecanismos de tutela civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, regulados en la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen en España. Antes de estas reformas para calcular el derecho a la víctima de una intromisión en su derecho al honor, se tenían en cuenta los beneficios obtenidos por el causante de la lesión como consecuencia de la misma, es decir, que tales beneficios operaban como un parámetro valorativo para estimar la cuantía de la indemnización, pero sin imponer al juzgador una cantidad concreta y determinada. A partir de la reforma antes señalada, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 incluye como eventual medida de tutela judicial la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos, la novedad reside en la incorporación de una medida de tutela que implica una cantidad concreta de dinero, pero basados en la ponderación del juez sobre el conocimiento de los beneficios obtenidos por el causante de la lesión con ocasión de la misma (Pablo Serrano, 2012: 93-121). A partir de la reforma de 2010, la Ley quedó redactada en los siguientes términos:²²

Artículo 9. 2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

²² Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, publicada en el *Boletín Oficial Español* del 14 de mayo de 1982, última reforma vigente a partir del 23 de diciembre de 2010.

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

Artículo 9.3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

En España el derecho al honor no se encuentra despenalizado y el particular puede optar por elegir la vía civil o penal para perseguir conductas atentatorias a su honor, es por ello a mi criterio resulta acertado que en la ley civil de protección a determinados derechos de la personalidad se haya incorporado el lucro cesante que es parte de la responsabilidad compensatoria en el derecho mexicano.

El Tribunal Supremo español en concordancia con lo expuesto ha dejado sentado en varias sentencias que:

...Se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro derecho los llamados “daños punitivos” ni tiene ahora función la idea de una “pena privada”²³ y también la realidad en cuanto a la distinta valoración del daño moral y patrimonial y el mayor margen de discrecionalidad en la determinación del importe de la indemnización correspondiente a la producción de daños morales, y el menor en el caso de la correspondiente a la producción de daños patrimoniales, está en relación con su respectiva naturaleza.²⁴

²³ STS 2493/2011 del 9 de mayo de 2011.

²⁴ STS 4290/2015 del 23 de octubre de 2015.

Considerar que la determinación de daños morales cumple una función preventiva no implica que estamos en la red de los daños punitivos del *common law*. Al respecto, Salvador Coderch (2000: 139-152) ha explicado que, a partir de una nítida distinción analítica de los conceptos de sanción y prevención, el derecho de daños puede cumplir su función compensatoria y preventiva sin necesidad de imponer sanciones, de tal forma que el principio de prevención se integraría en el de compensación. Esto se manifiesta en el artículo 9.2 de la Ley 1/1982 antes citada, muy positiva a mi entender porque se pueden dictar medidas antes de que el honor siga siendo dañado mientras se espera que concluya el juicio o se dicte una sentencia.

En el derecho mexicano las legislaciones civiles y la jurisprudencia han establecido la razón del daño moral y su cuantificación ponderativa a partir de criterios previos:

En la cuantificación del daño moral deben ponderarse los siguientes factores, los cuales a su vez pueden calificarse de acuerdo con su nivel de intensidad, entre leve, medio o alto. Dichos modalizadores permitirán establecer el cuántum de la indemnización. Respecto a la víctima, se deben tomar en cuenta los siguientes factores para cuantificar el aspecto cualitativo del daño moral: (i) el tipo de derecho o interés lesionado; y (ii) la existencia del daño y su nivel de gravedad. En cambio, para cuantificar el aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral, se deben tomar en cuenta: (i) los gastos devengados derivados del daño moral; y (ii) los gastos por devengar. Por su parte, respecto a la responsable, se deben tomar en cuenta: (i) el grado de responsabilidad; y (ii) su situación económica. Debe destacarse que los elementos de cuantificación antes señalados, así como sus calificadores de intensidad, son meramente indicativos. El juzgador, al ponderar cada uno de ellos, puede advertir circunstancias particulares relevantes. Su enunciación simplemente pretende guiar el actuar de los jueces, partiendo de la función y finalidad del derecho a la reparación del daño moral, sin que ello signifique que estos parámetros constituyen una base objetiva o exhaustiva en la determinación del cuántum compensatorio. En efecto, lo que se persigue es no desconocer que la naturaleza y fines del daño moral no permiten una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resulta de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado al que se arriba.²⁵

²⁵ Cfr. Tesis: 1a. CCLV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, I. 8, julio de 2014, t. I, p. 158, bajo el rubro “PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. FACTORES QUE DEBEN PONDERARSE”.

VIII. EL EFECTO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como señalan Nuria González y Sonia Rodríguez, la competencia judicial internacional es el primer sector constitutivo del contenido del derecho internacional privado y también da respuesta a la interrogante sobre la determinación del juez nacional que debe declararse competente (González y Rodríguez, 2010: 87). Las autoras puntualizan que no debe existir duda acerca de la prioridad en el estudio de la Competencia Judicial Internacional (competencia directa) respecto al sector de reconocimiento y ejecución de pronunciamientos extranjeros (competencia indirecta).

Los sistemas jurídicos nacionales prevén distintos regímenes materiales de responsabilidad civil, además la disparidad de regulación entre la *lex causae* y la *lex fori* es insuficiente para justificar la aplicación de esta última, en lugar del derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto mediante el recurso al orden público internacional o impedir el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras por el hecho de que condenen a daños punitivos. En ocasiones el derecho interno de cada país no admite o reconoce eficacia dentro de sus fronteras a resoluciones extranjeras condenatorias, principalmente cuando las consecuencias económicas impuestas por la sentencia extranjera cumplen una función no aceptada en su respectivo sistema jurídico.²⁶ Esto ocurre con los daños punitivos, institución propia anglosajona que por lo general no es reconocida por los sistemas de derecho continental (Cordero, 2013: 241-278).

De esta forma, si bien el juez requerido para reconocer y efectuar un pronunciamiento extranjero no revisará el fondo de la resolución (salvo la alegación de la excepción de orden público), ello no quiere decir que no revise el criterio competencial en el que funda y justifica la atribución del conocimiento de un determinado supuesto de hecho (González y Rodríguez, 2010: 89).

En los posibles sectores del derecho internacional privado son tres en los que puede manifestarse el orden público relacionado con los daños punitivos: en sede de ley aplicable, en fase de reconocimiento y ejecución y

²⁶ En el caso de México, es uno de los países que suscribió la Convención Interamericana en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, cuya ratificación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de agosto de 1987, al respecto véase González y Rodríguez (2014: 27-30).

en sede de auxilio judicial (Requejo, 2009: 237-255). En cuanto al auxilio judicial se consideran aplicables los textos internacionales en lo relativo a las notificaciones realizadas en el marco del Convenio de La Haya de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.²⁷ Cuando el procedimiento para el que se insta la notificación puede finalizar con una denegación de la resolución que incluye daños punitivos, el Estado requerido apreciará que con ello se vulnera el orden público.²⁸

Con relación a la ejecución de sentencias extranjeras en países que no reconocen los daños punitivos, se hace referencia al siguiente estudio de caso en el derecho italiano. El asunto en cuestión se ventiló en tres juicios en Florida analizando los hechos ocurridos cuando un joven cayó de su moto y falleció debido a un defecto de fabricación del casco protector, concluyendo a través de una resolución dictada el 23 de septiembre de 2008. Los cascos eran fabricados en una empresa veneciana que, a su vez, los exportaba a Estados Unidos. Se reconoció en la sentencia norteamericana un defecto de fabricación de las hebillas de cierre de tales cascos, por lo que la empresa italiana fue condenada, en virtud de la sentencia dictada en los Estados Unidos, a pagar a la víctima una altísima cifra en concepto de daños punitivos. El tribunal de Venecia se negó a conceder *exequatur* a la sentencia norteamericana en Italia al estimar que ésta vulneraba el orden público internacional italiano basado en el principio de la estricta restitución del daño causado, en similitud al artículo 1902 del Código Civil español; pero la Corte de Casación italiana afirmó que la sentencia norteamericana que condena al pago de daños punitivos no era contraria al orden público internacional italiano y debe ejecutarse en Italia.²⁹

²⁷ Artículo 1o. del Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, suscrito en La Haya el 15 de noviembre de 1965. El presente Convenio se aplica, en materia civil o comercial, a todos los casos en que un documento judicial o extrajudicial deba ser remitido al extranjero para su notificación o traslado... El citado Convenio fue aprobado en México el 29 de abril de 1999, publicado para su promulgación en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de febrero de 2001.

²⁸ Al respecto véase el primer párrafo del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1965. El cumplimiento de una petición de notificación o traslado conforme a las disposiciones del presente Convenio podrá ser rehusado únicamente si el Estado requerido juzga que este cumplimiento es de tal naturaleza que implica un atentado a su soberanía o a su seguridad.

²⁹ Sentencia Cass Italia núm. 16601 del 5 julio de 2017 disponible en: http://www.rinacastellana.it/blog/wp-content/uploads/2017/07/16601_07_2017_no-index.pdf.

Las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana en la polémica Sentencia del 5 de julio de 2017, número 16601, determinaron la validez de una resolución de Estados Unidos en el ordenamiento jurídico italiano donde se considera que la función de la responsabilidad civil no es sólo la de reparar el daño causado, sino también la de sancionar al autor de éste, aplicando la teoría de los daños punitivos, admitiendo, así el reconocimiento de la sentencia extranjera que condena a satisfacerlas, siempre que la misma haya sido pronunciada con apoyo en bases normativas que garanticen la tipicidad de los supuestos de condena, la previsibilidad de la misma y sus límites cuantitativos (Verda, 2018).

Carlos Jaramillo explica a su consideración las principales tendencias doctrinales sobre la responsabilidad civil en el siglo XXI, reconociendo entre ellas tres: una tendencia monista o unitaria en sí misma reductiva enderezada a admitir una única función directa basada en el resarcimiento del daño; una segunda sostenida en una función dual: la indemnizatoria y la preventiva, y una tercera, orientada a admitir que hay una función primordial o primaria y otra u otras complementarias dentro de las que aparece la función preventiva (Jaramillo, 2016: 39). Hasta aquí estamos de acuerdo.

De la posición tradicional indemnizatoria a la que me he referido en este artículo, se traslada el autor a la teoría dual donde convergen dos finalidades: la propiamente indemnizatoria y otra de tipo preventiva. Ello significa que bajo ciertas condiciones parece razonable que se puedan recuperar ciertos gastos para reforzar la función preventiva.

La tercera teoría de la responsabilidad, la mixta, se fundamenta en el supuesto de la existencia de varias funciones. Así Arturo Solarte sostiene que el principio de la reparación integral del daño se deriva directamente de la naturaleza eminentemente reparatoria de la responsabilidad civil. Aun cuando en la actualidad no se discuta que a través de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil sea posible y deseable generar efectos preventivos o incluso sancionatorios, para los hechos ilícitos causantes de daños, es igualmente claro que la finalidad principal de este sistema normativo es la reparación de los daños injustamente sufridos por las víctimas (Solarte 2009: 137).

Muy interesante resulta también la posición del profesor Pietro Perlingieri cuando explica “la responsabilidad civil no puede tener una única función, pero sí una pluralidad de funciones (preventiva, compensatoria,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 221-253.

sancionatoria, punitiva) las cuales pueden coexistir entre sí, cuando se intenta individualizar rígidamente cuál es la función de la responsabilidad civil, se corre el riesgo de afrontar el tema en forma errada” (Perlingieri, 2007: 119).

Es cierto que en la actualidad el *civil law* como el *common law* se aproximan con la aportación del derecho comparado, pero ello debe hacerse a partir de los puntos comunes y principios propios del siglo XXI, como es en el caso de la responsabilidad civil y la posible mitigación del daño, considerando fundamentos principales como: la buena fe objetiva, la ponderación o razonabilidad, la solidaridad y, por qué no, el principio Ulpiano de no dañar a nadie. Lo importante es el contenido contemporáneo que puede abarcar el derecho de daños sin importar textualmente figuras jurídicas desarrolladas en contextos diferentes.

IX. INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN MÉXICO

A partir de la reforma del 2011, el artículo 1o. de la Constitución federal mexicana obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y ordena que se les otorgue la protección más amplia o la interpretación más favorable, a partir de este apartado encontramos el fundamento del derecho a la reparación integral o a una justa indemnización en el sistema constitucional mexicano.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el derecho a una indemnización integral es un derecho sustantivo, cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, y no debe restringirse en forma innecesaria, salvo en función de una finalidad constitucionalmente válida que persiga el bienestar general.³⁰ Dentro del nuevo paradigma de la reparación integral deben estimarse aquellas situaciones en las que se haya infringido el daño moral, además de analizar el estatus social y cultural que tenían tanto la víctima, como el responsable, así como el lugar y momento en que se causó el daño moral (Pérez, 2018: 21-25).

El Poder Judicial de la Federación fija una posición al respecto:

³⁰ Amparo directo en revisión 1068/2011, resolución emitida el 19 de octubre de 2011, ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

...para fijar la indemnización económica derivada del daño moral, deben analizarse: (i) el tipo de derecho o interés lesionado; (ii) el nivel de gravedad del daño; (iii) los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral; (iv) el grado de responsabilidad del responsable, y (v) la capacidad económica de este último. Si bien es cierto que estos factores derivan de la interpretación de la legislación civil, los mismos pueden ser referentes útiles para lograr una reparación integral, en tanto la entidad del daño moral es la misma, con independencia del código en que se encuentre regulado...³¹

En el cambio paradigmático establecido en la Constitución y en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³² queda establecido que tanto la máxima norma del país como los Códigos Civiles persiguen satisfacer el derecho a una justa indemnización y el parámetro de la situación económica de la víctima o el victimario no es una medida idónea para cumplir este principio por cuanto no es favorable para medir la calidad e intensidad del daño extrapatrimonial, ya que la condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye el dolor sufrido. Hasta aquí tengo coincidencia con el criterio del Poder Judicial de la Federación porque lo contrario llevaría a afirmar por ejemplo que una persona con mayores recursos sufre más la muerte de un hijo que una persona con menos recursos.

Con la introducción del concepto de reparación integral del daño parecería que el daño moral podía resucitar de forma que se tuviera un resarcimiento adecuado al daño causado en determinado derecho de la personalidad.³³ El tema se complica cuando para la Suprema Corte de Justicia la reparación integral del daño moral se produce con la introducción de los daños punitivos, cambiando el criterio restitutivo que había existido hasta el momento.

En este tema, uno de los casos más significativos sobre daño punitivo ha sido el reflejado en los juicios de amparo directo 30/2013 y 31/2013, en los que se emitió una condena contra el Hotel Mayan Palace de Aca-

³¹ Tesis 1a. CXXXII/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, abril de 2016, t. II, p. 1147.

³² Tesis 1a. CCLXXIV/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, t. I, p. 146.

³³ Tesis 1a. CCLIV/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, t. I, p. 159.

pulco, Guerrero.³⁴ El hecho que originó este juicio ocurrió el 15 de septiembre de 2010, por motivo de las fiestas del grito de Independencia de México, en donde un joven falleció electrocutado en conductor húmedo (agua) dentro de las instalaciones del hotel “Mayan Palace” ubicado en Acapulco, Guerrero, al caerse de un kayak en un lago artificial dentro del hotel.

En la resolución se concluye que el hotel desplegó una serie de conductas ilícitas, las cuales dieron origen al daño y se pueden sintetizar en los siguientes rubros: *a)* mantenimiento deficiente de instalaciones y omisión de medidas de seguridad en su uso; *b)* omisión de personal capacitado, y *c)* conducta de la empresa frente a la eventualidad, por tanto la empresa, incumplió con la normatividad que le era aplicable por la naturaleza del servicio prestado, siendo además negligente, así que señala la sentencia, en el caso específico de que se cause la muerte de un hijo, se ha reconocido que con acreditar la muerte y el parentesco se tiene por acreditado el daño moral de los progenitores. Así, cuando la relación es de índole civil, la reparación al daño moral que se fije deberá analizarse desde el derecho a la justa indemnización.

En este punto la sentencia confunde reparación integral con “daños punitivos” y agrega: “...El limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el responsable se enriqueciera a costa de su víctima...”. Por otro lado, impone en el derecho mexicano, el carácter preventivo que sólo aparece en legislaciones en materia ambiental y de protección al consumidor, pero la SCJN generalizó el principio a partir de la consideración siguiente: “dichos daños tienen el objeto de prevenir hechos similares en el futuro”.

En la sentencia en cuestión de pronto aparece que la reparación por daño moral tiene una faceta punitiva,³⁵ pero por otra parte argumentan la situación económica de la víctima no es útil para medir la calidad y la intensidad del daño extrapatrimonial por lo que no conduce a satisfacer el derecho a una justa indemnización.

³⁴ Amparo Directo 30/2013 relacionado con el Amparo Directo 31/2013, resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante sentencia del 26 de febrero de 2014.

³⁵ En las legislaciones civiles no aparece apartado alguno dedicado a la reparación punitiva de la responsabilidad civil en cualquiera de sus modalidades, en la que incluye por supuesto el daño moral.

En el fallo se condenó a la empresa que representa al hotel a pagar a los padres de la víctima, una indemnización por daño moral por la cantidad de 30'259,200.00 (treinta millones doscientos cincuenta y nueve mil doscientos pesos 00/100 M.N). Sin valorarse dictámenes de peritos, afectación de los padres emocional o física, dependencia económica, y ya está, se incorporaron los daños punitivos en la sentencia mexicana.

El amparo concedido a los padres del joven fallecido fue aprobado por cinco votos de siete, por tal motivo, dos ministros manifestaron sus votos concurrente y particular respectivamente. A continuación, analizo los argumentos del ministro José Ramón Cossío Díaz, en los siguientes aspectos:³⁶

- a) Se establecen daños punitivos con el objeto de prevenir hechos similares en el futuro, es decir —afirma el ministro Cossío— se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida.
- b) La introducción de los daños punitivos en la ecuación sin establecer cuáles serían los elementos específicos que se tendrán que tomar en cuenta y, sobre todo, cuál tendría que ser su proporción en relación con la faceta meramente resarcitoria del daño moral, termina por generar precisamente el efecto que se buscaba evitar, esto es, abrir un espacio enorme para la discrecionalidad judicial.
- c) La resolución tampoco es clara en cuanto a si una indemnización para ser “justa” debe contemplar los “daños punitivos”.
- d) Lo más grave de la mecánica propuesta en la sentencia para cuantificar el monto del daño moral es que no distingue claramente la cantidad que corresponde pagar por daños resarcitorios (es decir, aquellos que van encaminados a reparar la afectación cualitativa y cuantitativa a la víctima) de los daños propiamente punitivos.

Por su parte el voto particular del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo es aún más radical en cuanto a la incorporación de la figura del daño punitivo en el derecho mexicano, destacando lo siguiente:³⁷

³⁶ Voto concurrente formulado por el ministro José Ramón Cossío Díaz en el juicio de amparo directo 30/2013, el 26 de febrero de 2014.

³⁷ Voto particular formulado por el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el juicio de amparo directo 30/2013, el 26 de febrero de 2014.

- a) Inconformidad absoluta a que se haya introducido el término de daños punitivos ni que se sostenga que los daños punitivos se inscriben dentro del derecho a una justa indemnización.
- b) Las consecuencias y los efectos que tiene en el culpable la obligación de indemnizar son sancionatorios y disuasivos, sin embargo, el salto de esa premisa a los daños punitivos es lo que no está debidamente justificado en la sentencia y mucho menos el que se asevere que los daños punitivos se inscriben dentro de la justa indemnización.
- c) Los daños punitivos —*punitive damage*— se han desarrollado en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, se han definido como daños ejemplares, cuya esencia es que son sumamente altos y tienen sólo el objeto de sancionar al responsable y no de reparar el daño y difieren de los daños compensatorios que sí tienen por objeto reparar el daño.
- d) Si la sentencia pretendía importarlos al orden jurídico mexicano, debió de haberlos desarrollado, haber determinado sus parámetros de aplicación y haberlos distinguido de la justa indemnización.

En el estudio de esta sentencia me pregunto ¿cómo se puede importar un concepto doctrinal anglosajón en una sentencia judicial donde la SCJN sólo puede aplicar el principio de convencionalidad?

En estos dos votos se observa una reflexión crítica en cuando a los daños punitivos, con la que: 1) se introdujo la figura de los daños punitivos, y 2) se fijó una cantidad absurda, ello sin valorar la desproporcionalidad del daño pues una vida no tiene compensación con respecto a la cantidad más elevada fijada si no se explica que función cumple para los herederos. Lo anterior, implica la violación al debido proceso según el artículo 14 de la Constitución federal, por cuanto la parte afectada no tuvo momento alguno para su defensa, perjudicando el patrimonio de ésta.

Sobre el caso en cuestión coincido que la reparación del daño moral en México debe ser reforzada, la extensión del juicio ordinario y los parámetros de valoración principalmente la situación económica de la víctima, elemento declarado inconstitucional, han debilitado la figura en todas las situaciones jurídicas en las cuales se reclama, sin embargo considero que la justa indemnización está en los parámetros del principio *pro persona* y no ayuda una sanción civil sin criterios valorados previamente en la sen-

tencia. La incorporación de la figura de daños punitivos sin parámetros de valoración puede llevar a un enriquecimiento sin causa.

Es desconcertante cuando en el año 2014 surgen dos criterios de daños punitivos considerándolos dentro del carácter compensatorio de la responsabilidad civil, la tesis en ese camino expone:

... Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras... A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como “daños punitivos” y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización.”³⁸

En la sentencia de la SCJN antes analizada no se siguen los principios que el sistema del *common law* utiliza para aplicar este tipo de sanciones civiles. No existe legislación ni tan siquiera artículo que reconozca la existencia de normativa vigente sobre el carácter preventivo y punitivo de las leyes civiles. El derecho debe adaptarse a las realidades sociales pero el sistema jurídico por sí mismo no puede permitir figuras que violentan la legalidad de la evaluación de la existencia o no de daños punitivos por no estar previamente protegidos jurídicamente, dejando al afectado en indefensión y en violaciones al debido proceso.

X. CONCLUSIONES

En la actualidad dentro de los sistemas jurídicos más estudiados y cercanos en los modelos de la responsabilidad civil aparecen dos grandes grupos, los del sistema del *civil law* y los propios del *common law*. La principal diferencia entre ellos aparece cuando en el derecho civil en general se limita la función del derecho de daños a reparar o compensar, reconociendo el carácter preventivo de la compensación impuesta en casos de daño moral.

En los países del sistema anglosajón se admiten otras funciones como castigar al responsable y persuadir de conductas similares con sanciones civiles punitivas, principalmente para garantizar el pago de las costas en

³⁸ Tesis 1a. CCLXXII/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, t. I, p. 142.

el servicio de los abogados. También se ha impuesto la figura en casos de violaciones por grandes empresas en una lucha judicial *antitrust* o por temas de protección al consumidor. La figura de los *punitive damages* o daños punitivos pone de manifiesto la disparidad de criterios entre los distintos sistemas jurídicos nacionales en lo que concierne al derecho de daños.

En el *civil law* estudiado según el derecho continental europeo, la reparación tiene una función compensatoria que abarca la integralidad de la responsabilidad civil y puede abarcar en la responsabilidad civil extracontractual el carácter preventivo dentro de la función resarcitoria o compensatoria.

Se evidencia de estas conclusiones lo siguiente:

En primer lugar, la reparación pretende reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del hecho dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de carácter económico que lo compensen de la pérdida para solventar el daño causado.

Los daños punitivos son aquellos que la víctima de un daño recibe con la finalidad de castigar al responsable y evitar que produzca con posterioridad un daño similar. Dudo sinceramente que estas sanciones económicas sean suficientes para evitar que los daños no se produzcan; por otra parte, ha quedado demostrado mediante estudios que se mencionan en este trabajo que los empresarios recuperan las pérdidas producidas por los daños punitivos con otras medidas económicas y laborales.

Otra de las críticas que se realiza por gran parte de la doctrina de ambos sistemas es que se corre el peligro del enriquecimiento sin causa de una persona particular, por una parte, que es el demandante, mientras que como se ha señalado anteriormente no se garantiza el aparente carácter ejemplarizante ante y para la sociedad en general.

En el sistema europeo con excepción de Inglaterra, la finalidad del derecho de daños es la compensación de la víctima, que aparece en la reparación integral con la valoración de los perjuicios producidos en casos de responsabilidad extracontractual.

XI. BIBLIOGRAFÍA

AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979, *Restatement of the Law (Second) of Torts*, sección 908, Estados Unidos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 221-253.

- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, 1993, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, 2012, *Daños punitivos*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas.
- CASAS PLANES, María Dolores, 2005, “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitivve damages* del derecho anglosajón)”, *Práctica Derecho de Daños*, núm. 29, julio-agosto.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, 2013, “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho*, Valle del Ebro, vol. 21.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1999, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- DOBBS, Dan B., 1989, “Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence Measured Remedies”, *Alabama Law Review*, 40.
- ELLIOT, E. Donald, 1989, “Why Punitive Damage Don’t Deter Corporate Misconduct Effectively” *Alabama Law Review*, 40.
- GALANTER, Marc y LUBAN, David, 1993, “Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism”, *The American University Law Review*, 42.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, 2012, “Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.) y JAVATO MARTIN, Antonio y TAPIA BALLESTEROS, Patricia (coords.), 2012, *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Valladolid, Lex Nova-Ministerio de Economía y Competitividad.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, 2014, *Derecho internacional privado. Doscientos años de tratados internacionales ratificados por México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, 2010, *Derecho internacional privado*, México, Nostra-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- JANSEN, Nils y RADEMACHER, Lukas, 2009, “Punitive Damages in Germany”, en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (ed.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena, Springer.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, 2016, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, México, Porrúa, Red Internacional de Juristas para la Integración Americana.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 221-253.

- KADNER, Thomas y WEYERS, Hans-Leo, 1998, “Apuntes sobre la evolución del derecho de la República Federal de Alemania en 1995 y 1996”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, núm. 2.
- KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), 2009, *Punitve Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena, Springer.
- LEVENTHAL, John M. y DICKERSON, Thomas A., 2013, “Punitive Damages: Public Wrong or Egregious Conduct?”, *Albany Law Review*, 76.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, 2017, “Contra los daños punitivos”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y TOMÁS MARTÍNEZ, Gema (coords.), *Culpa y responsabilidad*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, 2010, “Formas de reparación del daño (II)”, *Práctica Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, España, núm. 81, abril.
- LORENZETTI, Ricardo, 1995-C, “La tutela civil inhibitoria”, *La Ley*.
- MARKEL, Dan, 2009, “How should Punitive Damages work? *University of Pensilvania Law Review*, mayo, 157.
- MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, Pablo, 2016, *Daños punitivos: El “patito feo” de la responsabilidad civil*, Madrid, Fe D’Erratas.
- PABLO SERRANO, Alejandro de, 2012, “La apropiación por el perjudicado de lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [Art.9.2.d) de LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el derecho penal y el derecho civil”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.) y JAVATO MARTIN, Antonio y TAPIA BALLESTEROS, Patricia (coords.), *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Valladolid, Lex Nova, Ministerio de Economía y Competitividad.
- PANTALEÓN, Fernando, 2000, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también en las administraciones públicas)”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, 2015, *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, México, Tirant lo Blanch.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María y GALLEGOS PÉREZ, Nidia del Carmen (+), 2006, “Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral en México”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María (coord.) *El daño moral en Iberoamérica*, México, IEPSA-Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

- PERLINGIERI, Pietro, 2007, “Le funzioni della responsabilità civile”, *La funzione detergente della responsabilità civile*, Università degli Studi di Siena.
- REQUEJO ISIDRO, Marta, 2009, “Punitive Damages from a Private International Law Perspective”, en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena, Springer.
- ROCA, Encarna, 2003, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- SALAS CLAVER, Jacobo, 2007, “Daños punitivos: la pregunta es para cuándo”, *Práctica Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, España, núm. 55, diciembre.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, 1997, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, 2003, “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages) jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive Damage”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ejemplar dedicado a la responsabilidad en el derecho, Madrid, núm. 4, 2000.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, 2000, “Punitive Damage”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 1. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/013_es.pdf.
- SEBOK, Anthony J., 2009, “Punitive Damages in the United States”, en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena, Springer.
- SEBOK, Anthony J., 2007, “Punitive Damages: from Myth to Theory”, *Iowa Law Review*, 92.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo, 2012, “Los daños punitivos en la propiedad intelectual”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.) y JAVATO MARTIN, Antonio y TAPIA BALLESTEROS, Patricia (coords.), *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Valladolid, Lex Nova, Ministerio de Economía y Competitividad.
- SHAVELL, Steven y POLINSKY, A. Mitchel, 1998, “Punitive Damages: An Economic Analysis”, *Harvard Law Review*, 111.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 221-253.

- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, 2009, “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”, *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Medellín, Universidad Javeriana-Diké.
- VERDA, José Ramón de, 2018, “Prólogo”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María (coord.), *Temas actuales de responsabilidad civil*, México, Tirant lo Blanch.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, 2015, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Madrid, Dykinson.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN IBEROAMERICANA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN*

COMPARATIVE ANALYSIS OF IBEROAMERICAN LEGISLATION ON TRANSPARENCY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

Catalina RUIZ-RICO RUIZ**

RESUMEN: La implementación de la legitimidad constitucional para la credibilidad y confianza en los sistemas democráticos iberoamericanos se desarrolla a través de la transparencia legal e institucional. Su consolidación como derecho constitucional impide el menoscabo de las garantías de otros derechos fundamentales conexos como la participación o la libertad de información. El análisis de las deficiencias regulativas de la transparencia desde un prisma territorial, subjetivo, objetivo y con relación a los límites, plantea retos jurídicos a su aplicación en el contexto iberoamericano.

Palabras clave: derecho a la información, derecho comparado, límites de la transparencia, excepciones al derecho de información, garantías constitucionales.

ABSTRACT: *The implementation of constitutional legitimacy for credibility and confidence in Latin American democratic systems is developed through legal and institutional transparency. Its consolidation as a constitutional right prevents weakening of other related basic rights, such as participation and freedom of information. The analysis of regulatory deficiencies of transparency from a territorial prism, subjective, objective and in relation to the limits poses legal challenges to its implementation in the Latin American context.*

Keywords: *Right to Information, Comparative Law, Limits of Transparency, Exceptions to the Right to Information, Constitutional Guarantees.*

* Artículo recibido el 10 de octubre de 2016 y aceptado para su publicación el 1 de abril de 2018.

** ORCID: 0000-0002-0966-8686. Profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Jaén. Correo electrónico: crrico@ujaen.es.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 255-283.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Planteamiento general*. II. *Proceso de constitucionalización del derecho a la información pública en el mapa iberoamericano*. III. *La problemática de la regulación iberoamericana sobre transparencia desde una perspectiva constitucional*. IV. *Ámbito aplicativo del derecho a la información pública*. V. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En las democracias iberoamericanas, la generalizada ausencia de control social sobre el poder político se ha sustentado tradicionalmente en un deficitario sistema jurídico de transparencia.¹ El panorama actual de crisis institucional y corrupción política constituye el detonante de un proceso emergente de juridificación de la transparencia, asociado a Estados de baja calidad democrática (Morlino, 2013).

En particular, el régimen oclusivo de la información pública ha contribuido a una toxicidad sistémica y a una atmósfera social de impunidad política.² Como antídoto jurídico, los países iberoamericanos han iniciado una progresiva renovación democrática a través de una oleada de leyes de transparencia.³ La resolución de la OEA de 10 de junio de 2003 aseveró que “el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia...”.

El desarrollo del principio democrático exige el reconocimiento, aplicación y garantía del acceso a la información pública como derecho humano

¹ Morlino (2008) se refiere a una “juridización” de las democracias contemporáneas como un fenómeno de interés que puede asociarse a Estados de baja calidad democrática como la juridificación de sus democracias, a lo que puede agregarse una tendencia a desjuridificar ante la desconfianza en los órganos y funcionamiento del sistema. Para Raúl Ferrada (2011), la transparencia confiere mayor legitimidad y credibilidad del aparato público, al brindar confianza en la labor de los organismos y los propios funcionarios.

² A propósito, véase Velasco (2013: 385) admitiendo que, en buena medida, la capacidad social de control del gobierno depende de que la ciudadanía sea capaz de conocer cómo actúa el gobierno, de manera que pueda hacerse un juicio sobre su funcionamiento y asignar reconocimientos y sanciones en caso de actuaciones sobresalientes o deficientes, respectivamente.

³ Véase, Núñez (2009: 18), la contundente realidad ofrece con frecuencia situaciones de corrupción o de actuaciones poco acomodadas a referencias éticas que confirman la existencia de zonas de impunidad como consecuencia de insuficiencias de la normativa vigente y que vienen a denunciar responsabilidades políticas por la falta de anticipación en la corrección de dichas carencias.

y fundamental (Pérez, 2009).⁴ La tutela jurídica y constitucional de la transparencia influye determinadamente en la protección de los derechos fundamentales conexos (participación ciudadana, libertad de información...), y en una eficaz rendición de cuentas por los poderes públicos.

La hipótesis inicial de este estudio se vertebra en torno a la construcción jurídica de la transparencia como principio transversal e informador del ordenamiento jurídico, con aplicación incluso prevalente sobre la ley, y en la consolidación del derecho constitucional a la información pública. La tesis propuesta está centrada en la exigencia jurídica de reforzar las garantías del derecho de información para alcanzar una tutela eficaz de los derechos fundamentales afines, argumentando una interpretación restrictiva de sus excepciones o límites y exponiendo las claves para la resolución del conflicto entre derechos.

II. PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MAPA IBEROAMERICANO

1. *La dimensión constitucional de la transparencia y su fundamentación jurídica*

El acceso a la información pública presenta una dimensión multinivel como principio, norma, deber y derechos. La transparencia tiende a erigirse en un principio informador del sistema constitucional y de orden público (por ejemplo, legislación de México). De igual modo, representa un principio anticorrupción para la prevención, control y eliminación de prácticas corruptas. Desde esta perspectiva, sería conveniente la convergencia de regulaciones sobre transparencia en el marco iberoamericano, para su eficacia ante la dimensión transnacional de la corrupción.

A. *Su configuración como derecho humano en los tratados internacionales*

A raíz de los tratados internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones

⁴ Para Núñez (2009: 165) la transparencia en la actividad pública se presenta como la idealización de la organización democrática, en la que, además de los requisitos formales que la caracterizan, se encuentra permanentemente legitimada la posición de los responsables públicos.

Unidas y el TEDH, se consolida progresivamente la información pública como derecho constitucional.⁵

La sedimentación del derecho constitucional de acceso a la información pública en las Constituciones iberoamericanas deriva de su admisión como “un derecho humano fundamental que debe aplicarse a nivel nacional a través de una legislación global basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones”.⁶ En consecuencia, la legislación iberoamericana de desarrollo ratifica su categoría de derecho fundamental a todos los efectos constitucionales (garantías). Entre otras, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México de 4 de mayo de 2015, admite que se trata de una cuestión *de desarrollo constitucional y de orden público* (artículo 1o.), y la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Ecuador de 18 de mayo de 2004 (artículo 2o.) reconoce el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes (Toledo, 2015: 108).⁷

⁵ En el caso *Társaság a Szabadságjogokért vs Hungary*, del 14 de abril de 2009, se produce una evolución de su jurisprudencia, pues ha avanzado hacia una interpretación más amplia del concepto de *libertad de recibir información* y por lo tanto hacia el reconocimiento de un *derecho de acceso a la información*. La sentencia *Kenedi vs. Hungary*, del 26 de mayo de 2009, resalta que “el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho de la demandante a la libertad de expresión”. En la STEDH sobre el caso *Youth Initiative for Human Rights vs. Serbia*, del 25 de junio de 2013 (Appl. núm. 48135/06), falla en contra de la reiterada negativa de la agencia de inteligencia serbia (*Bezbednosno-informativnaagencija*) de proporcionar información relacionada con la vigilancia electrónica, en concreto sobre cuántas personas habían sido objeto de la vigilancia electrónica por ese organismo en 2005. En el § 26 el tribunal concluye que “la reticencia obstinada de la agencia de inteligencia de Serbia para cumplir con la orden del Comisionado de Información fue un desafío del derecho interno y equivalente a la arbitrariedad. Por lo que en consecuencia se ha acordado considerar que ha existido una violación del artículo 10 de la Convención”.

⁶ Declaración conjunta de la ONU y OEA, del 6 de diciembre de 2004.

⁷ Para Arellano Toledo (2013: 108), en su teoría de los derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli identifica cuatro criterios axiológicos que “responden a la pregunta de qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales” y los enumera de la siguiente manera:

Excepcionalmente, destaca la regulación española proclive a la administrativización del derecho a la información pública (Ley 19/2013, del 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), bien por su omisión constitucional o su desconsideración como derecho humano, bordeando por esta razón los tratados internacionales (Palacios, 2014: 2014).⁸ No obstante, la descategorización del acceso a la información pública como derecho constitucional, no puede impedir su aplicación e interpretación como derecho humano para eludir el incumplimiento de los convenios internacionales.

B. Desde la afinidad con derechos fundamentales

El acceso a la información pública no sólo se constitucionaliza como derecho fundamental por la influencia internacional sino mediante *la osmosis* jurídica con otros derechos humanos y constitucionales (Manrique, 2013: 8).⁹ La intrincada conectividad con determinados derechos constitucionales opera a modo de *conditio iuris* para el ejercicio de los mismos,

la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más fuerte.

⁸ Al respecto, véase Olmedo Palacios (2014: 3), quien considera “El derecho de acceso es un derecho fundamental y no un derecho administrativo. El derecho de acceso a la información pública es un presupuesto capital de formación de la opinión pública, base fundamental del funcionamiento democrático de una comunidad política, al mismo nivel que la libertad de información y de la que forma parte según los textos internacionales en la materia y la jurisprudencia del TEDH. Su regulación como derecho meramente administrativo lo deja huérfano de la protección y garantías propias de los fundamentales, y prejuzga en su contra la ponderación de intereses que deberá realizarse administrativa y judicialmente para resolver los previsibles conflictos con otros derechos y bienes jurídicos”.

⁹ Véase, Torres Manrique (2013: 8), sobre la relación que existe entre el derecho de acceso a la información y otros derechos. En este sentido, tenemos: “el derecho de acceso a la información guarda una ínsita relación con otros derechos humanos y contribuye a su efectivo ejercicio, tal como señala la Relatoría para la Libertad de Expresión en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe del año 2002”. En dichos términos, se señala que: “el derecho de acceso a la información pública ha adquirido una importancia fundamental en el desarrollo de los derechos humanos, directamente vinculado a otros derechos fundamentales, como lo son el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a tomar decisiones ciudadanas y políticas debidamente informados, al desarrollo democrático y a la transparencia en la gestión pública”.

como presupuesto inexcusable de su plena eficacia.¹⁰ La condición instrumental y de *cooperación necesaria* de la información pública para accionar los derechos de participación, petición o las libertades de opinión y expresión, también deriva de la convergencia en bienes jurídicos comunes (Guichot, 2011).¹¹

A propósito, destacan el Decreto Supremo de Transparencia de Bolivia del 17 de mayo de 2005, relacionando la información con el derecho fundamental a la libertad de opinión y de expresión (artículo 19, Declaración Universal de Derechos Humanos) (artículo 5o.); en conexión con el derecho de petición y participación como presupuesto inexcusable para su ejercicio (artículo 35); la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04, de la República Dominicana, reconoce la función social de las investigaciones periodísticas y de los medios de comunicación colectiva transcendental para el ejercicio del derecho de recibir información veraz, completa y debidamente investigada, acorde con los preceptos constitucionales que regulan el derecho de información (artículo 22); la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Ecuador de 18 mayo de 2004 (artículo 4o.) admite la concatenación entre el derecho de información pública y el derecho constitucional de participación “para efectivizar un verdadero control social... y fiscalización”.

La Constitución Española, paradójicamente, sólo regula la participación como derecho fundamental, ignorando que, el acceso a la información pública constituye el presupuesto necesario para su ejercicio efectivo. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite un derecho fundamental de información a los representantes públicos para el ejercicio del derecho de participación política, sin prolongación a los ciudadanos. La consideración de un mismo derecho con una naturaleza dual según los titulares de su ejercicio resulta, no obstante, difícil de asimilar a nivel constitucional, por actuar en ambos supuestos como

¹⁰ Según Miguel Carbonell (2010), el acceso a la información tiene por objeto la protección de bienes básicos y el derecho a la información se relaciona, por ejemplo, con la libertad de expresión, con los derechos electorales y, más en general, con la concepción democrática del Estado contemporáneo.

¹¹ Véase, Guichot (2011: 4), quien admite que este precepto constitucional remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva.

un medio para el ejercicio de derechos fundamentales y no como un fin en sí mismo. Pero también porque la brecha y tratamiento desigual entre titulares del derecho a la información pública debe basarse en una justificación objetiva y razonable, sin vulnerar el derecho constitucional de igualdad. La reserva de la información pública con el máximo rango de derecho fundamental sólo para los representantes políticos con base en el *ius in officium*, sin que a los ciudadanos se les garantice el acceso a la misma documentación, salvo excepciones justificadas (por ejemplo, seguridad nacional, confidencialidad...) no encuentra acomodo en la asunción de la transparencia como un principio clave del Estado democrático.

En el mapa iberoamericano, con carácter general la autonomía jurídica e identidad constitucional alcanzada por el derecho de información pública, no puede oponerse a su conectividad con otros derechos fundamentales. La interpretación restrictiva y límites excesivos de la información pública repercuten negativamente en el ejercicio y garantías de derechos fundamentales afines (Ridao Martín, 2014: 7). En este sentido, Ridao Martín considera que el acceso a la información pública no pueda ser limitado en razón de otros derechos fundamentales u otros derechos o bienes constitucionales.¹²

La naturaleza de la información pública como derecho constitucional implica su sujeción al principio *pro libertate* “favorable al ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos”, con base en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (artículo 2o., Ley 1712 de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional de Colombia) y a una interpretación restrictiva de sus limitaciones y condiciones (artículos 15, legislación peruana, y 2o. de la Ley 1712 de Colombia). En consecuencia, la interpretación *contra libertate* del derecho a la información pública, dada su interacción con otros derechos fundamentales, afecta negativamente a la protección constitucional de estos últimos.

¹² Al respecto, Guichot (2011) se refiere a la polémica doctrinal en torno a si se trata de un derecho autónomo o, por el contrario, de una manifestación de la libertad de información, señalando que un sector doctrinal considera que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho a recibir información consagrado en el artículo 20.1.d) de la CE, de modo que de dicho precepto deriva el correspondiente deber de la administración de facilitar el libre acceso a la información administrativa, como imperativo del principio de publicidad y transparencia.

El impacto hermenéutico de la información pública en la posible atenuación de las garantías de los derechos fundamentales conexos se regula en la Ley núm. 5228 de Acceso a la Información Pública de Brasil, disponiendo que no puede ser denegado el acceso a la información necesaria para la tutela judicial o administrativa de derechos fundamentales (artículo 21). La protección de estos últimos se supedita a la defensa constitucional de la transparencia mediante garantías que deben ser comunes, como el recurso de amparo (artículos 3o. y 22 de la ley ecuatoriana, respecto de la accesibilidad a la información que “genere y posea el Poder Ejecutivo”) y la intervención de los defensores del pueblo (en los términos del artículo 16 del citado Decreto Supremo de Bolivia).

Por tanto, los países que no erigen la información pública en derecho fundamental, reducen implícitamente en la práctica las garantías y salvaguarda de los derechos fundamentales concatenados. Si bien el principio de interpretación máxima en el acceso a la información pública puede eludir esta incoherencia interpretativa, al producir efectos equivalentes al principio *pro libértate* respecto de los derechos fundamentales.¹³

2. Conflicto entre derechos constitucionales

La conexión del derecho de información pública con ciertos derechos constitucionales en los términos expuestos no evita paralelamente el riesgo de conflictividad. En este sentido, el artículo 18 de la Ley 1712 de Colombia, regula el conflicto de la información con el derecho a la intimidad, salud, vida, seguridad y los derechos de la infancia y adolescencia (artículo 19).¹⁴ La colisión con derechos de la personalidad se prevé en la Ley Orgánica 24 de Ecuador (artículo 6o.), considerando

información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

¹³ Respecto del principio de máxima divulgación, véase Torres (2013). A diferencia de Perú, países como Chile, Guatemala, México y El Salvador, reconocen taxativamente en sus ordenamientos jurídicos este principio.

¹⁴ Los derechos fundamentales pueden verse afectados si no existe un correcto y seguro uso del gobierno abierto, en especial el de la privacidad (Arellano, 2015: 109).

La exigencia de ponderación del derecho de información pública en el supuesto de concurrencia con el derecho de intimidad debe atender al criterio de interés público, aunque la legislación peruana (artículo 15) excluye la aplicación de la técnica ponderativa al priorizar la información referida a los datos personales cuya publicidad por invasión de la intimidad personal y familiar.

La conflictividad con derechos de la personalidad se regula también en el artículo 6o. de la Ley Orgánica 24 de Ecuador, considerando

información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

El derecho de acceso a la información pública aparece legalmente limitado por los derechos de la personalidad, con base en la responsabilidad por su vulneración.¹⁵ Aunque, en reciprocidad, la transparencia puede limitar los derechos fundamentales y plantear su ponderación con el interés público. En este sentido, la protección de datos se detiene cuando involucra recursos públicos (artículo 115, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México, del 9 de mayo de 2016). Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español ante la revelación de datos de interés público contenidos en expedientes administrativos, ha establecido la preeminencia del derecho a la información sobre el derecho a la protección de datos, optando por la publicidad activa de los gastos de representantes políticos (entre otras, la reciente STS del 9 de marzo de 2015).

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN IBEROAMERICANA SOBRE TRANSPARENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

1. *Preliminar*

A priori cabe plantear si la actual regulación iberoamericana de transparencia posibilita el control ciudadano de los poderes públicos, el escri-

¹⁵ *Idem.*

tinio social, la rendición de cuentas y, en definitiva, efectúa una presión eficaz contra la corrupción. Sobre esta cuestión preliminar, el Informe Greco en Europa reconoce que la legislación de transparencia no está contribuyendo a reducir la corrupción, presentando escasos resultados prácticos.

2. Deficiencias, imprevisiones y retos generales

Entre las zonas controvertidas de opacidad destacan la confidencialidad contractual (pactada entre administración y empresas), la protección de datos fiscales y las excepciones actuales a la transparencia como borradores, informes internos, procesos de adopción de decisiones, negociaciones políticas, propiciadas por el deber de sigilo impuesto en el seno de administraciones e instituciones a los empleados públicos.

Como déficits y retos del derecho a información pública, cabe resaltar la publicidad de las agendas de los cargos políticos, la previsión de extralimitaciones y abusos de funcionarios, la regulación de lobbies y su registro, la protección de denunciantes, motivación de la denegación de información, la conservación de la documentación para evitar su destrucción en casos de corrupción o un régimen sancionador y capacidad coercitiva de los organismos de transparencia.

Los problemas en torno al acceso a la información pública derivan de la excesiva burocratización y su utilización con fines políticos mediante la manipulación desde los poderes públicos, debiendo protegerse este derecho constitucional frente al fenómeno actual de la *posverdad*, con responsabilidades de los instigadores al falseamiento de la opinión pública.

Por último, entre los retos generales de la transparencia iberoamericana se incluyen la necesidad de coordinación entre las regiones o Estados federales para evitar tratos desiguales entre ciudadanos y una jurisprudencia uniforme sobre aplicación del derecho de información pública. Al margen de la previsión de discriminaciones derivadas de la brecha digital, atendiendo a los colectivos con superiores dificultades de uso de las nuevas tecnologías.

3. *Problemática, déficits y prospectiva de la transparencia en los Estados iberoamericanos*

Entre los déficits de la legislación colombiana se observan lagunas de publicidad activa como las deliberaciones y procesos de adopción de acuerdos; las agendas de cargos públicos, como también el deber de custodia de la documentación pública. Como problemática, cabe destacar la ausencia de criterios de interés público en caso de conflicto para la ponderación con derechos fundamentales. Desde la perspectiva de los retos normativos pendientes, la naturaleza de derecho fundamental a la información pública podría incorporar su interpretación conforme a los tratados internacionales en esta materia, así como mecanismos de homogeneidad interna a efectos de transparencia.

Por otra parte, la regulación de Perú, a diferencia de Colombia no prevé el principio de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros interpretativos ni la motivación en caso de denegación de la información. Los aspectos problemáticos pueden derivar de los conflictos de intereses debido a la falta de previsión de los lobbies y de la opacidad de las relaciones con los representantes políticos. Entre sus retos, se debe resaltar la atención legislativa a la protección de denunciantes en el seno de las administraciones, partiendo de la base del conocimiento de irregularidades por los empleados públicos; además del principio de no discriminación entre colectivos vulnerables para evitar la brecha digital derivada de las nuevas tecnologías.

Como déficits de la normativa boliviana puede señalarse la imprevisión de una cláusula sobre tutela administrativa del derecho fundamental a la información pública y la figura del silencio positivo. Paralelamente, la problemática derivaría de la ausencia de una interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho de información pública para garantizar el principio de máxima publicidad. Su principal reto se plantea respecto de la concatenación entre el derecho de información y participación (a diferencia de la normativa ecuatoriana, artículo 4o.).

La regulación chilena presenta como déficits y cuestiones problemáticas la conexión de la información pública con el derecho de participación o el uso electoral de información pública y la independencia de los organismos garantes de la transparencia. La problemática puede derivar de la ausencia de criterios de necesidad y proporcionalidad y de un régimen de

concreción de las excepciones a la información pública y entre sus retos cabe señalar acciones positivas en favor de grupos vulnerables.

La normativa mexicana de transparencia presenta aisladas deficiencias entre las que cabe incluir la posibilidad de acciones colectivas para defensa del interés público en la información. Los retos de la normativa mexicana radican en la necesidad de regulación de mecanismos para la corrección de asimetrías entre los Estados y un sistema de coordinación a tales efectos para una aplicación uniforme.

Los déficits regulativos de la normativa española de acceso a la información pública radican en la imprevisión de interpretación conforme a los tratados internacionales y la imposibilidad de escrutinio social sobre la percepción y gasto de fondos públicos o subvenciones por partidos políticos. Como retos destacan la garantía de indemnidad respecto de los denunciantes, así como una cláusula abierta respecto de la transparencia activa.

IV. ÁMBITO APLICATIVO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. *A nivel territorial*

La estructura descentralizada del Estado influye en la configuración del sistema de transparencia con especial énfasis en la legislación mexicana, española y chilena. Concretamente en la Ley del 9 de mayo de 2016, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México tiende a la homogeneidad del Estado en materia de transparencia, obligando a los sujetos de los poderes legislativos federal, de las entidades federativas y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y de los poderes judiciales federal y de las entidades federativas.

En particular, se prevé la uniformidad interna como Estado federal mexicano mediante el establecimiento de procedimientos y condiciones homogéneas en el ejercicio del derecho de acceso a la información, aunque “atendiendo en todo momento las condiciones sociales, económicas y culturales de cada región”, conforme a las asimetrías entre Estados federales en materia de transparencia. Paralelamente la legislación mexicana establece el recurso a “los medios de impugnación y procedimientos para la interposición de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por parte de los organismos garantes”; cuando lo aprueben

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 255-283.

la mayoría de sus comisionados, en contra de leyes de carácter federal, estatal o del Distrito Federal (ley mexicana).

Sin embargo, la regulación española considera la transparencia como competencia exclusiva de las comunidades autónomas, disponiendo que las obligaciones legales de transparencia “se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente”. En España el desarrollo autonómico de la transparencia responde a las potestades de autorganización administrativa de las comunidades autónomas y a la asunción generalizada de competencias en materia de archivos y registros. Si bien las comunidades autónomas pueden facilitar información pública incluso de modo más garantista que la normativa estatal de transparencia, que sólo actúa como ley de mínimos. Aunque la posibilidad de mejorar los estándares estatales de transparencia previstos no se infiere en la práctica de la aparente docilidad de las comunidades autónomas, limitándose a la clonación de la legislación básica. En el marco español, la mansa reproducción de la Ley estatal de Transparencia y la frecuente remisión a la misma por las leyes autonómicas refleja una connivencia jurídica sin apenas precedentes en comparación con otras materias competenciales.

Desde una perspectiva constitucional subsiste, no obstante, el riesgo teórico de conflictos o descoordinación entre el Estado y sus regiones o federaciones con normativa propia de transparencia, por razón de la diversidad de los límites, excepciones, información confidencial y reservada; y la diferente interpretación o aplicación de estas cuestiones por los organismos federales o regionales garantes. Paralelamente, el trato desigual entre nacionales en el acceso a la información pública podría determinar la desigualdad en el ejercicio de otros derechos fundamentales conexos; además de consecuencias potencialmente inconstitucionales por abrir una brecha subjetiva interna susceptible de afectar a su aplicación como derecho humano.

2. Aspectos subjetivos relevantes

La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública proclama:

las administraciones públicas tienen que ser transparentes en su gestión, abiertas al escrutinio público, tolerantes a la crítica y permeables a las propuestas de mejora y de cambio provenientes de la ciudadanía (Decreto Su-

premo núm. 072-2003-PCM de Perú y el Reglamento de Transparencia aplicable exclusivamente a la Administración Pública y empresas del Estado).

Desde un prisma estrictamente subjetivo, las legislaciones iberoamericanas presentan deficiencias y lagunas significativas en el acceso a la información pública. En concreto, el cúmulo de requisitos subjetivos en las solicitudes de transparencia, la exigencia de identificación del peticionario y la complejidad de la instancia pueden producir efectos disuasorios en el ejercicio de un derecho fundamental y humano.

En concreto, el requerimiento de datos personales (cuenta bancaria, número de móvil...) implica una renuncia forzada a la privacidad y a este derecho fundamental, penalizando la transparencia por desincentivar al ejercicio del derecho a la información pública.¹⁶

De otra parte, la previsión legal de discriminaciones y restricciones subjetivas no se implementa con acciones positivas para promover el acceso a la información pública de colectivos o sectores poblacionales con superiores dificultades para el ejercicio de este derecho constitucional (población indígena, mujeres, sin alfabetización digital...). Sólo excepcionalmente, la transversalidad del derecho de igualdad y participación se verifica mediante acciones positivas (artículo 22) en favor de grupos vulnerables (artículo 31) y de mujeres (artículo 38, Ley de Transparencia de México).

Respecto de los lobbies, destaca especialmente la regulación de la Ley núm. 20.730 de Chile con previsión de sanciones y obligaciones, así como un registro de lobistas similar al padrón de cabilderos en México (artículo 72).¹⁷ Aunque la legislación chilena establece excepciones discutibles como las actuaciones en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.) sin aten-

¹⁶ Destaca al respecto, la Ley colombiana (artículo 2o.) y la Ley boliviana (artículo 3o.) regulando el principio de no discriminación y la obligación de entregar información sin distinciones arbitrarias. Por su parte, el artículo 11 g) de la legislación chilena regula el principio de no discriminación según el cual la administración del Estado deberá entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

¹⁷ Según Argandoña (2001: 8), la frontera entre el lobby y la corrupción puede ser imprecisa. En principio, nada impide que una empresa, una asociación empresarial o profesional, una organización no gubernamental, etcétera, lleven a cabo gestiones para conseguir acciones políticas que les sean favorables, siempre que utilicen medios lícitos (la financiación de un partido, en nuestro caso) y que los fines perseguidos lo sean también, es decir, que no perjudiquen al bien común ni causen daños a otros agentes. No obstante, en España la Comunidad Autónoma de Cataluña ha aprobado la creación de un registro de

der a las extralimitaciones de los sujetos pasivos ni abordar las relaciones con otras conductas concurrentes, como el tráfico de influencias o la prevaricación.

Por último, desde un prisma subjetivo, cabe mencionar la ampliación de la titularidad del derecho a información pública a las personas jurídicas (Ley 27275 de Argentina).

3. *Perspectiva objetiva y elementos controvertidos*

Entre los aspectos objetivos controvertidos en el espacio iberoamericano cabe subrayar la exigencia de requisitos y condicionantes para el ejercicio del derecho fundamental de información pública. En particular, la alegación de incompetencia del órgano para la denegación de información, aunque la documentación obre en poder de la administración.¹⁸ Desde esta perspectiva, los principios de información pública y transparencia pueden colisionar con el de competencia, al exigirse que la información esté en posesión del sujeto obligado para su accesibilidad (artículo 2o., Ley Colombia).

Al respecto, el legislador español impone la exigencia de competencia del órgano obligado a facilitar información pública (artículo 7o.), mientras la normativa chilena considera que la información en posesión de los órganos de la administración del Estado se presume relevante (artículo 11). En consecuencia, la documentación derivada de abusos de poder, extralimitaciones en el ejercicio de las funciones administrativas o por denuncias en el seno de la administración, puede permanecer inaccesible a la ciudadanía.

A diferencia de la normativa española proclive a excluir la información que no esté en poder del ente obligado o cuya ubicación sea desconocida (artículo 18), la Ley 9 de mayo 2016 de transparencia y acceso a la información pública de México regula la localización de la información solicitada mediante imposición a todas las áreas competentes que cuenten con la información o deban tenerla de acuerdo a sus facultades, competencias y funciones, con el objeto de que realicen una búsqueda exhaustiva y razonable de la información solicitada (artículo 131).

“lobbies” al que tendrán que inscribirse todas las entidades y personas que participen en la elaboración y aplicación de las políticas del gobierno catalán y sus organismos autónomos.

¹⁸ A propósito, el artículo 15 del Decreto Supremo de Bolivia.

Como denominador común al ámbito objetivo de las legislaciones iberoamericanas, resultan exentos los procesos de adopción de decisiones públicas, e inaccesibles a los ciudadanos pese a su posible interés público, con excepción de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública de Colombia, reguladora de la información proactiva de los procedimientos que se siguen para tomar decisiones en las diferentes áreas y los informes de gestión, evaluación y auditoría (artículo 11).

También el hermetismo afecta a las cláusulas de confidencialidad en la contratación pública de la administración y de las instituciones iberoamericanas, sin previsión en la normativa de transparencia, pese a que habrían de ceder ante el criterio legal del interés público, o sujetarse a ponderación con este último.

El predominio *ex lege* de una información pública tasada debe remplazarse por cláusulas abiertas en la publicidad activa, como la prevista en el ámbito autonómico español (artículo 17, Ley 1/2014, del 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía) admitiendo que la enumeración aun siendo exhaustiva puede quedar superada por la realidad y el interés ciudadano y también que en aras de una mayor transparencia en la actividad del sector público se fomentará la inclusión de cualquier otra información pública que se considere de interés para la ciudadanía, incluyendo aquella información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia. La configuración legal tasada de la información pública o la publicidad activa favorece la subsistencia de zonas herméticas a la transparencia, ajenas a las preocupaciones ciudadanas de cada momento.

Desde una perspectiva objetiva, conviene no obstante subrayar la bifurcación entre la transparencia activa como obligación de las autoridades de hacer pública la información y el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental de los ciudadanos. Aunque la tendencia debe propender a una convergencia entre transparencia activa y pasiva, evitando incoherencias de denegación de información si existe un deber legal de publicación.

Resulta incongruente y sin justificación objetiva y razonable la cohabitación de una publicidad activa y pasiva con diverso alcance material. La transparencia no es un principio o derecho susceptible de catalogarse bien como publicidad activa o pasiva por la reciprocidad entre ambas, influyendo necesariamente la extensión de una en la apertura de la otra. Por lo que la elasticidad de la publicidad proactiva debe influir en el re-

traimiento de una publicidad pasiva limitada, para evitar una brecha inmotivada entre ambas vertientes de la transparencia.

4. *Límites, excepciones y restricciones*

En las legislaciones iberoamericanas de transparencia, el interés público se erige en parámetro de accesibilidad a la información pública, definido legalmente como *expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados, debiendo el servidor público desempeñar sus funciones de modo que lo satisfaga primordialmente* (artículo 113, Ley núm. 16.198 de Costa Rica). Respecto de la delimitación de este concepto jurídico indeterminado, el artículo 7o. de esta Ley considera de interés público la información relacionada con el ingreso, los presupuestos, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos. El interés público prevalece incluso sobre el interés de la administración pública “cuando pueda estar en conflicto y en su apreciación se tendrá en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

Las excepciones en el acceso a la información pública se subordinan también al interés público como dispone el artículo 15 de la normativa peruana reconociendo como excepciones “entre otras, la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública”.

Como límite a las excepciones al derecho de la información pública, las leyes iberoamericanas de transparencia coinciden en “la imposibilidad de reserva de acceso a la información pública para los delitos de lesa humanidad o violación de los derechos fundamentales”, si bien no incorporan con carácter general los actos relacionados con la corrupción política (salvo la regulación mexicana). En esta línea, el artículo 6o. de la legislación ecuatoriana señala que no podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades públicas competentes sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno; y el artículo 21 de la Ley brasileña núm. 12.527, del 18 de noviembre

de 2011, impide la restricción de acceso a los documentos que versen sobre conductas que impliquen violación de derechos humanos por agentes públicos o autoridades públicas.

Por último, como límite a las excepciones del derecho a información pública, se impone la prohibición de discrecionalidad de la autoridad pública en la confidencialidad y la determinación del carácter secreto (artículo 7o., legislación de Bolivia).¹⁹ La legislación brasileña considera ilícita y sujeta a responsabilidad la atribución de carácter secreto la información para obtener provecho propio o de tercero (artículo 32).²⁰

Para evitar excesos en la interpretación de las excepciones al derecho de información pública, el legislador mexicano (artículo 11) las somete a un régimen claro debiendo “estar definidas y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática”.

La coherencia entre los límites constitucionales del derecho a la información pública y los previstos por la legislación de desarrollo, constituye un presupuesto para la constitucionalidad de estos últimos. Desde este punto de vista, la normativa española de transparencia difícilmente se adapta a los límites previstos en el artículo 105 b) de la CE.

5. Sistema de garantías de la transparencia en Iberoamérica

La previsión de un sistema integral de garantías operaría como mecanismo preventivo y garantista, y evitaría la consideración de las leyes de transparencia como *soft law*.²¹

Con carácter general, el régimen de las garantías de la transparencia en Iberoamérica resulta insuficiente por la falta de coercibilidad (legisla-

¹⁹ Según Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva (2008: 15), a medida que existe una mayor conciencia social sobre el poder de la información, el principio de confidencialidad “ha sido progresivamente contestado, solicitándose desde diversas instancias sociales una inversión del sistema”.

²⁰ Para Paulina Gutiérrez Jiménez (2008: 43), la transparencia y el derecho de acceso a la información pública sirven para limitar el poder del gobierno en posibles abusos y violaciones de los derechos fundamentales.

²¹ Al respecto, véase, María Dolores Llop Ribalta (2012: 70), quien afirma que si el acceso a la información supone el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a conocer la información producida y controlada por los poderes públicos, la transparencia va más allá y supone una prestación activa de información de manera accesible y pertinente de forma que los procedimientos, estructuras y procesos estén a disposición para su valoración.

ción española), motivación jurídica, régimen sancionador y responsabilidad, así como de indemnidad para los denunciantes de prácticas irregulares y corruptas. El legislador iberoamericano tampoco aborda un régimen de control de los partidos políticos por los recursos públicos percibidos, ni incorpora medidas sancionadoras para impedir la financiación irregular frecuentemente a través de sus fundaciones.

En particular, se garantiza el derecho de información mediante la necesidad de motivación y justificación de la denegación por el sujeto obligado en los artículos 16 de la Ley de Panamá núm. 6 del 22 de enero de 2002, y 274 de la Ley de Costa Rica, así como la previsión de acción de *habeas data* por no suministrar la información o hacerlo de modo insuficiente (artículos 17 y 18, Ley de Panamá núm. 6 del 22 de enero de 2002).²²

Excepcionalmente, se tipifica la garantía basada en la inversión de la carga de la prueba (artículo 28, Ley colombiana), correspondiendo al sujeto obligado la aportación de las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial, en defensa del derecho de los ciudadanos. El desequilibrio entre los titulares de la relación jurídica en el acceso a la información pública justifica esta medida procesal netamente garantista de los sujetos activos de este y otros derechos fundamentales implicados. La normativa mexicana establece al respecto la prueba del daño y su ponderación, debiendo justificarse que su divulgación representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público (artículo 104); mediante la conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información (artículo 120).

Como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información y publicidad activa, negligencia, irregularidades o abuso de los sujetos obligados, los legisladores iberoamericanos han previsto un régimen sancionador y de responsabilidad. La individualización del sujeto responsable dentro de la administración también constituye un hilo conductor

²² Según Raúl Ferrada (2011), debe ser realmente respetado este derecho humano, basado en el *habeas data*, para que la ciudadanía tenga a la mano la información pública que requiere para conocer los gastos de gobierno; el gobierno sea realmente transparente haciendo uso correcto de los adelantos en tecnología.

común a las normativas iberoamericanas de transparencia (artículo 113, Ley de Costa Rica de Transparencia).

En este sentido, la Ley núm. 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú enfocada a la administración pública, dispone que la entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información (artículo 3o., Decreto Supremo de Perú, y artículo 9o. de la legislación ecuatoriana).

La imposición de deberes públicos de custodia de la documentación (artículo 10, Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Ecuador), rendición de cuentas (artículo 12, Ley de Panamá núm. 6 del 22 de enero de 2002) y no abuso de la información para la obtención de provecho (Ley de Costa Rica), se protege mediante acciones por obstaculizar o denegar el ejercicio de este derecho con el fin de exigir responsabilidad administrativa o civil y la indemnización de los daños y perjuicios causados (artículo 21 de la legislación de Panamá y artículo 7o., Decreto Supremo de Perú).

Las sanciones a funcionarios o empleados públicos incluyen multas, suspensión en sus funciones o destitución del cargo (artículo 23 ley ecuatoriana), medidas de apremio como amonestación pública (artículos 201 y 202 normativa mexicana, sin que las medidas de apremio de carácter económico puedan ser cubiertas con recursos públicos); e incluso responsabilidad penal por incurrir en negativa indebida, falta de respuesta o restricción ilegal en la atención de las solicitudes de información, por delito de incumplimiento de deberes, mediante denuncia de la autoridad administrativa superior o el petionario (artículo 17 de la legislación de Bolivia y 29 de la Ley de Transparencia de Colombia, artículo 11 normativa mexicana).

El régimen sancionador iberoamericano no prevé garantías de indemnidad para desincentivar cualquier trato adverso o efecto negativo por el ejercicio del derecho a información pública o por cumplimiento del deber de proporcionarla, con excepción de la regulación mexicana que dispone: *ninguna persona será objeto de inquisición judicial o administrativa con el objeto del ejercicio del derecho de acceso a la información, ni se podrá restringir este derecho por vías o medios directos e indirectos* (artículo 5o.). En consecuencia, el legislador iberoamericano elude una protección específica para las denuncias internas, malas prácticas y actos de corrupción en el seno de la administración y las instituciones.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 255-283.

Desde una perspectiva subjetiva, los organismos de transparencia, la intervención del Ministerio Público y defensor del pueblo conforman un marco institucional de garantías en los países iberoamericanos.

Respecto de los organismos garantes debe salvaguardarse legalmente su independencia y transparencia interna con obligación de dar publicidad a las deliberaciones y actos relacionados con sus atribuciones, facilitando el acceso a la información que generen y a las reclamaciones planteadas (artículos 8o. de la Ley mexicana y 6o. de la normativa chilena). Ante la insatisfacción de la vía judicial, deberían ampliarse las funciones de las agencias iberoamericanas de transparencia atribuyéndoles poder coercitivo y sancionador, carácter vinculante a sus decisiones, así como la posibilidad de resolver las solicitudes denegadas, los conflictos entre derechos y la ponderación de los límites.

Como garantía infrecuente en el panorama iberoamericano destaca el deber de los sujetos obligados, dentro de los procesos electorales, a partir del inicio de las precampañas y hasta la conclusión del proceso electoral, de mantener accesible la información en el portal de obligaciones de transparencia, salvo disposición expresa en contrario en la normatividad electoral (artículo 67 de la ley mexicana). De igual modo, no se regulan medidas sancionadoras contra el uso electoral de la información pública, para impedir la propaganda gubernamental y la politización de los portales de transparencia.

La dimensión constitucional del derecho de información pública en las normativas iberoamericanas determina acciones y garantías de naturaleza constitucional como el recurso de amparo (artículo 1o. de la legislación chilena); la intervención del Ministerio Público (en la Ley colombiana para velar por el cumplimiento de la ley y aplicar sanciones disciplinarias) y el Defensor del Pueblo.²³

Con relación al Defensor del Pueblo, se regula su actuación ante la falta de claridad en la información, la ambigüedad en el manejo de la información, expresada en los portales informáticos, o en la información

²³ Véase Torres Manrique (2013), quien señala que la Defensoría del Pueblo del Estado peruano lleva a cabo una trascendente labor interviniendo ante la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos fundamentales a la transparencia, acceso a la información pública y a la rendición de cuentas). El artículo 11 de la legislación ecuatoriana reconoce amplias facultades que corresponde a la Defensoría del Pueblo como la promoción, vigilancia y garantías establecidas en la ley.

que se difunde en la propia institución, *a efecto de que se corrija y se brinde mayor claridad y sistematización, en la organización de esta información*; por incumplimiento de los deberes de las instituciones públicas como la presentación de un informe anual sobre el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública, con potestad para imponer correctivos para la difusión de la información y sanciones que *serán ejecutadas inmediatamente por la autoridad* (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Ecuador, sobre ambigüedad en la información de los portales informáticos y los correctivos necesarios y sanciones por incumplimiento de obligaciones por autoridades).

Por último, entre garantías *de lege ferenda* cabe señalar el recurso a acciones colectivas para la tutela del interés público ligado a la transparencia, sanciones aplicables a lobbies y representantes públicos o partidos políticos indebidamente influenciados por los grupos de presión y la configuración de la transparencia como límite explícito de las instituciones.²⁴

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, Gabriela, 2017, *Hacia un México transparente: alcances y límites de la ley federal de transparencia con respecto a los sujetos no obligados*, México, InfoDF. Disponible en: http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/GabrielaAguirre.pdf.
- ALMEIDA, Daniel, 2009, “El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica”, *Memorias del Foro Transparencia y Acceso a la Información Pública en el Ecuador. Retos y Análisis 5 años después de Promulgada la LOTAIP*.
- ARAGÓN REYES, Manuel, 2007, “Democracia y Parlamento”. *Revista Catalana de Dret Públic*, 37. Disponible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2161/n37-aragon-es.pdf>.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, 2013, “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, núm. 5. Disponible en: http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/articulo_elviro_aranda-reflexion_transparencia_y_buen_gobierno.pdf.

²⁴ Véase Castro Cruzatt (2008), quien señala que el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la dimensión colectiva del acceso a la información, precisamente, por su contribución en la formación de la opinión pública.

- ARELLANO TOLEDO, Wilma *et al.*, 2015, *Derechos de los ciudadanos en el gobierno abierto: doctrina, legislación y políticas en México*, México, Infotec. Disponible en: <https://infotec.reposito.rioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/196/1/DERECHOS%20DE%20LOS%20CIUDADANOS%20EN%20EL%20GOBIERNO%20ABIERTO%20DOCTRINA%20c%20LEGISLACION%2093N%20Y%20POLITICAS%20EN%20ME.pdf>.
- ARGANDOÑA, Antonio, 2001, “La financiación de los partidos políticos y la corrupción”, *Las empresas. papeles de ética, economía y dirección*, núm. 6. Disponible en: <http://www.eticaed.org/2.Argando%20C3%B1a01.pdf>.
- ARRIBAS REYES, Esteban y VILLORIA MENDIETA, Manuel, 2012, “Marcos de integridad, calidad institucional y medios de comunicación en España”, *Derecom*, 8. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3795446>.
- BASTONS, Jorge Luis y ELIADES, Analía, 2007, *El derecho de acceso a la información pública en el ámbito iberoamericano*, España.
- BOJÓRQUEZ CARRILLO, Laura *et al.*, 2015, “Análisis de la relación entre la capacidad administrativa y La transparencia en gobiernos locales en México. Investigaciones regionales”, *Journal of Regional Research*, Asociación Española de Ciencia Regional, núm. 31.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, 2007, “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control”, UNED, *Teoría y realidad constitucional*, 19. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/19/est/est5.pdf>.
- CANO BUESO, Juan, 1997, *Información parlamentaria y secretos oficiales*, Barcelona, Documento de trabajo 133. Disponible en: https://www.icps.cat/archivos/Wor kingPapers/WP_I_133.pdf?noga=1.
- CARBONELL, Miguel, 2010, *El Estado constitucional como herramienta para la calidad democrática*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CASTRO CRUZATT, Karin, 2008, *Acceso a la información pública: apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 6, Lima.
- CENDEJAS JAÚREGUI, Mariana, 2012, “Breve análisis de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal”, *Derecho Comparado de la Información*, 13. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoin/article/view/33170/30134>.

- CONCHA, Gastón y NASER, Alejandra (eds.), 2012, *El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad*, Colección Documentos de Proyecto de la CEPAL. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/uneclac/unpan049698.pdf>.
- CORTÉS ONTIVEROS, Ricardo, 2005, “La transparencia en México: razón, origen y consecuencias”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 55. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/28743/25986>.
- CUNILL GRAU, Nuria, 2006, “La transparencia en la gestión pública ¿Cómo construirle viabilidad?”, *Revista Chilena de Administración Pública*, 8. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2315250.pdf>.
- DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, Luis Alberto, 2015, “El acceso a la información pública en los municipios en México”, en LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (ed.), *Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2251/10.pdf>.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, 1995, “Partidos políticos: representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo”, *Revista Pensamiento Constitucional*, 2. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3375/3224>.
- FERRADA, Raúl, 2011, “Implementación de la cultura de la transparencia en Chile y su institucionalidad”. Disponible en: <https://www.slideserve.com/palti/implementaci-n-de-la-cultura-de-la-transparencia-en-chile-y-su-institucionalidad>.
- FERRAJOLI, Luigi, 2005, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Revista de Filosofía Jurídica y Política*, 39. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1027/1208>.
- FLORES TREJO, Eduardo, 2005, “Perfeccionamiento y clasificación de las leyes de transparencia y acceso a la información”, *Reforma y Democracia*, 35. Disponible en: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/035-junio-2006/0052517>.
- FUENTE, Gloria de la, 2014, “El derecho de acceso a la información pública en América Latina y los países de la RTA: avances y desafíos de la política”, *Revista Transparencia y Sociedad*, 2.
- GABINO CAMPOS, María A., 2013, “Aproximación a las leyes de acceso a la información y de transparencia en Iberoamérica”, *Actas del V Congreso*

Internacional Latina de Comunicación Social – V CILCS, Universidad de La Laguna. Disponible en: http://www.revistalatinacs.org/13SLCS/2013_actas.html.

- GERALDES DA CUNHA LOPES, Teresa, 2011, “Las recientes reformas en materia de protección de datos personales en México”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625376.pdf>.
- GUICHOT REINA, Emilio, 2011, *Transparencia y acceso a la información pública en España análisis y propuestas legislativas. Análisis y propuestas legislativas*, Documento de trabajo 170/2011 de la Fundación Alternativas. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documento_archivos/a1d04f2c5f4e94e441966c1b79f39fa3.pdf.
- GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, Paulina, 2008, *El derecho de acceso a la información pública. Una herramienta para el ejercicio de los derechos fundamentales*, InfoDE. Disponible en: http://www.cevat.org.mx/retaip/documentos/material_apoyo/ensayo/Ensayo7.pdf.
- HERRERO, Álvaro, 2008, “Poder Judicial, transparencia y participación ciudadana: reformas recientes en Argentina”, *Iberoamericana* (VIII), 31. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18441/ibam.8.2008.31>.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Carlos y GASCÓ, Mila, 2012, “Y ahora... gobierno abierto: nuevos términos en la constante búsqueda por la transparencia y la rendición de cuentas”, XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2312342>.
- LATORRE VILA, Luis, 2013, “La protección jurisdiccional del derecho de información de los parlamentarios a propósito de «la callada por respuesta»”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ser_vlet/articulo?codigo=4347686.
- LLOP RIBALTA, María Dolores, 2012, “Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los parlamentos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 4. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ser_vlet/articulo?codigo=4125300.
- MARTÍNEZ, María Antonia, 2004, “La representación política y la calidad de la democracia”, *Revista Mexicana de Sociología*, 66, 4. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/rms/2004-4/RMS04403.pdf>.
- MARZAL RUIZ, José Luis y NÚÑEZ QUIROZ, Justino José, 2014, “La experiencia mexicana de medición y efectos del acceso a la información”,

- Revista Transparencia & Sociedad*, 1. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5354894>.
- MEDINA AGUILAR, Withisson Alberto, 2013, “La importancia de volver a lo básico para un buen gobierno ético, transparente y próspero en Iberoamérica”, *Actas del V Congreso Internacional Latino de Comunicación*. Disponible en: <https://docplayer.es/25670281-La-importancia-de-volver-a-lo-basico-para-un-buen-gobierno-etico-transparente-y-prospero-en-iberoamerica.html>.
- MESINA RAMÍREZ, Juan Jaime, 2013, “Open Government Partnership”, *México y Brasil: La transparencia como responsabilidad compartida*, INAP-GLAP/IICA. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4509/1.pdf>.
- MORLINO, Leonardo, 2013, “Calidad democrática entre líderes y partidos”, en MORLINO, L. y ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel (eds.), *Calidad democrática entre líderes y partidos. La calidad del liderazgo político en los países andinos*, México, INE. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3926/6.pdf>.
- MOYA DÍAZ, Emilio y CID BOTTESELLE, Verónica, 2014, “Hacia una propuesta de transparencia en los partidos políticos de Chile”, *Revista transparencia & sociedad*, 1.
- MUÑOZ, Ana M., 2014, “Los criterios del Consejo para la Transparencia sobre el privilegio deliberativo transparencia y sociedad”, *Revista transparencia & sociedad*, 1. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5354891>.
- NÚÑEZ PÉREZ, Manuel, 2009, “La financiación de los partidos políticos”, *Revista Española de Control Externo*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3185890.pdf>.
- OLIVERA GÓMEZ, Daniel Armando, 2011, “La rendición de cuentas en la gestión pública de México”, *Ciencia Administrativa*, 1. Disponible en: www.uw.mx/iiesca/files/2012/11/004.
- OLMEDO PALACIOS, Manuel, 2014, “La Ley 19/2013, del 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Diario La Ley*, 8237.
- OYHANARTE, Marta y MORA, Kantor, 2015, “El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad”, *Corrupción y transparencia. Informe 2014*, Buenos Aires, Eudeba-Poder Ciudadano. Disponible en: <http://poderciudadano>.

- org/wp-content/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacion-publica.pdf.*
- PEÑA, Víctor S., 2014, “¿Promesas incumplidas de la transparencia? Lecciones de política pública a partir de un episodio de la experiencia mexicana”, *Políticas Públicas. Revista del Centro de Políticas para el Desarrollo y el Magister en Gerencia y Políticas Públicas de la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile* (7), 1.
- PÉREZ DÍAZ, Víctor, 2008, *El malestar de la democracia*, Barcelona, Crítica.
- PESCHARD MARISCAL, Jacqueline y ASTORGA ORTIZ, Fidel, 2014, *Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia*, México, TEPJF, 64. Disponible en: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/31_Peschard%20y%20Astorga.pdf.
- PIEDRA MARÍN, Ruth, 2012, “Derecho de acceso a la información pública. Herramientas para la gestión de la transparencia y la rendición de cuentas”, *ICAP-Revista Centroamericana de Administración Pública*, 62-63.
- PIÑAR MAÑA, José Luis, 2010, “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons.
- PORRAS NADALES, Antonio Joaquín, 1995, “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, 87. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27317>.
- PORRAS NADALES, Antonio Joaquín, 1996, *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos.
- RAMIS OLIVOS, Álvaro, 2014, “Cuatro años de vigencia de la Ley de Transparencia en Chile. Una evaluación crítica desde la sociedad civil”, *I Congreso Internacional sobre Open Government: Teoría y Realidad del Gobierno Abierto*. Disponible en: https://www.academia.edu/28414872/Cuatro_a%C3%B1os_de_vigencia_de_la_ley_de_transparencia_en_Chile._Una_evaluaci%C3%B3n_cr%C3%ADtica_desde_la_sociedad_civil.
- “Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 2012, *El derecho al acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales*. OEA. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El_acceso_a_la_informacion_en_las_Americas_2012_05_15.pdf.
- REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos, 2008, “Chile y el derecho de acceso a la información. Notas sobre problemas prácticos y gestión del conoci-

- miento”, en VV. AA., *El derecho de acceso a la información pública*. Disponible en: https://eprints.ucm.es/8946/1/MANUEL_SANCHEZ_DER_ACCESO_V14_2.pdf.
- RIASCOS, Sandra Cristina *et al.*, 2008. *El gobierno electrónico como estrategia de participación ciudadana en la administración pública a nivel de Suramérica. Los casos Colombia y Uruguay*, COLLECTeR Iberoamérica. Disponible en: <https://www.imaginar.org/taller/ecollecter/shorpapers/p40-artElGobiernoElectronicoComoEstrategiaDeParticipaci%F3n.pdf>.
- RIDAO MARTÍN, Joao, 2014, “La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica. Un estudio comparado”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 19. Disponible en: http://ridao.cat/wp-content/uploads/2014/10/7R_RGDC.pdf.
- ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, 2013, “La transparencia y la rendición de cuentas como consecuencia del derecho a la información: el caso de México”, *Derecho y Cambio Social*, 10, 32. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5481020>.
- ROSTAND, Jean, 2016, “La importancia del saber: el derecho de acceso a la información pública como constructor de mejores democracias en el mundo”. Disponible en: <https://studylib.es/doc/955233/la-importancia-del-saber>.
- RUEZGA GARCÍA, María Fernanda, 2010, “Valorando la política de transparencia en México: en busca de una mejor configuración”, *Revista de Administración Pública*, 21. Disponible en: http://www.inap.mx/portal/images/REVISTA_A_P/rap121.pdf.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel (coord.), 2008, *El derecho de acceso a la información pública*, Madrid, Seminario Internacional Complutense. Disponible en: https://eprints.ucm.es/8946/1/MANUEL_SANCHEZ_DER_ACCESO_V14_2.pdf.
- SEPÚLVEDA TORO, María Alejandra, 2009, “Chile: probidad, transparencia y acceso a la información pública para una gestión de calidad”, *ICAP-Revista Centroamericana de Administración Pública*, 56-57. Disponible en: https://publicaciones.icap.ac.cr/images/PDF-REVISTA/revista-56-57/maria_a_sepulveda.pdf.
- SOUSA OLIVA, José Daniel, 2010, *La experiencia de Chile en la transparencia y acceso a la información: el cambio institucional del gobierno central ante las nuevas disposiciones normativas*, Repositorio Académico de la Universidad de Chi-

- le. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/102479><http://www.reposito.rio.uchile.cl/handle/2250/102479>.
- TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac, 2013, “Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, información pública y rendición de cuentas”, *Derecho y cambio social* (10), 34. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5475843>.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, 2006, “Deliberación y calidad de la democracia”, *Claves de Razón Práctica*, 167.
- VELASCO RISCO, Clara Isabel, 2014, “La cuestión competencial en la Ley 19/2013. ¿De qué margen disponen las CC. AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4701056>.
- VELASCO SÁNCHEZ, Ernesto, 2013, “¿Puede la nueva gestión pública fortalecer la transparencia gubernamental? El caso de la gestión del desempeño”, *Revista de Gestión Pública* (II), 2. Disponible en: https://www.academia.edu/18056640/_PUEDE_LA_NUEVA_GESTI%C3%93N_P%C3%9ABLICA_FORTA_LECER_LA_TRANSPARENCIA_GUBERNAMENTAL_.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, 2011, “Sobre la dignidad del sistema jurídico”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 1. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5139261>.

LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ (1812). PECULIARIDADES E INFLUENCIAS*

THE SPANISH WAR OF INDEPENDENCE AND THE CONSTITUTION OF CÁDIZ (1812). PECULIARITIES AND INFLUENCES

Helga María SABOIA BEZERRA**

RESUMEN: La promulgación de la Constitución de Cádiz representa un momento crucial en la historia del constitucionalismo, que tuvo sus inicios con las Revoluciones Atlánticas. Este artículo pretende rendir un tributo a la Constitución Española de 1812 —que dio origen al principio de soberanía nacional—, a través del análisis de su importancia para el constitucionalismo universal, especialmente el brasileño y el portugués. Dedicamos especial atención al contexto histórico que modeló aquel documento y al examen de algunos de los dispositivos que se destacan por su peculiaridad.

Palabras clave: constitucionalismo español, Constitución de Cádiz, guerra de independencia española, soberanía nacional.

ABSTRACT: *The promulgation of the Constitution of Cádiz was a turning point in the history of constitutionalism, which had its inception under the Atlantic Revolutions. This article aims to praise the Spanish Constitution of 1812 —which gave rise to the principle of National Sovereignty— through the analysis of its importance for the universal constitutionalism, especially in Brazil and Portugal. It pays special attention to the historical context which modeled that document and to the study of some of the devices that stand out due to their peculiarity.*

Keywords: *Spanish Constitutionalism, Constitution of Cádiz, Spanish War of Independence, National Sovereignty.*

* Artículo recibido el 1 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 9 de enero de 2019; fue publicado en portugués en la *Revista de Informação Legislativa* (abril-junio 2013, vol. 50, núm. 198), y ha sido traducido para publicarse, como versión actualizada y por primera vez en español, en el presente número del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

** ORCID: 0000-0002-6901-3876. Doctora en derecho por la Universidad de Oviedo, España. Correo electrónico: helgamsb@outlook.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento del tema*. III. *Acerca de la excelencia y la originalidad de la Constitución de Cádiz*. IV. *Antecedentes históricos: una España en crisis en el inicio del siglo XIX*. V. *Influencia de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo universal*. VI. *La Constitución de 1812 y el constitucionalismo luso-brasileño*. VII. *Las Cortes de Cádiz y la vigencia de la Constitución*. VIII. *El liberalismo inglés y asturiano de la Cortes gaditanas*. IX. *La nación española: concepto clave en la Constitución de Cádiz*. X. *Conclusión*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El bello Oratorio de San Felipe Neri, en Cádiz —que hemos tenido la fortuna de visitar hace pocos meses, mientras escribíamos estas líneas—, acogió los debates de los diputados que idearon y firmaron la carta magna de 1812.

Aquel documento inauguró el liberalismo político, fundando el principio de soberanía nacional, y legitimó la transformación de súbditos en ciudadanos, ayudando a iluminar un mundo dominado por las tinieblas del absolutismo.¹

Este artículo pretende prestar tributo a la Constitución de Cádiz de 1812 por medio del análisis de su importancia para el constitucionalismo universal y, especialmente, el de Portugal y el de Brasil.

En el país sudamericano, la Constitución gaditana es escasamente conocida, probablemente como resultado de una propaganda antiespañola ideada por los regímenes republicanos que se instalaron en América a partir de los varios gritos de independencia en el primer cuarto del siglo XIX. Sumada a la vieja leyenda negra española, tal propaganda se implicó en difundir la falsa imagen de una España cruel, astuta y expoliadora,²

¹ Véase la “Presentación” del libro de Garriga (2010: 11-23) en la que, explicando la portada de su obra —el lienzo “La verdad, el tiempo y la historia”, de Goya—, hace referencia a la luz que vierte la Constitución de Cádiz sobre la España absolutista según una interpretación que, aunque hoy ya desplazada por investigaciones históricas, no deja de persistir en el imaginario popular.

² “Obtenida la independencia, las directrices intelectuales y políticas santificaron la Leyenda Negra para justificar el hecho. Más aún, muchos se abrazaron con entusiasmo a un liberalismo que hizo sinónimos «perversidad» y «antiguo régimen», convirtiendo en credo básico de la nueva época el rechazar su herencia española. Las doctrinarias y dogmáticas opiniones en este proceso, a menudo aplaudidas y apoyadas desde el extranjero, se

perfil incompatible con un país capaz de elaborar un texto con la calidad de la Constitución de 1812,³ marco histórico fundamental del acervo constitucional iberoamericano.

II. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La importancia del tema —que se inserta en una discusión muy actual sobre la originalidad y las continuidades de la Constitución de Cádiz de 1812— la respaldan trabajos como los llevados a cabo por el equipo de investigación HICOES (Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España) (Garriga, 2010; Garriga y Lorente, 2007), formado por personal de diversas universidades y centros de investigación europeos y americanos.

Para ese grupo, no se trata de “cuestionar que se dieron cambios significativos” (Garriga y Lorente, 2007: 62) o de “rebajar la entidad de los cambios constitucionalmente relevantes que se sucedieron a partir de 1810” (Garriga, 2010: 18), sino de “ponderar la verdadera entidad de las transformaciones” (Garriga, 2010: 18), de “recordar que la composición política resultante se atuvo a los cánones jurisdiccionales y así se mantuvo” (Garriga y Lorente, 2007: 62).

Los estudios del grupo HICOES se inscriben en la línea de investigación que examina el proceso de tránsito del Antiguo Régimen al orden liberal hispano —por español y americano— en los territorios de la mo-

conservan hasta hoy en día...” (Powell, 2008: 191). Libros, como el del argentino Carbia, hacen similar denuncia ya desde la dedicatoria: “A la España inmortal, católica y hacedora de pueblos, que ha sufrido —por ser lo uno y lo otro— los agravios de la envidia y las calumnias de los enemigos de su Fe: tributa este homenaje, de austera verdad histórica, un americano que tiene el doble orgullo de su condición de creyente y de su rancio abo-lengo español”. El autor muestra cómo la Leyenda Negra sirvió de “arma en las luchas ideológicas por la independencia”, bien así “el repudio que los revolucionarios americanos hicieron de España y la actitud análoga que asumieron quienes estructuraron los nuevos Estados surgidos de la sublevación emancipadora” (Carbia, 1944: 156 y ss).

³ Para tener una idea de lo que era España entonces y de hasta dónde iba la apertura de los horizontes españoles: durante tres siglos, a partir del descubrimiento de América (1492), constituyó el más grande imperio de todos los tiempos, el primer imperio global, extendiéndose por ambos hemisferios. Además, la Corona española fundó universidades en sus posesiones de América desde el siglo XVI, mientras Portugal prohibió, hasta la llegada de Juan VI a Brasil, en 1808, la creación de cualquier institución de enseñanza superior (Buarque, 1997: 119-122).

narquía española, desde las nuevas perspectivas en la historia del derecho —que, según él, se apartan de una mirada estatalista— y del proceso revolucionario en Hispanoamérica en el marco de la nueva historia política.⁴

En otras palabras, ese grupo entiende la Constitución de Cádiz como un artificio que “vino a reformular en términos constitucionales el *jurisdiccionalismo* característico del Antiguo Régimen” (con cursivas en el original); una mera “relectura jurisdiccional” o “la reformulación constitucional de los viejos dispositivos jurisdiccionales de la monarquía para construir una nación católica con forma de Estado”.

Lo citamos aquí, repetimos, para situar el trabajo en el presente debate acerca del proceso de tránsito del Antiguo Régimen al orden liberal en los territorios de la monarquía española (transición entre el antiguo y el nuevo régimen político) y que se inserta en las discusiones de las que también participaron Mónica Quijada Mauriño (2008: 2) —entre otros del Grupo de Estudios Americanos (GEA)—, Manuel Chust y José Antonio Serrano (2008), cuya perspectiva defiende la singularidad de la Constitución de 1812 en el marco del ya célebre monográfico sobre “Liberalismo y Doceañismo en el mundo Ibero-Americano”.⁵

Tres son las contribuciones que, para el debate antes citado, creemos poder traer con este trabajo.

Primeramente, señalamos las particularidades del proceso constituyente gaditano —que no copió el constitucionalismo francés, rompedor del orden anterior, sino que recogió elementos del Antiguo Régimen español— respetuoso con la tradición histórica de España, en palabras de Karl Marx, sobre cuyos estudios acerca del proceso revolucionario español (y de la Constitución que le sigue) se apoya en buena parte este artículo.

⁴ Véase Annino (2014) y Guerra (1992, 2008).

⁵ “Al contrario de los historiadores que sostienen que en el siglo XIX predominaron las continuidades, que lo que funcionó fue un Estado poscolonial, que estas herencias coloniales moldearon el ochocientos mexicano, que el antiguo régimen llegó hasta 1880, como sostuvo en sus tesis de estado el profesor Guerra, nuestra línea de investigación nos ha permitido identificar las transformaciones al compararlos con las estructuras de la sociedad corporativa de finales del siglo XVIII. Mientras que los primeros coinciden en que las “continuidades” fueron las que marcaron y en gran parte determinaron el desarrollo y el propio funcionamiento de los cambios, nosotros consideramos que el acento debe de ser puesto en las transformaciones, muchas de las cuales determinaron un antes y un después” (Chust y Serrano, 2008: 57 y 58).

Además, estudiamos el influjo de la Constitución de 1812 sobre el constitucionalismo luso y brasileño, en general tan olvidado.

Last, but not least, traemos a colación algo que nos parece fundamental: el concepto de “nación” del filósofo Gustavo Bueno, que explica sus acepciones étnica, histórica y política —esta inaugurada por la Constitución de Cádiz—, acepciones sin las cuales es difícil comprender el real significado del tránsito del Antiguo Régimen al orden posterior, cuando “el concepto mismo de «nación» sufrió una revisión radical en la cultura internacional” (Annino, 2014), sin que la mayor parte de los juristas pudieran aclararlo, como lo hace el filósofo.

III. ACERCA DE LA EXCELENCIA Y LA ORIGINALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

No es, la de Cádiz, una Constitución cualquiera. No es ella, como mucho se ha dicho, una mera copia de la Constitución francesa de 1791.⁶ Y no lo es, primero, porque, si la Constitución gala fue el fruto de una revolución interna, que tenía por objetivo derrocar el sistema social y político y acabó instaurando una república (1792), la carta magna española fue el fruto de un proceso completamente distinto.⁷

⁶ “La singularidad de la Constitución de 1812 no radica, como han escrito algunos de sus estudiosos, en las influencias de otras constituciones, especialmente, la francesa de 1791... sino en la singular configuración de los acontecimientos que desde 1808 a 1810 provocaron que una parte de la crisis de la monarquía —hispana— desembocara en una vía autonomista que integró a representantes de la mayor parte de los territorios de la monarquía española” (Chust y Serrano, 2008: 42).

⁷ Si en la Francia de Napoleón los códigos “habían venido a sustituir —ésta es la palabra clave— toda la masa normativa histórica por un cuerpo legal único y radicalmente nuevo, separando historia y derecho mediante un solo acto legislativo que al mismo tiempo cancelaba el orden tradicional e instauraba un orden jurídico legal, dotado de su propia lógica, el *règne de la loi*” (Garriga, 2010: 73). En la España posrevolucionaria, lo que hubo, como dirá el propio Carlos Marx, fue la “regeneración de las antiguas instituciones nacionales” —no por ello peor que lo conseguido por los franceses— bajo el palio de la Constitución de 1812. Y es muy interesante notar como Marx, el más revolucionario de los revolucionarios, reconoce, admirado, la grandeza de una Constitución que, más que rompedora fue regeneradora. Por el fruto se conoce el árbol y el fruto español no lo fue de árboles de odios, como lo va a demostrar la capacidad verdaderamente integradora de la diversidad étnica del proceso español (cosa que los franceses no fueron capaces de hacer). Para ello, véase Quijada Mauriño (2008).

España había sido invadida por un ejército extranjero y su pueblo estaba enredado en una doble resistencia. Combatía, por las armas, por todo el territorio —y, en cierta medida, con ayuda británica—, los soldados enemigos.

El combate de ideas, que tenía lugar en una ciudad sitiada —Cádiz—, tenía por finalidad elaborar un documento autóctono que arros-trara la imposición napoleónica plasmada en el Estatuto de Bayona, una suerte de Constitución que pretendía someter el pueblo español a la auto-ridad del imperador francés.

La Constitución de Cádiz nació, así, del deseo del pueblo español de mantener su soberanía. De no someterse, nunca más, a la dirección de nin-guna autoridad, ni monárquica, ni republicana. Bien lo prueba el discurso del conde de Toreno en las Cortes de Cádiz, el 28 de agosto de 1811:

¿Qué es la Nación? La reunión de todos los españoles de ambos hemisferios: y éstos hombres llamados españoles, ¿para qué están reunidos en sociedad? Están reunidos como todos los hombres en las demás sociedades... para su conservación y felicidades. ¿Y cómo vivirán seguros y felices? Siendo dueños de su voluntad, conservando siempre el derecho de establecer lo que juzguen útil y conveniente al procomunal. ¿Y pueden, por ventura, ceder o enajenar este derecho? No; porque entonces cederían su felicidad, enajenarían su exis-tencia, mudarían su forma, lo que no es posible no está en su mano... Así, me parece que queda bastantemente probado que la soberanía reside en la Nación, que no se puede partir, que es el *super omnia* (de cuya expresión se deriva aquella palabra) al cual no puede resistirse, y del que es tan imposible se desprendan los hombres y lo enajenen, como de cualquiera de las otras facultades física que necesitan para su existencia (Fernández, 2006: 24).

Y, si los constituyentes tuvieron la oportunidad de optar por esta for-ma de gobierno —la república—, prefirieron dar continuidad a la mo-narquía, pero reconociendo, a partir de entonces, un papel muy limitado al rey. En el nuevo régimen de separación de poderes —principio recono-cido en la Constitución—, las funciones del ausente Fernando VII queda-ban reducidas prácticamente a dar cumplimiento a las leyes emanadas de las Cortes, representantes de la nación.⁸

⁸ Le era reconocido, aún, un poder de veto suspensivo, por el periodo de dos años, al cabo del cual la decisión de las Cortes —Poder Legislativo— se convertía en ley. El ejerci-cio del poder jurisdiccional pasaba a ser atribuido a jueces y tribunales.

Lo comentan, con maestría, Chust y Serrano (2008: 46):

El liberalismo doceañista tuvo una singularidad que le hizo “distinto” a otros “liberalismos” coetáneos. En su plasmación política el Estado que establecieron fue una monarquía que se vertebraba desde parámetros y características hispanas al integrar a las provincias americanas y sus habitantes en calidad de igualdad de derechos y libertades dentro de la nación española. Esta formación constitucional del nuevo Estado que surgió en Cádiz arrebató a Fernando VII, como rey absoluto, los territorios, los súbditos y las rentas de las posesiones americanas —tierras, impuestos, minas, tributos, gabelas, privilegios— que como Patrimonio Real tenía desde su conquista y colonización. Ahí radica uno de los enfrentamientos con el rey y la condición revolucionaria de la Constitución gaditana. Enfrentamiento antagonico. Completado y reforzado con los artículos que hacen referencia al veto del rey —sólo dos veces puede el monarca impedir una ley a las Cortes—, la Constitución contempla la convocatoria automática de las Cortes —para evitar la obstrucción de la corona para convocarlas como hasta ahora—, la creación de la categoría ciudadano y del derecho de ciudadanía, el sufragio universal indirecto, la reglamentación y unificación de la justicia, la convocatoria de elecciones a Cortes, la creación del poder político-administrativo en la provincia con las diputaciones provinciales y del local con los ayuntamientos, etcétera.

Por otro lado, España tuvo su propia crisis del Antiguo Régimen, que muy poco tenía que ver con la *crise de l'Ancien Régime* de los franceses.⁹

Hizo su propia y peculiar revolución,¹⁰ que comenzó el 2 de mayo de 1808 y quedó conocida como la “Guerra de la Independencia”.

⁹ Y aunque haya sido más que rompedora, regeneradora (véase nota 15), no ha dejado de crear un “nuevo régimen”, como hacen notar Chust y Serrano: “Si los decretos y la Constitución generaron tanta oposición de las autoridades de Antiguo Régimen, ¿es que serían lesivos para sus intereses, es que estarían desmontado el antiguo entramado y creando, si queremos con una nomenclatura similar en ocasiones, pero con significaciones nuevas, todo un nuevo régimen? Es decir, ¿no es que sería, fue, revolucionaria en ese sentido, en oposición al Antiguo Régimen, la Constitución doceañista?” Y los mismos autores listan varias “medidas que hicieron que desde nuestra interpretación podamos calificar al liberalismo doceañista como revolucionario frente al Antiguo Régimen” (Chust y Serrano, 2008: 45, 46 y 53).

¹⁰ Para un estudio de parentescos y distinciones entre la revolución francesa y la del mundo hispánico, véase Guerra (1992). Distinciones de orden religioso, de estructura monárquica, de sentimiento hacia la nobleza, de circunstancias políticas y, *last but not least*, un “desfase cronológico” que añade diferencias complementares entre una y otras.

Finalmente, elaboró su propia Constitución, la de 1812, que fue un legado de aquella revolución. Y se la conoció como la Constitución de Cádiz. Según ella, el pueblo estaba constituido por todos los españoles del imperio, tanto los peninsulares como los de ultramar, siendo, por ello, posible afirmar que la Constitución de Cádiz es aún más universal que la francesa (Cohnen, 2008).

Aunque la Revolución Francesa y el apogeo de Napoleón hayan tenido una gran influencia en España, la cadena de actos insurgentes llevada a cabo por los españoles —a partir de 1808 y que culminó en 1812— de ninguna manera modeló una Constitución que se pueda adjetivar de mera reproducción del espíritu galo.¹¹ Y eso es reconocido por uno de sus más grandes estudiosos, Karl Marx:

La Constitución de 1812 ha sido tachada, por un lado... de ser una mera imitación de la francesa de 1791, trasladada a suelo español por visionarios, sin tener en cuenta las tradiciones históricas de España... Lejos de ser una copia servil de la constitución francesa de 1791, fue un vástago genuino y original de la vida intelectual española, que regeneró las antiguas instituciones nacionales, que introdujo las medidas de reforma clamorosamente exigidas por los autores y estadistas más célebres del siglo XVIII, que hizo inevitables concesiones a los prejuicios populares (Marx y Engels, 1998: 136-139).

Marx y Engels tuvieron gran interés por España, conocían su historia.¹² Marx empezó a estudiar español en 1850 o 1852 y leía directamente

¹¹ Incluso porque, como apunta Pío Moa, “la amplitud y empeño de la resistencia [durante la Guerra de Independencia] expone bien el sentimiento antinapoleónico de la inmensa mayoría de los españoles... De ahí la apasionada repulsa antes inexistente o débil, ante cualquier *idea, moda o reforma sospechosa de origen galo*” (Moa, 2011: 870). Las cursivas son nuestras.

¹² La MEGA (*Marx-Engels Gesamtausgabe*), nueva edición crítica de las obras completas de Karl Marx y Friedrich Engels —que comenzó a diseñarse en 1960 y cuyos trabajos se estima estarán concluidos en mediados de este siglo (nada menos que cerca de 164 volúmenes)—, promete traer a luz trabajos inéditos de la dupla de pensadores. En los que respecta a España, comenta Michael R. Krätke, coeditor de la iniciativa: “Una sola cifra muestra la importancia de los trabajos de Marx y de Engels sobre España: del total de la nueva MEGA unos 12 volúmenes contienen sus ensayos, artículos y estudios vinculados al tema... Varias veces en su trayectoria intelectual, Marx realizó estudios sistemáticos sobre la historia de España. Particularmente entre los años 1847 y 1848, luego durante los años 1850 y 1851, 1854 y 1855 y por último entre 1878 y 1882, casi al final de su vida” (Abel, 2010).

autores españoles, como Jovellanos, Blanco White o José María Toreno. Escribió, como cronista político, una serie de artículos (*Spain Revolutionary*) en el periódico norteamericano *New York Daily Tribune*, que era el más influyente de Estados Unidos¹³ entonces y superaba, en tirada, los más prestigiosos del mundo, como el *Times*, de Londres.

De hecho, “entre mayo y septiembre de 1854 la dedicación a España pasó, en palabras del propio Marx, de ser una «ocupación secundaria» a ser «mi estudio principal»” (Marx y Engels, 1998: 18); de ahí que no se puede dejar de traer aquí la opinión de una de las mentes más ilustres del pensamiento revolucionario, que estuvo firmemente decidida a dejar publicada una crónica de las luchas insurrectas que tuvieron lugar en suelo español.

Relevante es decir también que importa, y mucho, tomar en serio el interés que tuvo el pensador alemán por el estudio del proceso revolucionario que desembocó en aquel texto constitucional:¹⁴ “en el sexto artículo comienza a ocuparse de la Constitución de Cádiz, a la que dedica un aná-

¹³ “La información que Marx ofrece sobre España interesaba mucho en Estados Unidos, país que seguía minuciosamente el desarrollo revolucionario de la Península ibérica con la intención de apoderarse de una parte de lo que constituía todavía el imperio colonial de la en otro tiempo gran potencia España. Debido a tales apetencias americanas, los análisis realizados por Marx acerca de la situación revolucionaria española despertaban especial curiosidad” (Marx y Engels, 1998: 27).

¹⁴ Sobre los motivos que llevaron a Marx a estudiar la historia y la política española, se exployó Krätke (ver la nota 24) al puntualizar que allí encontró no pocas claves de lo que sería su teoría política o, dicho de otra forma, la acumulación de conocimientos y papeles para elaborar una teoría política. “Marx estudió en profundidad, en el caso español, la relación entre la formación de las clases, de la sociedad burguesa y del Estado moderno. Según Krätke, el modelo de un primer Imperio colonial global, la forma curiosa que tomó el absolutismo, el concepto de un liberalismo avanzado y el desarrollo revolucionario tan particular es lo que hacía de España un campo de análisis muy valioso para Marx. Entre otras cosas, para entender la transición del feudalismo al capitalismo. Transición hacia la formación del Estado moderno. Un capítulo relevante en la sección de la nueva MEGA dedicada a España, tendrán los trabajos de Marx sobre la Constitución de Cádiz de 1812. Frecuentemente se olvida la sólida e inicial formación de Marx como jurista. A propósito de España vuelve a estos temas de su interés con la crítica a las interpretaciones contemporáneas de la constitución de 1812, a la que valoraba por su originalidad y por la situación política que le da origen. Trabajo, a su vez, que dispara la preocupación de Marx hacia una relectura de la Constitución francesa de 1791 y al análisis de la Constitución española de 1820. Marx reflexiona en estos ensayos sobre la naturaleza de las constituciones revolucionarias... Al retornar a sus investigaciones españolas, 20 años después, Marx revisa otra vez los vínculos entre España y la historia política mundial, la formación del estado moder-

lisis bastante minucioso” (Marx y Engels, 1998: 43). Estudiando el tema, se quedó tan entusiasmado que escribió:

No es exagerado decir que no hay cosa en Europa, ni siquiera en Turquía, ni la guerra en Rusia, que ofrezca al observador reflexivo un interés tan profundo como España en el presente momento... Acaso no haya otro país, salvo Turquía, tan poco conocido y erróneamente juzgado por Europa como España (Marx y Engels, 1998: 18).

Si, en la misma España, la obra de Marx sobre “la España revolucionaria” ha tardado cerca de tres cuartos de siglo en darse a conocer — desde la publicación de aquella serie, en 1854, hasta 1929, año en el que, por primera vez, es traducida al castellano por Andreu Nin, transcurren nada menos que 75 años (Ribas, 1998: 17)—, se puede imaginar el grado de ignorancia acerca de aquellos textos en Brasil, pues, salvo engaño, no fueron hasta hoy traducidos al portugués.

Ya era hora, pues, de hacer un análisis de la Constitución de Cádiz, tomando en consideración, entre otros, el punto de vista de Karl Marx, quien la consideró “una Constitución moderna, que pone a España a la cabeza de Europa en varios aspectos legislativos” (Ribas, 1998: 43).

IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: UNA ESPAÑA EN CRISIS EN EL INICIO DEL SIGLO XIX

No es posible comprender el significado de la Constitución de Cádiz sin una previa contextualización que ayude a explicar las circunstancias históricas en que fue elaborada.

Durante la Revolución Francesa, la España monárquica absolutista intentó al máximo evitar el contagio de las peligrosas ideas revolucionarias del país vecino. Sin embargo, con la llegada al poder de Napoleón Bonaparte, quien, con planes imperialistas, se enfrentaba a Inglaterra por el dominio de los mares —el poder marítimo español había sido debilitado en la Batalla de Trafalgar (1805)—, el rey Carlos IV y su ministro, el valido Godoy, no tuvieron más salida que la de dejar de lado la neutralidad y tomar partido.

no en Europa, después del año 1000, la Conquista y la Reconquista y el papel de España como poder militar e imperialista, reseñó el coordinador de la nueva MEGA³ (Abel, 2010).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 285-317.

Como Inglaterra era una fuente inagotable de problemas para las posesiones españolas en América, España acabó adhiriéndose a la Francia republicana y, en 1807, Godoy firmó con Bonaparte el Tratado de Fontainebleau,¹⁵ por el cual se permitía la entrada de las tropas francesas en territorio español (donde serían alimentadas y mantenidas), con la finalidad de invadir Portugal, aliado de Inglaterra.

La política de Godoy, quien, con sus intentos de reformas, ya venía amenazando los privilegios de la aristocracia, hizo nacer un tal descontento en el clero y la nobleza, que no tardó en provocar el surgimiento de una oposición dispuesta a convencer al príncipe Fernando para conspirar contra el rey, su padre.

Los más de cien mil soldados franceses que habían sido autorizados formalmente a instalarse en el país empezaron a dar muestras de que no se retirarían. El pueblo en Madrid y en otras ciudades, como Pamplona, Burgos, Valladolid, San Sebastián y Barcelona, se desesperaba con aquella presencia indeseada y hostil, con el coste que acarrearía. Luego quedó claro que la situación representaba una auténtica ocupación militar.

Godoy, a esa altura, preparó su huida con la familia real española hacia Andalucía. Pero la nobleza insurgente desbarató los planes del ministro, aplicándole un verdadero golpe de Estado, el Motín de Aranjuez (17 y 18 de marzo de 1808), que terminó con su destitución y la abdicación forzada de Carlos IV en favor de su hijo Fernando VII, príncipe de Asturias.

Menos de dos meses después, el 2 de mayo de 1808, el pueblo, viendo que toda la familia real abandonaba el palacio, comenzó, al grito de “¡traición!, ¡traición!”, una sublevación contra los franceses. Se frustró la actuación de Murat, lugarteniente de Napoleón, el cual, sin embargo, no fue capaz de impedir que, por todo el país, se levantara una escalada de violencia popular contra las tropas francesas,¹⁶ lo que marcó el inicio de la Guerra de Independencia (1808-1814).

¹⁵ No confundir con el Tratado de Fontainebleau de 1814 (por el cual Napoleón abdicó y parte para el exilio en la Isla de Elba), ni con otros tratados de mismo nombre firmados en los siglos XVII y XVIII en aquella ciudad francesa.

¹⁶ Dice, incluso, no sin admiración, Marx: “Es de subrayar que este primer levantamiento espontáneo se originó en el pueblo, mientras las clases «superiores» se sometían calladamente al yugo extranjero” (Marx y Engels, 1998: 110).

Napoleón Bonaparte, aprovechando el enfrentamiento entre padre e hijo, les había llamado (exigiendo la presencia de la familia real *au complet*)¹⁷ a Bayona, donde les forzó a abdicar el 5 de mayo de 1808, en favor de su hermano José Bonaparte. Con el vergonzoso episodio, que pasó a ser conocido como las “Abdicaciones de Bayona”, los Bourbon, sin la más mínima oposición, transfirieron a Napoleón sus derechos dinásticos. Después de eso, se instalaron, los padres, en la compañía de Godoy, en Compiègne. Y los hijos, Fernando VII y sus hermanos, en el Castillo de Valençay. Francia pasó a ser la morada de la familia real española, rehén de Napoleón.

Para dar un carácter de legitimidad a sus actos y contando con la simpatía y la colaboración de una parte de los españoles, que fueron apodados “los afrancesados”, Napoleón Bonaparte otorgó una carta constitucional, concediendo al pueblo un régimen político de principios moderadamente liberales. El 7 de julio de 1808, tras jurar aquella Constitución, el “Estatuto de Bayona”,¹⁸ José I inició su reinado español.

Por otro lado, los oponentes a la dinastía de Bonaparte ya venían reuniéndose desde mayo de 1808 en juntas soberanas en varias ciudades españolas.¹⁹ Eran organismos compuestos por aquellos que, no habiendo aceptado la forzada abdicación de los Bourbon, consideraban que la exis-

¹⁷ En ausencia del nuevo rey, quien, presa del pánico, fue aceptando todas las imposiciones de Bonaparte, fue nombrada una Junta de Gobierno en Madrid, presidida por el infante Don Pascual, su tío, a quien, desde Bayona, el mismo Fernando VII enviaba mensajes para que mantuviera buenas relaciones con las tropas francesas (Espadas, 2008: 81).

¹⁸ El Estatuto de Bayona (1808), de vigencia muy limitada, fue, de hecho, el primer texto constitucional español —y también la primera Constitución de los territorios hispanoamericanos— antes de que adquirieran éstos su independencia. No merece tal consideración por haber sido otorgado por Napoleón Bonaparte, en un intento de institucionalizar en España un régimen que, aunque contara con rasgos liberales, era marcadamente autoritario (Fernández, 2006: 90-100). Sin embargo, como dice el mismo Fernández Sarasola (2006: 16) y otro autor, aún tiene una importancia fundamental, que debería ser reconocida: “La Constitución de Cádiz es una respuesta a la bandera del reformismo izada por los franceses con la Constitución de Bayona. Cádiz es la respuesta a Bayona” (Sánchez-Arcilla, 2002: 109). En ese mismo sentido, dice García Martínez, Roberto (1964: 193), Marx, a su vez, la llamó una de las Constituciones prefabricadas de Napoleón. (Marx y Engels, 1998: 110). De hecho, fue elaborada por Napoleón sin la participación de José I, que no pasaba de un rey fantoche.

¹⁹ Eso dificultaba la acción de los franceses que, perplejos y desconcertados, no sabían dónde atacar: el poder estaba en todas partes, visto que se habían creado juntas de defensa en todas las provincias (Marx y Engels, 1998: 116).

tencia de un vacío de poder —en la ausencia del legítimo Fernando VII— les legitimaba a autoproclamarse ciudadanos soberanos.

La primera Junta fue organizada en Asturias —y aquí tenemos un ejemplo de esa tradición de lucha por la cual se caracteriza esa región española—: los “patriotas” destituyeron del poder a las autoridades legalmente constituidas, por medio de una confrontación que duró más de quince días.

Reunidos el 25 de mayo de 1808 en la sala capitular de la Catedral de Oviedo, hicieron la lectura pública de un documento mediante el cual se establecía una “suprema Junta de gobierno con todas las atribuciones de la soberanía”, que se comprometía a luchar por la libertad e independencia de la Nación, contra la infame agresión del emperador de los franceses.²⁰ “La soberanía reside siempre en el pueblo”, decía el documento, que así deslegitimaba la lucha por el poder entre familias o dinastías, entre los Bourbon y los Bonaparte (Pérez, 2012: 31-32).

Subvirtiendo el orden político, las diversas juntas provinciales, casi todas denominadas “supremas”, se organizaron, en septiembre de 1808, para formar la Junta Central Suprema,²¹ acumulando los nuevos poderes Ejecutivo y Legislativo de España, ocupada por el enemigo francés en ausencia del deseado Fernando VII.

Sin embargo, en el forcejeo entre las dos fuerzas políticas, la de los Bonaparte y la de las Juntas, hubo total dominio de los franceses, lo que fue fundamental para que los españoles, no soportando ser tratados como

²⁰ Ese hecho marcó, así, el nacimiento de la nación española, cuyo registro se daría más tarde, con la Constitución de Cádiz, que golpeaba la concepción patrimonial del Estado inherente a la monarquía absoluta, al disponer en sus primeros artículos: “Artículo 1o. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. Artículo 2o. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona” (España, 2012: 113).

²¹ Esa Junta Central Suprema, formada por los “patriotas” para organizar el gobierno de la nación y la resistencia contra los franceses, no debe ser confundida con la Junta Suprema de Gobierno (citada en la nota 34), que se constituía en un órgano provisorio que debería sustituir el rey en su ausencia (Fernández, 2006: 94). Empezando aquí, y en adelante, las citas en lengua extranjera van libremente traducidas al español por la autora de este artículo: “El 31 de enero de 1810, una vez convocadas las Cortes, la Junta Central decidió disolverse, no sin antes crear un Consejo de Regencia, para lo cual un decreto de 31 de enero transfería toda la «autoridad» y «poder» de la Junta Central, «sin limitación alguna»” (Suanzes-Carpegna, 2010: 241).

nación conquistada, decidieran reunirse en Cortes a partir de septiembre de 1810, a fin de forjar una Constitución propia.

Así, la Junta Central —que de ningún modo era un grupo homogéneo, siendo compuesta por absolutistas, liberales y reformistas moderados—²² convocó reunión de Cortes Generales y Extraordinarias en Cádiz, reducto al que las tropas de José I no habían conseguido llegar. Esas no serían Cortes estamentales, y sí nacionales,²³ una vez que fue la Nación —así, con N mayúscula—, sin estamentos, que dio el grito de libertad (Pérez, 2012: 51). No habría diferencias de clase o territorio, y ellas serían compuestas por representantes de la España peninsular e insular (incluidas las Filipinas) y de sus dominios en América.²⁴

V. INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN EL CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

Hechas las consideraciones acerca de los antecedentes históricos de la Constitución de Cádiz, es necesario situarla en el contexto del consti-

²² Para la defensa del país, se formó una unidad entre todos los grupos de fuerzas revolucionarias; pero, cuando se reunieron en Cortes para elaborar una nueva Constitución, su antagonismo empezó a manifestarse (Marx y Engels, 1998: 114).

²³ Además, eran Cortes organizadas según un sistema unicameral, con la presencia indiferenciada de nobles, clérigos y pueblo, ecuación a la que se llegó no sin discusiones. El debate sobre la organización de las Cortes fue uno de los más intensos de los orígenes constitucionales españoles (Sanjurjo, 2012: 58 y 59).

²⁴ Éstos eran los términos en los que eran tenidas las posesiones españolas en América, conforme registrado por la Junta en decreto del día 22 de enero de 1809: “Considerando que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente colonias o factorías como los de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española... se ha servido S.M. declarar... que los reinos, provincias e islas que forman los referidos dominios deben tener representación nacional inmediata a su real persona y constituir parte de la Junta Central... por medio de sus correspondientes diputados. Para que tenga efecto esta real resolución han de nombrar los virreinos de Nueva España, Perú, Nuevo Reyno de Granada y Buenos Aires y las Capitanías Generales independientes de la isla de Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile, Provincia de Venezuela y Filipinas un individuo cada cual que represente su respectivo distrito” (Herrera, 2010: 77). Es interesante notar cómo la Junta se refería a sí misma como Su Majestad (S.M.). Eso se debe a que, consciente de ser la máxima autoridad soberana y de que sus vocales eran representantes de la nación entera, ella obligó las autoridades constituidas a prestarle obediencia y exigió ser tratada de “Majestad”, su presidente de “Alteza” y sus vocales de “Excelencia”.

tucionalismo de la época en que nació para conocer la irradiación de su influencia.

No se restringió a España, a Filipinas y a toda la América Española. Su modelo fue adoptado en Portugal, en Brasil, en Rusia,²⁵ en Noruega,²⁶ en el Reino de las Dos Sicilias (Piamonte y Sardeña), por citar sólo algunos ejemplos. Fue la cuarta Constitución que surgió en el mundo, después de la Constitución de los Estados Unidos (1787),²⁷ de Francia (1791) y de Suecia (1809), pero la primera en importancia y la que en más países influyó.²⁸

En un excelente trabajo comparativo entre la carta gaditana y las cartas magnas norteamericana²⁹ y francesa³⁰ (Quijada Mauriño, 2008: 15-31) parte del principio de que la gran particularidad de la Constitución de Cádiz fue que ninguna otra Constitución surgida del impulso de las revoluciones atlánticas propuso una estructura política como la asumida por ella, en cuya construcción participaban, en igualdad de condiciones, la metrópolis y los territorios de ultramar (América y Filipinas), que fueron invitados a enviar representantes a las Cortes, al mismo tiempo que se negaba su condición de colonias y se afirmaba ser “parte esencial e integrante de la monarquía española”.

Ni la Constitución de 1776 (un texto escrito por los representantes de las trece colonias que, confederadas, fundaron los Estados Unidos de

²⁵ Rusia fue la primera potencia europea en reconocer la Constitución de Cádiz, por el tratado hispano-ruso de Velikie-Luki, el 20 de julio de 1812, sólo cuatro meses después de promulgada (Butrón, 2011: 112).

²⁶ Para conocer la influencia de la Constitución de Cádiz sobre la Eidsvoll, Constitución de Noruega de 1814, véase el interesante artículo del jurista, historiador y profesor de la Universidad de Copenhague, Ditlev Tamm, cuyas referencias van al final de este artículo.

²⁷ La Constitución estadounidense fue elaborada en 1787, pero promulgada en 1789 (Quijada, 2008: 17).

²⁸ Esther González Hernández expone la grandeza de la Constitución de Cádiz, citando varios autores de renombre para quienes fue la más importante carta magna, con vocación universal (González, 2012: 283-324).

²⁹ La Constitución de 1787 fue incorporando enmiendas, siendo la más importante la *Bill of Rights*, nombre por el que se quedaron conocidas las Enmiendas 1 a 10, de 1791 (Quijada, 2008: 17).

³⁰ En verdad, seis fueron las Constituciones francesas anteriores a la de Cádiz, cada una de ellas con una definición política propia: 1791 (Monarquía temperada), 1793 (Primera República), 1795 (Directorio), 1799 (Consulado), 1802 (Consulado perpetuo) e 1804 (Imperio). Pero se acostumbra a hacer referencia a la inaugural, de 1791, pues fue la que fundó las bases de las que vendrían después (Quijada, 2008: 16).

América, en un claro acto de rebelión que las separaba definitivamente de la metrópolis británica), ni la Constitución francesa de 1791,³¹ hicieron cualquier esfuerzo para abarcar, bajo el mismo concepto de nación y ciudadanía, los pueblos (incluidos los indios) de ambos los hemisferios, como lo hizo la Constitución gaditana.³² Francia —que también tenía posesiones fuera de Europa— tampoco aprovechó las otras cinco oportunidades constituyentes, en la estela del momento revolucionario, para retirar de la condición de colonia aquellos territorios. Al contrario, mantuvo su *status* de dependencia en relación a la metrópolis (Quijada, 2008: 18).

La autora hispanoargentina dice que las cartas constitucionales francesas posteriores excluyeron los aspectos positivos de la de 1795 y que habría “que esperar a 1946 para que la Constitución francesa promulgada ese año hiciera desaparecer de sus contenidos el término *colonia*” (Quijada, 2008: 18).

Además, la de Cádiz fue una Constitución poco monárquica y antiaristocrática, por lo que se alejó de la Constitución británica, pese a los muchos simpatizantes del liberalismo inglés entre los constituyentes gaditanos. Fue considerada *non grata* por los monárquicos europeos debido a su carácter excesivamente democrático (Quijada, 2008: 19).

Las monarquías europeas, sintiéndose amenazadas por los principios liberales que vivió el continente entre 1820 y 1825 —el germen, la semilla, el modelo de todos sus males—,³³ no ahorraron esfuerzos en los ataques virulentos a la revolución española y a su texto constitucional.³⁴

³¹ Los artículos 5o. y 8o. del título VII de la Constitución francesa de 1791 (De la révision des décrets constitutionnels) establecían: “El número de representantes en el Órgano Legislativo es de setecientos cuarenta y cinco a razón de los ochenta y tres departamentos que componen el Reino y con independencia de los que podrían otorgarse a las Colonias”; “Las colonias y posesiones francesas en Asia, África y América, aunque forman parte del imperio francés, no están incluidas en esta Constitución” (Francia, n.d.).

³² En el mismo sentido, Chust y Serrano: “Este hecho, incorporar representantes de las colonias en el nuevo Estado-nación, no tuvo precedentes en las constituciones liberales, ni siquiera democráticas como la jacobina que, aunque lo incluyó no se llegó a aplicar” (Chust y Serrano, 2008: 42).

³³ “Punto de reunión y grito de guerra de una facción conjurada contra la seguridad de los tronos y el reposo de los pueblos”, según una nota del Gabinete de Rusia de 1823 (Ferrando Badía, 1991: 221).

³⁴ “¿Cómo explicar el curioso fenómeno de que la Constitución de 1812, motejada después por las cabezas coronadas de Europa, reunidas en Verona, como la invención más incendiaria del jacobinismo, brotara de la cabeza de la vieja España monástica y absolutista

Fue precisamente el temor de las monarquías a los principios liberales en su versión gaditana... lo que llevó a la Francia que había sido revolucionaria, pero que tras Napoleón se había asumido como gran campeona del monarquismo conservador, a poner fin al experimento liberal español mediante la nueva invasión representada por las fuerzas tradicionalistas de Los Cien Mil Hijos de San Luis. Acción apoyada por Austria y Rusia y que contó con el beneplácito de Inglaterra, en el mismo momento en que el término español “liberal” iba adquiriendo en toda Europa el matiz más concreto de liberalismo (Quijada, 2008: 19).

VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y EL CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEÑO

Tal vez constituya una sorpresa para muchos saber que la Constitución de Cádiz estuvo vigente en Brasil, aun antes de la Constitución de 1824, y que tuvo importante influencia sobre el constitucionalismo de los países de lengua portuguesa.

El 21 de abril de 1821, en Río de Janeiro, don João VI juró la Constitución de Cádiz y la publicó por decreto. La revocó al día siguiente, en circunstancias muy bien documentadas por Barreto y Pereira.³⁵

Este estudioso del derecho constitucional brasileño se encuentra con que la mayoría de las obras sobre el tema hacen *tabula rasa* de ese dato, que lejos está de ser banal.³⁶ Y, cuando no, lo citan *en passant*,³⁷ marginalizando

ta justamente en la época en que parecía totalmente absorbida en una guerra santa contra la Revolución?” (Marx y Engels, 1998: 44).

³⁵ Para un análisis detallado del tema, véase el imprescindible artículo de Barreto y Pereira, que rellena una importante laguna en la historia del constitucionalismo luso-brasileño (Barreto y Pimentel, 2011).

³⁶ Se nota esa ausencia, en los capítulos sobre la experiencia constitucional de Brasil, en las obras de algunos de los más prestigiosos constitucionalistas brasileños actuales (Alfonso Da Silva, 2005; Gonçalves Ferreira, 2005; Moraes, 2005).

³⁷ Un ejemplo sería el de Paulo Bonavides, quien se refiere a un ingreso efímero, por tres veces, de la Constitución de Cádiz —“monumento do liberalismo monárquico”— en el constitucionalismo luso-brasileño. Pero no llega a reconocer en la Revolución liberal española, la Guerra de la Independencia, un influjo tan importante como aquél que afirma haber tenido la Revolución francesa y la Revolución americana sobre el constitucionalismo brasileño, a través de sus principios de emancipación de los pueblos y organización de la liber-

el influjo de la Constitución de 1812 en el proceso constitucional portugués y brasileño.

En el poco nutrido grupo de aquellos que señalan la Constitución española de 1812 como principal fuente de la portuguesa, se encuentra Jorge Miranda; no obstante, cuando, en su famosa obra sobre el constitucionalismo liberal luso-brasileño, se refiere a la igualdad de derechos que las Cortes Constituyentes portuguesas adoptaron al elaborar la Constitución de 1822, se olvida de comentar que el *modus operandi* tuvo origen en la Constitución de Cádiz, diez años antes:

La Constitución de 1822 fue obra de las Cortes Constituyentes elegidas en Portugal, en Brasil y en los territorios portugueses de África y de Asia, de acuerdo con una regla de proporcionalidad entre el número de electores y el número de Diputados a elegir —lo que era muy significativo del principio de igualdad de derechos y del concepto de Nación que los hombres de 1820 adoptaban— (Miranda, 2001:13).

Aunque diga, poco después, que “la Constitución de 1822 tiene por fuente directa y principal la Constitución española de 1812, la Constitución de Cádiz”, parece equivocarse al comentar en seguida: “y, a través de ella o subsidiariamente, las Constituciones francesas de 1791 y 1795. En su origen se encuentra, por tanto, la difusión de las ideas liberales venidas de Francia” (Miranda 2001, 14).

Sabido es, a esta altura, que la Constitución de Cádiz fue original con relación a la francesa y a cualquier otra, además de haber sido la que inauguró el llamamiento de territorios situados fuera de Europa para formar Cortes Constituyentes —elemento presente en la Constitución portuguesa—, que sólo pudo tener origen en la Constitución gaditana. Así, no podría ella ser considerada, como hace pensar el comentario del jurista portugués, un mero medio de transporte de las ideas albergadas en la Constitución francesa. La afirmación hecha más arriba, de que los autores marginan la influencia de la Constitución gaditana sobre el constitucionalismo luso-brasileño, encuentra respaldo, aun, en el hecho de que el autor portugués cita, en un pie de página, lo siguiente: “Por curiosidad, recuérdese que la Constitución de Cádiz llegó a ser puesta en vigor en

ta. Sólo en éstas dos contempla expresamente el papel de inspiradoras y transformadoras del orden político y social patrios (Bonavides, 2004).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 285-317.

Brasil por el Decreto del 21 de abril de 1821 (revocado al día siguiente...). Y también en Nápoles y en el Piamonte, por esa época, se quiso aplicarla” (Miranda, 2001: 14).

Referencia tan sucinta a una Constitución que hizo correr ríos de tinta entre los estudiosos del derecho constitucional comparado tienen el peligroso poder de deslustrar el texto en el cual viene apuntada como sencilla nota de pie de página, a que se da el peso de una mera curiosidad.

El autor insiste en los orígenes franceses de la Constitución portuguesa, sin conferir cualquier importancia a la Constitución gaditana, y reitera: “Se pretende, en lo esencial, crear instituciones políticas moldeadas por el constitucionalismo emergente de la Revolución francesa” (Miranda, 2001: 15).

Instituciones políticas, no se puede dejar de decir, que nacen de los trabajos de una Corte Constituyente portuguesa cuya formación se asimila en demasía a aquella gaditana, como para que se pueda evitar buscar en ésta el origen de aquélla.³⁸ A la Constitución de Cádiz cabe, sin duda, la autoría de lo que acaba plasmado en la Constitución portuguesa: “La Constitución de 1822 mantiene esta unión real luso-brasileña, estableciendo que la nación portuguesa es «la unión de todos los portugueses de ambos hemisferios» (artículo 20), e instituyendo un sistema complejo de organización del poder” (Miranda, 2001: 18).

Fue la Constitución de Cádiz la que primero utilizó esa fórmula, en 1812, diez años antes, al decir, abriendo el articulado del primer título y del primer capítulo, las siguientes palabras: “Artículo 1. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”. No cabe duda de que la Constitución portuguesa de 1822 copió la formulación de la Constitución gaditana.³⁹

Todo parece indicar que el autor portugués reivindica para la Constitución portuguesa de 1822 esa primacía: “Pero *esta unión real —tal vez la primera formalizada en una Constitución de tipo francés—* debería considerarse

³⁸ Tampoco parece que sea un secreto tal origen: “Por las determinaciones traídas por el Decreto de 7 de marzo de 1821, para la elección de los diputados a las Cortes portuguesas, copiadas de la Constitución española de Cádiz...” (Costa Porto, 2004: 396).

³⁹ De hecho, el excelente trabajo de Barreto y Pereira sólo confirma el hecho de que la Constitución portuguesa de 1822 es una honrosa imitación de la Constitución de 1812 (Barreto y Pimentel, 2011).

imperfecta, por faltar, por lo menos, una asamblea electiva que funcionara junto a los órganos del poder ejecutivo brasileño” (Miranda, 2001: 19).

Es verdad que, en los últimos años, han surgido voces que comienzan a llamar la atención sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo brasileño. La conmemoración del bicentenario y el mayor acceso a la información que la revolución digital ha permitido, han sido probablemente los dos eventos responsables de tales aproximaciones, que ayudan a hacer justicia después de tanto tiempo.⁴⁰

De todos modos, esas voces aún son minoría. Y la mayoritaria ausencia, a que arriba se hace referencia, incita los espíritus atentos al especial peso de la Leyenda Negra⁴¹ española sobre la historiografía de los países iberoamericanos a una pregunta: si también sobre la historiografía constitucional de Brasil y de Portugal no hizo ella sus estragos, impidiendo el amplio reconocimiento de un hecho —la influencia de la Constitución de 1812 sobre el constitucionalismo universal— que juristas de las más diversas nacionalidades consideran indiscutible.

Llama la atención, en lo que se refiere a aspectos de las historias luso-brasileñas y española importantes para el tema aquí estudiado, el fragante carácter timorato con que se manifiestan los reyes. Y las diversas reacciones que presentan el pueblo portugués, de un lado, y el español, del otro.

El primer suceso hace referencia al traslado de la Corte portuguesa para Brasil. Cuando el rey João VI, en 1808, rehúye la obligación de defender su pueblo contra las tropas de Napoleón y abandona el país a su propia suerte, llevando su Cohorte para Brasil, el pueblo portugués no muestra el valor y el espíritu de lucha que el español⁴² demuestra, en similar abandono por Carlos IV y deseoso de Fernando VII.

⁴⁰ Sobre esa injusticia, véase García (2011).

⁴¹ Es difícil reconocer a España, sometida a la Leyenda Negra, la autoría de algo original. Mucho menos la de una Constitución. Pero no se ha de olvidar que el español había sido un imperio impresionante durante cerca de tres siglos; y que tuvo tiempo y condiciones históricas de madurar políticamente. Tenía todas las condiciones de elaborar, como de hecho lo hizo, una Constitución propia. Pero ¿qué es la Leyenda Negra? Es la opinión contra el español difundida por todo el mundo a partir del siglo XVI, que sigue vigente hasta nuestros días. Véase la obra de Juderías, historiador español que introdujo y difundió el término (Juderías, 2003; Powell, 2008).

⁴² Refiriéndose al levantamiento del 2 de mayo de 1808, que dio inicio a la Guerra de Independencia, escribió Pérez Galdós: “Aquella historia que podría y debería escribirse

Portugal protagonizó el episodio de la “Súplica Constitucional de 1808” al “*grande Napoleão*”, que consideraba ser “más padre que soberano” suyo, así relatado por el jurista brasileño Bonavides (2004: 201 y 202):

En Portugal, reino invadido y ocupado, [tuvo lugar] la Súplica de los portugueses a Napoleón, rogándole que le otorgara una Constitución... La Masonería y los áulicos afrancesados de Junot, el sargento de Napoleón que ambicionaba ceñir la corona lusitana, se coaligaron con el propósito de enviar al Emperador francés una petición donde requerían fuera concedida a Portugal una Constitución, semejante a la otorgada al Gran-Ducado de Varsovia.

Como reconoce el jurista luso Gomes Canotilho (Bonavides, 2004: 202), la “Súplica” contenía un pecado original, una vez que era el pedido al “rey invasor” de una carta constitucional otorgada.

Por más revolucionario que fuese el deseo portugués de regirse por formas gubernativas liberales, de ningún modo buscó forjar entonces por sí mismo un documento constitucional que reflejara su idea de libertad. De ahí no ser insensato encontrar en la Constitución portuguesa de 1822 más de un indicio de que su ideal fue copiado de aquellos de la Constitución gaditana, principalmente cuando se toma en cuenta que Europa vivía entonces un periodo liberal claramente sembrado por los vientos de la revolución liberal española y de su Constitución de 1812, resucitada con el “pronunciamiento de Riego”, en 1820, evento que tuvo importantes ecos en Portugal (González, 2012).

Cuatro años después de la llegada de João VI a Brasil, cuando, como resultado de su firmeza de ánimo, España promulga la Constitución de 1812, otra vez la postura de la realeza portuguesa da muestras de su acobardamiento y pusilanimidad. El entonces Príncipe Regente, João VI, pensando en las consecuencias que pudieran tener en Portugal las ideas liberales españolas, decidió encargar al *conselheiro* Silvestre Pinheiro Ferreira un estudio que, al final, vino a llamarse *Memórias Sobre os Abusos Gerais e Modo de os Reformar e Prevenir a Revolução Popular, redigidas por Ordem do Príncipe Regente no Rio de Janeiro em 1814 e 1815*.

Aquellos consejos, sin embargo, no fueron seguidos, puesto que, con la vuelta de Fernando VII a España, tras la derrota de Napoleón, el absolu-

sin personajes, sin figuras célebres, con los solos elementos del protagonista elemental, pues es el macizo y santo pueblo, la raza, el Fulano colectivo” (Pérez, 1827: 895; Espadas, 2008: 84).

tismo volvía a instalarse en la península ibérica. Y al futuro rey, João VI, le pareció que el peligro de procesos revolucionarios había pasado y la reforma de la monarquía ya no era necesaria (Duzentos Anos da Constituição de Cádiz, 2012).

Gran equívoco, pues la Constitución de Cádiz acabó informando, cerca de un lustro más tarde, una importante conflagración en el país vecino. La Revolución de Oporto (*Revolução do Porto*), que tuvo inicio en octubre de 1820 y de la que resultó la independencia de Brasil y sus separación de Portugal, estuvo fuertemente influida por el modelo liberal de la carta gaditana (Barreto y Pimentel, 2011).

VII. LAS CORTES DE CÁDIZ Y LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

El 24 de septiembre de 1810, en la Isla de León, se reunían los diputados españoles de ambos hemisferios —España, América y Asia— en Cortes Generales y Extraordinarias.⁴³ A su paso, en comitiva, para una misa previa en la iglesia de San Pedro y después para el teatro del lugar, donde comenzaría su reunión inaugural, una gran multitud acogía con aplausos, vivas, flores y panfletos, y con canciones patrióticas.

Menos de seis meses después de comenzados los trabajos constituyentes, el 20 de febrero de 1811, las Cortes se mudaron para el Oratorio de San Felipe Neri, en la ciudad de Cádiz, que ofrecía mejores condiciones de seguridad ante el supuesto peligro de inminente bombardeo de la isla por el ejército invasor napoleónico.

Finalmente, en un día lluvioso de inicios de primavera, se proclamaba la nueva, esperada y ansiada Constitución (Solís, 1969: 220-259). Era el 19 de marzo de 1812. Siendo día de San José, los españoles la recibieron con fiestas y alegría, bajo gritos de “Viva la Pepa” —equivalente femenino de Pepe, apodo de aquellos que se llaman José—.

De vida bastante breve (1812-1814), pero fecunda, la Constitución contó, en su elaboración, con la participación de dos grupos ideológicos: liberales y absolutistas.⁴⁴

⁴³ A partir de entonces, los poderes Legislativo y Ejecutivo, que estaban concentrados en la Junta Central Suprema, pasaron a residir, respectivamente, en las Cortes y en la Regencia (García, 1964: 193).

⁴⁴ Importante es destacar que, además de estar los liberales (entre los que se encontraban los españoles americanos) en mayoría, había entre los absolutistas, también llamados

Sin embargo, el 4 de mayo de 1814, Fernando VII, de vuelta de Francia, disolvía, por decreto, las Cortes, y derogaba la Constitución, enviando al exilio los liberales y empezando un reinado conocido como Sexenio Absolutista (1814-1820).

El 1o. de enero de 1820, los militares perpetraron un golpe de Estado (el Pronunciamiento de Riego) en la localidad de Cabezas de San Juan, durante el cual el comandante Rafael de Riego promulgó otra vez aquella Constitución.

Fernando VII tuvo que aceptarla y jurarla, dando inicio al Trienio Liberal (1820-1823).⁴⁵ Durante aquellos tres años, estuvo otra vez en vigor la Constitución de 1812.

Sin embargo, el antes “deseado” Fernando VII, cuyos actos le granjearon la fama de “rey felón”, traidor y desleal al pueblo, conspiraba, rompiendo sus promesas de fidelidad a la Constitución. Recurrió a la Santa Alianza (Rusia, Austria, Prusia y Francia), que, con la ayuda aun de Inglaterra, vino en su auxilio para instalar otra vez un gobierno absolutista, la Década Ominosa (1823-1833), en el que no cabía aquella carta constitucional y que duró hasta el fin de sus días.

Muerto Fernando VII, y mientras se preparaba la Constitución posterior, otra vez la “Pepa” tiene un corto periodo de vigencia (1836-1837).

VIII. EL LIBERALISMO INGLÉS Y ASTURIANO DE LAS CORTES GADITANAS

Lo que más llama la atención en la lectura atenta de la Constitución de Cádiz es el mensaje de libertad que ella trae. Es un texto innovador que, de algún modo, rompe con la tradición —aunque no falte a quien le parezca muy poco rupturista— e inaugura una nueva era en la vida polí-

serviles, realistas, ultramontanos o reaccionarios, un grupo no tan radical de seguidores de Jovellanos. Aunque eran monárquicos, deseaban reformas basadas en el modelo inglés, que, diferentemente del francés, no apuntaba para la necesidad de agitaciones populares (Pérez, 2012: 58 y 59).

⁴⁵ “En realidad, la promulgación de ese texto constitucional en 1820 ofreció una luz de esperanza para los liberales radicales y para los demócratas de toda Europa, relegados o perseguidos debido a la política reaccionaria que la Santa Alianza había impuesto al viejo continente. Así, la Constitución de 1812 se convirtió, durante el Trienio, en un punto de referencia para todo el movimiento liberal y nacionalista de Europa y América, siendo un marco decisivo en la historia del liberalismo occidental” (Suanzes-Carpegna, 2010: 246).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 285-317.

tica del país. Según Sánchez Agesta, el mismo diputado Agustín Argüelles, miembro de la Comisión Constituyente, se refirió a esa ruptura: “Una convulsión universal, simultánea y violenta cual jamás agitó a ningún país civilizado, desencadenando todas las pasiones, aniquiló a un mismo tiempo las autoridades, las leyes y cuantas barreras podían contener el ímpetu de un pueblo enfurecido” (Sánchez, 2011).

Sin embargo, es necesario señalar, también, que no se partió completamente de cero para la elaboración de la Constitución. Las palabras iniciales del Discurso Preliminar corroboran esa afirmación: “Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española”. Y las finales rematan en el mismo sentido: “Las bases de este proyecto han sido, para nuestros mayores, verdades prácticas, axiomas reconocidos y santificados por la costumbre de muchos siglos”.⁴⁶

Es apasionante constatar que aquellos hombres reunidos en Cádiz hayan tenido el coraje y la perseverancia de crear un nuevo orden jurídico (fundado en los principios de doctrina clásica españoles), asumiendo formalmente, por primera vez, la autoría de su propio destino como nación y dando el paso decisivo del Antiguo Régimen para el moderno liberalismo.

Al comentar la reacción del pueblo como espectador de los debates de la Asamblea Constituyente reunida en la sesión de 14 de octubre de 1811, el diputado Antonio de Campmany apuntó:

En cuanto a la opinión que se debe tener del Congreso, contaré un hecho: A los quince días de haberse instalado las Cortes, un caballero inglés, literato, erudito y diplomático, y hombre que ha recorrido todo el mundo, asistió a tres o cuatro sesiones, y salió tan enamorado de la libertad, orden y espíritu verdaderamente nacional que reconoció en ella, que en buen francés dijo delante de los coroneles ingleses y de mí: “me da vergüenza de ser miembro del Parlamento de Inglaterra...” (Solís, 1969: 242).

⁴⁶ En “La Raíz Tradicional”, se dedica Sánchez Agesta a citar los testimonios que respaldan esas célebres palabras del Discurso Preliminar que hacían referencia a la recuperación de las tradiciones. La obra “Ensayo histórico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla”, escrita para servir de introducción a una edición del Código de las Siete Partidas, Real Academia de la Historia, entre otros escritos de Martínez Marina, llegó a la Junta Central, a las manos de Jovellanos, que las pasó para la Junta de Legislación. Esta, a partir de ahí, recuperó para la Constitución de Cádiz los diferentes y tradicionales cuerpos de la legislación española (Sánchez, 2011: 37-41).

El origen de tal liberalismo, presente en el espíritu de la mayor parte de aquellos diputados, vertido en el texto constitucional en forma de liberalismo político, se va a encontrar en el hecho de que no pocos de ellos habían estado en Inglaterra, cuna del liberalismo económico de Adam Smith, David Ricardo y otros. La posición geográfica de Asturias, situada al norte del país, a las orillas del Mar Cantábrico, facilitaba el contacto de sus intelectuales con Gran Bretaña.

Muchos de aquellos constituyentes eran asturianos. En verdad, no se puede hablar de las Cortes de Cádiz sin referirse a Asturias.

Fernández Sarasola presenta los discursos de siete asturianos entre los Padres Fundadores del venerado Código de 1812. Ejercieron un papel fundamental de protagonistas privilegiados en las Cortes de Cádiz, que hubieran sido otras sin su presencia (Sanjurjo, 2012: 13). “Liberales unos, realistas otros, unos adeptos al modelo británico, otros al francés, unos más apegados a la tradición nacional, otros más atentos a las novedades europeas” (Sanjurjo, 2012: 9).

Joaquín Aréstegui realza la importancia de los asturianos en las Cortes, citando en especial el imprescindible liberal Gaspar Melchor de Jovellanos (Aréstegui, 2010).

El Principado de Asturias ya había ejercido otro gran papel en la historia española, resumido por el dicho popular según el cual “Asturias es España, y lo demás, tierra conquistada”, que se explica por su resistencia a las invasiones moriscas, a la que se dio el nombre de Reconquista.

En la Batalla de Covadonga (722 d.C.), don Pelayo había derrotado los árabes, comenzando el proceso de Reconquista. Europa respiraba; *Hispania* se transformaba en *España*. Los reyes asturianos emprendieron una nueva etapa, que culminó en el siglo XV con los reyes católicos.

Si los constituyentes de Cádiz se empaparon del liberalismo de la democracia parlamentaria inglesa, ésta, en verdad, bebió, a su vez, de fuente española. La cuna de la democracia parlamentaria no es Inglaterra, como inadvertidamente aún se cree, sino el Reino de León, en España. En 1188, el Rey Alfonso IX otorgó lo que se puede llamar la primera carta magna española, bastante anterior a la Magna Carta inglesa de Juan Sin Tierra (1215):

La carta magna hispana se dirigía a un pueblo que no conocía el régimen feudal, sino una organización beneficiaria y vasallática, a un pueblo cuya

aristocracia laica y clerical sólo había logrado una fuerza limitada, a un pueblo articulado en grandes municipios libres, y fue por ello más liberal y democrática que la de Juan Sin Tierra. Los procuradores de las ciudades o villas de los reinos asistieron desde entonces a las Cortes. Y en la segunda mitad del siglo XII no sólo llegaron a dominar en ellas, sino que hicieron de la monarquía castellano-leonesa una monarquía parlamentaria limitada, como ninguna otra en Europa por entonces.⁴⁷

IX. LA NACIÓN ESPAÑOLA: CONCEPTO CLAVE EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Otra gran innovación de la constitución de Cádiz, en comparación con las Constituciones a ella anteriores (la francesa, la norteamericana y, menos conocida, la sueca), está en el concepto de nación política que ella inaugura.⁴⁸

Título I

De la Nación Española y de los Españoles

Capítulo I

De la Nación Española

Artículo 1. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

Artículo 2. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

Artículo 3. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.

Artículo 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen (España, 2012: 112).

⁴⁷ La cita es de Sánchez-Albornoz (1980: 73). Razón tenía Sánchez-Albornoz y lo confirma el libro recientemente publicado en lengua inglesa, que sitúa en España, en León, la primera democracia representativa universal (Keane, 2009). En 2013 la Unesco reconoció a León como cuna mundial del parlamentarismo y declaró los “Decreta” de León de 1188 como Memoria del Mundo.

⁴⁸ Ninguna de las Constituciones anteriores a la de Cádiz, compuesta por españoles de ambos hemisferios, fue, como ella, “global” en este sentido: “... jamás antes un cuerpo legislativo había reunido a sus miembros de tan distintos lugares del globo o pretendido gobernar territorios tan inmensos en Europa, América y Asia, tal diversidad de razas y tal complejidad de intereses” (Marx y Engels, 1998: 130 y 131).

Todo ese articulado fue innovador entonces.⁴⁹ Aunque el debate sobre la titularidad de la soberanía ya fuera un acontecimiento presente en la realidad española desde el final del siglo XVII, fue el vacío de poder el responsable de que él saliera de las sombras en que se trababa para exponerse abierta y apasionadamente en las Cortes de Cádiz. Finalmente, la soberanía fue reconocida como principio en la Constitución (Sanjurjo, 2012: 21).

Acabó plasmada en el artículo tercero, según el cual la auténtica soberanía pertenecía esencialmente (y no radicalmente, como querían los realistas) a la nación, a quien correspondía con exclusividad el derecho de establecer sus leyes fundamentales.⁵⁰ A final de cuentas, fue el pueblo español, en su lucha encarnizada y sin tregua contra el invasor francés, quien ganó a pulso y quien conquistó su soberanía con la propia sangre.

Como observa el brasileño Tobias Barreto, “soberanía no es un derecho, es un hecho. Quien dice soberanía, dice poder supremo, absoluto, independiente; y decirse esto es lo mismo que decir fuerza absoluta, irresistible. Soberanía y fuerza son términos correlatos. Donde hay fuerza, está la soberanía; donde falta la fuerza, la soberanía es frase, es nula” (Barreto, 1926: 75).

Durante la Edad Media y la Edad Moderna europeas, el término “nación” tenía un sentido bastante diferente del sentido contemporáneo de que esta palabra se reviste, nacido con las revoluciones que desembocaron en los movimientos constitucionalistas.

⁴⁹ Sobre la novedad que supone la aparición de la moderna noción de soberanía, véase Guerra (1992).

⁵⁰ En la actual Constitución de 1978, el artículo 1.2 del título preliminar dice que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. El artículo 2: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. El título X, sobre la reforma constitucional, establece que cualquier reforma respecto al título preliminar tiene que ser aprobada por mayoría de dos tercios de cada Cámara, debiendo ambas disolverse. Las nuevas cámaras electas deberán aprobar el nuevo texto por dos tercios otra vez y someter su ratificación a referendo popular. La Constitución española de 1978 fue ratificada por referéndum el 6 de diciembre de 1978. La pregunta planteada fue: “¿Aprueba el proyecto de Constitución?”. El 20 de febrero de 2005, ocasión en la que los ciudadanos fueron consultados sobre si España debería ratificar la Constitución de la Unión Europea: “¿Aprueba usted el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?”.

“Nación” era entonces una acepción⁵¹ étnica e histórica: denominaba aquellas sociedades cuyos individuos procedían de un mismo origen y que se integraban, juntamente con otras naciones, bajo la autoridad de un príncipe capaz de consolidarlas todas en un proceso de homogeneización cultural (lengua, costumbres, religión, etcétera).⁵² No era, aún, una acepción política, pues, entonces, la soberanía no residía en ella (nación), sino en el monarca, verdadero poseedor del poder político.

La proclamación de la Constitución de Cádiz representó el paso de una concepción *histórica* — especie de nación étnica, el conjunto de relaciones sociopolíticas que se había formado a lo largo de los siglos de historia española (Sanjurjo, 2012: 94) — para una acepción *política* de “nación”.

De una situación en la que la soberanía residía en el monarca, autoridad que detenía el poder político, se pasó a otra, en que la soberanía es un concepto nuevo, contemporáneo, nacido en los siglos XVIII y XIX, a partir de los procesos revolucionarios — de que la Constitución de Cádiz es uno de los más importantes ejemplos — que derrotaron el absolutismo real del Antiguo Régimen.

La nación se reorganiza, de nación histórica en nación política; y pasa a ser la nación — y no más el rey (que, en el caso español, había sido despojado por Napoleón Bonaparte en Bayona) — quien se constituye en depositaria de la soberanía. En el proceso, se restaura la monarquía española que Napoleón había intentado usurpar, pero ya en forma de monarquía constitucional.

La nación aparece, así, como sujeto titular de la soberanía, como sujeto directo de la vida política. “La nación, por tanto presupone el Estado (y no al revés), un Estado en cuyo seno se produce un proceso por el que sus partes son distinguidas individualmente (y ya no estamentalmente) e igualadas en derechos ante la ley” (Abascal y Bueno, 2008: 114).

Así, nace el principio de “soberanía nacional”, “que a partir de este momento se irá imponiendo (en Francia, en España, en Bélgica...) y al

⁵¹ Sobre las diversas acepciones del concepto de “nación” (biológica, étnica y política), consultar Abascal Conde y Bueno Sánchez (2008: 109-133).

⁵² “Francia, España, Inglaterra, Alemania, Italia, al margen de su unidad e identidad políticas, eran consideradas como naciones, en sentido histórico, desde el siglo XV, lo que quiere decir que han tenido capacidad para envolver a otras naciones (integradas) y convertirlas en partes suyas” (Abascal y Bueno, 2008: 113).

que se subordina ahora, si es que se conserva, la autoridad real” (Abascal y Bueno, 2008: 109-121).

Ese proceso, el del nacimiento de la nación política española, tiene características propias —una de las más importantes siendo el involucramiento de los indios americanos en el fenómeno—, muy bien explicadas por Abascal y Bueno, por lo que merece la pena la cita, pese a su extensión:

España, pues, se transforma en Nación política a partir del rechazo producido contra la invasión napoleónica, siendo además una de las primeras naciones en constituirse en este sentido. Pero la formación de España como nación política no surge de un vacío político previo, sino que es un proceso que surge en el seno del Antiguo Régimen, en particular, en el seno de una sociedad política imperial sobre la que se constituyó España como “nación histórica” (es decir, España ya existía políticamente como sociedad política antes de constituirse en nación política; existía como imperio). Un imperio, además, a través de cuyo desarrollo, enfrentado a otras potencias políticas, no sólo se configura España como nación histórica, sino que también se establecen las primeras redes efectivas de “globalización”, sobre todo a partir de la circunnavegación del globo, por la que sus partes, antes incomunicadas, comienzan a interrelacionarse a través del comercio, la evangelización, la explotación, la guerra, procurando involucrar, para bien o para mal, de un modo efectivo (y no de manera intencional) a todo el género humano en el proceso civilizatorio. El Imperio español, y la nación española a él circunscrita (con la participación desde el principio de vascos, catalanes, castellanos, aragoneses, gallegos, andaluces, etcétera), si bien no logra gobernar a la “Humanidad” (según tal proyecto imperial), es capaz con todo de “envolver” territorios y “gentes”, nos referimos sobre todo a los indios americanos, hasta ese momento completamente desconocidos. Un involucramiento que en absoluto implicó la desaparición (por aniquilación) de los indios, sino, al contrario, su incorporación de pleno derecho (legislación de Indias) a la “nación española” en tanto que súbditos del Rey Católico, poniendo así las bases de lo que supondría su ulterior emancipación (Abascal y Bueno, 2008: 115 y 116).

X. CONCLUSIÓN

Legado de la Guerra de la Independencia que el pueblo español trabó contra el enemigo francés en el campo de batalla y en el campo de las ideas, la Constitución de 1812 —tantas veces estigmatizada como copia

de la francesa— fue escrita con espíritu de originalidad e independencia, reconocido por uno de sus mayores estudiosos, Karl Marx.

Aunque los estudiosos del constitucionalismo no nieguen la entidad de los cambios surgidos a partir de 1810 —año en el que las Cortes de Cádiz se reunieron—, los actuales debates se centran en la pregunta acerca de si aquellas transformaciones sufridas en el tránsito del antiguo al nuevo régimen fueron, en esencia, capaces de instituir un orden político realmente nuevo, original, singular, o si se limitaron a dar continuidad al anterior con nuevas vestimentas, bajo la forma de un *corpus* constitucional.

¿Continuidades o transformaciones? ¿Qué es lo que predominó con el surgimiento de la Constitución de Cádiz?

Queda respondida la pregunta, a nuestro modo de ver, no sólo por los estudios de Marx, como por la imprescindible aclaración que sobre la acepción política de “nación” hizo el filósofo Gustavo Bueno en el contexto del nacimiento de la Constitución de 1812.

Su singularidad se configuró desde el inicio de su proyecto, con la participación de todos los españoles, de ambos hemisferios, como representantes de una nación que comenzara a formarse siglos antes (en un proceso civilizatorio que involucró todo el género humano —blancos, indios y negros— a partir de descubrimiento de América) y que fue lentamente concientizándose de su condición soberana en los siglos siguientes.

Su carácter liberal e independiente, también fruto de un proceso que ya venía de lejos, desde las cortes de León, en el siglo XII, fue recuperado mediante el compromiso que los constituyentes tuvieron con la secular tradición legislativa española.

Aunque no tuviesen como programa escribir una Constitución modelo, los constituyentes de Cádiz, sin cualquier intencionalidad, acabaron elaborando un documento que pasó a ser referencia para diversas Constituciones, aunque el peso del pasado imperial español sea, hasta los días actuales, una fuente de prejuicio para el reconocimiento de su influencia en muchos países de América.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL CONDE, Santiago y BUENO SÁNCHEZ, Gustavo, 2008, *En defensa de España: razones para el patriotismo español*, Madrid, Encuentro.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 285-317.

- ABEL SUÁREZ, Carlos, 2010, “Marx regresó y amenaza con quedarse”, *Sinpermiso*.
- ALFONSO DA SILVA, José, 2005, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros.
- ANNINO, Antonio, 2014, *Silencios y disputas en la historia de Hispanoamérica*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, Taurus.
- ARÉSTEGUI, Joaquín, 2010, “Asturianos en las Cortes de Cádiz”, *El Comercio*.
- BARRETO, Tobias, 1926, *Estudos de direito*, Estado de Sergipe, Aracaju.
- BARRETO, Vicente de Paulo y PIMENTEL PEREIRA, Vítor, 2011, “¡Viva la Pepa! A história não contada da Constituição Española de 1812 em terras brasileiras”, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil*.
- BONAVIDES, Paulo, 2004, “As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro: uma análise comparativa”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Derecho constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio, 1997, *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras.
- BUTRÓN PRIDA, Gonzalo, 2011, “Guerra, nación y Constitución: la proyección europea de la Guerra de Independencia española”, *Cuadernos Dieciochistas*.
- CARBIA, Rómulo D., 1944, *Historia de la leyenda negra hispanoamericana*, Madrid, Publicaciones del Consejo de la Hispanidad.
- CHUST, Manuel y SERRANO, José Antonio, 2008, “El liberalismo doceañista en el punto de mira: entre máscaras y rostros”, *Monográfico: Liberalismo y Doceañismo en el mundo Ibero-Americano*, *Revista de Indias*, 68.
- COHNEN, Fernando, 2008, “Entrevista a Gustavo Bueno”, *Revista Muy Interesante*.
- COSTA PORTO, Walter, 2004, “Católicos e acatólicos: o voto no império”, *Revista de Informação Legislativa*.
- DE MORAES, Alexandre, 2005, *Direito constitucional*, São Paulo, Atlas.
- “Duzentos anos da Constituição de Cádiz”, 2012, *Revista Liberdade e Cidadania*.
- ESPADAS BURGOS, Manuel, 2008, “El dos de mayo”, *La aventura de la historia*, España.
- ESPAÑA, 2012, *La Constitución Española de 1812: edición conmemorativa del Segundo Centenario*, Madrid, Tecnos.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, 2006, “La primera Constitución Española: el Estatuto de Bayona”, *Revista de Derecho*.
- FRANCE, “Constitution Française de 1791, Paris, Conseil Constitutionnel, [1791]”. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, 1964, “La Constitución española de 1812 como antecedente constitucional argentino”, *Revista de Estudios Políticos*.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2011, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*.
- GARRIGA, Carlos, 2010, *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, HICOES.
- GARRIGA, Carlos y LLORENTE, Martha, 2007, *La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, 2005, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther, 2012, “Érase una vez... una Constitución universal: especial referencia a la proyección en Europa de la Constitución de Cádiz”, *Revista Historia Constitucional*.
- GUERRA, François-Xavier, 1992, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Mapfre.
- GUERRA, François-Xavier, 2008, “De la política antigua a la política moderna. La revolución de la soberanía”, *Los espacios públicos en iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- HERRERA GUILLÉN, Rafael, 2010, “Jovellanos y América: el temor a un mundo escindido”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*.
- JUDERÍAS, Julián, 2003, *La leyenda negra: estudios acerca del concepto de España en el extranjero*, Valladolid, Junta de Castilla y León.
- KEANE, John, 2009, *The Life and Death of Democracy*, Londres, Simon & Schuster.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, 1998, “Artículos de Marx y Engels”, en RIBAS, Pedro (ed.), *Escritos sobre España: extractos de 1854*, Madrid, Trotta.

- MIRANDA, Jorge, 2001, *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*, Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses.
- MOA, Pío, 2011, *Nueva historia de España. De la II Guerra Púnica al siglo XXI*, Madrid, La Esfera de los Libros.
- PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio, 2012, *Cortes y Constitución en Cádiz: la Revolución española (1808-1814)*, Madrid, Anaya.
- POWELL, Philip W., 2008, *La leyenda negra: un invento contra España*, trad. de Carlos Sáinz de Tejada, Barcelona, Áltera.
- QUIJADA MAURIÑO, Mónica, 2008, “Una Constitución singular: la carta gaditana en perspectiva comparada”, *Monográfico: Liberalismo y Doceañismo en el Mundo Ibero-americano, Revista de Índias*, 68.
- RIBAS, Pedro (ed.), 1998, “Estudio preliminar”, *Escritos sobre España: extractos de 1854*, Madrid, Trotta.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio, 1980, *Ensayos sobre historia de España*, Madrid, Siglo XXI.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, 2002, “La experiencia constitucional gaditana y la Constitución portuguesa de 1822”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 24.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, 2011, “Introducción”, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SANJURJO GONZÁLEZ, Pedro, 2012, “Prefacio”, en FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (ed.), *Los constituyentes asturianos en las Cortes de Cádiz: antología de discursos*, Gijón, Trea.
- SOLÍS, Ramón, 1969, *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*, Madrid, Alianza.
- SUANZES-CARPEGNA, Varela, 2010, “O constitucionalismo espanhol e português durante a primeira metade do século XIX: um estudo comparado”, *Revista Historia Constitucional*.

UNIONES DE HECHO: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y PARAGUAY*

COMMON LAW PARTNERSHIP: A COMPARATIVE CASE STUDY BETWEEN SPANISH AND PARAGUAYAN LEGISLATIONS

María SERRANO FERNÁNDEZ**

RESUMEN: Este trabajo se propone comparar el régimen jurídico de las parejas de hecho en Paraguay y España. En Paraguay las uniones concubinarias están contempladas en el artículo 52 de la Constitución de 1992 y en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil, también de 1992. Contrariamente, España carece de una ley aplicable a nivel nacional, y son las leyes autonómicas las que han regulado las uniones estables con un contenido muy distinto. Ello ha generado una clara situación de desigualdad entre los derechos y obligaciones atribuidos a los miembros de una pareja estable en función de la ley autonómica que les resulte aplicable. Para poner fin a esta ruptura del principio de igualdad se podrían arbitrar soluciones de distinta naturaleza: propiciar una armonización de la legislación autonómica, continuar realizando modificaciones puntuales de nuestro ordenamiento jurídico que dote de determinados efectos jurídicos a la convivencia y, finalmente, aprobar una ley general aplicable a todo el territorio nacional.

Palabras clave: pareja de hecho, convivencia, ruptura, libre desarrollo de la personalidad, autonomía de la voluntad.

ABSTRACT: *This paper compare the legal regime of common law partner in Paraguay and Spain. In Paraguay, cohabitation is contemplated in article 52 of the Constitution of 1992 and in the Law of partial reform of the Civil Code also of 1992. Contrarily, Spain lacks a law applicable throughout the national territory and it is the autonomous laws that have regulated the stable unions, although the content of these laws is very different. This has generated a clear situation of inequality between the rights and obligations attributed to the members of a stable couple. To put an end to this breakdown of the principle of equality solutions of different nature could arbitrate: promote a harmonization of regional legislation, continue making specific changes to our legal system, which certain legal effects to the coexistence and finally, to approve a general law applicable to the whole national territory.*

Keywords: *Common Law Partner, Unmarried Couple, Cohabitation, Breakup, Free Development of the Personality, Autonomy of the Will.*

* Artículo recibido el 6 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de febrero de 2019.

** ORCID: 0000-0001-8384-3115. Decana de la Facultad de Derecho. Catedrática acreditada de derecho civil. Universidad Pablo de Olavide. Correo electrónico: mserfer@upo.es.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Régimen jurídico del concubinato en Paraguay*. III. *Régimen de las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico español*. IV. *Ausencia de una ley general sobre parejas de hecho: quiebra del principio de igualdad. Soluciones posibles*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación pretende realizar un estudio de derecho comparado entre la regulación de las parejas de hecho en el ordenamiento jurídico español y el paraguay. El análisis comparatista de ambos ordenamientos jurídicos va a revelar las profundas diferencias que existen entre uno y otro régimen jurídico. En Paraguay, las denominadas uniones de hecho concubinarias están contempladas en el artículo 52 de la Constitución de 1992; además, a fin de desarrollar dicho precepto, se publicó la Ley núm. 1 de Reforma Parcial del Código Civil de 1992 aplicable en todo el territorio nacional. En lo relativo a la institución jurídica objeto de regulación, el concubinato es la unión de hecho entre un hombre y una mujer, de forma que las uniones de hecho homosexuales quedan al margen de la unión concubinaria. Por ello y a fin de delimitar el objeto de nuestro estudio en el derecho paraguayo, es importante señalar que éste se concentrará exclusivamente en el análisis del concubinato; término que es ajeno a las leyes, los tribunales y la doctrina española.¹ Con carácter previo y antes de

¹ Como señala Mesa Marrero (2006), son muchos los calificativos utilizados para referirse a esta convivencia: matrimonio de hecho, convivencia *more uxorio*, uniones extramatrimoniales, uniones de hecho, familia de hecho y unión o pareja extramatrimonial. Pero no todas son nociones sinónimas. Así, familia de hecho o familia no matrimonial son términos que aluden a realidades más amplias; por otra parte, al emplearse este vocablo se da a entender que de esta unión nacen hijos, lo que no sucede en todos los casos. La jurisprudencia española ha empleado diversos términos para referirse a las uniones no matrimoniales: uniones libres o, de hecho, o unión paratrimonial. En el Código Civil se habla de “vivir o convivir maritalmente con otra persona” (artículos 101 y 320), o de haber vivido como matrimonio (Disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, del 7 de julio). También emplean la expresión “pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal” (Disposición adicional 3a. Ley 21/1987) o “quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad” (Código Penal). Afirma esta autora que el vocablo *concubinato* ha sido utilizado durante mucho tiempo especialmente por la doctrina francesa. Este término es criticado por la mayoría de los autores por el matiz peyorativo y el significado negativo que ha supuesto en otras etapas históricas; en el mismo sentido Amunátegui Rodríguez (2002), afirma que el término concubinato puede

analizar la regulación prevista en el derecho paraguayo, es imprescindible delimitar qué se entiende por *concubinato o unión de hecho heterosexual* y cuáles son los requisitos exigidos para su existencia.

A diferencia de lo que sucede en el derecho paraguayo, en España la única referencia constitucional a esta institución se encuentra en el artículo 39 de la Constitución de 1978, donde la protección social y jurídica de las familias se recoge como un principio inspirador de nuestro ordenamiento. A la ausencia de una regulación expresa en la carta magna se une la circunstancia de que el derecho español carece de una ley aplicable en todo el territorio nacional que establezca el estatuto jurídico de las parejas de hecho. Dicha ausencia ha conllevado que haya sido la jurisprudencia tanto del tribunal constitucional como la del tribunal supremo, las que han jugado un papel preponderante, realizando un notorio esfuerzo a fin de proporcionar soluciones jurídicas a las cuestiones concretas que se han ido suscitando en la práctica; ello justifica que dicha jurisprudencia deba ser objeto de análisis y comentario. Por el contrario, a nivel autonómico la mayoría de las comunidades autónomas cuentan con una ley que regulan la convivencia *more uxorio* si bien con un contenido muy dispar (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2003: 61-88).² Ahora bien, a pesar de esa regulación poco homogénea, todas las normas autonómicas regulan tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales; al respecto, la Ley 10/1998 del 15 de julio de Cataluña era la única que dedicaba capítulos separados a regular uno y otro tipo de pareja. Sin embargo, dicha distinción ha desaparecido en la actual regulación prevista en los artículos 234 y siguientes del capítulo IV, del título III, del libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio. Dada la complejidad que existe en nuestro país, será necesario diferenciar por un

tener en nuestra sociedad actual alguna connotación peyorativa o censurable; analiza esta autora los diversos términos empleados en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación española. Sobre esta cuestión, véase igualmente, Merino Gutiérrez (1988: 1004-1011) y Fosar Benlloch (1982: 885-934).

² Bercovitz Rodríguez-Cano afirma que las parejas de hecho se inscriben hoy dentro de lo que cabría denominar *normalidad social*, como forma de unión alternativa al matrimonio. Su frecuencia como pauta de comportamiento ha sido decisiva respecto de su reconocimiento social. Asimismo, con respecto al reconocimiento jurídico de las nuevas realidades sociales, la jurisprudencia ha desempeñado un papel clave en esta materia. La *normalización jurídica* ha venido de la mano de la legislación autonómica que ha ido aprobando leyes que regulan las parejas de hecho.

lado la legislación autonómica sobre las uniones de hecho y, por otro, la jurisprudencia del tribunal supremo. Respecto de la legislación autonómica, y al igual que haremos con el derecho paraguayo, antes de abordar el estudio sistematizado del contenido de estas leyes, es conveniente delimitar la noción de pareja de hecho y los requisitos que deben concurrir para su existencia. Por otra parte, esta diversidad legislativa plantea el interrogante de determinar cuál es el *punto de conexión* que determina su ámbito de aplicación. Dicho de otro modo, ¿lo determinante a efectos de aplicar una legislación autonómica u otra es el lugar donde reside uno o ambos miembros de la pareja? ¿o el lugar donde están empadronados, que puede ser distinto al de su residencia habitual? ¿o adoptan, a semejanza del Código Civil, el criterio de la vecindad civil? Como tendremos ocasión de analizar, la respuesta a este interrogante no es uniforme, de forma que será preciso examinar los criterios de conexión previstos y los problemas de constitucionalidad que plantea.

Con certeza, la ausencia de una ley a nivel general, unido a la existencia de una pluralidad de normas autonómicas sobre esta materia, ha generado una clara situación de desigualdad entre los derechos y obligaciones atribuidos a los españoles, miembros de una pareja estable, entre unas comunidades autónomas y otras. Comparte esta afirmación la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en su sentencia del 5 de abril de 2001,³ afirma que esta falta de unidad en materia de reconocimiento de derechos a las parejas de hecho de las distintas comunidades autónomas conduce a establecer dos clases de españoles, según sus autonomías tuvieran o no dictada una ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha normativa específica o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual es contrario abiertamente al principio de igualdad jurídica de los españoles, proclamado en el artículo 14 de la Constitución española (Gálvez Criado, 2015: 1807-1858).⁴ La constatación de esta realidad es una quiebra del principio de igualdad de los españoles, pues constituye la *hipótesis de partida* de nuestro estudio, para cuyo remedio el legislador español

³ RJ 2001/4993. En todas las sentencias usaremos la referencia de Aranzadi.

⁴ Asimismo, Antonio Gálvez Criado afirma que esta diversidad de regulaciones autonómicas ha provocado un *grave problema*, ya que la diversidad de la normativa aplicable a un mismo supuesto, derivado de la pluralidad legislativa autonómica, no puede ser directamente calificada de contraria al artículo 14 de la Constitución española (Espada Mallorca, 2007: 112-147).

podría arbitrar tres soluciones de distinta naturaleza: potenciar soluciones armonizadoras en la legislación autonómica; continuar realizando modificaciones puntuales de nuestro ordenamiento que regulara sólo algunos efectos jurídicos de la convivencia *more uxorio*, como ha venido haciendo hasta ahora, o publicar una ley de carácter general que estableciera una regulación uniforme en esta materia; dicha ley no debería tener como idea central una equiparación absoluta entre las uniones de hecho y el matrimonio en el sentido de que la opción entre contraer matrimonio y la mera convivencia no ha de resultar indiferente (Gavidia Sánchez, 1995).⁵ En su momento analizaremos los argumentos a favor y en contra de cada una de las alternativas propuestas. De optarse por la tercera de las soluciones apuntadas y a la hora de delimitar el alcance de dicha ley, será preciso tener muy presente la doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, que vinculan el estado civil de la persona con el libre desarrollo de la personalidad.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCUBINATO EN PARAGUAY

1. *Planteamiento*

En el derecho paraguayo es posible distinguir dos tipos o modalidades de uniones de hecho: la llamada *unión concubinaria* que, como veremos, va a

⁵ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 222/1992 del 11 de diciembre, ha señalado que en la Constitución de 1978 “el matrimonio y la convivencia no son realidades equivalentes, de forma que cabe admitir diferencias legítimas de tratamiento entre unas familias y otras; dicha diferencia tendría como único límite las exigencias derivadas del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE y que con ello no se coarte, más allá de lo razonable, la libertad de opción de quién decide mantener una convivencia *more uxorio* con otra persona. La protección de la familia proclamada en el artículo 39 de la CE podría alcanzar, en principio tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, pero es claro que dicha norma no postula por sí sólo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39 de la CE, aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio” (artículo 32, CE). Además de la citada sentencia 222/1992, del Tribunal Constitucional (en adelante STC) fueron paradigmáticas las SSTC 184/1990, del 15 de noviembre y 47/1993, del 8 de febrero; más recientemente, entre otras, la STC 180/2001, del 17 de septiembre; STC 174/2004, 11 de mayo; STC 93/2013, del 23 de abril.

gozar de una especial protección en su ordenamiento y la *unión de hecho en sentido estricto*, caracterizada porque entre sus miembros existe un impedimento para contraer matrimonio.⁶ En lo relativo a la razón de ser de esta específica protección, es preciso señalar que una de las consecuencias de la llamada Guerra de la Triple Alianza fue la proliferación de las uniones de hecho como respuesta a la necesidad de repoblar el país, que había quedado conformado predominantemente por mujeres y niños. Esta situación dio lugar a una alta tasa de uniones de hecho o concubinarias, lo cual trajo consigo que el legislador estableciera, primero en la Constitución Nacional de 1992 y posteriormente en normas de inferior jerarquía, una protección especial de dichas uniones, siempre que cumplieran determinados requisitos (López Safi, 2015: 593). Nuestro estudio se va a centrar en la primera de estas uniones.

2. Concepto y elementos de la unión de hecho concubinaria

La Constitución Nacional de 1992, en el capítulo IV que lleva por rúbrica “Los derechos de las familias”, dispone en su artículo 51.2 que: “Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”.

De la lectura de este precepto se desprende que para que exista unión concubinaria se exige que concurren tres requisitos:

- a) La ausencia de impedimentos legales para contraer matrimonio.
- b) La estabilidad. Aunque este requisito implica continuidad o permanencia en el tiempo, la Constitución no fija plazos.
- c) Singularidad. La unión ha de ser con una sola persona y además ésta ha de ser de sexo contrario.

⁶ Los impedimentos para contraer matrimonio están regulados en la Ley núm. 1/92 de Reforma Parcial al Código Civil Paraguayo, específicamente en los artículos 17, 18 y 19 en el capítulo referido a la “Capacidad para contraer matrimonio”.

Cumplidos dichos requisitos, dichas uniones, que reciben la denominación de uniones concubinarias, producen efectos similares al matrimonio.⁷

El citado artículo 51.2 de la Constitución paraguaya fue desarrollado por la Ley núm. 1 de Reforma Parcial del Código Civil en 1992 (en adelante Ley 1/1992), la cual bajo la rúbrica “Unión de hecho o concubinato” dedica los artículos 83 a 94 para establecer el régimen jurídico de este tipo de uniones.⁸

Como tendremos ocasión de exponer, en esta regulación el legislador paraguayo realiza una distinción fundamental, en función del tiempo de duración de la convivencia. Si ésta dura entre cuatro y diez años, se generan una serie de efectos que se proyectan en dos momentos, mientras dura la convivencia y en el momento de cesar ésta, bien por fallecimiento de uno de ellos, bien por ruptura de la convivencia. Cuando la convivencia tiene una duración superior a los diez años y además se produce la inscripción de la unión en el registro, se produce su total equiparación al matrimonio. Como ya se ha apuntado, nuestro estudio se va a centrar en la primera hipótesis descrita; esto es, la unión concubinaria que tiene una duración entre cuatro y diez años, distinguiendo entre los requisitos que son necesarios para que dicha unión quede constituida y los efectos que genera. Por último, haremos alusión a las causas de disolución de la unión.

A. *Constitución de la unión concubinaria*

El artículo 83 de la citada Ley 1/1992 dispone:

La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes producirá efectos jurídicos conforme a la presente Ley.

⁷ Los efectos del matrimonio están regulados en los artículos 6 a 11 de la Ley núm. 1/1992.

⁸ Con la aprobación de la Ley núm. 1/1992 quedó derogada la regulación de las uniones de hecho contenida en el capítulo X del título III, libro I, del Código Civil paraguayo.

La comparación entre este artículo 83 y el artículo 51.2 de la Constitución paraguaya pone de manifiesto que a los requisitos de *estabilidad* y *singularidad* establecidos en la carta fundamental, el artículo 83.1 añade los requisitos de *voluntariedad*, *publicidad*, *edad mínima para contraer matrimonio* y *no estar afectados por impedimentos dirimentes* a fin de que estas uniones puedan producir efectos jurídicos, los cuales están regulados en los artículos siguientes. Por otro lado, aun cuando el texto constitucional menciona el requisito de la estabilidad a fin de asimilar este tipo de uniones al matrimonio, no establece unos plazos mínimos de convivencia; por el contrario, en la Ley 1/1992 estas uniones se equiparan al matrimonio cuando transcurran diez años de convivencia y además se produzca la inscripción en el Registro.

B. *Efectos jurídicos de la unión concubinaria*

El primero de dichos efectos es que *se presumen hijos del concubino los nacidos durante la unión de éste con la madre, salvo prueba en contrario*. Además, esta unión concubinaria genera otros efectos que afectan a diversos aspectos.

a. Estatuto patrimonial de la unión concubinaria

- 1) Cuando la unión tiene una duración entre cuatro y diez años se crea entre los convivientes una comunidad de gananciales a partir del cuarto año consecutivo de la unión. No obstante, si se produce el nacimiento de un hijo, el plazo de duración se considerará cumplido en la fecha de nacimiento del primer hijo.
- 2) La comunidad de gananciales así creada se podrá disolver en vida de ambos convivientes o por causa de muerte, debiendo en ambos casos distribuirse los gananciales por mitad entre sus miembros, o entre el sobreviviente y los herederos del premuerto.
- 3) Los bienes adquiridos por cualquiera de ellos durante su vida en común tienen la consideración de bienes comunes y están afectos a las necesidades de la familia e hijos menores. Su administración corresponde a cualquiera de ellos indistintamente.
- 4) Tienen la consideración de bienes privativos aquellos que cada uno de los convivientes tenía antes de la unión o los adquiridos con bienes propios; su administración y disposición corresponde a cada

titular. Ahora bien, cuando los bienes comunes fueran insuficientes para satisfacer las necesidades de la familia, o de las obligaciones contraídas al efecto, los bienes propios de cada uno servirán para atender dichas necesidades proporcionalmente.

A tenor de lo expuesto, el régimen de atribución y administración de los bienes que integran la unión concubinaría en el derecho paraguayo guarda una enorme semejanza con las normas del Código Civil español relativas a la sociedad de gananciales que, como es sabido, constituye el régimen legal presuntivo en defecto de pacto.⁹ Lógicamente, la principal diferencia que se da entre una y otra regulación es que en el derecho paraguayo es necesario que se acredite cuatro años de convivencia para aplicar dicho régimen mientras que, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, la Constitución de la sociedad de gananciales exige la previa existencia de matrimonio y la ausencia de un pacto en capitulaciones matrimoniales que establezca un régimen económico diferente.

Por otro lado, el régimen establecido en la Ley 1/1992 para las uniones concubinarias a partir del cuarto año, guarda una gran semejanza con la regulación prevista en las leyes autonómicas, salvo en lo relativo al plazo. Como tendremos ocasión de analizar en este trabajo, en la mayoría de ellas es suficiente el plazo de convivencia de uno o dos años.

⁹ Así, el artículo 1.344 del Código Civil (en adelante CC), dispone que: “Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla”. El artículo 1.347 del CC atribuye la condición de ganancial, entre otros, a los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges y los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos. Por su parte, el legislador español atribuye el carácter de bien privativo de cada cónyuge a los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad y los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (artículo 1346, apartados 1 y 3). Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia (artículo 1362.1 CC). En lo relativo a su administración y en defecto de pacto, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges (artículo 1375 CC). La interpretación del artículo 1375 del CC, *sensu contrario*, determina que la gestión y disposición de los bienes privativos corresponde a su titular.

b. Derechos sucesorios

En lo relativo a los derechos sucesorios, para que éstos surjan es necesario de nuevo que la comunidad de gananciales haya tenido, al menos, una duración de cuatro años. En tal caso, la Ley contempla diversas hipótesis:

- 1) Que el convivente supérstite concorra en la sucesión con hijos; en tal caso, la mitad irá para el superviviente y la otra mitad se distribuirá entre los hijos comunes. Si el causante tuviera bienes propios, el concubino concurrirá con los hijos en igualdad de condiciones (artículo 93).
- 2) No existiendo hijos comunes, pero sí ascendientes, el concubino sobreviviente concurrirá con ellos en la mitad de los gananciales (artículo 92).¹⁰
- 3) Si no tiene hijos ni ascendientes, el convivente recibe la totalidad de la herencia, excluyendo a los colaterales.

Si bien se reconoce el derecho de representación del concubino supérstite, este derecho sólo se extiende a sus descendientes en primer grado (véase el artículo 91). Por el contrario, y respecto de los cónyuges, el artículo 2.580 del Código Civil reconoce el derecho de representación sin límite de grado en la línea recta descendente.

c. Derechos sociales

El supérstite en las uniones de hecho que tuviera cuando menos cuatro años de duración gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones que correspondan al cónyuge.

¹⁰ Resulta sorprendente que el legislador haya dotado de una mayor protección a las personas unidas en concubinato respecto de la otorgada a los cónyuges cuando se trata de una sucesión en la que no existen hijos comunes, pero sí ascendientes; así, hemos visto que en tal caso el concubino tiene derecho a la mitad de los gananciales. Por el contrario, tratándose de un viudo o viuda, su derecho hereditario sobre los bienes propios del causante se reduce a la tercera parte de la herencia si concurre con los padres o ascendientes (artículo 2.586 inc. b) Código Civil paraguayo).

d. Disolución de la unión concubinaria

Este tipo de unión de hecho puede disolverse bien por voluntad de las partes, bien por fallecimiento de uno de ellos. Ello conllevará la disolución de la comunidad de gananciales. Si terminada la convivencia y efectuada la separación de gananciales, uno de los ex concubinos careciera de recursos y estuviera imposibilitado de procurarlos, podrá solicitar alimentos al otro mientras dure la emergencia (artículo 90).

C. *Inscripción de la unión en el registro*

Después de diez años de convivencia los concubinos podrán, mediante declaración conjunta formulada ante la autoridad competente, solicitar la inscripción de su unión en el registro del estado civil de las personas.¹¹ La inscripción tiene carácter constitutivo. Si uno solo de los convivientes solicita la inscripción, el juez citará al otro y después de escuchar las alegaciones de ambas partes decidirá de forma breve y sumaria.¹² La declaración y consiguiente inscripción conlleva la equiparación total de la unión concubinaria al matrimonio, incluso a efectos hereditarios y los hijos comunes se considerarán matrimoniales.

Según se ha expuesto, la unión concubinaria puede constituirse bien a partir de los cuatro años de convivencia, bien cuando tenga lugar el nacimiento del primer hijo. Sin embargo, dicha equiparación sólo se produce con respecto a los efectos patrimoniales de la unión; esto es, a la formación de la comunidad de gananciales. Pero el nacimiento de un hijo no acorta el plazo para equiparar los efectos de esta modalidad de unión con los del matrimonio pues, en todo caso, hace falta un periodo

¹¹ A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1/1992, se dictó la Acordada núm. 378/2005 del 26 de julio de 2005, que regula el procedimiento para practicar dicha inscripción.

¹² La regulación relativa a la inscripción de la unión concubinaria a efectos de lograr su equiparación al matrimonio, ha sido objeto de crítica por dos motivos. El primero, por conceder al juez la posibilidad de practicar la inscripción a pesar de que la solicitud proceda de uno solo de los integrantes de la unión. En segundo lugar, porque de los términos del precepto se desprende que dicha inscripción tiene carácter constitutivo. La eficacia constitutiva atribuida a la inscripción tiene otra consecuencia importante, cual es que la cesación de la convivencia y la extinción de todos los efectos no siempre coinciden, ya que los miembros de la unión deberán solicitar la cancelación de la inscripción en el registro.

de convivencia de diez años para solicitar la inscripción (López Safi, 2015: 598).

A modo de conclusión cabe señalar que las uniones concubinarias se caracterizan por que gozan de un amplio reconocimiento de derechos; además, y a diferencia de lo que veremos que sucede en el derecho español, a los diez años de convivencia se produce una equiparación plena al matrimonio.

3. *Las llamadas familias de hecho*

En la legislación de Paraguay se distingue, como un modelo de familia distinto de las concubinarias, las llamadas familias de hecho. Esta denominación se aplica a aquellas uniones que poseen impedimentos legales para contraer matrimonio, careciendo por tanto de algunos de los requisitos esenciales para ser uniones concubinarias. También son consideradas parejas de hecho aquellas cuyo reconocimiento bien no se solicitó a la autoridad competente, bien habiéndola solicitado, su petición fue rechazada por no reunir los requisitos pertinentes. Este tipo de uniones carece de los derechos que se reconoce a las uniones concubinarias; en consecuencia, no se forma una comunidad de bienes; la administración de éstos no es conjunta, y no se reconocen derechos hereditarios.

III. RÉGIMEN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. *Planteamiento: el complejo panorama en derecho español*

En nuestro país la situación jurídica de las uniones de hecho no sólo es muy diferente a la de Paraguay, sino que además es extraordinariamente compleja por distintas razones. En primer lugar, el artículo 39 de la Constitución española *garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia*, pero no regula expresamente las uniones de hecho, mientras que, como hemos visto, el texto constitucional paraguayo las menciona expresamente en el artículo 54 (Alensa Salinas, 1998; Amunátegui Rodríguez, 2002; Mesa Marrero, 2006; Pantaleón Prieto, 1998; Rodríguez Ruiz, 2014; Se-

rano Fernández, 2008; Talavera Fernández, 2001; Verda y Beamonte 2001).¹³

En segundo lugar, no existe una ley aplicable en todo el territorio nacional que regule el estatuto jurídico de las parejas de hecho (Pantaleo, 2010: 67-69).¹⁴ Ello no es incompatible con el hecho de que el legislador estatal ha llevado a cabo una regulación fragmentaria de esta figura, contemplando sólo algunos efectos jurídicos de la convivencia para, en general, reconocerles efectos jurídicos similares a los del matrimonio.¹⁵ En tercer lugar, la consagración legal de las parejas de hecho en el derecho español ha venido de la mano de los ordenamientos jurídicos autonómicos. Sin embargo, el contenido de estas leyes es muy diverso debido al reparto de competencias que existe en el ordenamiento jurídico español entre el

¹³ Existe hoy una doctrina constitucional absolutamente consolidada que afirma que el concepto de familia contemplado en el artículo 39 de la Constitución española no se identifica con la que tiene su origen en el matrimonio y que la convivencia *more uxorio* entra dentro del ámbito de protección de la familia, si bien matrimonio y pareja de hecho no son situaciones equiparables. Pioneras en dicho reconocimiento fueron las SSTC 222/1992 del 11 de diciembre y 47/1993 del 8 de febrero. De igual modo, se trata de una afirmación que comparte la doctrina científica en general. Sobre esta cuestión existe abundante bibliografía.

¹⁴ Nos dice Pantaleón Prieto que la preocupación del legislador por las parejas no casadas comienza en la década de los ochenta. Estas normas, pensadas sólo para las parejas heterosexuales, aparecen con la reforma del Código Civil de 1981 y se caracterizaban más bien por la repercusión negativa que tenía la convivencia *more uxorio*, que por la concesión de derechos a esta forma de convivencia. Así, el artículo 101 del Código Civil señala que el derecho a la pensión se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona. O la convivencia *more uxorio* como causa para solicitar la emancipación por parte del sujeto a la patria potestad del que pasaba a convivir maritalmente con otra persona.

¹⁵ Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, en materia penal se considera circunstancia agravante o atenuante tanto la condición de cónyuge como de persona a la que se halle ligado por análoga relación de afectividad; se consideran exentos de la pena impuesta a los encubridores a los cónyuges o persona unidas por análoga relación de afectividad (artículos 23 y 454 del Código Penal respectivamente). En materia procesal también se equipara al cónyuge con persona unida por análoga relación de afectividad a efectos de poder iniciar el procedimiento de *habeas corpus*. En derecho civil, en materia de adopción, técnicas de reproducción asistida, arrendamientos urbanos, o autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se prevé la equiparación entre cónyuges y conviventes.

Estado y las comunidades autónomas (Amunátegui, 2002: 126).¹⁶ Por ello, antes de analizar cuál es la unión de hecho objeto de regulación en dicha legislación es preciso hacer referencia a la razón de ser de este contenido tan distinto entre las leyes de las comunidades autónomas.

2. *La competencia para legislar en materia civil de las comunidades autónomas*

Como apuntan Bercovitz Rodríguez-Cano (2003: 67), Mesa Marrero (2006: 19-30) y Reina Bernáldez (1998: 15-25), en todas las leyes autonómicas sobre parejas de hecho cabe distinguir dos bloques normativos en cuanto a los efectos que se atribuyen a éstas. Uno de carácter jurídico-público o administrativo y otro de carácter jurídico-privado o sustantivo. Con el primero se viene a equiparar total o parcialmente a las parejas de hecho con los matrimonios en sus relaciones con las administraciones públicas de la comunidad autónoma correspondiente.¹⁷ Estas normas de

¹⁶ Comparte esta visión Amunátegui Rodríguez (2002: 126) cuando afirma que España en el momento presente está en una situación mucho más enrevesada e insegura que antes de que se hubiera publicado ninguna ley sobre parejas estables y partimos de una realidad mucho más compleja de la que existe en los países de nuestro entorno. Para esta autora, el legislador no puede permanecer indiferente ante esta situación, aunque no resulta nada fácil saber qué tipo de respuesta es la que demanda la sociedad.

¹⁷ Así, por ejemplo, el capítulo III de la Ley de Extremadura lleva por rúbrica “Normas administrativas”. En parecidos términos, el capítulo IV de la Ley de Andalucía se rubrica “Del ejercicio de derechos antes las administraciones públicas de Andalucía”; el capítulo V de la Ley de Parejas de Hecho de Cantabria regula el régimen de derecho público y administrativo de las parejas de hecho. En el artículo 8o.: “Beneficios respecto de la función pública” de la Ley sobre Parejas de Hecho de la Comunidad de Madrid, se dispone que: “Con relación al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio”; por su parte, el artículo 9o. de dicha disposición bajo la rúbrica “Normativa de derecho público”, establece que “Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de derecho público para los miembros de la pareja que hayan contraído matrimonio, serán de aplicación a los miembros de una unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”. Finalmente, el artículo 315 del Código de Derecho Foral de Aragón señala que: “Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada”.

carácter jurídico-público no plantean dudas sobre su validez siempre que lo permitan sus estatutos de autonomía.¹⁸

El segundo bloque normativo es el que regula el régimen personal y económico derivado de la convivencia, así como el aplicable a los supuestos en los que ésta cesa, bien por ruptura de la pareja, bien por fallecimiento de uno de los convivientes. A la hora de abordar esta regulación sustantiva de las uniones de hecho prevista en la legislación autonómica resulta preciso hacer una distinción entre aquellas comunidades autónomas que tienen derecho civil propio y las que no lo tienen.

En este trabajo únicamente trataremos de explicar el porqué algunas leyes autonómicas contienen un completo estatuto jurídico de las parejas de hecho, mientras otras sólo establecen una regulación de carácter básicamente administrativo y algunas normas de carácter sustantivo. Sí tendremos que analizar, cuando abordemos el contenido de dichas normas autonómicas, diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado inconstitucionales determinados preceptos de las leyes navarra, madrileña y valenciana.

El punto de partida para explicar la razón de ser de esta disparidad de contenido es el artículo 149.1. 8o. de la Constitución española de 1978, que comienza afirmando la competencia exclusiva del Estado: “La legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo, por las comunidades autónomas de sus derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Termina el precepto formulando una serie de materias que *son competencia exclusiva del Estado en todo caso*, de las cuales interesa destacar las referentes a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos y normas para resolver los conflictos de leyes.¹⁹

¹⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 81/2013, del 11 de abril que declaró inconstitucional determinados artículos de la Ley sobre Parejas de Hecho de la Comunidad de Madrid, afirmó: “Las comunidades autónomas sin competencias sobre legislación civil pueden legislar equiparando los convivientes en unión de hecho a los cónyuges, en el régimen del personal al servicio de la administración de la comunidad autónoma y en los derechos y obligaciones de la normativa autonómica de derecho público”. En el mismo sentido Coca Payeras (n.d.: 37-43) y Rodríguez Ruiz (2014: 29-48).

¹⁹ La diversidad de interpretaciones sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución española ha dado lugar a varias posiciones doctrinales que pueden sintetizarse en dos. En primer lugar, la tesis foralista más inclinada hacia una cierta unificación del derecho civil y la tesis autonomista partidaria de extender la competencia de las comunidades autónomas

El debate se ha centrado en la interpretación de la expresión *conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil*. Al respecto, es necesario establecer tres premisas importantes: La primera es que la competencia legislativa autonómica se circunscribe a lo que en el momento de promulgarse la Constitución de 1978 fuera ya derecho foral o especial, de manera que los contenidos propios de éste habrán de marcar el ámbito de aquellas competencias; dicho de otro modo, sólo aquello que constituya peculiaridad foral o especial, divergente respecto del derecho común, es objeto de dicha competencia. En segundo lugar, sólo podrán tener competencia legislativa aquellas comunidades autónomas en las que existiera un derecho civil foral o especial vigente en el momento de entrar en vigor la Constitución de 1978, pero no las que hayan perdido el que hubieran podido ostentar en el pasado, pues dicha competencia se reconoce para desarrollar derechos vigentes, no para resucitar derechos derogados. En tercer lugar, el alcance de la competencia legislativa autonómica vendrá determinado por el significado de los términos previstos en el precepto constitucional; en concreto, la expresión *desarrollo* es el que ha dado lugar a una mayor discusión doctrinal por cuanto es el que condiciona la extensión de las competencias de las comunidades autónomas (Rodríguez Martínez, 2003: 21 y 22).

Respecto de la interpretación del término desarrollo, resulta imprescindible hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al artículo 149.1. 8o. de la Constitución española. Inicialmente y mediante la teoría de las *instituciones conexas*, el alto tribunal delimitó el alcance de lo que debe entenderse por desarrollo, de forma que era posible encontrar cierta relación entre las leyes sobre uniones de hecho y el derecho foral de que se trate en cada caso. En su sentencia 88/1993, del 12 de marzo,²⁰ el Tribunal Constitucional consideró que la Constitución permite, así, que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser

sobre toda la legislación civil, salvo las materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado (Gavidía Sánchez, 1999: 1970-1975; Murillo Muñoz, 2006; Rodríguez Martínez, 2003; Rodríguez Ruiz, 2014: 37-43; Serrano Chamorro, n. d.).

²⁰ Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Abogacía del Estado, en representación de la Presidencia del Gobierno contra la Ley 3/1988, de 25 de abril de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza; dicha equiparación se estimó constitucional, aunque con dos votos particulares.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 319-381.

objeto no ya de conservación o modificación, sino de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico. Sin embargo, el crecimiento de los derechos forales no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos. Al mismo tiempo, la noción de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación. El desarrollo de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe pues que las comunidades autónomas dotadas de derecho civil foral regulen *instituciones conexas* con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los *principios informadores peculiares del derecho foral*.²¹

²¹ En la doctrina, la interpretación de esta sentencia ha dado lugar a opiniones contrapuestas. Así, Bercovitz Rodríguez-Cano (2003: 78 y ss.) considera que dicho desarrollo queda limitado a una figura o materia conexas respecto de las ya reguladas en cada uno de los derechos civiles forales o especiales. Dicho requisito no se da en las uniones de hecho ya que éstas no se encontraban reguladas en ninguno de los derechos civiles forales o especiales en el momento de aprobación y entrada en vigor de la Constitución. Menos aún si se tiene en cuenta que además la competencia legislativa de desarrollo debe venir condicionada por los propios y peculiares principios generales de cada derecho civil foral, de manera que sólo existe cuando el desarrollo es consecuencia directa de dichos principios generales. A juicio de este autor, el fenómeno del reconocimiento social de las parejas de hecho no responde a peculiaridad alguna de unas u otras comunidades autónomas. Se trata de un fenómeno general, que responde a sensibilidades sociales y jurídicas propias de todo el país, que además tiene su origen y desarrollo en fechas bastantes recientes. Por otra parte, tampoco se puede defender que se trata de una figura o materia conexas con el régimen económico matrimonial y con el régimen de sucesiones, ya que nos encontramos ante una cuestión previa. En el mismo sentido se pronuncia Serrano Chamorro (n. d.: 30-31). Una tesis contraria es la mantenida por Gavidia Sánchez (1999: 1975), quien sostiene que, al menos, son de tres tipos las vías o formas de presentarse o establecerse la conexión que legitima el desarrollo de un derecho civil autonómico hasta regular una institución no previamente regulada: cuando la institución nueva es conexas respecto a otra ya previamente regulada; cuando una institución previamente regulada se extiende a supuestos antes no incluidos en su esfera de aplicación, pudiendo entonces regular también de forma completa la institución nueva que entra así en contacto con la antigua; y finalmente cuando la institución nueva es desarrollo de un principio informador de ese derecho civil. A las dos primeras se le puede llamar conexión institucional y a la tercera conexión principal. Sólo en la tercera habrá de ajustarse la legislación de desarrollo a los principios que informan ese derecho.

Sin embargo, como pone de manifiesto Martín-Casals,²² la STS 93/1993, de 23 de abril constituye un hito importante en materia del desarrollo de las competencias legislativas de las comunidades autónomas con derecho civil propio, ya que opta por dejar de lado la conocida doctrina de las materias conexas.²³

²² El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: Martín-Casals (2013: 1-43); este autor sostiene esta afirmación en el Fundamento Jurídico 5o. de dicha sentencia, pues dice que: “la competencia exclusiva de Navarra en materia de derecho civil, foral o especial encuentra su cobertura en el artículo 149.1.8 del CE que ha de interpretarse en los términos de nuestra reiterada doctrina, a la vista de la cual es indudable que Navarra goza de una amplia libertad de configuración legal en el ejercicio de su competencia en materia de derecho civil foral o especial. Expresamente se alude en esta sentencia a la STC 236/2000, de 16 de octubre que en su FJ 3o., señala que la diferencia legislativa de un derecho civil foral o especial respecto del derecho civil común *obliga a conceder un margen de libertad al legislador foral para regular materias propias que atañen a las instituciones que va a regular pues, de otro modo, vaciaríamos el contenido de la competencia legislativa.*”

²³ A la doctrina de las materias conexas alude el voto particular formulado por el magistrado Aragón Reyes al que se adhiere el magistrado Rodríguez Arribas. En primer lugar, dicho magistrado sostiene que el recurso de inconstitucionalidad debió ser estimado en su integridad, declarándose la inconstitucionalidad y nulidad de toda la Ley Foral impugnada, toda vez que la Comunidad Foral de Navarra carece de competencias para dictar esta Ley. A su juicio y tal como afirman los parlamentarios que interpusieron el recurso y el abogado del Estado, la Ley 6/2000 vulnera la competencia estatal *ex* artículo 149.1.8 de la CE, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio y la regulación de dicha norma se proyecta sobre un vínculo entre dos personas definido como una relación de afectividad análoga a la conyugal con la pretensión de equiparar estas relaciones *more uxorio* con la institución matrimonial. Además, incurre en exceso competencial que vulnera la competencia estatal exclusiva *ex* artículo 149.1.8 que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan. Pues bien, en lo relativo al término desarrollo, la STC 88/ 1993 FJ 3 señala que la Constitución permite que las comunidades autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del derecho foral. Sin embargo, la Comunidad Foral de Navarra carece de competencias para regular las uniones de hecho, pues no existía en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra a la entrada en vigor de la Constitución, la institución jurídica de las parejas de hecho estables que Navarra ha regulado, en flagrante exceso competencial, en su Ley Foral 6/2000. Como vemos, la tesis de estos magistrados coincide con la de Bercovitz Rodríguez-Cano, ya expuesta. Pero con esta argumentación ninguna comunidad autónoma tendría competencias para regular las parejas de hecho, que era una institución

Respecto a la situación de cada comunidad autónoma, hay que señalar que Cataluña,²⁴ Aragón,²⁵ Navarra,²⁶ Islas Baleares²⁷ y País Vasco²⁸ son comunidades que gozaban de un derecho civil foral o especial compilado en el momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Ello habilitó su competencia en materia de legislación civil conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución española para la conservación, modificación y desarrollo del derecho foral; competencia que luego fue recogida en sus respectivos estatutos de autonomía. En el segundo grupo se encuentran aquellas comunidades autónomas que carecen de tradición foral peculiar y, por tanto, sus respectivos estatutos de autonomía no pueden establecer competencias en materia de legislación civil; este es el caso de Valencia,²⁹

inexistente al recogerse en las respectivas compilaciones el derecho foral existente en ese momento.

²⁴ El estatuto jurídico de las parejas de hecho se contiene en el capítulo IV, del título III, del libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio.

²⁵ Título VI “De las parejas estables no casadas”, del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

²⁶ Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables. La Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril ha declarado parcialmente inconstitucionales los artículos 2, 4 y 5, y ha anulado íntegramente los artículos 3, 6, 7, 9, 11 y 12. En algunos casos el fundamento de dicha declaración de inconstitucionalidad es la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). Esto es así porque la Ley atribuye de forma imperativa a las parejas estables un estatuto jurídico integrado por derechos y obligaciones, a pesar de que la naturaleza de este tipo de relaciones radique precisamente en evitar este sometimiento al derecho, siendo los miembros de la pareja los únicos legitimados para regular sus relaciones y, por ende, para someterse a las previsiones legislativas sobre su estatuto jurídico. En otros casos la declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma anulada va en contra del reparto de competencias previsto en el artículo 149.18 de la Constitución española. Sobre esta cuestión, véase Coca Payeras (n. d.: 43 y 28), Gálvez Criado (2015: 1832-1835) y Martín-Casals (2013: 28 y ss.).

²⁷ Ley 18/2001, de 19 de diciembre de parejas estables de Baleares.

²⁸ Ley 2/2003, de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho.

²⁹ Ley 5/2012, de 15 de octubre de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. Un comentario de esta norma realiza Escalona Saludo (2013: 72-85), donde precisamente critica la exigencia de que para aplicar la normativa deba tratarse de uniones de hecho formalizadas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de julio ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por el gobierno contra esta Ley y ha declarado inconstitucionales los artículos 1.1, en el inciso “los derechos y deberes de quienes son miembros” y los artículos 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14.

Andalucía,³⁰ Extremadura,³¹ Canarias,³² Cantabria,³³ Madrid,³⁴ Asturias³⁵ y Murcia.³⁶ Otras comunidades han publicado decretos sobre registro de uniones de hecho, como Castilla-La Mancha, Castilla-León y la Rioja. Especial consideración merece Galicia, que ha optado por una fórmula diversa; en lugar de publicar una ley sobre parejas de hecho equiparó a todos los efectos matrimonio y unión de hecho en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia. Posteriormente, la Ley 10/2007, de 28 de junio, ha modificado y dado una nueva redacción a dicha Disposición que actualmente dispone lo siguiente:

1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges. Para ello es preciso que en el momento de la inscripción la pareja de hecho exprese su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

Sin embargo, esta situación de pluralidad normativa autonómica se ha visto notablemente afectada por tres sentencias del Tribunal Constitucional: STC 81/2013, de 11 de abril; STC 93/2013, de 23 de abril y STC 110/2016, de 9 junio, que han declarado parcialmente inconstitucionales respectivamente la ley madrileña, la ley navarra y la ley valenciana.

³⁰ Ley 5/2002, de 16 de diciembre de parejas de hecho.

³¹ Ley 5/2003, de 20 de marzo de parejas de hecho.

³² Ley 5/2003 de 6 de marzo de regulación de las parejas de hecho en la Comunidad de Canarias.

³³ Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho

³⁴ Ley 11/ 2001 de 19 de diciembre de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Un comentario de esta norma realiza Gómez Calle: “La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid” (Serrano Fernández, 2008: 411-463), donde cuestiona la constitucionalidad, por falta de competencia, de dicha Comunidad Autónoma para legislar en materia civil. La Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril declaró inconstitucionales y nulos los artículos 4 y 5 de dicho texto, por vulneración del artículo 149.1.8 al carecer dicha Comunidad Autónoma de competencias para legislar en materia civil.

³⁵ Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo de parejas estables.

³⁶ Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Murcia.

Dichas resoluciones no sólo han anulado numerosos preceptos de dichas leyes sino, lo que es más importante, han situado en una situación de precariedad al resto de las normas autonómicas; en efecto, esta jurisprudencia constitucional les sería de aplicación directa y si aún no han sido impugnadas es debido a la inactividad de los legitimados para interponer el correspondiente recurso de inconstitucionalidad.

Como tendremos ocasión de analizar posteriormente, esta jurisprudencia constitucional y en especial, la STC 93/2013, han servido para replantear el marco normativo de la regulación autonómica, durante mucho tiempo analizada exclusivamente a la luz del artículo 149.18 de la CE. Actualmente, el centro del debate está centrado en torno a la pertinencia de que una norma pueda determinar, de modo imperativo, la constitución y el régimen de derechos y obligaciones al que se encuentra sometida una pareja que necesariamente ha de respetar el libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la CE.

3. *La unión de hecho objeto de regulación*

Como hemos tenido ocasión de examinar, en el derecho paraguayo tanto la Constitución como la Ley 1/1992 definen la unión concubinaria y determinan qué requisitos son necesarios para que ésta exista. A la hora de abordar el análisis del derecho español, también es preciso comenzar por determinar cuál es la unión de hecho objeto de regulación.³⁷ A diferencia del derecho paraguayo, las leyes autonómicas consideran pareja de

³⁷ El Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala Primera del 18 de mayo de 1992, RJ 1992/4907, destaca las condiciones en que debe desarrollarse esa convivencia para ser jurídicamente relevante: “La convivencia *more uxorio* debe desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”. Por su parte, la STC 93/2013, define negativamente las parejas de hecho como “una relación estable de convivencia *more uxorio* cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada al margen del derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas de la institución matrimonial”; una crítica de esta técnica de definir una institución de forma negativa realizan Amunátegui Rodríguez (2002: 67-99), Camas Roda (2005: 81-113), Coca Payeras (n. d.: 42), Lacruz Berdejo (1990: 1061-1069), Mesa Marrero (2006: 31-44), Murillo Muñoz (2006: 477 y ss.), Serrano Chamorro (n. d.: 571-578) y Ortuño Muñoz y Vega Sala (2005: 81 y 113).

hecho tanto las uniones heterosexuales como a las homosexuales;³⁸ además, en todas ellas se mencionan los requisitos que han de estar presentes en dicha convivencia para que ésta pueda ser calificada como pareja de hecho susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos. Dichos requisitos son los siguientes:

a) *Convivencia estable*. Significa que los miembros de la pareja tienen una comunidad de vida estable y duradera semejante a la surgida en el matrimonio, de forma que no es posible su reconocimiento cuando se trata de una relación esporádica, intermitente o circunstancial. De acuerdo con este requisito, la mayoría de las normas autonómicas exigen que se acredite la convivencia durante un periodo de tiempo determinado.³⁹ Sin embargo, en ocasiones, se elimina ese plazo si han nacido hijos, o la pareja se constituye mediante documento público.⁴⁰ Finalmente, en otras leyes la acreditación de la convivencia estable no es suficiente, de modo que para

³⁸ En términos generales la legislación autonómica define la pareja de hecho como la unión de dos personas mayores de edad con una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual. Específicamente, las normas catalana (artículo 234-2), aragonesa (artículo 306), navarra (artículo 2.1), andaluza (artículo 3.2), cántabra (artículo 4.4), del País Vasco (2.1) y artículo 1 de la Ley de Murcia, incluyen en la definición, además, la exigencia de que los miembros de la pareja no tengan vínculos de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o línea colateral hasta el segundo grado y siempre que ninguna de ellas esté unida por vínculo matrimonial, o forme pareja estable con otra persona.

³⁹ Como afirma Mesa Marreno (2006: 34-36), la necesidad de establecer un plazo de convivencia es evidente ya que constituye un dato objetivo que acredita la estabilidad de la unión, especialmente en la relación de los convivientes frente a terceros. No obstante, a veces ello implicaría negar efectos a aquellas uniones estables a las que le faltara uno o varios días para cumplir el plazo legal. Por ello, a juicio de esta autora existen otros elementos que pueden reflejar si estamos ante una unión de hecho, como el reconocimiento de hijos fruto de esa unión, la intención de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante su convivencia, o la simple apertura de cuentas corrientes bancarias.

⁴⁰ Así, Cataluña y Aragón exigen un periodo mínimo de convivencia de dos años; otras como Asturias, Canarias, Cantabria o Extremadura reducen dicho periodo a un año. Baleares (artículo 1.2), el País Vasco (artículo 3.1) y Valencia (artículo 3.1) no exigen un periodo mínimo de convivencia, pero en cambio atribuyen carácter constitutivo a la inscripción registral de la pareja. La legislación de Andalucía no exige ni periodo mínimo de convivencia, ni inscripción constitutiva.

que la norma resulte aplicable es preciso además la inscripción en el registro correspondiente.⁴¹

De este modo, sucede que en su origen uno de los elementos definitivos de las parejas de hecho era la ausencia de toda formalidad (Amunátegui Rodríguez, 2002: 576) en el sentido de envoltura externa o constancia de la unión. Como señala Talavera (1999: 46), existía un consentimiento continuado que había de reiterarse permanentemente para mantener en vigor esa convivencia. Se oponía pues dicho consentimiento al matrimonial que es formal y reglado. Sin embargo, la publicación de las leyes autonómicas ha cambiado la situación descrita, ya que muchas de ellas establecen la necesidad de inscribirse en el correspondiente registro con carácter constitutivo, como sucede en la legislación balear, valenciana, extremeña, vasca, cántabra o madrileña. Al respecto, la doctrina (Coca Payeras, n.d.: 35-46; Marín López, n.d.: 111-196; Moreno Verdejo, 1994: 12543-12549; Rodríguez Martínez, 2003: 51-56), ha cuestionado la constitucionalidad de esta exigencia, al considerar que podría invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha considerado que estos registros locales y autonómicos de parejas de hecho son registros administrativos.⁴²

⁴¹ En tal sentido, señala Martínez de Aguirre Aldaz (1999: 1095 y ss.) que a medida que se ha ido produciendo una cierta intervención legislativa precisamente para atribuir determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho, se ha producido un fenómeno de progresiva juridificación de dichas uniones respecto a su constitución y existencia. De este modo, la convivencia va perdiendo importancia en favor de un acto de voluntad de los convivientes dirigido bien a constituir la unión, bien a acogerse al régimen jurídico predispuesto legalmente para ella.

⁴² El artículo 3 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre de uniones de hecho dispone que: 1. Las uniones de hecho a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro". Cuestionada la constitucionalidad de este precepto por vulneración de las competencias estatales relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, la STC 81/2013, de 11 de abril de 2013, señala que: "la inscripción en el registro que contempla el artículo 3 tiene por única finalidad la acreditación de una situación de hecho, sin afectar a facetas propias de las relaciones personales o patrimoniales de los integrantes en la unión de hecho". En otras palabras, se trata de un registro administrativo y no de un registro civil. Esta doctrina es compartida plenamente por Amunátegui Rodríguez (2002: 104-109) y Valpuesta Fernández (1995: 47-66).

b) *Relación de afectividad análoga a la conyugal*. Esta especial *affectio* es definida como la voluntad específica de establecer una relación íntima y estable de pareja, compartiendo vida y bienes.⁴³ De forma que no se consideran parejas de hecho otras formas de cohabitación cuya finalidad es constituir un medio recíproco de auxilio y compañía.

c) *Monogamia*. La exigencia de exclusividad en las relaciones afectivas forma parte del orden público español. Por este motivo, nuestro derecho no admite que puedan existir en España modelos familiares poligámicos, aunque los mismos sean válidos en otros países.⁴⁴

d) *Unión libre, pública y notoria*, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados. Ello permite excluir del concepto de parejas estables a las relaciones ocultas o secretas.

4. *Capacidad y requisitos personales para constituir una pareja de hecho*

Con carácter general se exige la mayoría de edad. Respecto de los impedimentos para contraer matrimonio, de nuevo todas las regulaciones autonómicas contemplan una serie de límites o impedimentos para constituir válidamente una pareja de hecho, destacando entre ellos el impedimento de parentesco. Así, no podrán constituir parejas de hecho los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. En lo relativo al parentesco por línea colateral, mientras algunas leyes lo limitan al segundo grado,⁴⁵ otras lo extienden hasta el tercer grado.⁴⁶ Además, se prohíbe constituir parejas de hecho a personas que están ligadas con un vínculo

⁴³ Amunátegui Rodríguez (2002: 87) y Talavera Fernández (2001: 87) consideran que lo esencial para la existencia de una convivencia afectiva es que la dimensión sexual esté incluida dentro de esa comunidad de vida.

⁴⁴ Estrada Alonso (1991) afirma que esta unión para ser portadora de efectos civiles debe rehusar la poligamia. Ello conlleva que debe excluirse de nuestro sistema una la relación extramatrimonial que es simultánea con una relación legítima. En contra de esta opinión parece manifestarse Alensa Salinas (1998: 103-114), quien ante la aplicación de la normativa propia del derecho de familia a relaciones diversas, sin base conyugal, se pregunta ¿por qué limitar la protección a las uniones de hecho monogámicas? ¿Por qué dejar fuera a las relaciones poligámicas?

⁴⁵ Aragón, Navarra, Asturias, Andalucía, el País Vasco, Valencia y Cantabria.

⁴⁶ Baleares (artículo 2), Madrid (artículo 2), Canarias (artículo 2), Extremadura (artículo 3) y Murcia, que tampoco permite constituir pareja de hecho a las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme (artículo 3).

matrimonial o la existencia de una unión estable anterior, pero de nuevo sin una regulación homogénea. En algunos casos, para excluir la aplicación de la ley es suficiente que uno de los miembros de la pareja se encuentre unido de hecho, mientras que en otras van más allá y para que exista impedimento es preciso que además dicha unión esté inscrita en el registro correspondiente.

5. *La determinación de los criterios de conexión en la legislación autonómica*⁴⁷

Como ya se ha apuntado, no todas las normas autonómicas establecen el mismo criterio de conexión. Al respecto, se distinguen tres hipótesis: vecindad civil, empadronamiento y residencia habitual. Acogen el primer criterio la legislación catalana, balear y el derecho civil gallego, exigiendo que al menos uno de los miembros tenga la vecindad civil en dicha comunidad autónoma. Respecto a la ley navarra, ésta preveía en su artículo 2.3 que la regulación establecida en la Ley Foral resultara de aplicación a las parejas estables cuando al menos uno de sus miembros tuviera vecindad civil navarra. Dicho precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC 93/2013 al entender que

se contiene una norma de solución de conflicto con otras leyes que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia para dictar dichas normas para resolver los conflictos de leyes se haya reservada al Estado con carácter exclusivo por el artículo 149.1.8 de la CE.⁴⁸

Las normas valenciana, asturiana, canaria y extremeña fijan el criterio del empadronamiento. En Andalucía el criterio de conexión es la

⁴⁷ Un estudio sobre los problemas que plantean estos criterios de conexión realiza Zabala Escudero (2005: 45-78).

⁴⁸ Respecto de este criterio, Espadas Mallorquín (2007: 118 y 119) señala que las comunidades autónomas donde la vecindad civil común de los convivientes es el criterio de aplicación de la regulación, no plantean problemas de inconstitucionalidad puesto que reiteran el criterio establecido en el artículo 16.1 del Código Civil. El problema surge cuando la vecindad civil de los miembros de la pareja no es la misma, pues es entonces cuando se introduce un problema de aplicación de derecho interregional y se está invadiendo competencias exclusivas del Estado; el fundamento es que el criterio de la vecindad civil no sólo se emplea como criterio de aplicación de la norma, sino también como criterio para resolver el conflicto de la ley aplicable a la convivencia *more uxorio*.

residencia habitual en algún municipio andaluz, mientras que en Madrid, Cantabria y Murcia se establece como criterio concurrente el empadronamiento y la residencia habitual.⁴⁹ Sin duda, además de los problemas de constitucionalidad que la diversidad de criterios de conexión plantea, tampoco la diversidad de regulaciones favorece la seguridad jurídica.

6. Análisis comparativo de la regulación de parejas de hecho en la legislación autonómica⁵⁰

A. Planteamiento

Según se ha dicho, el reconocimiento legislativo de las parejas de hecho ha venido de la mano de la legislación autonómica. En lo relativo a su denominación, los legisladores autonómicos utilizan la expresión parejas de hecho, parejas estables o uniones de hecho. En ningún caso se usa la expresión familia concubinaria, ya que dicha expresión tiene en España tiene un sentido peyorativo negativo. Por otra parte, el análisis de la legislación autonómica revela que no todas ellas persiguen la equiparación entre matrimonio y unión de hecho. Así, por ejemplo, las leyes de Andalucía o de Cantabria manifiestan que su finalidad es extender a estas

⁴⁹ En relación con estas leyes autonómicas que establecen estos otros puntos de conexión distintos de la vecindad civil, en opinión de Rodríguez Martínez (2003: 61 y ss.) resulta plenamente aplicable la doctrina contenida en la STC 156/1993, que conduce a su inconstitucionalidad por ruptura de la unidad del sistema de derecho interregional y la igualdad en el ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles. Así, a propósito de la residencia, que era el criterio acogido por la ley balear, el Tribunal Constitucional sostiene que *la quiebra de la unidad del sistema estatal de derecho interregional va acompañada, correlativamente, de una disparidad respecto al ámbito de aplicación en el espacio de los distintos derechos civiles coexistentes en España, ya que si la común conexión del artículo 16.1.1o. —la vecindad civil— asegura un igual ámbito de todos los ordenamientos civiles, no ocurre lo mismo en el caso del derecho civil balear, cuyo ámbito se amplía considerablemente en virtud de la disposición aquí impugnada que introduce un punto de conexión distinto*. La cursiva es nuestra. Esta sentencia se dictó como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 2401/90, presentado por la Abogacía del Estado, en representación del presidente del gobierno contra el artículo único del texto refundido de la Compilación de Derecho Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del gobierno Balear, en la medida en que el artículo 2 de dicho cuerpo normativo establecía como criterio de conexión la residencia habitual, en lugar del de la vecindad civil.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, entre otras, Amunátegui Rodríguez (2002: 219-288), Mesa Marrero (2006: 76-82) y Rodríguez Ruiz (2014: 37-43).

uniones afectivas los beneficios que el ordenamiento jurídico autonómico en su conjunto confiere expresamente a las uniones matrimoniales.⁵¹ A la inversa, en la legislación valenciana se dispone que la finalidad de la ley es establecer un instrumento jurídico adecuado y suficiente que permita a las parejas ordenar su convivencia en el aspecto personal y patrimonial, cuando no hayan contraído matrimonio; aún más clara es la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Madrid al señalar que “el matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia, tanto en el plano social como en el jurídico”. Galicia, por su parte ha optado por una fórmula diversa ya que en lugar de publicar una ley sobre parejas de hecho, ha equiparado —a todos los efectos— matrimonio y unión de hecho.

B. Régimen jurídico de las parejas de hecho

a. Facultades de autorregulación

Todas las leyes autonómicas sobre parejas de hecho contemplan la posibilidad de que los miembros de la pareja regulen, a través del reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, sus relaciones si bien en el reconocimiento de esa autonomía existen pequeños matices. Así, algunas admiten que dichos pactos se extiendan a las relaciones personales y patrimoniales,⁵² mientras que otras sólo contemplan los pactos de conte-

⁵¹ En tal sentido, afirma Coca Payeras (n. d.: 34) que si el Estado hubiera regulado sobre esta materia nos hubiéramos ahorrado la diversidad normativa autonómica acerca de la configuración de las parejas estables, así como las leyes de las comunidades autónomas que carecen de competencias en el ámbito civil y el panorama de contaminación legislativa en este campo, así como el espectáculo de arbitrariedad que ha llevado a recurrir por inconstitucionalidad a unas leyes (Navarra, Madrid y Valencia) y no a otras (Cataluña, Baleares, Extremadura...).

⁵² Artículo 307 del Código de Derecho Foral aragonés, artículo 5.1. de la Ley Foral de Navarra, artículo 7 de la Ley andaluza, artículo 7 de la Ley de Canarias, artículo 4 de la Ley de Baleares y artículo 5 de la Ley de Asturias. El Código Civil de Cataluña dispone en su artículo 234-3 que 1. Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia, sin hacer referencia al contenido de estos pactos.

nido económico.⁵³ Todas ellas prohíben los pactos limitativos de la igualdad de las partes o contrarios a las leyes, no permitiendo la constitución de una pareja estable con carácter temporal, ni sometida a condición. La ley de la Comunidad de Madrid (artículo 4) y la ley valenciana (artículo 7) también preveían la posibilidad de que los miembros de la pareja de hecho regularan sus relaciones de pareja; no obstante, la STC 81/2003, de 11 de abril ha declarado inconstitucional este precepto de la ley madrileña que llevaba por rúbrica “Regulación de la convivencia”. Por su parte, la STC 110/2016, de 9 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, declara que los efectos jurídicos que se atribuyen a la situación fáctica de convivencia en pareja, que es lo que hace la Ley 5/2012 de la Comunidad Valenciana,

se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el derecho civil.⁵⁴

Según razonaba dicha sentencia, los efectos personales y patrimoniales que se atribuyen a esa situación de convivencia por razón de afectividad son simple trasunto de las establecidas en el Código Civil —y, en su caso, en los derechos civiles forales o especiales— para el matrimonio (*v. gr.* pactos entre los miembros de esa unión, régimen económico —derechos, obligaciones, cargas y responsabilidades— de la misma, pensión compensatoria en caso de separación, derechos sucesorios del supérstite, etc...) y ello supone, por tanto, la regulación de una relación *inter privatos* y, en consecuencia, de una institución civil.

Por tanto, anula entre otros el citado artículo 7 denominado *Libertad de regulación*.

Respecto de las formas de esos pactos, en ocasiones se admite tanto los pactos realizados en documento público como privado y los pactos verbales.⁵⁵ Por el contrario, otras normas exigen que dichos acuerdos consten en

⁵³ Artículo 8 de la Ley de Cantabria y artículo 6 de la Ley de Extremadura.

⁵⁴ STC 81/2013, de 11 de abril, FJ 4, sobre la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho.

⁵⁵ Artículo 7 Ley Canaria y 4 de la Ley de Baleares.

escritura pública.⁵⁶ Finalmente, existe un tercer grupo de leyes que exigen la forma escrita, excluyendo los acuerdos verbales, si bien admiten tanto el documento público como el privado.⁵⁷ En defecto de pacto, se prevén normas supletorias, aunque con un alcance muy diverso.⁵⁸ Así, mientras que algunas leyes disponen de un contenido muy detallado del régimen aplicable en ausencia de pacto expreso, otras no prevén nada, o establecen una presunción genérica sobre la contribución equitativa a los gastos comunes. Distinguiremos, pues, varios modelos.

1) Código de Derecho Foral de Aragón (artículo 307), Ley de Baleares (artículo 5) y Ley del País Vasco (artículos 5 y 6).

- Los miembros de la pareja pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia. Si no hay pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes mediante aportaciones económicas o trabajo doméstico, en proporción a sus recursos o, en su defecto, a sus patrimonios.
- Tiene la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para el mantenimiento de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos.⁵⁹
- Frente a terceros, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gas-

⁵⁶ Artículo 307 del Código de Derecho Foral de Aragón; artículo 8 de la Ley de Cantabria; artículo 6o. de la Ley de Extremadura.

⁵⁷ Artículo 5o. de la Ley de Asturias y 5.1. de la Ley de Navarra.

⁵⁸ El artículo 5.2 de la Ley navarra establecía que en defecto de pacto los miembros de la pareja tenían el deber de contribuir proporcionalmente a las respectivas posibilidades al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes. Dicho precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC 923/2013 por ir en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el artículo 10 de la Constitución española.

⁵⁹ En especial son gastos comunes los originados en concepto de alimentos, en un sentido amplio; los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja; los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias. Por el contrario, no tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y defensa de los bienes propios de cada miembro de la pareja ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja

- tos comunes, siempre que sean adecuados a los usos y nivel de la pareja. En Baleares la responsabilidad es subsidiaria.
- Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.
- 2) Las leyes de Canarias (artículo 4o.) y de Extremadura (artículo 6o.) establecen una regulación de la convivencia muy similar, pero más limitada en cuanto a sus previsiones en defecto de acuerdo. Sólo se establece que, en defecto de pacto, se presumirá salvo prueba en contrario que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas en proporción a sus recursos.
 - 3) La Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía constituye un caso singular. Dispone que los miembros de la pareja de hecho, teniendo en cuenta el principio de libertad de pactos, podrán solicitar de las administraciones públicas de Andalucía información sobre las disposiciones legales vigentes al respecto. En el momento de la inscripción podrán establecer el régimen económico que mantendrán, tanto constante de la relación, como a su término. Las parejas de hecho interesadas en suscribir dicho documento podrán requerir de la Administración de la Junta de Andalucía que les informe sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo.⁶⁰ Como pone de manifiesto Murillo Muñoz (2006: 493), se trata en definitiva de establecer un régimen económico mediante un pacto entre las partes que, a falta de previsiones propias, podrán concluirlo a través de la función de colaboración y orientación de las autoridades autonómicas para ayudarles a configurar una esfera patrimonial. Apunta esta autora que parece lógico pensar que dichos contenidos tendrán como referencia lo previsto en el Código Civil para el matrimonio, con la diferencia de que es un régimen dirigido o asistido, de forma que no se aplica subsidiariamente en defecto de pacto, sino que se asume por las partes como un contrato de adhesión.

⁶⁰ En especial, el artículo 11 prevé que podrán solicitar información sobre los siguientes aspectos: *a)* contribución a las cargas familiares; *b)* régimen de titularidad y disposición de los bienes y ganancias; *c)* derecho de alimentos, y *d)* efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja de hecho.

- 4) La Ley del Principado de Asturias contiene una breve regulación de la convivencia, ya que, aunque admite la libertad de pacto, no establece un régimen supletorio. Por su parte, el Código de Derecho Civil de Cataluña tampoco establece un régimen supletorio durante la vigencia de la pareja, al disponer que: “Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia”.
- 5) Por su parte, Murcia recoge sólo normas administrativas sin hacer referencia a la admisión de los pactos, o establecer una regulación de carácter supletorio.

b. Efectos personales derivados de la convivencia

- Disposición relativa a los menores. En la mayoría de las leyes autonómicas se establecen previsiones sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en caso de ruptura de la relación. El acogimiento conjunto de menores con iguales derechos y deberes que los matrimonios, se reconoce expresamente en favor de las parejas de hecho homosexuales y heterosexuales en la ley asturiana, andaluza, extremeña, vasca y cántabra. Finalmente, en el derecho aragonés, catalán, navarro, cántabro y vasco, las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente, sin distinguir entre parejas homosexuales y heterosexuales.⁶¹
- Un derecho de alimentos entre los convivientes contemplan el Código de Derecho Foral de Aragón y la Ley de Baleares.⁶²

⁶¹ Sobre esta cuestión, González Moreno (1998: 273-297).

⁶² Para Mesa Marrero (2006: 129-132), el deber de alimentos no puede ser aplicado a los convivientes; sin embargo, reconoce esta autora que dicha obligación está prevista en algunas leyes autonómicas. Por esta razón en su opinión se trata de una obligación natural de alimentos que no puede ser exigida jurídicamente, si bien tampoco cabe la restitución de lo entregado voluntariamente en concepto de alimentos por los sujetos mientras duró la convivencia. En parecidos términos, Martínez Rodríguez (1998: 345 y 358). Por su parte, García Rubio (1995) señala que *lege data* no existe entre los convivientes un derecho/deber recíproco de sostenimiento de las cargas familiares, similares a las que se da entre los cónyuges. No obstante, reconoce esta autora que la buena fe en el ejercicio de los derechos y la confianza recíproca generada por la convivencia son bases suficientes para crear entre ambos miembros de la pareja el deber de mutua solidaridad.

— En materia de disposición de la vivienda, el Código Civil de Cataluña dispone: “En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica a las parejas de hecho lo establecido por el artículo 231-9”.⁶³

c. Los beneficios respecto de la función pública

En todas las leyes existe una equiparación ente los convivientes y los cónyuges respecto de los beneficios autonómicos del personal al servicio de las administraciones públicas (licencias, permisos, ayudas familiares, tributos propios).⁶⁴

d. La disolución de la pareja de hecho y sus efectos

Las normas autonómicas regulan de forma unánime las causas de extinción de las parejas. En lo relativo a los efectos derivados de dicha disolución, es preciso estudiar por separado los efectos que se generan en caso de extinción de la pareja por ruptura de la convivencia de aquellos que tiene su origen en el fallecimiento de uno de convivientes.

e. Efectos derivados de la ruptura de la convivencia

En términos generales, las leyes autonómicas que regulan las parejas de hecho, salvo la madrileña, establecen como causa de disolución de la

⁶³ Dicho precepto señala que: 1. Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general. Si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa. 2. El acto hecho sin el consentimiento o autorización que establece el apartado 1 es anulable, a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe el acto en el Registro de la Propiedad. 3. El acto mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable. Sobre las viviendas de la pareja de hecho, Mesa Marrero (2006: 132 y ss.).

⁶⁴ Sobre esta cuestión, Camas Roda (2005: 293-364).

pareja la ruptura unilateral, la cual conlleva dos obligaciones; la primera es la notificación fehaciente por parte del convivente que pone fin a la convivencia al otro miembro de la pareja. La segunda es la de dejar sin efecto el documento público que hubieran otorgado, o solicitar la cancelación de la inscripción de la unión. Efecto de la ruptura es la revocación de los poderes que los conviventes se hubieran otorgado (salvo la ley vasca, que no contempla la revocación de forma expresa) (Espada Mallorquín, 2007: 229-242).

Cuando se produce la cesación de la convivencia como consecuencia de dicha ruptura, algunas leyes autonómicas reconocen dos derechos de contenido patrimonial:

- 1) Una *compensación económica* en favor del miembro de la pareja que sin retribución o con retribución insuficiente haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro y se haya generado, por esta causa, una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.⁶⁵ Dicho enriquecimiento se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, sino también cuando existe una disminución de éste. De esta forma, el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el

⁶⁵ Como pone de manifiesto Miralles González (2005: 183-225), en algunas leyes como Andalucía, Asturias o Canarias dicha compensación es exclusivamente consecuencia del pacto; en otras como en Aragón, Baleares, Extremadura, el País Vasco o Cataluña, si hay desequilibrio, se aplicará como efecto legal el derecho a obtener/solicitar una compensación económica. De igual modo, dicha compensación estaba prevista en el artículo 4 de la Ley de la Comunidad de Madrid declarada inconstitucional por la STC 81/2013, de 11 de abril. Especial atención merece la STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, que declaró inconstitucional y por tanto nulos los artículos 5o. y 6o. de la Ley Foral navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables que permitían exigir una pensión periódica o una compensación económica a los miembros de la pareja, aunque no se hubiera pactado nada sobre dicha cuestión, “por considerar que dichos preceptos vulneran la libertad de decisión consagrada en el artículo 10 de la CE al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resulta acorde con las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad”. Ello con independencia de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por conveniencia al respecto; *lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos*; la cursiva es nuestra. Sobre esta cuestión, Amunátegui Rodríguez (2002: 249-260) y Mesa Marrero (2006: 205-234).

desprendimiento de valores patrimoniales, también puede consistir en la pérdida de expectativas y en el abandono de la actividad en beneficio propio, por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es que uno determina al otro y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que es lo que fundamenta la acción (Miralles González, 2005: 208).

- 2) Una *pensión periódica* para el miembro de la pareja que lo necesite para atender adecuadamente su sustento en dos casos: si el cuidado de los hijos/as comunes le impidiera realizar actividades profesionales o las dificultara. Si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.⁶⁶

f. Efectos derivados del fallecimiento de uno de los convivientes.
Derechos sucesorios.

En este ámbito algunas leyes autonómicas propugnan una equiparación absoluta entre las parejas de hecho y la unión matrimonial, mientras que otras no hacen referencia a esta cuestión por carecer de competencias para regular en materia civil. Al primer grupo pertenecen el Código Civil de Cataluña,⁶⁷

⁶⁶ Artículo 234-10 del Código de Derecho Civil de Cataluña; artículo 2o.a de la Ley del País Vasco; artículo 9o.1 de la Ley de Baleares; por su parte, el artículo 5.4 de la Ley Navarra fue declarado nulo por la ya citada STC de 23 de abril de 2013. Como afirma Amunátegui Rodríguez (2002: 259) se trata de compensar por la pérdida de los costes de oportunidades laborales o profesionales que el solicitante ha experimentado como consecuencia de la convivencia, al no poder conseguir un trabajo o recuperar el que había tenido antes.

⁶⁷ Artículo 442-3. *Sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja superviviente.*

1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de éstos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5.

2. Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a la legítima.

Artículo 452-1. *Derecho a la cuarta viudal.* 1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a ésta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto

el de Aragón,⁶⁸ la Ley de Baleares,⁶⁹ la Ley del País Vasco⁷⁰ y Galicia. En Navarra, el artículo 11 que regulaba el régimen sucesorio de las parejas de hecho ha sido declarado inconstitucional por la STC 93/2013, de 23 de abril. De igual modo, el artículo 14 de la Ley valenciana denominado “Derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta”, ha sido anulado por la STC 110/2016, de 9 de junio. Como veremos en su momento, la posibilidad de reconocer derechos sucesorios al conviviente supérstite de la pareja no es una cuestión pacífica en la doctrina. Sin embargo, sí resulta evidente que este diverso trato legal respecto de los derechos sucesorios afecta directamente al principio de igualdad del artículo 14 de la CE.⁷¹

la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3.

2. Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.

⁶⁸ Artículo 311 del Código de Derecho Foral de Aragón. *Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes*. 1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. 2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.

⁶⁹ Artículo 13 “Régimen sucesorio”. Tanto en los supuestos de sucesión testada como en los de intestada, el conviviente que sobreviviere al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo.

⁷⁰ El artículo 9o., bajo la rúbrica “Régimen sucesorio”, señala que a los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio de Derecho Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas.

⁷¹ En parecidos términos, Pereda Gámez (2005: 117-179) afirma que ese diferente trato legal sugiere inmediatamente la reflexión sobre la afectación del derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 CE) y la duda fundada en los límites del Poder Legislativo de las comunidades autónomas para establecer estas variadas normas frente a la competencia exclusiva del Estado en la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1 CE). En su opinión, el reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente se justifica con mayor facilidad por la protección (*post mortem*) que el Estado debe brindar a los miembros de la familia (artículo 39 CE), que por la protección de la propiedad y su tránsito por causa de muerte (artículo 33.1 CE).

7. Ausencia de una ley estatal sobre parejas de hecho: soluciones jurisprudenciales

A. Introducción

Como ya se apuntó en las primeras páginas de este trabajo, la generalización de las parejas de hecho como una forma de convivencia distinta a la del matrimonio, unida a la ausencia de una ley aplicable en todo el territorio nacional, ha propiciado una jurisprudencia que ha intentado proporcionar remedios jurídicos a los problemas concretos que se han ido planteando en la práctica. Al respecto, las cuestiones que con más frecuencia se han suscitado en los tribunales se refieren a la disolución o ruptura de la convivencia y a la reclamación del perjudicado frente a la situación planteada. En el análisis de esta jurisprudencia será muy importante destacar la evolución que se ha producido en la doctrina emitida por nuestro alto tribunal. Así, en términos generales, cabe señalar que hasta 2005, el Tribunal Supremo mostró una evidente preocupación por proteger a aquel miembro de la pareja que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, se encontraba en una posición más débil; en algunos casos, dicha protección se justificó invocando un principio general de nuestro derecho, como es el de prohibición del enriquecimiento injusto, mientras que en otros supuestos se llegó a una solución parecida a través de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, e incluso identificando un principio general de nuestro derecho: la protección del convivente perjudicado. Sin embargo, a partir de 2005 se produjo un cambio muy relevante en la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que la protección al convivente perjudicado se tornó mucho más restrictiva. Lógicamente, el estudio de dichas sentencias nos suscitó el interrogante de cuál era la razón que había motivado dicho cambio en la jurisprudencia. Pues bien, a mi juicio no es casualidad que esta nueva orientación coincidiera con la aprobación de la Ley 15/2005, de 5 de julio que modifica sustancialmente la regulación del divorcio, reduciendo considerablemente el plazo para solicitarlo, tres meses desde la celebración del matrimonio, y suprimiendo en su regulación la noción de culpa, no siendo necesario que transcurra dicho plazo cuando exista un riesgo evidente para la vida, la integridad física o moral y la libertad de uno de los cónyuges o de los hijos (artículo 81.2 CC). También ese mismo año se aprobó la Ley 13/2005, de 1 de julio que permite contraer matrimonio a personas del mismo sexo,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 319-381.

eliminándose así la imposibilidad de que las parejas homosexuales pudieran contraer matrimonio y por tanto se vieran abocadas a constituir una pareja de hecho. Por último, dichas modificaciones legislativas coinciden con una transformación de la sociedad española: la incorporación de la mujer a la vida laboral ha conllevado una mayor equiparación en la situación económica entre los miembros de las parejas de hecho, de forma que ya no es tan frecuente la existencia de un convivente que sufra un notable perjuicio económico como consecuencia de la ruptura de dicha unión.

Una vez expuesto el planteamiento general, es preciso detenernos en el análisis de las tres principales cuestiones que se han planteado ante el Tribunal Supremo. La primera de ellas es la petición de aplicación analógica de las normas del matrimonio relativas a la disolución del régimen económico matrimonial (artículos 90 a 101 del Código Civil). La segunda, se reclaman derechos sucesorios cuando fallece uno de los miembros de la unión. En la última, se demanda el reconocimiento de la pensión de viudedad.

B. *Aplicación analógica de las normas del matrimonio relativas a la disolución del régimen económico matrimonial*⁷²

En este apartado a su vez es posible distinguir dos tipos de demandas. La primera hace referencia a la reclamación del uso de la vivienda familiar por aplicación analógica del artículo 96 del CC; en la segunda de ellas se reclama el derecho a recibir una pensión compensatoria en caso de ruptura de la pareja de hecho, invocando la aplicación analógica del artículo 97 del CC.

a. Reclamación del uso de la vivienda familiar

Las causas que dan origen a esta reclamación son, a su vez, dos: la ruptura de la pareja o el fallecimiento del convivente titular de la vivienda. Analizaremos cada una de ellas por separado.

i. Ruptura de la pareja

Con notable frecuencia, cuando se produce la ruptura de la pareja de hecho, el miembro no titular del inmueble en el que residió la unidad

⁷² Para un estudio detallado, Mesa Marrero (2006: 167-234).

familiar reclama el uso de la vivienda familiar. A la ausencia en nuestro ordenamiento de una normativa que regule esta cuestión, hay que añadir que las distintas normativas civiles autonómicas, salvo Cataluña, regulan otros problemas derivados de la ruptura, pero no se ocupan del uso de la vivienda familiar. Como advierte Cervilla Garzón (2005), en la situación de anomia descrita, las resoluciones del Tribunal Supremo cobran especial relevancia en la medida que dan respuesta a una cuestión no prevista específicamente en las normas. Ello justifica nuestro análisis de las decisiones jurisprudenciales, en las que pondremos de manifiesto además las distintas fases que es posible distinguir en esta doctrina, en función de los diversos fundamentos jurídicos empleados por nuestro alto tribunal.

- Primera fase. Negativa a aplicar analógicamente el artículo 96 del CC. Inicialmente, el Tribunal Supremo no accedió a la pretensión del recurrente relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la unión de hecho. Las SSTS de 22 de julio de 1993⁷³ y de 24 de noviembre de 1994,⁷⁴ son dos ejemplos claros de la postura de la Sala Primera del TS en estos primeros pronunciamientos. En la primera de las sentencias citada, el Tribunal Supremo se pronuncia en contra de aplicar analógicamente el artículo 96 del CC con el fundamento de la *falta de identidad de razón*, el cual a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 del CC constituye un requisito esencial de la analogía. En la STS 24 de noviembre de 1994 y siguiendo la línea apuntada en la sentencia anterior, se reitera la negativa a aplicar analógicamente las normas del régimen económico del matrimonio, aunque se deja abierta la posibilidad de reclamaciones económicas con apoyo en otras normas del Código Civil. En la STS de 30 de diciembre de 1994⁷⁵ se repite el argumento de la falta de identidad de razón y se añade que con la no regulación de las parejas de hecho el legislador está respetando la libertad de los sujetos para poder decidir si contraen matrimonio, o deciden que sus uniones afectivas permanezcan al margen del mundo del derecho.

⁷³ Sentencia del TS (Sala de lo Civil), RJ 1993/6274. En este caso la convivencia matrimonial había durado más de 30 años y se extinguió por fallecimiento del convivente varón.

⁷⁴ *Ibidem*, 1994/8946.

⁷⁵ *Ibidem*, 1994/10391

- Segunda fase. Admisión de la aplicación analógica del artículo 96 del CC. Esta fase tiene su máximo exponente en la STS de 16 de diciembre de 1996,⁷⁶ en la cual el alto tribunal rechaza que, con carácter general, pueda aplicarse analógicamente las normas del Código Civil relativas a los regímenes económicos del matrimonio, de acuerdo con la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora. De igual modo, se muestra contrario a que sea la doctrina del enriquecimiento injusto la que pueda ofrecer el apoyo jurídico necesario para conceder el uso de la vivienda familiar. No obstante, afirma que “sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto que algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación...”. El Tribunal Supremo argumenta, como fundamento de su solución, que

la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la personalidad física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de necesidades primarias (descanso, alimentación, vestido, aseo); ello justifica que ese precepto reciba un tratamiento distinto al resto de las normas del Código Civil sobre regímenes económicos matrimoniales, y permite que sus efectos se desplieguen también a las uniones no matrimoniales.

En definitiva, considera que las normas sobre el uso de la vivienda familiar previstas en el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, *se proyectan más allá de su estricto ámbito (matrimonio) a otras situaciones como la convivencia prolongada del hombre y de la mujer como pareja*. Abundado en dicha idea se estima que el artículo 96.3 del CC cuyo fundamento es la protección al cónyuge que presenta un interés más digno de protección contempla una situación que es igualmente atendible en las uniones de hecho. Con base en tales argumentos, se concede el uso de la vivienda familiar durante un periodo de dos años.

- Tercera fase. Aplicación del principio general de protección al convivente perjudicado. En la importante sentencia del 10 de marzo de

⁷⁶ *Ibidem*, 1996/9020.

1998,⁷⁷ el Tribunal Supremo soluciona la posible atribución de la vivienda tras la ruptura de la convivencia mediante la creación de un principio general consistente en *la protección del conviviente perjudicado*. En tal sentido, el TS rechaza la aplicación analógica del artículo 96 del CC por entender que del ordenamiento jurídico español se puede extraer un principio general del derecho aplicable y al que debe darse preferencia frente al recurso de la analogía (artículo 1o. del CC). En definitiva, se abandona la técnica de la analogía *legis* y se adopta la analogía *iuris*: aplicando un principio general del derecho extraído de la legislación vigente. Sin embargo, en la STS de 27 de marzo de 2001,⁷⁸ se abandona este principio de forma que el TS acude de nuevo a la aplicación del artículo 96 del CC para justificar la atribución del uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja que no es el titular dominical de ésta, aunque con una particularidad. Durante la sustanciación del pleito el propietario había vendido el inmueble que había sido el domicilio familiar y cuyo uso reclamaba la parte actora; en consecuencia, y ante la imposibilidad del cumplimiento *in natura* que contempla el artículo 96 del CC, el TS condena al *ex* convivente anterior propietario de la vivienda a un cumplimiento por equivalente pecuniario, mediante una indemnización razonable.

- Cuarta fase. Negativa a aplicar analógicamente el artículo 96 del CC. Como ya se ha apuntado, la razón de ser de esta nueva fase pudiera venir de la mano de un nuevo contexto social y económico. La incorporación de la mujer a la vida laboral determina que ésta ya no asuma necesariamente el rol de convivente más necesitado de protección. Entre las sentencias representativas de esta nueva fase cabe señalar las SSTS del 30 de octubre de 2008⁷⁹ y la del 6 de octubre de

⁷⁷ *Ibidem*, 1998/1272. Como pone de manifiesto Mesa Marrero (2006: 199), lo relevante de esta sentencia es el criterio en el que se basa el fallo favorable a la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que dicha medida no se establece por aplicación analógica del artículo 96 del CC, sino por aplicación del principio general del convivente perjudicado, que es la primera vez que se invoca para solucionar uno de los problemas que origina el cese de la convivencia. En el mismo sentido, Amunátegui Rodríguez (2002: 193).

⁷⁸ Sentencia del TS (Sala de lo Civil), RJ 2001/4770.

⁷⁹ *Ibidem*, 2009/404.

2011.⁸⁰ En la primera de ellas se estimó que resultaba improcedente el abono de la pensión compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar que reclamaba la demandante al considerar que la aplicación analógica de los artículos 96 y 97 del CC está excluida. Para fundamentar tal rechazo se alegó que el reconocimiento de tales derechos, mediante la aplicación de principios generales por la vía de la analogía *iuris*, pasa ineludiblemente por verificar la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección, presupuestos éstos que, sin embargo, no concurren en el caso considerado. Por su parte, en la STS de 6 de octubre de 2011 el actor, propietario exclusivo de la vivienda y después de requerir en vano a la mujer para que dejara el piso donde seguía viviendo una vez cesada la convivencia, formuló una demanda de desahucio alegando que ocupaba el piso en precario. La demandada se opuso a dicha pretensión invocando la aplicación analógica del artículo 96.3 del CC. El Tribunal consideró que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el artículo 96 del CC porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. Lo novedoso en este caso fue que se aplicó la doctrina recogida en la STS del 27 de marzo de 2008, según la cual el recurrente no alegó ningún título que justifique su posesión a fin de oponerla frente a la acción de desahucio por precario interpuesta por los titulares de la vivienda. Esa ausencia de título resultó determinante para el éxito de la acción ejercitada por los herederos.

ii. Fallecimiento del conviviente

El segundo de los motivos que provoca la reclamación del uso de la vivienda habitual de la pareja, además de la ruptura de ésta, es el fallecimiento del conviviente titular del inmueble. Fue precisamente el supuesto de hecho contemplado en la STS del 17 de junio 2003.⁸¹ La Sala consideró que no se daban los requisitos de la acción de responsabilidad civil por

⁸⁰ *Ibidem*, 2011/6708

⁸¹ *Ibidem*, 2003/4605

culpa extracontractual o aquiliana, al ser preciso un hecho ilícito como generante del daño que en el caso no concurre, ni tampoco confluyen los antecedentes precisos para la aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC que sólo cabe contemplar en situaciones de ruptura unilateral de la unión en parangón con el divorcio o separación matrimonial. No obstante, en este caso concurrieron unas circunstancias específicas: 53 años de convivencia y que por sucesión intestada resultaba heredero un pariente colateral del fallecido, de lo que se desprende una situación de enriquecimiento injusto y una obligación resarcitoria ya nacida en vida del fallecido y en absoluto compensada. Con base en tal fundamento se concede una indemnización fijada en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el señor C. C., sin incluir los bienes inmuebles sitios en la provincia de Palencia, así como la propiedad del ajuar doméstico y el uso de la vivienda familiar. Por el contrario, en la ya citada STS del 27 de marzo de 2008,⁸² la Sala se pronunció en sentido contrario. Cuando la propietaria de la vivienda fallece sin otorgar testamento, los herederos *ab intestato* alegan que el convivente supérstite está en una situación de precario. Estimando la pretensión de los demandantes, el Tribunal consideró que el demandado carecía de título para continuar en el uso de la vivienda y, por tanto, no puede oponerse a la acción de desahucio por precario interpuesta por los demandantes. Por último, en la STS del 6 de marzo de 2014,⁸³ la vivienda era copropiedad de la convivente y del padre de su pareja (50% cada uno). Al producirse el fallecimiento del convivente sin otorgar testamento, se reclama el uso vitalicio de la vivienda, alegando la extensión del artículo 96.3 del CC a las parejas de hecho, al considerar que la vivienda familiar, como reducto donde se asienta la persona física, constituye el refugio elemental que sirve de satisfacción a sus necesidades primarias. En este supuesto, el Tribunal afirma que la recurrente no ostenta ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda, lo que hace improcedente la atribución del uso en la forma que reclama. Se excluye la aplicación analógica del artículo 96 y el reconocimiento de tal derecho mediante la aplicación de principios generales por vía de la analogía *iuris*.

⁸² Sentencia del TS (Sala de lo Civil), RJ 2008/4062

⁸³ *Ibidem*, 2014/1692

b. Reclamación del derecho a recibir una pensión compensatoria (artículo 97 CC)⁸⁴

De forma similar a lo que sucede con la atribución de la vivienda familiar, con frecuencia cuando se rompe la unión de hecho, uno de los convivientes reclama una compensación económica; también en este supuesto es posible apreciar una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo examinada. Por ello, distinguiremos distintas fases.

- Primera fase: negativa a aplicar analógicamente el artículo 97 del CC. En esta primera fase, el TS se mostró contrario a reconocer una pensión compensatoria a favor del conviviente perjudicado, por aplicación analógica del artículo 97 del CC previsto para los supuestos de separación y divorcio. Sin embargo, se muestra favorable a conceder una indemnización fundándose en otros principios reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en la STS de 11 de diciembre de 1992 el Tribunal concede dicha indemnización al perjudicado aplicando la doctrina de la prohibición del enriquecimiento injusto. Posteriormente, en la STS del 16 de diciembre de 1996,⁸⁵ de nuevo se solicita el abono de una indemnización por parte del miembro de la pareja que se siente perjudicado por la ruptura de la unión; en este caso, además había existido una promesa de matrimonio, la cual resultó incumplida. En este supuesto se estimó la existencia de culpa o negligencia en el comportamiento de ambos convivientes, si bien se consideró que la del varón debía estimarse superior; en consecuencia, si bien aprecia la concurrencia de culpas, se condenó al varón a

⁸⁴ Sobre dicho precepto afirma Mesa Marrero (2006: 205-206) que es el desequilibrio económico consecuencia de la separación o el divorcio el presupuesto básico del otorgamiento de la pensión compensatoria. Para la atribución de ésta deberá valorarse si existe tal desigualdad comparando la situación económica de cada cónyuge antes y después del matrimonio, por lo que es esencial tener en cuenta las circunstancias personales de los esposos enumerados en dicho precepto que servirán no sólo para determinar la cuantía de la pensión, sino también para decidir si procede o no su otorgamiento. Respecto de la jurisprudencia recaída en esta materia, destaca esta autora la ausencia de un criterio claro y uniforme sobre la posibilidad de admitir o no la aplicación analógica de la pensión compensatoria, prevista para la ruptura matrimonial, a las situaciones de ruptura de la pareja de hecho.

⁸⁵ Sentencia del TS (Sala de lo Civil), RJ 1996/9020.

indemnizar a la mujer por la ruptura de la unión. Finalmente, la ya analizada STS del 27 de marzo de 2001 concedió la indemnización solicitada aplicando el principio general del derecho de protección al convivente perjudicado.⁸⁶

- Segunda fase. Aplicación analógica del artículo 97 del CC. La STS del 5 de julio de 2001⁸⁷ supone el inicio de una nueva etapa en la medida que reconoce por primera vez al convivente perjudicado por la ruptura de la unión el derecho a percibir una pensión compensatoria por aplicación analógica del artículo 97 del CC. En el citado caso, el Tribunal consideró que ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas comunidades autónomas,

...ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del derecho; precisamente en estos casos de uniones de hecho «*more uxorio*» encuentra su semejanza, en su disolución final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil; un ejemplo es precisamente el artículo 97 del CC. La solución adoptada se reitera en la de STS 16 de julio de 2002.⁸⁸

- Tercera fase. Imprudencia de la aplicación analógica del artículo 97 del CC. Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto siempre que concurren los requisitos exigidos. La sentencia del 12 de septiem-

⁸⁶ *Ibidem*, 2001/4770. Sobre esta sentencia, véase Amunátegui Rodríguez (2002: 251) y Mesa Marrero (2006: 208).

⁸⁷ *Ibidem*, 2001/4993. En esta sentencia el TS justifica la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil argumentando que existe una semejanza clara entre la ruptura del matrimonio y la ruptura de una unión de hecho que permite, con fundamento en la fuerza expansiva de la norma, extender a esta situación los efectos legales de la primera. De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto hayan de utilizar los argumentos del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista.

⁸⁸ *Ibidem*, 2002/6246. En esta sentencia el alto tribunal declara que, si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria basada en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente consideró más adecuado la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil.

bre de 2005,⁸⁹ que constituye el inicio de una nueva fase, parte de dos premisas; la primera es que la pareja de hecho tenía su residencia en una comunidad autónoma que carecía de una ley sobre parejas de hecho. La segunda, la ausencia de un pacto relativo a las consecuencias de la ruptura de la pareja. Como en otros supuestos, el Tribunal Supremo tiene en consideración las circunstancias concretas del caso a fin de determinar si concede o no la pretensión indemnizatoria, estimando que en el presente caso no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora, y si la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad. Por tanto, ni por la técnica del enriquecimiento injusto —que se admite como base genérica para determinar una indemnización en una disolución de una unión de hecho—, ni por la fuerza expansiva del derecho que permite la aplicación del artículo 97 del CC,⁹⁰ que no se admite como tal base genérica, puede estimarse la pretensión indemnizatoria de la parte actora. Sin embargo, dicha sentencia fue objeto de dos votos particulares que discreparon del voto mayoritario emitido por la Sala. El primero de ellos no comparte la decisión mayoritaria de negar la indemnización a la mujer; por el contrario, el segundo voto particular discrepa únicamente de la argumentación contenida en la sentencia en la medida que podría llevar a la interpretación de que la Sala Primera del Tribunal Supremo usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado, siendo así que deben ser distinguidos, pero se está de acuerdo con el fallo por considerar que, de las pruebas aportadas en los autos, no puede deducirse que concurren los requisitos exigidos para otorgarse la compensación pedida.⁹¹

⁸⁹ *Ibidem*, 2005/7148.

⁹⁰ A juicio del Tribunal Supremo debe huirse de la aplicación, por analogía *legis*, de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del CC, ya que tal aplicación comporta, inevitablemente, una penalización de la libre ruptura de la pareja y, más especialmente, una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse el régimen jurídico que prevé esa compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.

⁹¹ Se reitera dicha doctrina en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 2006, RJ 2006/6650, 8 de mayo de 2008, RJ 2008/3345, y de 15 de enero de 2018, RJ 2018/76.

3. *Derechos sucesorios*

En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la unión, con frecuencia el convivente supérstite reclama derechos sucesorios invocando la aplicación analógica del artículo 834 del CC relativo a la legítima del cónyuge viudo. Al respecto, el examen de la jurisprudencia nos revela que el Tribunal Supremo rechaza dicha aplicación analógica y acude puntualmente a la doctrina del enriquecimiento sin causa para reconocer una indemnización al cónyuge supérstite. Por otra parte, la doctrina española no muestra una postura unánime respecto a la posibilidad de reconocimiento de la legítima al convivente supérstite. Así, hay autores como Pantaleón Prieto (1998a: 156 y ss.) que señalan que los derechos legitimarios del cónyuge viudo se basan no en las relaciones de convivencia y afecto entre los cónyuges, sino en la existencia del matrimonio; por ello, aunque la separación de los cónyuges demuestre que las relaciones de afecto y convivencia mutua se hallan completamente rotas, el viudo o viuda sigue conservando sus derechos legitimarios (artículo 834 CC). En consecuencia, resulta improcedente su aplicación analógica al convivente. En contra de esta postura se manifiesta Martín Pérez (1998: 329-344), quien considera que el fundamento de la legítima es la existencia de convivencia y comunidad de vida, por encima de la vigencia del matrimonio; por ello no hay razón para privar a la unión de hecho de la legítima en cuanto que en dicha convivencia está presente un afecto familiar. Por el contrario, dichos autores sí están de acuerdo en reconocer derechos en la sucesión intestada, la cual no se basa en el vínculo matrimonial sino en una presunción de voluntad típica del causante medio.⁹²

4. *Pensión de viudedad*

En esta materia, la regla general contenida en el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social exigía a los beneficiarios de la pensión la condición legal de *cónyuge superviviente*. Basándose en dicho requisito, el Tribunal Supremo había negado sistemáticamente la pensión de viudedad argumentando que matrimonio y convivencia no eran realidades equivalentes.⁹³ Sin

⁹² Ahora bien, Pantaleón Prieto (1998a: 75) considera que no es inconstitucional no dar derechos sucesorios *ab intestato* al convivente extramatrimonial.

⁹³ La STC 184/1990, del 15 de noviembre declaró que la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida en el Sis-

embargo, la Disposición Adicional 10a. de Ley 30/1981, de 7 de julio que reguló el divorcio, dispuso que, con carácter provisional, y en tanto no se dé una regulación definitiva en materia de pensión y Seguridad Social, regirán las siguientes normas. Segunda: *Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, el otro tendría derecho a la pensión de viudedad.* Por su parte, el artículo 174.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de Medidas en Materia Seguridad Social, reconoce al sobreviviente de una pareja de hecho no sólo el auxilio por defunción, o una indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también una pensión vitalicia de viudedad siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 174.1 de la Ley. Finalmente, el Texto Refundido 8/2015, de 31 de octubre mantiene el reconocimiento de la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho en los mismos términos que la Ley de 2007 (artículo 221).

IV. AUSENCIA DE UNA LEY GENERAL SOBRE PAREJAS DE HECHO: QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. SOLUCIONES POSIBLES

1. *Planteamiento*

La exposición realizada relativa a la regulación autonómica sobre parejas de hecho ha puesto de manifiesto que, si bien la existencia de una pluralidad de leyes autonómicas está justificada desde el punto de vista competencial (artículo 149.1,8 CE), el contenido de dichas leyes revela

tema de la Seguridad Social no era contraria al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución; dicha sentencia contenía un voto particular emitido por el magistrado López Guerra, que consideraba que el fin del artículo 41 de la Constitución española, que prevé un régimen público de Seguridad Social, es compensar frente a un daño y afrontar unas repercusiones económicas negativas, como son las causadas por el fallecimiento de uno de los miembros de la unión matrimonial. Esa misma situación de necesidad se puede producir en el supuesto de una unión estable. Al establecer el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico se produce una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, al no haber una justificación razonable de la diferencia de tratamiento. Para un análisis de la evolución del derecho español en esta cuestión, Blanco Pérez-Rubio (1992), Camós Victoria (1998: 163 y 181) y Moreno Gene *et al.* (1998: 383-400).

una regulación muy variada; así, pensemos, por ejemplo, que en unas comunidades el convivente supérstite tiene derechos sucesorios y en otras no.⁹⁴ Por otra parte, la ausencia de una ley que regule las parejas de hecho a nivel estatal ha conllevado que sea la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha jugado un papel preponderante, proporcionando soluciones jurídicas a las cuestiones concretas que se han ido suscitando en la práctica. No obstante, según hemos visto, esta doctrina no ha sido uniforme, produciéndose un oscilante reconocimiento de efectos jurídicos a la pareja estable por parte de los tribunales españoles. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales, por infracción del artículo 149.1.8 del CE, un conjunto de artículos de las leyes de la Comunidad de Madrid y de Valencia. Todo ello ha provocado una quiebra del principio de igualdad; desde nuestro punto de vista, para poner fin a esta situación se podrían arbitrar distintas soluciones. En las páginas siguientes vamos a analizar cada una de ellas, así como los argumentos que existen en favor y en contra de la adopción de unas u otras.

2. *Armonización de la legislación autonómica sobre esta materia*

Esta solución implica que el legislador estatal publicara una ley que estableciera unos criterios uniformes para todas las parejas de hecho, con independencia de la comunidad autónoma en la que los convivientes tuvieran su vecindad civil. Sin embargo, como apunta Roca Trias (2005: 431) es una solución difícil de llevar a la práctica, ya que la única opción posible es que el Estado apruebe una ley de bases, a través de la ley armonizadora del artículo 150.3 de la Constitución Española,⁹⁵ ello exigiría demostrar la existencia de un interés general que justifique la armonización. Sin

⁹⁴ Reconoce Roca Trias (2005: 403-427), que el problema relativo a si la dispersión en la regulación de la pareja de hecho puede ser contrario a “las condiciones básicas que garantizan la igualdad entre los ciudadanos”, cuya legislación básica le corresponde al Estado de acuerdo con el artículo 149.1.1. del CE, es complejo de solucionar. En su opinión, si se parte de la pluralidad legislativa del ordenamiento que la misma Constitución reconoce, mal se puede hablar de quiebra del principio de igualdad.

⁹⁵ Dicho precepto dispone que: “El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”.

embargo, con total seguridad dicha norma sería recurrida por las comunidades autónomas que tienen competencia para legislar en materia civil; y habría que estar a lo que decidiera el Tribunal Constitucional al respecto; como pone de manifiesto esta autora, a la vista de la STC 76/1983, de 5 de agosto que conoció el recurso interpuesto contra el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, es muy posible que dicho órgano declarara inconstitucional la ley de armonización.⁹⁶ Además, como se ha dicho, la reciente jurisprudencia constitucional que ha declarado la inconstitucionalidad de determinadas leyes autonómicas *ha dejado en una situación de debilidad o precariedad a las restantes*, pues la doctrina sentada en dichas sentencias les resulta directamente aplicable de forma que el contenido del resto de las leyes podría ser igualmente declarado inconstitucional en un futuro próximo. Las razones expuestas justifican que descartemos esta solución.

3. *Regulación no unitaria que dote de determinados efectos jurídicos a la convivencia*

Espadas Mallorquín (2007: 134 y ss.)⁹⁷ considera que el legislador ante el fenómeno de las parejas de hecho tiene dos opciones: o regularlas o ignorarlas. Si las ignora, serán los tribunales los que resuelvan los conflictos en función de las circunstancias de cada caso concreto y de los distintos re-

⁹⁶ Esta sentencia afirma que el artículo 150.3 de la CE constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que los que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso *el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Las leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantarse, las demás previsiones constitucionales.* La sentencia del alto tribunal no sólo declara inconstitucionales algunos de los artículos más importantes de la ley, sino que modifica de forma sustancial la naturaleza de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, al establecer que no puede tener carácter ni orgánico ni armonizador, por lo que queda desprovista de toda virtualidad jurídica.

⁹⁷ En el mismo sentido, Amunátegui Rodríguez (2002: 123 y ss.) afirma que el legislador español debe de dar respuesta a alguno de los problemas planteados; otra cosa es qué tipo de respuestas se demanda: una regulación específica y parcial que aborde los problemas concretos o, por el contrario, una regulación sistemática que institucionalice la situación de las parejas y que, además, en muchos casos, se presente con carácter imperativo.

cursos que les ofrezca el ordenamiento jurídico; si decide regularlas, puede llevar a cabo una regulación no unitaria contemplando sólo algunos efectos jurídicos de la conveniencia en los diversos cuerpos legales existentes, o puede realizar una regulación orgánica que otorgue a las parejas de hecho un estatuto legal propio. En opinión de esta autora lo más oportuno no es elaborar una legislación específica de ámbito nacional, sino realizar aquellas modificaciones parciales que se estimen oportunas en el ordenamiento jurídico, introduciendo todas las reformas necesarias allí donde se produzcan los conflictos típicos de la convivencia y donde se tomen como inspiración las normas que disciplinan las relaciones matrimoniales y el derecho de familia.⁹⁸ Además, defiende Espadas Mallorquín que los requisitos mínimos para entender que existen parejas de hecho susceptibles de reconocimiento de efectos jurídicos han de ser comunes a todo el ámbito estatal, con independencia de que, en virtud de sus respectivas competencias, cada comunidad determine las especialidades que estime necesarias acorde con sus respectivos ordenamientos. Dicho lo cual, las normas que han de servir como modelo para esta modificación y ampliación de los derechos y de las obligaciones de las parejas de hecho, son esencialmente las matrimoniales. El principio de igualdad y la protección de la familia puede invocarse para extender esa regulación a las parejas de hecho.

Ahora bien, esta solución que parece aceptable y que ha sido defendida por otros autores, aunque sin unanimidad en lo relativo al alcance de esa reforma no unitaria, presenta a mi juicio dos inconvenientes de distinto alcance. El primero, es la *sorpres*a que para quien ha decidido no casarse puede suponer la atribución de unos efectos jurídicos semejantes a los del matrimonio. El segundo inconveniente, de mucha mayor trascendencia, es que esta progresiva equiparación entre matrimonio y uniones de hecho

⁹⁸ Partidarios de esta opción son Amunátegui Rodríguez (2002: 138) y Pantaleón Prieto (1998a: 76-77), quienes afirman que en materia de convivencia extramatrimonial el principio fundamental es el artículo 10 de la Constitución Española, de forma que no será constitucional que se estableciera entre los convivientes derecho de alimentos legales, derechos de pensión legales o derechos legítimos legales. Sin embargo, el artículo 39.1 de la CE dentro del concepto de familia incluye la convivencia extramatrimonial; ello, en opinión de este autor, envía al legislador ordinario deberes de protección económica, como las prestaciones asistenciales por razón de muerte establecidas en la legislación de la Seguridad Social y una reforma del impuesto de sucesiones, a fin de que los tipos de los derechos de sucesiones y donaciones entre los convivientes no sean peores que el de los sobrinos.

podría ser tachada de inconstitucional por vulnerar el principio de libre desarrollo de la personalidad a luz de lo declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 93/2013, de 23 de abril. El contenido de dicha sentencia se abordará en el siguiente punto, por lo que el análisis de dicha tacha de inconstitucionalidad se analizará en ese apartado.

3. *Ley estatal aplicable a todo el territorio nacional. Su alcance a la luz de la STC 93/2013, de 23 de abril*

La tercera de las soluciones propuestas es que el legislador nacional publique una ley aplicable en todo el territorio nacional que sería de aplicación en aquellos territorios en los que no existe una legislación autonómica y también en aquellas comunidades autónomas que carecen de competencia para legislar en materia civil. Dicha norma no podría aplicarse a las comunidades autónomas con competencias para legislar en materia civil que poseen ley sobre parejas de hecho, ya que éstas han sido aprobadas en virtud de competencias propias, lo que impediría la aplicación del principio según el cual la ley posterior deroga a la anterior. Ciertamente, desde finales del siglo pasado donde se sucedieron una serie de proposiciones de ley, el intento de que exista una ley estatal civil que las regule parece abandonado. No obstante, en nuestra opinión este renovado interés de la doctrina científica por las uniones de hecho provocada por la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional debiera igualmente servir de impulso al legislador a fin de que publique una ley general que regule con carácter general una figura que se encuentra ya plenamente consolidada en nuestra sociedad. Es más, los partidarios de esta tercera opción califican la actitud *pasiva* del legislador estatal de desidia⁹⁹ o incluso de deslealtad constitucional.¹⁰⁰

⁹⁹ Coca Payeras (n. d.: 33), en su opinión la existencia de leyes sobre parejas de hecho dictadas por comunidades autónomas carentes de competencias para legislar en materia civil han sido consecuencia de la desidia del legislador estatal que no ha regulado estas situaciones, ni tampoco las uniones entre personas del mismo sexo hasta la reforma del matrimonio operada por la Ley 13/2005, del 1o. de julio. Es más, en algunas de estas leyes, como la Ley 12/2001, se expresa su carácter hacia la futura y nunca concretada legislación estatal.

¹⁰⁰ García Rubio (1995: 35-63) considera que esa deslealtad se produce respecto de aquellas materias cuya competencia es exclusiva del Estado y el legislador decide no regu-

Ahora bien, el primer interrogante que plantea esta solución es determinar el alcance que debe tener tal regulación, de forma que se respete el principio del libre desarrollo de la personalidad, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 93/2013, del 23 de abril. A continuación, vamos a analizar el posible contenido de dicha norma.

- 1) *Posibilidad de que la ley estatal estableciera los requisitos de constitución de las parejas de hecho.* Al respecto, cabría la posibilidad de que la ley optara por un modelo factual basado en la mera convivencia que, o bien se ha mantenido ininterrumpida durante cierto tiempo, o bien ha tenido descendencia en común, lo cual permitiría predicar la nota de estabilidad de la pareja. La segunda posibilidad es que la ley optara por un modelo formalizado que considerara pareja de hecho sólo a la que se formalizara en un documento público y/o se inscribiera en un registro creado al efecto. También podría acoger un sistema mixto que comprendiera ambos modelos.¹⁰¹

Pues bien, en lo relativo a la constitución de la pareja de hecho, la Ley Foral 6/2000, acogía ambas posibilidades, pues el artículo 2.2 disponía:

Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente como mínimo un periodo ininterrumpido de uno año salvo que tuvieran descendencia común en cuyo caso bastará a mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En la citada STC 93/2013 se declara inconstitucional el inciso primero del artículo 2.2 con el argumento de que

los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución *ex lege* de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho a la que se asociará la

larlas, incumpliendo con ello el deber de colaboración que debe existir entre el Estado y las comunidades autónomas.

¹⁰¹ Sobre esta cuestión, Martín-Casals (2013: 14).

aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluidos en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral.¹⁰²

En consecuencia, la futura ley no podría acoger una modelo factual; únicamente podría considerar como pareja de hecho a aquella que partiendo de una declaración expresa de los interesados, manifestaran su voluntad de que su relación de convivencia se rija por un régimen jurídico que el legislador pone a su disposición. Dicha declaración de voluntad debe tener además carácter formal, constando en documento público y/o siendo objeto de inscripción en un registro público con carácter constitutivo.

- 2) *Posibilidad de que en la ley general se prevea un régimen imperativo aplicables a la pareja de hecho.* Ciertamente, pudiera entenderse que la libertad proclamada en el artículo 10.1 de la Constitución Española significa permitir que los individuos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les posibilite el libre desarrollo de su personalidad; ahora bien, tomada esa decisión, su convivencia pudiera estar regulada por normas imperativas. En su momento defendimos que la convivencia *more uxorio* no tiene una naturaleza exclusivamente contractual. Apoyamos nuestra argumentación en el dato de que la STC 222/1984 atribuye el carácter de familia a las parejas de hecho. Respecto de los rasgos que deben caracterizar a las familias objeto de protección ex artículo 39 de la CE, el Tribunal Constitucional señaló en esa sentencia que la familia es siempre *un marco de solidaridades y dependencias*. Por ello, entendimos que era posible que, al margen de la voluntad de las partes e incluso en contra de su voluntad, el legislador pudiera dictar normas imperativas destinadas a proteger a los miembros de la familia sin

¹⁰² Martín-Casals (2013: 18) dice que podría pensarse que el Tribunal considera que sólo podrán ser parejas de hecho susceptibles de regirse válidamente por la legislación foral las parejas formalizadas. Sin embargo, la sentencia afirma de forma sorprendente que la ley evidentemente no restringe su ámbito de aplicación a las parejas estables que hubieran formalizado documentalmente su situación, porque también tiene la consideración de parejas estables aquellas que reúnan los requisitos establecidos en la definición del artículo 2.1, si bien, tal concurrencia deberá ser acreditada por sus integrantes a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

que ello infringiera el libre desarrollo de la personalidad (Serrano Fernández, 2008: 597-602). Coincidiendo con estos planteamientos, la Ley Foral de Navarra establecía un conjunto de reglas de carácter imperativo. Como afirma la STC 93/2013:

así ocurre claramente con el artículo 5 que en su apartado 1 establece el carácter irrenunciable de los derechos mínimos contemplados en la Ley, en cuanto a las compensaciones económicas para el caso de disolución, imponiéndose incluso a lo que puedan pactar los miembros de la pareja para regular sus relaciones personales y patrimoniales. Y el apartado 2 impone, en defecto de pacto, la obligación de contribuir proporcionalmente a las respectivas posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes. La misma naturaleza imperativa es patente en la disposición del artículo 7 en cuanto a la responsabilidad patrimonial, en la prescripción del artículo 11 sobre el régimen sucesorio, donde se equipara a la pareja estable al matrimonio, sin prever la posibilidad de que se pacte un régimen distinto; o finalmente, en el artículo 12.1 conforme al cual los miembros de la pareja serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones, regla cuya aplicación tampoco depende de la voluntad de las partes.

A juicio del Tribunal, esta regulación imperativa se encuentra muy alejada del régimen dispositivo que resultaría acorde con las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la CE.

Excluida la posibilidad de establecer un conjunto de disposiciones imperativas, el problema se centra en determinar los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador. Respecto de esta cuestión, la citada sentencia señala lo siguiente:

Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales que se pretende atribuir a esta unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusiera a los integrantes de la pareja unos efectos que precisamente los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no

imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 de la CE. De manera que sólo podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción, por ambos miembros de la pareja... La restricción referida no opera respecto a medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de algunos de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable.

Del párrafo transcrito pueden extraerse dos consecuencias importantes. La primera es que si el legislador estatal publicara una ley general que estableciera el régimen jurídico de las parejas de hecho, dicha regulación en ningún caso podría contener normas imperativas. La segunda consecuencia es que el mandato de protección de la familia del artículo 39.1 de la CE, como mero principio rector de la política social y económica (capítulo III), “no puede constituir uno de esos límites que justifiquen que el legislador pueda dictar normas que restrinjan el poder de autorregulación de la pareja para proteger a la familia o algunos de sus miembros en materia que no afecte a los derechos fundamentales”.¹⁰³

- 3) *Posibilidad de que la ley estatal estableciera un régimen dispositivo supletorio, aplicable a las parejas de hecho en defecto de pacto expreso.* El artículo 5.3 de la Ley Foral contempla la obligación de los miembros de la pareja estable de contribuir proporcionalmente a sus posibilidades al

¹⁰³ Señala Martín-Casals (2013: 8 y 28) que con el argumento del libre desarrollo de la personalidad la sentencia impide, so pena de inconstitucionalidad, que el legislador estatal pueda regular las parejas de hecho de acuerdo con modelos y criterios que no han sido todavía objeto de tacha de inconstitucionalidad en los países democráticos más avanzados; es decir, no puede dictar una ley que limite la autonomía de la voluntad, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, de forma que la operatividad de los efectos jurídicos que afecten a las parejas de hecho debe estar condicionada a la previa asunción por ambos miembros de la pareja de dichos efectos, a modo de condición puramente potestativa (*si voluero*). A juicio de este autor lo que *está haciendo el Tribunal en esta sentencia es crear un nuevo derecho fundamental, denominado el derecho fundamental de convivir anómicamente en pareja de hecho, ya que lo esencial en él no es que las partes puedan establecer los pactos que consideren conveniente para regular su relación, sino que la pareja sólo esté obligada a regirse por aquellas normas que previamente hayan asumido ambos miembros* (la cursiva es nuestra).

mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, en defecto de pacto. Respecto de dicha norma, la STC 93/2013 señala que:

A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida que sólo se les aplicaría si no hubieran pactado nada al respecto. Si embargo, esa primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de la voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada con la consiguiente infracción del artículo 10.1 de la CE.¹⁰⁴

Ello implica que los miembros de la pareja de hecho sólo pueden tener aquellas obligaciones que asuman, bien porque así lo pacten, bien porque el legislador establezca normas cuya fuerza de obligar depende exclusivamente de la voluntad de las partes. Por tanto, las únicas normas que no conculcarían el principio de autonomía de la voluntad fundada en el artículo 10.1 del CE son aquellas cuya aplicación dependa de que lo soliciten los miembros de la pareja.¹⁰⁵

- 4) *Posible contenido de una futura ley estatal sobre parejas de hecho.* Sin duda, la STC 93/2013 ha limitado notablemente el alcance que pudiera tener una futura ley estatal, en la medida que para poder otorgar efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio*, es necesario partir de

¹⁰⁴ De igual modo, la constitucionalidad del artículo 5.5 de la Ley Foral que regula la posible existencia de una pensión compensatoria en caso de ruptura de la pareja estable, en defecto de pacto, es analizada en la sentencia. Al respecto, se afirma que lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión, en los términos referidos, al igual que sucedía con el apartado 3 del mismo artículo 5o.

¹⁰⁵ Esta sentencia ha sido criticada por una parte de la doctrina española. Así hemos visto las consideraciones de Martín-Casals. Por su parte, Conca Payeras (n.d.: 48), considera que no es consciente el alto tribunal de la brecha que abre con la doctrina sentada, pues su diseño de la pareja estable es el de una figura tutelada por el artículo 10.1 de la CE cuyo régimen es dejado íntegramente a la voluntad de los integrantes que pueden decidir, en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, la absoluta inexistencia de deberes, obligaciones o derechos entre ellos, de cualquier orden jurídico-privado. Para Gálvez Criado (2015: 1832-1834), el artículo 10.1 de la CE, como lo interpreta la STC 93/2013, impone al legislador un mayor respeto a la libertad de opción de los convivientes que a la de los cónyuges, lo cual carece de todo sentido.

dos presupuestos. 1) Que los propios convivientes se constituyen formalmente como pareja de hecho. 2) Que los miembros de la pareja acepten someterse al régimen jurídico establecido en dicha norma, aunque éste sea meramente dispositivo; para que esta aceptación constara de modo fehaciente sería preciso una manifestación de voluntad distinta e independiente del acto de constitución de la pareja. Con tales presupuestos, compartimos la opinión de Gálvez Criado (2015: 1824) de que el legislador debería abstenerse de intervenir durante la convivencia de la pareja, potenciando y regulando en ese momento los pactos entre los convivientes y realizando una intervención mínima y subsidiaria en previsión de una disolución de los convivientes, bien por ruptura de la pareja, bien por fallecimiento de uno de sus miembros. Dicha intervención iría dirigida a proteger los intereses de aquel conviviente que se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad o en una situación de desequilibrio como consecuencia de la extinción de la pareja. Desde estos planteamientos, se podría declarar aplicables los artículos 96 y 97 del Código Civil a las parejas de hecho que expresamente lo acepten, así como atribuir derechos hereditarios al cónyuge superviviente en la sucesión intestada, sobre la base de la presunta voluntad del causante y excluir los derechos respecto de la legítima, que encuentra su fundamento en el cumplimiento de deberes derivados del vínculo matrimonial. Finalmente, y al margen de un ámbito estrictamente civil, la futura ley podría reconocer a los convivientes derechos sociales, con el fundamento de otorgar una mayor protección a esta forma de familia.

Analizadas las tres opciones y dado el limitado alcance que podría tener la futura ley general, el interrogante que se plantea es si merece la pena aprobar una ley estatal de estas características. Aun admitiendo que la respuesta no es fácil, a mi juicio la respuesta debe ser afirmativa, pues con respecto de las comunidades autónomas que carecen de competencia para legislar en materia civil, dicha norma implicaría dos ventajas indudables. En primer lugar, eliminaría la inseguridad jurídica que existe hoy a la hora de solucionar los conflictos que plantean las parejas de hecho, sometidas a los cambios de la jurisprudencia. En segundo lugar, aunque con un carácter dispositivo, reconocería un conjunto de derechos no idén-

ticos, pero sí semejantes a los previstos en las leyes autonómicas que tienen competencia para legislar en materia civil, de forma que se atenuaría esa quiebra del principio de igualdad que existe actualmente.

V. CONCLUSIONES

Primera. En el derecho paraguayo la pareja de hecho objeto de regulación en la Constitución y en la Ley 1/1992 es el concubinato o unión de hecho heterosexual. Por el contrario, en el derecho español, el término pareja de hecho comprende actualmente tanto la pareja de hecho heterosexual como homosexual.

Segunda. En Paraguay las uniones de hecho concubinarias están reguladas en el artículo 52 de la Constitución de 1992 y en la Ley 1/1992 que se aplica en todo el territorio nacional. Por el contrario, el derecho español carece de una ley estatal que establezca el estatuto jurídico de las parejas de hecho. Su consagración legal ha venido de la mano de los ordenamientos jurídicos autonómicos. Sin embargo, el contenido de estas leyes es muy diverso por una razón fundamental. Determinadas comunidades autónomas tienen competencias para legislar en materia civil reconocidas en la Constitución y en sus respectivos estatutos de autonomía, lo cual conlleva que sus leyes sobre parejas de hecho contengan un verdadero régimen jurídico que comprende tanto los aspectos personales como los patrimoniales de la convivencia. En una situación muy distinta se encuentra otras comunidades autónomas cuyas leyes contienen una regulación de carácter administrativo, pues carecen de competencia para legislar en materia civil. En términos generales, el derecho paraguayo se asemeja más a la regulación prevista en las leyes de las comunidades autónomas que tienen competencia para legislar en materia civil; en efecto, en ambos casos se establece una reglamentación jurídica de la pareja de hecho mientras dura la convivencia, así como un conjunto de derechos que se reconoce al convivente más necesitado de protección cuando se produce la ruptura de la unión.

Tercera. La ausencia de una normativa estatal que regule las relaciones entre los conviventes en el ordenamiento jurídico español, unido a la diversidad legislativa que existe a nivel autonómico, ha generado una clara situación de desigualdad entre los derechos y obligaciones atribuidos a los miembros de una pareja estable. Para poner fin a esta quiebra del princi-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 319-381.

pio de igualdad se podrían arbitrar distintas soluciones: una armonización de la legislación autonómica, una regulación no unitaria que dote de determinados efectos jurídicos a la convivencia y una ley general aplicable a todo el territorio nacional. De las tres propuestas, se ha considerado preferible la tercera, pues respecto de las comunidades autónomas que no tienen competencia legislativa para legislar en materia civil, dicha norma eliminaría la inseguridad jurídica que existe hoy a la hora de solucionar los conflictos que plantean las parejas de hecho, sometidas a las oscilaciones de la jurisprudencia.

Cuarta. En lo relativo al posible contenido de una futura ley general, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, sitúa el libre desarrollo de la personalidad en el centro de la protección jurídica de los convivientes. Ello conlleva que el legislador español no puede considerar como pareja de hecho a la que se basa en la mera convivencia, ni imponer obligaciones que no hayan sido expresamente asumidas por los convivientes. Con tales presupuestos, el legislador debería abstenerse de intervenir durante la convivencia de la pareja, potenciando y regulando los pactos entre los convivientes y realizando una intervención mínima y subsidiaria en previsión de una disolución de la unión, dirigida a proteger los intereses de aquel miembro de la pareja que se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad o en situación de desequilibrio como consecuencia de la extinción de la convivencia. De esta forma y aún con un carácter dispositivo, se reconocería un conjunto de derechos no idéntico, pero sí semejante al previsto en las leyes autonómicas que tienen competencia para legislar en materia civil, de forma que se atenuaría esa quiebra del principio de igualdad que existe actualmente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALENSA SALINAS, Manuel, 1998, “Poligamia musulmana y unión de hecho”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, 2002, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 2003, “La competencia legislativa para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 319-381.

- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, 1992, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid.
- CAMAS RODA, Fernando, 2005, “Las parejas de hecho en el marco de la función pública, la legislación social y la inmigración”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio, 1998, “La regulación de la unión extramatrimonial y su incidencia en el ámbito de la seguridad social”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, 2005, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, Marcial Pons.
- COCA PAYERAS, Miguel, “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad de las partes”, *Revista de Derecho Civil*, 1.
- ESCALONA SALUDO, María, 2013, “La nueva Ley de Uniones de Hecho formalizadas de la comunidad valenciana”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1.
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana, 2007, “El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en el derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial”, *Revista de Derecho*.
- ESPADAS BURGOS, Manuel, 2008, “El dos de mayo”, *La aventura de la historia*.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique, 1982, “La Constitución española de 1978 y la unión libre”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio, 2015, “El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre los convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, 1995, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., 1995, *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., 1999, “Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio derecho civil”, *La Ley*.

- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, 1998, “Uniones de hecho y derecho de adopción”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, 1990, “Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones”, *Centenario del Código Civil*, Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces.
- LÓPEZ SAFI, Silvia, 2015, “Rupturas familiares y reconocimiento de nuevos modelos de familias. Análisis socio-jurídico comparado con perspectiva de género”, Universidad Pablo de Olavide.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, “La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado”, *Derecho privado y Constitución*.
- MARTÍN-CASALS, Miquel, 2013, “El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿un nuevo derecho fundamental?”, *Dret, Revista para el Análisis del Derecho*.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio, 1998, “Uniones de hecho: derechos sucesorios del convivente supérstite”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, 1999, “Las uniones de hecho: derecho aplicable”, *Actualidad Civil*.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, 1998, “Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- MERINO GUTIÉRREZ, Arturo, 1988, “Las uniones libres y su perspectiva actual (las parejas no casadas)”, *La Ley*, núm. 1.
- MESA MARRERO, Carolina, 2006, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Navarra, Thomson Aranzadi.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, 2005, “La disolución de la unión matrimonial. Efectos”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- MORENO GENE, Josep *et al.*, 1998, “La protección social del miembro supérstite en las uniones de hecho: la pensión de viudedad”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.

- MORENO VERDEJO, Jaime, 1994, “Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales”, *Revista General del Derecho*.
- MURILLO MUÑOZ, Mercedes, 2006, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dykinson.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual y VEGA SALA, Francesc, 2005, “Derecho civil. Constitución de la convivencia more uxorio”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- PANTALEO, Katherine, 2010, “Gendered Violence: An Analysis of the Maquiladora Murders”, *International Criminal Justice Review*.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, 1998a, “¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña?”, *La reforma de la Compilación: el sistema successori. Materials III Jornades de Dret Català a Tossa*, Universidad de Barcelona.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, 1998b, “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier, 2005, “El derecho sucesorio de las parejas de hecho”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- REINA BERNÁLDEZ, Víctor, 1998, “Uniones de hecho: perspectiva histórica”, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOLS, M. T. (eds.), *Uniones de Hecho, XI Jornadas Jurídiques*, Universidad de Lleida.
- ROCA TRÍAS, Encarna, 2005, “Repensar la pareja de hecho”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia, 2003, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, 2014, “Posición constitucional de las parejas de hecho”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, *Las parejas de hecho y su marco legal*, Madrid, Reus.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 319-381.

- SERRANO FERNÁNDEZ, María, 2008, “Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho”, *Anuario de Derecho Civil*.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, 2001, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, 1995, “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho”, en SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María Paz (ed.), *Las uniones de hecho, Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Departamento de la Mujer del Excmo. Ayto. de Jerez de la Frontera.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, 2001, “Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica”, *Actualidad Civil*.
- ZABALA ESCUDERO, María Elena, 2005, “La legislación autonómica sobre parejas de hecho y los conflictos de leyes internos”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL. SU DISCREPANCIA CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

LAST PARAGRAPH OF ARTICLE 32 CONSTITUTIONAL. THEIR DISCREPANCY WITH THE INTERNATIONAL STANDARDS OF HUMAN RIGHTS IN RELATION TO THE RIGHT TO EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION

Chantal LUCERO VARGAS**

RESUMEN: El presente artículo presenta, a través de la prueba de proporcionalidad, un análisis con relación al último párrafo del artículo 32 constitucional y la discrepancia de éste con el derecho de igualdad y no discriminación contenido tanto en la Constitución como en los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos de los cuales el Estado mexicano es parte. Lo anterior es así pues este párrafo manifiesta una preferencia del mexicano frente al extranjero, en igualdad de circunstancias para toda clase de empleos, cargos o comisiones de gobierno en los que la calidad de ciudadano no es indispensable. Lo anterior no quiere decir que los Estados no puedan hacer distinciones entre sus connacionales y los extranjeros bajo su jurisdicción, sin embargo, estas distinciones —o restricciones— deben de estar justificadas, de lo contrario, se tornaría en una medida arbitraria y, por consiguiente, discriminatoria.

Palabras clave: derecho de igualdad y no discriminación, prueba de proporcionalidad, derechos humanos.

ABSTRACT: This article presents, through the proportionality test, an analysis in relation to the last paragraph of the Article 32 of the Constitution and its discrepancy with the right to equality and non-discrimination contained, both, in the Constitution and in the international treaties on human rights which the Mexican State is part of. The foregoing is thus this paragraph expresses a preference of the Mexican citizen over the foreigner citizen, in equal circumstances for all kinds of jobs, positions or government commissions in which the quality of citizen is not indispensable. The foregoing does not mean that States cannot make distinctions between their nationals and foreigners under their jurisdiction, however, these distinctions —or restrictions— must be justified, otherwise, it would become an arbitrary measure and, consequently, a discriminatory one.

Keywords: Right to Equality and Non-Discrimination, Proportionality Test, Human Rights.

* Artículo recibido el 23 de febrero de 2017 y aceptado para su publicación el 15 de octubre de 2018.

** ORCID: 0000-0003-0696-2617. Postdoctorante en el Departamento de Estudios Sociales de El Colegio de la Frontera Norte. Correo electrónico: cluceroDCS@colef.mx.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Alcances y excepciones a su aplicación*. III. *Último párrafo del artículo 32 constitucional. ¿Trato diferenciado justificado o discriminación por nacionalidad?* IV. *Colisión de normas. Entre la inaplicación o la prevalencia de la norma constitucional*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Como país de origen, tránsito y destino de migrantes, México se enfrenta diariamente con la obligación de respetar los derechos de toda persona bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Lo anterior cobra relevancia no sólo cuando se habla de migrantes irregulares, como se pudiera pensar, sino también de migrantes regulares que cuentan con los permisos correspondientes para residir —temporal o permanentemente— en el país. Estos permisos de residencia les otorgan la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración económica.¹ A lo anterior se suma la obligación del Estado mexicano de respetar, garantizar y proteger a estos extranjeros² con relación al pleno goce de sus derechos humanos sin distinción alguna en atención al principio de igualdad y no discriminación, el cual se encuentra consagrado tanto en la Constitución como en los distintos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

No obstante lo anterior, hoy en día sigue habiendo distinciones de trato entre nacionales y extranjeros, siendo una de éstas la contemplada en el último párrafo del artículo 32 constitucional al manifestar una preferencia del mexicano frente al extranjero en igualdad de circunstancias para toda clase de empleos, cargos o comisiones de gobierno para los que la calidad de ciudadanos no es indispensable. Por lo anterior, se considera que este mandato constitucional vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que no se funda en una justificación razonable como se expone en las siguientes líneas.

¹ La Ley de Migración en el artículo 54, párrafo segundo, señala: “Los extranjeros a quienes se les otorgue la condición de estancia de residentes permanentes tendrán la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo, y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen”.

² Por extranjero se entiende todo aquel que no es nacional de un país.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. ALCANCES Y EXCEPCIONES A SU APLICACIÓN

El derecho de igualdad ante la ley es un derecho inherente a todos los seres humanos; el mismo se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la no discriminación, el cual es el principio que garantiza que a nadie se le nieguen sus derechos debido a distintos factores o categorías como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad o el nacimiento. Por lo anterior y por derivar de la dignidad humana, tanto el derecho de igualdad ante la ley como el derecho de no discriminación se encuentran consagrados en distintos ordenamientos jurídicos internacionales³ siendo difíciles de desligar, ya que al hablar de igualdad ante la ley la misma debe de garantizarse sin distinción alguna, por tal razón, la mayoría de los ordenamientos juntan estos derechos en uno solo, esto es, el derecho a la igualdad y no discriminación.

A la luz de este derecho, los Estados están impedidos de llevar adelante prácticas o tomar decisiones que atenten contra el derecho de ser tratado igual, sin embargo, ello no implica que no exista la posibilidad, o incluso la obligación, por parte del Estado de establecer límites al ejercicio del mismo a través de una regulación razonable (Saba, 2007).

Un claro ejemplo de lo anterior, son las distinciones que la mayoría de las Constituciones en el mundo hacen entre sus nacionales y extranjeros dentro de su territorio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que si bien, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos, “sin discriminación alguna”, también les era permisible que los mismos otorgaran un trato distinto a los migrantes documentados con relación a los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que este trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos” (caso *Loor vs. Panamá*, 2010; caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, 2014).

³ Artículos 1o., 3o. y 7o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1o. y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 2.2 y 3o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2o. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo por mencionar algunos.

De lo anterior se desprende que los Estados pueden hacer tratos diferenciadores entre sus gobernados siempre que los mismos sean razonables, objetivos, proporcionales y no lesionen derechos humanos, pero ¿cuándo sabemos si estamos ante una distinción de trato, la cual es admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetiva o ante una discriminación de facto, que es a todas luces inadmisibile?

De acuerdo con lo sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable; por lo anterior, la existencia de tal justificación se debe de evaluar con relación al propósito y los efectos de la medida en consideración (caso *Willis vs. The United Kingdom*, 2002).

En el mismo sentido la Corte IDH ha señalado que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, esto es, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (OC-17/2002, 2002).

En este contexto, sí puede haber trato diferenciado sin transgredir el principio de igualdad y no discriminación cuando el mismo tenga una justificación objetiva y razonable.

Con relación al trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, la Corte IDH ha manifestado que los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular; pero, para ello se requiere de un examen detallado del contenido y alcance de la norma, de sus consecuencias y justificaciones (caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 2005).

III. ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL. ¿TRATO DIFERENCIADO JUSTIFICADO O DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDAD?

En el ámbito nacional, tanto el principio de igualdad ante la ley como el principio de no discriminación están consagrados en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Mexicanos el cual señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como se puede apreciar, el Estado mexicano consagra el libre goce de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales sea parte, así como de las garantías para la protección de los mismos. Lo anterior —en teoría— es reconocido a toda persona bajo jurisdicción sin discriminación alguna, ya que, si bien, la Constitución protege el goce de estos derechos bajo el principio *pro persona*, también es la propia Constitución la que manifiesta que el ejercicio de éstos no podrá restringirse ni suspenderse, *salvo en los casos y bajo las condiciones*

que la propia Constitución establece. Esto es, aunque un derecho humano esté protegido tanto por la Constitución como por un tratado internacional en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, el ejercicio de estos derechos podrá restringirse y suspenderse en los casos que la propia Constitución establezca.

Precisamente, una de estas distinciones está plasmada en el último párrafo del artículo 32 constitucional, que versa sobre la preferencia del mexicano frente al extranjero, en igualdad de circunstancias, para ocupar un cargo público en el que no sea indispensable la calidad de ciudadano: “Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”.

Por lo anterior, se considera que al haber un trato diferenciado entre mexicanos y extranjeros en igualdad de circunstancias se viola el principio de *igualdad y no discriminación*, en razón de que la misma ley nos da la pauta que son empleos, cargos o comisiones de gobierno en los cuales *no es indispensable la calidad de ciudadano* para realizarlos, esto es, bajo esta premisa, cuando dos personas en igualdad de condiciones, con el mismo grado de capacitación y experiencia, se presentaran para contender a un mismo puesto dentro del gobierno con la única diferencia de que uno es mexicano y el otro, extranjero, siempre se escogerá al ciudadano mexicano, aunque sea un empleo, cargo o comisión en los que la calidad de ciudadano no sea indispensable. Este trato diferenciado está sustentado en el criterio de nacionalidad y si bien el mismo no está prohibido, para que no sea considerado un trato discriminatorio debe de ser razonable.⁴ De hecho, el propio

⁴ El Comité Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de analizar la discriminación basada en la categoría de nacionalidad en el caso *Karakurt vs. Austria*. El señor Karakurt era un trabajador extranjero que gozaba del derecho de residir y trabajar en Austria. Cuando se presentó la oportunidad de participar en las elecciones a su comité de empresa, se le negó su derecho a contender en las citadas elecciones por el simple hecho de no ser un ciudadano austriaco, esto es, por no ser nacional del país donde trabajaba, por lo anterior el Comité observó que si bien un acuerdo internacional que confiere un trato preferencial a los nacionales de un Estado parte en él podrá constituir un motivo objetivo y razonable de diferenciación, en el caso concreto, no era razonable establecer una distinción entre extranjeros y nacionales, pues la nacionalidad del trabajador extranjero no tenía nada que ver con su capacidad para presentarse a las elecciones a un comité de empresa, de manera que la legislación que sólo concedía el derecho a ocupar dichos puestos a los nacionales no era razonable y, por tanto, era discriminatoria (*Karakurt vs. Austria*).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

Comité de Derechos Humanos ha considerado que la discriminación basada en la nacionalidad merece el mismo análisis que la discriminación basada en los criterios de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, salvo cuando se trata del ejercicio de los derechos políticos y del derecho a entrar y residir en su propio país.⁵ La eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva (caso *Flor Freire vs. Ecuador*, 2016). Razón por la cual, se proscribió cualquier distinción motivada, entre otras cosas, por razones de género, edad, condición social, religión o cualquier categoría análoga que atente contra la integridad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, creándose con ello una prohibición expresa de discriminar por las anteriores categorías o cualquier otra que atente contra la dignidad de las personas.⁶

Con relación a esta diferencia de trato, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha justificado la misma al señalar que si bien la Constitución establece que todos los hombres son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza o sexo, religión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentran siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio refiere a la igualdad jurídica que debe traducirse en la igualdad de no tener que soportar un perjuicio desigual e injustificado.⁷

De manera similar, la Suprema Corte de Canadá, en el caso *Lavoie vs. Canadá*, señaló, respecto al Acta de Contratación del Servicio Público que otorga preferencia a ciudadanos canadienses respecto a extranjeros —con residencia legal—, que ésta resultaba inconstitucional por discriminatoria en relación a que se violaba la sección quince de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que contempla la igualdad de todos los individuos ante y bajo la ley, lo que genera el derecho a una igual protección e igual beneficio de la ley sin discriminación (OC 18/03, 2003).

⁵ Observación General núm. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>.

⁶ Tesis I.8o.C.41 K (9a.).

⁷ Tesis 1a./J. 81/2004, “IGUALDAD, LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 99.

En este contexto, cuando se trate de una medida que establezca un trato diferenciado en el que está de por medio alguna de las categorías anteriormente señaladas, se debe aplicar un escrutinio estricto que incorpore elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente ineludible. En este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora, se exige que el fin perseguido no sólo sea legítimo sino además imperioso; por lo anterior, el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo en donde adicionalmente se incluya la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma (caso *I.V. vs. Bolivia*, 2016). Lo anterior, conocido como juicio de ponderación o test de proporcionalidad, no es más que una metodología para determinar el grado de afectación de los derechos y su justificación y, por lo tanto, un instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad a casos concretos (Nash, 2008). Con relación a este juicio o test de proporcionalidad, cuando haya dos normas en conflicto —como en el caso que nos ocupa—, lo que se busca es que éstos puedan convivir en un mismo sistema normativo, de forma que en cada caso de conflicto la afectación de un derecho sea estrictamente necesaria para el goce y el ejercicio de otro que se privilegia en el caso en concreto (Nash, 2008).

Con relación a este escrutinio escrito que, si bien es deseable mantener incólume el principio de igualdad en los dispositivos que rigen a los gobernados, existen situaciones en las que el legislador sí puede establecer diferencias entre los mismos; sin embargo, dichas distinciones no pueden establecerse de forma arbitraria, por lo que, cuando éstas se establezcan, el juzgador debe analizar si el legislador tomó en cuenta ciertos factores que le darán validez constitucional a la norma; por lo anterior, tratándose del principio de igualdad y no discriminación, derivado de que el mismo contiene el reconocimiento de que siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación y, por tanto, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.⁸ La exigencia de esta reserva debe perseguir o sostenerse en los fines u objetivos que sostienen el propio precepto constitucional, por ello, el legislador podrá establecer clasificaciones o distinciones entre grupos o individuos a fin de alcanzar un objetivo constitucionalmente válido, sin que, por tanto, ello se traduzca en una transgresión a los principios de igualdad o no discriminación, ya que esta medida está encaminada a asegurar la soberanía y seguridad nacional bajo la salvaguarda a conceptos tales como la lealtad o identidad nacionales, manifestando la corte que, de no satisfacerse dicha finalidad constitucionalmente válida, entonces y sólo en esa medida, sí podría constituirse una exigencia arbitraria.⁹

Por lo anterior, los derechos y sus respectivos límites operan como principios, cuando los mismos encierran una coalición en donde la misma debe resolverse con la ayuda del denominado test de proporcionalidad, para lo cual debe de corroborarse: *a)* que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; *b)* que la medida resulte idónea para satisfacer en su propia medida su propósito constitucional; *c)* que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental, y *d)* que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.¹⁰

Respecto al primer punto, esto es, la *identificación de la finalidad constitucionalmente válida*, la SCJN ha señalado que no cualquier propósito puede justificar la limitación de un derecho fundamental, ya que los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir;¹¹

⁸ Tesis 1a./J. 55/2006, “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁹ Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011.

¹⁰ Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

¹¹ Al respecto, Saba señala que el principio de igualdad ante la ley entendido como “no discriminación” tiene su raíz en una versión individualista de la igualdad, sin embargo,

así, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.¹²

En este contexto y en el caso que nos ocupa, el último párrafo del artículo 32 constitucional tiene su origen en la constitución de 1857 así como en el proyecto de constitución de Venustiano Carranza de 1916 (De Andrea Sánchez, 1992: 146). Si bien este artículo en general ha sufrido tres modificaciones a lo largo de los años (1934, 1944, 1997), la redacción del párrafo en comento se ha mantenido intacta. Así, en relación a las causas que originaron dicho párrafo y que se traduce en una preferencia de los mexicanos ante los extranjeros en igualdad de circunstancias para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano, la misma se debe a la preocupación del Constituyente de 1917 para salvaguardar la seguridad y soberanía nacional, ya que en el pasado se dieron casos en que extranjeros situados en posiciones estratégicas para la seguridad nacional traicionaron los intereses de México, poniendo en peligro la independencia nacional (De Andrea Sánchez, 1992: 146).

La SCJN ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 32 en comento en distintas ocasiones, siendo una de ellas en la acción de inconstitucionalidad 48/2009 interpuesta por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con relación a una distinción discriminatoria, motivada por el origen nacional respecto de los mexicanos por naturalización, la SCJN analizó el segundo párrafo del precitado artículo 32 constitucional el cual reza: “El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por

la misma no es acorde con una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos de prácticas sociales como consecuencia de ser de ese grupo, manifestando que esta versión individualizada de la igualdad requiere de una supuesta intención de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado. El mismo autor citando a Fiss y Dworkin sostiene que, por lo anterior, las leyes no pueden ser juzgadas respecto a su constitucionalidad por la intención de los legisladores, dada las dificultades que se encuentran en el proceso de identificación de esa particular intención (Saba, 2007).

¹² Tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.), “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, noviembre de 2016, t. II, p. 902.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión”.

En esta acción de inconstitucionalidad con relación a los cargos públicos que expresamente se reservan a mexicanos por nacimiento¹³ y que no adquieran otra nacionalidad, la SCJN puntualizó que la razón o los fines que tuvo en cuenta el órgano reformador para exigirlo así deriva de que el ejercicio de tales cargos se relaciona con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional, esto es, se trata de cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacional, respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros. De lo anterior se puede concluir, con relación a la identificación de la finalidad constitucionalmente válida, que las distinciones que este artículo hace entre mexicanos que no adquieran otra nacionalidad, esto es, que no tengan compromisos con Estados extranjeros —como en el caso de los ciudadanos no mexicanos— tienen como única finalidad asegurar la soberanía y seguridad nacional bajo la salvaguarda a conceptos tales como la lealtad o identidad nacionales.

Una vez conocida la finalidad constitucionalmente válida del legislador para esta diferencia de trato y respecto al segundo punto, a saber, la *idoneidad de la medida legislativa*, para que la misma se configure se debe demostrar la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persiga dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya de algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador.¹⁴ En esta parte lo que se busca es identificar si la medida legislativa en cuestión resulta idónea para satisfacer, en su propia medida, su propósito constitucional o, en otras palabras, conocer si la diferenciación establecida en el párrafo analizado entre nacionales y extranjeros constituye una medida idónea para asegurar la soberanía y seguridad nacional.

¹³ El término “por nacimiento” dentro de este artículo ha sido muy discutido por considerarse que hace una distinción entre los mexicanos por nacimiento y los mexicanos por naturalización, para no perpetuar lo anterior, sólo nos referiremos a “mexicanos”, sin hacer distinción si es por nacimiento o no, en la medida que el propio texto nos lo permita.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015.

Bajo este supuesto, es importante recordar lo señalado en el párrafo segundo del artículo 32 constitucional, el cual reza: “El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad”.

El citado párrafo establece diversos cargos públicos reservados expresamente para ciudadanos mexicanos por nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad. Respecto al mismo y atendiendo a lo manifestado por el Pleno de la SCJN,¹⁵ el ejercicio de los cargos en los que se requiera ser mexicano por nacimiento sin haber adquirido otra nacionalidad se relacionan con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con *la seguridad y defensa nacional* debido a que se trata de *cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales* respecto de los que debe evitarse *toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros*.¹⁶

En este sentido se desprende que el órgano legislador tuvo muy claro al redactar el segundo párrafo del artículo en comento que los empleos, cargos o comisiones que se relacionaban, en este caso, con la soberanía y seguridad nacional se reservaban exclusivamente a mexicanos por nacimiento, y no sólo eso sino, además, señaló la imperiosa necesidad de que los mismos no hubieran adquirido otra nacionalidad. Lo anterior no es así en el párrafo que se ha venido analizando, pues en el mismo expresamente se señala que la calidad de ciudadano no es indispensable, por lo que se aduce que dichos cargos, puestos o comisiones no interfieren en nada con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, por lo que esta preferencia de los mexicanos frente a los extranjeros en igualdad de circunstancias, aparte de ser desproporcionada, no resulta una medida idónea para conseguir los fines buscados por el constituyente.

Ahora, en lo referente, a la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, la misma se torna un poco compleja de analizar, ya que dicho análisis se tendría que hacer en función de cada caso concreto, esto es, en función de cada empleo, cargo o comisión de gobierno en donde la calidad de

¹⁵ Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. t. XXXIV, julio de 2011.

¹⁶ Las cursivas son propias.

ciudadano no sea indispensable; sin embargo y con relación a la anterior premisa, se reitera lo manifestado en párrafos anteriores en el sentido de que, si el legislador hubiera tenido la más mínima duda de que los empleos, cargos o comisiones de gobierno en los que no sea indispensable la calidad de ciudadano, pudieran afectar de alguna manera la soberanía y seguridad nacional, hubiera hecho una manifestación expresa para que los mismos se reservaran exclusivamente a mexicanos que no hubieran adquirido otra nacionalidad como a los que hace referencia el párrafo segundo del artículo aquí analizado. En este sentido, se puede concluir que lo estipulado en el último párrafo del artículo 32 constitucional no es una medida idónea para conseguir los fines buscados por el constituyente en lo referente a la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional.

Sobre el hecho de que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental (tercer apartado de este test) se necesita corroborar: *a)* si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen, y *b)* determinar si las alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado.¹⁷ En este sentido, se busca analizar si la preferencia de los mexicanos a los extranjeros en igualdad de circunstancias para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno para las cuales la calidad de ciudadano no sea indispensable estipulada en el último párrafo del artículo 32 constitucional, es una medida legislativa necesaria para salvaguardar la soberanía y seguridad nacional o, por el contrario, existen medidas alternativas igualmente idóneas que afecten en menor grado el derecho de igualdad y no discriminación.

En el caso del primer aspecto de la prueba, se torna complicado toda vez que supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, lo que podría llevar a una búsqueda interminable de supuestos alternativos; sin embargo, este escrutinio puede acortarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas a situaciones similares o bien alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno.¹⁸ En este sentido se parte

¹⁷ Tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, noviembre de 2016, t. II, p. 914.

¹⁸ Amparo en Revisión 237/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de noviembre de 2015.

de lo señalado por la Corte en la ya citada Acción de Inconstitucionalidad 48/2009 en donde manifestó:

...la propia Constitución establece diversos cargos públicos que expresamente *se reservan a mexicanos por nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad*. Ello, atendido a que, como se advierte del procedimiento de reforma al artículo 32 constitucional, la razón o los fines que tuvo en cuenta el órgano reformador para exigirlo así, deriva de que *el ejercicio de tales cargos se relaciona con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional, esto es, se trata de cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales, respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros*.¹⁹

Lo anterior es clara muestra de que hay empleos, cargos o comisiones de gobierno que no tienen relación con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional. Lo mismo lo corrobora el artículo 6o., fracción II, de la Ley Nacional de Seguridad, al señalar que para los efectos de esa Ley se entenderá por Instancias a las: “Instituciones y autoridades que en función de sus atribuciones participen directa o indirectamente en la Seguridad Nacional”. De igual forma el artículo 61 de la citada ley hace mención a: “... Los servidores públicos cuyas áreas estén relacionadas con la Seguridad Nacional...”. En este sentido es claro que si en la ley hay una distinción entre función de atribuciones que estén relacionadas con la seguridad nacional, es porque hay ciertos cargos de gobierno que no interfieren con estos intereses. No obstante lo anterior, la misma ley señala en su artículo 12, quiénes integrarán el Consejo de Seguridad, siendo todos los mencionados cargos públicos para los que es necesaria la calidad de mexicano por nacimiento, aunado a que la misma Ley de Seguridad en comento señala en su artículo 11 como requisito principal, ser mexicano por nacimiento para ser titular de las instituciones de seguridad nacional.

Ahora, es un hecho que, aparte de los cargos públicos estipulados en el artículo 12 en comento y de las personas que laboran bajo los términos de dicha ley, hay otros cargos públicos que de algún modo pudieran te-

¹⁹ Las cursivas son nuestras.

ner injerencia con la soberanía y seguridad nacional, mismos cargos que, por su naturaleza, tienen que estar estipulados en alguna ley secundaria, atendiendo en que, por regla general, los postulados contenidos en los preceptos constitucionales requieren de regulación posterior mediante la actividad legislativa ordinaria a fin de normar las situaciones particulares y concretas a la luz de los principios enunciados en el texto constitucional.²⁰ Estas normas secundarias establecen los requisitos para acceder a un cargo público, las cuales, de manera general, requieren ser ciudadano mexicano para ocupar estos empleos, cargos o comisiones. En este sentido, estas leyes reglamentarias, al estipular la nacionalidad mexicana como requisito para acceder a cargos públicos sea cual sea su naturaleza, resultan una medida alternativa en relación a los requisitos estipulados como ser mexicano para acceder, como ya estipuló la Corte, a un cargo que tenga relación con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional por ser cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros.

En este contexto y atendiendo al segundo aspecto de este examen de necesidad, esta medida alternativa de establecer en las leyes secundarias los requisitos para acceder, en este caso, a un empleo, cargo o comisión de gobierno que tenga alguna relación con la soberanía y seguridad nacional, pueden ser una alternativa viable para asegurar que sólo las personas que cumplan con el requisito de ser mexicano puedan acceder a los empleos, cargos o comisiones que tengan inferencia en asuntos de soberanía y seguridad del país, dejando con ello el libre acceso a extranjeros a los empleos, cargos o comisiones de gobierno para los cuales no sea indispensable la calidad de ciudadano por ser cargos que no interfieren con la soberanía y la seguridad nacional, respetando con ello el principio de igualdad y no discriminación.

Finalmente y con relación a la *proporcionalidad en sentido estricto de la medida*, lo que se busca es encontrar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persi-

²⁰ Tesis 2a. CXXIX/2010, “NORMAS CONSTITUCIONALES. POR REGLA GENERAL REQUIEREN DE REGULACIÓN A TRAVÉS DE LEYES SECUNDARIAS, SIN QUE EL LEGISLADOR PUEDA APARTARSE DEL ESPÍRITU DE AQUÉLLAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 1474.

guen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva del derecho fundamental afectado, a saber, el principio de igualdad y no discriminación, esto es, debe contrastarse la eficacia con la que la preferencia de ciudadanos mexicanos frente a ciudadanos extranjeros, en igualdad de circunstancias acorde a lo señalado el último párrafo del artículo 32 constitucional, satisface la soberanía y seguridad nacional con el nivel de afectación que esa misma preferencia comporta en el contenido *prima facie* del derecho a la igualdad y no discriminación. Ahora, atendiendo a la necesidad de la medida impugnada, se considera que permitir que extranjeros ocupen cargos públicos en los que no se requiera la calidad de ciudadano, no produce afectación sobre temas de la soberanía y seguridad nacional pues dichos puestos, por regla general, no versan sobre estas materias ya que la ley es muy clara al señalar los cargos públicos en los que es un requisito indispensable tener la ciudadanía mexicana en relación a que dichos empleos, cargos o comisiones están estrechamente vinculados con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado o con la seguridad y defensa nacional. En contraste con lo anterior, la aplicación de esta medida sí representa una afectación al principio de igualdad y no discriminación ya que restringe el acceso a un cargo público a extranjeros que estén en igualdad de circunstancias sobre el ciudadano mexicano cuando para dicho empleo, cargo o comisión no es indispensable la calidad de ciudadano. En este sentido, el último párrafo del artículo 32 constitucional no se circunscribe a regular los empleos, cargos o comisiones que sí estén ligados con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, sino que directamente hace una preferencia de los mexicanos sobre los extranjeros en igualdad de circunstancias para *toda clase* de concesiones, empleos, cargos o comisiones de gobierno en los que no sea indispensable la calidad de ciudadano independientemente de que dichos empleos cargos o comisiones tengan que ver o no con la soberanía y la seguridad nacional.

Con relación a lo precitado y a la medida constitucional en comento, sólo se justificaría si, empleando a un extranjero en un puesto, cargo o comisión de gobierno, en el cual no es requisito indispensable la calidad de ciudadano, se pusiera en peligro la soberanía y seguridad nacional, pero, como ya se ha explicado previamente, para ocupar algún cargo que esté estrechamente relacionado con la soberanía y seguridad nacional, es *indispensable* ser ciudadano mexicano por lo que ya están expresamente excluidos en las distintas leyes secundarias que regulan estos empleos, cargos

o comisiones, los ciudadanos extranjeros. Por lo anterior, resulta desproporcionada esta preferencia absoluta del ciudadano mexicano sobre el extranjero que estipula el párrafo 32 constitucional, ya que la misma va en contra del principio de igualdad y no discriminación.

De todo lo anterior se llega a la conclusión de que la finalidad del legislador para hacer esta diferenciación entre nacionales y extranjeros deviene de la imperiosa necesidad de asegurar la soberanía y seguridad nacional bajo la salvaguarda a conceptos tales como la lealtad o identidades nacionales; sin embargo, se considera, en lo referente a las consideraciones precitadas, que los cargos, puestos o comisiones de gobierno en los que la calidad de ciudadano no es indispensable, no interfieren con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, razón por la cual esta diferencia de trato no resulta una medida idónea para conseguir los fines buscados por el constituyente. Aunado a lo anterior, existen medidas alternativas, igualmente idóneas y menos lesivas para lograr dicho fin como la de establecer en las distintas leyes secundarias los requisitos para acceder, en este caso, a un empleo, cargo o comisión de gobierno que tenga alguna relación con la soberanía y seguridad nacional, dejando con ello el libre acceso a extranjeros a dichos empleos, cargos o comisiones de gobierno, no violentando con ello el principio de igualdad y no discriminación como lo hace actualmente el mandato derivado del último párrafo del artículo 32 constitucional; finalmente, el legislador ha dejado muy claro los empleos, cargos o comisiones de gobierno para los cuales es necesario contar con el requisito de ser mexicano, por lo que se considera que permitir a extranjeros ocupar cargos públicos en los que no sea necesario contar con la calidad de ciudadano mexicano, no produce afectación sobre temas de soberanía y seguridad nacional, pues, como ya se ha plasmado, dichos puestos no versan sobre estas materias, por lo que el trato diferenciado entre mexicanos y extranjeros en igualdad de circunstancias que estipula el último párrafo del artículo 32 constitucional no se encuentra justificado.

IV. COLISIÓN DE NORMAS. ENTRE LA INAPLICACIÓN O LA PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

La Corte IDH ha señalado que el principio de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones, manifestado

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

que las distinciones basadas en el género, la raza, la religión y el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales; así, con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios (OC 18/03, 2003).

Lo anterior cobra relevancia con relación a que el Estado mexicano, al ser parte de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, está sujeto a una serie de obligaciones jurídicas respecto a toda persona bajo su jurisdicción con independencia de su nacionalidad, ya que los mismos tienen carácter vinculante para la interpretación de los derechos humanos reconocidos por la Constitución. En este sentido, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.²¹ De igual forma se ha pronunciado con relación al control de convencionalidad *ex officio* señalando que la obligación de ejercer este control en relación a una norma se actualiza aún en aquellos casos en los que el derecho humano de que se trate esté regulado en la propia Constitución federal.²²

En este mismo sentido, la Corte IDH ha manifestado que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, se debe realizar a través de lo que se denomina *control de convencionalidad*, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente de Varios 912/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, octubre de 2011, t. 1, p. 313.

²² Tesis: 1a./J. 38/2015 (10a.), “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. NO ES UNA CUESTIÓN DE SUBSIDIARIEDAD, POR LO QUE DEBE LLEVARSE A CABO AUN CUANDO EL DERECHO HUMANO DEL QUE SE TRATE ESTÉ CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, mayo de 2015, t. I, p. 186.

o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 2008).

A la luz de lo anterior, el último párrafo del artículo 32 constitucional debería ser inaplicable, ya que se considera que el mismo viola el *principio de igualdad y no discriminación* al dar preferencia a un ciudadano mexicano ante un extranjero para ocupar un empleo, cargo o comisión en el gobierno en donde la calidad de ciudadano no es una cualidad indispensable para dicho empleo, cargo o comisión; por lo anterior, el Estado mexicano podría aplicar un control de convencionalidad en el caso concreto.²³ No obstante lo expuesto, inaplicar una norma constitucional no es tan fácil, si bien la Corte IDH ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido (caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 2014), el problema radica cuando ese trato discriminatorio proviene de un mandato constitucional como es el caso que se ha venido analizando.

²³ Es importante no confundir el *control de convencionalidad* con la *interpretación conforme*, este última se define como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección. La diferencia estriba en que el control de convencionalidad es la facultad jurisdiccional de interpretar las normas constitucionales en virtud de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y dejar de aplicar alguna norma por ser contraria a estos estándares, por ser *inconvenional*, por otro lado la interpretación conforme es cuando una norma legal admite diversas formas de interpretación y, en este caso, se optará por la que esté más acorde con la Constitución. Con base en lo anterior y en relación al párrafo a que hemos venido haciendo alusión, no se podría aplicar una interpretación conforme a la Constitución porque es la misma Constitución la que contiene el párrafo a analizar, por lo que conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se podría considerar que dicho artículo no es acorde a los estándares internacionales de derechos humanos con relación a un *trato igualitario y no discriminatorio* y aplicar en este caso el llamado *control de convencionalidad*. Así, la doctrina del *control de convencionalidad* bien instrumentada puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos y edificar el *ius commune* en tal materia en el área interamericana (García Ramírez, 2011: 123-159).

Como ya se ha comentado a lo largo de estas líneas, el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, están reconocidos ampliamente en el derecho internacional de los derechos humanos favoreciendo siempre la protección más amplia. En México, hasta antes de la contradicción de tesis 293/2011, cuando un derecho humano era reconocido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuera parte, la elección de la norma aplicable atendía a criterios que favorecieran al individuo o, lo que es lo mismo, se atendía a lo que se ha denominado principio *pro persona*, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional; en este sentido, en caso de que existiera una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de distintas fuentes, la regla era que prevalecía aquella que representara una mayor protección para la persona o que implicara una menor restricción.²⁴ Lo anterior, como se dijo, ha quedado en el pasado, pues el Pleno de la SCJN en la polémica contradicción de tesis que referimos —293/2011— resolvió que si bien, los derechos humanos consagrados en los distintos tratados internacionales ratificados por México tienen rango constitucional, cuando la Constitución prevea una restricción al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que disponga la propia Constitución, esto es, frente a un conflicto lógico entre una norma constitucional (restrictiva) y una norma de un tratado internacional (más protectora), deberá prevalecer, invariablemente, la primera (Ortega, 2015). Lo precitado nos habla de una prevalencia de la norma constitucional frente a todas las demás normas, una decisión que ha sido muy criticada por los alcances de la misma y la cual no fue compartida por la mayoría de los ministros como se puede apreciar en el voto particular del ministro Cossío Díaz, el cual manifestó su postura manifestando que:

... lo que se generó con la adopción de este criterio es una regla hermenéutica de carácter general para decidir siempre en favor de la norma constitucional frente a la convencional; esta no es una regla de ponderación, sino una regla de preferencia de una fuente sobre otra. Consecuentemente, al mante-

²⁴ Tesis 1a./J. 107/2012 (10a.), “PRINCIPIO *PRO-PERSONA*. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2012, t. 2, p. 799.

nerse una regla de jerarquía, se eliminó la posibilidad de aplicar el principio pro persona para eliminar los conflictos entre normas de distinta fuente...²⁵

Lo anterior se torna relevante, en este caso, tratándose de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación reconocidos, como ya se dijo, tanto en la Constitución como en los diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, pues a partir de éste, lo que impera en esta inaplicación del principio *pro persona* cuando se trate de un mandato constitucional será una restricción de derechos; en este contexto, cuando haya una colisión entre la norma constitucional y una norma internacional, aunque lo acordado en la segunda sea más beneficioso para el gobernado, siempre imperará la norma constitucional aunque la misma sea contraria, como el caso que se ha venido analizando, al principio de igualdad y no discriminación.

Una medida alternativa para que siga imperando la normativa constitucional, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación en este caso concreto, sería una reforma al artículo 32 constitucional para que se derogue este último párrafo y, en su lugar, si lo que el legislador busca es salvaguardar la seguridad nacional, que en el citado artículo se señale expresamente los empleos, cargos o comisiones de gobierno que tengan alguna relación —por más mínima que esta sea— con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional remitiendo en relación a los requisitos para ocupar los mismos a lo estipulado en las respectivas leyes de la materia en las que el requisito indispensable para ocupar dichos empleos, cargos o comisiones sea la de ser ciudadano mexicano.

V. REFLEXIONES FINALES

Actualmente, dada las nuevas dinámicas de movilidad humana, cada día hay más personas viviendo fuera de sus países de origen.²⁶ En este contexto, los países receptores de migrantes (regulares e irregulares) están en todo su derecho de aplicar un tratamiento distinto a nacionales frente

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, 5 de abril de 2014, p. 96.

²⁶ Según datos de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), en el año 2015 habían 244 millones de personas viviendo fuera de sus lugares de origen, lo anterior representa el 3.3 por ciento de la población a nivel mundial.

a extranjeros, pero, como se ha venido argumentando a lo largo de estas páginas, dicho tratamiento debe de ser razonable, objetivo y proporcional, esto es, los mismos no pueden ser arbitrarios so pena de recurrir en responsabilidad internacional. Por lo anterior, se considera que el último párrafo del artículo 32 constitucional contradice el *derecho de igualdad y no discriminación* en lo concerniente a que el Estado mexicano debe de respetar los derechos y libertades reconocidos en los distintos tratados internacionales de los cual es parte y, con ello, garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos en ellos reconocidos, a toda persona bajo su jurisdicción *sin discriminación alguna*. Por lo anterior y atendiendo a la prevalencia de la norma constitucional frente a cualquier otra norma (incluyendo los tratados internacionales en materia de derechos humanos), sólo nos queda esperar que la SCJN se vuelva a pronunciar *efectivamente* al respecto, pues, sin pretender analizar el papel del Pleno en la sentencia 293/2011, rescatamos a partir de los votos particulares que, tratándose de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los distintos tratados internacionales, estos siempre deben de prevalecer ante cualquier circunstancia, aunque esto implique inaplicar la norma restrictiva o incluso derogarla. Lo anterior no afectaría en nada las restricciones consagradas en la Constitución siempre que se funden en un criterio justificado, tal como lo señala la jurisprudencia y la doctrina internacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREA SÁNCHEZ, Francisco de, 1992, “Comentario al artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, “Caso *Willis vs. The United Kingdom*”, 11 de julio de 2002. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162249>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, “Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, “OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/seriea_17_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016, “Caso *I. V. vs. Bolivia*, Sentencia del 30 de noviembre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016, “Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, Sentencia del 31 de agosto de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, “Caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia del 28 de agosto de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10134.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239”. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, “Caso *Loor vs. Panamá*, Sentencia del 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008, “Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia del 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, “Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 154”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005, “Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia 8 de septiembre de 2005”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, “Caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, OC 18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.
- DULITZKY, Ariel, 2007, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2011, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel *et al.*, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2011, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, 2012, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ONU, 1986, “Observación General núm. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>.
- O’DONNELL, Daniel, 2004, “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia.
- ORTEGA, Ramón, 2015, “El enfoque restrictivo de los derechos humanos: comentarios a la contradicción de tesis 293/2011”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, enero-junio.
- NASH, C. y SARMIENTO, C., 2008, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11518>.

- SABA, Roberto, 2007, “Desigualdad estructural”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- SAGÜES, Néstor, 2010, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

APUNTES METODOLÓGICOS PARA EVALUAR LA EFECTIVIDAD DE UNA LEY*

Rafael CABALLERO ÁLVAREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La ley y sus propósitos*. III. *Criterios para evaluar una ley*. IV. *Perspectiva comparada: la experiencia chilena*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la función social de las leyes? ¿Cómo saber si una ley está cumpliendo con los propósitos que le dieron origen? ¿Qué tan eficaz puede ser un instrumento jurídico? ¿Es posible someter a escrutinio una ley? Las respuestas a estas preguntas no son sencillas ni definitivas, pero el planteárselas tendría que ser parte de la técnica legislativa, pues quizá la actividad más importante de los órganos parlamentarios consiste en proponer, discutir, aprobar o modificar leyes, pero ¿con base en qué lo hacen?

Cierto es que los proyectos e iniciativas de ley, así como los proyectos de reforma constitucional, se acompañan invariablemente de una exposición de motivos con amplios argumentos. Sin embargo, es muy probable que en muchos casos tales argumentos no se correspondan con la realidad social, política o económica de un contexto determinado y que ello conduzca a un despropósito de la ley. Por ello, es deseable que existan diagnósticos precisos que justifiquen los ajustes que se hacen a los marcos normativos, lo cual no siempre se cumple, pues en la mayoría de los casos la discusión parlamentaria se da en términos estrictamente políticos, soslayando aspectos técnicos que resultarían contundentes respecto a la pertinencia de una nueva ley o los ajustes de alguna existente. Incluso, la inclusión de

* Artículo recibido el 29 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 15 de noviembre de 2018.

** ORCID: 0000-0001-7810-1141. Profesor-investigador en el Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Correo electrónico: rafael.caballero@te.gob.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 411-423.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

información sobre un estado de cosas que se busca cambiar a partir de una modificación a los marcos normativos ayudaría a evitar que la demagogia trace rutas intransitables en los senderos de la ley.

Resulta evidente que la aprobación de una ley no implica una tarea finiquitada, pues siempre estará sujeta a reformas, pero nuevamente: ¿a la luz de qué se realizan esos ajustes?

La intención de este trabajo es reflexionar en torno a cuál es la función práctica que tienen las leyes dentro de una sociedad y sobre cómo calcular en qué medida una ley cumple con un propósito. Para robustecer la discusión, se describe brevemente una experiencia empírica de perspectiva comparada que resulta sumamente interesante e ilustrativa sobre cómo evaluar la efectividad de una ley, en la que, como se verá, se involucra en el proceso a la sociedad civil.

II. LA LEY Y SUS PROPÓSITOS

De acuerdo con Guastini, en el lenguaje jurídico, el término “ley” suele utilizarse en dos sentidos diversos y a veces opuestos, uno formal y otro material. El primero se refiere a cualquier acto o documento que, con independencia de su contenido normativo, emana del Poder Legislativo, lo que le permite gozar de un particular régimen jurídico *erga omnes*; la dimensión material, en cambio, se refiere a cualquier acto o documento que, con independencia del órgano del cual emana, posee normas generales y abstractas (Guastini, 2000: 15 y 16). A partir de este planteamiento, Guastini distingue tres tipos de “leyes”:

- Leyes en sentido sólo formal: actos del órgano legislativo desprovistos de contenido normativo, pero dotados, en cambio, de un contenido singular y concreto.
- Leyes en sentido sólo material: actos de órganos no legislativos (en particular, los actos del Ejecutivo) dotados, sin embargo, de contenido normativo.
- Leyes en sentido formal y material a la vez: actos del órgano legislativo provistos de contenido normativo (Guastini, 2000: 15 y 16).

Al respecto, vale la pena destacar la dimensión material de la ley, que es a final de cuentas donde ésta encuentra su propósito. Ciertamente el

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 411-423.

aspecto formal le da mayor consistencia y le concede legitimidad para su aplicación, pero en este caso el elemento material es el que se desea enfatizar. Al respecto, vale la pena cuestionarse: ¿cuál es el propósito de que exista un sistema normativo?

De acuerdo con Eliseo Muro, las normas jurídicas son pautas que presentan una prescripción de una conducta que se estima obligatoria, por lo que su desacato acarrea una consecuencia jurídica negativa, que es la sanción. Por ello es que el derecho se entiende como “el conjunto de preceptos, reglas o leyes que regulan la actividad humana, ya sea normas impero-atributivas que imponen deberes a ciertos sujetos, conceden facultades, como en el derecho civil, el penal, etcétera” (Muro, 2007: 7). Más adelante, el mismo Muro agrega:

El Estado se adjudicó el monopolio de creación (especialmente a través del Poder Legislativo) y ejecución de las normas jurídicas, para ser fuente de validez formal. Estas normas que emitan los órganos constitucionales deben de ser producto de la reflexión sobre la realidad nacional. Se busca concretizar importantes finalidades, como construir *normas e instituciones* para encausar la conducta del hombre hacia el desarrollo individual y colectivo, así como estructurar el *aparato estatal*. En la actualidad no se puede concebir al derecho sin el Estado y viceversa, así, el vocablo “norma” significa escuadra, un instrumento para medir la diferencia de dirección (Muro, 2007: 11 y 12).

De la cita anterior se destacan tres aspectos centrales. En primer lugar, el propósito de un sistema normativo formal y material: regular la convivencia social y organizar el aparato estatal mediante reglas e instituciones. Segundo, la norma como instrumento de dirección, como criterio orientador para concretizar importantes fines. Y tercero, la importancia de que las normas que deriven del ejercicio legislativo sean producto de la reflexión en torno de la realidad nacional.

A la luz de estas premisas adquiere relevancia el hecho de que el legislador aplique ajustes o bien modificaciones más de fondo a una ley en específico, siempre y cuando se acompañen de una reflexión objetiva acerca de la realidad nacional o local, según sea el caso. Ello conduce a la necesidad de avanzar en el perfeccionamiento de la técnica legislativa, a modo de que en ésta se considere cada vez con mayor frecuencia la elaboración de estudios, diagnósticos y consultas que sustenten la creación,

modificación derogación o abrogación de leyes en prácticamente cualquier materia.

Sólo por poner un ejemplo, piénsese en la materia electoral. Luis Carlos Ugalde y Gustavo Rivera advierten que, aun cuando entre 1986 y 2013,¹ se realizaron siete grandes reformas, muchas de ellas con aportaciones positivas para propiciar mayor equidad, transparencia y legalidad en los procesos electorales, otras tantas han tenido efectos inciertos, justamente debido, en buena parte, a la ausencia de diagnósticos certeros acerca de las fortalezas y debilidades del sistema electoral en su conjunto, así como por la falta de claridad en las metas que se buscaba alcanzar (Ugalde y Rivera, 2014: 11).

Es lógico inferir que los resultados de estudios serios y profesionales ayudarían a contrarrestar esta tendencia advertida por los autores, a fin de orientar el ejercicio legislativo en lo que se refiere a la producción de leyes, aunque muy probablemente, aun cuando así sucediera, la tarea no concluiría en la aprobación y entrada en vigor de éstas. Dado que la ley no es única, acabada ni sempiterna, sino que requiere de ajustes en función de las necesidades que plantea la realidad social o política, la elaboración de diagnósticos tendría que ser un proceso permanente y cíclico, como lo es la propia función legislativa, y en este esfuerzo sería conveniente que se incluyera la revisión de la ley misma, para conocer sus alcances y saber si cumple con los propósitos que se planteó en su origen o con las posteriores modificaciones a que fue sometida.

III. CRITERIOS PARA EVALUAR UNA LEY

De acuerdo con el Centro de Estudios Espinosa Yglesias (CEEY), hace alrededor de medio siglo en Europa comenzó a regularse la manera en que se elaboraban las leyes para hacerlas más accesibles y fáciles de comprender; pero en realidad no fue sino hasta los años setenta y principios de los ochenta que comenzaron a introducirse enfoques administrativos para mejorar la calidad sustantiva de la legislación, lo que generó que a partir

¹ Habrá que recordar que la más reciente reforma electoral queda fuera del periodo estudiado por los autores, debido a que deriva del decreto de reforma constitucional publicado el 10 de febrero de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*, que tuvo como resultado la reestructuración de todo el sistema electoral a fin de adoptar un sistema híbrido entre el ámbito federal y el de las entidades federativas.

de los noventa comenzara a difundirse extensamente una tendencia por construir marcos conceptuales para aumentar la calidad de la legislación, de tal suerte que en la actualidad, tanto académica como profesionalmente, la calidad de las leyes es una preocupación extendida (CEEY, 2010: 2).

El principal enfoque que se ha adoptado para implementar cierto control sobre la calidad de la legislación es el de la manifestación de impacto regulatorio (*Regulatory Impact Assessment*, RIA), el cual enfatiza el objetivo de producir legislación efectiva al menor costo social posible. De acuerdo con el mismo CEEY, el RIA fue aplicado, por primera vez, en Estados Unidos en 1974 para calcular el efecto inflacionario de legislación secundaria aparentemente onerosa, por lo que desde 1981 se le considera un requisito para toda regulación social importante (CEEY, 2010: 2).

En 1980, sólo dos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aplicaban el enfoque RIA, pero para 1996 ya eran más de la mitad y la tendencia aumentó cuando en 1997 este organismo internacional presentó el Reporte sobre Reforma Regulatoria, en el que recomendaba a los gobiernos “integrar la manifestación de impacto regulatorio en el desarrollo, revisión y reforma de la regulación” (CEEY, 2010: 2).

Los principales criterios planteados por la OCDE para realizar la evaluación de alguna legislación son:

- 1) Definición correcta del problema. El problema tiene que presentarse en términos precisos, con evidencia adecuada sobre su naturaleza y magnitud, y con una explicación de su origen (en general, los incentivos que enfrentan los actores relevantes).
- 2) Justificación de la acción estatal. Debe existir evidencia suficiente que sustente la regulación. Las consideraciones básicas son la naturaleza del problema, los costos y beneficios de una instrumentación realista y las alternativas de política pública disponibles (la no acción es la primera de ellas). El análisis detallado de fines y medios son fundamentales para la evaluación retrospectiva.
- 3) Justificación de la regulación particular. Deben compararse alternativas de acción, tanto regulatorias como no regulatorias (no intervenir, proveer información al público, autorregulación y arreglos basados en incentivos como metas e incentivos financieros o

- comerciales), en las que se tomen en cuenta riesgos, costos, beneficios, efectos distributivos, requisitos administrativos, etcétera.
- 4) Sustento legal de la regulación. Toda regulación debe respetar el Estado de derecho. Debe enmarcarse apropiadamente en la legislación vigente y los principios generales de certeza, proporcionalidad y equidad. Deben especificarse las partes de la legislación actual que serán modificadas y establecerse adecuadamente la categoría de la nueva disposición.
 - 5) Determinación del ámbito estatal apropiado. Debe justificarse qué nivel de gobierno es responsable de qué tarea en la instrumentación y el monitoreo de la norma. Deben establecerse procedimientos eficaces de coordinación.
 - 6) Comparación de costos y beneficios. Deben calcularse los costos totales esperados y los costos específicos (para ciudadanos, organizaciones, sectores, el aparato del Estado) de cada propuesta regulatoria y las alternativas disponibles. El efecto total debe ser positivo.
 - 7) La distribución de costos en la sociedad debe ser transparente. Hay que establecer explícitamente los cambios en el bienestar relativo de los grupos sociales.
 - 8) Claridad, accesibilidad. La presentación de la norma debe ser tal, que el público interesado pueda consultarla fácilmente y entenderla bien.
 - 9) Consultas. Todos los actores relevantes (privados, públicos, de la sociedad civil organizada) deben tener la oportunidad de opinar sobre la nueva regulación. Las normas deben elaborarse de modo transparente.
 - 10) Explicación de cómo se conseguirá el cumplimiento de las disposiciones. Deben estudiarse los incentivos y el marco institucional de las decisiones de los actores relevantes para asegurar que observen la ley (costos de cumplimiento y de hacer cumplir la ley, trámites). Se presentan parámetros del éxito de la norma (CEEY, 2010: 5-6).

Las premisas planteadas por la OCDE sugieren que la evaluación de la legislación puede realizarse en distintos momentos. En tal sentido, Álvaro Paúl Díaz y Sebastián Soto Velasco, señalan que, de manera general existen dos momentos en los que puede llevarse a cabo la revisión de una ley; el primero, antes de su entrada en vigor, en el cual es posible

distinguir, a su vez, dos etapas: una antes de que comience el proceso de discusión y análisis, y la segunda como parte ya de este proceso. El segundo momento se produce desde el punto en que el ordenamiento ya ha comenzado a regir, es decir, *ex post* (Díaz y Soto Velasco, 2009: 586).

En realidad, el momento *ex post* es el que daría oportunidad propiamente de someter a escrutinio la ley y sus efectos, ya que en el proceso *ex ante* más bien se estaría hablando de la configuración de ésta. En tal sentido, entre las ventajas que se observan de evaluar una ley ya en vigor se encuentran las siguientes:

- Es posible determinar si la ley fue capaz de cumplir con sus propósitos, lo que tendría un beneficio adicional para los órganos legislativos, en la medida en que podría redituarse en el reconocimiento a una adecuada labor legislativa.
- Permite advertir áreas de oportunidad, sentando así las bases para una eventual reforma legislativa.
- Si la legislación padece de efectos colaterales nocivos, será más probable que ellos sean corregidos a través de una modificación legal.
- De la evaluación surgen propuestas de cambio (Díaz y Soto Velasco, 2009: 587).

Adicionalmente, los autores señalan que la evaluación *ex post* propicia que los parlamentarios no sólo corrijan los errores de leyes aprobadas en el pasado, sino que también tiendan a tener una mirada más de futuro, al recordarles que legislar tiene efectos concretos y medibles. Esto les permitirá adquirir conciencia de que su trabajo puede ser evaluado posteriormente, favoreciendo con ello condiciones que hagan propicia la exigencia de rendición de cuentas o *accountability*.

Este par de autores identifican varias formas de llevar a cabo una evaluación *ex post*, las cuales se refieren a lo siguiente:

- Mediante comisiones evaluadoras parlamentarias. Consisten en grupos de legisladores, con cierto nivel de especialización, dedicados específicamente a la evaluación de los resultados de las leyes aprobadas por el mismo Poder Legislativo. El conocimiento legislativo de los integrantes de estas comisiones puede representar una virtud que, sin embargo, podría verse mermada por juicios subjetivos, en función de

que a final de cuentas son legisladores quienes evalúan la producción parlamentaria.

- A través de una evaluación por parte del servicio destinado a aplicar la ley. Esta opción puede resultar muy efectiva en la medida en que el pulso de la conveniencia y eficacia de la ley lo calcularía la instancia encargada de realizar las acciones reguladas por ésta.
- Por conducto de un servicio público especializado. Esta opción implicaría crear *ex profeso* un órgano específico del Estado que desarrolle las evaluaciones.²
- Mediante una comisión especial dependiente del Parlamento. Las ventajas serían similares a las del servicio público especializado, aunque se sumaría el hecho de mantener una vinculación más estrecha con el Congreso.
- Por parte de un servicio público coordinador de evaluaciones. Este modelo, a diferencia del de servicio público especializado, no implicaría crear una nueva instancia, sino delegar la responsabilidad a una ya existente que funja como coordinadora y que eventualmente pueda apoyarse en contrataciones externas.
- Con el apoyo de una comisión de expertos creada por la ley evaluada. Esta opción consiste en que desde la ley misma se establezca la existencia de una comisión de expertos encargada de evaluar su aplicación, lo que implicaría la creación de órganos *ad hoc*, que tendrían a su favor un alto nivel de especialización, pero en contra de una naturaleza más bien coyuntural que, por ese carácter percedero, poco abonaría a la institucionalización de mecanismos de evaluación legislativa.

IV. PERSPECTIVA COMPARADA: LA EXPERIENCIA CHILENA

Díaz y Soto señalan que la evaluación legislativa ha adquirido una importancia fundamental en la vida normativa de la Unión Europea a

² En México existe la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer), que es un órgano administrativo desconcentrado, con autonomía técnica y operativa, sectorizado a la Secretaría de Economía del gobierno federal. Sin embargo, no existe una vinculación directa con el Poder Legislativo, sumado a que su función está más enfocada al marco regulatorio de la actividad económica, por lo que sus aportaciones al proceso de construcción y evaluación de las leyes en general emanadas del Congreso son más bien limitadas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 411-423.

partir de los años noventa, tanto por lo que hace a los estudios *ex ante*, como a la evaluación *ex post*. También observan que en Estados Unidos se ha seguido una tendencia similar, que le ha valido al Congreso de aquel país hacerse de una gran capacidad para evaluar leyes, en cuyos procesos tienen participación tanto órganos que dependen del mismo Congreso, como otros de carácter externo, públicos y privados (Díaz y Soto Velasco, 2009: 594). Pero entre estas experiencias internacionales vale la pena destacar un esfuerzo latinoamericano, el desarrollado en Chile ya en pleno siglo XXI.

En diciembre de 2010, la Cámara de Diputados de Chile creó el Departamento de Evaluación de la Ley, con el objetivo de completar el ciclo regulatorio de las normas con estudios que permitan conocer los efectos resultantes de las leyes promulgadas.³ En junio de 2011, la misma Cámara dispuso la creación de un Comité de Diputados para la Evaluación de la Ley, en el cual participa un representante de cada bancada parlamentaria.

Resulta muy importante señalar que la iniciativa chilena contó con el apoyo de la OCDE, instancia que, por conducto de su Comité de Política Regulatoria, aportó su experiencia en el tema y apoyó en la orientación del diseño institucional del Departamento de Evaluación de la Ley, así como acerca de la metodología a utilizar, mediante la realización de seminarios parlamentarios, entre otras estrategias.

Conforme a estos antecedentes, en mayo de 2012, la OCDE publicó el documento intitulado: *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, que constituye el primer informe realizado por la División de Política Regulatoria de la Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial de la OCDE para

ayudar al Poder Legislativo de un país miembro a diseñar un sistema e instituciones que efectúen evaluación de la ley, aprovechando buenas prácticas internacionales. Es, asimismo, una de las primeras iniciativas para apoyar a los órganos legislativos de manera práctica, al revisar la aplicación de la legislación (OECD, 2012: 3).

Este informe concentraba buena parte de la experiencia de la OCDE en análisis comparativos, recapitulando referencias sobre el tema de la evaluación de leyes, particularmente de tipo *ex post*, en países miembros de

³ Según se señala en el sitio electrónico: www.evaluaciondelaley.cl.

la OCDE. Adicionalmente, se recopilaban ejemplos de buenas prácticas internacionales para un diseño institucional propicio para realizar una efectiva evaluación *ex post* de la ley, así como de metodologías aplicadas para ello y sobre técnicas utilizadas para incorporar la percepción ciudadana en las metodologías de evaluación.

La experiencia chilena de evaluación de la ley resulta vanguardista y representa un precedente muy significativo en la dinámica parlamentaria de los países de América Latina, pero es aún más reveladora si se considera que en este proceso se buscó involucrar a la ciudadanía. En ese sentido, la metodología adoptada por el Departamento de Evaluación de la Ley otorga particular importancia a la participación tanto de agrupaciones de la sociedad civil relacionadas con la ley que se busca evaluar, como de personas en lo individual. Entre algunas de las bondades que derivan de la participación ciudadana en este proceso se destacan las siguientes:

- Los ciudadanos pueden contribuir a visualizar efectos secundarios inesperados y/o no deseados de las leyes;
- Su participación promueve la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso legislativo;
- Su incorporación previene la influencia desmedida de intereses particulares por sobre el interés público en la toma de decisiones.

Este involucramiento ciudadano se materializa mediante la organización de foros ciudadanos, que se definen como espacios de encuentro e intercambio, los cuales bien pueden ser de tipo virtual o presencial, en los que los ciudadanos y las organizaciones sociales tienen la oportunidad de expresar sus opiniones, compartir información y formular sugerencias o propuestas relacionadas con la ley que se desee someter a evaluación.⁴

⁴ En México, en muchas ocasiones en el contexto de discusión de una ley de particular relevancia es común que el Poder Legislativo convoque a foros públicos a distintos sectores de la sociedad, como ha sucedido con leyes en materia electoral, de derechos humanos, de reforma energética, etcétera. Sin embargo, no en todos los casos es posible advertir qué tanto las discusiones y conclusiones generadas en estos espacios se erigen como insumos para el diseño de algún marco normativo en concreto. Al menos esa es la percepción que se genera a partir de las minutas, iniciativas y proyectos que dan cuenta del debate parlamentario.

De manera general se pueden identificar dos fases en el proceso de evaluación de la ley en Chile, a saber:

- 1) Primera fase. Consiste en realizar una revisión y elaborar un análisis técnico de la ley en cuestión y de sus normas derivadas, o bien con las que guarda relación, con base en la generación de estadísticas y la recolección de opiniones de expertos y organismos implementadores.
- 2) Segunda fase. Consiste en identificar la percepción ciudadana acerca de la ley evaluada y su aplicación, especialmente de las personas afectadas directamente por ella.

La infraestructura legislativa chilena para la evaluación de leyes ha permitido que hasta el momento se haya podido llevar a cabo la valoración de los siguientes instrumentos normativos:

- Ley núm. 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.
- Ley núm. 20.413, que determina quiénes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad.
- Ley núm. 18.600, que establece normas sobre personas con discapacidad mental.
- Ley núm. 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones.
- Ley núm. 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias.
- Ley núm. 20.599, que regula la instalación de antenas emisoras y transmisoras de servicios de telecomunicaciones.
- Ley núm. 20.066, de violencia Intrafamiliar.

Como se puede apreciar, la de Chile es una experiencia bastante desarrollada acerca de cómo sujetar a evaluación una ley que, sin duda, se podría emular adaptándola a las circunstancias particulares de cada país y perfeccionándola de forma específica. Es innegable que se trata de un referente muy significativo para destacar la necesidad de adoptar paulatinamente modelos de mejora regulatoria y de evaluación de las leyes, en

aras de imprimir mayores estándares de profesionalización a la función legislativa, involucrar a la ciudadanía en el desempeño y supervisión de esta función y, principalmente, para generar condiciones que permitan a la ley cumplir con algunos de sus objetivos prácticos para preservar el orden social.

V. CONCLUSIONES

Como cierre de esta colaboración, vale la pena insistir en la importancia de adoptar en México mecanismos permanentes de evaluación de las leyes, no sólo para favorecer el acercamiento de la ciudadanía con el Poder Legislativo y ampliar así las condiciones que contribuyan la rendición de cuentas, sino también para asignar a los marcos normativos parámetros de efectividad que sean susceptibles de medición.

En México existe una infraestructura institucional que podría contribuir a ese objetivo, pero es indispensable vincular más directamente la labor de las instancias que la integran con la función legislativa. Ya se mencionó en páginas anteriores a la Cofemer, pero también se podría considerar a otras instituciones públicas que recopilan información temática por sí mismas, como el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), o bien sumar el apoyo de institutos de investigación de las múltiples universidades y escuelas de educación superior del país.

Vale la pena recordar que incluso al interior de los órganos legislativos se cuenta con áreas de apoyo a la función parlamentaria, por lo menos en el ámbito federal. En el caso de la Cámara de Diputados se cuenta con cinco áreas de investigación, a saber: el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, el Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, y el Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria. Por otro lado, el Senado de la República cuenta con el Instituto Belisario Domínguez y el Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques. Sin embargo, no es común que en la exposición de motivos de las iniciativas legislativas se citen estudios e investigaciones realizadas por estas agencias como parte del caudal argumentativo. De hecho, da la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 411-423.

impresión de que el trabajo que desarrollan es completamente desvinculado de la función legislativa, específicamente en lo que respecta a la parte técnica de elaboración de las leyes.

Sin duda, resulta indispensable que se logre articular esfuerzos de manera sistemática y programática entre todas estas instancias para contar con “mejores” leyes desde su génesis y durante su aplicación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CENTRO DE ESTUDIOS ESPINOSA YGLESIAS, 2010, “Proyecto de Evaluación de Leyes. Criterios de Evaluación”. Disponible en: <http://www.ceey.org.mx/sites/default/files/ceey-proyectodeevaluaciondeleyes.pdf>.
- DÍAZ, Álvaro Paul y SOTO VELASCO, Sebastián, 2009, “Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes”, *Revista Actualidad Jurídica* (II). Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2168547.
- GUASTINI, Riccardo, 2000, “Ley”, en CARBONELL, Miguel y PEDROZA, Susana Thalía (eds.), *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/21/tc.pdf>.
- MURO RUIZ, Eliseo, 2007, *Algunos elementos de la técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2149>.
- OECD, 2012, *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, OECD Publishing.
- UGALDE RAMÍREZ, Luis Carlos y RIVERA LORET DE MOLA, Gustavo, 2014, *Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva estatal e internacional*, México, TEPJF.

LA EXIGIBILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD Y LA OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD (A PROPÓSITO DEL CASO *CUSCUL PIVARAL* *Y OTROS VS. GUATEMALA*)*

Eduardo FERRER MAC-GREGOR**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre el principio de progresividad*. III. *Sobre la discriminación interseccional en perjuicio de dos mujeres embarazadas que viven con el VIH*. IV. *Sobre las medidas de reparación ordenadas en el presente caso*. V. *Conclusión*. VI. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

1. La sentencia en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (en adelante sentencia o *Cuscul Pivaral*) constituye un importante aporte a la línea jurisprudencial en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs). La sentencia se suma a la aproximación seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte, Corte Interamericana o tribunal interamericano), en los casos de *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, *Lagos del Campo vs. Perú*, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *San Miguel Sosa vs. Venezuela*, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, así como en la *OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*, en lo que respecta a la justiciabilidad directa de los DESCAs y los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana, Convención o Pacto de San José).

* El presente texto reproduce el voto razonado emitido en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018). La jueza Elizabeth Odio Benito y el juez Patricio Pazmiño Freire se adhirieron al voto; fue recibido el 22 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 15 de diciembre de 2018.

** ORCID: 0000-0001-8136-1593. Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: *efe.rerm@unam.mx*.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI,
núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

2. La Sentencia reafirma que, de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA) se deriva el derecho a la salud, y que en virtud del artículo 26 de la Convención Americana este derecho es justiciable de manera autónoma ante la Corte Interamericana.¹ También retoma y desarrolla una importante distinción que es igualmente relevante para el fondo de la sentencia y los futuros análisis en la materia: que algunos aspectos del derecho a la salud son de exigibilidad inmediata (como la no discriminación), y que otros tienen un carácter programático (que implica la obligación estatal de avanzar en la protección general de ese derecho).

3. En *Cuscul Pivaral* se reiteraron los avances que han existido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de DESCAs y de protección al derecho a la salud,² introduciendo importantes consideraciones que son relevantes destacar. La primera de ellas es que la sentencia ahonda en las razones que justifican la justiciabilidad directa de los DESCAs en general (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 75-97), y del derecho a la salud en particular (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 98-107). La segunda es que desarrolla los estándares de derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 42-45), ampliando de esta forma lo ya dicho en los casos de *González Lluy vs. Ecuador* y *Duque vs. Colombia*. La tercera es que analiza los

¹ En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte se pronunció por primera vez en el sentido de establecer que el derecho a la salud se puede derivar —vía artículo 26 de la CADH— de las normas contenidas en la Carta de la OEA. Al respecto, la Corte IDH señaló que: “116... la Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables... relativos a prestaciones básicas y específicas de salud...”, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 116.

² Cabe destacar que, en un principio, la justiciabilidad del derecho a la salud se realizó de manera indirecta, por conexidad con derechos civiles y políticos como el derecho a la vida o a la integridad personal, principalmente, véase caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, serie C núm. 329; caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de febrero de 2016, serie C, núm. 312; caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, y caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261.

alcances de la prohibición de discriminación con relación a grupos que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados, como son las mujeres embarazadas que viven con el VIH (caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala*: 128-139). La cuarta es que la Corte determinó, por primera ocasión en su historia, que un Estado es responsable por la violación a la obligación de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana (caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala*: 140-148). Finalmente, la Corte fijó medidas de reparación que atienden a los dos aspectos del derecho a la salud antes mencionados, con el objetivo de reparar a las víctimas del caso y de atender deficiencias sistémicas del Estado, con el fin de que se brinde una atención integral en materia de salud (caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala*: 198-213 y 224-230).

4. Teniendo en cuenta lo anterior, así como lo ya razonado en otras ocasiones sobre el particular,³ emito el presente voto concurrente con el objetivo de reflexionar en torno a algunos aspectos relevantes que surgen de esta sentencia: *a)* sobre el principio de progresividad y la experiencia regional en la materia (párrs. 5-30), *b)* sobre la discriminación interseccional en perjuicio de dos mujeres embarazadas que viven con el VIH (párrs. 31-34); *c)* sobre las medidas de reparación ordenadas, dirigidas a rehabilitar a las víctimas del caso y a evitar futuras violaciones del derecho a la salud contra la población que vive con el VIH en Guatemala (párrs. 35-43), y *d)* conclusiones (párrs. 44-47).

³ Véanse los votos que sobre la materia he formulado en las siguientes sentencias: caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261; caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2015, serie C, núm. 296; caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298; caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de febrero de 2016, serie C, núm. 312; caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, serie C núm. 329; caso *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2016, serie C, núm. 325; caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340; caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 341, y caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de febrero de 2018, serie C, núm. 348.

II. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

1. *La responsabilidad internacional del Estado por la violación al principio de progresividad en el presente caso*

5. Los alcances del principio de progresividad —que sirven como punto de partida para la determinación de responsabilidad internacional del Estado en este caso— están basados en la línea jurisprudencial que inició en el caso de *Acevedo Buendía y otros*.⁴ En este caso, la Corte reconoció que la efectividad de los DESCAs no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad. La Corte también afirmó que en el marco de dicha flexibilidad, en cuanto al plazo y modalidades de cumplimiento, el Estado tiene una obligación de hacer, es decir de adoptar providencias y adoptar los medios necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros para el cumplimiento de sus compromisos internacionales (caso *Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”] vs. *Perú*, 102). En *Acevedo Buendía*, la Corte estableció que como correlato de la progresividad existe un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.⁵

⁴ Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1o. de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 102. A lo desarrollado en el caso *Acevedo Buendía y otros*, la jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha abordado el contenido de la obligación de progresividad en los casos *Poblete Vilches y otros vs. Chile* y en el presente caso. Véase: caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 103.

⁵ Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1o. de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 103. En *Acevedo Buendía* la Corte se refirió a la Observación núm. 3 para señalar que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. Al respecto, cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “Comité DESC”) ha variado el criterio para la evaluación de medidas regresivas, de forma

6. En la sentencia se concluye que el Estado violó el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, con relación al artículo 1.1 del mismo instrumento, como consecuencia de la inacción estatal en materia de protección al derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala, pese a existir una obligación internacional y de una regulación estatal (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 148). En torno a la dimensión progresiva de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, que atiende a las características legislativas y a los recursos disponibles de un Estado en particular, también incluye un sentido de progreso que requiere una mejora efectiva y continua de los derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 146). En el análisis del caso se advirtió que Guatemala, a pesar de contar con una serie de leyes y políticas públicas vigentes con anterioridad al año 2004 para la atención médica de personas con el VIH, prácticamente no proveyó atención médica directa más que a un limitado número de personas, que además no incluía a 48 de las 49 víctimas de este caso (*Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 119). Esta *inacción estatal*, con anterioridad a 2004, ante la epidemia del VIH, derivó en la responsabilidad internacional del Estado por violación al principio de progresividad en materia de protección a la salud.

7. La sentencia se refiere precisamente al incumplimiento del Estado en su deber de hacer, en el sentido mencionado en el caso de *Acevedo Buendía*. La tesis central que sostiene la mayoría en *Cuscul Pivaral* es que, si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCAs, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación

tal que los Estados deberán demostrar, entre otros, que las medidas son: a) temporales, b) necesarias, c) no discriminatorias o que no afecten de forma desproporcionada a personas y grupos desfavorecidos y marginados y d) que respetan al menos las obligaciones básicas del derecho social en cuestión y que sean aplicables al grupo de población específico de que se trate. *Mutatis mutandis*, Comité DESC, Observación General núm. 22, *relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 38 y Observación General núm. 23 *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, 27 de abril del 2016, párr. 53.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida. Esta es la situación de las personas que viven con el VIH, que estaban en un claro riesgo de adquirir enfermedades oportunistas y por lo tanto sufrir afectaciones a su integridad personal o su vida, y de ahí la condena al Estado de Guatemala en el presente caso por su *inacción* en materia de protección efectiva con anterioridad a 2004. En *Cuscul Pivaral* la Corte no identificó la existencia de medidas que hayan sido regresivas en la protección de personas que viven con el VIH en Guatemala. De hecho, reconoció la existencia de una serie de leyes, planes de gobierno y aumentos presupuestarios, sobre todo después de 2004, dirigidos a garantizar una adecuada atención en salud que, pese a su existencia con posterioridad al 2004 tampoco garantizaron de manera efectiva el derecho (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 41-54).

8. Ahora bien, el criterio de la sentencia, además de su valor en relación con la atención de las personas que viven con el VIH en Guatemala, abre una importante puerta para que en el futuro la Comisión o los representantes de las víctimas formulen alegatos ante el Tribunal Interamericano relacionados, ya sea con la inactividad estatal en materia de protección de los DESCAs o con la existencia de medidas regresivas en su protección y que sean atribuibles al Estado. Esta labor, sin embargo, deberá ser realizada atendiendo a los retos metodológicos que implica la evaluación de la política estatal en materia de protección a los derechos sociales en una sociedad democrática. Para la Comisión y los representantes de las víctimas, el reto estará en poder demostrar que el Estado efectivamente adoptó medidas regresivas que afecten la realización de uno o varios DESCAs protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. Esto implicará la formulación de argumentos que demuestren el reconocimiento explícito o implícito de un derecho protegido vía artículo 26 del Pacto de San José, así como la remisión del material probatorio necesario para acreditar que las acciones estatales efectivamente implicaron una inacción y/o regresión no justificada en la efectividad de ese derecho. Por su parte, el Estado deberá justificar que sus acciones han tendido a la plena realización del derecho o bien no fueron regresivas, y si se presentara este último supuesto, acreditar que dicha regresividad se encuentra justificada conforme a los estándares que el propio derecho internacional reconoce.

9. En cualquier caso, los Estados deberán continuar con sus esfuerzos de transparentar la manera en que la protección de los DESCAs es

realizada en su territorio. En ese sentido, cabe destacar la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos del 4 junio de 2012, en la cual los Estados aprobaron el documento *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, que contiene las pautas y los criterios adoptados por los Estados parte del “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” (en adelante, Protocolo de San Salvador) para la medición del cumplimiento de los derechos dispuestos en dicho Protocolo.⁶

10. Estos criterios sirven como la base para que los Estados presenten información sobre el cumplimiento de sus obligaciones en materia de los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador,⁷ y pueden también ser elementos importantes para evaluar el cumplimiento de los Estados en materia de DESCAs, en relación con el artículo 26 de la Convención. Por supuesto, como lo afirma la Sentencia (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 89), la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en el artículo 19.6 de ese instrumento. Pero esto no implica que la información que los Estados presentan en sus informes nacionales no pueda ser utilizada como prueba ya sea para la Comisión o para los representantes de las víctimas o el Estado. Lo importante —para efectos de esta reflexión— es que aquellos alegatos relacionados con la falta de realización de los DESCAs estén formulados como argumentos jurídicos sólidos, y sobre la base de los datos y demás material probatorio que permita acreditar la manera en que el Estado ha

⁶ OEA, “Aprobación de indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, resolución AG/RES. 2713 (XLII-O/12) aprobada en la segunda sesión plenaria de 4 de junio de 2012, Punto 1 de la resolución, puede consultarse en: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/pssv-indicadores-es.pdf>. GTPSS, “Indicadores de Progreso: Primer Agrupamiento de Derechos”, 12 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/XXV.2.1, párrs. 15, 67 y 68. En el caso *Gonzales Lluy*, la Corte consideró, que en el Protocolo de San Salvador se hace referencia a la satisfacción de los derechos en un contexto del desarrollo del sistema de salud, además que los bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico. Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1o. de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, párr. 172 y nota al pie 202. En el caso *Poblete Vilches*, la Corte utilizó dichos indicadores a la luz del artículo 26 de la Convención Americana y para establecer la existencia de una prohibición de regresividad frente a la realización alcanzada de los derechos. Véase, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párrs. 104 y nota al pie 133.

⁷ *Op. cit.* AG/RES. 2713 (XLII-O/12), punto 5.

cumplido —o ha dejado de cumplir— la efectiva realización de los derechos en los términos del artículo 26 de la Convención Americana.

2. *Algunas decisiones de las altas jurisdicciones nacionales relacionadas con el mandato de progresividad y con la protección del derecho a la salud de las personas que viven con el VIH*

11. La aproximación adoptada por la Corte Interamericana en este caso no es nada nuevo en nuestra región. Las altas jurisdicciones nacionales han desarrollado estándares importantes para lograr la plena efectividad del derecho a la salud en el marco de la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad.⁸ En algunos casos, han considerado las circunstancias particulares de las personas que padecen VIH/Sida y la situación de vulnerabilidad que éstas presentan. A continuación, me referiré a algunos de estos estándares para mostrar un panorama general de la materia.

A. *La constitucionalización de la obligación de progresividad*

12. Diversas constituciones de la región han reconocido expresa o implícitamente la obligación de progresividad (principio de progresividad en materia de derechos humanos).

13. En este sentido algunos textos fundamentales enuncian de manera expresa que esta obligación o principio irradia a todos los derechos humanos y no sólo a los DESC. Bajo este supuesto encontramos a países

⁸ En este sentido, el Comité DESC desde la Observación General núm. 3 (1991) expresó, dentro del análisis de la obligación general de progresividad, que “... todas las medidas de carácter *deliberadamente retroactivo*... requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Esta línea interpretativa del Comité DESC ha sido reiterada en Observaciones recientes, como la Observación General núm. 23 (2016) al señalar que: “los Estados parte deberían evitar adoptar deliberadamente cualquier medida regresiva sin una cuidadosa consideración y justificación”. Véanse, Comité DESC, Observación General núm. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1o. de enero de 1990, párr. 9, y Comité DESC, Observación General núm. 23 *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, 26 de abril del 2016, párr. 52.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

como Bolivia,⁹ Ecuador,¹⁰ México,¹¹ República Dominicana¹² y Venezuela.¹³ En una segunda variante encontramos a aquellas Constituciones que —exclusivamente— han reconocido el carácter programático de determinados derechos que, por lo general, son DESCAs. En este esquema encontramos a países como Colombia¹⁴ y Guatemala,¹⁵ al igual que a Hondu-

⁹ “Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos...”. Constitución Política del Estado. Asamblea Constituyente de Bolivia. Promulgada el 7 de febrero de 2009.

¹⁰ “Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios... 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos...”. Constitución de la República de Ecuador, 20 de octubre de 2008, *Registro Oficial*.

¹¹ “Artículo 1o... Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2017.

¹² “Artículo 8o. Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.” Constitución de la República Dominicana, *Gaceta Oficial*, 10 de julio de 2015.

¹³ “Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Enmienda del 15 de febrero de 2009.

¹⁴ El principio de progresividad se encuentra establecido en los artículos 48, 64, 262, 334 y 363 de la Constitución Política de Colombia, destacando en el derecho a la seguridad social (artículo 48) y a la tenencia de la tierra (artículo 64). Véase Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos 2 de 2017.

¹⁵ La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 100 el principio de progresividad refiriéndose al derecho a la seguridad social. “Artículo 100.

ras¹⁶ y Perú.¹⁷ Un tercer bloque de Constituciones se caracterizan porque, si bien no hacen referencia expresa al principio de progresividad en materia de derechos humanos, establecen, en cierto modo, cargas al Estado para que se hagan efectivos los derechos contenidos en las normas fundamentales —y en algunos casos bajo esquemas de igualdad real— para las personas bajo su jurisdicción. En esta categoría encontramos países como Argentina¹⁸ y Brasil.¹⁹

Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo...”. Constitución Política de la República de Guatemala. Reformada por acto legislativo núm. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

¹⁶ El artículo 143 de la Constitución Política de la República de Honduras reconoce la implementación progresiva del régimen de seguridad social. De manera indirecta, el artículo 179 prevé que el Estado promoverá, apoyará y regulará la creación de sistemas y mecanismos “para la utilización de los recursos internos y externos a ser canalizados hacia la solución del problema habitacional”. Por su parte, el artículo 260 establece como uno de sus fines de las instituciones descentralizadas el “progreso social y bienestar general”. La Constitución de Honduras. Actualizada hasta el decreto 36 del 4 de mayo de 2005.

¹⁷ “Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”. “Artículo 23... El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”. Constitución Política del Perú.

¹⁸ “Artículo 75. Corresponde al Congreso... 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”. Constitución de la Nación Argentina. Ley núm. 24,430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995.

¹⁹ “Artículo 3. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: 1. construir una sociedad libre, justa y solidaria; 2. garantizar el desarrollo nacional; 3. erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; 4. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación.” Constitución Política de la República Federativa del Brasil.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

De igual forma, encontramos en esta última categoría a naciones como Costa Rica²⁰ y Paraguay.²¹

b. Decisiones judiciales sobre progresividad de la Altas Cortes de la región

14. La constitucionalización de los derechos sociales y del principio de su realización progresiva (en cualquiera de sus tres vertientes señaladas) ha tenido como resultado que ante las instancias judiciales se presenten demandas en las cuales, además de invocar la violación específica de un DESCFA, se solicite que las altas jurisdiccionales constitucionales diriman sobre si se ha infringido algún aspecto de la progresividad/regresividad de los mismos. En este sentido, diversos tribunales han desarrollado estándares para evaluar cuando se ha incumplido la progresividad de un derecho, o bien se han adoptado medidas de carácter regresivo. Al respecto, cada jurisdicción constitucional ha tenido desarrollos particulares, si bien concordantes a estos parámetros.

15. Una referencia importante, respecto de los desarrollos sobre los alcances de la progresividad, la constituye la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC). Sobre este punto, la CCC ha entendido que los contenidos prestacionales no son de aplicación inmediata, sino que están sujetos al principio de progresividad, y que, en un estado social de derecho, no son suficientes las sentencias judiciales, sino que es necesario que la construcción de derechos dentro del proceso democrático en el que exista un fundamento legal y presupuestario (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302/2017). Para la CCC, el principio de progresividad tiene

²⁰ “Artículo 65. El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador.” “Artículo 83.- El Estado patrocinará y organizará la educación de adultos, destinada a combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquellos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica”. Constitución Política de la República Costa Rica. Publicada el 7 de noviembre de 1949.

²¹ “Artículo 176. De la política económica y de la promoción del desarrollo. La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional.” Constitución de la República del Paraguay. Promulgada el 20 de junio de 1992.

al menos tres consecuencias concretas para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales: *i*) la existencia de una política pública orientada al goce efectivo de los derechos, *ii*) de existir la política pública, que sus contenidos sean protegidos por medio de un recurso judicial, y *iii*) la limitación de la facultad discrecional de la autoridad para implementar medidas regresivas (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302/2017).

16. Por otro lado, dicho tribunal ha señalado que se entiende que una medida es regresiva cuando: *i*) se recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del derecho involucrado; *ii*) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho, y *iii*) cuando disminuye o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción.²² Además, ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-991 de 2004). De este modo, la CCC ha expresado que, cuando una medida regresiva es sujeta a control constitucional, corresponde al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes: *i*) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; *ii*) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; *iii*) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; *iv*) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido, y *v*) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.²³ Además de los supuestos previos, la CCC de forma reciente ha determinado que, para la implementación de una medida regresiva, debe *vi*) identificar la constitucionalidad de la medida, y *vii*) considerar la inclusión de un proceso deli-

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/14, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia del 29 de mayo de 2014, pp. 7 y 8, y, *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 556/09, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia del 20 de agosto de 2009.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/14, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29 de mayo de 2014. Véase en el mismo sentido: *Cfr.* Sentencia C-1064/01, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Esponisa y Jaime Cordova Triviño, 10 de octubre de 2001; *Cfr.* Sentencia C-671/02, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett, 20 de agosto de 2002 y *Cfr.* Sentencia C- 931/04, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 29 de septiembre de 2004.

berativo en el que se incluya a los sectores afectados con la regresión, aun cuando la medida sea emitida por una autoridad administrativa (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-302/2017).

17. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina propone un análisis en abstracto, en el que valora si la medida cuestionada de regresiva está justificada,²⁴ considerando una protección especial para los grupos más vulnerables.²⁵

18. La Corte Constitucional de Ecuador ha reconocido que el principio no se agota con la abstención de adoptar medidas regresivas, sino de realizar medidas positivas como las legislativas. Respecto al principio de no regresividad, en el análisis de las medidas legislativas ha considerado que una norma es regresiva, por lo tanto, inconstitucional e inconveniente, cuando ha verificado dos elementos: i) la real disminución del contenido constitucional del derecho, y ii) si la medida no ha sido adoptada por la “consideración más cuidadosa (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia núm. 002-18-SIN-CC, 78 y 79)”. Respecto a la “consideración más cuidadosa” de las restricciones y de las medidas legislativas regresivas, ha determinado la necesidad de su justificación en función de la satisfacción de otro derecho constitucional y de su proporcionalidad (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N. 017-17-SIN-CC: 15 y 16).

19. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú, si bien en un principio se limitó a un examen laxo sobre el principio de regresividad en el que la medida podría justificarse por razones del bien común,²⁶ en los últimos años ha optado algunos criterios que podrían ser el inicio de un *test* más detallado para el análisis de medidas regresivas. Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad de la reducción de una remuneración ha

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *García Cancino, María Angélica c/Máxima A.F.7.P. S.A. s/presentaciones varias*, S.C.G. 2.033 L. XXXIX, sentencia del 16 de febrero de 2010, y Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/Poder Ejecutivo Nacional y otros/acción de amparo*. CSJ 906/2012 (48-R) /CS1. Recurso de Hecho. Sentencia del 24 de noviembre de 2015, punto 6.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*. A. 59B. XLIII. Recurso de Hecho. Sentencia del 18 de junio de 2013, punto 11.

²⁶ Tribunal Constitucional de Perú, *Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República*. Proceso de Inconstitucionalidad. Expediente núm. 00050-2004-AI/TC, 3 de junio de 2005, p. 60.

constatado si ésta: *i*) se encuentra justificada por razones de interés social o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique; *ii*) se trata de una medida extraordinaria; *iii*) se trata de una medida coyuntural, y *iv*) posee eficacia limitada en el tiempo.²⁷

20. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido que una medida resulta o no regresiva: *i*) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho prestacional; *ii*) cuando aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho de que se trata, y *iii*) cuando disminuye o desvía de manera efectiva e importante los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, antes de que se haya verificado el cumplimiento de la respectiva prestación.²⁸ Sin detrimento de lo anterior, también ha considerado que podría justificarse la regresión en determinado momento histórico, siempre que se atienda a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.²⁹

21. En general, la Suprema Corte de Justicia de Nación de México (en adelante, SCJN) ha utilizado distintos criterios respecto de los elementos para el análisis de constitucionalidad de una medida regresiva.³⁰ Además, puede identificarse que sus dos salas han establecido *test* distintos para analizar la constitucionalidad de medidas supuestamente regresivas. Para la Primera Sala de la SCJN, una medida regresiva es constitucional, de involucrarse algún tema de recursos presupuestales, si: *i*) se acredita la falta de recursos; *ii*) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos

²⁷ Tribunal Constitucional de Perú, caso *Ley de Reforma Magisterial 2*, SCT-01.014-PI, Expediente 0020-2012-PI/TC, 16 de abril de 2014, p. 20.

²⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Inconstitucionalidad general y parcial, Expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011, pp. 25 y ss.

²⁹ Así, el examen de regresividad de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala consiste en determinar si: *i*) la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; *ii*) resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; *iii*) fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; *iv*) no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido, y *v*) el beneficio que alcanza es proporcional al costo. *Ibidem*, pp. 32 y 33.

³⁰ Por ejemplo, la SCJN ha hecho uso de un *análisis genérico* respecto de la validez de una medida supuestamente regresiva, en función de su fin social (véase, SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 304/2015, Sentencia del 31 de mayo de 2017, pp. 25 a 28), así como de una prueba, consistente en acreditar la existencia de una *restricción generalizada* y una *relación de causalidad* entre la medida y afectaciones a las personas demandantes en amparo; véase, SCJN, Amparo en revisión 566/2015, Sentencia del 15 de febrero de 2017, pp. 32 y 33).

necesarios para obtenerlos, sin éxito, y *iii*) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente era mayor.³¹ Por su parte, la Segunda Sala de la SCJN ha señalado que para concluir que una medida regresiva está justificada debe analizarse si: *i*) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano, y *ii*) genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos.³²

22. Como puede apreciarse, diversas jurisdicciones constitucionales nacionales han evaluado si se ha incumplido la gradual realización de los DESCAs en el marco del principio de progresividad. Cabe resaltar que, si bien las constituciones de la región no reconocen expresamente la prohibición de regresión, las altas jurisdicciones nacionales lo han abordado. En este sentido, como lo ha hecho el Comité DESC, existe una prohibición de regresión de manera implícita dentro del contenido de la progresividad.³³

³¹ SCJN. Primera Sala, Amparo en revisión 750/2015, *Consejo universitario y tesorero de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*. Sentencia del 20 de abril de 2016, pp. 84 y 85; SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1374/2015, Sentencia del 18 de mayo de 2016, pp. 84 y 85; SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1356/2015, Sentencia del 6 de julio de 2016, pp. 30 y 31; SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 100/2016, Sentencia del 10 de agosto de 2016; SCJN. Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, Sentencia del 8 de marzo de 2017, pp. 67 y 68.

³² SCJN. Segunda Sala, Amparo directo en revisión 2425/2015, 12 de agosto de 2015, p. 16; SCJN, Segunda Sala, Contradicción de tesis 291/2015, 20 de enero de 2016, pp. 61 y 62; SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 559/2015, 17 de febrero de 2016, pp. 21 y 22; SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 11/2016, 18 de mayo de 2016, p. 25; SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 7153/2016, 5 de abril de 2017, pp. 32 y 33.

³³ En este sentido, el Comité DESC desde la Observación General núm. 3 (1991) expresó, dentro del análisis de la obligación general de progresividad, que "... todas las medidas de carácter *deliberadamente retroactivo*... requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Esta línea interpretativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido reiterada en Observaciones recientes, como la Observación General núm. 23 (2016) al señalar que: "los Estados parte deberían evitar adoptar deliberadamente cualquier medida regresiva sin una cuidadosa consideración y justificación... Los Estados

c. Decisiones sobre el derecho a la salud
de las personas viviendo con el VIH

23. En este contexto, el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH no es un tema ajeno a la jurisprudencia de Altas Cortes que han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. Esto es de fundamental importancia, pues muchos de los avances jurisprudenciales que se han tenido en materia de protección del derecho a la salud han sido desarrollos jurisprudenciales a nivel nacional.

24. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina determinó que el Ministerio de Salud y acción social está obligado a brindar asistencia, tratamiento y especial suministro de los medicamentos a quienes viven con el VIH/Sida bajo la premisa de que la salud está comprendida dentro del derecho a la vida. Consideraron que un tratamiento adecuado comprende el suministro de medicamentos, por lo que éste debe ser regular, oportuno y continuo a fin de evitar los riesgos de su interrupción. Adicionalmente, señaló que para una asistencia adecuada deben desarrollarse programas destinados a la detección, investigación, diagnóstico, tratamiento, prevención y rehabilitación, gestionando los recursos financieros necesarios.³⁴

25. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia determinó que, ante la falta de suministro regular de medicamentos a una menor que vive con el VIH/Sida, se vulneran los derechos a la vida y a la salud, considerando una especial protección para el caso de menores, máxime si no cuentan con los recursos suficientes.³⁵ Por otro lado, reconoció a dicha enfermedad por “catastrófica” dado el impacto en las relaciones personales, familiares y económicas del paciente. También, razonó sobre la con-

parte que se enfrentan a dificultades considerables para lograr la efectividad progresiva de ese derecho debido a la falta de recursos nacionales tienen la obligación de solicitar cooperación y asistencia internacionales”. Comité DESC, Observación General núm. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1o. de enero de 1990, párr. 9 y Observación General núm. 23 *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, 26 de abril del 2016, párr. 52.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional*, s/amparo ley 16.986, A. 186. XXXIV, 1 de junio de 2000, Considerandos 9, 13 y 14.

³⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC, sentencia del 10 de mayo de 2010. Magistrado relator Ernesto Félix Mur, p. 10.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

tinuidad en el tratamiento por el riesgo inminente a la vida de la persona que vive con la enfermedad, tanto por la presentación de enfermedades oportunistas como por la creación de resistencia a los medicamentos.³⁶ Además, que corresponde a las autoridades desarrollar las políticas de prevención, atención y rehabilitación.³⁷

26. La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto que las personas que viven con el VIH/Sida forman parte de un grupo que requiere especial protección constitucional, por lo que la protección a su derecho a la salud tiene una protección reforzada al desarrollar el derecho a la igualdad. También, ha considerado que, en las prestaciones del servicio de salud, debe observarse el “principio de continuidad” el cual comprende el suministro constante e ininterrumpido de las prestaciones médicas regidas por el “principio de integralidad” (medicamentos, intervenciones quirúrgicas, exámenes de diagnóstico u otros).³⁸

27. La Corte Constitucional de Ecuador también ha resuelto que las personas que viven con el VIH comprenden un grupo de atención prioritaria, razón por la cual le corresponde al Estado implementar mecanismos de protección reforzada, ya sea mediante legislación o políticas públicas que atiendan efectivamente esta finalidad.³⁹ En esta línea, el Estado debe garantizar su derecho a la salud integral, por medio del tratamiento y acceso oportuno a los medicamentos de manera gratuita, refiriendo también a la necesidad de generación por parte de las autoridades sanitarias de mecanismos de educación y prevención sobre el VIH y el SIDA.⁴⁰

³⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia SC 0026/2003-R, Número de expediente: 2002-05354-10-RAC, Magistrada relatora Dra. Elizabeth Ñíguez de Salinas, sentencia del 8 de enero de 2003, pp. 6 y 7.

³⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC, sentencia del 10 de mayo de 2010. Magistrado relator Ernesto Félix Mur, p. 8.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599/15, *AA contra Comfamiliar E.P.S-S (...)*, 15 de septiembre de 2015, Expediente T-4.936.041, magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos, pp. 21, 24 y 27.

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 068-18-SEP-CC, caso 1529-16-EP, sentencia del 21 de febrero de 2018, p. 50. Sentencia N. 016-16-SEP-CC, caso 2014-12-EP, sentencia del 13 de enero de 2016, p. 35. Sentencia N. 080-13-SEP-CC, caso 0445-11-EP, sentencia del 9 de octubre de 2013, p. 19.

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 364-16-SEP-CC, caso 1470-14-EP, sentencia del 15 de noviembre de 2016, p. 35.

28. El Tribunal Constitucional de Perú ha determinado que la atención integral de una persona que vive con el VIH no se limita a paliar los efectos de la enfermedad con el suministro de medicamentos y la realización de exámenes de forma periódica, sino que requiere actuaciones mayores en la etapa de prevención de la enfermedad.⁴¹ Asimismo, ha razonado sobre las circunstancias especiales de pobreza extrema que viven algunas personas que viven con la enfermedad, siendo necesaria su atención prioritaria.⁴²

29. La SCJN estudió las deficiencias de las instalaciones de los servicios públicos de salud que favorecían el contagio de enfermedades oportunistas para las personas que viven con el VIH y que eran atendidas en cierto hospital. Consideró que la falta de instalaciones adecuadas es suficiente para actualizar una violación al derecho a la salud y ordenó a las autoridades asegurar el disfrute más amplio posible del derecho a la salud de las personas que viven con VIH/SIDA por medio de la inversión en instalaciones —dadas las circunstancias económicas existentes—, estableciendo que la inversión respectiva debe contar con el punto de vista científico y médico.⁴³

30. Como se advierte, altas jurisdicciones nacionales han desarrollado estándares importantes en la materia, en las que se aprecia que quienes viven con el VIH son un grupo de atención prioritaria en el cual uno de los componentes fundamentales para salvaguardar sus derechos (salud, vida e integridad personal) lo constituye la dotación continua e ininterrumpida de medicamentos antirretrovirales. Sin embargo, para que la atención sea integral también se debe brindar atención médica para enfermedades oportunistas, haciendo uso del máximo de los recursos disponibles. Esta serie de obligaciones van en consonancia con las obligaciones que la Corte Interamericana incorpora en esta Sentencia.⁴⁴ De este modo, lo que el Tribunal Interamericano incorpora en el presente caso constituye un piso mínimo en materia de derecho a la salud de las personas que viven con el VIH.

⁴¹ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, magistrado José Luis Correa Condori, sentencia del 5 de octubre de 2004, párrs. 44 y 47.

⁴² Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2945-2003-AA/TC, sentencia del 20 de abril de 2004, párr. 48, y Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori, sentencia del 5 de octubre de 2004, párr. 47.

⁴³ SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, ministro ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014, pp. 61 y 63.

⁴⁴ Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C núm. 359, párrs. 108-117.

III. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL EN PERJUICIO DE DOS MUJERES EMBARAZADAS QUE VIVEN CON EL VIH

31. En la Sentencia también se abordaron los alegatos relacionados con la discriminación que habrían sufrido algunas mujeres embarazadas, quienes no habrían recibido un tratamiento médico que tomara en consideración la forma interseccional de discriminación que enfrentaron. En relación con este aspecto, la Sentencia concluye que el Estado incumplió con la prohibición de discriminación, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la salud reconocido en el artículo 26 de la Convención, en perjuicio de dos víctimas del caso.⁴⁵ Esta conclusión se basa en que el Estado no otorgó tratamiento antirretroviral a una víctima cuando estaba embarazada, y tampoco practicó un parto por cesárea a otra víctima cuando esto constituía una práctica preventiva para evitar la transmisión vertical del VIH. Estas omisiones del Estado constituyeron una forma de discriminación basada en género, debido a que tuvieron un impacto diferenciado en las dos mujeres que viven con el VIH y generaron un riesgo de transmisión vertical del virus a sus hijos (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 139). Aunado a ello, la mayoría consideró que existió una discriminación interseccional, pues las dos víctimas son mujeres que viven con el VIH y en situación de embarazo, de modo que su discriminación fue el producto de varios factores que interaccionan y que se condicionan entre sí (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 138).

32. El análisis efectuado tiene su antecedente jurisprudencial en el caso *González Lluy y otros*, donde la Corte determinó que Talía Gabriela sufrió una discriminación a partir de su condición de persona que vive con el VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza (caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*: 291). Esos factores hicieron a la víctima más vulnerable y agravaron los daños que sufrió (caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*: 285). En aquella ocasión, la Corte reflexionó sobre cómo ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de ser víctima de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos (caso *González Lluy y*

⁴⁵ Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C núm. 198, párr. 102, y caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 139.

otros vs. Ecuador: 288). También destacó que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta de forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados (caso *Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*: 290). Esta misma línea ha sido continuada en los casos *I.V. vs. Bolivia*, *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. y el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*.

33. En los casos antes referidos —y en *Cuscul Pivaral* (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 138)— la Corte afirmó la tesis de que donde exista confluencia de factores de discriminación de manera interseccional existe una experiencia discriminatoria específica que se diferencia de otras formas de discriminación. Esta posición que progresivamente se ha ido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte en la protección de grupos vulnerables, genera ciertos retos que deberán ser abordados en el futuro. La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas deberán argumentar con la mayor claridad y precisión posible *i)* que los factores de riesgo o vulnerabilidad alegados son categorías protegidas por la Convención Americana; *ii)* que estos factores interactuaron o concurrieron entre sí, dando lugar a un tipo particular de discriminación, y *iii)* que esto efectivamente afectó a las víctimas del caso concreto. Es decir, no basta con alegar que existen diferentes elementos que confluyen en una persona, sino que debe acreditarse que la combinación de estos elementos generó una nueva forma agravada de discriminación con características específicas.

34. La Sentencia es especialmente relevante en este tema pues permite visibilizar la confrontación entre género y maternidad, factores usualmente solapados por la condición de una persona que vive con el VIH. La mayoría apreció la existencia de un nuevo tipo de discriminación agravada a partir de la interacción de dichas circunstancias, reconociendo la necesidad de que el Estado brinde protección diferenciada a partir de las necesidades particulares que enfrentan las mujeres embarazadas que viven con el VIH. Esta aproximación tiene una doble virtud: por un lado, visibiliza a un grupo que ha sido históricamente discriminado y fija consecuencias jurídicas para el Estado por no brindar una protección bajo un enfoque diferencial,⁴⁶ y por el otro, abre la puerta para que el Estado adopte me-

⁴⁶ Por ejemplo, en Colombia, dicho enfoque ha sido entendido como: “[Aquel que] expresa el reconocimiento y acciones del Estado para contrarrestar o minimizar la forma distinta, a veces incluso desproporcionada, en que la violencia y las amenazas afectan a determinados grupos sociales en relación con sus características particulares de edad, género,

didadas en el futuro que permitan una protección más eficaz y mucho más específica del derecho a la salud para mujeres embarazadas que viven con el VIH. En este sentido, la Sentencia —tanto en su análisis de fondo, como en materia de reparaciones— se suma a lo ya definido por ONUSIDA sobre la necesidad de fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad.⁴⁷

IV. SOBRE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN ORDENADAS EN EL PRESENTE CASO

35. La Sentencia también estableció una serie de medidas dirigidas a reparar las violaciones ocurridas para las víctimas del caso, y para evitar que éstas se repitan en el futuro, como lo ha hecho en su jurisprudencia constante en materia de reparaciones. En ese sentido, en primer lugar, la Corte dispuso que el Estado debe brindar a las víctimas del caso, a través de sus instituciones públicas y de conformidad con los estándares de atención médica para personas que viven con el VIH, el tratamiento médico o psicológico o psiquiátrico a las víctimas de violaciones al derecho a la salud.

36. Este tratamiento deberá incluir cuestiones cruciales como el suministro gratuito y de por vida de medicamentos necesarios para combatir el VIH o las enfermedades oportunistas, la realización de pruebas diagnós-

etnia, salud, discapacidad u opción sexual. Estas diferencias, determinadas de manera cultural, social e histórica, resultan decisivas en la aplicación de todos los dispositivos de prevención y protección... y en la forma como las entidades deben establecer su trato con los sectores mencionados, a fin de evitar ahondar en la discriminación y el daño causado". Ministerio del Interior y Justicia, Decreto 1737 de 19 de mayo de 2010 por el cual se modifica el Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 del 2005, creado mediante el Decreto 3570 de 2007, artículo 4o. En similar sentido, Directriz de Atención integral a la población desplazada con enfoque diferencial de género, Consejería Presidencial para la equidad de la Mujer- ACNUR Colombia. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7394.pdf>.

⁴⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Versión consolidada de 2006, octava directriz, pp. 52-54, citadas en caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 134.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

ticas, el apoyo social que incluya aspectos como la asistencia nutricional o psicológica, y el acceso a tecnologías de prevención de contagio (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 210). Todos estos aspectos tienen un nexo causal con el tipo de tratamiento que el Estado falló en proveer a las víctimas, y que es necesario para la atención médica de personas que viven con el VIH conforme a los estándares que son definidos en la sentencia. Estos estándares se basan —lo que respecta a sus aspectos médicos— en la opinión experta de instituciones como ONUSIDA o la Organización Mundial de la Salud.

37. De la mano de lo anterior, la Sentencia (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 224-230) ordenó ciertas garantías de no repetición que están dirigidas a que el Estado mejore las condiciones de atención para las personas que viven con el VIH en Guatemala, sean o no víctimas del caso.⁴⁸ Éste es un aspecto que es relevante resaltar, pues con ello se persigue impulsar aquellos cambios sistémicos necesarios para que el Estado cumpla de manera más efectiva con sus obligaciones en materia de protección al derecho a la salud.

38. En esta lógica, la sentencia ordena la implementación de mecanismos de fiscalización y supervisión periódica de los hospitales públicos a fin de asegurar que se brinde una atención integral en materia de salud para personas que viven con el VIH (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 225). Adicionalmente, y de especial relevancia, resulta el diseño de un mecanismo a cargo del Estado para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones en salud para las personas que viven con el VIH, y el diseño de este mecanismo deberá convocar la participación de la comunidad médica y de otros sectores (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 226). Se trata de medidas que buscan impulsar a las institucio-

⁴⁸ La sentencia interamericana, por su propia naturaleza y por la forma en la que está diseñado el Sistema Interamericano, cumple una doble función: por un lado, brindar medidas de reparación para la situación en concreto (restitución, satisfacción, investigación y de índole económico) pero además también tiene una función de brindar reparaciones para que los mismos hechos no vuelvan a ocurrir (garantías de no repetición). Esta concepción amplia que abarcan las medidas de no repetición es lo que hace a la *restitutio in integrum*, única en el derecho internacional. Es claro que la sentencia interamericana tiene, en una jurisdicción nacional, efectos más generales que los que se involucran en cada caso concreto; las medidas de no repetición que se otorgan en cada caso van encaminadas a que las autoridades cuenten con parámetros para reparar a las posibles víctimas, en circunstancias similares a las que el Tribunal Interamericano tiene la oportunidad de conocer.

nes estatales para que, de forma deliberativa o dialógica y con otros sectores involucrados en la atención médica, se diseñen estrategias y acciones de atención. Este tipo de mecanismos deliberativos o dialógicos no son ajenos al constitucionalismo de los derechos sociales,⁴⁹ que busca crear medios efectivos para que los DESCAs se materialicen en la realidad, que no sólo se queden plasmados en las decisiones judiciales⁵⁰ y que, además, sean un medio en cual los principales interesados puedan ser parte de la toma de decisiones que les afectarán.⁵¹

⁴⁹ Véase al respecto las siguientes decisiones: Corte Constitucional de Sudáfrica: *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors* 2000 (11) BCLR 1169; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)* [Expte. Núm. CSJ 1569/2004 (40-M) /CS2: Corte Suprema de India: *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India and Other*, Petition (Civil) núm. 196 of 2001; Corte Constitucional de Colombia: *Sentencia T- 025*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004; *Sentencia T- 760/08*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 31 de julio de 2008; *Sentencia T-762/15*, Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de diciembre de 2015; *Sentencia T-622/16*, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, 10 de noviembre de 2016; *Sentencia T- 302/17*, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo de 2017 y *Sentencia T-080/18*, magistrado ponente: Carlos Libardo Bernal Pulido, 2 de marzo de 2018.

⁵⁰ Cabe precisar que el hecho que los poderes judiciales se pronuncien sobre la vulneración de los derechos sociales o de la posible vulneración de los derechos sociales no implica que el Poder Judicial se avoque a crear políticas públicas o bien a suplantar a alguno de los poderes a nivel interno (por ejemplo, el legislativo); es claro que la finalidad del poder judicial no es la de legislar sin embargo, su finalidad como poder es la de velar porque los derechos que se encuentren constitucionalizados o bien de fuente internacional a los que se haya comprometido, sean efectivos. Sobre este punto, se han pronunciado la Corte Constitucional de Colombia (*Sentencia T- 025*, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amparo en Revisión 378/2014, ministro ponente: Alberto Pérez Dayán, secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero, p. 58).

⁵¹ Sobre este tema la Observación general núm. 14 del Comité DESC ha precisado que: “54. Al formular y ejecutar las estrategias nacionales de salud deberán respetarse, entre otros, los principios relativos a la no discriminación y la participación del pueblo. En particular, un factor integrante de toda política, programa o estrategia con miras al cumplimiento de las obligaciones gubernamentales en virtud del artículo 12 es el derecho de los particulares y grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a su desarrollo. Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo” [énfasis añadido]. Comité DESC, Observación General núm. 14, El derecho al disfrute

39. En relación con lo anterior es importante destacar que la Sentencia prestó una atención especial a las mujeres que habrían sido víctimas de discriminación. Es por esta razón que la Corte ordenó garantías de no repetición tendientes a garantizar que las mujeres embarazadas que viven con el VIH cuenten con una serie de condiciones mínimas que les permitan enfrentar las diversas formas de discriminación que las afectan de forma conjunta.

40. La Corte se inclinó por la adopción de acciones estatales en materia de salud que cuenten con un enfoque interseccional a partir de la discriminación declarada en la Sentencia, teniendo en cuenta la urgencia de las necesidades de las mujeres embarazadas que viven con el VIH en Guatemala. Esto implica un avance en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, ya que el Tribunal Interamericano reconoció la relevancia de la adopción de acciones diferenciadas en el tratamiento de la discriminación interseccional para toda la población de mujeres en el Estado. En otras palabras, se plantea que la adopción de medidas con un enfoque unitario puede no ser suficiente para paliar estas formas de discriminación, perpetuando así las desigualdades que confluyen en un mismo sector social.

41. Sin duda, las reparaciones ordenadas en *Cuscul Pivvaral*, en lo que respecta a las medidas de rehabilitación y a las garantías de no repetición, tienen el objetivo doble de que se reparen las omisiones que derivaron en las violaciones a los derechos a la salud, la vida y la integridad personal de las víctimas, así como para servir como un medio para impulsar al Estado a cumplir con su deber de protección progresiva del derecho a la salud de la población que vive con el VIH en Guatemala. Esta doble dimensión ha sido una constante a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, y sin duda cobrará un papel central en aquellos casos que –como el que nos ocupa– las acciones dirigidas a la realización de cambios sistémicos en los Estados sean fundamentales para la efectiva protección de un DESCAs en un contexto determinado.

del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto del 2000, párr. 54. En un sentido similar se pronunció la ex Relatora Especial sobre pobreza extrema y derechos humanos, Dra. María Magdalena Sepúlveda Carmona, en el Informe sobre el derecho a la participación de las personas que viven en la pobreza. Véase Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/23/36, 11 de marzo de 2013, párrs. 21,22 y 23.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

42. En esta misma línea es importante reflexionar sobre cómo la Sentencia, al ordenar garantías de no repetición, tomó en consideración los objetivos y metas fijados por la Asamblea General de la ONU en la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 224). Uno de estos objetivos es que los Estados logren una vida sana y promuevan el bienestar universal de las personas en todas las edades, contemplando las condiciones de vulnerabilidad que presentan las personas que viven con el VIH.⁵² Los Estados se comprometieron a realizar todas las acciones necesarias para que para el año 2030 se ponga fin a epidemias como el SIDA y otras enfermedades transmisibles como el VIH (caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: 109), en la misma línea en que la Sentencia ordena al Estado a tomar una serie de medidas para garantizar el tratamiento a las personas que viven con el VIH en Guatemala.

43. La Corte —al igual que la Asamblea General— coincide en que el logro de los objetivos para erradicar el VIH/Sida depende en cierta medida de los diferentes niveles de desarrollo de los Estados, pero una de las más importantes reflexiones que surgen de este caso es que la realización progresiva de los DESCAs no puede implicar que no se adopten medidas efectivas para lograr la plena realización del derecho a la salud. Esto es especialmente imperante en casos donde lo que está en riesgo es la integridad personal y la vida de las personas. Las medidas de reparación ordenadas, así como los objetivos de la agenda 2030, caminan precisamente en esa dirección tendiente a la plena efectividad del derecho a la salud de las personas que viven con el VIH.

V. CONCLUSIÓN

44. La sentencia representa un punto de maduración en una línea jurisprudencial que precisamente aborda una cuestión crucial en nuestra región: la necesidad de que los Estados cumplan con sus obligaciones de respeto y garantía en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El caso *Cuscul Pivaral* aborda la cuestión específica del deber de garantía del derecho a la salud para personas viviendo con el VIH,

⁵² ONU, Resolución de la Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” A/70/L.1 aprobada el 25 de septiembre de 2015, párrs. 23, 55 y 66, objetivo 3, 3.3 y 3.8, disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.

así como del contenido de las obligaciones de progresividad en la garantía de este derecho.

45. El presente caso cobra relevancia si consideramos que, a cuatro décadas de la entrada en vigor de la Convención Americana, es la primera ocasión en que la Corte aborda ambas dimensiones de un DESCAs (exigibilidad inmediata y progresividad) y se fijan medidas de reparación acorde a cada una de estas dimensiones. Éste será el camino a seguir en el futuro, y aunque implique retos normativos y metodológicos, la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCAs sobre todo para los grupos más vulnerables.

46. En relación con lo anterior, cabe recordar que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha remarcado que en la región “a pesar de los progresos logrados en el último decenio, sigue siendo la región más desigual del mundo en términos de distribución del ingreso (CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2016*, 47)”. Y que “la igualdad de derechos” constituye “el eje primordial de la igualdad y se refiere a la plena titularidad de los derechos económicos, sociales y culturales [y medioambientales] como horizonte normativo y práctico para todas las personas, sin distinción de sexo, raza, etnia, edad, religión, origen, situación socioeconómica u otra condición, y a la inclusión de todos los ciudadanos y ciudadanas en la dinámica del desarrollo, lo que implica una efectiva pertenencia a la sociedad y un ejercicio pleno de la ciudadanía (CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2016*, 11)”. No puede pasar inadvertido que la pobreza y la pobreza extrema, siguen siendo un factor de especial preocupación en la región, afectando “más a los niños, adolescentes y jóvenes” y destacando el aumento de la “feminización de la pobreza” en población joven y adulta (CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2017*, 14 y 47).

47. Esta desigualdad regional —y sus consecuencias en materia de protección a los derechos humanos— no puede ser ignorada por la Corte en su jurisprudencia, como tampoco lo puede ser los desafíos regionales para el cumplimiento de los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU.⁵³ La Sentencia se suma a esta tendencia re-

⁵³ El Objetivo 3 (Salud y Bienestar) de la Agenda 2030 de la ONU en su Meta 3.3 considera “3.3 Para 2030, poner fin a las epidemias del SIDA, la tuberculosis, la malaria y las enfermedades tropicales desatendidas y combatir la hepatitis, las enfermedades transmitidas por el agua y otras enfermedades transmisibles”. Véase, ONU, Resolución de

gional, tanto en su análisis como en su resultado, y de esa forma se transforma en un elemento más para la construcción de un derecho común latinoamericano en materia de protección a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

VI. FUENTES

- Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359.
- Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198.
- Caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340.
- Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2017, serie C, núm. 344.
- Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de febrero de 2018, serie C, núm. 348.
- Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, serie C núm. 349.
- Caso *Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298.
- Caso *Duque vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016, serie C, núm. 310.
- Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1o. de julio de 2009, serie C, núm. 198.
- Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1o. de julio de 2009, serie C, núm. 198.

la Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” A/70/L.1 aprobada el 25 de septiembre de 2015.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

- Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359.
- Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 10. de septiembre de 2015, serie C, núm. 298.
- Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, serie C, núm. 329.
- Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 9 de marzo de 2018, serie C, núm. 351.
- Caso *VR.P., VPC. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 350.
- CEPAL, 2017, *Panorama Social de América Latina 2016*, Naciones Unidas, (LC/PUB.2017/12-P), Santiago. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf.
- CEPAL, 2018, *Panorama Social de América Latina 2017*, Naciones Unidas, (LC/PUB.2018/1-P), Santiago.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 302/2017, magistrado ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo del 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 302/2017, magistrado ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo del 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 313/14, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29 de mayo de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 556/09, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, 20 de agosto de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 991 de 2004, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 12 de octubre de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 313/14, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29 de mayo de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1064/01, magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Esonisa y Jaime Cordova Triviño, 10 de octubre de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/02, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett, 20 de agosto de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 931/04, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 29 de septiembre de 2004.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 425-455.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-302/2017, magistrado ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *García Cancino, María Angélica c/Máxima A.F.7.P. S.A. s/presentaciones varias*, S.C.G. 2.033 L. XXXIX, sentencia del 16 de febrero de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/acción de amparo*. CSJ 906/2012 (48-R) /CS1. Recurso de Hecho, sentencia del 24 de noviembre de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*. A. 59B. XLIII. Recurso de Hecho. Sentencia del 18 de junio de 2013.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N. 002-18-SIN-CC, casos N. 0035-15-IN y acumulados 7 de junio de 2017 y 21 de marzo de 2018.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N. 017-17-SIN-CC, caso N. 0071-15-IN, 7 de junio de 2017.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N 0006-15- SCN-CC, caso N. 0005-13-CN, 27 de mayo de 2015.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Inconstitucionalidad general y parcial, Expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional*, s/amparo ley 16.986, A. 186. XXXIV, 1o. de junio de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599/15, *AA contra Comfamiliar E.P.S-S (...)*, 15 de septiembre de 2015, Expediente T-4.936.041, magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 068-18-SEP-CC, caso 1529-16-EP. Sentencia del 21 de febrero de 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 016-16-SEP-CC, caso 2014-12-EP. Sentencia del 13 de enero de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 080-13-SEP-CC, caso 0445-11-EP. Sentencia del 9 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 364-16-SEP-CC, caso 1470-14-EP. Sentencia del 15 de noviembre de 2016.
- SCJN. Primera Sala, Amparo en revisión 750/2015, *Consejo universitario y tesorero de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, Sentencia del 20 de abril de 2016.

- SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1374/2015, Sentencia del 18 de mayo de 2016.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1356/2015, Sentencia del 6 de julio de 2016.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 100/2016, Sentencia del 10 de agosto de 2016.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, Sentencia del 8 de marzo de 2017.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 2425/2015, 12 de agosto de 2015.
- SCJN, Segunda Sala, Contradicción de tesis 291/2015, 20 de enero de 2016.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 559/2015, 17 de febrero de 2016.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 11/2016, 18 de mayo de 2016.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 7153/2016, 5 de abril de 2017.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, ministro ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014.
- Tribunal Constitucional de Perú, *Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República*. Proceso de Inconstitucionalidad. Expediente N. 00050-2004-AI/TC, 3 de junio de 2005.
- Tribunal Constitucional de Perú, caso *Ley de Reforma Magisterial 2, SCT-01.014-PI*, Expediente 0020-2012-PI/TC, 16 de abril de 2014.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, número de expediente 2006-14391-29-RAC, sentencia del 10 de mayo de 2010, magistrado relator Ernesto Félix Mur.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia SC 0026/2003-R, número de expediente: 2002-05354-10-RAC, magistrada relatora Elizabeth Íñiguez de Salinas, sentencia del 8 de enero de 2003.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, número de expediente 2006-14391-29-RAC, sentencia del 10 de mayo de 2010, magistrado relator Ernesto Félix Mur.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, magistrado José Luis Correa Condori. Sentencia del 5 de octubre de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2945-2003-AA/TC, Sentencia del 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, magistrado José Luis Correa Condori. Sentencia del 5 de octubre de 2004.

ONU, Resolución de la Asamblea General, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/70/L.1, aprobada el 25 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.

RETOS JURÍDICOS DE LOS VEHÍCULOS CONECTADOS EN LA ERA DEL INTERNET DE LAS COSAS*

Luis A. GARCÍA SEGURA**
Juan CAYÓN PEÑA***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Internet de las cosas*. III. *Vehículos conectados a la red*. IV. *Retos jurídicos de los vehículos conectados*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Según una reciente encuesta realizada por la consultora Accenture (2016), en la cual se contestaba a la pregunta de *¿cuál es su previsión sobre el cambio de ritmo de la tecnología en su industria durante los próximos tres años?*, los resultados fueron:

- I. 58%: aumentará rápidamente.
- II. 28%: aumentará a un ritmo sin precedentes.
- III. 12%: aumentará lentamente.
- IV. 1%: permanecerá estable.
- V. 1%: disminuirá.

Las dos primeras respuestas reflejan el estado de expectación y alerta que tienen los directivos de las grandes empresas multinacionales, incluyendo por supuesto no sólo las gigantes tecnológicas, sino también a las pequeñas y medianas empresas. Este estado de expectación es compartido

* Artículo recibido el 19 de diciembre de 2016 y aceptado para su publicación el 31 de mayo de 2018.

** ORCID: 0000-0001-7074-4396. Profesor en la Universidad Antonio de Nebrija, España. Correo electrónico: lgarcise@nebrija.es.

*** ORCID: 0000-0001-7399-7778. Rector de la Universidad Antonio de Nebrija, España. Correo electrónico: jcayon@nebrija.es.

igualmente por la mayoría de los investigadores jurídicos que nos hemos especializado en temas relacionados con las tecnologías de la información y comunicación (TIC), ciberseguridad y derecho informático.

Este ritmo vertiginoso de desarrollo despliegue y adopción de TIC hace que los legisladores pierdan el compás, legislen tarde y terminen aprobando normas que rápidamente quedan desfasadas y, a la vez, desprovistas de disposiciones que permitan una actualización más rápida y efectiva a futuro.

Según el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Unidas) y la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Unidas, 2015b), existen cinco conceptos que están influyendo de manera considerable la forma en que los consumidores se desenvuelven en el ecosistema digital a nivel mundial:

- 1) La datificación: este término describe el proceso por el cual los datos se convierten en un recurso fundamental y en un factor determinante de los resultados de las actividades empresariales y gubernamentales. La información y el conocimiento se sitúan en el centro del gobierno y las empresas (Unidas, 2014: 8).
- 2) Los macrodatos o *Big Data*: este término describe la acumulación y el análisis de recursos de información considerablemente mayores, más allá de la capacidad analítica y de almacenamiento de los recursos de los equipos y programas informáticos (Unidas, 2014: 9).
- 3) La computación en la nube: ofrece importantes recursos para la datificación y el análisis de macrodatos. En este modelo, no únicamente los datos de los usuarios sino también las aplicaciones se almacenan en centros de datos gestionados por empresas de TIC en lugar de o a la vez que en los propios dispositivos de los usuarios y se accede a ellos en línea como y cuando se requiera (Unidas, 2014: 11).
- 4) El Internet de las Cosas o Internet of Things (IoT): amplía el alcance de la conectividad más allá de las personas y las organizaciones para incluir objetos y dispositivos (Unidas, 2014: 14).
- 5) Los sistemas inteligentes: son procesos posibilitados por las TIC que facilitan la producción, distribución y consumo de bienes y

servicios de una forma más eficiente. Abarca las siguientes aplicaciones (Unidas, 2014: 14):

- a) Motores inteligentes: automatización y control durante la fabricación.
- b) Logística inteligente: gestión del transporte y del almacenamiento.
- c) Edificios inteligentes: diseño, gestión y automatización de edificios.
- d) Redes inteligentes: gestión de la generación y distribución de electricidad.

En la presente contribución vamos a enfocarnos en el IoT y la relación que guarda con los *smart cars*/coches inteligentes/vehículos conectados, para luego analizar los principales retos de seguridad y privacidad que afrontan dichas industrias, para concluir con una serie de reflexiones y recomendaciones de cara a dar pistas a los legisladores para afrontar los retos jurídicos identificados.

II. EL INTERNET DE LAS COSAS

1. *En qué consiste*

Según Vermesan (2013), el IoT es una nueva revolución de Internet en la cual los objetos electrónicos se identifican en la red y toman decisiones en respuesta a su contexto relacional, basadas en la inteligencia obtenida mediante el intercambio de información con la red y con los demás objetos conectados a la misma.

Una segunda definición la aporta la Fundación de la Innovación Bankinter (Bankinter, 2011), que dice que el IoT consiste en que los objetos o productos cotidianos que utilizamos en determinadas ocasiones tengan conexión a Internet en cualquier momento y lugar, mediante la integración de sensores y dispositivos que quedan conectados a Internet a través de redes fijas e inalámbricas.

Una tercera definición la encontramos en la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Telecomunicaciones) que afirma lo siguiente:

Infraestructura mundial al servicio de la sociedad de la información que promueve la prestación de servicios avanzados mediante la interconexión (física y

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 457-488.

virtual) de las cosas gracias al interfuncionamiento de tecnologías de la información y la comunicación (existentes y en evolución) (Telecomunicaciones, 2012: 2).

Es decir, estamos hablando de la conectividad de los aparatos electrónicos de uso cotidiano tanto en el hogar como en la empresa, y que se les ha incorporado al *hardware* interno una conexión a Internet, la cual permite la transmisión de datos, entre otras funciones. Por aparatos electrónicos nos referimos a un televisor, refrigerador, impresora, lavadora, etcétera, pero también a los vehículos de motor, que no dejan hoy en día de ser aparatos electrónicos con sistemas informáticos integrados, como veremos más adelante.

Según algunos cálculos, el impacto proyectado que tiene la IoT queda reflejado en las siguientes cifras (Deloitte, 2016):

- Aproximadamente 44 trillones de GB de información se emitirán a través de estos dispositivos.
- 4.4 billones de personas estarán conectadas a través de IoT en los próximos años.
- El valor del mercado total de IoT alcanzará 4.3 trillones de dólares estadounidenses para 2024.

A estos efectos, la propia Unión Internacional de Telecomunicaciones ha creado una Comisión de Estudio para el “Internet de las cosas y sus aplicaciones, incluidas las ciudades inteligentes”,¹ la cual trabaja para elaborar normas internacionales que faciliten el desarrollo coordinado de

¹ La decisión de crear la CE20 fue tomada por el Grupo Asesor de Normalización de las Telecomunicaciones (GANT) en su reunión celebrada en la Sede de la UIT en Ginebra del 2 al 5 de junio de 2015, en ejercicio de la autoridad conferida al GANT para modificar la estructura y el programa de trabajo del UIT-T (Comisiones del Estudio del Sector de Normalización de las Telecomunicaciones) durante los cuatro años que transcurren entre dos asambleas mundiales de normalización de las telecomunicaciones. Cabe aclarar que la finalidad última del GANT es conseguir que el UIT-T se convierta en el foro más interesante para llevar a cabo la normalización. Para esto, el GANT asesora las comisiones estudio, los miembros y el personal del UIT-T teniendo en cuenta las necesidades de todos los miembros, tanto de los países en desarrollo como de los desarrollados, de la industria y de los gobiernos. El portal de la Comisión de Estudio en cuestión es: <http://www.itu.int/es/ITU-T/about/groups/Pages/sg20.aspx>.

tecnologías IoT, incluidas las comunicaciones de máquina a máquina y redes de sensores ubicuos.

2. Beneficios

Se espera que el despliegue de tecnologías IoT permita conectar unos 50,000 millones de dispositivos a la red antes de 2020, lo que tendrá consecuencias inevitables en casi todos los aspectos de nuestra vida cotidiana (Telecomunicaciones, 2016). Serán los consumidores los encargados, en primera instancia, de evaluar los aspectos negativos y positivos de la adopción del IoT en sus vidas, si bien “prima facie” las ventajas propuestas por los profetas de la conectividad total son espectaculares.

Con criterio más empresarial, para la consultora PWC (2015: 6), los principales beneficios que aportan el IoT pueden clasificarse en tres grandes categorías:

- Mayor accesibilidad: por ejemplo, a través de redes móviles se puede asegurar la prestación de servicios en lugares muy remotos.²
- Mayor eficiencia: las empresas aprovechan datos internos, visibilidad y control de maquinaria, personal y equipos.³

² La empresa Honeywell, famosa por los termostatos para manejar las calderas en el hogar, está aprovechando las tecnologías de acceso remoto de IoT para mejorar sus productos industriales. Por ejemplo, su producto Orion Console integra una serie de sensores y plataformas del IoT que permiten monitorizar el estado de una planta o fábrica remotamente, sin tener que estar físicamente delante de la pantalla en la localidad de la empresa. Para más información: <https://www.good-design.com/entry/honeywell-experion-orion-console/> y <http://www.fastcompany.com/3052936/the-future-of-work/how-the-internet-of-things-is-changing-work>.

³ Un ejemplo de las posibilidades que ofrece el IoT en términos de mayor eficiencia lo tenemos con los servicios y productos que ofrece la empresa AggreGate. Su producto estrella es una plataforma digital que integra servicios de monitorización remota y gestión inteligente de dispositivos a través de tecnología M2M (Machine-to-Machine). Según la propia empresa, un ejemplo aplicado a la industria de la agricultura lo tenemos con la posibilidad de poder monitorizar remotamente maquinaria y vehículos agropecuarios. Para más información: <http://aggregate.tibbo.com/industries.html> y <http://www.theinternetofthings.eu/victor-polyakov-what's-inside-internet-or-things-tibbo-aggregate-iot-platform-concept>.

- Personalización: mediante el análisis de los datos aportados por los clientes, las empresas podrán comprenderlos mejor y transformar la experiencia del servicio prestado.⁴

Estas tres categorías de beneficios son aplicables tanto a los consumidores como a las empresas detrás de los productos y los servicios. Del lado de los consumidores, una de las ventajas principales que ofrece IoT es que puede resultar en una tarificación más transparente de los servicios que consumen. El hecho de tener sensores en nuestros aparatos o aplicaciones que registran constantemente las actividades, puede llevar a tomar decisiones con base en dichos resultados, como controlar el gasto en agua o en la luz, según vimos (Bankinter, 2011).

En el caso de las pymes, el IoT en general puede ayudar a reducir los costos operacionales, ampliar la cuota de mercado, aumentar la sostenibilidad y la rentabilidad de las mismas. A estos efectos, dichas pymes pueden llegar a competir en lugares de bajos ingresos, cuando de otra manera podrían ser expulsadas del mercado por las grandes empresas (Unidas, 2015).

Si las empresas en cuestión además comercializan productos relacionados con servicios básicos, estaríamos ante un posible caso de aumento del nivel o calidad de vida, según lo afirmado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas:

Los partidarios de la Internet de las cosas prevén que dará lugar a un gran número de aplicaciones y servicios innovadores, que mejorarán la calidad de vida y reducirán las desigualdades, al tiempo que ofrecen nuevas oportunidades de ingresos para muchas empresas emprendedoras, por ejemplo en los ámbitos del diagnóstico y tratamiento médicos, el abastecimiento de agua más limpia, la mejora del saneamiento, la producción de energía, la exportación de productos básicos y la seguridad alimentaria (Unidas, 2014: 13).

⁴ La empresa PhotonStar LED Group plc, mediante tecnología proporcionada por IBM, ha desarrollado un producto llamado PhotonStar Halcyon, integrado por luces LED, sensores y un sistema de gestión. Las luces proporcionan una iluminación optimizada según la hora del día y la actividad que el usuario esté realizando en ese momento. De esta forma, según la empresa, se proporciona un servicio más completo, ya que repercute directamente en la salud, productividad y bienestar del usuario. Para más información véase http://www.ibm.com/internet-of-things/images/CaseStudy_PhotonStar_halcyon_Dec2015_FinalNew.pdf y <http://www.halcyon-lighting.co.uk>.

En un estudio reciente realizado a directivos españoles (Zamora y Vergara, 2015), los principales beneficios del IoT que ellos percibían eran: mejora de la experiencia del cliente (72%), reducción de gastos operativos (70%) y la optimización del uso de los activos (66%).

Otra de las aplicaciones destacadas, que repercuten directamente en los consumidores y también en el tejido empresarial, es la aplicación efectiva del IoT en las *smart cities*, mediante la integración de dispositivos inteligentes conectados y servicios con base en la nube, los cuales pueden ayudar a combatir la congestión de tráfico, la gestión de residuos, la eficiencia energética y la seguridad ciudadana (PWC, 2015).

Sigamos el hilo de la primera conexión y mención expresa de la relación del IoT y transporte. Sobre esta relación, Jeremy Rifkin afirmó lo siguiente:

La convergencia de la comunicación vía Internet, la energía vía Internet y el transporte y la logística vía Internet en un solo núcleo constituye el cerebro global de la estructura cognitiva del Internet de las cosas. Esta nueva plataforma digital cambia fundamentalmente el modo en el que gestionamos la actividad económica a lo largo de las numerosas cadenas y redes de valor que constituyen la economía global. La plataforma digitalizada del Internet de las cosas es el núcleo de la Tercera Revolución Industrial (Rifkin, 2015: 1).

Compartimos totalmente el reconocimiento que hace Rifkin al potencial transformador del IoT en la gestión del transporte durante las próximas décadas. Pero nuestro entusiasmo viene acompañado de mucha cautela, especialmente frente a los riesgos potenciales —y ya probados— que trae consigo la ola de IoT.

3. Retos de seguridad y privacidad

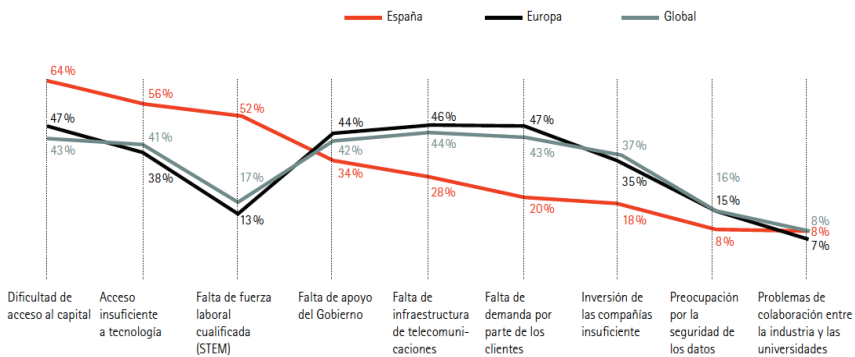
Según lo expuesto hasta ahora, se puede afirmar que la industria basada en los servicios y productos digitales hará que las empresas detrás de los mismos afronten riesgos a los que los negocios tradicionales nunca se han visto expuestos, como los nuevos parámetros de seguridad, la responsabilidad respecto a la privacidad del consumidor, la exigencia de un uso transparente de los datos y cuestiones relativas a la utilización ética de las nuevas tecnologías (Accenture, 2016).

Según un estudio publicado por el Centro de Seguridad TIC de la Comunidad Valenciana (2014: 10), los riesgos asociados a la evolución del IoT varían en función de la criticidad del dispositivo u objeto, ya sea por la función que realizan o por la dependencia que se tenga del mismo. Así, las amenazas a las que están expuestos dichos objetos pueden afectar:

- Accesibilidad del objeto.
- Integridad de la información que contiene.
- Identidad del usuario, la cual puede ser suplantada.

Estas tres categorías de amenazas son perfectamente aplicables a todos los objetos y dispositivos dentro del IoT, incluyendo los vehículos. No obstante, como podemos observar en el siguiente gráfico, la percepción a nivel global entre los empresarios es que la seguridad de los datos es uno de los obstáculos menos importantes a la hora de desarrollar productos dentro de la ola del IoT:

Figura 1. ¿Cuáles son los principales obstáculos para el desarrollo del Internet de las cosas?



Fuente: Zamora y Vergara (2015: 13).

A nuestro entender, los resultados de este estudio muestran que los empresarios no tienen una comprensión adecuada del paradigma del IoT, y mucho menos sobre retos de seguridad y privacidad asociados a los mis-

mos. Las siguientes palabras de Hathaway *et al.* (2015: 5) en el estudio titulado “Índice de preparación cibernética 2.0” corroboran la preponderancia que sin embargo ostenta a ciertos niveles gubernamentales y académicos los retos de seguridad y privacidad aludidos, englobados dentro de la ciberseguridad:

...la inseguridad cibernética es un impuesto al crecimiento... El volumen, alcance, velocidad y sofisticación de las amenazas a nuestros sistemas e infraestructuras en red son reales y están creciendo. Las violaciones de datos, actividad delictiva, interrupciones de servicio y la destrucción de la propiedad se están convirtiendo en algo común y amenazan la economía de Internet. Los líderes mundiales entienden que el aumento de la conectividad a Internet conduce al crecimiento económico sólo si la infraestructura subyacente y los dispositivos conectados a ella están a salvo y seguros. Por lo tanto, los países deben alinear sus visiones económicas con sus prioridades de seguridad nacional (Hathaway *et al.*, 2015).

Como afirma la cita, la alineación de las políticas públicas relativas a la economía debe hacerse siempre tomando en cuenta las prioridades de seguridad nacional.⁵ Aplicando este argumento al desarrollo de IoT, Friess (2013) concluyó que los principales retos sociales y de políticas relacionados con este fenómeno son:

- 1) Promoción de un universo del IoT consistente, interoperable y accesible de forma transversal a través de diferentes industrias, incluyendo las prácticas de estandarización.
- 2) Dirigir el esfuerzo y los recursos hacia las aplicaciones sociales de mayor trascendencia, como la salud y el medio ambiente.

⁵ En un artículo publicado en 2015, afirmamos lo siguiente sobre la importancia de la ciberseguridad en términos económicos para una nación: “Ya en el año 2011 el Congreso de EUA reconocía la gravedad de los incidentes de ciberseguridad en las empresas privadas, específicamente las del sector financiero, al punto de que afirmaban categóricamente que el fraude financiero y el robo de identidad digital ponían en peligro la seguridad económica nacional” (Clayón y García 2015). Partiendo de la experiencia de EUA, España aprobó en 2013 su Estrategia de Ciberseguridad Nacional, cuyo objetivo general número dos contemplaba el fortalecimiento de las capacidades de prevención, defensa, detección y respuesta a los ciberataques contra las empresas y las infraestructuras críticas españolas. Para más información: <http://www.dsn.gob.es/es/sistema-seguridad-nacional/qué-es-seguridad-nacional/ámbitos-seguridad-nacional/ciberseguridad>.

- 3) Ofrecer orientación sobre seguridad, privacidad, confianza y ética de la industria con base en la legislación actual y el desarrollo futuro de la misma en torno a la normativa de protección de datos de carácter personal.
- 4) Proporcionar recursos para un servicio pan-europeo que elimine las barreras de servicios como el roaming.
- 5) Convertir el IoT en un eje de cooperación internacional.

De estas cinco categorías de retos, la industria del transporte y a su vez los vehículos conectados se ven particularmente afectados por las amenazas englobadas en la segunda y tercera categoría, como veremos más adelante.

Con relación a la privacidad y el anonimato, el Foro Económico Mundial (Foro, 2016b) publicó datos de una encuesta afirmando que estos temas eran muy importantes para el 69% de los usuarios de Internet. La misma encuesta revela que el 75% de los usuarios cree que es importante tener control y decisión total de qué datos personales son almacenados y utilizados por las marcas, productos y servicios dentro de las redes sociales.

Dentro de este panorama, las redes sociales se han convertido en entidades comerciales diseñadas para que millones de personas puedan intercambiar simultáneamente todo tipo de información, especialmente videos e imágenes. Sin embargo, este contenido es monitorizado, analizado y clasificado por los gobiernos, y diversas empresas asociadas del ecosistema digital,⁶ con el fin de encontrar las publicaciones más relevantes y re-pu-

⁶ El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas define el ecosistema digital como: "...el espacio formado por la convergencia de las industrias de los medios de comunicación, las telecomunicaciones y las tecnologías de la información. Tal ecosistema está integrado por componentes como la infraestructura tecnológica, la infraestructura de datos, la infraestructura financiera, la infraestructura institucional y la infraestructura humana. El ecosistema digital proporciona las aportaciones necesarias para crear las bases técnicas, y las aplicaciones sociales y técnicas, necesarias para el desarrollo digital" (Unidas, 2015a: 13). De forma similar, Katz afirma lo siguiente: "...el ecosistema digital es uno de los conceptos utilizados para comprender el conjunto de fenómenos industriales y de impacto económico asociados con el despliegue y adopción de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y más específicamente con Internet. Estos cambios conllevan una transformación en cómo firmas participantes en la producción de bienes y servicios digitales se interrelacionan para ofrecer una proposición de valor al mercado.... estos cambios implican no sólo una modificación de firmas que preexistían al ecosistema (por ejemplo, medios de comunicación y operadores de telecomunicaciones), sino también

blicarlas en otros canales digitales. De esta forma, los usuarios de las redes sociales publican contenidos inicialmente dirigidos a su entorno de amigos o familiares, pero la mayoría no toma en cuenta que dichos contenidos pueden llegar a millones de personas ajenas a este entorno (Foro, 2016a).

La propia popularidad de las redes sociales en la actualidad revela el paradigma contradictorio sobre el control y supervisión efectiva de los datos, imágenes y videos propiedad de los usuarios de las redes. A gran parte de los usuarios/consumidores les preocupa el tema, pero muchos renuncian a una tutela más consciente con el fin de acceder a los servicios de la red social en cuestión.

No obstante, según el propio Foro Económico Mundial (2016a), solamente a través de la integración en los canales de redes sociales, podrá el IoT convertirse en un medio verdaderamente transformativo de la vida cotidiana, dado el hecho de que la comunicación entre los individuos se efectúa cada vez más a través de dichas comunidades digitales.

Por todo ello, Saif *et al.* (2015) concluyen que se deben tomar las siguientes medidas para salvaguardar el ecosistema del IoT:

- Definir estándares de interoperabilidad: es necesario —dicen— desarrollar una serie de estándares entre todos los consorcios envueltos, de forma que los dispositivos conectados a la red puedan comunicarse y coordinarse de una forma más segura y efectiva.
- Establecer responsabilidades claras para los actores de cada industria.
- Establecer el buen gobierno de la información o datos: los actores deben tener claro qué datos son críticos y por lo tanto necesitan un mayor nivel de protección respecto a los demás.

Sin embargo, ya para finales del siglo pasado la Directiva europea 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Parlamento, 1995) entendía por dato de carácter personal toda información sobre una persona física identificada o identificable, por lo que cualquier tratamiento de los mismos requiere el consentimiento del afectado. Indudablemente, la actual legislación europea y su aplicabilidad

la aparición de nuevas empresas que despliegan funciones productivas de intermediación” (Katz, 2015: 5).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 457-488.

a un mundo totalmente interconectado, plantea retos jurídicos de difícil solución práctica.⁷

En el caso de los vehículos conectados, vamos a ver cómo los actores principales de la industria, los fabricantes de coches han dado pasos hacia el establecimiento de un mejor gobierno de los datos de sus usuarios. Sentadas las bases más generales respecto del IoT y sus retos, demos paso entonces a la segunda parte de nuestro artículo dedicada al conocimiento de los vehículos conectados.

III. VEHÍCULOS CONECTADOS A LA RED

1. *En qué consisten*

Un coche promedio hoy día tiene 70 sistemas informáticos incorporados, los cuales contienen aproximadamente 100 millones de líneas de programación, el doble que el sistema operativo de Windows Vista (Saif *et al.*, 2015). Bajo esta premisa, no cabe duda de que un coche moderno, además de coche, es a la vez un dispositivo digital con bastante capacidad de computación, lo cual conlleva que se preste a casi todas las aplicaciones y utilidades que un ordenador convencional —una tablet o un móvil— pueda realizar.⁸

⁷ A principios de abril de 2016 se aprobó definitivamente el Reglamento Europeo de Protección de Datos, el cual se comenzará a aplicar a mediados de 2018. La nota de prensa emitida luego de la aprobación afirmaba lo siguiente: “La reforma pretende devolver a los ciudadanos el control de sus datos personales y garantizar en toda la UE unos estándares de protección elevados y adaptados al entorno digital... Entre otras disposiciones, las nuevas reglas incluyen: el derecho al “olvido”, mediante la rectificación o supresión de datos personales; la necesidad de “consentimiento claro y afirmativo” de la persona concernida al tratamiento de sus datos personales; la “portabilidad” o el derecho a trasladar los datos a otro proveedor de servicios; el derecho a ser informado si los datos personales han sido pirateados; lenguaje claro y comprensible sobre las cláusulas de privacidad, y multas de hasta el 4% de la facturación global de las empresas en caso de infracción” (Parlamento, 2016: 1). El texto completo del Reglamento se encuentra disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-INIT/es/pdf>.

⁸ En una entrevista en 2015, Danny Shapiro, director de Automotive Operations, fabricante de productos informáticos Nvidia, afirmó que el coche del futuro tendrá a bordo el ordenador más poderoso que jamás hayamos tenido: *Today, there are 8m cars on the road with Nvidia's processors inside – including models from Tesla, Volkswagen, Honda and Mercedes as well as Audi – but Danny Shapiro, senior director of automotive at Nvidia, claims the company is just getting*

Un vehículo conectado a la red es aquel que dispone de un mecanismo para conectar a Internet sus unidades de control de motor (Electronic Control Unit o ECU) junto con sus sistemas de navegación y entretenimiento (Zurich, 2014).

Según Lawson *et al.* (2015), los mecanismos para conectar un coche a Internet se pueden agrupar en tres renglones:

- 1) De fábrica: el vehículo viene con una tarjeta SIM y un módem integrado que le sirve para conectarse a la red. Ejemplo: sistema OnStar de General Motors.⁹
- 2) Integrados: la conexión a la red proviene del dispositivo móvil del conductor, el cual se conecta mediante un puerto electrónico dentro del vehículo. Ejemplo: sistema Entune de Toyota.¹⁰
- 3) Híbridos: la conexión a Internet puede hacerse mediante una combinación de los dispositivos mencionados anteriormente: tarjeta SIM, módem o dispositivo móvil. Ejemplo: sistema SYNC de Ford.¹¹

started. "We have contracts with a lot of automakers, so over the next several years we're going to grow that number by over 25m," he said. "Younger first-time car buyers have grown up with iPhones and iPads, so the expectation is that if you're going to spend this much money on a car, the electronics in the car should be at least as good as your tablet". Para más información: <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/11609406/The-car-of-the-future-is-the-most-powerful-computer-you-will-ever-own.html>, <http://www.businessinsider.com/us-processor-company-the-car-of-the-future-is-the-most-powerful-computer-you-will-ever-own-2015-5> y <http://recode.net/2016/01/14/the-hottest-computing-devices-cars/>.

⁹ A través de asesores altamente capacitados, OnStar le ofrece apoyo personalizado a los conductores ante casi cualquier situación que puedan encontrar mientras conducen, incluyendo: servicios de emergencia, asistencia en el camino, navegación paso a paso y diagnósticos del vehículo. Sobre estos diagnósticos, el sistema envía un correo electrónico al propietario cada mes, el cual contiene un informe sobre los indicadores más importantes del vehículo. También permite obtener un diagnóstico en tiempo real mientras se va conduciendo, simplemente oprimiendo un botón que llama por teléfono a un asesor de OnStar, el cual puede tener acceso a la información transmitida por los ECU en dicho momento. Para más información: <https://www.onstar.com.mx/inicio.html>.

¹⁰ Mediante una aplicación que se descarga al dispositivo móvil, el conductor puede disfrutar a través de los mandos y la pantalla del vehículo, una serie de servicios que incluye: llamadas, streaming de música, navegación, etcétera. Para más información: <http://www.toyota.com/entune/>.

¹¹ Este sistema permite hacer llamadas, reproducir música sin usar las manos, leer mensajes SMS entrantes y asistencia en casos de emergencia. La asistencia de emergencia

Parte de la información transmitida por estos mecanismos de conexión proviene de los ECU, que no son más que las unidades de control electrónico que regulan el funcionamiento del motor. Vienen a ser el corazón de todo el sistema electrónico del vehículo, que a su vez está compuesto por sensores y actuadores, los cuales registran diversos parámetros de funcionamiento, como las revoluciones del motor, temperatura de los sistemas, señal de la posición del acelerador, etcétera (Panadero, 2012).

Parte de esta información puede ser transmitida luego de forma automática al fabricante del vehículo o una empresa de servicio técnico, según hemos podido ver en algunos de los ejemplos de sistemas de navegación y entretenimiento. Se calcula que un vehículo hoy día puede llegar a tener hasta 70 ECU (Lawson *et al.*, 2015).

2. Relación con IoT

Como consecuencia del impacto ocasionado por la convergencia del IoT, se espera que todos los sectores industriales generen nuevas oportunidades de crecimiento y diferenciación para las marcas, creando a la vez una tendencia opuesta al actual enfoque dominante de servicios genéricos y estáticos diseñados para el consumo masivo, favorecer servicios inteligentes capaces de adaptarse y transformarse según las preferencias del consumidor (Fjord y Accenture, 2015).

Tratándose el sector automotriz de un segmento económico de consumo masivo, ya desde 2011 teníamos evidencia de que el mismo sería impactado de forma importante por la convergencia de IoT, según podemos ver en la siguiente figura 2.

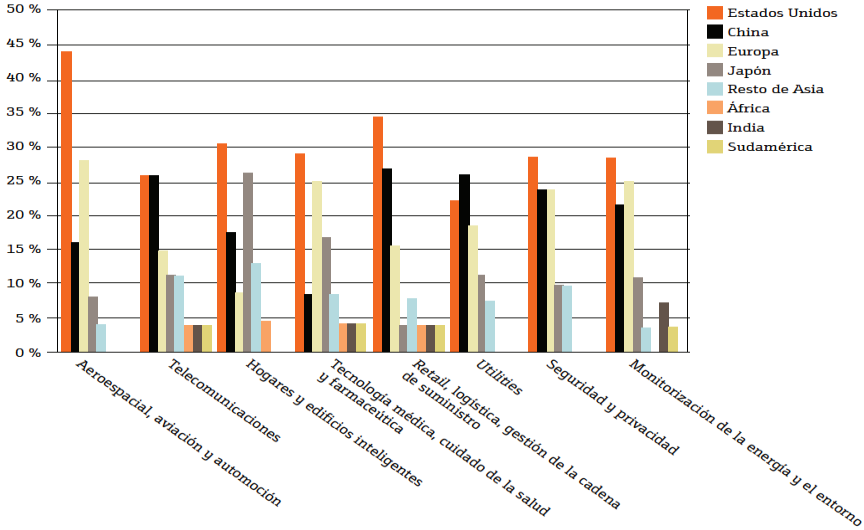
se activa cuando se despliega la bolsa de aire o se corta la bomba de combustible, marcando al teléfono preconfigurado de emergencias. Para más información: <http://www.ford.es/AcercaDeFord/Tecnologia/fordsync>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 457-488.

Figura 2. Velocidad de adopción del Internet de las cosas en las distintas industrias.



Fuente: Fundación de la Innovación Bankinter (2011: 65)

Según los datos mostrados en la figura 2, las industrias aeroespacial, aviación y automoción son de las que más rápido adoptarían el IoT en EUA y Europa. A estos efectos, las previsiones de la consultora Groupe Speciale Mobile Association (2013) afirmaron que el mercado del vehículo generará para 2018, 39 mil millones de euros frente los 13 mil millones de euros generados en 2012. Recientemente, el Foro Económico Mundial y Accenture (Foro y Accenture, 2016) calcularon que el valor aproximado de todos los proyectos relacionados con las TIC en la industria automotriz mundial será de 700 millones de dólares para los próximos 10 años, lo cual supone una previsión más conservadora.

Aun así, cabe señalar que este mercado no solamente se circunscribe a los vehículos de transporte tanto públicos (autobuses) como privados (coches, motos, etcétera), sino que abarca los “sistemas de transporte inteligentes”, que según la Unión Internacional de Comunicaciones (Telecomunicaciones, 2011) comprenden ocho categorías de sistemas avanzados:

- 1) Control de vehículos: complementan gran parte del trabajo del conductor. Ejemplo: prevención de colisiones y mejora de visión.
- 2) Gestión de tráfico: mejoran el flujo de tráfico y logran una utilización más eficaz de los sistemas en carretera. Ejemplo: gestión de la demanda de viajes y de los espacios de estacionamiento.
- 3) Información al viajero: asisten a los viajeros en la programación del viaje y durante su transcurso, así como con respecto a las condiciones de tráfico. Ejemplo: información de ruta al conductor y orientación de itinerarios.
- 4) Transporte público: mejoran la eficiencia del mismo mediante la indicación de horarios en tiempo real y el suministro de informaciones al pasajero. Ejemplo: transportes públicos personalizados que ofrecen rutas flexibles para un mejor servicio al cliente.
- 5) Gestión de la flota: mejoran la eficacia y productividad de las operaciones comerciales con los vehículos. Ejemplo: automatización de las inspecciones de seguridad de tránsito.
- 6) Gestión de situaciones de emergencia: logran la intervención más rápida de todos los vehículos de socorro en caso de accidentes de tráfico o de otro tipo. Ejemplo: gestión de vehículos de socorro.
- 7) Pagos electrónicos: permiten a los viajeros abonar los servicios de transporte por medios electrónicos basados en comunicaciones de corto alcance entre vehículos e infraestructura.
- 8) Apoyo a peatones: prestan servicios a los peatones en cuestiones de tráfico, como el cruce de calles.

Según PWC (2015), el IoT ha ayudado introducir al sector automovilístico los siguientes servicios:

- Mejora de logística y seguridad de los vehículos.
- Reducción de tiempos de viaje.
- Reducción de costes de mantenimiento y titularidad.
- Prestación de servicios de info-entretenimiento.

De forma similar, Saif *et al.* (2015) destacan que las principales aplicaciones del IoT en los coches conectados comprende los siguientes servicios:

- Sistemas de info-entretenimiento.
- Acceso remoto a:
 - Los seguros de las puertas del coche.
 - El encendido del motor.
 - La apertura de puertas de garaje.
 - El encendido de las luces del hogar.

Los llamados sistemas de info-entretenimiento agrupan una serie de aplicaciones, programas y dispositivos que de alguna manera mejoran o hacen más placentera la experiencia de conducir y/o ser pasajero en un coche. Las principales aplicaciones comprenden servicios de música, navegación, vídeo, asistencia de aparcamiento, acceso al teléfono móvil, acceso a Internet y acceso a información detallada del estado y desempeño del vehículo (gasolina, aceite, presión de las ruedas, etcétera).¹² La última ola de innovación en este segmento son las aplicaciones desarrolladas por Android¹³ y Apple,¹⁴ las cuales buscan integrar la interfaz del teléfono móvil junto con el centro de info-entretenimiento del coche, siguiendo los ejemplos vistos anteriormente.

El hecho de que estos dos gigantes tecnológicos estén apostando por la integración de sus móviles a los sistemas digitales de nuestros coches,

¹² La organización estadounidense Consumer Reports publica cada año una guía detallada donde prueban y evalúan los sistemas de info-entretenimiento de los principales fabricantes de vehículos del mercado de Estados Unidos. Para la edición del 2015, la guía concluyó que los fabricantes cuyos sistemas tenían más fallos fueron: Cadillac, Chrysler e Infiniti. Para más información: <http://www.consumerreports.org/cro/magazine/2015/04/infotainment-systems/index.htm>, así como, otras guías similares: <http://www.pcmag.com/category2/0,2806,2426316,00.asp>, <http://www.digitaltrends.com/infotainment-system-reviews/> y <http://www.tomshardware.com/t/automotive/>.

¹³ Android Auto es el servicio que ofrece esta marca, el cual busca integrar al coche una serie de funciones y aplicaciones para los usuarios del sistema operativo Android. Los vehículos y los equipos compatibles con Android Auto están disponibles actualmente en los siguientes países: Alemania, Australia, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Italia, México, Nueva Zelanda y Reino Unido. Para más información: https://www.android.com/intl/es_es/auto/.

¹⁴ Apple CarPlay es el producto de esta marca que busca integrar las funciones y aplicaciones de sus productos a los coches. Según el propio portal, “CarPlay está pensado para ser tu mejor copiloto. No sólo hablar con Siri y pedir lo que quieras, también puedes usar los mandos del coche (diales, botones y pantalla táctil)... sin apartar las manos del volante ni los ojos de la carretera”. Para más información: <http://www.apple.com/es/ios/carplay/>.

evidencia lo afirmado por Accenture (2016), de que la automatización inteligente es la plataforma de lanzamiento para el nuevo crecimiento e innovación en los grandes segmentos de consumo, incluyendo los vehículos.

A estos efectos, el gran hito que se vislumbra en el horizonte tecnológico es el vehículo conectado que pueda conducir sin asistencia humana, lo cual se convertiría en el mayor paso hacia delante de la tecnología automovilística en la historia. Las principales ventajas que ofrecen estos vehículos autónomos, según el secretario ejecutivo de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, Christian Friis Bach (2015) son:

- Crearían desplazamientos más seguros: tienen el potencial de salvar miles de vidas, ya que los accidentes de carretera provocan 1.24 millones de muertos y 50 millones de heridos al año. Al tener el coche una visión constante a 360 grados, es capaz de adquirir más información y relacionar más de prisa que cualquier conductor humano.
- Crearían desplazamientos más eficientes, ya que estos coches pueden comunicarse entre ellos; pueden colaborar para limitar los atascos regulando el tráfico, determinando la velocidad óptima y minimizando los acelerones y frenazos constantes en los atascos que aumentan el consumo de combustible y la contaminación del aire.
- Más inclusión social: estos coches pueden fomentar la integración social ofreciendo a las personas discapacitadas un nuevo medio de acceder al mercado del laboral y a la sociedad en general. De la misma manera, las personas mayores podrían desplazarse fácilmente y mantener sus contactos sociales.

Estos grandes avances sólo podrían ser posibles, a nuestro entender, con la aplicación de las tecnologías de IoT. Por ejemplo, según la Association of Global Automakers (Safety Benefits of Connected Vehicles, 2013), una de las principales tecnologías relacionadas con el IoT que contribuiría a mejorar la seguridad de los vehículos en general son las Vehicle-to-Vehicle (V2V) y Vehicle-to-Infrastructure (V2I). Estas dos tecnologías permiten conectar mediante redes inalámbricas a todos los vehículos de

una zona con un sistema central, de forma que puedan evitar accidentes, evitar atascos y ahorrar combustible.¹⁵

Un claro ejemplo que pone de relieve la simbiosis existente entre el IoT y el vehículo conectado, es la aplicación MY SEAT, desarrollada por el fabricante SEAT junto con la consultora Accenture, y lanzada en febrero de 2016.¹⁶ Dicha aplicación ofrece las siguientes posibilidades:

- 1) Conectar el coche y el hogar: a través de la geolocalización se puede replicar la temperatura del coche de manera automática en el momento en que éste se encuentre a cierta distancia del hogar. También permite la programación remota del termostato que controla la temperatura central de la casa, así como las luces o las cámaras de seguridad.
- 2) Alertar al conductor del estado del automóvil: permite la visualización de variables como los niveles de aceite y gasolina durante el viaje o cuando el coche está aparcado.
- 3) Monitorizar el comportamiento del conductor: ofrece consejos sobre cómo mejorar su conducción, recomendaciones para mejorar el funcionamiento del coche y pautas sobre cómo conducir de una manera más respetuosa con el medio ambiente.

Otro ejemplo en el que participa SEAT, pero esta vez con la colaboración de Samsung y SAP, tiene que ver con la garantía de que los usuarios permanezcan conectados al ciberespacio de manera segura cuando están al volante. En febrero de 2016,¹⁷ dichas empresas anunciaron dos proyectos novedosos:

¹⁵ En relación con el apoyo que están recibiendo estas tecnologías, el gobierno federal de EUA anunció recientemente un plan de 10 años y cuatro billones de dólares para acelerar el avance de las tecnologías de seguridad en los vehículos. Para más información: <https://www.transportation.gov/briefing-room/secretary-foxx-unveils-president-obama's-fy17-budget-proposal-nearly-4-billion>.

¹⁶ Para más información: <https://www.accenture.com/es-es/company-newsroom-spain-ndp-accenture-y-seat> y <http://www.eleconomista.es/ecomotor/motor/noticias/7370807/02/16/Seat-y-Accenture-crean-una-app-que-avisa-del-estado-del-coche-y-lo-conecta-con-el-hogar.html>.

¹⁷ Para más información: <http://www.eleconomista.es/ecomotor/coches/noticias/7365403/02/16/SEAT-y-Samsung-alianza-tecnologica-con-SAP-para-el-coche-del-futuro.html> y <http://www.autobild.es/noticias/seat-samsung-sap-unidos-para-lograr-coche-conectado-282159>.

- 1) Reserva, guía y aparca remoto: mediante una aplicación se puede reservar una plaza de aparcamiento desde cualquier ubicación mediante el reconocimiento de la huella dactilar. Luego, el conductor es guiado hasta el parking reservado, abriéndose la barrera de seguridad de manera automática al reconocer el coche. Al finalizar el periodo de aparcamiento, el conductor puede pagar directamente desde la aplicación y sin salir del coche.
- 2) Digital Key Sharing: propuesta que permite hacer un duplicado de la llave de nuestro coche, pero de forma virtual con un simple gesto. Es decir, es una autorización del uso del coche sin tener que estar en posesión de la llave, incluso estando las personas en países diferentes, mediante un procedimiento de autorización seguro que transfiere una copia virtual de la llave digital del coche al Smartphone de la otra persona. La llave digital creada puede configurarse para durar un tiempo máximo e incluso se podría restringir una serie de prestaciones del coche como limitar la velocidad máxima.

Estos productos abren un mundo de posibilidades para los usuarios, pero también abren la puerta a amenazas que ya existen en este momento. Por ejemplo, ¿qué pasaría si un hacker astuto logra crear una llave digital maestra y pueda robarse coches que tengan esta tecnología? O ¿qué pasaría si un hacker decide atacar el sistema de pago conectado a nuestro coche, de forma que se transfiera dinero desde nuestra cuenta o desde la cuenta de la empresa del aparcamiento? Estas dos preguntas nos encaminan a la tercera parte de nuestro artículo, donde esbozamos los principales retos jurídicos identificados hasta el momento para los vehículos conectados.

IV. RETOS JURÍDICOS DE LOS VEHÍCULOS CONECTADOS

1. *Los retos de seguridad*

La expansión de los servicios de las TIC ha difuminado las fronteras con otros servicios, como el transporte, agricultura, educación y energía. El IoT, así como otros progresos en las esferas de tecnología y la regula-

ción¹⁸ han multiplicado el potencial de contribución de las TIC al desarrollo social y económico, pero también han obligado a prestar más atención a cuestiones como ciberseguridad y la protección de datos (Unidas, 2015 y Desarrollo, 2015).

En el caso de la ciberdelincuencia, las dimensiones del mercado delictivo —en ámbitos como la extorsión en línea, las ventas ilícitas en línea y la violación y venta de datos— no dejan de crecer a medida que aumenta la proporción de la población mundial que se conecta a Internet (Unidas, 2015: 20).

Los ciberdelincuentes muchas veces están en búsqueda de información y datos de carácter personal que puedan rentabilizar en el corto plazo. Así, para Saif *et al.* (2015), la información más sensible recogida por los sensores y dispositivos conectados al coche incluye:

- 1) Hábitos de conducción.
- 2) Geolocalización.
- 3) Preferencias de entretenimiento.
- 4) Rutina diaria.

Nosotros añadiríamos al listado anterior la escucha del sonido interior vía los sistemas de telefonía de manos libres, así como las imágenes de video (tanto interior como exterior) de los conductores y los vehículos, provenientes de la multiplicación de cámaras para la acreditación probatoria en caso de siniestros.

Todos estos datos son propiedad del dueño del vehículo. No obstante, el acceso y utilización de los mismos, específicamente los renglones del listado anterior, pueden ser accedidos por los fabricantes y/o empresas sin necesidad de notificarlo (Consumer Privacy Protection Principles, 2014).

Toda esta información se transmite a través de tecnologías del IoT, como aplicaciones de teléfonos móviles, redes de telefonía móvil y servicios de comunicación SMS, los cuales ofrecen un nivel de seguridad bas-

¹⁸ Un debate jurídico surgido como consecuencia de la introducción de las TIC en nuestra sociedad es en relación con los derechos fundamentales, el cual se concentra en la necesidad de potenciar la implantación de las TIC para el avance social, siempre dentro de un marco jurídico que permita proteger a los individuos de un posible uso abusivo (Salomón y Delgado, 2008).

tante deficiente en la mayoría de los casos,¹⁹ haciéndolos vulnerables para todo tipo de ataques.

La cadena de transmisión de datos entre la empresa de la marca del coche, el concesionario, centros de datos de terceras partes, GPS, dispositivos inteligentes del hogar y los dispositivos de diagnóstico del coche, es donde se generan los puntos vulnerables y críticos en la seguridad del vehículo conectado (Saif *et al.*, 2015).

Para Pastor Pérez y Coz Fernández (Pérez y Coz, 2015), esta situación se debe en parte a que la competitividad actual de las empresas exige un rápido despliegue de los productos en el mercado, lo cual implica que algunos fabricantes con menos escrúpulos dejan la seguridad para el final del desarrollo o no la tienen en cuenta en absoluto. Así, el producto funciona y produce el resultado esperado, pero sin las medidas de seguridad apropiadas.

Un claro ejemplo de lo afirmado en el párrafo anterior, lo tenemos con el caso Jeep Cherokee acontecido en el verano de 2015. Se trata de una intrusión remota vía el sistema info-entretenimiento del vehículo Jeep Cherokee, modelo 2014, llevada a cabo por dos expertos en ciberseguridad, Charlie Miller y Chris Valasek. Mediante dicha intrusión, estos hackers lograron acceder a varios ECU del vehículo, controlando el aire acondicionado, la radio, las ventanas, los limpiavidrios, el acelerador y los frenos. La experiencia fue en realidad un experimento controlado por parte de los hackers, que luego fue documentado y publicado en un reportaje para la revista *Wired*²⁰ y que derivó también en un artículo²¹ en donde Miller y Valasek exponían todos los detalles técnicos del mismo.

El resultado principal de este experimento fue que la empresa automotriz Fiat Chrysler llamó a revisión a 1.4 millones de vehículos ya vendidos, incluyendo no sólo el modelo Jeep Cherokee año 2014, sino también

¹⁹ Según una entrevista con la BBC en octubre de 2015, Edward Snowden advirtió que los servicios secretos de varios países poseían herramientas capaces de infiltrar nuestros móviles de forma remota y sin que nos diéramos cuenta. Para más información: <http://www.bbc.com/news/uk-34444233>.

²⁰ Reportaje original disponible en: <http://www.wired.com/2015/07/hackers-remotely-kill-jeep-highway/>.

²¹ El artículo publicado por Miller y Valasek se encuentra disponible en: <http://illmatics.com/Remote%20Car%20Hacking.pdf>.

a otros cinco modelos del fabricante.²² La revisión incluyó la sustitución del programa informático de info-entretenimiento, a través del cual Miller y Valasek pudieron acceder a los controles del vehículo.²³

Relacionando este caso con los vehículos autónomos que ya han empezado a develarse,²⁴ la posibilidad de que los mismos sean objeto de intrusiones para provocar lesiones o daños tanto a sus pasajeros como a otros conductores, cobra mucha fuerza y se convierte en una amenaza real que debe ser la principal preocupación de los fabricantes de dichos automóviles.

A estos efectos, el FBI publicó en marzo de 2016 un informe sobre los peligros inherentes a los sistemas informáticos de los vehículos conectados, afirmando que la gran mayoría de los actuales vehículos conectados pueden llegar a ser controlados remotamente en determinadas circunstancias:

a) Vehículos conectados objetos de ataque, circulando a bajas velocidades (5-10 millas por hora):

- Apagado del motor.
- Inhabilitación de los frenos.
- Cambio de dirección en el guía.

b) Vehículos conectados objetos de ataque, circulando a cualquier velocidad:

- Seguros de las puertas.
- Señal de giro.
- Tacómetro.
- Radio y GPS.

²² Para más información: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150723_fiat_chrysler_hackeo_revision_cch.

²³ Para más información: <http://www.computerworld.com/article/2952186/mobile-security/chrysler-recalls-14m-vehicles-after-jeep-hack.html>.

²⁴ Véase el Model 3 de Tesla: http://www.abc.es/motor/abci-tesla-revela-model-3-quiere-primero-vehiculo-electrico-masas-201604011009_noticia.html.

2. *Los retos de la privacidad*

A finales de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas celebró una mesa redonda en la que se trató el tema del derecho a la privacidad en la era digital, y una de las conclusiones anotadas con relación a la protección legal de dicho derecho expresaba lo siguiente:

Varias delegaciones señalaron que los Estados tenían preocupaciones legítimas de seguridad, incluida la amenaza del terrorismo y la ciberdelincuencia. Una delegación señaló que el uso de Internet para actividades delictivas y antisociales iba en aumento. Otra delegación señaló que la seguridad requería información, en particular con respecto a las comunicaciones digitales para combatir el terrorismo, mientras que otra afirmó que los gobiernos tenían la responsabilidad de proteger a las personas, y que la vigilancia de datos podía ser una medida eficaz y legítima con fines policiales. Había un amplio consenso, sin embargo, en que había que abordar las preocupaciones legítimas de seguridad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, incluido el derecho a la privacidad (Unidas, 2014).

En esta misma línea, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unidas, 2015 y Desarrollo, 2015) expresó que una de las principales dificultades al elaborar ciber-legislación es encontrar un equilibrio entre la protección de los datos, la facilitación de su circulación y la libertad de información. Por un lado, la protección de datos de carácter personal cobra cada vez más vigencia debido al daño que puede ocasionar para los consumidores el robo, extravío o uso indebido de los mismos. Por otro lado, es fundamental para el comercio electrónico que exista un nivel adecuado de facilidad para la circulación de estos datos, condición necesaria para que los consumidores y las empresas puedan intercambiar servicios y productos de una manera rápida y eficiente.²⁵

Para afrontar este dilema de tratamiento de la privacidad de los consumidores de los vehículos conectados, la Alliance of Automobile Manu-

²⁵ Los esfuerzos relacionados con el desarrollo del ecosistema digital y el comercio electrónico en la Unión Europea vienen trazados desde hace varios años en el proyecto de la Agenda Digital Europea, con sus aplicaciones subsecuentes en cada país miembro de la Unión. Para más información: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/> y <http://www.agenda-digital.gob.es/Paginas/Index.aspx>.

facturers²⁶ redactó siete principios fundamentales relativos a la privacidad de los clientes de los fabricantes que forman parte de la entidad:

- 1) Transparencia: compromiso con la notificación y explicación oportuna de la recopilación, uso y transmisión de los datos personales de los propietarios y usuarios registrados de los vehículos.
- 2) Opción: se le ofrecerá a los propietarios y usuarios registrados ciertas opciones respecto a la recopilación, uso y transmisión de sus datos personales.
- 3) Respeto del contexto: el uso y la transmisión de los datos personales se hará siempre tomando en cuenta el impacto que pueda tener sobre los propietarios y usuarios registrados.
- 4) Almacenamiento de datos: los datos personales sólo serán recolectados y almacenados en función de necesidades legítimas del consumidor.
- 5) Seguridad de los datos: se implementarán medidas razonables de seguridad para salvaguardar los datos personales en caso de uso, acceso inapropiado o pérdida de los mismos.
- 6) Integridad y acceso: los propietarios y usuarios registrados tendrán medios razonables a su disposición que permitan el acceso y rectificación de sus datos personales.
- 7) Responsabilidad: los fabricantes se comprometen a implementar medidas para asegurar que tanto ellos como otras entidades que reciban los datos personales cumplan también estos principios de privacidad.

Este proyecto nos parece bastante interesante, ya que cuenta con un enfoque que abarca las principales preocupaciones que tienen los consumidores respecto a sus datos y que ya hemos mencionado anteriormente. No obstante, traemos a colación lo que Alonso *et al.* (1991) identificaron como los siete fallos primordiales en el mercado de los datos de carácter personal:

²⁶ Consumer Privacy Protection Principles (2014) es una entidad sin ánimo de lucro radicada en Washington DC, EUA, la cual agrupa a los siguientes fabricantes: Grupo BMW, Fiat Chrysler, Ford, General Motors, Jaguar Land Rover, Mazda, Mercedes-Benz USA, Mitsubishi, Porsche, Toyota, Volkswagen América y Volvo América. Para más información: <http://www.autoalliance.org/about-the-alliance/overview>.

- 1) Falta de formación en la ciudadanía sobre protección de datos de carácter personal.
- 2) Impacto en los hábitos del consumidor ante brechas de seguridad o uso inadecuado de los datos de carácter personal.
- 3) Existencia de políticas de privacidad de difícil comprensión.
- 4) Existencia de regulación que refuerza la posición de dominio de grandes empresas en el uso de los datos.
- 5) Inexistencia de métricas que permitan conocer el beneficio neto que recibe el consumidor al compartir sus datos.
- 6) Existencia de normas sobre privacidad regresivas.
- 7) Dificultades para ejercer el derecho de no participar en el mercado.

En el caso de los vehículos conectados, dependiendo del servicio que el usuario o propietario del vehículo contrate, se pueden dar varias de las situaciones anteriores. Por ejemplo, el registro de los hábitos de conducción y geolocalización, recopilado por una red social y cuya información puede ser comercializada a terceros. Este es el caso de las aplicaciones de Google Maps y Google Traffic, las cuales recopilan información de hábitos de conducción, rutas y geolocalización que luego puede ser vendida a otras empresas para fines comerciales.²⁷

No hablamos en este caso de las violaciones de la intimidad que sean delito o se cometan para propiciar delitos, sino más bien de los retos que para la ciudadanía supone el mando de la privacidad por las empresas y los estados en un entorno de economía de mercado capitalista.

3. *Distintas iniciativas recientes para afrontar los retos*

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo afirmó lo siguiente respecto a la confianza de los consumidores en línea:

...era necesario que conocieran el valor y las posibilidades de comercialización de sus datos y comprendieran la forma en que éstos se gestionaban. También debían conocer los medios a su disposición para garantizar la protección de los datos. Ese mayor conocimiento reduciría su vulnerabilidad a la ciberdelincuencia y haría que los consumidores pudieran reclamar activa-

²⁷ Para más información: <http://www.techinsider.io/how-google-maps-knows-about-traffic-2015-11>.

mente su privacidad. Con el tiempo, los usuarios también podrían compartir el valor de su información personal (Unidas, 2015 y Desarrollo, 2015).

Partiendo de la necesidad de reducir los niveles de vulnerabilidad de cara a la ciberdelincuencia, la propia Organización de las Naciones Unidas (Unidas, 2015) afirmó recientemente que la adopción de respuestas nacionales de carácter legislativo y normativo debe darse en los siguientes ámbito:

- 1) Tipificación de delitos y competencias procesales.
- 2) Capacidad de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y de la justicia penal para investigar la ciberdelincuencia, las técnicas forenses digitales y el manejo de pruebas electrónicas.
- 3) Mecanismos judiciales de cooperación internacional en asuntos penales.

Precisamente los delitos cibernéticos no son cuestiones de índole interna en cada país, sino que trascienden las fronteras nacionales y, por tanto, requieren soluciones transnacionales. En la gran mayoría de los casos, estas soluciones se traducen en la participación activa en los foros internacionales dedicados a abordar las cuestiones de ciberseguridad (Hathaway *et al.*, 2015).

De igual forma, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unidas, 2015 y Desarrollo, 2015) concluyó que el impulso para la reforma de la ciber-legislación implica que los gobiernos establezcan amplias horas de ruta en las que se detallaran objetivos y plazos, los cuales faciliten el seguimiento y la notificación de toda novedad a las instituciones regionales y organizaciones internacionales.

Las medidas políticas para luchar contra la ciberdelincuencia implican el fortalecimiento de los organismos de ciberseguridad y la difusión de la conciencia de la ciberdelincuencia, de forma que se pueda aprobar una legislación adecuada para que los derechos humanos universales se respeten tanto en línea como fuera de línea (Unidas, 2015).

Desde EUA, la Auto Alliance²⁸ destaca las siguientes iniciativas que se están desarrollando desde dicho país para afrontar proactivamente los retos de ciberseguridad que afronta la industria:

- La organización anual de eventos tipo *hackathon*, como la SAE Battelle CyberAuto Challenge,²⁹ organizada por la asociación internacional SAE International, que agrupa a más de 138,000 ingenieros y expertos técnicos aeroespaciales y automotrices.
- La creación de organismos e instituciones de diversa índole:
 - El Cyber-Physical Systems Task Force.³⁰
 - El Automotive Consortium for Embedded Security (ACES),³¹ cuya misión principal es investigar los temas relacionados con la seguridad, fiabilidad, imagen y privacidad para los clientes de coches.

Finalmente, el estado de California (Summary of Draft Autonomous Vehicles Deployment Regulations, 2015) ha propuesto en el borrador de reglamento para la regulación de los vehículos conectados y autónomos, que los mismos tendrán que tener un sistema de auto-diagnóstico de alto estándar que sea capaz de detectar, responder y alertar al operador del vehículo en relación con un ciber ataque o una intrusión no autorizada.

Muchos son los aspectos sobre los que habrá que profundizar a futuro, pero debemos ahora dar por finalizada esta contribución cerrando algunas conclusiones para la reflexión.

V. CONCLUSIONES

- 1) El futuro inmediato nos traerá una enorme cantidad de servicios a través del IoT, que progresivamente, aunque con velocidad exponencial, se irá manifestando. Dichos servicios se distribuirán allá donde el usuario se encuentre, sea en su casa o lugar de trabajo, o mientras se desplaza de un lugar a otro, también en su medio de locomoción.

²⁸ <http://www.autoalliance.org/auto-issues/cybersecurity>.

²⁹ <http://www.sae.org/events/cyberauto/>.

³⁰ <http://www.uscar.org/guest/teams/43/Cyber-Physical-Systems-Task-Force>.

³¹ <http://www.swri.org/4org/d10/comm/aces/>.

- 2) La utilización masiva de IoT acarrea la asunción de una serie de riesgos y amenazas por la permeabilidad de las redes de comunicación y dispositivos que sustentan el IoT. Dichos compromisos de seguridad pueden afectar a la seguridad física y lógica propiamente dicha, o también a la privacidad de los usuarios, bien sea para la comisión de delitos o simplemente para su explotación en el mercado de *Big Data*.
- 3) Los legisladores no deben ignorar el ritmo de la evolución tecnológica para no tolerar quebrantos en la seguridad y privacidad de las personas, del mismo modo no deberían utilizar dichas tecnologías ilegítimamente por sí mismos y sin control.
- 4) La educación y la inversión en I+D a manos de universidades y empresas debería ayudar a reducir los riesgos cibernéticos derivados del IoT, así como de la utilización masiva de vehículos conectados a la red.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACCENTURE, 2016, *Accenture Technology Vision 2016*, Nueva York, Accenture.
- ACCENTURE, “Digital Transformation of Industries”, *Foro Económico Mundial*. Disponible en: <https://www.weforum.org/global-challenges/future-of-the-internet/projects/digital-transformation-of-industries>.
- ASSOCIATION, GROUPE SPECIALE MOBILE, 2013, “Connected Car Forecast: Global Connected Car Market to Grow Threefold within Five Years”. Disponible en: http://www.gsma.com/connectedliving/wp-content/uploads/2013/06/cl_ma_forecast_06_13.pdf.
- ASSOCIATION OF GLOBAL AUTOMAKERS, “Safety Benefits of Connected Vehicles”, 2013, <http://www.globalautomakers.org/topic/vehicle-vehicle-technology>.
- BACH, Christian Friss, 2015, “La cooperación internacional debe fomentar los coches autónomos”. Disponible en: <https://itu4u.wordpress.com/spanish/international-cooperation-must-drive-autonomous-cars/>.
- BANKINTER, FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN, 2011, “El Internet de las cosas en un mundo conectado de objetos inteligentes”. Disponible en: <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/iot>.

- CALIFORNIA DEPARTMENT OF MOTOR VEHICLES, 2015, “Summary of Draft Autonomous Vehicles Deployment Regulations”. Disponible en: <https://www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/autonomous/auto>.
- CAYÓN PEÑA, Juan y GARCÍA SEGURA, Luis Armando, 2015, “Hacia un nuevo enfoque del conflicto ciber en el ámbito empresarial”, *Diario La Ley*.
- CENTRO DE SEGURIDAD TIC DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, 2014, “Seguridad en internet de las cosas. estado del arte”. Disponible en: http://www.csirtcv.gva.es/sites/all/files/downloads/%5BCSIRT-CV%5D Informe-Internet_de_las_Cosas.pdf.
- ALLIANCE OF AUTOMOBILE MANUFACTURERS, 2014, “Consumer Privacy Protection Principles”. Disponible en: <http://www.autoalliance.org/auto-issues/automotive-privacy/principles>.
- DELOITTE, “Capitalizando en la promesa y el poder del internet de las cosas”. Disponible en: <http://www2.deloitte.com/co/es/pages/strategy/articles/cfoiot.html#>.
- DESARROLLO, CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO, 2015, “Informe de la reunión de expertos sobre ciberlegislación y regulación para promover el comercio electrónico, con estudios de casos y análisis de experiencias, TD/B/C.II/EM.5/3”. Disponible en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cuem5d3_es.pdf.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo, 1991, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*. Madrid.
- PARLAMENTO EUROPEO, 1995, *Directiva 95/46/CE Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, Diario Oficial, núm. L 281 de 23/11/1995.
- PARLAMENTO EUROPEO, 2016, “Reforma de la protección de datos – nuevas reglas adaptadas a la era digital”. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20160407IPR21776/Reforma-de-la-protección-de-datos--Nuevas-reglas-adaptadas-a-la-era-digital>.
- FBI, “Motor Vehicles Increasingly Vulnerable to Remote Exploits. Alert num. I-031716-PSA”. Disponible en: <http://www.ic3.gov/media/2016/160317.aspx>.
- FJORD & ACCENTURE, 2015, “The Era of Living Services”. Disponible en: https://www.accenture.com/t20151012T100130_w_usen/_acnmedia/Accenture/Conversion-Assets/DotCom/Documents/Global/PDF/Dualpub_22/The-Era-of-Living-Services-Accenture-Digital.pdf#zoom=50.

- FRIESS, Peter, 2013, “Driving European Internet of Things Research”, en VERMESAN, Peter (ed.), *Internet of Things- Converging Technologies for Smart Environments and Integrated Ecosystems*, Dinamarca, Ovidiu & Friess, River Publisher.
- HATHAWAY, Melissa *et al.*, 2015, “Índice de Preparación Cibernética 2.0 (Arlington: Potomac Institute for Policy Studies)”.
- INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU, 2014, “Estudio anual de coches conectados”. Disponible en: <http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2014/07/Informe-coches-cpnctados-2014.pdf>.
- KATZ, Raúl, 2015, “El ecosistema y la economía digital en América Latina”, Madrid, Fundación Telefónica.
- LAWSON, Philippa *et al.*, 2015, *The Connected Car: Who Is in the Driver’s Seat?*, Vancouver.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL, 2016, “Digital Media and Society: Implications in a Hyperconnected Era”, Ginebra.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL, “The Impact of Digital Content: Opportunities and Risks of Creating and Sharing Information Online”, Ginebra, Global Agenda Council on Social Media & Foro Económico Mundial.
- PANADERO, José, 2012, “ECU, qué es y el porqué de su existencia”. Disponible en: <http://www.diariomotor.com/tecmovia/2012/07/03/ecu-que-es-y-el-porque-de-su-existencia/>.
- PASTOR PÉREZ, Vicente José y COZ FERNÁNDEZ, José Ramón, 2015, “La ciberdefensa militar ante el reto de internet de las cosas”, *Revista SIC*, 116, septiembre.
- PWC, 2015, “Cómo aprovechar los beneficios de las soluciones sobre Internet de las cosas”. Disponible en: <http://www.gsma.com/connectedliving/wp-content/uploads/2015/05/Web-Realising-the-benefits-of-mobile-IoT-solutions-ES.pdf>.
- RIFKIN, Jeremy, 2015, “El auge del Internet de las cosas y la carrera por una sociedad con coste marginal cero”. Disponible en: http://www.huffingtonpost.es/jeremy-rifkin/internet-de-las-cosas_b_8416822.html#%0A%0A.
- SAIF, I. *et al.*, 2015, “Safeguarding the Internet of Thing”, *Deloitte Review*.
- SALOMÓN SANCHO, Lourdes y DELGADO GARCÍA, Ana María, 2008, “Algunas reflexiones en torno a los aspectos jurídicos de la sociedad de la información”, *Anuario Da Faculdade de Dereito Da Universidade Da Coruña*.

- UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, 2011, “Recomendación UIT-R M.1890”. Disponible en: http://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/m/R-REC-M.1890-0-201104-I!!PDF-S.pdf.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, 2014, “Resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital, A/HRC/28/39”. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/A_HRC_28_39_SPA.doc.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, 2014, “Tecnologías de la información y las comunicaciones para un desarrollo social y económico incluyente. E/CN.16/2014/3”. Disponible en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ecn162014d3_es.pdf.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, 2015, “Progresos Realizados en la aplicación y el seguimiento de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información a Nivel Regional e Internacional, A/70/63-E/2015/10”. Disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/a70d63_es.pdf.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2015, “13 Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y la Justicia Penal, A/CONF.222/12”. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/crimecongress2015/>.
- ZAMORA, Alberto y VERGARA, Miguel, 2015, *El Internet de las cosas en la estrategia de los ejecutivos españoles*, Madrid.
- ZURICH, 2014, “Smart Cars and Connected Vehicles. Zurich Insurance Company”. Disponible en: <https://www.zurichcanada.com/en-ca/knowledge-hub/articles/2015/11/smart-cars-and-connected-vehicles>.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA HISTORIA CLÍNICA ELECTRÓNICA EN BOLIVIA: UNA PERSPECTIVA PARA LATINOAMÉRICA*

Eugenio GIL LÓPEZ**

Karina MEDINACELI DÍAZ***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Organización del sistema de salud boliviano*. III. *El tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario boliviano*. IV. *La historia clínica electrónica*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad a través de su aplicación en ámbitos como el medio ambiente, el científico, la ingeniería o las comunicaciones es un hecho manifiesto. El sector sanitario no ha podido sustraerse a esta realidad y ha visto renovadas muchas de sus estructuras tradicionales con las nuevas opciones traídas por la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en sectores como la gestión y la administración hospitalaria; por ejemplo, a través de la creación de bases de datos para almacenar la información hasta ahora recopilada en archivos de difícil acceso, o posibilitando proyectos como la historia clínica electrónica.

Esta historia clínica electrónica permite que su accesibilidad en cualquier momento y desde cualquier lugar en que se preste asistencia; inte-

* El presente trabajo se enmarca en la tesis doctoral defendida por Karina Medinaceli Díaz en la Universidad Pontificia de Salamanca, España, en diciembre de 2105; se recibió el 5 de septiembre de 2016 y aceptado para su publicación el 21 de marzo de 2018.

** ORCID: 0000-0003-0709-0523. Universidad Internacional de la Rioja (UNIR), España, y director de Política y Planificación Académica UNIR México. Correo electrónico: eugenio.gil@unir.net.

*** ORCID: 0000-0002-8269-4733. Directora del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia. Correo electrónico: kimedinaceli@umsa.bo.

gra la información de diferentes centros e incluso sistemas; facilita ayudas para la toma de decisiones y guías de práctica clínica. El manejo de las TIC por parte de los centros y servicios sanitarios debe tener presente la necesidad de preservar la confidencialidad de la información de los datos de salud, salvaguardar su integridad y, a la vez, facilita su disponibilidad.

No existe ningún impedimento legal para que la información recogida en la historia clínica se informatice, es más, la historia clínica electrónica tiene el mismo valor jurídico que la historia clínica en soporte papel. La nueva historia clínica se convierte en un poderoso instrumento de mejora de la calidad y la eficiencia del sistema sanitario. La utilización de las TIC en el ámbito sanitario ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta las ventajas e inconvenientes de la informatización, su coste, el nuevo concepto de información integral de salud, de historia clínica electrónica (en adelante HCE), de historia de salud electrónica (HSE) y de sistema de información hospitalario (HIS).

Elemento esencial en el ámbito de la HCE es el tratamiento jurídico que debe darse a los datos personales de los pacientes, no sólo en lo relativo al consentimiento de los mismos, sino también, y especialmente, en cuanto al almacenamiento, acceso, seguridad en la conservación y cesión de los mismos.

En Bolivia, este tratamiento de los datos personales encuentra su fundamento en el artículo 130 de la Constitución Política del Estado de Bolivia que establece la acción de protección de privacidad (ex recurso de *habeas data*) que reconoce el derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano, a través de la Sentencia Constitucional 0965/2004-R del 23 de junio de 2004, establece a su vez el derecho de exclusión de la “información sensible” donde tienen su acogida los datos de salud, y la Ley núm. 3131 del Ejercicio Profesional Médico, aprobada el 8 de agosto de 2005, se constituye en el marco regulatorio del hacer médico, cumpliendo sus tareas bajo los preceptos de sus derechos y obligaciones. Se reconocen como derechos del paciente la confidencialidad, secreto médico y respeto a su intimidad.

Partiendo de estas consideraciones, se trata en el presente trabajo de analizar dos cuestiones esenciales con la intención de que los resultados de sus análisis sean aplicados no sólo en Bolivia, sino también en otros

países de su entorno que se encuentran en circunstancias semejantes con relación a la materia a tratar.

- ¿Cuál es el nivel de implantación de las TIC en los centros y servicios sanitarios de la seguridad social en la ciudad de La Paz en relación con la historia clínica electrónica?
- ¿Actualmente qué requisitos en materia de privacidad y protección de datos cumplen las historias clínicas en papel e historias clínicas electrónicas de los centros y servicios sanitarios de la seguridad social de la ciudad de La Paz?

Para dar respuesta a las cuestiones antes planteadas se procede a utilizar la técnica documental mediante la cual se extrae y recolecta información de la normativa de Bolivia, de España y otros países, así como de las directivas de la Unión Europea, bibliografía académica, gubernamental, publicaciones y artículos en revistas especializadas.

Tomando como herramienta principal de investigación la entrevista, se procede a la realización de entrevistas abiertas. La entrevista utilizada por los métodos cualitativos es flexible, dinámica y se considera como no directiva, no estandarizada y abierta, y de aplicación a grupos reducidos de personas.

Con entrevistas a expertos en materia de protección de datos personales, tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) y bioética, se pretende recoger sus opiniones, consensos, divergencias y predicciones en la materia.

II. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD BOLIVIANO

El sistema de salud boliviano tiene dos características principales, la primera, principal, es un sistema segmentado y fragmentado; y la segunda, es que el mismo sistema tiene procesos muy débiles en el ámbito regulatorio y de rectoría.

La segmentación del Sistema Nacional de Salud se da debido a que tiene tres subsectores de salud que responden a distintas formas de financiamiento, de organización, de prestaciones y que atienden a diferentes segmentos de la población: el subsector público, el subsector de la seguridad social y el subsector privado.

El subsector público, encabezado por el Ministerio de Salud, está compuesto por el conjunto de instituciones, recursos y servicios de salud dependientes de las entidades territoriales del Estado plurinacional (gobiernos municipales y departamentales) de la administración central y descentralizada. Por otra parte, existen establecimientos de salud dependientes de las fuerzas armadas, policía y de las universidades públicas que se consideran generalmente como pertenecientes al subsector público. El subsector público está financiado principalmente por recursos provenientes de la fiscalidad general; es decir, por recursos provenientes de la venta de servicios y recursos externos.

El subsector de la seguridad social está compuesto por diferentes entidades estatales (como la Caja Nacional de Salud) o privadas (Caja Bancaria Privada), y es regulado por el Código de Seguridad Social (aprobado por el Honorable Congreso Nacional en 1956). Su financiamiento proviene principalmente de los aportes de empleadores públicos y privados.

El subsector privado incluye los consultorios particulares, policonsultorios y clínicas con fines de lucro, además de proveedores sin fines de lucro de ONG e Iglesia. El financiamiento del subsector privado proviene principalmente de los pagos de bolsillo realizados por la población atendida, además de la compra de servicios por parte de seguros privados, financiados por cotizaciones de empleadores privados o por cotizaciones individuales (Aponte, 2014).

La fragmentación del sistema se debe a que cada subsistema tiene sus propias infraestructuras y condiciones de acceso y atención, además de que, dentro de cada subsistema, existen condiciones de acceso, costos y atención muy heterogéneas. La fragmentación impide ofrecer a la población una atención en iguales condiciones de cantidad y calidad en todo el sistema de salud boliviano.

Finalmente, la segunda característica del sistema de salud boliviano muestra una debilidad en los procesos regulatorios y de rectoría, que comprende la incapacidad del Ministerio de Salud para regular el sistema, la gestión ineficaz e ineficiente del sistema de salud en todos los niveles institucionales y la insuficiencia y contradicción interna del marco jurídico en salud que no se adecua a las prioridades del sector (Ministerio de Salud, 2010).

III. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SANITARIO BOLIVIANO

El *habeas data*, como una vía procesal instrumental de protección al derecho a la autodeterminación informática, fue incorporado al sistema constitucional boliviano mediante la Ley núm. 2631 de Reforma de la Constitución del 20 de febrero de 2004.

Dada la coyuntura política y social que derivó de los acontecimientos de febrero y octubre de 2003, el Congreso Nacional, actuando como Constituyente derivado, conforme al procedimiento constitucional, ha procedido a la consideración, aprobación y sanción de la Ley núm. 2631 de Reforma de la Constitución, en la que simplemente ha reformado 15 de los 35 artículos propuestos en la Ley núm. 2410. Cabe advertir que entre los 15 artículos reformados no se ha incluido la modificación del artículo 7o. de la CPE, de manera que no se ha incluido en el catálogo de los derechos fundamentales los derechos a la intimidad y privacidad, imagen, honra y reputación, por lo mismo que no se ha proclamado expresamente el derecho a la autodeterminación informática.

Empero, ello no impide que cualquier persona que considere lesionados esos derechos pueda solicitar la tutela correspondiente, ello en razón a que, si bien no están proclamados en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sí lo están en los instrumentos internacionales que ha suscrito o a los que se ha adherido el Estado boliviano y los ha ratificado mediante la Ley de la República,¹ como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien, no se ha proclamado expresamente el derecho a la “autodeterminación informática”, si se ha instituido el *habeas data* en el texto de la Constitución, como una garantía constitucional para la protección de aquel derecho.

En efecto, el constituyente boliviano al sancionar la Ley núm. 2631 del 20 de febrero de 2004, en el marco de la Ley núm. 2410 del 1o. de agosto de 2002, entre otras disposiciones reforma el artículo 23 del texto de la Constitución en los términos siguientes:

¹ Con la aprobación de la nueva Constitución Política del Estado en febrero de 2009 cambia la denominación de República de Bolivia por Estado Plurinacional de Bolivia.

I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos, de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de Hábeas Data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya.

Cabe resaltar la aprobación del nuevo Código Procesal Constitucional del 5 de julio de 2012, ya que establece un propio procedimiento para la acción de protección de privacidad (ex recurso de *habeas data*) no utilizando, por primera vez, el procedimiento para la acción de amparo constitucional como lo establecía la abrogada Constitución Política del Estado de 1967 (artículo 23, parágrafo V) y la vigente Constitución promulgada en febrero de 2009 (artículo 131). La acción de protección de privacidad:

...tiene por objeto garantizar el derecho de toda persona a conocer sus datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, que se encuentre en archivos o bancos de datos públicos o privados; y a objetar u obtener la eliminación o rectificación de éstos cuando contengan errores o afecten a su derecho a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación (artículo 58).

Sobre la base de esta fundamentación normativa se asienta la creación e implementación de la historia clínica electrónica, constituyéndose como un documento extremadamente complejo debido a la multiplicidad de personas (médicos, diplomados en enfermería, personal sanitario, el propio paciente, sus familiares, etcétera) y organismos (centros sanitarios públicos y privados, inspecciones de la administración sanitaria, administración de justicia, compañías de seguros, etcétera) que en un determinado momento podrían estar interesados en tener acceso a los datos en ella contenidos, lo que comprometería la intimidad del paciente (Troncoso, 2006).

Los distintos intereses con relación a la historia clínica pueden generar conflictos muy difíciles de resolver tanto que hasta ahora existía una gran dispersión de normas legales respecto a la misma, no se debe olvidar que los bienes y valores que se relacionan a la historia clínica son de una

importancia extraordinaria ya que están directamente relacionados con derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la intimidad, a la salud, a la libertad y a la confidencialidad (León, 2004).

No obstante, ningún derecho es absoluto y, aunque el paciente tenga derecho a la intimidad y confidencialidad de los datos aportados en su relación médico-paciente, ante situaciones muy complejas, cuando el bien público o común prevalezca sobre el particular, el médico podrá, sin faltar al deber de secreto profesional, revelar los datos confidenciales del paciente, pero siempre lo hará de forma restringida, con discreción, revelando lo estrictamente justo y necesario, y haciéndolo exclusivamente ante quien proceda² (González y Lizárraga, 2004).

Es importante destacar que Bolivia aprueba la Norma Técnica para el Manejo del Expediente Clínico, mediante la Resolución Ministerial núm. 0090 del 26 de febrero de 2008, que define al expediente clínico como

...el conjunto de documentos escritos e iconográficos evaluables que constituyen el historial clínico de una persona que ha recibido o recibe atención en un establecimiento de salud. Su manejo debe ser escrupuloso porque en él se encuentran todos los datos que nos permiten encarar de la mejor manera el estado de salud-enfermedad del paciente y su respectivo tratamiento (artículo 5.1).

IV. LA HISTORIA CLÍNICA ELECTRÓNICA

En relación con la historia clínica electrónica (HCE), sin extendernos en un análisis amplio de la misma, es interesante tratar dos cuestiones como son los estándares aplicables, así como las ventajas e inconvenientes de la HCE.

1. *Estándares para la historia clínica electrónica*

La gestión integrada de los servicios sanitarios y la continuidad de los cuidados requiere la adopción de mensajes, formatos, codificación y estructura de las historias clínicas, de tal forma que permitan la interoperabilidad de los sistemas de información sanitaria.

² Artículo 16.1 del Código de Ética y Deontología Médica (CEDM).

Un estándar, o norma, es un documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que provee, para un uso repetido y habitual, reglas, guías o características para las actividades o sus resultados, dirigidas a la consecución de un grado óptimo de orden en un contexto dado.

Existen diferentes conjuntos de normas que se aplican a los diferentes componentes del sistema de historia clínica informatizada, entre los que destacan:

- Estándares de contenido y estructuras (arquitectura).
- Representación de datos clínicos (codificación).
- Estándares de comunicación (formatos de mensajes).
- Seguridad de datos, confidencialidad y autenticación.

Como estándares importantes en este ámbito podemos citar:

Health Level 7 (HL7). Es una organización con base en Estados Unidos dedicada al desarrollo de estándares en el campo de la información sanitaria, que está acreditada por la autoridad oficial de estandarización americana. Está enfocada al desarrollo de especificaciones de mensajería en el “nivel de aplicación” —nivel 7 del modelo OSI— entre sistemas de información sanitaria, documentos clínicos y soporte a la decisión.

La Especificación Técnica ISO 18308, requisitos de la arquitectura de la historia clínica electrónica (*Requirements for an Electronic Health Record Reference Architecture*), contiene un conjunto de requisitos clínicos y técnicos para una arquitectura de historia clínica que soporta el uso, compartimiento e intercambio de registros electrónicos a través de diferentes sectores de salud, diferentes países y diferentes modelos de asistencia sanitaria.

Otros tipos de estándares relacionados con la historia clínica electrónica están entre nomenclaturas SNOMED y *Read Codes*; clasificaciones como la Clasificación Internacional de la OMS y la Clasificación Internacional de Problemas de Salud WONCA, tesauros o lenguajes controlados como el *Medical Subject Headings* MeSH de la *National Library of Medicine*, y glosarios y agrupadores, como los grupos relacionados con el diagnóstico.

El estándar para la comunicación de imágenes diagnósticas médicas, el estándar DICOM (*Digital Imaging and Communications*), ha sido desarrollado por el Colegio Americano de Radiología y la NEMA (*National Electrical Manufacturer's Association*). DICOM define los estándares de comunica-

ciones y formatos de mensajes para imágenes diagnósticas y terapéuticas (Rojas, Martínez y Elicegui, 2012).

2. *Ventajas de la informatización de la historia clínica*

La historia clínica ha sido siempre una entidad dispersa. En la vida real está diseminada entre varios archivos informatizados y en papel, en varias localizaciones y a menudo bajo varios números de identificación. La informatización de la historia clínica es una oportunidad para solventar estos inconvenientes y otros, como los referidos a la seguridad y confidencialidad. Las potenciales ventajas de la historia informatizada en relación con la historia convencional en papel pueden sintetizarse en las siguientes:

- *Acceso simultáneo y remoto:* la historia informatizada permite el acceso simultáneo de más de una persona a la información clínica y desde cualquier lugar, tiene la ventaja de que se accede a una información legible y de que no requiere sobres voluminosos ni grandes archivos que ocupan espacio en los centros sanitarios o se ubican en almacenes alejados de estos centros, con el problema de que entonces no siempre están accesibles cuando se precisan. La mejora de comunicación entre clínicos permite disminuir la posibilidad de cometer errores en la atención sanitaria; la integración de la información clínica permite la emisión de alertas y reduce los errores de transcripción al utilizar bases de datos comunes; facilita el acceso a las guías de práctica clínica; la utilización de sistemas de soporte a la decisión; la monitorización de los pacientes; y el control y seguimiento de eventos adversos (Carnicero, 2004).
- *Seguridad y confidencialidad:* Una parte importante de la seguridad es la disponibilidad de la información cuando se la necesita. Además, de ello debe garantizarse la integridad de esa información y que sólo tenga acceso quien está autorizado para ello y a la parte de información a la que está autorizado, que es la que necesita por su función.
- *Procesado de la información:* la historia informatizada incorpora datos de varias fuentes de información, la directamente recogida por los profesionales sanitarios, la de los sistemas departamentales, que incluyen la información suministrada por equipos de diagnóstico, y la de los sistemas clínico-administrativos. Esta información es más fácil de procesar

con sistemas informáticos, pero además este procesado se actualiza de forma permanente, y se puede presentar e imprimir de acuerdo con las necesidades de cada momento.

Las historias informatizadas simplifican el quehacer diario del personal sanitario evitando la repetición de datos y la emisión de documentos como las recetas, informes, partes de baja y toda la documentación administrativa y legal relacionada con la atención sanitaria. Los sistemas informáticos admiten además que esa información fluya hacia otros sistemas como alarmas, farmacias y correo electrónico, entre otros (González y Luna, 2012).

En resumen, las ventajas de la informatización de la historia clínica se refieren a la disponibilidad, el acceso, el procesado y la integración de la información, la seguridad y confidencialidad, y la prevención de errores.

3. *Dificultades y desventajas de la historia clínica informatizada*

La implantación de sistemas informáticos de historia clínica debe superar al menos dos tipos de dificultades: las financieras y las culturales. A estas dificultades se añaden la ausencia de estándares universalmente aceptados de transferencia de información y la mayor flexibilidad de la historia tradicional.

- *Dificultades financieras:* la incorporación de las TIC a la práctica clínica ha sido relativamente reciente. Hasta ahora, la investigación y desarrollo de sistemas informáticos en el área de la salud se habían dirigido a los programas de soporte a la gestión. Esta situación dificulta, encarece y retrasa la informatización de la actividad clínica porque no existen soluciones universalmente aceptadas.
- *Dificultades culturales:* por otra parte, los clínicos consideran a las TIC poco importantes, tanto para la investigación como para la práctica médica. Los programas de informatización de la historia clínica deben tener en cuenta las peculiaridades de la práctica clínica y facilitar las tareas del personal sanitario sin introducir actividades nuevas que no sean imprescindibles, deben facilitar el trabajo, no complicarlo; por ejemplo, un error frecuente es orientar las soluciones informáticas hacia la explotación de datos para gestores, antes que considerar-

las un instrumento más de la práctica clínica. En alguna ocasión proyectos importantes con fuerte dotación presupuestaria han fracasado por no tener cuestiones como estas (Carnicero *et al.*, 2014).

- *Ausencia de estándares de aceptación universal*: no existe un estándar universalmente aceptado para la transferencia de datos clínicos, lo que supone que las diferentes aplicaciones no se comunican bien entre ellas y encarecen los costes de las conexiones; los estándares en muchas ocasiones pertenecen a entidades privadas y los costes de las licencias encarecen los procesos. A pesar de ello, los fabricantes de *software* tienden a ofrecer al mercado estándares abiertos e interoperables en tiempo real, porque esas son las demandas del mercado, los servicios *web* y XML son ejemplos de esas tendencias. La irrupción de Internet, como canal de comunicaciones, ha tenido una gran influencia en este proceso (Moura *et al.*, 2014).

4. *Aplicación en el ámbito boliviano*

Vamos a analizar en este punto la situación en la que se encuentran determinados centros sanitarios en Bolivia desde el punto de vista de la implementación de la HCE. Nos centraremos en las entidades más avanzadas en este ámbito y que se integran en los subsectores anteriormente comentados, concretamente en dos de ellos, el subsector de la seguridad social y el subsector privado.

Cabe señalar que una deficiencia general que se presenta en Bolivia es la dificultad en el acceso a la información ya que ésta no se encuentra disponible en los sitios *web* oficiales, y algunas instituciones del ámbito público o privado no cuentan con memorias institucionales anuales para poder acceder a la información. Para conocer el estado del arte del manejo y archivo de la historia clínica en soporte papel, los proyectos emprendidos de historia clínica electrónica y la implementación de las TIC en el ámbito sanitario, se ha procedido a realizar las entrevistas abiertas no estructuradas a funcionarios claves del Sistema Nacional de Salud de Bolivia (subsector público, seguridad social y privados con y sin fines de lucro).

En el subsector público destacan: la Dirección General de Planificación del Ministerio de Salud y el Sistema Nacional de Información en Salud (SNIS); en el subsector de seguridad social, el Seguro Social Universitario (SSU), la Caja de Salud de la Banca Privada (CSBP) y la Cor-

poración del Seguro Social Militar (COSSMIL), estas dos últimas están implementando la historia clínica electrónica en consulta externa y hospitalización. En el subsector privado se ha considerado al Hospital Arco Iris, establecimiento de salud sin fines de lucro, que también ha implementado la historia clínica electrónica en hospitalización desde hace dos años.

Entre los actores TIC del actual gobierno, se han realizado entrevistas a la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia (ADSIB) para conocer el servicio de certificado y firma digital, y actividades que desarrollan la implementación del gobierno electrónico; a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) para conocer la implementación de los telecentros y la utilización de servicios del satélite boliviano Túpac Katari, y a la Dirección General de Gobierno Electrónico del Ministerio de Planificación del Desarrollo a cargo de la socialización del Plan de Gobierno Electrónico.

Entre los actores TIC del ámbito privado, se realiza una entrevista a la Asociación de Bancos Privados de Bolivia (ASOBAN) para conocer el servicio de certificación digital que presta desde 2002.

Las cuestiones más interesantes, resultantes de estas entrevistas en la materia que nos ocupa, aparecen reflejadas en las líneas siguientes y en las conclusiones del presente documento. Cabe mencionar que no se incluyen todas por el espacio que representaría; sin embargo, se ha recogido en la tabla que figura a continuación el total de actores claves que aportaron información, la materia sobre la que versan y las fechas de éstas para crear una visión panorámica del ámbito sanitario en Bolivia, de manera general, y en la ciudad de La Paz, de manera particular.

<i>Entidad</i>	<i>Tema</i>	<i>Nombre y cargo</i>	<i>Fecha</i>	
Sector público	Ministerio de Salud	Dr. Ronal Machaca	21/07/2015	
	Sistema Nacional de Información en Salud (SNIS)	Rocco Abruzzese	04/08/2015	
		Responsable nacional de Información y Producción de Servicios, nivel I	17/06/2015	
		SNIS	Ing. Jorge Bailey e Ing. Gabriel Jiménez	24/06/2015
		Software de Atención Primaria en Salud (SOAPS)	Ing. Mauricio Bustillos	17/06/2015
		Sistema de Información Clínica Estadística (SICE)	Ing. Gabriel Jiménez	23/07/2015
		Sistema de Información Administrativa Financiera (SIAF)	Ing. Gabriel Jiménez	03/08/2015
		Centro Departamental de Vigilancia y Referencia (CDVIR)	Ing. Gabriel Jiménez	27/08/2015
Programa VIH-SIDA		Dr. David Segurondo Responsable de CDVIR, La Paz	20/07/2015 - 27/07/2015	

	<i>Entidad</i>	<i>Tema</i>	<i>Nombre y cargo</i>	<i>Fecha</i>
Subsector de la seguridad social	Seguro Social Universitario (SSU)	Historia clínica	Jaime Riveros Encargado de bioestadística	10/09/2015
	Caja de Salud de la Banca Privada (CSBP)	Manejo historia clínica	Lic. Sonia Apaza Jefe de enfermeras a.i.	14/10/2015
		Archivo historia clínica	Lic. Elizabeth Saravia Encargada de la Unidad de Admisión, Archivo y Fichaje	14/10/2015
		Historia clínica electrónica	Dr. Gonzalo Maldonado Médico pediatra y director del Hospital Regional La Paz	04/03/2015 - 30/07/2015
	Corporación del Seguro Social Militar (Cossmil)	Historia clínica electrónica	Dr. David Martínez Médico Traumatólogo	22/07/2015 - 24/07/2015
		Software médico y Sistema Administrativo Médico (SAMI)	Dra. Tania Cherro Responsable del software médico	25/08/2015
	Corporación del Seguro Social Militar (Cossmil)	Archivo historia clínica	Lic. Katia A. de Auza Jefa de Archivo Clínico	25/09/2015 - 30/09/2015
		Sistema Integrado de Seguimiento Hospitalario a Pacientes (SISHAP)	Coronel Grover Quiroga Director nacional de sistemas	04/11/2015

	<i>Entidad</i>	<i>Tema</i>	<i>Nombre y cargo</i>	<i>Fecha</i>
Subsector privado	Hospital Arco Iris	Historia clínica electrónica sistema open HAI	Ing. Julio Alarcón Jefe de la Unidad de Sistemas	04/08/2015
		Historia clínica electrónica sistema open HAI	Dr. Igor Salvaterra Adjunto Enseñanza y director de Enseñanza e Investigación	07/08/2015
		Archivo de la historia clínica	Sr. Rubén Heredia Auxiliar de Archivo	01/09/2015
Actores TIC	Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia (ADSIB)	Firma digital	Lic. Kantuta Muruchi Encargada de Planificación y Proyectos	08/09/2015
		Firma digital	Ing. Sylvain Lesage Jefe de la Unidad de Innovación y Desarrollo	14/08/2015
	ENTEL	Telecentros	Ing. Rolando Alvarez Jefe de la Unidad de Telecentros	02/09/2015
		Dirección General de Gobierno Electrónico	Ing. Wilson Cuellar Profesional de Desarrollo Rural	28/07/2015
Ecuador	Ministerio de Planificación del Desarrollo	Dirección General de Gobierno Electrónico	Ing. Rodrigo Siles Director general de Gobierno Electrónico	28/07/2015
	Asociación de Bancos Privados de Bolivia (ASO-BAN)	Administradora de Cámaras de Compensación y Liquidación (ACCL S.A.)	Ing. Ricardo Primitela Administrador de Sistemas	29/09/2015
	Médica Salubrista	Historia clínica electrónica de Ecuador	Dra. Patricia Coral Médica Salubrista	21/09/2015

FUENTE: Elaboración propia.

A. *Caja de Salud de la Banca Privada*

Con más de 16 años de experiencia (desde 1988) y presencia en toda Bolivia (excepto en el Departamento de Pando) se ha convertido en la mejor empresa de asistencia médica y previsional en el país, desarrollando inteligentemente productos y servicios que permiten ver con optimismo el futuro, y proyectarse hacia una nueva era, logrando mantener su posición de privilegio, ser la institución con el más alto nivel de excelencia en la prestación de servicios médicos en Bolivia.

Está organizada en una oficina central nacional, ubicada en la ciudad de La Paz, con la función principal de planificar, normar, evaluar, controlar y supervisar las políticas, estrategias, planes y programas de salud que deben ejecutarse y gestionarse en las regionales.

Tres administraciones regionales con sede en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. Cinco agencias regionales ubicadas en las ciudades de Oruro, Potosí, Sucre, Tarija y Trinidad. Responsables zonales en las ciudades intermedias de Puerto Suárez y Montero, dependientes de la administración regional de Santa Cruz; y compra de servicios médicos en Bermejo y Yacuiba, bajo tuición y control de la agencia regional de Tarija.

La Caja de Salud de la Banca Privada (CSBP) cuenta con las historias clínicas informatizadas de ocho departamentos de Bolivia, a excepción de Pando.

La historia clínica electrónica en la CSBP se implementa en forma vertical, es decir, de arriba hacia abajo, se realizan planes de capacitación. Los médicos se capacitan primero, pero es el que dedica menos tiempo a la capacitación por su trabajo, al inicio hay quejas por parte del paciente porque el médico está más preocupado en llenar la historia clínica que en el paciente, así muchas veces al lado del médico está el profesional informático para resolver las preguntas del médico en el manejo del software. Posteriormente se capacita a las enfermeras y se capacita al personal administrativo.

La implementación de la historia clínica electrónica ha sido positiva para la CSBP, obliga al médico a llenar todas las casillas que requiere información antes de cerrar la historia clínica. En la historia clínica en soporte papel se presentan problemas como estar sin firma, sin sello, mal rellenas, no se entiende la letra del médico, entre otros.

Con la historia clínica electrónica se tiene toda la información de la población asegurada (nombre, carné de identidad, entidad, vigencia de derechos a nivel nacional y la historia clínica del paciente).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 489-511.

El costo del Software 9000 fue de 150,000 dólares americanos, lo adquirieron en 2002 de una empresa peruana de desarrollo especializada en el área de salud. De 2002 a 2004 se trabajó en forma remota con la empresa peruana, básicamente se trataba de un contrato de *outsourcing*,³ con el transcurso del tiempo resultó oneroso para la CSBP por la capacitación, mantenimiento, desarrollo de nuevos productos, implementación, validación (aproximadamente unos 40,000 dólares americanos por año).

En la gestión de 2005 la CSBP asume el desarrollo del prototipo funcional, con base en la experiencia del Software 9000 comprado a la empresa peruana. Este nuevo prototipo está hecho a la medida de las necesidades particulares de la CSBP, para ello, se realizaron pruebas *Alfa* para validar la información y el producto final, posteriormente las pruebas *Beta*, la entrega del producto en funcionamiento al 100%, con la información de los asegurados (Caja de Salud de la Banca Privada, 2014).

B. *Hospital Arco Iris*

En 1997 nacen en la Fundación Arco Iris⁴ los primeros planes para construir una clínica como resultado de una búsqueda de un sistema que atienda las necesidades de salud para niños de la calle. El primer proyecto de salud estuvo ubicado en un colegio de la zona central de La Paz, donde se trataba ambulatoriamente las dolencias de los que viven en las calles.

³ Contrato de *outsourcing* (externalización): La palabra inglesa “*outsourcing*” significa “suministrar externamente”. En España este término es traducido como “*externalización*” y en algunos países latinoamericanos como “*subcontratación*” o “*tercerización*” de procesos que significa suministrar a través de terceros.

⁴ Fundación Arco Iris es una organización no gubernamental, basada en los principios de la Iglesia católica que desde 1994 lucha contra la discriminación, marginación y falta de oportunidades que sufren miles de niños, niñas y jóvenes (huérfanos, cuyos padres están en la cárcel, víctimas de violencia intrafamiliar, maltratos, violaciones, los que viven o trabajan en las calles de la ciudad de La Paz, Bolivia). Para cumplir su objetivo ejecuta numerosos proyectos de apoyo integral y realiza campañas de sensibilización entre las personas con espíritu de solidaridad y desprendimiento. Casi en su totalidad, la fundación se sostiene del apoyo de personas individuales, sin grandes financiamientos de la cooperación internacional o gubernamental. Busca ser un signo de amistad, solidaridad y desprendimiento, en favor de los más pobres, necesitados y desprotegidos. Fundación Arco Iris (2015), “Hospital Arco Iris”. Disponible en: <http://www.arcoirisbolivia.org/mision.html>, consultado el 1o. de octubre de 2014.

En la ciudad de La Paz se tiene alrededor de 30,000 niños que sobreviven como lustrabotas, dulceros, recogiendo basura, voceando y algunas muchachas como prostitutas. Unos 2,000 viven en las calles sin ningún vínculo familiar, y son víctimas de drogas, alcohol, maltrato y enfermedades infecciosas. Normalmente los niños de la calle no velan por su salud y por falta de recursos económicos no tienen posibilidad de acudir a un centro médico.

En agosto de 1998, la *Papstliches Missionswerk fur Zinder* (obra misionera papal para los niños) de Alemania realizó una solicitud de ayuda a la Unión Europea (UE) para un proyecto de cinco años. Gracias a esta ayuda la Fundación Arco Iris planificó la construcción de un moderno hospital de segundo nivel ubicado en la ciudad de La Paz, la construcción del Hospital Arco Iris (en adelante HAI) se terminó de construir en septiembre de 2001, su inauguración fue el 27 de septiembre y la apertura el 23 de octubre, ambas acciones en ese mismo año.

Las finalidades perseguidas con el hospital fueron: formación, prevención e instrucción sanitaria y rehabilitación, para el grupo meta compuesto por un estimado de 5,000 niños que viven en la calle y otros 30,000, aproximadamente, que trabajan en la calle. El proyecto debería alcanzar prioritariamente la previsión sanitaria.

El hospital con cien camas, muestra un alto estándar en su infraestructura y equipamiento médico y es considerado como uno de los mejores hospitales en La Paz, donde trabajan cerca de 270 personas. Cuenta con 26 especialidades y atiende cerca de 80,000 personas al año, de las cuales cerca de 4,000 pertenecen a la población principal, niños de la calle. Además, tres consultorios móviles proveen de salud primaria a los niños pobres, y principalmente uno de ellos se introduce en las calles donde viven los más desprotegidos y son la meta de la Fundación Arco Iris.

A partir de la gestión de 2008 se implementa en el HAI el Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) y el Sistema de Información Clínico Estadístico (SICE), ambos desarrollados por la ONG *Medicus Mundi*, y reconocidos por el Ministerio de Salud y Deportes a través de la Resolución Ministerial núm. 0853 del 18 de noviembre de 2005.

Existen perfiles de acceso para la utilización del SICE. El procedimiento para recabar una historia clínica consiste en retirar una ficha del sistema, se imprime la ficha y se entrega a la Unidad de Archivo, la cual busca la historia clínica en soporte papel del paciente y la lleva a la Unidad de En-

fermería, quienes reparten las diferentes historias clínicas a los consultorios médicos. El registro de ingreso y egreso de la historia clínica es manual.

En el cuadro siguiente se reflejan, de forma esquemática, las cuestiones más interesantes en materia de seguridad y privacidad referidas a la historia clínica electrónica en los centros analizados:

	<i>Subsector Seguridad Social a corto plazo</i>		<i>Subsector privado sin fines de lucro</i>
	<i>Caja de Salud Banca Privada (operado con SAMI)</i>	<i>Corporación de Salud Militar (operado con SISHAP)</i>	<i>Hospital Arco Iris (operado con openHAI)</i>
Acceso HCE	Médico, enfermera, personal administrativo	Médico, personal administrativo	Médico
Usuario	Correo institucional	Correo institucional	Correo institucional
Ingresar contraseña	Médico password Enfermera código	Médico, personal administrativo password	Médico y personal administrativo password
Elegir tipo de HCE	Consulta externa, hospitalización, emergencias.	Consulta externa, hospitalización (por implementar).	Hospitalización, emergencias, consulta externa (por implementar).
Módulos	21	12	10
Modificar HCE	24 horas, con autorización del encargado del software médico.	No lo permite, debe llenarse en observaciones.	24 horas, debe llenarse en otro campo.
Responsable	Encargada nacional del software médico Jefe nacional de Telemática	Director del Departamento de Informática (militar)	Jefe de la Unidad de Sistemas

FUENTE: Elaboración propia. Resumen de la información obtenida en materia de procedimiento y seguridad en las tres instituciones más importantes analizadas.

V. CONCLUSIONES

Se ha procedido a evaluar en el presente trabajo el estado de situación de la historia clínica electrónica en los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud de Bolivia, y en particular de la ciudad de La Paz,

para lo cual se realizaron veinticinco entrevistas no estructuradas a funcionarios del subsector público (Ministerio de Salud, Sistema Nacional de Información en Salud), subsector de la seguridad social (Caja de Salud de la Banca Privada, Corporación del Seguro Social Militar, Seguro Social Universitario) y subsector privado sin fines de lucro (Hospital Arco Iris).

La CSBP tiene diecisiete años de servicio a su población asegurada. Desde la gestión de 2005, los profesionales de esta Caja han desarrollado su propio software médico y sistema administrativo médico (SAMI), el cual se aplica y utiliza, actualmente en los servicios de consulta externa (policonsultorio) y hospitalización a nivel nacional. El sistema SAMI está constituido por veintiún módulos médico-administrativos, que interactúan entre sí e incluyen diversas áreas. El SAMI tiene un sistema configurable de usuarios y contraseñas con distintos niveles de acceso para cada profesional de la CSBP (médico, enfermera, administrativo, farmacia, laboratorio, etcétera), de esta manera se asegura la confidencialidad, privacidad y seguridad de la información de cada paciente, los datos de los pacientes no pueden ser modificados y revelados a terceros. Este sistema médico integra, de manera sencilla, las áreas de agendas médicas y el expediente clínico electrónico.

La HCE del SAMI cuenta con funciones y aplicaciones propias, contiene la información completa del expediente clínico de cada paciente, de forma cronológica, con fecha y hora de atención, permite clasificarlo de acuerdo con el Régimen de Seguro y Programa de Salud, otorgarle órdenes de laboratorio, exámenes auxiliares, prescripciones médicas, órdenes de interconsulta, bajas médicas, certificado prenatal, entre muchos otros documentos. Además, puede obtener informes médicos, informes de junta médica, reportes de estudios comparativos entre la gama de variables con que cuenta el SAMI y reportes de seguimiento a la calidad del registro de la información. Con el SAMI se puede realizar una variedad de análisis estadísticos, investigaciones médicas, detección de factores de riesgo más frecuentes en la población asegurada, patologías prevalentes y todo tipo de reportes que sirven para elaborar planes de promoción y prevención, en la perspectiva de que un sistema de salud es más eficaz en la medida en que prevenga la aparición de enfermedades más que tenga un enfoque curativo y asistencialista.

Con relación a la seguridad de la información, la CSBP cuenta con una encargada nacional de software médico y jefe nacional en telemática;

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 489-511.

con servidores redundantes (espejos); realizan copias de seguridad (*back up*); las agencias regionales envían diariamente el respaldo a la oficina nacional que centraliza toda la información; tienen una intranet; el médico, enfermera y personal administrativo cuentan con acceso a Internet (a excepción de redes sociales como Facebook, Twitter, entre otras); utilizan software propietario, pagan la licencia del software y antivirus; no llevan a cabo auditoría informática; y se encuentra en trámite la aprobación del Plan de Seguridad.

La Corporación del Seguro Social Militar (Cossmil) ha tenido malas experiencias en la implementación de sistemas de información en salud, es así que en 2004 una empresa boliviana desarrolló el Sistema de Gestión Hospitalaria (SIGEH), incluía software, equipamiento, cableado estructurado; el sistema contaba con veintidós módulos, pero tuvo problemas por lo que el personal de la Dirección de Informática desarrolló el nuevo diseño del proyecto.

Desde la gestión de 2014 se ha desarrollado el Sistema de Información Integrado de Control y Seguimiento Hospitalario (SISHAP), a la fecha cuenta con doce módulos, entre ellos el de consulta externa, que permite al médico el acceso a la HCE; el médico accede a su perfil a través de un usuario y contraseña, una opción le permite reservar algunas enfermedades como el VIH-SIDA, por seguridad el médico no puede modificar la información de la historia clínica una vez que ha concluido el horario de la consulta externa; si necesita incluir alguna modificación, deberá hacerlo en el campo observaciones. El SISHAP se ha implementado también en las ciudades de Sucre y Puerto Suárez.

En relación con la seguridad de la información, cuentan con un director de Informática, aunque se presenta una debilidad en los establecimientos de salud regionales, en el cargo se encuentran suboficiales que no son profesionales en informática, también existe mucha movilidad del personal; cuentan con servidores redundantes (espejos); realizan copias de seguridad (*back up*) de forma semanal; utilizan software propietario, pagan las licencias del software y antivirus; el desarrollo de los módulos del SISHAP se realiza bajo la modalidad de consultoría por producto; la capacitación de los módulos del SISHAP la realiza el Departamento de Informática de forma general y específica a los médicos.

Como resultado de las entrevistas se percibe poca coordinación entre la Dirección de Informática, la Unidad de Archivo Clínico, la Auditoría

Médica y otras unidades de Cossmil para el desarrollo de los módulos del SISHAP, particularmente en lo relacionado a la HCE. La Unidad de Archivo Clínico y Auditoría Médica consideran que por el momento el SISHAP no brinda la confidencialidad, privacidad y seguridad de la historia clínica en papel, esperan que haya un cambio en la norma técnica para el manejo del expediente clínico que reconozca el valor probatorio de la historia clínica electrónica y la firma electrónica.

El Hospital Arco Iris (HAI) es un hospital de segundo nivel que pertenece al sector privado sin fines de lucro, tiene una antigüedad de catorce años, es un hospital de enseñanza, ha implementado hace dos años el sistema openHAI, que contiene la HCE de hospitalización, terapia intensiva (UTI), emergencias y consulta externa (desde septiembre de 2015); este sistema es un desarrollo propio del HAI que contó con la colaboración de un consultor italiano.

El openHAI está compuesto de formularios que están acorde con la norma técnica para el manejo del expediente clínico. Para la creación de un formulario se requiere el consenso del jefe de servicio, médicos especialistas, enfermeras, el personal informático toma nota de los requerimientos y elabora el proyecto, con la validación de los futuros usuarios se procede a la implementación del mismo.

Entre las *ventajas* que ofrece el openHAI está el autograbado cuando el médico va llenando la HCE; el acceso a la HCE desde cualquier dispositivo que tenga acceso a Internet (*smartphone*, tableta, computadora portátil o *smartTV*); cuenta con un sistema de almacenamiento de imágenes radiológicas (RIS) y el PACS, sistemas donde se almacenan las resonancias, tomografías, rayos X y cualquier otra imagen radiológica; facilidades para la impresión de la HCE porque cuenta con un servidor de impresoras.

Entre las *desventajas* se podría considerar el respaldar la información de la HCE que son datos sensibles en servidores externos al *data center* del HAI, como el servicio que ofrece la nube (*cloud computing*), más aún si es un servicio gratuito se desconoce el paradero del alojamiento de los datos de la HCE; el acceso desde cualquier dispositivo que tenga acceso a Internet puede ir en contra de la confidencialidad de los datos del paciente contenidos en su HCE que puede ser vista por terceras personas que no sean el médico tratante o personal sanitario del HAI. Finalmente, la impresión de la historia clínica electrónica en la cual el médico debe colocar su nombre, firma y sello, porque todavía no se ha implementado la firma digital en el openHAI.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 489-511.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APONTE, G., 2014, “Seguro Universal de Salud”, *Bolivia. Encrucijadas en el siglo XXI*, La Paz, Editora Presencial SRL.
- “Caja de Salud de la Banca Privada”, 2014, *Acerca de la CSBP*. Disponible en: <http://portal.csbp.com.bo/inicio/index.php/acerca-de-la-c-s-b-p/>.
- CARNICERO, G., 2014, “La gestión de la función TIC en los servicios de salud: algunos errores frecuentes de los equipos de dirección”, en CARNICERO, G. et al. (coords.), *Manual de salud electrónica para directivos de servicios y sistemas de salud. Aplicaciones de las TIC a la atención primaria de salud*, publicación de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.seis.es/documentos/XInformeSEIS-COMPLETO.pdf>.
- MINISTERIO DE SALUD Y DEPORTES, 2010, *Plan Sectorial de Desarrollo 2010–2020: Hacia La Salud Universal*. Disponible en: <http://www.ine.gob.bo/in-dicadoresddhh/archivos/salud/nal/PlanSectorialdeDesarrollo2010-2020.pdf>.
- GONZÁLEZ, F. y LUNA, D., 2012, “La historia electrónica”, *Manual de salud electrónica para directivos de servicios y sistemas de salud*, publicación de las Naciones Unidas. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3023/S2012060_es.pdf?sequence=1.
- GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2004, *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Madrid, Civitas.
- GONZÁLEZ T., R. M., 2004, *El proceso de investigación. Bases conceptuales*, Madrid, Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad Politécnica de Madrid.
- LEÓN S., P., 2004, *La implantación de los derechos del paciente*, Navarra, Universidad de Navarra.
- MOURA, L., 2014, “La necesidad de una arquitectura de Salud-E”, *Manual de salud electrónica para directivos de servicios y sistemas de salud*, vol. II, Naciones Unidas, CEPAL. Disponible en: <http://www.seis.es/documentos/XInformeSEIS-COMPLETO.pdf>.
- ROJAS, D., 2012, “Infraestructura y requisitos básicos de los sistemas de salud electrónica”, *Manual de salud electrónica para directivos de servicios y sistemas de salud*, Naciones Unidas, CEPAL. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3023/S2012060_es.pdf?sequence=1.
- TRONCOSO R., A., 2006, “La confidencialidad de la historia clínica”, *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública.

LOS SUBSISTEMAS JURÍDICOS BRITÁNICOS (DERECHO CONSUETUDINARIO INGLÉS O *COMMON LAW*) Y EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL (*CIVIL LAW*)*

Francisco GODOY TENA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Familias y sistemas de derecho*. III. *Derecho consuetudinario* (common law) y *derecho romano* (civil law). IV. *Origen del common law*. V. *Características del common law*. VI. *Derecho inglés y galés*. VII. *Origen y evolución del derecho inglés y galés*. VIII. *Derecho civil y derecho penal británico*. IX. *Origen y evolución del derecho escocés*. X. *Derecho civil y derecho penal escocés*. XI. *Origen y evolución del derecho norirlandés*. XII. *Derecho español*. XIII. *Derecho comparado*. XIV. *Conclusiones*. XV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito del derecho constituye una pieza fundamental en la sociedad actual, en el cual podemos distinguir diversas familias y sistemas de derecho. Dentro de ellas podemos resaltar dos: por un lado, el *civil law*, derecho napoleónico cuyo origen se remonta al derecho romano. En este sistema nos centramos en el derecho español, su origen, evolución y explicación del mismo. Por otro, el *common law*, derecho consuetudinario o derecho inglés, claramente diferenciable del anterior. Originario en Inglaterra, el *common law* se extendió primeramente a Gales, Escocia e Irlanda del Norte y, en siglos sucesivos y de igual modo que en caso español, a otros países del mundo. Ante esta situación conviene por consiguiente detallar los ordenamientos jurídicos de Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte, todos ellos pertenecientes al sistema jurídico del Reino Unido.

* Artículo recibido el 7 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 13 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0001-6353-6900. Profesor del Grado de Traducción e Interpretación. Departamento de Filología Inglesa. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Madrid. Correspondencia: Despacho 201-VIBIS, Avenida Tomás y Valiente, 1 Campus de Cantoblanco 28049, Madrid. Correo electrónico: f.godoy@uam.es.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 513-538.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Ante esta distinción es necesaria realizar una comparativa entre ambos sistemas jurídicos a fin de poder establecer los parámetros comunes para facilitar a investigadores que realicen estudios de derecho comparado. Para ello, el presente estudio se inicia con las familias y sistemas de derecho para, posteriormente, realizar una explicación de ambos sistemas jurídicos por medio de una comparación descriptiva que recopile aspectos de ambos sistemas, claves para su comprensión.

II. FAMILIAS Y SISTEMAS DE DERECHO

Durante siglos se han podido constatar numerosos ordenamientos jurídicos en diversas partes del mundo. Glenn (2007) menciona acertadamente a los derechos judío, griego y egipcio que sobrevivieron al derecho romano, constatando la existencia de otros derechos bajo la dominación de Roma, ordenamientos clásicos a los que añadimos otros más modernos. Del mismo modo, Esmein (1905) describe las siguientes familias: *Romanistic, Germanic*,¹ *Anglo-Saxon, Slav and Islamic families* (Esmein, 1905: 445).

En este sentido podemos sintetizar las ideas expuestas por Hertel (2009: 187), dentro de estas familias de derecho:

- Sistema jurídico de estados comunistas, incluidos dentro del *civil law* en su aspecto más general.
- Sistema jurídico nórdico, entre el *common law* y el *civil law*.
- Sistema jurídico islámico, ordenamiento único existente en numerosos países, existiendo un solapamiento en diversos países sudasiáticos entre el ordenamiento islámico y el *common law*.
- Sistema jurídico de Israel, en un principio basado en el *common law* durante la dominación británica, si bien es cierto que numerosas leyes están suplantando aquellas del *common law* por otras basadas en el derecho romano-germánico.
- Derecho de costumbres, propio de diversos países africanos, en donde se solapan el *common law* y el derecho de costumbres, dependiendo de las creencias religiosas de dichos países (Hertel, 2009: 187).

¹ Familia de derecho de gran influencia para nuestro derecho, especialmente el administrativo.

En este punto son dignos de mención los países poscoloniales del continente africano, entre los que podemos citar, entre otros, Sudáfrica (con rasgos del *Common Law*), países poscoloniales de Portugal (Angola, Guinea-Bisáu y Cabo Verde) que continúan con el Código Civil portugués de 1966 o el Código Civil español de 1889, el cual continúa vigente en Guinea Ecuatorial.

Los diversos ordenamientos jurídicos comparten características comunes y divergentes a tener en cuenta, como es el caso del jurado, parte indiscutible de la mayoría de países anglófonos, como es el caso de Irlanda o Estados Unidos, por solo citar unos ejemplos.² Sin embargo, en otros países el jurado no está presente, como es el caso de Israel o Sudáfrica, mientras que en el caso belga la figura del jurado fue abolida tras la ocupación francesa y retomada tras su independencia en 1831.

Stolze (2013) realiza una comparativa entre el denominado *Common Law* en los países anglosajones, que comentaremos posteriormente, y el derecho escrito en la mayoría de los países del continente europeo, derivado de la legislación constitucional romana, entre los que destacamos a los ordenamientos jurídicos español, francés o alemán.

III. DERECHO CONSUETUDINARIO (*COMMON LAW*) Y DERECHO ROMANO (*CIVIL LAW*)

La presente sección constituye el inicio de la comparativa de los dos sistemas a estudio: el *common law* y el *civil law*. El derecho consuetudinario presenta una serie de diferencias con el *civil law* o derecho romano a tener en consideración. Vázquez y del Árbol (2008: 15) realiza una distinción entre el derecho consuetudinario, a veces denominado “derecho común inglés”, frente al derecho romano o continental, también conocido como derecho civil o napoleónico. La primera de las diferencias explicadas es la ausencia de una codificación escrita en el derecho consuetudinario o *common law*, frente a la presencia de documentos jurisprudenciales escritos, característica fundamental del derecho romano.

En segundo lugar, se puede mencionar que el fallo de “culpable” frente al “inocente/no culpable” difiere en parte en ambas familias del dere-

² El ordenamiento jurídico español cuenta igualmente con jurado en determinados enjuiciamientos delictivos.

cho. En el *common law* se atisba una posición de igualdad entre la acusación y la defensa, inexistente en el *civil law*, y que se puede observar en el plano lingüístico con el binomio “*guilty*”, “*non-guilty*”, propio de los países del *common law*, particularmente Inglaterra y Estados Unidos, frente a otros países continentales, más cercanos a modelo francés (*civil law*):

In favour of a list of questions or propositions presented to the jury... the Spanish judge prepares a verdict form or “objeto del veredicto” in the form of a list of propositions, some designated as favourable to the defendant, some as unfavourable, and the jury must decide whether they were proved during the trial (Doran, Sean y Jackson, 2000: 55).

IV. ORIGEN DEL *COMMON LAW*

La importancia del derecho romano se refleja en el propio concepto de “*common law*”, puesto que originariamente proviene de (*ius commune*). El *Oxford Dictionary of Law* define el concepto del siguiente modo:

The part of English law based on rules developed by the royal courts during the first three centuries after the Norman Conquest (1066) as a system applicable to the whole country, as opposed to local customs. The Normans... were mainly concerned with establishing a strong central administration and safeguarding the royal revenues... (Oxford University, 2015: 122).

El origen histórico se puede considerar a partir de la invasión normanda en 1066, puesto que el territorio se encontraba regulado por un sistema judicial muy poco desarrollado y homogéneo, siendo a partir de ese momento el germen jurídico del *common law*, y que se desarrollaría a partir de los siglos XII y XIII.

Los primeros movimientos del *common law* vinieron de la mano de jueces itinerantes, y en donde se decidía por medio de una comparación analógica entre los diferentes casos a examen. Los anteriores “sistemas jurídicos” existentes antes del siglo XII fueron, por tanto, reemplazados por este “derecho consuetudinario”, común a aquellos pertenecientes a la corona inglesa.

La posterior colonización de diversas tierras hizo posible la extensión del *common law* a otros territorios que, tras independizarse de la corona in-

glesa, han mantenido el sistema jurídico del *common law* hasta la actualidad. Es por ello que el *common law* pasa a formar parte de los tres subsistemas que forman el sistema jurídico británico: inglés y galés, escocés y norirlandés.

V. CARACTERÍSTICAS DEL *COMMON LAW*

Primeramente, consideremos las siguientes características propias del *common law*:

1. *Fuentes del common law*

En primer lugar, consideremos las diferentes fuentes del *common law* originado en Inglaterra, las cuales son las siguientes:

- Los repertorios de jurisprudencia (*law reports, statute/statutory reports*).
- Costumbres generales y particulares del reino, así como la costumbre que se ha llegado a adoptar dentro de los tribunales. Se denomina *case law* y es desarrollada por los *magistrates, judges* y los *lords y ladies*. Fuentes originales e históricas del derecho, como son los escritos de Bracton y Coke, entre otros.
- *Equity* (equidad). Mandamientos, deberes y obligaciones. Parte del derecho natural.

Por otra parte, podemos asegurar la inexistencia de una “Constitución británica” *per se*, que englobe a los diferentes Estados que forman el Reino Unido. Por el contrario, destaca la existencia de unos documentos de orden jurídico con una carga histórica tan importante que conforman en sí el sistema jurídico del país. Entre ellos, se pueden mencionar los siguientes documentos: La *Carta Magna* (forma denominativa también utilizada para la Constitución Española) fue redactada el 15 de junio de 1215 durante el reinado de Juan I (“Juan sin tierra”) e igualmente ratificada por Eduardo I en 1297. Sin duda, podemos considerarla piedra angular que determina un precedente en el sistema jurídico inglés.

Otro de los documentos esenciales dentro del *common law* es el *Bill of Rights*, cuyo origen tiene lugar por medio de la denominada “*Glorious Revolution*”, primera revolución occidental a favor de los derechos en el mundo,

que tuvo lugar entre 1688 y 1689, la *Act of Settlement 1701*, una de las bases de la independencia judicial del *common law* en el mundo (Stevens, 2005: 1). La *Union 1707 Act*, por medio del cual se sella la unión de la corona escocesa con la inglesa, pasando a formar un único reino, denominado Gran Bretaña.

El siglo XX es testigo de gran cantidad de documentos emanados del Parlamento y que constituyen de igual modo la fuente del derecho inglés y, por tanto, del *common law*. Dentro del sistema parlamentario podemos citar las *Parliament Acts 1911* y *1949* y la *Life Peerage Act 1958*. Asimismo, la *House of Commons Disqualification Act 1975* excluye diversas categorías como futuros miembros del Parlamento, entre los que se encuentran *Lords*, funcionarios, miembros en activo de las fuerzas armadas o miembros pertenecientes a órdenes religiosas, por citar algunos ejemplos. En tercer lugar, la *Supreme Court Act 1981*, denominada más tarde como *Senior Courts Act 1981*, define la estructura del Tribunal Supremo del Reino Unido.

Dentro del siglo XXI podemos mencionar otros documentos legislativos de especial relevancia:

- *Civil Contingencies Act 2004*.
- *Constitutional Reform Act 2005*.
- *Constitutional Reform and Governance Act 2010*.
- *Fixed-term Parliament Act 2011*.
- *Succession to the Crown Act 2013*.

Por tanto, la inexistencia de un código constitucional escrito dentro del derecho inglés o *common law* es clave en la consiguiente divergencia en los tres subsistemas judiciales británicos, puesto que, junto con sus diversos contextos históricos diferenciadores, han hecho que el sistema judicial británico posea tres subsistemas claramente diferenciados.

2. *El precedente*. Stare decisis

El sistema del *common law* se basa en dos vertientes fundamentales. Por un lado, las leyes que han sido aprobadas por el Parlamento del país en cuestión, gracias a las cuales podemos trazar la evolución de la jurisprudencia de su Estado. Por otra parte, los propios tribunales, así como

las decisiones de éstos en forma de sentencias son esenciales en el sistema jurídico del *common law*.

En este sentido, la propia decisión del caso en litigio no es importante únicamente en tal caso, sino que contribuye a futuras decisiones tomadas en otros ulteriores. Así, por tanto, y como se ha mencionado anteriormente, el aspecto más notable del derecho inglés es la ausencia de un derecho codificado y, en especial, de un código civil, a favor del uso del precedente.

Por consiguiente, y a diferencia del papel fundamental del propio legislador, que codifica las normas jurídicas de un determinado Estado, el *common law* o derecho consuetudinario pasa a ser un sistema jurídico con abundante conocimiento práctico, basado en resolver posibles conflictos dentro de los propios tribunales. Nuevamente, la falta de una codificación escrita, distintiva del derecho romano y del derecho español (*civil law*), pone en relevancia el aspecto práctico del *common law* ante uno más codificado en el *civil law*.

El derecho inglés, principal sistema jurídico dentro del *common law*, basa su sistema del precedente en la máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*”, y que normalmente se abrevia en la forma “*stare decisis*”. De este modo, la base del precedente reside en la certeza y el concepto de “justicia” en la ley, en la que no existe un único texto en el *common law*, sino una recopilación de sentencias que abarcan un periodo que puede extenderse durante más de dos siglos. Ahumada realiza una acertada comparación del llamado “*stare decisis*”, propio de los tribunales del *common law*, con un “laboratorio de derecho”: “el derecho se pone a prueba, se desarrolla y se transforma a impulso de conflictos reales que reclaman solución” (Ahumada, 2003: 353).

El “*stare decisis*” del *common law* se basa, por tanto, en el carácter práctico de los diferentes casos juzgados en el *common law*. Ante esta situación, el jurista del *common law* se encuentra ante un sistema menos férreo y carente de rigidez, en donde prima la decisión del *judge*, basada en casos con situaciones jurídicas similares juzgado en ese momento; un *judge* de manera individual, considerando los precedentes, dicta un fallo. Durante siglos los *judges* se han situado en la primacía de un razonamiento jurídico que, en palabras de Sir William Blackstone, pasaron a ser los “oráculos vivientes” del derecho: “En verdad los jueces hacen y cambian el derecho. La totalidad del *common law* es creación del juez y, sólo mediante la modificación

judicial en el derecho, el *common law* conserva su vigencia en un mundo cambiante” (Whittaker, 2006: 38).

La tesis de Hale y Blackstone es básicamente que el *common law* estaría constituido por usos y costumbres que han gobernado a los ingleses desde tiempos inmemorables, apoyados en los principios generales de justicia entre los particulares y la conveniencia pública, que se puede modificar por medio de una ley emanada del Parlamento (Cross *et al.*, 2012: 49).

El ordenamiento jurídico inglés, del mismo modo que otros provenientes del mismo, basa su derecho en un origen procesal o *case law*, por el cual el *judge* resuelve un caso teniendo en consideración aquello que se ha fallado en casos precedentes. Dentro del precedente, Ashworth (2000) define el “*guideline precedent*” del siguiente modo:

A guideline judgment is a single judgment which sets out general parameters for dealing with several variations of a certain type of offence, considering the main aggravating and mitigating factors, and suggesting an appropriate starting point or range of sentences. This kind of judgment was pioneered in the 1970s by Lawton P.J.... (Ashworth, 2000: 30).

Busby *et al.* identifican del mismo modo las ventajas del precedente, coincidiendo con Ahumada en la consistencia y justicia que emana del “*stare decisis*” del *common law*: “Without a system of precedent, the law would be more uncertain and it is likely that more court actions would be brought in the face of conflicting views on the state of the law” (Busby *et al.*, 2008: 38).

Cownie *et al.* (2010) recalcan la importancia de los *judges* que dictan sentencias que serán consideradas por otros *judges*. No obstante, debemos tener en cuenta ciertas consideraciones. En primer lugar, podemos deducir del precedente la inmediatez en el fallo del caso, puesto que el *judge* únicamente tiene que recurrir a casos precedentes con el objetivo de poder basar en ellos su fallo.

Por ello, no es necesaria la consulta de la legislación a fin de poder basar tal fallo, al contrario que en derecho romano, napoleónico o el denominado en el Reino Unido como derecho continental, en el que todo se encuentra totalmente tipificado en códigos en los que se basa a la hora de aplicar el derecho.

Dentro del precedente, se pueden considerar los siguientes criterios:

- Se debe acatar toda decisión tomada en tribunales superiores dentro de la jerarquía judicial británica.
- Dichas decisiones tomadas por los tribunales superiores constituyen un precedente persuasivo para los tribunales de mayor jerarquía.
- Una decisión constituye siempre un precedente para los tribunales de inferior jerarquía respecto del tribunal que previamente ha dictado dicha sentencia.

Finalmente, si estas decisiones expresadas mediante los fallos de las sentencias forman el precedente para otros casos de características similares, todo ello puede influir en gran medida en el fallo del *judge*. Sin embargo, los fallos judiciales no se basan únicamente en la decisión de otros *judges*, sino que entran en escena otras características propias del *common law*: *ratio decidendi* y *obiter dicta*.

3. Ratio decidendi y obiter dicta

Otros de los puntos a tener en consideración dentro del *common law* es la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*. En primer lugar, la *ratio decidendi* se puede definir como la opinión necesaria para el fallo final de la sentencia, mientras que las *obiter dicta* se pueden considerar como las opiniones adicionales aportadas en cada sentencia.

El *judge* inglés expone los motivos de su fallo, resume cuáles fueron los medios de prueba aportados, justificando del mismo modo las decisiones previas y sintetizando los argumentos expuestos por parte de los letrados de ambas partes. Tanto en las sentencias penales como en las civiles se realiza un resumen de los hechos, se sintetizan los argumentos presentados y se examinan cuestiones jurídicas relevantes.

Por este motivo, la *ratio decidendi* es vinculante para cualquier *Court* o tribunal, que debe seguir tanto si está de acuerdo o no, mientras que las *obiter dicta* no son vinculantes, si bien es cierto que pueden tener cierto valor en el fallo de la sentencia. Pueden ser persuasivas y su valor es capital, pues han sido consideradas por jueces, todo ello importante para sentencias venideras.

En cualquier caso, la *ratio decidendi* concierne especialmente a los casos en los cuales no se expresan las razones de la decisión tomada, aportándose una enumeración de los hechos, con una síntesis de los argumentos

presentados por las partes. En la actualidad los tribunales superiores expresan las razones de su decisión, siendo improbable su inclusión en los repertorios de jurisprudencia (*law reports*) si no lo hacen.

La argumentación en las sentencias británicas constituye pieza clave dentro de las mismas. Dada su falta de codificación, las sentencias británicas incluyen un desglose detallado de todos los aspectos a considerar en las mismas con el objetivo de fijar aquellos aspectos legislativos que sientan precedentes en otras sentencias de tribunales inferiores.

El *obiter dictum* se puede definir como “una proposición jurídica contenida en el voto del juez que desde el punto de vista lógico no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión” (Cross y Harris, 2012: 100).

Dentro de una sentencia podemos observar más de una *ratio decidendi*, teniendo cada una de ellas su propia importancia y siendo vinculante de acuerdo con las reglas relativas a la jerarquía de los *Courts*. Si se presentan varios votos razonados que llegan a una misma conclusión, pero no están de acuerdo en la *ratio*, surge cierta dificultad y arbitrariedad.

Cross y Harris (2012) consideran el hecho primordial del *common law*: el *judge* está obligado, a la hora de dictar sentencia, a tener en consideración casos previos como material en el que basar su decisión en su propio caso.

El precedente en el *common law* tiene los siguientes puntos a tener en cuenta:

- Todos los *tribunals* están obligados a seguir y continuar con el precedente que se haya originado en cualquier tribunal superior.
- No se tienen en consideración las sentencias anteriores en su totalidad, puesto que en ciertas ocasiones no hay sentencias similares. Sí se tienen en cuenta las *ratio decidendi*, siendo, en palabras de Cross y Harris (2012: 27), concisas y dogmáticas.

4. Actus reus y mens rea

En primer lugar, mencionaremos el “*actus reus*”, denominado “*guilty act*” y cuyo concepto es definido por Cross del siguiente modo: “The external behaviour or conduct which is prohibited by the Criminal law... It also includes a range of the other behaviour requirements, defined in each

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 513-538.

criminal offence. For example, the *actus reus* of theft is taking someone else's property (Cross, 2011: 16)".

Herring (2011) define igualmente el concepto de "*actus reus*" por medio de las cuatro "C", y que se resumen del siguiente modo:

- Conducta (*conduct*), puesto que el *actus reus* requiere un comportamiento ilegal.
- Circunstancias (*circumstances*), dicho comportamiento tiene lugar en un escenario determinado.
- Contexto (*context*), de tipo interno y un "estado mental" que hace que dicho comportamiento suponga un delito penal.
- Consecuencias (*consequences*), que producen un resultado ilegal por medio del comportamiento.

Sin embargo, el "*actus reus*" de un delito no es únicamente una cuestión de conducta por parte del encausado, puesto que, como apunta Herring: "The term «actus reus» can include a state of affairs for which the accused is responsible, such as having an offensive weapon in a public place... or being in the possession of a controlled drug..." (Herring, 2011: 40).

En procesos penales se tiene en cuenta que el delito es la combinación de *mens rea* y *actus reus*, no siendo suficiente el *mens rea* para considerarse delito, si bien es cierto que no siempre es de este modo. Del mismo modo, una persona puede ser encausada y condenada por no realizar una acción obligada (acción frente a omisión), esto es, por la omisión más que el acto en sí. Por otro lado, el *actus reus* puede tener en sí mismo un elemento de carácter mental, el de la propia víctima, como es el caso de la falta de consentimiento por parte de la víctima de una agresión sexual.

En segundo lugar, podemos considerar el término "*mens rea*" o "*guilty mind*", que se puede definir como todo pensamiento interno que tiene que estar presente en la mente de alguien en el momento de cometer la acción delictiva, o "*actus reus*" (premeditación). De este modo, el encausado pasa a ser un condenado por un delito penal, puesto que el *mens rea* se refiere a la culpabilidad judicial, no moral.

Sin embargo, y del mismo modo que ocurría en el *actus reus*, no siempre se requiere que haya *mens rea* para que se produzca un delito. Tal es el caso de la conducción temeraria, o de todo acto que requiera un riesgo

innecesario, dando lugar a un *actus reus* (culpa *vs.* dolo). Cross (2011) distingue dos tipos de riesgos temerarios para tener en cuenta:

- *Subjective recklessness* (o temeridad subjetiva), en la que el encausado predijo cierto riesgo en el *actus reus*, si bien es cierto que asumió dicho riesgo, causando un *actus reus*.
- *Objective recklessness*, en el que se habría precedido un riesgo grave y obvio del *actus reus* como resultado del riesgo que él mismo asumió (Cross, 2011: 36).

VI. DERECHO INGLÉS Y GALÉS

Los apartados precedentes nos han presentado los rasgos sobresalientes del *common law*, *case law* o derecho consuetudinario. Sin embargo, dicho ordenamiento, propio de Inglaterra, Gales y demás países angloparlantes, no surgió independientemente de la sociedad y del contexto histórico en el que se enmarca. Por ello, recordemos un breve compendio histórico de Inglaterra y Gales con el claro objetivo de poder atisbar el origen del derecho consuetudinario y su posterior evolución.

Por ello, plantearemos un marco teórico del derecho inglés y galés con el objetivo de poder trazar la evolución histórica de dicho ordenamiento y, de este modo, comprender la idiosincrasia del ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales.

VII. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO INGLÉS Y GALÉS

Una vez explicados los rasgos generales de Inglaterra y Gales, pasamos a abordar someramente el origen de su ordenamiento jurídico.

Ajani *et al.* (2010) afirman que el origen del derecho inglés es milenar y establecen el origen del ordenamiento jurídico inglés y galés en la época normanda, momento en el que las tropas provenientes del norte de Francia invadieron las islas en 1066, guiadas por Guillermo el Conquistador. Según apunta Glenn (2007), la llegada de los normandos a Inglaterra no era más que un fenómeno normal en su expansión hacia el exterior, con la consiguiente reconciliación con las normas que en ese momento existían en tierras inglesas.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico normando, introducido por Guillermo el Conquistador no fue el primero originado en las islas. El primer caso del que se tiene conocimiento tuvo lugar hacia el año 85 d. C., y los primeros textos que han llegado hasta nosotros son las recopilaciones normativas redactadas sobre el año 600 d. C., denominadas “*Laws of Wiltred*” (cerca de 700 d. C.).

Mientras tanto, Gales mantuvo una legislación no escrita hasta el siglo XII, haciendo uso del denominado “*triadic verse form*”, comenzando cierta codificación a partir de escritos de abogados bajo el reinado del rey galés Hywel Dda (942-950). En 1258 Llewelyn ap Gruffudd se proclamó príncipe de Gales. Los *writs* ingleses se introdujeron formalmente en Gales en 1284, el mismo año en el que se proclamó el *Statute of 1284*, por el que Gales no formaba parte del reino inglés y que reforzaba las costumbres galesas. No obstante, el reino inglés comenzó a extender su influencia hacia Gales, sobre todo en lo concerniente a la administración del terreno.

En 1536 se otorgó a los súbditos galeses los mismos derechos y libertades que a los ingleses, si bien es cierto que Gales continuó manteniendo sus organismos propios. De ese modo, podemos constatar la creación del *Great Session* en Gales, un nuevo sistema de Tribunal Supremo galés, en 1541. Sin embargo, con el paso de los siglos, ambos reinos comenzaron a unificarse, dando lugar a la abolición de los *Great Sessions* galeses en 1830, aunando Gales e Inglaterra en un único territorio.

Por consiguiente, el derecho inglés y galés comparten un solo sistema judicial, denominado “derecho inglés” y que comparte, como hemos expuesto, diversos puntos convergentes en todos los sistemas judiciales del *common law*, tanto dentro del Reino Unido como en otros territorios, y cuyos detalles se mencionan en las siguientes secciones.

VIII. DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL BRITÁNICO

La rama del derecho civil dentro del ordenamiento del *common law* resuelve disputas entre personas físicas o entre personas físicas y el Estado.

La principal normativa del derecho civil es el *Crown Procedure Rules* (CPR). Por medio de la *Prosecution of Offenders Act 1985* se estableció el *Crown Prosecution Service* (CPS), dirigido por el *Director of Public Prosecution* (DPP) y cuyo origen se remonta a los denominados “*Public Prosecutions*”,

órgano propio a finales del siglo XIX. El DPP se encuentra, asimismo, bajo la supervisión del *Attorney General*, miembro del gabinete que responde de su gestión ante el Parlamento, siendo el CPS la figura procesal que domina la acusación en la actualidad.

En ese momento, Inglaterra y Gales se dividieron en áreas, cada una de las cuales con un *Chief Crown Prosecutor*, cuya responsabilidad recae en supervisar las operaciones del CPS. Dicha figura jurídica sigue un procedimiento por medio de diversos documentos, entre los que podemos nombrar, por su importancia, el *Code for Crown Prosecutors*, que se publica anualmente.

Por su parte, dentro del derecho penal debemos considerar la *Law Commission*, definido del siguiente modo:

A body [that] considers the codification of the law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, a reduction in the number of separate enactments, and simplification and modernization generally. The Commission consists of a chairman and four other members, appointed by the Lord Chancellor from among the holders of judicial office, barristers, solicitors, and academic lawyers. There is a separate Commission for Scotland (Oxford University, 2015: 358).

El derecho inglés dispone asimismo de la *Law Commission Act 1965*, gracias a la cual se establecen unas pautas con el fin de poder redactar una legislación clara y en constante revisión para evitar cualquier tipo de ambigüedad. Dicha ley estipula en su artículo 3o. (1): “to take and keep under review all the law...with a view to its systematic development and reform”, siendo su práctica habitual la producción de un “consultation paper”, por el que las personas interesadas pueden informarse.

El derecho penal castiga la conducta que no puede causar daños, pero puede hacer peligrar la vida de otros (como es el caso de la conducción temeraria), que puede desencadenar una infracción penal. Es por tanto, que para ello debemos considerar el concepto de “delito” (*crime*), de acuerdo con el *Oxford Dictionary of Law*: “The act (or sometimes the failure to act) that is deemed by statute or by the Common Law to be a public wrong and is therefore punishable by the state in criminal proceeding” (Oxford University, 2015: 161).

Simester *et al.* definen igualmente el concepto de “*crime*”: “A crime is an event that is prohibited by law, one which can be followed by a prose-

cution in criminal proceedings and, thereafter, by punishment on conviction. A crime must be defined by reference to the legal consequences of the act” (Simester *et al.* 2013: 1).

La *Law Commission* ha estado trabajando en la redacción de un Código Penal durante las últimas décadas, tras su primer borrador de éste en 1985, aunque abandonó el proyecto en 2008. Dado que no existe un Código Penal para Inglaterra y Gales, la tipificación de los delitos proviene de una legislación determinada que trata diversos tipos de hechos delictivos.

Los delitos penales se juzgan tanto en los *magistrates’ court* como los *crown courts*, atendiendo a la naturaleza de los delitos. Dichos actos son considerados moralmente erróneos y merecen un castigo, si bien es cierto que no siempre ocurre de ese modo.

Herring (2011) y Padfield (2012) realizan una clasificación de los delitos en varios grupos.

- *Indictable offences, triable by a jury in a crown court.* Delitos graves o muy graves, juzgados en el *crown court*, con un juicio con jurado y tras la resolución adoptada por un *magistrates’ court*.
- *Summary offences (triable by magistrates’ court).* Delitos menos graves, juzgados por un procedimiento inmediato y abreviado en los *magistrates’ courts*.
- *Triable either-way offences.* Delitos que son enjuiciables por cualquiera de los dos *courts* mencionados.

IX. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESCOCÉS

El derecho escocés es otro de los sistemas jurídicos con una larguísima trayectoria y que forma parte de los tres subsistemas judiciales británicos a estudio. El derecho escocés cuenta con su propio carácter distintivo frente al de otros ordenamientos jurídicos, como es el inglés, dada su dilatada historia paralela a la historia de su vecino inglés, manteniendo su propio carácter distintivo tras la *Act of Union*, momento en el que se proclamó la adhesión a Inglaterra en 1707. En ese momento, se unifican los Parlamentos de Escocia e Inglaterra, si bien mantiene este último ciertas divergencias con sus leyes y sistemas jurídicos independientes.

Busby *et al.* (2008) apuntan cómo las guerras por la independencia entre Inglaterra y Escocia marcaron, aún más, las divergencias de ambos países y, del mismo modo, sus ordenamientos jurídicos. Mientras que el derecho inglés se mantuvo fiel al *common law*, en el caso del derecho escocés éste fue trasladándose al marco del denominado derecho romano.

Puesto que el derecho escocés se ha desarrollado independientemente del inglés, los *courts* escoceses han establecido sus propios principios e incluso han incorporado algunos de sus delitos penales cambiándoles el nombre, como es el caso de “*culpable homicide*” en Escocia, frente a “*offence of manslaughter*”, su correspondiente en derecho inglés.

El Parlamento escocés consta de 129 miembros que se reúnen en Edinburgo, 73 de los cuales son provenientes de las “*constituencies*” o circunscripciones electorales, mientras que los otros provienen de 8 regiones electorales.

El sistema judicial escocés constituye, por tanto, un subsistema dentro del sistema judicial británico con numerosas convergencias y divergencias que merecen su estudio dentro del derecho comparado, hecho que merece detallar en los siguientes apartados.

X. DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL ESCOCÉS

Al igual que el sistema jurídico inglés, el sistema escocés se divide en dos grandes ramas: por una parte, aquellos casos en los que se juzgan litigios entre personas físicas y jurídicas. Por ejemplo, en el caso de desalojos (“*evictions*”) o divorcios (“*divorce*”). Por otro lado, están los casos contra individuos en casos graves como agresión sexual (“*rape*”) o violencia física (“*assault*”).

Estos casos civiles se pueden tratar en los *Sheriff Courts*, quienes abordan litigios tales como separación o divorcio, custodia, adopción o incumplimientos de contrato, entre otros.

Por otro lado, el *Criminal Law*, definido como: “a body of rules designed to ensure the peaceful coexistence of citizens within the community” (Busby *et al.*, 2008: 20). En el derecho escocés no se encuentra tipificado en un único código, sino que se encuentra recogido mediante una combinación de delitos.

El derecho penal escocés se distingue de otros sistemas judiciales británicos al establecer tres posibles veredictos en los litigios penales: “*guilty*”, que se define como: “culpable o responsable de un delito. Veredicto entre-

gado al finalizar un proceso penal contra quien ha sido hallado culpable de un hecho delictivo” (Ramos y Gleeson, 2014: 98). Asimismo, encontramos el veredicto “*not guilty*”, como no “culpable, inocente”. Por otro lado, el derecho escocés, a diferencia del derecho inglés, incorpora un nuevo veredicto, “*proven*”, veredicto de “sin faltas” o “de falta de pruebas”, (Alcarráz y Hughes, 2007: 458)

Hay tres *courts* escoceses que dictan sentencias penales:

- *The High Court of Justiciary*. Para casos más graves, entre los que se incluyen la agresión sexual y el asesinato.
- *The Sheriff Court*. Dicta sentencias para otros casos penales. Son casos que se tratan por medio del “*solemn procedure*” y del “*summary procedure*”.
- *The Justice of the Peace*.

XI. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO NORIRLANDÉS

Irlanda del Norte es el tercer sistema jurídico británico a tener en cuenta dentro del sistema judicial británico. La historia de Irlanda del Norte (*Northern Ireland* o “*Tuaisceart Éireann*” en irlandés) viene marcada por su conflicto de carácter religioso y político con Inglaterra entre católicos y protestantes, cuyo origen se remonta al siglo XVII. Tras algunos siglos de pugna, en 1921 se creó Irlanda del Norte (Ulster), tras unificarse los condados de Antrim, Armagh, Cavan, Donegal, Down, Fermanagh, Derry o Londonderry, Monaghan y Tyrone, separándose del resto de la República de Irlanda.

En Irlanda del Norte, una de las figuras jurídicas clave en el proceso penal es el “*Public Prosecution Service for Northern Ireland*” (PPS) que a modo de acusación formal funciona como un órgano independiente tanto de la policía como del propio gobierno, al igual que ocurre en Inglaterra y Gales. Asimismo, el PPS informa al encausado sobre el órgano judicial que va a juzgar su caso, y se pone en contacto con este con el fin de fijar una fecha para el juicio, así como estudiar la disponibilidad del acusado.

De la misma manera que en el caso del sistema judicial inglés, el PPS debe llevar a un individuo a juicio, si bien es cierto que tal caso debe de ser probado “*beyond a reasonable doubt*”, es decir, no se puede considerar al acusado culpable hasta que no se recopilen los elementos probatorios (“*evidence*”) para luego poder formalizar la acusación de tal individuo.

El sistema judicial norirlandés comparte cierta similitud con el inglés, pudiendo constatar una mayor diferenciación entre los sistemas de Inglaterra y Gales y el sistema de Escocia dentro del ámbito jurídico. No obstante, a pesar de las divergencias evidentes entre los tres subsistemas británicos, la divergencia es más acusada entre el *common law* y el *civil law* español, del que pasamos a mencionar sus rasgos más sobresalientes a continuación.

XII. DERECHO ESPAÑOL

El derecho civil (*civil law*), también denominado “derecho romano” o “derecho napoleónico”, es la segunda familia de derecho a estudio. El término “*civil law*” deriva de la expresión latina “*ius civile*”, por la que los romanos designaban a aquellas leyes en privilegio de los ciudadanos romanos, frente al resto de los ciudadanos, que tenían el “*ius gentium*”.

Glenn (2007) afirma que la noción de “*ius gentium*” tenía dos vertientes. Por una parte, la ley que concernía a todo el mundo, incluyendo a los propios romanos, aunque con pocas consecuencias. Por otro, existían unos preceptos que los romanos utilizaban con aquellos que no eran considerados ciudadanos. Es por ello, que el “*ius gentium*” se desarrolló de manera notable cuando la civilización romana comenzó su contacto con otros pueblos en su expansión por el mundo.

El mismo autor define al derecho romano del siguiente modo: “Roman law... is famous for its precision, detail, and apparent timelessness... Roman law was the law of an empire... The Romans took what turned out to be a unique view of the legal relations of the world, and it has never been followed since...” (Glenn, 2007: 2).

1. Fuentes del derecho español

El derecho español se basa en las siguientes fuentes:

- a) La ley. La ley se contrapone frente a la costumbre, puesto que mientras que la ley es escrita y cierta, la costumbre es un derecho no escrito y, por consiguiente, incierto (García y Fernández-Galiano, 1996: 92).

- b) La costumbre. Se puede definir como un consentimiento tácito y unánime por parte de un determinado pueblo, arraigado dentro de su sistema social.
- c) Asimismo, la doctrina jurídica atiende a dos razones básicas, gracias a las cuales podemos hablar de costumbre jurídica: por una parte, el “*usus*”, elemento externo o repetición general y uniforme, constante, de cierta conducta. Por otro lado, el elemento interno o la conciencia de obligatoriedad del mismo.
- d) Los principios generales del derecho. Son los enunciados normativos más generales utilizados por los jueces y legisladores, así como los juristas en general. Ejemplos: equidad, libertad, justicia, fraternidad, igualdad, etcétera.
- e) La jurisprudencia. Por medio de códigos que, a diferencia del *common law*, muestran la jurisprudencia tipificada por escrito.

Asimismo, mencionamos la existencia de diversas fuentes esenciales de derecho español:

- La Constitución de 1978: representa la norma jurídica básica del derecho español. La Constitución establece la norma suprema que articula el orden político e incluso incorpora otras fuentes de derecho, aparte de ella misma.
- Las leyes orgánicas. Recogidas en el artículo 81 de la Constitución, versan sobre diversas materias, como los derechos fundamentales, las libertades públicas, la aprobación de leyes autonómicas, etcétera.
- Las leyes ordinarias. Emanadas de las Cortes, existen dos tipos de leyes: leyes del pleno del Congreso y leyes de comisión, a partir de una comisión determinada que la aprueba.
- Los decretos-legislativos. Dictados por el gobierno, dichos decretos emanan del Poder Ejecutivo a partir de la legislación (Poder Legislativo).
- Los decretos-ley. Los dicta el gobierno con carácter de urgencia (“con fuerza de ley”), a diferencia del decreto-legislativo, dictados por las Cortes. Dado su carácter de urgencia, el decreto-ley no afecta a materias estipuladas en el título I de la Constitución española, con relación a los derechos y deberes de la ciudadanía.

- Los códigos: el derecho español se encuentra tipificado mediante diversos códigos, como son el Código Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, etcétera.
- El ordenamiento de las comunidades autónomas. Entes con autonomía a partir del Estado descrito en la Constitución española de 1978. Así, podemos mencionar los Estatutos de Autonomía, fundamento de las 17 comunidades autónomas del país.
- El *BOE* (*Boletín Oficial del Estado*) es el diario oficial encargado de la publicación de la legislación, decretos y ordenamientos de España. Así, citaremos otras fuentes del derecho español, como los reglamentos parlamentarios, tratados internacionales y el derecho comunitario.

XIII. DERECHO COMPARADO

El derecho comparado se puede considerar un efecto propio de la sociedad globalizada de los siglos XX y XXI. Si bien es cierto que anteriormente destacaron otros momentos históricos en los que las culturas se han relacionado entre sí, la relación entre los diversos países se ha incrementado exponencialmente con relación a los avances en las comunicaciones y los negocios en el mundo, siendo su resurgimiento en los últimos veinticinco años a partir de la globalización.

El origen del derecho comparado es bastante reciente y se puede fechar a partir del primer congreso internacional de legislación comparada, celebrada en la exposición mundial en París en el año 1900. Más adelante, la Segunda Guerra Mundial hizo que el derecho comparado surgiera con más fuerza en Europa y Estados Unidos, en un intento de buscar posibles modos de convivencia jurídica en común.

Dicha disciplina atiende a diversas denominaciones, como “legislación comparada” o “ciencia comparada del derecho”, dentro de la doctrina alemana, “teoría general comparada del derecho”, por la doctrina inglesa, o bien “derecho contrastado”, término defendido por algunos juristas hispanohablantes. Finalmente hemos optado por “derecho comparado” puesto que es una terminología que engloba, en mayor o menor medida, a todas las mencionadas, siendo la más empleada en la península.

Édouard Lambert y Raymond Saleilles coinciden en la necesidad de poder establecer un derecho común para la humanidad con el objetivo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 513-538.

de poder eliminar posibles divergencias de los distintos sistemas jurídicos. Ante esta situación, el derecho comparado surge con el objetivo de hacer una comparativa de las diferentes familias del derecho, anteriormente comentadas en detalle, con el fin de poder vislumbrar puntos en común y divergencias en los distintos sistemas jurídicos de los distintos países, llegando a haber un entendimiento entre ellos.

Sin embargo, la primera y segunda guerras mundiales fueron el detonante de un debilitamiento más que notable de esta idea de una “ley mundial”. Sin embargo, gracias al derecho comparado podemos crear ciertos paralelismos existentes entre numerosos sistemas jurídicos pertenecientes o no a la misma familia del derecho. Del mismo modo, podemos observar las diferencias en sus ordenamientos jurídicos, figuras legales, órganos judiciales y demás organismos que forman parte del propio sistema del país.

Otra de las particularidades del derecho comparado es la comparación que los profesionales del derecho, es decir, juristas o expertos en derecho, pueden realizar acerca de los diferentes sistemas jurídicos a analizar. Instituciones, tribunales, jueces, son analizados y contrastados en dicha disciplina con el fin de poder cotejarse concienzudamente. El derecho comparado, una de las partes esenciales del presente capítulo, mejora y amplía el conocimiento, tanto de los ordenamientos jurídicos de los países en cuestión, como del ordenamiento propio de nuestra nación, haciendo posible que incluso se puedan resolver conflictos de carácter jurídico y lingüístico.

Es en este último punto en el que se ha realizado la comparación entre ambos sistemas jurídicos. Por un lado, el sistema jurídico británico, compuesto de tres subsistemas claramente distinguibles que han merecido su estudio en profundidad con el claro objetivo de establecer una comparativa entre ellos.

Los tres subsistemas jurídicos distinguen diversos aspectos a tener en consideración dentro del derecho comparado: tribunales, jueces y otros conceptos jurídicos distinguibles pasan a formar parte de las divergencias entre los tres subsistemas jurídicos británicos. Por otro lado, el derecho español con sus particularidades diferentes del *common law*, analizado igualmente en el estudio.

XIV. CONCLUSIONES

Finalmente mostraremos una serie de aspectos a tener en cuenta. En primer lugar, hemos realizado una distinción entre el derecho consuetudinario o *common law* y el derecho romano, civil o *civil law*. Dicha diferencia se basa en un conjunto de características que son aspectos distintivos de ambas familias del derecho.

Dentro de dicho compendio entre los países a estudio y sus ordenamientos jurídicos, se han establecido de igual modo diversos puntos a tener en cuenta. En primer lugar, se han desglosado las diversas ramas del derecho que podemos encontrar en ambas familias, esto es, derecho consuetudinario y derecho civil y las subáreas más representativas.

En esta situación observamos la familia romano-germánica, de marcado carácter codificado frente a la familia consuetudinaria, cuya codificación es mucho menos influyente, fortaleciendo en gran medida el concepto del “precedente”. Tamarit (2007) resalta, a modo de ejemplo, los ordenamientos jurídicos de España e Inglaterra y Gales. En el caso de España, Tamarit afirma su carácter rígido, con un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes, en este caso con motivo de la codificación del ordenamiento jurídico español (Tamarit, 2007: 31-33).

Por otro lado, están Inglaterra y Gales, donde tiene especial importancia la pena de multa o sanción, que concede importancia a las penas monetarias impuestas por los tribunales frente a las penas de prisión.

No podemos, en este punto, obviar las conclusiones de Fletcher (1997), quien afirma:

En el mundo jurídico de habla española es quizás el derecho angloamericano, llamado tradicionalmente *common law*, una de las culturas jurídicas de los países occidentales menos conocidos. Ello se debe... a las peculiaridades y “rarezas” que dicho sistema tiene para nuestra sensibilidad jurídica... y a veces desprecio, que frente a él ha mostrado siempre nuestros más grandes juristas, muchos más atentos... a las grandes construcciones que a partir del siglo XIX empezaron a producirse en otros países europeos... como Francia, luego Italia y finalmente Alemania... (Fletcher, 1997: 11).

El presente estudio ha contribuido a establecer un resumen de los parámetros comparativos entre los tres sistemas jurídicos del Reino Unido con el sistema jurídico español con el objetivo de compilar aspectos de

ambos para investigadores que quieran realizar una consulta de las características fundamentales de ambos ordenamientos jurídicos, a partir de su origen y evolución histórica.

Por consiguiente, uno de los objetivos del presente trabajo es la relación bidireccional de ambos sistemas judiciales. De este modo, se facilita el trasvase de información y equivalencias entre conceptos jurídicos, enmarcados en una cultura e historia determinada que no se puede dejar de lado, pieza fundamental en los ordenamientos jurídicos incluidos en dos sistemas heterogéneos analizados, *common law* y *civil law*.

XV. BIBLIOGRAFÍA

- OXFORD UNIVERSITY, 2015, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press.
- ADAME GODDARD, Jorge, 2017, *¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- AGUILÓ REGLA, Josep, 2000, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel.
- AHUMADA RUIZ, María Ángeles, 2003, “*Stare decisis* y creación judicial de derecho constitucional. A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23.
- AJANI, Gianmaria *et al.*, 2010, *Sistemas jurídicos comparados, lecciones y materiales*, Barcelona, Universitat.
- ALCARAZ VARO, Enrique y HUGHES, Brian, 2007, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Madrid, Ariel.
- ALCARAZ VARO, Enrique y HUGHES, Brian, 2009, *El español jurídico*, Ariel.
- ALCARAZ VARO, Enrique, 2002, *El inglés jurídico*, Madrid, Ariel.
- ASHWORTH, Andrew, 2000, *Sentencing and Criminal Justice, Law in Context*, London, Butterworths,
- ASPREY, Michele, 1991, *Plain Language for Lawyers*, Annandale, Federation Press.
- BAKER, John Hamilton, 2002, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, 2011, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier.
- BOLINGER, Dwight, 1975, *Aspects of Language*, Harcourt Brace Jovanovich.

- BORJA, Anabel, 2000, *El texto jurídico inglés y su traducción al español*, Barcelona, Ariel.
- BORJA, Anabel, 2007, *Estrategias, materiales y recursos para la traducción jurídica inglés-español*, Barcelona, Ariel.
- BROOK, George Leslie, 1973, *Varieties of English*, London, MacMillan,
- BUSBY, Nicole *et al.*, 2008, *Scots Law, A Student's Guide*, Edinburgh, Tottel Publishing.
- COWNIE, Fiona *et al.*, 2007, *English Legal System in Context*, Oxford University Press.
- CROSS, Rupert y HARRIS, James, 2012, *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons.
- CROSS, Noel, 2011, *Criminal Law and Criminal Justice, an Introduction*, Londres, Sage.
- D'ORS, Xavier, 2001, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Tres Cantos, Akal.
- DAINOW, Joseph, 1996, "The Civil Law and the Common Law, Some Points of Comparison", *The American Journal of Comparative Law (ASCL)* 15.
- DAMIAN MORENO, Juan, 2002, *Introducción al sistema judicial español*, Pamplona, Aranzadi.
- DAMIAN MORENO, Juan, 2014, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Pamplona, Dykinson.
- DORAN, Sean y JACKSON, John (eds.), 2000, *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford.
- DRESSLER, Joshua, 2006, *Understanding Criminal Law*, Newark, Lexis Nexis.
- ESMEIN, Adhémar, 1905, "Le droit comparé et l'enseignement du droit", *Congrés International de Droit Compare*.
- FERNANDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, 2012, *Diccionario Jurídico*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.
- FLETCHER, George, 1997, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARCIA GARRIDO, Manuel y FERNANDEZ-GALIANO, Antonio, 1996, *Iniciación al derecho*, Madrid, Universitas.
- GAROFALO, Giovanni, 2009, *Géneros discursivos de la justicia penal. Un análisis contrastivo español-italiano orientado a la traducción*, Milano, Franco Angeli.
- GLENN, H., Patrick, 2007, *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press.
- GOMEZ DE LIAÑO, Fernando, 1992, *El proceso penal. Tratamiento jurisprudencial*, Oviedo, Forum.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 513-538.

- GOTTI, Maurizio, 2008, *Investigating Specialized Discourse*, Bern, Peter Lang.
- HELLER, Kevin y DUBBER, Markus, 2011, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, Stanford Law Books.
- HERRING, Jonathan, 2011, *Criminal Law*, Basingstoke-New York, Padgrave MacMillan.
- HERTEL, Christian, 2009, “Sistemas y familias jurídicos del mundo”, *Sistemas jurídicos del mundo*, Notarius International.
- KEARNS, Martin, 2007, *Legal English*, Madrid, Colex.
- LÓPEZ SAMANIEGO, Anna, 2010, “Documentos judiciales con destinatarios no expertos. El empleo de los mecanismos referenciales en la sentencia del IIM”, *Revista Signos*, 43.
- MAER, Lucinda y GAY, Oonagh, 2009, *The Bill of Rights 1689*, House of Commons Library.
- MORAN, Gloria M., 2002, “El derecho comparado como disciplina jurídica, la importancia de investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade Coruña*.
- ORMERON, David, 2008, *Smith and Hogan Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- PADFIELD, Nicola, 2012, *Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- RAMOS BOSSINI, Fernando y GLEESON, Mary, 2014, *Diccionario Bilingüe de Terminología Legal*, Granada, Comares.
- SAULA, Joan, 2013, *El abogado en casa*, Barcelona, De Vecchi.
- SIMESTER, Andrew *et al.*, 2013, *Simester and Sullivan’s Criminal Law, Theory and Doctrine*, Oxford, Hart Publishing.
- SINDER, Janet, 2001, *Irish Legal History, An Overview and Guide to the Sources*, Law Library Journal.
- SLAPPER, Gary y KELLY, David, 2015, *The English Legal System (2015-2016)*, Londres, Routledge.
- STEVENS, Robert, 2005, *The English Judges, Their Role in the Changing Constitution*, Oxford, Hart Publishing.
- STOLZE, Radegundis, 2013, “The Legal Translator’s Approach to Texts”, *Humanities*.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, 2007, “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

- TARANILLA, Raquel, 2015, “El empleo de imágenes en la sentencia judicial, (reflexiones sobre la evolución del género)”, *Revista Lengua i Dret*.
- TIERSMA, Peter, 1999, *Legal Language*, Chicago, The University of Chicago Press.
- VÁZQUEZ Y DEL ARBOL, Esther, 2008, *La traducción (inglés-español) de testamentos británicos y documentos relacionados. De la teoría a la práctica*, Granada, Universidad.
- VÁZQUEZ Y DEL ARBOL, Esther, 2014, *Derecho civil comparado aplicado a la traducción jurídico-judicial (Reino Unido y España)*, Madrid, Dykinson.
- VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, Esther, 2016, *Traducción judicial y policial (inglés-español) y derecho comparado Court and Police Translation (English-Spanish) and Comparative Law*, Madrid, Dykinson.
- WHITTAKER, Simon, 2006, “El precedente en el derecho inglés, una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, 35.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, 1998. *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press.

THE RIGHT TO EDUCATION IN THE SYSTEM OF THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF UKRAINE (COMPARATIVE ANALYSIS)*

Olga MELNICHUK**

Maxim MELNICHUK***

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Place of the right to education in the system of constitutional rights.* III. *Correlation between the right to education and the right to dignity.* IV. *Interaction of the right to education and the right to freedom of creativity.* V. *Correlation of rights: to education and to free personal development.* VI. *Interaction of rights: to education, to freedom of thought and speech, to free expression of views and beliefs, to information.* VII. *Relationship between the right to education and the right to work.* VIII. *Interaction of rights: to education and social protection.* IX. *Conclusions.* X. *Bibliography.*

I. INTRODUCTION

The state's guarantee of the right to education is of great importance for the development of an individual and a society. After all, an effective realization of this right ensures satisfaction of human needs in acquiring knowledge, forming skills, abilities, personal qualities and other competencies. The right to education is the basis for the implementation of a whole range of other constitutional rights. It provides a person with a high standard of living, respect and dignity, the development of creative abilities, the choice of profession, comprehensive and harmonious development, etcetera. This

* Artículo recibido el 9 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 18 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0003-4229-621X. Doctor of law sciences, associate professor, dean of the Department of Management and Law, Vinnytsia National Agrarian University, Ukraine. Correo electrónico: Melnichuk.o.f@gmail.com. Google Scholar: https://scholar.google.com.ua/citations?user=XqH_z5IAAAA7&hl=uk.

*** ORCID: 0000-0001-9196-8751. Candidate of law sciences, senior lecturer of the Department of Law, Vinnytsia National Agrarian University, Ukraine. Correo electrónico: Melnichuk.m.o@gmail.com.

right is aimed at ensuring the full functioning of state and public institutions, national security, it strengthens stability in society and promotes the development of a democratic, social and constitutional state.

Determining the place and role of the right to education in the system of constitutional rights is of paramount importance as it promotes understanding of its essence and peculiarities, helps to establish ties between groups of rights and to identify common and different in these categories, provides the expansion of cognitive abilities, etcetera.

The right to education closely interacts with other rights that a person owns, being in a close dialectical relationship. The role of the right to education in the system of other constitutional rights is highly appreciated by scientists. In particular, T. Matyusheva notes that the right to education is a kind of right-guarantee. Realization of this legal possibility is closely linked with significant achievements in raising the legal security of an individual as a whole. Only qualitative education will allow a person, after obtaining it, not to depend on other circumstances and along with economic independence will create more complete guarantees of satisfaction of individual interests (Matyusheva, 2008: 2).

The literature recognizes that the right to education is a key tool that helps to realize other constitutional rights, the “core” of human rights (Motakef, 2006). This statement is substantiated by a number of reasons. First, the right to education, by arming a person with a certain level of competence, ensures an effective realization of electoral law, participation in political activity, promotes establishment and development of democracy in society, transfer of knowledge, skills and abilities to future generations in order to live. Secondly, without education, a person does not develop as an individual and can not realize his potential. Thirdly, the right to education ensures the welfare of a person, satisfies his needs in food, health, housing and labor. But the most important thing is that it ensures development of human dignity. According to K. Dieter (2006: 26-28), the last two characteristics of the analyzed law are significant evidence that the human right to education must be recognized as a fundamental right.

Indeed, there is a close interaction between the right to education and other constitutional rights, which is expressed in their interdependence, the guarantee of one right to another. Usually, this relationship is so strong that it is sometimes impossible to give preference to one of the rights by defining the level of performance of the warranty mission to the other.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 539-568.

The foregoing indicates the need to reveal the correlation between the right to education and other rights (freedom of creativity, free development of an individual, freedom of thought and speech, free expression of views and beliefs, information). In our opinion, this will help to clarify the essence of the right to education, its guarantees of implementation and a role for a particular person and society as a whole.

II. PLACE OF THE RIGHT TO EDUCATION IN THE SYSTEM OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

In the legal literature, unambiguous approaches to the basis of the classification of constitutional rights and freedoms are absent. The basis is taken from different criteria, but the most common is the division of rights by the spheres of public life. The authors share the point of view as for appropriateness of such classification and suggest that civil, political, economic, social and cultural rights be distinguished in the system of constitutional rights, which corresponds to the title of the same name international covenants. Ukrainian scholars most often include the right to education to a group of cultural rights. However, O. Skakun adheres to another opinion and considers it not only cultural but also social right (Skakun, 2001: 178-183). In addition, P. Rabinovich and O. Pankevich, while studying social rights, also refer the right to education to this group (Rabinovich and Pankevich, 2003: 104-107). Moreover, some scholars consider the right to education to be the main social right since through its implementation access to other rights (to work, health, housing, food, etcetera) is ensured (Horbath, n. d.). The analysis of Russian and Ukrainian studies devoted to this topic does not point to such an unanimity of scholars' views on the definition of the right to education in the system of constitutional rights. By systematizing scientists' views on the identified problem, they can be divided into four groups. According to some of them (Bonyak, 2005: 26-27), the right to education belongs to a group of cultural rights. Others regard it as both cultural and social rights (Romanenko, 2008: 29). Some scholars are inclined to believe that the analyzed right belongs to the category of socio-economic rights (Kalpinskaya, 2005: 27). Sometimes scholars state that the right to education applies to social, economic and cultural rights (Rybakova, 2005: 50; Smirnova, 2011: 30; Tyapkina, 2009: 8).

In favor of attributing the right to education to cultural rights is evidenced by the fact that encyclopedic and explanatory dictionaries, emphasizing the ambiguity of the notion of culture, highlight its meaning as enlightenment, discretion (Great Dictionary of Contemporary Ukrainian Language, 2002: 472). S. Goncharenko notes that

the educated person is not just a graduate of a school who studied the sciences taught there, but a person capable of empathy, ready for a free humanistic oriented choice, an individual intellectual effort and an independent, competent and responsible action in the political, economic, professional and cultural life. He respects himself and others, tolerates representatives of other cultures and nationalities, is independent in judgments and is open to another judgment and unexpected thought (Goncharenko, 2008: 615-616).

In its turn, discretion involves culture of feelings, culture of thinking, aesthetic tastes, responsibility of a person, etcetera.

Cultural rights ensure “the preservation and development of national and cultural identity of the people, access to the material and spiritual achievements of mankind, their assimilation, use and participation in the further development of them” (Skakun, 2001: 182) in the interests of an individual, state, and society. They guarantee spiritual development of a person, help each individual to become a useful participant in political, spiritual, social and cultural progress.

It should be noted that the right to education occupies a prominent place among cultural rights, since one of its functions is the transfer of material and spiritual culture to the next generations, its reproduction and development. In our view, the right to education is related to cultural rights due to its characteristics, such as the development of creative potential of person, knowledge and self-knowledge of society, social groups, an individual, the transfer of social information, experience, and creation of value landmarks for a person in the society. Consequently, the “cultural” content of the right to education is obvious, so we consider it lawful to assign the right to education to a group of cultural human rights.

As to the belonging of the right to education to a group of social rights, only a small number of native scholars attribute this opportunity to a defined group of rights. The opposite trend is observed in Russian literature, and this discourse leads to the need of finding out the right to education among the category of social rights. In order to determine

this place, we first study out the concept of social rights. Scientists define social rights such as “consist in acquiring social benefits, possession, use and disposal of them and their protection or certain actions in this area” (Pustovit, 2003: 560), as “recognized by the constitution of human rights for material, and sometimes, spiritual support from the state, rarely - other persons in order to ensure decent conditions for material, physiological and moral existence” (Alebastrova, 2010: 31). Among the existing definitions, we are most impressed with the following:

Social rights are the ability of a person to ensure his/her existence and development out of social sources through social dependence, that is, on the basis of the social and alimentary methods applied by certain conditions (at the onset of so-called social risks) by state or non-governmental organizations regulation (Rabinovich and Pankevich, 2003: 205).

In our opinion, this concept allows us to distinguish social rights from others, because it absorbs certain features of this group of rights. It is observed that social rights can be distinguished by means of such a feature as social dependence, which involves social support of a person at the expense of state or local budgets.

As noted, sometimes the right to education is referred to an independent group of economic rights. And this is not a coincidence, because culture and economy are closely interconnected. M. Smirnova quite rightly believes that education is a branch of the economy (Smirnova, 2006: 32). According to Mrs. Rybakova, combining the right to education with the economic rights such its property as an opportunity of a person to master a profession, which creates conditions for financial security. On the other hand, realization of the right to education requires material expenses of a state or a person himself (Rybakova, 2005: 50).

Looking for the truth in the legality of assigning the right to education to a group of economic rights, in our opinion, it is advisable to move away from understanding the essence of the latter. For this purpose, we use the research of Y. Frolova, who notes that economic rights are “provided by the Constitution and laws of Ukraine possibility of certain behavior in the economic sphere” (Frolov, 2005: 169). According to the scientist, it becomes clear that economic rights are realized in the sphere of the economy, which is known to consist of material and non-material production.

Therefore, economic rights can be defined as a human capacity to own, use, and dispose of major economic (material and non-material) benefits and to acquire means of subsistence and development.

For a long time, the sphere of non-material production was considered necessary, but not productive as for creation of a new cost in it, national income. However, in this area, services are produced that have a consumer value, that is, they are goods (Martynyuk *et al.*, 2001: 511). And just the sphere of services includes educational ones.

A number of objective reasons led to the emergence and development of the science of complex economic role of education in the process of expanded reproduction, in particular the reproduction of economic relations-education economics. These should include: formation of educational system as an independent and specific branch of the economy; deployment of scientific and technological revolution, which resulted in an essential expansion of education, a significant increase in the cost of it, strengthening of the impact of education on the rate of economic growth; aggregate contribution of education to growth of future incomes of society as a whole and an individual in particular in the scope of 75-80%, establishment of the size of wages and its differentiation, depending on the complexity of the workforce, its general education and qualification levels (Economic Encyclopedic Dictionary, 2005: 185). According to the UNESCO International Statistical Institute, each additional year of study increases the average income of a person about 10%, and country's GDP by 0.37% annually.¹ That is, education is the resource that provides economic development of a state and individual citizens. The above facts indicate that the right to education by such a criterion as a sphere of public relations belongs to a group of economic rights.

The study of research state of the analyzed problem shows that in the foreign literature the right to education is attributed not only to the block of social, economic and cultural rights, but also to the category of civil, political rights and freedoms.² Foreign scholars substantiate their point of view with the fact that this right involves freedom that can be expressed in

¹ The number of children who do not attend school is increasing again, especially in Africa (n. d.).

² Right to Education Indicator based on the 4 A framework. Concept Paper, Prepared by Gauthier de Beco, Independent Consultant for The Right to Education Project (2009: 7).

many ways. That is, it is the right of parents to choose educational institutions for their children and provide them with religious and moral education in accordance with their own beliefs, and domination of academic freedom in educational institutions, and keeping the state from further discrimination of students on the basis of race, sex, language, religion or culture and from excessive interference with the right to education (Beiter, 2006: 32).

In our opinion, such considerations of foreign scholars can be explained by a high level of development of the principle of freedom of education in foreign countries. The research conducted by M. Smirnova confirms the development of the tendency to guarantee the principle of freedom in the foreign educational system. The scientist believes that the principle of freedom in education is a common denominator of foreign educational systems, which, along with freedom of religion, freedom of association and freedom of speech, is one of the four pillars of the legal system, political and social organization (Smirnova, 2011: 245-264).

We share the point of view of foreign researchers, the more that the right to education is really significantly linked with the freedom of worldview, spirituality, moral and psychological properties of a person, to some extent brings it closer to civil rights, which are directly aimed at the development and preservation of given qualities. There is also a visible connection of the right to education with political rights, in the sense of the first as a certain basis, subsoil for possible implementation of the latter. However, in our view, one must admit that, nevertheless, the measure of state restriction of freedom in the aspect of the right to education and the level of its state security is more important than civil and political rights, which makes it impossible to attribute this right to the specified classification groups.

III. CORRELATION BETWEEN THE RIGHT TO EDUCATION AND THE RIGHT TO DIGNITY

International legal acts recognize human dignity as the highest social value. The Universal Declaration of Human Rights proclaims that all people are born equal and free in their dignity and rights; nobody should be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment

or punishment.³ The last thesis of the declaration is also enshrined in the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 3) and is further extended in the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 7).

In the Preamble of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Charter of the United Nations, dignity, together with the inalienable rights, is recognized as the basis of freedom, justice and universal peace. Even more so, in the specified legal acts it is indicated that human rights derive from the inherent dignity of a human person. Thus, human dignity is promoted to the rank of the principle of law. According to M. Bratasyuk, in addition to the mentioned documents, references to the category of human dignity and to it, as a principle, are contained in at least fifty international legal documents adopted by the United Nations (Bratasyuk, 1999: 94).

The content of Articles 3, 21, 28 of the Constitution of Ukraine shows that the international legal thesis regarding dignity of a person are implemented in the basic law of the State. Respect for dignity is guaranteed by the constitutions of such States as Germany (Article 1), Spain (Part 1 of Article 10), Belarus (Article 25), Russia (Article 21).

Despite the widespread use of the category «dignity» in legal acts and scientific literature, its legislative definition is still absent. Characteristically, in non-legal sources of encyclopedic character, emphasis is placed on the moral side of this phenomenon, namely, on the set of features that characterize the moral qualities and awareness of a person of his social importance, public duty (Great Dictionary of Contemporary Ukrainian Language, 2002: 180).

The philosophical, ethical and etymological value of dignity one way or the other is reflected in the legal literature. More often, the views of scholars are reduced to the understanding of dignity as a subjective and an objective phenomenon. In this sense, dignity is understood as «the highest social value, which testifies, from one, objective side, about the significance of a person for society from the standpoint of his moral, spiritual,

³ The Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly of the United Nations of December 10, 1948 (2008).

physical (natural) qualities, that is, the importance of an individual as a person, as a representative of mankind independently from his belonging to one or the other social community, group and position in society, and on the other, subjective, side - about an individual significance of a person of his moral, spiritual, physical (natural) qualities, regardless of social affiliation to that or another community of people and position in society, the awareness and sense of importance» (Tserkovna, 2003: 10). According to the author, such an approach is justified, since the restriction of dignity by one of the parties will degrade its content, narrowing the functional purpose. After all, the subjective aspect of dignity performs a motivating function in human behavior, while the objective side of dignity is important in the aspect of protecting the right to human dignity, guaranteed by international legal acts (Kostetska, 2008: 44).

Awareness of a person that he is the highest value causes respect for himself and others, to the existing rights and freedoms. Accordingly, dignity performs a motivational mission in human behavior, induces it to develop, to respect and protect not only its rights and freedoms, but also others. The dialectical combination of the subjective and the objective side of dignity allows, at the level of individual and social consciousness, to recognize the uniqueness, self-worth of a person. Therefore, it is quite legitimate to assume that dignity is the value of a person as such (self-worth), regardless of any biological or social properties (Rabinovich, 2003: 21). In other words, “human dignity is a person himself as the highest value, as an example for other values and their ultimate measure” (Tsomplak, 2012: 17).

We believe that without a recognition of the human right to dignity, the value of the right to education is lost. The relationship between the right to education and the right to dignity is expressed in the social purpose of education, which “must be directed towards the full development of the human person and awareness of his dignity and must strengthen respect for human rights and fundamental freedoms” (International Covenant on Civil and Political Rights, 1995). The right to education is intended to ensure the formation and development of a person’s dignity. The implementation of this function is that by gaining new knowledge, forming skills, abilities and certain properties, a person raises the level of self-knowledge and self-esteem, is aware of his significance. Thanks to the mastering of new knowledge and the formation of personal qualities,

a person “grows” in a qualitative way, which enables him to develop a certain attitude towards himself and others. A personal sense of dignity motivates him/her to improve, predetermines the desire to be better, and forms a striving to bring up human qualities in himself. The moral development of a person is directly proportional to the formation of dignity and perception of each person, regardless of any characteristics, as a unique individual.

The task of education is to educate and develop self-esteem in the learners, that is, the given social phenomenon is called to form the person himself. The functional purpose of education is especially acute in view of the fact that the person who is educated and brought up, for the most part, has the status of a child. Taking children into pre-school or general education institutions, parents entrust child’s personality, which is vulnerable and in need of support, to the pedagogical personnel.

Each child requires an attitude to himself as to the most valuable creature in the world, so it is important not to degrade his dignity in order not to slow down the development process.

Despite the high mission of the education in the direction of raising a sense of self-dignity, full development of a person, educational sphere has not become the exemplary model. We agree with N. Karpachova that at present a school not only plays an important role in life of children as an environment of basic socialization, but also serves as a place where children often face violence in their lives and this problem is systemic. Among the forms of violence dominate beatings, insults, humiliation, kicking, underarming, use of offensive nicknames, damage to property, deprivation of food and money, unpleasant touches to the body, boycotts, etcetera. The facts of violence against students are not rare; they are accompanied by records on mobile phones, followed by placement them for viewing on the Internet. Such crimes were committed by students in a number of oblasts of Ukraine and Kyiv. Therefore, it seems appropriate for N. Karpachova to borrow foreign experience to combat this brutal phenomenon. This implies the introduction of a ban on filming and spread of violence scenes (with the exception of special editions) on the model of France. For such actions in this state a penalty of 5 years’ imprisonment or a fine of 75 thousand euros is imposed (Karpachova, 2010: 51-52).

With sadness it is necessary to State that pedagogical workers sometimes act as abusers of schoolchildren. From time to time mass media,

Internet news report similar facts. For evidence, we present only some of them. So, the prosecutor's office of Zaporizhzhya district of Zaporozhye region filed a criminal case on the grounds of a crime envisaged in Part 1 of Article 125 of the Criminal Code of Ukraine, on the fact of causing light bodily injuries by the teacher of physical training to the student of the ninth grade.⁴

Another, unworthy of teacher's rank case, happened in the secondary school. During a lesson with the sixth grade students, for student's refusal to bring a bucket of water to wash the board, the teacher of labor training first hit the boy on the face, and when the child fell, he kicked him a few times to the side. According to doctors, the child had a subcapsular rupture of the right kidney.⁵

It is believed that the problem of counteracting the application of school violence is relevant not only for Ukraine but also for other countries including Mexico. So, Ursula Zurita Rivera, a professor at the Latin American Faculty of Social Sciences (FLACSO), believes that school violence is manifested through the corporal punishment, sexual and emotional abuse, school harassment (bullying), youth gangs, use of weapons, etcetera (Zurita, 2011).

Various forms of value depreciation of a student's personality, his honor and dignity often become the cause of academic failure, deviations in behavior and even cases of suicide (Rybalka, 2010: 44). Such harassment of children is qualified by the European Court of Human Rights as degrading dignity, that is, "they are intended to cause a victim a sense of fear, suffering and feeling of inferiority, and also to degrade his/her dignity and break his/her physical and moral resistance" (Vdovichenko and Kampo, 2012: 66) That is, the practice of European judicial proceedings testifies about the possibility of judicial protection of the right to dignity.

Consequently, the right to dignity determines the right to education, since it enables to acknowledge a person as the highest social value that needs his development. Namely, the right to education acts as a mean of improvement and self-realization, full development of an individual, strengthening respect of a person, his dignity, rights and fundamental

⁴ In Zaporozhye, a teacher broke the nose to the 9th grade (n. d.).

⁵ In Chernivtsi, a teacher who beat a pupil in a classroom, was sentenced to one year imprisonment (n. d.).

freedoms. Consequently, the right to education forms and develops a sense of dignity both in an individual and in public consciousness.

IV. INTERACTION OF THE RIGHT TO EDUCATION AND THE RIGHT TO FREEDOM OF CREATIVITY

Given the fact that the right to education is closely linked with the freedom of creativity, there is a need to find out the correlation between them.

The Universal Declaration of Human Rights guarantees every person: the right to freely participate in the cultural life of a society, to enjoy art, to participate in scientific progress and to use its benefits; the right to protect moral and material interests, which is the result of scientific, literary or artistic works, the author of which he/she is.⁶ These principles are reflected in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and strengthened by the principle on the obligation of States, participating in the Covenant, to respect the freedom that is indispensable for scientific research and creative activity (International Covenant on Civil and Political Rights, 1995). Based on these documents, the Constitution of Ukraine in Article 54 guarantees citizens the freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, protection of intellectual property, their copyright, moral and material interests arising from various types of intellectual activity; the right to the results of their intellectual, creative activity. Comparison of the principles of the Basic Law and international standards in the field of human rights indicates an unjustified constriction of the subjects of these rights by the Constitution of Ukraine, as well as the types of creativity themselves. In this regard, we consider T. Milov's (2008: 20-23) remarkable comments on the need of improvement of the constitutional norm in the direction of guaranteeing the specified rights not only to citizens but also to everyone, and not only the freedom of literary, artistic, scientific, technical, but also other forms of creativity.

⁶ The Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly of the United Nations of December 10, 1948 (2008).

In the Constitutions of Spain (Article 20), Germany (Article 5), Belarus (Article 51), Russia (Article 44), as well as in Article 17 of the basic law on the general rights of citizens of Austria it is guaranteed not only freedom of scientific creativity, but also freedom of teaching.⁷ Instead, Ukraine is inferior to the indicated states in the constitutional regulation of the right to freedom of teaching. Taking into account the practice of constitutionalism of European states, we propose to lay down Part 1 of Article 54 of the Constitution of Ukraine in the following wording: “Everyone is guaranteed freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, teaching, protection of intellectual property, copyright, moral and material interests arising in connection with various types of intellectual activity”.

The constitutional principles analyzed have been reflected in the educational laws of European states. In particular, in § 2 of the Austrian Federal Law “On the organization of universities and study at universities”, part 3 of Article 2 Unique (Organic) Law on the Universities of Spain, in Section 4 of the Framework Law on Higher Education in Germany.

The scientific definition of the freedom to creativity is consistent with its international interpretation in the meaning of the cultural ability of a person to engage in literary, artistic, scientific, technical creativity and to possess, dispose and use the results of his creative activity in the form of literary, artistic and industrial property (Oliinyk, 2000: 93).

Expanding the content of the freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, S. Lysenkov concludes that it aims at creating the conditions for the most complete expression of creative abilities and is intended to provide Ukrainian citizens with the opportunity to conduct freely, that is, uncontrolled by the state and other structures, scientific and technical study, literary, artistic and any other creative activity; possibility to use state support in creative activity; the inviolability of copyright, that is, the impossibility of using or disseminating the results of a citizen’s creative activity without his consent, except in cases established by law (Lisenkov, 2001: 431-432).

It is well-known that the acquisition of education involves the creative realization of an individual, his participation in scientific research,

⁷ Educational Legislation of Foreign Countries. Laws of Austria, Great Britain, Spain, China, Mexico, the Netherlands, France (2003: 19).

constructive research and development and other types of scientific activities, conferences, competitions, exhibitions, contests, etcetera. So, when entering an educational institution, a person pursues the goal of obtaining education, but, performing the tasks of the curriculum, he/she can simultaneously be realized as an artist, a singer, a scientist, etcetera. To do this, conditions should be created that would guarantee a person freedom to creative activity. Instead, in order to write an artistic work or perform other creative work, one needs to acquire new knowledge, to form certain skills, abilities, personal qualities. In this case, the right to education serves as a means of ensuring the right to creativity.

Literary, artistic, scientific and technical creativity, proceeding within the framework of educational legal relations, differs from that carried out outside of them. First of all, it has an educational purpose: the identification and development of creative abilities in a person who learns, and developing the ability to apply acquired skills in future life. This activity is conducted under the guidance of pedagogical or scientific-pedagogical workers, that is, it is marked by a lower degree of autonomy, compared with creativity realized in other spheres. In addition, one or another educational level defines the requirements for the formation of creative abilities, skills and abilities of the learner, as well as to the novelty of creativity, in particular. That is, they grow in proportion to the increase of educational level, and may also depend on the level of the educational institution. So, higher educational institutions, first of all, provide a person an opportunity to exercise the right to freedom of scientific creativity. Scientific and scientific-technical activity, which is an integral part of higher education, plays a significant role in the development of creative abilities of an individual. Y. Shemshuchenko and T. Milova consider that the activity of higher educational institutions is one of the forms of realization of the right to freedom of scientific creativity (Shemshuchenko and Milova, 2008: 39), which must be agreed upon.

We believe that the conditions for the exercise of the right to freedom of scientific creativity are created not only for the persons who are studying but also for the scientific and pedagogical workers in higher educational establishments. After all, respectively, scientific and scientific-technical activities of teachers are ensured by combining the content of education and scientific activity, implementing the results of scientific research and development, direct participation in research and development work

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 539-568.

carried out in higher educational institutions, organization of scientific, scientific-practical, scientific-methodical seminars, conferences, competitions, etcetera.

Consequently, during the study, we concluded that the freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity determines the need for the right to education, which promotes realization of a person as a creative individual. The right to education is intended to create conditions for the identification, formation and development of creative abilities of the learners, as well as their self-realization. And in that, a full realization of the right to education is not possible without the guarantee of freedom of creativity.

V. CORRELATION OF RIGHTS: TO EDUCATION AND TO FREE PERSONAL DEVELOPMENT

The right to education is directly linked with one fundamental right—free development of an individual—. According to Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights “Education should be directed towards the full development of a human person...” (International Covenant on Civil and Political Rights, 1995). In addition, this right at the international level is proclaimed by the Declaration on the Right to Development, approved by the United Nations General Assembly on December 4, 1986. By this international act it is recognized as an inalienable right, by virtue of which every person and all peoples have the right to participate in such an economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized, as well as further development and enjoyment of its benefits. The concept of development is defined in the Preamble of the Declaration:

... development is a comprehensive economic, social, cultural and political process aimed at the continuous improvement of the well-being of the entire population and all individuals on the basis of their active, free and constructive participation in development and in the equitable distribution of the benefits they create (Declaration on the Right to Development dated December 4 1986).

As the document itself States, all aspects of this right are indivisible and interdependent, and each of them should be considered in the context of the whole.

It is important that in the Declaration a person himself is recognized as the main subject of the development process and must be an active participant and beneficiary of this right. Therefore, it is the responsibility of all people to develop individually and collectively, taking into account the need for full respect of human rights and fundamental freedoms, as well as their responsibilities to society, which alone can ensure free and full development of a human person. They should encourage and protect the appropriate political, social and economic order necessary for development. Along with this, the State directly has both the right and the duty to determine a relevant national development policy aimed at the continuous improvement of the well-being of the entire population and all individuals on the basis of their active, free and constructive participation in development and fair distribution of benefits created by them. According to the Declaration, States should take all necessary measures at national level to exercise the right to development and, in particular, ensure equality of opportunity for all in access to basic resources, education, health, food, housing, employment and just distribution of revenues.

The right to free development of a personality is guaranteed in the constitutions of such European States as Spain (Article 10) and Germany (Article 2). According to Article 23 of the Constitution of Ukraine, every person has the right to free development of his/her personality, if this does not violate the rights and freedoms of other people.⁸

In our opinion, the direct effect of education on the development of personality is reflected in the Article 3 of Political Constitution of the Mexican United States, which, in the first place, proclaims the goal of education “the development of all human abilities” (CPEUM). It is through education that the improvement of economic, social, cultural conditions of the people and the nation takes place, and relations between people are improved. Note that the constitutional provisions of the right to education are specified in the Mexican educational law. We refer to the Law on Education (Ley General de Educación) and the Law on Higher Education

⁸ The Constitution of Ukraine, adopted at the fifth session of the Verkhovna Rada of Ukraine on June 28 (1996)

(Ley Sobre Educación Superior), according to which education provides a comprehensive, harmonious development of an individual, contributes to the development of critical thinking, involvement of citizens in public decision-making, and the formation of respect for human rights, including language rights of indigenous peoples, strengthens the rule of law, peace, increases awareness of nationality and sovereignty, and so on.

Close relationship between the right to education and the right to free development of a person is also reflected in the legislation of certain European States. In particular, the educational laws of the German lands guarantee “every young person the right to school education and development” (Thüringer Schulgesetz [ThürSchulG] in der Fassung der Bekanntmachung, 2003). The Code of Education of France sees the main purpose of education as the opportunity for everyone to “develop their personality, raise their level of initial and continuing education, become involved in public and professional life, and fulfill their public purpose” (French Code of Education, 2003).

According to the modern concept, human development is the process of expanding choice for a person. First of all, it is a choice of three important things: to lead a healthy lifestyle and live a long time, gain knowledge, have resources to maintain a decent standard of living. It also includes political, economic and social freedoms, the ability to engage in creative and productive activities, human rights guarantees (Rabinovich, 2001: 111).

Scientists believe that the right to development includes: full sovereignty and independence of a person and social groups in the use of natural resources; self-determination; participation of individuals in development; equality of opportunity; the creation of favorable conditions for the use of civil, economic, social and cultural rights by the State and the international community (Malyarenko, 2010: 279).

The foregoing makes it possible to highlight the most important features of this right, which are the following: 1) the right to development is an inalienable right of every person and all peoples, that is, it is individual and collective at the same time; 2) this right is multifaceted and consists of economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized; 3) provides equality of opportunities for access to basic resources, education, health, nutrition, housing, employment and fair distribution of income; 4) everyone (every person, society and state) should promote development and use

its benefits; 5) realization of the right to development depends directly on the activity of a person himself, an entire society and a state; 6) all aspects of the right to development are indivisible and interdependent, and each of them should be considered in the context of the whole.

S. Maksimov believes that in the right to free development of a personality are expressed all social rights in general terms. The right to education, being one of them, is logically a part of the right to development (Maksimov, 2009: 406).

To ensure the right to development, there is a need to have equal access to social benefits, including education. In this regard, S. Nazarco points out that “education deepens people’s understanding of themselves and the outside world, enriches the mind, broadens experience and improves the choices they make as consumers, producers and citizens. All this, both directly and indirectly, promotes human development” (Nazarco, 2009: 169).

Realization of the right to education opens opportunities for a person and a citizen, aimed at their full development. When entering an educational institution, a person improves his social environment, which enables him to be among the teachers who help to form his own point of view on the world, to create himself/herself. A student is expanding opportunities for communication with peers, making friends, which brings great spiritual satisfaction and growth. A special role in ensuring spiritual and social development of an individual is given to higher education. Realization of the right to higher education creates “a potential opportunity for a person to get into a new social environment, gain a new status and move from low-skilled to higher levels of social structure”; “2.3 times reduces risk of poverty and 1.6 times increases the likelihood of obtaining middle income, greatly affects the way of life” (Nazarco, 2009: 167-168). In general, the right to education, which is designed to meet the needs of a person and a citizen in gaining knowledge, formation of skills, abilities, certain psychological properties, other competences, provides a harmonious development of an individual.

Consequently, we can see that the right to education is an integral part of the right to development. The latter performs a generalizing mission for all social rights, that is, in content broader than the first. The right to education ensures realization of the right to development, that is, it serves as the right-guarantor.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 539-568.

VI. INTERACTION OF RIGHTS: TO EDUCATION, TO FREEDOM OF THOUGHT AND SPEECH, TO FREE EXPRESSION OF VIEWS AND BELIEFS, TO INFORMATION

The right to education is closely interrelated with the rights proclaimed in Article 34 of the Constitution of Ukraine — to freedom of thought and speech, free expression of views and beliefs, to information. These rights are also guaranteed by the Constitutions of Belarus (Article 33, Article 34), Russia (Article 29), Spain (Article 20), Germany (Article 5). The content of these rights is based on the principles of international standards. Thus, the Universal Declaration of Human Rights proclaims for everyone the right to freedom of belief and its free expression, including freedom to unobstructedly adhere to one's beliefs and freedom to search, receive and disseminate information and ideas by any means and regardless of state frontiers.⁹ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms guarantees everyone the right to freedom of expression (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Implementation in Ukraine 2006). This right includes the freedom to follow one's beliefs, receive and transfer information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers. Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights specifies the right to unobstructedly adhere to one's views, stating that this right includes the right to search, receive and transfer any information and ideas, regardless of state borders, orally, in writing, by printing or artistic expressions, or by any other means by own choice (International Covenant on Civil and Political Rights, 1995).

In our view, important is also the norm in Part 3 of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Part 2, Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which imposes restrictions to freedom of thought and expression, free expression of views and beliefs, information

in the interests of national security, territorial integrity or public security, in order to prevent disturbances or crimes, to protect health or morals, to pro-

⁹ The Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly of the United Nations of December 10, 1948 (2008).

tect the reputation or rights of others, to prevent a disclosure of confidential information or to maintain the authority and impartiality of the court.¹⁰

It is important that the case-law of the European Court indicates the application of the principles of Article 10, Part 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in order to protect “the Little Red Textbook” from the harmful influence on the morals of children and adolescents. In its judgment, the Court explains that this book includes sentences and paragraphs that young people in the turning point of their development could construe as encouragement to actions that do not correspond to their age and are harmful to them or even to commit certain criminal offenses (Jenis *et al.*, 1997: 158).

Scientists believe that the meaning of freedom of thought and speech lies in the fact that no one can forbid people to follow their thoughts, in some way reflect the objective reality in their representations and publicly express these materialized in the language of reflection, in particular views and beliefs. The latter may apply to all areas: foreign policy, state power, economic processes, education and culture, the development of legislation, etcetera (Rabinovich and Havronyuk, 2004: 158).

When expressing their thoughts on guaranteeing the right to freedom of thought and speech, researchers make proper explanations. First, the commented order does not concern any thought, but only that which has already been expressed outward, objectified by some physical behavior. Thus, the right of a person to free expression of his thoughts is authorized, in particular those which are views, beliefs. Secondly, since in addition to views and beliefs there are also other forms of thinking, the considered freedom is related to expression of its other “products”: rationalized feelings, attitudes, orientations, concepts, theories, etcetera. Thirdly, the considered right covers the possibility of using any means of expressing thoughts — both traditional (oral, written, visual, etcetera), and modern-technical (Rabinovich and Havronyuk, 2004: 158-159).

One of the areas where the realization of such rights as freedom of thought and speech, free expression of their views and beliefs, information occurs is education. On the one hand, the exercise of the right to educa-

¹⁰ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Implementation in Ukraine (2006).

tion ensures that the person acquires the knowledge on the basis of which views, beliefs, worldview are formed, and attained communicative competences. On the other hand, it is not possible to obtain education without free expression of views and beliefs, ideas, concepts, free reception, use, dissemination of the information necessary for realization of the right to education by a person and a citizen. The right to freedom of thought and speech, free expression of their views and convictions, the right to information allow a person and a citizen to exercise the right to education, because they provide the process of knowledge transfer, acquiring of skills, abilities, life experience, and influence the culture of individual behavior. It is no coincidence that some of these rights are reflected in the educational legislation of Ukraine and a number of European countries. So, Article 53 of the Law of Ukraine “On Education” of September 5, 2017 guarantees learners access to information resources. Article 46 of the United (Organic) Law on the Universities of Spain of 21 December 2001 proclaims the right of students to “information about the university activity, the publicity of the university rules which govern the process of confirming students’ knowledge of freedom of speech”. According to Article 3 (Ley Orgánica 6/2001) of United (Organic) Law on Education Quality Improvement of Spain, dated December 9, 2013, parents have the right to receive information about the educational success of their children (Ley Orgánica 8/2013). The Framework Law on Higher Education of the Federal Republic of Germany of 19 January 1999 obliges higher education institutions to inform the public on the implementation of their assigned tasks.¹¹

Under the right of information, we understand the possibility of free obtaining, use, dissemination, storage and protection of information necessary for the exercise of their rights, freedoms and legitimate interests. Extrapolating this into the educational sphere, we can say that the participants of the educational process have the following possibilities: to present educational questions to each other and receive answers to them; freely discuss topics and express their own views and beliefs on issues covered

¹¹ Hochschulrahmengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 1999 (BGBl. I S. 18), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. April 2007 (BGBl. I S. 506) geändert worden ist (n. d.).

by curricula; freely receive, store, use, distribute and protect educational information, etcetera.

So, between the rights: to education, freedom of thought and speech, free expression of views and beliefs, to the information, there is a close relationship. On the one hand, the right to education forms the views and beliefs of a person and citizen, and, on the other hand, their free expression, as well as obtaining, use, dissemination of information, ensure full realization of the right to education. Therefore, we believe that the rights: to freedom of thought and speech, free expression of views and beliefs, information, serve as original guarantees of the right to education.

VII. RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT TO EDUCATION AND THE RIGHT TO WORK

Given that the right to education and the right to work belong to one group of social and economic rights and interact closely with each other, there is a need to clarify the relationship between them.

The right to work was internationally recognized in Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights, which states that everyone has the right to work, to fair and favorable conditions of work and protection from unemployment.¹² In accordance with Part 1 of Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, this right includes the possibility of earning a living for by work, which is freely chosen or freely agreed for (International Covenant on Civil and Political Rights, 1995). At the same time in Part 2 of Article 6 are outlined steps that must be taken to fully implement the right to work - they include vocational education and training programs, ways and means to achieve productive employment.

The importance of obtaining education by children and its relationship with labor, which should not restrict the right to education or interfere with its implementation, is reflected in Part 1 of Article 32 of the Convention on the Rights of a Child. This document recognizes the right of a child to protection against economic exploitation and from perform-

¹² The Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly of the United Nations of December 10, 1948 (2008).

ing any work that may present a health hazard, to be an obstacle to his/her education or to harm his/her health, physical, mental, spiritual, moral and social development. International standards in the field of the rights of the child recognize the priority of obtaining education by a child and connect the age of a person for employment with the age of completion of compulsory school education.

The right to work is guaranteed by the constitutions of Belarus (Article 42), Russia (Article 37), Germany (Article 12). In the Constitution of Spain (Article 35), it is proclaimed both a duty and a right. According to Article 43 of the Constitution of Ukraine everyone has the right to work, which includes a possibility of earning a living by work, which he freely chooses or freely agrees to. The State creates conditions for the full exercise of the right to work by citizens, guarantees equal opportunities in choosing an occupation and kind of employment, implements programs of vocational education, training and retraining of staff in accordance with public needs.

It is necessary to recognize that the level of education is one of the main factors of competitiveness of an employee in the labor market. This indicator is significant not only during employment, but also in reducing the number or staff of workers in connection with changes in the organization of production and labor (Bratasyuk, 1999). Under these conditions, workers with higher qualifications and labor productivity have a preferential right to remain at work. In addition, professional and business qualities of an employee, which should include the level of skills, is one of the factors determining the amount of wages.

Realization of the right to education is a necessary condition for the exercise of the right to work, especially when the law requires a diploma to obtain a certain qualification level before taking up a particular position. Despite the fact that education increases the chances of a person to work, choice of profession and occupation, establishment of decent working conditions and payment, yet the realities of life prove that the availability of education does not always guarantee a person the exercise of the right to work, as evidence of what is the presence of people with higher education among unemployed. Unemployed graduates of higher educational institutions, their lack of demand as specialists undermine the value of the right to education in society and at the same time testifies that the implementation of the latter without the right to work is not complete.

After all, the level of employment can be regarded as a kind of a test for demand of those who exercise their right to education. In addition, the exercise of the right to work serves as an additional guarantee of the exercise of the right to continuous education through constant professional development and periodic training for workers. In this regard, the state's task is to improve a labor market by preserving existing ones and creating new jobs. Looking forward to solving this problem, we see balancing of labor supply and demand for it through the establishment of a social partnership between employers and educational institutions, and introduction of subsidies to employers when employing graduates.

Consequently, on the one hand, by providing a person with knowledge, skills, abilities, competence, the right to education serves as a means of satisfying the right to work. On the other hand, the capacity to implement the latter increases the value of education as a social phenomenon and, in general, the possibility of exercising the right to education.

VIII. INTERACTION OF RIGHTS: TO EDUCATION AND SOCIAL PROTECTION

There is a need to find out the relationship between the right to education and the right to social protection. This is conditioned, firstly, by their social essence, which requires significant efforts of the State to provide them; and secondly, by common purpose, which is aimed at the formation and development of a person and a citizen; thirdly, by the idea of “entering” the right to affordable and free education at the State and municipal educational institutions as an integral part of the right to social protection (Bolotina, 2005: 99). This testifies about the close connection between the designated rights and the need to study their interaction.

To understand the essence of the right to social protection, we will turn to the Universal Declaration of Human Rights, which proclaims the right of every person to social security and to exercise the rights necessary for the maintenance of his/her dignity and free development of a person in the economic, social and cultural fields through national efforts and international cooperation and in accordance with the structure and resource-

es of each State.¹³ Specific obligations of member states regarding social security are contained in Article 9 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In addition, we note that Article 13 of this document, addressed to the right to education, states that for the full implementation of the latter, a satisfactory system of scholarships should be established and the material conditions of the teaching staff should be constantly improved (International Covenant on Civil and Political Rights 1995). The right to social protection guarantees the constitutions of Belarus (Article 47), Russia (Article 39), Germany (Article 6), and Spain (Article 50). The right to social protection at the national level is proclaimed by Article 46 of the Constitution of Ukraine, which includes the right to provide citizens with full, partial or temporary disability, loss of breadwinner, unemployment due to independent of them circumstances, as well as in old age and in other cases stipulated by law.

Generally accepted scientific notion of “right to social protection” is absent. Moreover, there are differences in understanding of the relationship between the categories of “social protection” and “social security”. Without going into discussion on this subject, we consider the right to social protection is

provided by the law, guaranteed by the state certain possibilities of a person to receive from the state, as well as other entities acting on the authority or permission of the state, under the conditions and in the manner provided by law, as well as the contract, material support, material support and social services in the event of social risks (Bolotina, 2005: 112-113).

Clarification of the essence of the right to social protection leads us to conclude that, despite the relationship between rights and their belonging to a social group, there is a significant difference between them — if everyone has the right to education, then the basis for realization of the right to social protection is social risks. They are “such events in a person’s life, in which there is a danger of loss of material means to satisfy his/her primary (basic) needs, necessary for preservation and reproduction of high-grade life as a member of human society” (Bolotina, 2005: 77).

¹³ (The Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly of the United Nations of December 10, 1948 (2008).

Apart from the right to social protection, a number of people would not be able to exercise their right to education at all. After all, it is precisely with the participation of the State and other persons authorized by it that the adverse circumstances of life, in which a person falls into, the trainee and the one who teaches, are offset.

The right to social protection actually “accompanies” the right to education. For example, in order to get an education, a trainee must come to an institution every day. Daily realization of the right to education becomes possible due to the establishment by a social state of privileged passenger transportation for persons who are studying. Particular importance is given to solving this problem for pupils living in rural areas, located at a considerable distance from school. Therefore, the legislation of Ukraine and European countries regulates the issue of providing students with the right to privileged or free travel to school. Currently, despite the post-industrial development of society, not every family is able to provide a child with adequate nutrition. Under conditions of malnutrition, it’s impossible not only to exercise the right to education, but even to think about meeting other important needs, except for food. Therefore, from the point of view of the right to social protection, the State must assume minimization of such risks by organizing nutrition in educational institutions on concessional terms.

In any case, when there are social risks, the list of which can not be foreseen due to objective circumstances, the right to social protection must exercise its mission. This right guarantees participants of educational legal relationships the opportunity to receive from the State, as well as other entities authorized by it, material security, material support and social services in the event of social risks. Such measures allow people to exercise their right to education. That is, in the absence of the right to social protection, in some cases, the realization of the right to education is impossible. Thus, there is a close relationship between the rights analyzed, which is expressed in the fact that the right to social protection is a kind of guarantee for the right to education.

IX. CONCLUSIONS

Thus, the right to education in the system of constitutional rights is one of the leading points, being the basis for the development of other

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 539-568.

human rights. By such a criterion as the sphere of public relations, it belongs to the category of cultural rights. Since the right to education also satisfies social and economic needs, it can also be classified as a group of social and economic rights.

The relation between the right to education and other rights is expressed in the close connection between them and interdependence of one right to others. Realization of the right to education would be inferior without satisfaction of the right to dignity, freedom of creativity, thought and speech, free expression of views and beliefs, the right to information, free development of the individual. In its turn, the exercise of these rights would also be ineffective without the exercise of the right to education, which is a means of ensuring the majority of constitutional human rights.

X. BIBLIOGRAPHY

- ALEBASTROVA, I. A., 2010, "Social Rights: Constitutional Promises or Ghosts?", *State and Law*.
- BEITER, Klaus Dieter, 2006, *The Protection of the Right to Education by International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- BOLOTINA, N. B., 2005, *The Right to Social Protection: Establishment and Development in Ukraine*, Kyiv.
- BONYAK, V. O., 2005, *Constitutional Right of a Person and Citizen to Education and Its Provision in Ukraine*, Kyiv.
- BRATASYUK, M. G., 1999, "Human Dignity as a Source of European Human Rights Standards", *Scientific Bulletin of the Kyiv National University of Internal Affairs, Kyiv, No. 3, 2010. Convention on the Rights of the Child*.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Available at: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.
- "Declaration on the Right to Development Dated December 4", 1986. Available at: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_301.
- Economic Encyclopedic Dictionary*, 2005, Lviv, Ed. Mocherny.
- Educational Legislation of Foreign Countries. Laws of Austria, Great Britain, Spain, China, Mexico, the Netherlands, France*, 2003, Moscow, Education Legislation.
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Implementation in Ukraine, 2006, Kyiv.

- French Code of Education*, 2003. Available at: Moscow, <http://www.lexed.ru/books>.
- FROLOV, Y., 2005, "Economic Rights and Freedoms of a Person and a Citizen in Ukraine", *International Police Encyclopedia in 10 volumes*.
- GONCHARENKO, S. U., 2008, "Education", *Encyclopedia of Education. Great Dictionary of Contemporary Ukrainian Language*, 2002, Kyiv-Irpin, Editor-in-Chief V. T. Busel.
- "Hochschulrahmengesetz in Der Fassung Der Bekanntmachung Vom 19. Januar 1999 (BGBl. I S. 18), Das Zuletzt Durch Artikel 2 Des Gesetzes Vom 12. April 2007 (BGBl. I S. 506) Geändert Worden Ist". Available at: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hrg/gesamt.pdf>.
- "In Chernivtsi, a Teacher Who Beat a Pupil in a Classroom, Was Sentenced to One Year Imprisonment". Available at: <http://zik.ua/ua/news/2010/02/05/215465>.
- "In Zaporozhye, a Teacher Broke the Nose to the 9th Grade". Available at: <http://tyzhden.ua/News/18542>.
- "International Covenant on Civil and Political Rights", 1995, In *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Kyiv.
- JENIS, M. et al., 1997, *European Law in the Field of Human Rights: Sources and Practice of Application*, Budapest, Kyiv.
- HORBATH, Jorge E. and GRACIA, María Amalia, *El derecho a la educación: un análisis a partir de la política educativa de las dos últimas décadas en México*. Available at: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/ries/article/view/1373/1164>.
- KALPINSKAYA, O. E., 2005, *The Right to Education and the Mechanism of Its Realization in the System of the Ministry of Internal Affairs of Russia: Theoretical and Applied Aspect*, St. Petersburg.
- KARPACHOVA, N. I., 2010, *Status of Observance and Protection of the Rights of the Child in Ukraine. Special Report of the Commissioner for Human Rights of Verkhovna Rada of Ukraine*, Kyiv, The 20th Anniversary of Ukraine's Ratification of the UN Convention on the Rights of the Child.
- KOSTETSKA, T. A., 2008, "The Right of a Person to Life and Respect for His Dignity", *Constitutional Rights, Freedoms and Duties of a Person and a Citizen in Ukraine*.
- LISENKOV, S. L., 2001, *Cultural Law*, Kyiv.
- MAKSIMOV, S. I., 2009, "Social Rights: To the Problem of Justification", *Problems of Legality*.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 539-568.

- MALYARENKO, T., 2010, "Human Right to Development in the Strategy of National Security Management of Ukraine", *Efficiency of Public Administration*.
- MARTYNYUK, S. *et al.*, 2001, "People's Economy", *Economic Encyclopedia*.
- MATYUSHEVA, T. N., 2008, "Educational Institutions in the Mechanism for the Implementation of the Constitutional Right to Education: Problems of Typology", *Law and Education*.
- MILOVA, T. M., 2008, *Constitutional Right of a Person and a Citizen to Freedom of Scientific Creativity in Ukraine*, Kyiv.
- MOTAKEF, Mona, 2006, *Das Menschenrecht Auf Bildung Und Der Schutz Vor Diskriminierung*, Deutsches Institut für Menschenrechte.
- NAZARCO, S. O., 2009, "The Impact of Education on Regional Human Development and Employment of the Population", *Actual Problems of Economics*.
- OLIINYK, A. Y., 2000, *Constitutional and Legal Mechanism of Providing Basic Freedoms of a Person and a Citizen in Ukraine*, Kyiv.
- PUSTOVIT, Z. M., 2003, "Social Rights of Citizens", *Law Encyclopedia* 5.
- RABINOVICH, P. M. and HAVRONYUK, M. I., 2004, *Rights of a Person and a Citizen*, Kyiv.
- RABINOVICH, P. M. and PANKEVICH, O., 2003, "Social Law: Some Issues of General Theory", *Law of Ukraine*.
- RABINOVICH, P. M., 2001, "Methodology of Legal Science", *Law Encyclopedia*.
- RABINOVICH, P. M., 2003, "The Science of the Philosophy of Law: To the Characterization of the Subject and Methodology", *Problems of the Philosophy of Law*.
- "Right to Education Indicator Based on the 4 A Framework. Concept Paper, Prepared by Gauthier de Beco, Independent Consultant for The Right to Education Project", 2009. Available at: [http://www.righttoeducation.org/sites/r2e.gn.apc.org/files/Concept Paper.pdf](http://www.righttoeducation.org/sites/r2e.gn.apc.org/files/Concept%20Paper.pdf).
- ROMANENKO, K. M., 2008, *Constitutional Right of a Citizen to Education in Ukraine: State and Development Trends*, Ukraine, Zaporizhzhia.
- RYBAKOVA, V. V., 2005, *Constitutional Right to General Education in the Russian Federation: Problems of Theory and Practice*, Russia, Yekaterinburg.
- RYBALKA, V. V., 2010, "Honor and Dignity of Personalities of a Teacher and a Student as a Value Potential of Higher Education", *Scientific*

- Bulletin of the Melitopol State Pedagogical University named after Bogdan Khmelnytsky.*
- SHEMCHUKENKO, Y. and MILOVA, T., 2008, "Freedom of Scientific Creativity as a Constitutional Right of a Person and a Citizen", *Bulletin of the National Academy of Sciences of Ukraine.*
- SKAKUN, O. F., 2001, *Theory of State and Law*, Ukraine, Kharkiv.
- SMIRNOVA, V. M., 2006, *Constitutional Right to Education and Guarantees of Its Realization in Non-State General Educational Institutions*, Moscow.
- SMIRNOVA, V. M., 2011, "Legal Regulation of Private Education under the Legislation of Foreign Countries: Private School - Libera, Non Privata?", *Yearbook of Russian Educational Law.*
- "The Constitution of Ukraine, Adopted at the Fifth Session of the Verkhovna Rada of Ukraine on June 28, 1996", 1996, *Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine.*
- "The Number of Children Who Do Not Attend School Is Increasing Again, Especially in Africa". Available at: <http://osvita.ua/school/news/29917/print>.
- "The Universal Declaration of Human Rights, Adopted and Proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly of the United Nations of December 10, 1948", 2008, *Official Bulletin of Ukraine.*
- "Thüringer Schulgesetz (ThürSchulG) in Der Fassung Der Bekanntmachung", 2003. Available at: <http://www.berlin.de/sen/bildung/rechtsvorschriften>.
- TSERKOVNA, A. O., 2003, *Dignity and Honor in the Civil Law of Ukraine*, Kyiv.
- TSONPLAK, K., 2012, "Human Dignity: Essence, Content and Preconditions of Existence", *Public Law.*
- TYAPKINA, I. V., 2009, *Legal Mechanism of the Constitutional Right to Education in Secondary and Higher Vocational Education Institutions in Russia*, Moscow.
- VDOVICHENKO, S., KAMPO, V., 2012, "The Right to Human Dignity: Ukrainian Theory and Practice in the Context of European Experience", *Herald of the Constitutional Court of Ukraine.*
- ZURITA RIVERA, Úrsula, 2011, *Los desafíos del derecho a la educación en México a propósito de la participación social y la violencia escolar*, México. Available at: <https://www.culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/Educacion/documentos>.

LA GUARDIA NACIONAL EN MÉXICO*

Daniel MÁRQUEZ**

José María SERNA***

Diego VALADÉS****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *Iniciativas recientes de modificación al marco normativo de la Guardia Nacional en México*. IV. *Derecho comparado*. V. *Conclusión*. VI. *Fuente*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a la Guardia Nacional en ocho de sus artículos: 10, 31-III, 35-IV, 36-II, 73-XV, 76-IV, 78-I y 89-VII:

Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior;

* Artículo recibido el 26 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de diciembre de 2018.

** ORCID: 000-0001-7557-4525. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: daniel6218@hotmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-6308-7591. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: josemar@unam.mx.

**** ORCID: 0000-0002-5551-4266. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: valades@unam.mx.

Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:

IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes;

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:

II. Alistarse en la Guardia Nacional;

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XV. Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la forman, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a los Estados la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.

Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

IV. Dar su consentimiento para que el presidente de la República pueda disponer de la Guardia Nacional fuera de sus respectivos Estados, fijando la fuerza necesaria.

Artículo 78. La Comisión Permanente, además de las atribuciones que expresamente le confiere esta Constitución, tendrá las siguientes:

I. Prestar su consentimiento para el uso de la Guardia Nacional en los casos de que habla el artículo 76 fracción IV;

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:

VII. Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76.

No obstante lo anterior, el legislador no ha realizado el desarrollo normativo que permita hacer realidad una institución que, como se explicará más adelante, aparece desde el inicio mismo de la historia del México independiente, y cuyas raíces se remontan incluso más atrás en el tiempo, es decir, a la época colonial.

El presente ensayo se divide en cuatro partes. En primer lugar, se hace un repaso de los antecedentes históricos de la Guardia Nacional en México. En segundo lugar, se examinan algunas de las varias propuestas que, en años recientes, ha habido para introducir reformas constitucionales o legales sobre el tema de la Guardia Nacional. En el cuerpo de este estudio se encontrará una sinopsis de cada una de estas propuestas. En tercer lugar, se realiza un análisis de derecho comparado en materia de Guardia Nacional, en el cual se incluye a Argentina, Brasil, Estados Unidos, Nicaragua y Venezuela. Al final, se incorpora una reflexión a manera de conclusiones, buscando identificar posibles alternativas de modificación normativa sobre el tema que nos ocupa, sopesando los aspectos positivos y negativos que ofrece cada una de las opciones identificadas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde la Colonia, la autoridad virreinal reglamentó la formación de un ejército regular compuesto por “tropas veteranas”, traídas de España, y “tropas milicianas”, compuestas por “vecinos”, para la defensa de la Nueva España. Esas fueron las instrucciones recibidas por el teniente general Villalba, quien en 1764 desembarcó en la Nueva España con indicaciones para reorganizar la estructura militar de la Colonia.

Hay toda una historia de intentos de reorganización de las “milicias provinciales”, por parte de diversos virreyes de la Nueva España. En dichas experiencias se puede identificar una serie de problemas que las autoridades virreinales tuvieron que enfrentar en este tema, tales como los referidos a:

- Reclutamiento.
- Financiamiento.
- Calidad de los milicianos.
- Mantenimiento de la disciplina.
- Armamento y vestuario.
- Fueros y prerrogativas.
- Deserción.
- Desconfianza entre las milicias y el ejército regular.

La Constitución de Cádiz sentó bases que luego se retomarían en el México independiente, en el tema de las milicias. De hecho, un capítulo entero se consagra a las milicias, como se puede ver en los artículos 362 al 365 de dicha Constitución, en los que aparecen principios como los siguientes:

- a) Obligación de los súbditos de defender la patria.
- b) Temporalidad limitada.
- c) Arraigo local.
- d) Movilización fuera de su provincia, sólo con aprobación de Cortes.

La Constitución de Estados Unidos, de 1787, es otro antecedente importante del régimen de la Guardia Nacional vigente en México. Según la Sección 8.16 de esta Constitución, el Congreso tiene facultad:

Para proveer lo necesario para organizar, armar y disciplinar a la milicia nacional y para gobernar aquella parte de esta que se utilice en servicio de los Estados Unidos; reservándose a los Estados correspondientes el nombramiento de los oficiales y la facultad de instruir conforme a la disciplina prescrita por el Congreso.

Las ideas principales que llevaron a la introducción de esta disposición en la Constitución estadounidense se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) Se buscó crear “frenos y contrapesos” contra la eventualidad de un ejército regular tiránico.
- b) Se pensó que el pueblo tiene el derecho y el deber de contribuir a la defensa de la nación.
- c) Se consideró que para que el “ciudadano-soldado” pudiera cumplir con su deber, tenía el derecho de poseer armas.
- d) Se pensó en la milicia como una fuerza local, bajo el mando del gobernador del estado respectivo, pero en ciertos supuestos podría “federalizarse” y quedar bajo el mando del Ejecutivo federal.

El México independiente tiene una larga historia de intentos de organización de milicias, que inicia con el Reglamento Provisional para la Milicia Cívica del 3 de agosto de 1822. En este instrumento aparece la regla de que “El nombramiento de oficiales, sargentos y cabos se efectuaría por elección, a pluralidad de votos de los concurrentes ante el ayuntamiento...”.

La Constitución de 1824 reguló a las milicias en la fracción XIX de su artículo 50, mismo que estableció como facultad exclusiva del Congreso general: “Formar reglamentos para organizar, armar y disciplinar la milicia local de los Estados; reservando a cada uno el nombramiento respectivo de oficiales, y la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos”.

Esa fue la base constitucional que permitió la conformación de milicias provinciales, que fueron movilizadas por la Federación y combatieron, por ejemplo, contra la invasión norteamericana, si bien su organización estuvo a cargo de los gobiernos de las entidades federativas.

Por otro lado, durante el siglo XIX el ejército permanente se identificó con las fuerzas conservadoras y centralistas; mientras que las milicias se identificaron con la corriente liberal y federalista.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

El concepto “Guardia Nacional” aparece por primera vez en los proyectos de constitución de 1842, pero el esquema actual de dicha institución data de la Constitución de 1857. Entre otras disposiciones referidas al tema, el artículo 72 de esta Constitución dio facultades al Congreso de la Unión:

XIX. Para dar reglamentos con el objeto de organizar, armar y disciplinar la guardia nacional, reservando a los ciudadanos que la formen, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a los Estados la facultad de instruirla, conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.

XX. Para dar su consentimiento a fin de que el ejecutivo pueda disponer de la guardia nacional fuera de sus respectivos Estados o Territorios, fijando la fuerza necesaria.

Cuando se restableció el Senado en 1874, esta última facultad quedó como una de sus atribuciones exclusivas. Empero, nunca fue expedida la ley reglamentaria respectiva.

El Constituyente de 1917 no modificó el esquema normativo sobre Guardia Nacional proveniente de la Constitución de 1857, si bien, en su seno se presentaron dos proyectos de bases constitucionales para la reorganización del Ejército Nacional que se referían también a la Guardia Nacional. Uno de esos proyectos fue suscrito por los diputados Paulino Machorro, Heriberto Jara, Arturo Méndez e Hilario Medina. El otro, por los diputados Amado Aguirre, Martínez de Escobar y Francisco Espinosa. Sin embargo, ninguno de los dos fue dictaminado.

En la actualidad el marco legal contempla las llamadas “Defensas rurales”. En efecto, como lo destaca la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, las acciones de defensa nacional se desarrollan de manera conjunta por el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, unidas en una sola dependencia, compuesta de Unidades de Combate, Unidades de los Servicios, Cuerpos Especiales, Cuerpos de Defensas Rurales y Establecimientos de Educación Militar (artículo 53).

Los cuerpos de Defensas Rurales (artículo 116) están organizados en unidades armadas, equipadas y adiestradas, integradas con personal voluntario de ejidatarios mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad, mandados por militares profesionales, con la misión de cooperar con las tropas en las actividades que lleven a cabo, cuando sean requeridos por el mando militar (artículo 117). A los integrantes de este cuerpo se le considera en igualdad de condiciones que el encuadrado en unidades del

servicio activo (artículo 118). Además, los mandos que no son personal profesional del Ejército se cubren con personal de rurales elegidos por los componentes de la Unidad. El personal de ejidatarios que integra esos cuerpos está sujeto al fuero de guerra cuando realiza actos del servicio (artículo 120); tiene derecho a las retribuciones, prestaciones o estímulos legales, considerando a los “defensas rurales” como soldados en activo (artículo 121).

Como se advierte, en este cuerpo militar mexicano están presentes tres características de la Guardia Nacional: *a)* su carácter de ciudadanos armados, *b)* la elección de parte de su oficialidad, y *c)* su sujeción al mando militar regular.

III. INICIATIVAS RECIENTES DE MODIFICACIÓN AL MARCO NORMATIVO DE LA GUARDIA NACIONAL EN MÉXICO

Se ha encontrado diversas iniciativas de modificación a la normativa relativa a la Guardia Nacional, presentadas por diversos actores de nuestro país. A continuación, citamos dichas iniciativas, incluyendo un apretado resumen de cada una de ellas.

1. *Iniciativa del diputado federal Alberto López Rosas, presentada el 11 de diciembre de 1997, para crear una Ley Reglamentaria del artículo 73, fracción XV, de la Constitución mexicana.*

Esta iniciativa sostuvo que México requiere de la participación de hombres y mujeres que reciban instrucción especializada para atender con prontitud y eficacia los trabajos preventivos y de auxilio a la población. Además, considera necesario que se fomente en la conciencia de dichas personas un espíritu de servicio, de fraternidad y de solidaridad. Por ello propuso que, a través de la institucionalidad de la Guardia Nacional, se reglamente el servicio social como obligatorio para ciudadanos y ciudadanas. Así se iría integrando y agrupando la Guardia Nacional, con jóvenes instruidos y capacitados para actuar ante eventualidades catastróficas, reservando a las reglamentaciones secundarias los casos en que los integrantes de la Guardia Nacional deban permanecer armados, de acuerdo con el tiempo y a las necesidades que así lo requieran.

La iniciativa prevé la Guardia Nacional como un servicio social obligatorio, que deberá prestarse por el término de un año. Asimismo, sus

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

funciones se vinculan a tareas de protección civil en casos de desastres: prevención de tumultos o vandalismos, desalojos de habitantes, acordonamiento, protección y patrullaje de áreas desalojadas.

En su dictamen del 26 de septiembre de 2001, las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados concluyeron que la iniciativa del diputado López Rosas era improcedente, pues no cumplía con la finalidad de reglamentar a la Guardia Nacional a la que se refiere el artículo 73, fracción XV, constitucional en que se fundamenta, además de tener deficiencias de constitucionalidad. De igual forma, se sostuvo en el dictamen que la existencia de formaciones militares y paramilitares bajo el mando de las autoridades de los estados de la República, con el consentimiento expreso del Congreso de la Unión, se explicaba en una etapa histórica y política totalmente superada, entre muchos otros elementos, por la construcción y equipamiento de las diferentes formas de comunicación a través del territorio nacional, el desarrollo tecnológico y el fortalecimiento democrático. Se afirmó también que la posible integración, adiestramiento, equipamiento y mantenimiento de la Guardia Nacional convocaba a la reflexión sobre su auténtica viabilidad y conveniencia, pues implicaría elevados costos económicos con la consecuente distracción de recursos públicos, federales y estatales, que debían estar dedicados a la atención de prioridades nacionales de indiscutible importancia. Por último, se dijo que las instituciones y procedimientos de protección civil existentes constituyen un sistema pertinente para prevenir y enfrentar los desastres naturales y los accidentes de gran magnitud e impacto. De esta manera, era conveniente proveer lo necesario para ampliar y fortalecer sus actividades, sin que la Guardia Nacional pudiese ser considerada como un complemento viable para enfrentar y resolver las situaciones creadas por calamidades y desastres.

2. *Iniciativa del Congreso de Chihuahua, presentada el 3 de mayo de 2007, para solicitar al Congreso de la Unión reformar el artículo 73, fracción XV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de que los estados tengan facultades para expedir una reglamentación que permita organizar la Guardia Nacional en las entidades federativas*

El Congreso de Chihuahua aprobó una iniciativa para solicitar al Congreso de la Unión la reforma a la disposición constitucional referida,

para que los Estados tengan facultades para expedir una reglamentación que permita organizar la Guardia Nacional en las entidades federativas. Asimismo, se solicitó adicionar con una fracción (VIII) el artículo 116 de la Constitución, para quedar como sigue:

Artículo 116...

Los poderes de los estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

...

VIII. Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, de conformidad con las bases generales que expida el Congreso de la Unión, reservándose a los ciudadanos que la forman el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, así como para instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.

3. *Iniciativa del diputado federal Roberto Badillo Martínez, presentada el 17 de febrero de 2009, para reformar los artículos 73 y 76 de la Constitución, en lo que se refiere a la Guardia Nacional*

El diputado Roberto Badillo partió del reconocimiento de la deficiencia del sistema policial mexicano, y su vulneración por parte del crimen organizado. Ante esa situación el presidente Felipe Calderón recurrió a las fuerzas armadas mexicanas, para realizar una labor que no les correspondía.

En atención a lo anterior, el diputado Badillo propuso la activación de la Guardia Nacional, contemplada ya en la Constitución, y que relevaría paulatinamente a las fuerzas policíacas, inoperantes por falta de adiestramiento y corrupción en sus miembros, en todo el territorio nacional.

La modificación constitucional propuesta por el diputado Badillo, definiría a la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena) como la instancia responsable de activar, organizar, armar y operar a la Guardia Nacional, quedando bajo su control y mando. Asimismo, la Sedena sería la encargada de expedir el nuevo reglamento que regule las actividades de la Guardia Nacional.

La activación de la Guardia Nacional se realizaría con personal militar, egresado de las escuelas militares del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, tanto oficiales como personal de tropa.

En la visión del diputado Badillo, la Guardia Nacional iría tomando de manera paulatina las responsabilidades de la seguridad pública nacional, así como, de las labores de protección civil y de resguardo de fronteras y aduanas, a paso y medida que fuera aumentando la creación de unidades.

4. *Iniciativa del grupo parlamentario de Convergencia, en diciembre de 2010, para crear la Ley Orgánica de la Guardia Nacional, reglamentaria de la fracción II del artículo 31 de la Constitución.*

La esencia de esta iniciativa consiste en sacar a la Guardia Nacional de la lógica de la Ley del Servicio Militar, misma que en su artículo 5o. señala que el servicio de las armas se presta entre los 40 y “Hasta los 45 años, en la Guardia Nacional”. Para la iniciativa, la Ley del Servicio Militar desvirtúa la noción básica y fundamental de la Guardia Nacional al considerarla como una tercera instancia para prestar el servicio de las armas en el ejército permanente.

La iniciativa entiende por Guardia Nacional a la fuerza de reserva mexicana constituida por mexicanos que hayan alcanzado la mayoría de edad y cumplido con el Servicio Militar Nacional (artículo 2o.). Asimismo, determina que en cada entidad federativa y el entonces Distrito Federal, haya un destacamento de la Guardia Nacional dependiente de la Federación; y dispone que al frente de las milicias de la Guardia Nacional en los estados y el Distrito Federal estaría un militar con el rango de general.

Los artículos 5o., 6o. y 7o. sirven para ilustrar el carácter que la Guardia Nacional adquiriría bajo la iniciativa presentada, a saber:

Artículo 5. El presidente de la República pondrá bajo su control a una parte o a la totalidad de las guardias nacionales de los estados, de conformidad a las facultades que le conceda el Senado de la República, en casos de guerra, afectación a la seguridad interior o en caso de desastres naturales. Cuando la Guardia Nacional sea legalmente convocada por el presidente de la República, entrará al servicio de la Federación y se considerará como Ejército de línea permanente y tendrá las mismas prerrogativas y atribuciones que éste, quedando, por tanto, sujeto a la ordenanza y al fuero de guerra.

Artículo 6. Las administraciones públicas federales, estatales y municipales, así como el gobierno del Distrito Federal y las jefaturas delegacionales, contribuirán al sostenimiento de la Guardia Nacional.

Artículo 7. Los miembros de la Guardia Nacional prestarán a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos del fuero federal.

IV. DERECHO COMPARADO

En esta sección se incluye un análisis de la normativa sobre Guardia Nacional de los siguientes países: Argentina, Brasil, Estados Unidos, Nicaragua y Venezuela.

1. *La Guardia Nacional en Argentina*

Durante la Colonia, en lo que ahora es Argentina existían milicias y “tercios de voluntarios” compuestos por vecinos de las ciudades, los que se reunían los fines de semana y practicaban, al mando de oficiales de las guarniciones respectivas, en marchas, movimientos y ejercicios de combate. Dichas milicias se adiestraban para colaborar en la defensa de las ciudades.

Por la Ley 3.318, de 1895, se llamó a la primera conscripción general de ciudadanos. Esta ley regulaba la organización del Ejército y la Guardia Nacional; y disponía el servicio militar obligatorio del Ejército para todos los argentinos, cuyas edades al momento de expedirse la ley, fueran de 20 años. Asimismo, la Guardia Nacional estaría conformada por todos aquellos que no habían sido llamados a la Convocatoria del Ejército, cuyas edades estuvieran entre los 18 y 40 años, y hasta 45 años si fuesen solteros. La Guardia Nacional tenía ejercicios doctrinarios los domingos, por cuatro horas, y eran convocados por el término de tres meses. La Guardia Nacional se dividía (artículo 18) en Guardia Nacional Activa, Guardia Nacional de Reserva y Guardia Nacional Territorial, categorías que se distinguían debido a las edades de los ciudadanos.

Los planes tácticos, la disposición de las unidades, así como sus oficiales y ascensos, quedaban en manos del Poder Ejecutivo nacional en el territorio de la capital y territorios federales; y en manos de los poderes ejecutivos provinciales, en el territorio de cada provincia. Sin embargo, la facultad de dictar los reglamentos y disposiciones y determinar el número de fuerzas correspondiente a cada arma quedaba en manos del Poder Ejecutivo nacional.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

En 1905, al reestructurarse el Ejército, la Guardia Nacional se convirtió en su reserva. El 13 de mayo de 1945 se creó el Centro de Reservistas de la Armada Argentina, en el marco de la Ley 19.101 para personal militar. En 1967, fue sancionada la Ley 17.531 del servicio militar. En la misma se establecen las condiciones para prestar servicio militar obligatorio y se reglamentan artículos relacionados a las reservas de las fuerzas armadas.

El artículo 29 de la ley 17.531, que después sería reiterado en el artículo 11 de la Ley 19.101, establece que la reserva al permanecer en condición “fuera de servicio” carece de estado militar. En 1995 se adoptó la Ley 24.429 del servicio militar voluntario, misma que deroga el servicio militar obligatorio en la República argentina, pero establece en su artículo 19, que en caso excepcional y con la autorización del Congreso, el presidente podría convocar a los ciudadanos en los términos que establece la ley 17.531.

En los artículos 11 y 12 de la ley 24.429 se hace mención a las reservas como parte y componente ineludible del Sistema Nacional de Defensa y se expresa que en caso de ser necesario se convoque al personal para completar los efectivos de cada fuerza. Asimismo, el artículo 12 hace referencia al uso de las reservas para realizar tareas de “Protección y Defensa Civil”.

En 1998 se sancionó la ley 24.948 de reestructuración de las Fuerzas Armadas. En su artículo 11 establece que, en tiempo de paz, los efectivos de las fuerzas armadas se constituirán con personal en activo con dedicación permanente, complementada con personal incorporado por períodos determinados y con el personal de las reservas. El planeamiento militar conjunto determinaría la cantidad de efectivos en cada una de las situaciones de revista.

En conclusión, podemos decir que en Argentina la reserva reconoce como fuente histórica la gesta heroica de las milicias provinciales y de la Guardia Nacional, pero es una organización distinta a ellas y es parte de las fuerzas armadas de dicho país.

2. *La Guardia Nacional en Brasil*

La Guardia Nacional de Brasil era un cuerpo paramilitar creado por la Ley del 18 de agosto de 1831 y disuelta por el Decreto 13.040, del 29

de mayo de 1918, para integrarse a la 2a. línea del Ejército. Existe una vasta obra legislativa asociada a la Guardia Nacional desde su creación hasta su disolución. Por cuestiones de espacio sólo abordaremos algunos aspectos básicos.

La Ley del 18 de agosto de 1831 creó la Guardia Nacional y extinguió los cuerpos de milicias, guardias municipales y ordenanzas. Esta Guardia se instituía para defender la Constitución, la libertad, la independencia e integridad del imperio; para mantener la obediencia a las leyes, conservar o restablecer el orden y la tranquilidad públicos, y para auxiliar al Ejército de Línea en la defensa de las plazas, fronteras y costas. También prohibía toda deliberación de la Guardia Nacional sobre los asuntos públicos por ser un atentado contra la libertad y delito contra la Constitución (artículo 1o.).

En el artículo 2o. destacaba que el servicio de la Guardia Nacional consistía en: *a)* un servicio ordinario dentro del municipio; *b)* un servicio de destacamento dentro y fuera del municipio, y *c)* un servicio de cuerpos o compañías destacadas para auxiliar al Ejército de Línea. El artículo 3o. que establecía que la Guardia Nacional se organizaba por municipios, la organización mínima era la compañía o el batallón. La organización de la Guardia Nacional era permanente, pero el gobierno podía disolverla o suspenderla cuando lo considerara conveniente hasta por un año, aunque después debía reorganizarla (artículo 4o.). Si la Guardia Nacional deliberaba sobre los asuntos públicos, o resistían a las órdenes legales de las autoridades municipales, administrativas, judiciales, o del presidente de la provincia en Consejo, se les podía suspender hasta por un año (artículo 5o.).

La Guardia Nacional se subordinaba a los jueces de paz, a los jueces criminales, a los presidentes de provincia, y al ministro de Justicia (artículo 6o.). Además, tenía prohibido tomar las armas o formarse sin las órdenes de sus jefes o de la autoridad civil competente (artículo 7o.). Todos los guardias nacionales eran susceptibles de reclutarse para el Ejército de Línea o Armada (artículo 9o.).

Para la integración de la Guardia se formaban dos listas: la de servicio ordinario y la de reserva. La primera comprendía a todos los ciudadanos que el Consejo de Calificación estimara que podían concurrir al servicio habitual; en la lista de reserva estaban aquellos para los cuales el servicio habitual era muy oneroso y que sólo podían ser reclutados en

circunstancias extraordinarias, entre ellos: los empleados públicos; abogados, médicos, cirujanos y boticarios; los estudiantes de derecho, medicina, seminarios y escuelas públicas; y los trabajadores de arsenales y oficinas nacionales (artículo 18).

En lo que se refiere al nombramiento, en cada parroquia y curato los guardias nacionales designados para formar una compañía procedían a nombrar a sus oficiales, suboficiales y cabos en una reunión presidida por el juez de paz (art. 51). El nombramiento del teniente coronel jefe del batallón, del mayor, ayudante de batallón y de los alféreces portabanderas, lo hacía una asamblea integrada por los oficiales y sargentos las compañías del batallón y presidida por el juez de paz del lugar (artículo 54).

La Ley núm. 602, de 1850, “De la nueva organización de la Guardia Nacional del Imperio”, reproducía en líneas generales el contenido de la Ley de 1831, con algunas variaciones, la Guardia Nacional se subordinaba al ministro de Justicia y a los presidentes de provincia; reducía la edad de alistamiento a las edades entre 18 y 60 años; los guardias nacionales eran clasificados en dos listas: la de servicio activo y la de reserva; la distribución en secciones, compañías y batallones, así como la designación de las clases, las hacía el gobierno municipal y los presidentes de las provincias, con aprobación del gobierno; los oficiales debían prestar juramento de fidelidad al emperador y obediencia a la Constitución y leyes del imperio.

El Decreto núm. 5.573, de 1874, en su artículo 26 destacaba que la Guardia Nacional sólo podía ser llamada a servicio en los casos de guerra externa, rebelión, sedición e insurrección. En estos casos, en términos del artículo 27, el gobierno decreta el tiempo de servicio y el destacamento o cuerpos de la Guardia Nacional que exijan las circunstancias, informando a la Asamblea General Legislativa. En el artículo 29 se permitía a los delegados y subdelegados de policía, requerir a los comandantes superiores de los cuerpos el auxilio de la Guardia Nacional para repeler una invasión repentina de enemigos, sofocar una rebelión, o una insurrección, o reprimir una sedición, cuando no fuera posible, por la urgencia del caso, reclamar del gobierno o del presidente de provincia las medidas necesarias y no existiera en el lugar fuerza de línea o policía suficiente para defender el territorio o restablecer la paz pública. Las autoridades que requerían el auxilio de la Guardia Nacional fuera de los casos y condiciones establecidas por la ley debían responder del abuso (artículo 31). Además, se prescribía que en caso de guerra o rebelión se podía llamar a

la Guardia Nacional: 1) para auxiliar al Ejército de Línea; 2) servicio de comisión en otro municipio, y 3) servicio ordinario en otro municipio a falta de fuerza policial (artículo 33), entre otras cuestiones.

El Decreto núm. 11.497, de 1915, que reorganizaba el Ejército Nacional, prescribía, en su artículo 1o., que el éste era una institución nacional permanente destinada a la defensa de la patria en lo exterior y a la defensa de las instituciones en lo interior. En el artículo 10 regulaba a las fuerzas del ejército, que se integraban por el conjunto de hombres armados e instruidos, organizados y mantenidos para la defensa de la nación, y se componía de: *a)* la 1a. línea del Ejército nacional, con la fuerza militar activa y sus reservas (destinado a entrar pronta y rápidamente en acción), y *b)* la 2a. línea y sus reservas, constituido por la Guardia Nacional y sus reservas (destinado a reforzar al Ejército en campaña). Lo anterior se reiteraba en el Decreto 12.790, del 12 de enero de 1918, que consideraba a la Guardia Nacional y su reserva como la 2a. línea del Ejército brasileño.

El Decreto 13.040, de 1918, establecía las misiones de la Guardia Nacional: 1) reforzar la 1a. línea del Ejército y las guarniciones de las fortalezas y puntos fortificados; 2) contribuir a la organización y funcionamiento de los servicios de retaguardia; 3) defender localidades y puntos estratégicos del área de operaciones, y 4) otras misiones y servicios. También se le subordinaba al “alto comando” por intermediación del Ministerio de Guerra. En cuanto a su integración, el artículo 3o. destacaba que el Ejército de 2a. línea lo formaban los ciudadanos que hubieran servido nueve años en el Ejército de 1a. línea y por los mayores de 30 y menores de 44 años que no tuvieran esas condiciones. En este contexto, en el artículo 22 este Decreto destaca: se disuelven las unidades, comando y servicios que formaban la Guardia Nacional. Como se advierte, a partir de esa fecha la Guardia Nacional se integró al Ejército Brasileño. Aunque posteriormente se emitió el Decreto No. 14.748, de 1921, que continuó refiriéndose a la Guardia Nacional.

El artículo 22, numeral 21, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 establece una competencia privativa de la Unión para emitir normas generales de organización, efectivos, material bélico, garantías, convocatoria y movilización de los policías y cuerpos militares de bombero. También prescribe en el artículo 42, numerales 1 a 11, qué militares pueden ser considerados “funcionarios militares federales”, entre éstos se encuentran: *a)* los integrantes de las fuerzas armadas y los fun-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

cionarios militares de los estados, de los territorios y del Distrito Federal; b) los integrantes de sus policías militares, y c) de sus cuerpos militares de bomberos (numeral 1), y que los grados de los oficiales de las fuerzas armadas son conferidos por el presidente de la República, y los de los oficiales de las policías militares y de los cuerpos militares de bomberos de los estados de los territorios y del Distrito Federal por los respectivos gobernadores (numeral 2). Además, se destaca la regulación legal para los aspectos relacionados con los límites de edad, la estabilidad y otras condiciones de transferencia del funcionario militar para la inactividad (numeral 9).

También destaca en el artículo 84, numeral 13, la competencia privativa del presidente de la República para ejercer el mando supremo de las fuerzas armadas, promover sus oficiales generales y nombrarlos para los cargos que le son privativos. En el Título V “De la defensa del Estado y de las instituciones democráticas”, Sección II “De las Fuerzas Armadas”, artículo 142, se prescribe que las fuerzas armadas, están constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Fuerza Aérea como instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del presidente de la República, y que tienen como misión la defensa de la patria, la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de estos, de la ley y del orden. Además, se establece la reserva de ley en lo que se refiere a la organización, preparación y el empleo de las fuerzas armadas (numeral 1). El artículo 143 regula que el servicio militar es obligatorio y la objeción de conciencia.

La sección III “De la Seguridad Pública”, del título V, artículo 144, prescribe que la seguridad pública, deber del Estado, derecho y responsabilidad de todos, se ejerce para garantizar el orden público y la integridad de las personas y patrimonios, a través de los siguientes órganos: 1) policía federal; 2) policía federal de caminos; 3) policía ferroviaria federal; 4) policías civiles, y 5) policías militares y cuerpos de bomberos militares.

La policía federal es un órgano permanente que investiga delitos federales; previene y reprime el tráfico de drogas; ejerce funciones de policía marítima, área y de fronteras, y es la policía judicial de la Unión (numeral 1, incisos 1-4). La policía federal de caminos, órgano permanente, estructurado como una carrera, está destinado en la forma de la ley, al patrullaje ostensible de las carreteras federales (numeral 2). La policía ferroviaria federal es un órgano permanente, estructurado como una carrera, destinado al patrullaje ostensible de las ferrovías federales (numeral 3).

En el ámbito estatal coexisten policías civiles y militares. Los policías civiles, dirigidos por delegados de policía de carrera, tienen funciones de policía judicial y la averiguación de las infracciones penales, excepto las militares (numeral 4). La actividad de policía uniformada y de defensa civil se otorga a los policías militares y a los cuerpos de bomberos, respectivamente (numeral 5). También se destaca que los policías militares y los cuerpos de bomberos militares, las fuerzas auxiliares y la reserva del Ejército, están subordinados, junto con los policías civiles, a los Gobernadores de los estados, del Distrito Federal y de los territorios (numeral 6). Además, se prescribe que en los municipios se establecerán guardias municipales, destinadas a la protección de conforme lo dispuesto en la ley (numeral 8).

Así, aunque existe un cuerpo de “guardias municipales” sus misiones se asocian a la seguridad pública; además, por Decreto núm. 6.515, de 2008, se crearon la Guardia Nacional Ambiental y el Cuerpo de Guardabosques. También es importante mencionar que desde 2002 se está proponiendo una enmienda a la Constitución para modificar el artículo 144 en el sentido de “proveer a las facultades de la guardia municipal y la creación de la Guardia Nacional”, en donde se destaca la facultad de la Unión para crear, organizar y mantener la Guardia Nacional.

3. *La Guardia Nacional en los Estados Unidos de América*

A. *Introducción*

La Guardia Nacional de los Estados Unidos nace el 13 de diciembre de 1636, cuando la Corte General de la Colonia de la Bahía de Massachusetts formó regimientos con las milicias de las compañías de los alrededores de Boston. El papel de estos “ciudadanos-soldados” fue determinante en los eventos de 1773 y 1774, para enfrentar la medida de las colonias de imponer un impuesto al té, evitando el desembarco de esa mercancía y tirándola al mar. En represalia el gobierno inglés cerró el puerto de Boston, colocando tropas para impedir la entrada. Los vecinos de los pueblos cercanos se apoderan de las armas y pólvora, la Asamblea de Massachusetts presidida por John Hancock armó 12,000 milicianos o *minute-men* dispuestos a luchar. El 4 de septiembre de 1774 el Congreso General en Filadelfia, con 55 diputados, tomó la decisión de que, si el parlamento inglés usaba la fuerza para ejecutar sus actos, toda América debía oponerse con la fuerza.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

En la primavera de 1775 se formó un grupo de milicianos de varias colinas de Nueva Inglaterra para enfrentar a las tropas británicas cerca de Boston (Harold, 2013: 11). Con posterioridad, ante la necesidad de una fuerza militar profesional, se estableció el Ejército Continental el 14 de julio de 1775, y se nombró a George Washington comandante en jefe, quien tomó la jefatura en Boston el 3 de julio de 1775.

Por lo anterior, el término *militia of the United States* o “Guardia Nacional de los Estados Unidos”, comprende a todos los ciudadanos varones sanos de los Estados Unidos y el resto de los hombres aptos que hayan declarado su intención de convertirse en ciudadanos de los Estados Unidos. La palabra “Guardia Nacional” se adoptó por primera vez por la unidad de milicianos de Nueva York en 1825, en honor al marqués de Lafayette, héroe de la Revolución Americana y excomandante de la Guardia Nacional de París durante la Revolución Francesa.¹

Así, se afirma que la tradición de la Guardia Nacional estadounidense sostiene que todos los hombres adultos libres tienen la obligación de tomar las armas cuando son convocados por su gobierno. Se destaca que a lo largo de la historia colonial y nacional de los Estados Unidos, la milicia ha llenado dos roles: *a*) ha proporcionado un servicio local (consiste en resistir los ataques enemigos, suprimir insurrecciones, hacer cumplir las leyes y responder a los desastres naturales y provocados por el hombre), y *b*) recursos humanos para las expediciones contra una variedad de enemigos durante la guerra (la milicia ha luchado contra indios, franceses, ingleses, mexicanos, otros estadounidenses, españoles y filipinos). También se destaca que la Guardia Nacional es la heredera moderna de la tradición de la milicia antigua, y ha peleado contra alemanes, japoneses, italianos, coreanos e iraquíes, por ejemplo.

Por lo anterior, se sostiene que la voz “Guardia Nacional” define a las unidades militares organizadas por los estados, integradas en el Ejército de Estados Unidos y la Fuerza Aérea, formadas por ciudadanos alistados voluntariamente que se someten a la disciplina militar y que están disponibles para el servicio, en caso de emergencia nacional o local. Las unidades de la Guardia Nacional se organizan en cada uno de los 50 estados, el Distrito de Columbia y Puerto Rico. Esas unidades están sujetas

¹ La Guardia Nacional existió en Francia de 1789 a 1871. En un principio se pensó en *garde bourgeoise*, o *milice bourgeoise*. Fue Lafayette quien le impuso el nombre de Guardia Nacional. Sus funciones eran policiales y de ejército de reserva.

a la convocatoria del gobernador de su estado, o al del presidente de los Estados Unidos, para acudir al servicio federal. Desde la perspectiva militar, la Guardia Nacional está capacitada para trabajar en conjunto con las fuerzas regulares del Ejército y Fuerza Aérea, sin embargo, gran parte de su valor proviene de su servicio en tiempos de paz, porque proporciona ayuda de emergencia a las víctimas de desastres naturales y a las autoridades en la aplicación de la ley durante las emergencias civiles.

En este contexto, los “ciudadanos-soldados” han recorrido un largo camino desde la Revolución Americana, han peleado en todas las guerras importantes en las que Estados Unidos ha estado involucrado, desde la Revolución Americana hasta la guerra de Vietnam y la guerra en Irak, ocurrida en 2003. La Guardia Nacional no sólo se dedica a la defensa de los Estados Unidos y sus aliados, también está involucrada en diversas actividades, como hacer frente a emergencias, disturbios civiles, motines, desastres naturales y ayudar a las agencias encargadas de hacer cumplir la ley para mantener las drogas ilegales fuera de las calles.

La Guardia Nacional de los Estados Unidos es una institución que obedece a las propias necesidades de defensa de los estados que originalmente integraron la Federación estadounidense de contar con una “garantía” militar frente al posible abuso de la Federación, lo anterior implica que la Guardia Nacional es una de las “garantías” del federalismo; sin embargo, en el diseño legal actual se le ha incorporado al sistema militar federal de los Estados Unidos.

Por lo anterior, se destaca que la política de defensa nacional de gobierno de los Estados Unidos trata de colocar todas las salvaguardas posibles entre el bienestar de esa nación y los efectos devastadores de las guerras civil, hemisférica o mundial.

B. *Diseño de la Guardia Nacional en el derecho estadounidense*

a. *Constitución de los Estados Unidos de América*

Un primer aspecto constitucional relacionado con la Guardia Nacional se refiere a las competencias del órgano legislativo en la materia, en el artículo I, sección 8, cláusulas 15 y 16, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que destaca los poderes del Congreso, se regula lo relacionado con la Guardia Nacional, en los términos siguientes:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

El Congreso cuenta con facultades para llamar a la guardia nacional a ejercer funciones en ejecución de las leyes federales, en caso de rebelión e invasión. Además, puede organizar, armar y disciplinar a la guardia nacional y determinar los supuestos en los que debe servir a la Unión. El ejecutivo federal estadounidense es comandante en jefe de la Guardia Nacional, cuando se “federaliza”, esto es, cuando se llama al servicio activo de los Estados Unidos.

Lo anterior destaca el doble carácter de la Guardia Nacional de los Estados Unidos, por un lado, es ejército local, esto es, fuerza armada estatal; por el otro es parte activa del ejército de Estados Unidos cuando se incorpora a funciones militares con el ejército regular y se integra al contingente armado regular de ese país.

En este contexto, los estados y el Congreso pueden establecer sanciones por faltar al deber del llamado presidencial a la Guardia Nacional. Existe un poder concurrente de auxilio al gobierno nacional para llamar bajo su autoridad en caso de emergencia a la Guardia Nacional para sofocar insurrecciones. Además, los poderes del Congreso sobre la Guardia Nacional son ilimitados, excepto en el nombramiento de oficiales y entrenamiento.

b. Algunas normas históricas relacionadas con la Guardia Nacional

La Guardia Nacional de Estados Unidos tiene una fuerte tradición legislativa. Sólo nos referiremos a las normas federales, no obstante, debemos advertir que entre 1881 y 1892 cada estado revisó el código militar para prever una fuerza organizada y la mayoría cambió el nombre de sus milicias al de Guardia Nacional, siguiendo el ejemplo de Nueva York, por lo que atendiendo a su carácter local, en cada uno de los 52 estados de la Unión Americana existen normas que regulan en los aspectos estatales a la Guardia Nacional.

La Ley de Defensa Nacional del 3 de junio de 1916 (*The National Defense Act*, 1916), destaca que el Ejército de Estados Unidos se integra por el ejército regular, el ejército de voluntarios, el Cuerpo de Oficiales de Reserva, el Cuerpo de Enlistados de Reserva y la Guardia Nacional cuando se encuentre en servicio federal. Además, en la sección 57 señala que la milicia se integra por todos los ciudadanos masculinos de los Estados Unidos aptos físicamente, y de quienes estando aptos físicamente hayan declarado su intención de ser ciudadanos de los Estados Unidos, de entre

18 y 45 años. Esa milicia se divide en tres clases: a) la Guardia Nacional, b) la Milicia Naval y c) la Milicia no organizada.

En la sección 58 prescribe que la Guardia Nacional consiste en la milicia enlistada regularmente entre los 18 y 45 años de edad, organizada, equipada como se prescribe en esa ley, y de los oficiales y suboficiales entre los 21 y 64 años. Además, destaca que su organización es similar a la del ejército regular, entre otras cuestiones.

Las enmiendas a la Ley de Defensa Nacional, del 4 de junio de 1920 (*The National Defense Act Amendments*) incluyeron a la Guardia Nacional como uno de los tres componentes del Ejército. Los enlistados en la Guardia Nacional podían ser llamados al servicio estatal o federal. Además establecieron que el jefe del Departamento de la Milicia (después Oficina de la Guardia Nacional) debería ser un oficial de la Guardia Nacional y las divisiones que usó la Guardia Nacional en la Primera Guerra Mundial se reorganizaron.

La Ley sobre el Estatus de la Guardia Nacional, 1933 (*The National Guard Status Act*), creó un nuevo componente de la reserva del ejército llamado Guardia Nacional de Estados Unidos. Con lo anterior cada miembro de ésta podría servir en dos estatus; como integrante de la Guardia Nacional en un estado o bajo la autoridad federal en la Guardia Nacional de los Estados Unidos cuando el presidente ordenará entrar al servicio activo federal, o cuando el Congreso declarara una emergencia nacional.

Por último, la Política de Fuerza Total de 1973 (*The Total Force Policy*) requiere que todas las organizaciones militares activas y de reserva sean consideradas como una sola fuerza integrada; reforzando la intención original de los fundadores (un pequeño ejército permanente complementado por soldados-ciudadanos.)

c. Base legal actual de la Guardia Nacional

Además de los artículos I, sección 8, cláusulas 15 y 16, y II, sección II, cláusula 1, podemos destacar el contenido del Código de Estados Unidos (*US Code*).

En la parte I “Organización y poderes militares generales”, capítulo 13 “La Milicia”, parágrafo 311 “Milicia: Composición y clases”, inciso a, se prescribe que la milicia de los Estados Unidos se integra por los hombres aptos físicamente no menores de 17 y hasta 45 años, que han

declarado su intención de ser ciudadanos de los Estados Unidos y de las ciudadanas mujeres integrantes de la Guardia Nacional; en la sección b, numerales 1 y 2, señala los tipos de milicia: a) la milicia organizada integrada por la Guardia Nacional y la Milicia Naval, y b) la milicia no organizada integrada por los miembros de la milicia que no pertenecen a la Guardia Nacional o a la Milicia Naval.

En el título 10 “Fuerzas armadas”, subtítulo “Componentes de reserva”, parte I “Organización y administración”, capítulo 1011 “Oficina de la Guardia Nacional” (*National Guard Bureau*), secciones 10501 a 10508, crea en el Departamento de Defensa la Oficina de la Guardia Nacional como actividad conjunta del Departamento de Defensa (§10501, inciso a). Su objetivo es constituir un canal de comunicación, en todos los asuntos correspondientes a la Guardia Nacional, la Guardia Nacional del Ejército de los Estados Unidos y la Guardia Nacional de la Fuerza Área de los Estados Unidos, entre los Departamentos del Ejército y la Fuerza Área, y los respectivos estados (§10501, inciso b).

El nombramiento del jefe de la Oficina de la Guardia Nacional se regula en el párrafo 10502 del citado Código. Se destaca su carácter de consejero en temas relacionados con la Guardia Nacional, su grado militar y su sucesión. En el inciso a se le asigna la responsabilidad sobre la organización y operaciones de la oficina; lo nombra el presidente con el consejo y consentimiento del Senado, de entre los oficiales de la Guardia Nacional del Ejército o Fuerza Aérea, que cumplan con los siguientes requisitos: i) sean recomendados por el gobernador de su estado, en el caso del Distrito de Columbia por el comandante de la Guardia Nacional; ii) sea recomendado por el secretario de la Defensa o de la Fuerza Aérea; iii) tenga por lo menos diez años como comisionado al servicio activo de la Guardia Nacional, reconocido por el gobierno federal; iv) que tenga grado superior al de general brigadier; v) que el jefe del Estado Mayor Conjunto determine que cuenta con experiencia significativa en el servicio; vi) que el secretario de la Defensa determine que completó con éxito otras misiones y experiencias, por lo que posee una comprensión detallada del estatus y capacidades de las fuerzas de la Guardia Nacional y de las responsabilidades de la Oficina; vii) que tenga un nivel de experiencia operativa en una posición de responsabilidad significativa, educación militar profesional, y habilidad comprobable en asuntos de defensa nacional y seguridad nacional evaluadas en términos de las funciones de la Oficina

de la Guardia Nacional, y *viii*) que posea otras habilidades que determine el secretario de la Defensa para los propósitos de la sección.

En el mismo párrafo, pero en el inciso b, se destaca que el jefe de la Oficina dura cuatro años en su cargo. En lo que se refiere a sus funciones, el inciso c destaca: *i*) su carácter de asesor en asuntos de la Guardia Nacional federalizada y no federalizada, y *ii*) su carácter de miembro del Estado Mayor Conjunto. En el inciso e destaca que es nombrado para servir con el grado de general. La vacante, ausencia o incapacidad las suple el vicese jefe de la Oficina de la Guardia Nacional. En caso de ausencia del jefe y vicese jefe, se ocupa del despacho el Oficial Superior.

En lo que se refiere a las funciones de la Oficina de la Guardia Nacional, el párrafo 10503, relacionado con su constitución, prescribe que el secretario de la Defensa, en consulta con el jefe del Estado Mayor Conjunto, y el secretario de la Fuerza Aérea, desarrollan y establecen el Reglamento de la Oficina de la Guardia Nacional, que refleja la competencia de las tareas y sus actividades, incluyendo: *i*) la estructura de la unidad, autorizaciones de fuerza (personal en servicio), y otros recursos para la Guardia Nacional federalizada; *ii*) su papel en apoyo a los secretarios de Defensa y de la Fuerza Aérea; *iii*) el entrenamiento y disciplina requeridas, otorgando los fondos federales para su entrenamiento; *iv*) asegurarse que los estados entrenen a la Guardia Nacional del Ejército y la Guardia Nacional de la Fuerza Aérea de acuerdo con los programas y políticas aprobados, bajo la guía del jefe de la Oficina de la Guardia Nacional y de los secretarios de Defensa y de la Fuerza Aérea; *v*) monitorear y asistir a los estados en la organización, mantenimiento y operación de las unidades de la Guardia Nacional para proveerlos de unidades bien entrenadas y equipadas, capaces de incrementar las fuerzas activas en época de guerra o emergencia nacional; *vi*) planeación y administración del presupuesto de la Guardia Nacional y de la Guardia Nacional federalizada; *vii*) supervisar la adquisición de suministros y la rendición de cuentas por parte de los estados sobre la propiedad federal asignada a la Guardia Nacional; *viii*) otorgar y retirar el reconocimiento federal a las unidades de la Guardia Nacional y a sus oficiales; *ix*) establecer políticas y programas para el empleo y uso de los técnicos de la Guardia Nacional; *x*) supervisar y administrar el programa de reserva y guardia activa de la Guardia Nacional; *xi*) expedir directivas, normas y publicaciones consistentes o acordes con las políticas del Ejército y Fuerza Aérea; *xii*) otorgar facilidades y apoyo para el entrenamiento

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

de las unidades de la Guardia Nacional para satisfacer las necesidades de los estados, y *xiii*) asistir al secretario de la Defensa para coordinarse con otras agencias federales, el cuerpo de Ayudantes de los Comandantes de la Guardia Nacional de los estados, las unidades de comando de combate de las áreas geográficas de responsabilidad en que se divide los Estados Unidos. Además, como se destaca en el parágrafo 10504, el jefe de la Oficina de la Guardia Nacional debe enviar al secretario de la Defensa, a través de los secretarios del Ejército y de la Fuerza Aérea, un reporte anual sobre el estado de la Guardia Nacional y sus capacidades para cumplir sus misiones. El secretario de la Defensa debe remitir ese informe al Congreso.

El nombramiento y requisitos del vicejefe de la Oficina de la Guardia Nacional se regula en el parágrafo 10505; la designación de otros oficiales superiores se establece en el parágrafo 10506. Además, el presidente puede asignar oficiales del ejército regular o de la reserva para el servicio en la Guardia Nacional, como lo destaca el parágrafo 10507. Las disposiciones generales en materia de personal de la Oficina de la Guardia Nacional se determinan de acuerdo con las normas que establezca el secretario de Defensa en consulta con el jefe del Estado Mayor Conjunto.

Como se advierte, aunque han cambiado los fundamentos legales de la Guardia Nacional, su esencia —el ciudadano-soldado— se mantiene intacta y han cambiado poco sus bases: competencia dual (estatal y federal); alistamiento voluntario; ciudadano en armas; cooperación para la defensa nacional y cooperación con la autoridad civil en el cumplimiento de la ley.

d. Misiones de la Guardia Nacional

Las actividades de la Guardia Nacional pueden ser estatales o federales. En materia local apoyan al gobernador de su estado en casos de emergencia o desastres; apoyan a la población civil en casos de inundaciones, tornados, incendios, huracanes, tormentas de nieve u otras situaciones de emergencia, y en el caso de disturbios civiles. Cuando se encuentran al servicio de la federación, integran parte de la reserva militar de los Estados Unidos y deben estar disponible para movilizarse para la guerra. Además, como ejemplo de su apoyo en el cumplimiento de la ley, cuenta con un programa de combate a las drogas, en donde los analistas criminales antidrogas de la Guardia Nacional actúan como multiplicadores para

las fuerzas federal, estatales y locales prestando apoyo como enlaces en el análisis y en la construcción de casos. Su atención se centra en la interrupción del financiamiento ilícito de drogas y de su producción, transporte y distribución.

4. *La Guardia Nacional en Nicaragua*

La Guardia Nacional era un cuerpo militar que funcionó desde 1930 hasta 1979, después del triunfo de la Revolución Nicaragüense el 19 de julio de 1979, desapareció con la caída de Anastasio Somoza Debayle.

Uno de los antecedentes de la Guardia Nacional de Nicaragua es la intervención militar estadounidense de 1912, que se mantuvo hasta 1925 con un destacamento de marinos, comúnmente conocido como la Legación Americana o Militar, y que ejerció una influencia directa en la política nicaragüense.

Desde 1923 Estados Unidos presionaba para la organización de la Guardia Nacional, por lo que planteó que después de las elecciones retiraría la Legación Militar, que en realidad era el instrumento que garantizaba el mantenimiento de los partidos en el poder. Por ello, el gobierno de Nicaragua de Carlos José Solórzano procedió a formar la *Constabularia*, decretada una ley el 15 de mayo de 1925. Inició con 270 miembros, con funciones de policía urbana, rural y judicial. A solicitud de Nicaragua el Departamento de Estado envió oficiales a organizar, entrenar y dirigir la *Constabularia*, que enfrentó la Guerra Constitucionalista y fue derrotada, desapareciendo en mayo de 1927, dando lugar a la creación de la nueva Guardia Nacional, que se inició con tres oficiales norteamericanos: el mayor Carter, el mayor Daniel Rodríguez y el mayor L. F. Schoerder.

De esta manera, la Guardia Nacional nació del Pacto del Espino Negro del 4 de mayo de 1927 donde se estableció la formación de una fuerza armada de carácter apolítica bajo la acción y comando del Cuerpo de Marines de los Estados Unidos. Pero esa apoliticidad quedó en teoría. Su misión principal fue el enfrentamiento a la Guerra de Sandino y garantizar los intereses norteamericanos.

La Guardia Nacional de Nicaragua pasó por cuatro etapas. La primera, de 1927-1933 con el mando de los oficiales norteamericanos (el 1.º de enero de 1933, las fuerzas norteamericanas abandonaron el país); la segunda etapa de 1933-1956 se impuso la hegemonía del general Anastasio

Somoza García en la Guardia Nacional; la tercera etapa de 1956-1974, cuando asumió el mando el coronel Anastasio Somoza Debayle, se caracterizó por el desarrollo de un proceso de mayor descomposición interna; y la última etapa de la Guardia Nacional (1975-1979), el mando de la Guardia Nacional, ejercido por el mayor general Juan José Rodríguez Somoza, empezó a ser compartido con el capitán Anastasio Somoza Portocarrero.

Como antecedente podemos destacar que los militares estadounidenses de la época consideraron la existencia de la Guardia Nacional en dos etapas. La primera es la que se desarrolla desde 1925 hasta 1927 cuando se da el Acuerdo de Tipitapa o Pacto del Espino Negro, del cual sale fortalecida la reedición de ese cuerpo armado y del que asume el control el coronel Robert Y. Rhea. En la segunda etapa, las funciones de policía les fueron asignadas a la Tercera Compañía después que esta regresara de la zona norte, donde había estado operando. La Tercera Compañía asumió su papel como unidad de protección urbana el 15 de marzo de 1928 bajo la dirección del teniente Herbert Keimling.

En este contexto, el Decreto Relativo a las Atribuciones de la Guardia Nacional, núm. 54, Aprobado el 30 de junio de 1927, prescribía que según lo permitieran las fuerzas, los recursos y la competencia de la Guardia Nacional de Nicaragua, ésta tomaría posesión y se haría cargo del servicio de policía de la República (artículo 1o.). En el artículo 7o. prescribía que la Guardia Nacional se sometería sólo al mandato del presidente de Nicaragua. Además, se otorgaba competencia al jefe de la Guardia Nacional de Nicaragua para proveer y publicar los reglamentos para el gobierno de los miembros de la Guardia Nacional, con la aprobación del presidente de Nicaragua (artículo 8o.).

Otro documento importante en la historia jurídica de la Guardia Nacional de Nicaragua, es el Convenio sobre la Guardia Nacional, aprobado el 20 de febrero de 1929, y publicado en la *Gaceta* núm.74 del 4 de abril de 1929, suscrito por Carlos Cuadra Pasos, ministro de Relaciones Exteriores de la República de Nicaragua, y Dana G. Munro, encargado de Negocios ad-interin de Estados Unidos, del que destaca el numeral I, en el cual la República de Nicaragua se comprometía a crear sin ninguna demora una *Constabularia* eficiente, urbana y rural que se conocería con el nombre de Guardia Nacional de Nicaragua, compuesta de nicaragüenses nativos.

El numeral II prescribía que la Guardia Nacional de Nicaragua era la única fuerza militar y de policía de la República, y de que dispondrá

el comandante general para garantizar la paz interior y seguridad de los derechos individuales. Tendría el control de las armas, municiones y materiales militares y la vigilancia del transporte y compraventa de ella en la República. También le correspondería el control de todas las fortificaciones, cuarteles, edificios, terrenos, prisiones, penitenciarías, barcos y otras propiedades del gobierno que antes estaban bajo el control de las fuerzas del ejército y marina, y de la policía de la República. Sólo estaría sujeta a las órdenes del presidente de la República, por sí o por los órganos correspondientes.

El numeral III de ese convenio establecía que todas las cuestiones relativas al reclutamiento, nombramientos, instrucción, ejercicios, promoción, examen, disciplina, manejo de tropa, vestuario, raciones, armas y equipos, cuarteles y administración, estarían bajo la jurisdicción del jefe de la Guardia Nacional y en todo momento bajo el control y comando del presidente de la República. Además, el numeral IV mencionaba que las reglas y reglamentos para la administración y disciplina de la Guardia Nacional de Nicaragua, prisiones y penitenciaría, serían propuestos por el jefe de dicha Guardia y aprobados y emitidos por el presidente de la República.

Después de la caída del gobierno de Somoza, el Gobierno de Reconstrucción Nacional de la República de Nicaragua emitió el Estatuto Fundamental, del 20 de julio de 1979, que en su artículo 23 establecía: “Declárase disuelta la Guardia Nacional de Nicaragua, la Oficina de Seguridad Nacional y el Servicio de Inteligencia Militar, en consecuencia, derogadas todas las leyes, reglamentos y ordenanzas que los gobiernan”. En lugar de la Guardia Nacional, el artículo 24 creaba un nuevo Ejército Nacional de carácter patriótico dedicado a la defensa del proceso democrático y de la soberanía e independencia de la nación, así como la integridad de su territorio, formado por los combatientes del Frente Sandinista de Liberación Nacional; por los soldados y oficiales de la Guardia Nacional de Nicaragua que hubieran demostrado una conducta honesta y patriótica frente a la corrupción, represión y entreguismo de la dictadura y de los que lucharon por el derrocamiento del régimen somocista, y por los ciudadanos aptos que prestaran su servicio militar obligatorio. No tendrían cabida en el nuevo Ejército Nacional los “militares corruptos” y los “culpables de crímenes contra el pueblo”.

El Ejército en la actualidad se rige por el Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar, Ley núm. 181 del 2 de septiembre de 1994. En su artículo 1o. dispone:

El Ejército de Nicaragua, que en lo sucesivo de este Código se llamará simplemente “el Ejército”, es el único cuerpo militar armado reconocido legalmente en el territorio nicaragüense. Es indivisible y tiene carácter nacional, apartidista, apolítico, y profesional. El Ejército se regirá en estricto apego a la Constitución Política y las Leyes a las que debe guardar respeto y obediencia: igualmente a los convenios y tratados internacionales ratificados por Nicaragua en materia de derechos humanos. Los miembros del Ejército no podrán realizar proselitismo político partidario ni dentro ni fuera de la institución ni desempeñar cargos públicos de carácter civil.

5. *La Milicia Bolivariana en Venezuela*

Dentro de esta nueva fuerza armada, se crea la Milicia Bolivariana, como un cuerpo especial, organizado por el Estado venezolano para materializar el principio de corresponsabilidad y tiene como objetivo principal interactuar con la sociedad en su conjunto, para la ejecución de la defensa integral de la nación. En el Decreto-Ley de su creación se establece su misión, se enumeran las funciones y atribuciones, dejando al Ejecutivo en uso de su potestad reglamentaria, la determinación de su organización administrativa y operacional.

La misión de la Milicia Bolivariana se encuentra definida en el artículo 44 de la referida ley: entrenar, preparar y organizar al pueblo para la defensa integral con el fin de complementar el nivel de apresto operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, contribuir al mantenimiento del orden interno, seguridad, defensa y desarrollo integral de la nación, con el propósito de coadyuvar a la independencia, soberanía e integridad del espacio geográfico de la misma.

Por otro lado, en el artículo 43 de la referida ley se establece que la Milicia Bolivariana depende del presidente de la República y comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en todo lo relativo a los aspectos operativos a través del Comando Estratégico Operacional, y en todo lo relativo a los asuntos administrativos dependerá del ministro del Poder Popular para Defensa.

Las funciones de la Milicia Bolivariana se enumeran en el artículo 46 de la ley:

- 1) Alistar, organizar, equipar, instruir, entrenar y reentrenar las unidades de la Milicia Bolivariana.
- 2) Establecer vínculos permanentes entre la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y el pueblo venezolano.
- 3) Organizar y entrenar a la Milicia Territorial y a los cuerpos combatientes, para ejecutar las operaciones de defensa integral destinadas a garantizar la soberanía e independencia nacional.
- 4) Contribuir con el Comando Estratégico Operacional en la elaboración y ejecución de los planes de defensa integral de la nación y movilización nacional.
- 5) Participar y contribuir en el desarrollo de la tecnología e industria militar.
- 6) Orientar, coordinar y apoyar en las áreas de su competencia a los consejos comunales.
- 7) Contribuir y asesorar en la conformación y consolidación de los comités de defensa integral de los consejos comunales.
- 8) Recabar, procesar y difundir la información y consolidación de los consejos comunales, instituciones del sector público y privado.
- 9) Coordinar con los órganos, entes y dependencias del sector público y privado, la conformación y organización de los cuerpos combatientes.

La Milicia Nacional Bolivariana ocupa el lugar de la desaparecida Reserva Nacional, y como tal no es una institución nueva. La exposición de motivos es clara:

El modelo de democracia social, participativa y protagónica delineado por el Texto Constitucional... hacen aparecer al principio de corresponsabilidad, lo que quiere decir, que no sólo es la Fuerza Armada Nacional Bolivariana la misionada para la defensa y la integridad del territorio, sino la sociedad en su conjunto.

Su misión es actuar como complemento de la Fuerza Armada activa proporcionando reemplazos y refuerzos, y completando misiones que sean parte de las metas estratégicas generales de la Fuerza Armada Bolivariana.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 569-599.

V. CONCLUSIÓN

Después de analizar los antecedentes históricos sobre la Guardia Nacional en México y las iniciativas ya mencionadas, así como, experiencias del derecho comparado incluidas en el presente estudio, es posible identificar las siguientes opciones para el caso mexicano actual:

- a) Dejar las normas relativas a la Guardia Nacional como están.
- b) Expedir una Ley Orgánica de la Guardia Nacional sin cambiar la Constitución.
- c) Expedir una Ley General de la Guardia Nacional sin cambiar la Constitución.
- d) Modificar la Constitución y dictar la correspondiente ley reglamentaria.

Estas opciones, con sus aspectos positivos y negativos, se pueden sintetizar de manera esquemática a través de la siguiente tabla:

A) Dejar las normas relativas a la Guardia Nacional como están:

<i>Aspectos positivos</i>	<i>Aspectos negativos</i>
1. No se genera debate constitucional	1. La respuesta es “inmovilista”.
2. Se aprovecha el diseño de los artículos 10; 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XV; 76, fracción IV; 78, fracción I, y 89, fracción VII, de la Constitución.	2. Se desaprovecha una ventana de oportunidad: El debate sobre las autodefensas y el papel del ciudadano armado en la defensa y protección de su Estado.
3. Se deja la responsabilidad de apoyo a la población por parte del Ejército y la Armada nacionales, como ya se hace.	3. Se retrasa el debate sobre un tema que tarde o temprano se debe cerrar.

B) Expedir una Ley Orgánica de la Guardia Nacional sin cambiar la Constitución:

<i>Aspectos positivos</i>	<i>Aspectos negativos</i>
1. Se aprovecha el diseño de los artículos 10; 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XV; 76, fracción IV; 78, fracción I, y 89, fracción VII, de la Constitución.	1. No se aprovecha la oportunidad para ordenar el tema de la Guardia Nacional en la Constitución.

2. No se genera debate con el Ejército y Armada	2. Puede ser utilizado como una oportunidad para entrar a la reforma de la legislación militar.
3. Se incorpora a los ciudadanos armados a un servicio legal.	3. Se pueden crear cuerpos armados, disciplinados y adiestrados, cuyo entrenamiento podría posteriormente ser usado contra la República.
	4. Se conserva un sistema de designación de mandos que puede ser riesgoso.

C) Expedir una Ley General de la Guardia Nacional sin cambiar la Constitución:

<i>Aspectos positivos</i>	<i>Aspectos negativos</i>
1. Se aprovecha el diseño de los artículos 10; 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XV; 76, fracción IV; 78, fracción I, y 89, fracción VII, de la Constitución.	1. No se aprovecha la oportunidad para ordenar el tema de la Guardia Nacional en la Constitución.
2. Se establece un esquema de facultades concurrentes, lo que permite delimitar las competencias de la Federación, estados y municipios.	2. Se puede “politizar” el tema dando lugar a una polémica proguardia/antiguardia. Además, existe la posibilidad de reforzar los cacicazgos estatales con fuerza militar.
3. Se incorpora a los ciudadanos armados a un servicio legal.	3. Se pueden crear cuerpos armados, disciplinados y adiestrados, cuyo entrenamiento podría ser usado posteriormente por la delincuencia.
	4. Se conserva un sistema de designación de mandos que puede ser riesgoso.

D) Modificar la Constitución y dictar la correspondiente ley reglamentaria:

<i>Aspectos positivos</i>	<i>Aspectos negativos</i>
1. Se genera debate sobre el diseño de los artículos 10; 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XV; 76, fracción IV; 78, fracción I, y 89, fracción VII, de la Constitución.	1. El debate puede polarizar a la opinión pública, de manera que haga difícil aceptar la reforma.
2. Se puede reordenar en la Constitución todo el tema de la Guardia Nacional	2. Si no existen los consensos apropiados entre la clase política y militar, los resultados pueden ser contraproducentes.

3. Se define qué corresponde a la Constitución y cuáles temas son materia de ley.	3. Se puede generar una falsa impresión de reforma militar, que puede inquietar a los institutos armados.
	4. Se pueden crear cuerpos armados, disciplinados y adiestrados, cuyo entrenamiento podría posteriormente ser usado contra el orden jurídico nacional.

Este ensayo de derecho nacional y comparado tiene un propósito descriptivo. Se trata sólo de una contribución a un debate informado, lo más objetivo posible, acerca de un tema sensible.

VI. FUENTE

HAROLD, W. (ed.), 2013, *How the Army Run, A Senior Leader Reference Handbook*, 2013-2014, U.S. Army War College, Carlisle.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge, *¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, 77 pp.

El 17 de mayo de 2016, el entonces presidente de la República suscribió y presentó ante la Cámara de Diputados dos iniciativas para reformar el artículo 4o. constitucional, así como diversas disposiciones del Código Civil federal, a fin de que en el sistema jurídico mexicano se regule el llamado matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo, además de regular, entre otras figuras, la adopción de menores por parte de dichas uniones civiles.

En la exposición de motivos al Código Civil federal, se menciona que las reformas tienen como propósito: *i*) garantizar el derecho de las personas del mismo sexo para contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales; *ii*) establecer igualdad de condiciones que las personas heterosexuales para la adopción; *iii*) garantizar la identidad de género, y *iv*) la actualización de otras figuras jurídicas que regula el Código Civil federal, con la finalidad de armonizar las disposiciones jurídicas contenidas en dicho Código, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, así como para generar condiciones de igualdad y evitar la discriminación de personas o grupos (Iniciativa de Reformas al Código Civil Federal: 3).

El 7 de noviembre de 2016, la Cámara de Diputados, a través de la Comisión de Puntos Constitucionales, rechazó la iniciativa de reformas con 19 votos en contra, ocho a favor y una abstención.

De esta forma, las iniciativas de reformas para regular y denominar el matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo a nivel constitucional y federal quedaron desechadas, inclusive con la votación de congresistas del partido político del presidente que las envió para su aprobación.

A la fecha, el debate sobre la regulación o reconocimiento de dichas uniones para denominarlas como matrimonios subsiste en el país y, en muchas ocasiones, más que el contenido de las figuras jurídicas o protección de derechos, la decisión gira en torno a circunstancias o momentos políticos.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 603-607.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

En el debate legislativo, en múltiples ocasiones, la agenda política marca la pauta para regular o legislar sobre temas, que por su propia naturaleza tienen un impacto social importante o trascendente. Las uniones entre personas homosexuales no es la excepción.

En un país donde la mayoría de las personas profesa la religión católica o algún credo en el que el matrimonio es una institución que se realiza entre varón y mujer, y se encuentra abierto a la procreación, el tema no es únicamente jurídico, sino de trascendencia social. De esta forma, el debate sobre la regulación de alguna figura jurídica puede perderse en el horizonte del fenómeno político del momento.¹

De esta forma, resulta interesante el libro: *¿Qué es el matrimonio? Su naturaleza ética y jurídica*, de Jorge Adame Goddard, publicado bajo la edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El libro, editado el 15 de noviembre de 2017, se conforma por cinco capítulos y dos apartados correspondientes a la introducción y a la conclusión, respectivamente.

Desde la introducción, el autor plantea el problema suscitado en cuanto a la noción y concepto del matrimonio en el desarrollo de la historia jurídica mexicana, partiendo de definiciones contenidas en textos constitucionales y en códigos civiles vigentes desde el siglo XIX, así como en recientes criterios interpretativos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que se han determinado nociones de matrimonio distintas a las contenidas en la mayoría de los códigos civiles vigentes en México, aunado a que, en vía de jurisprudencia, se han reducido los requisitos para dar por disuelto un vínculo matrimonial de carácter civil.

Ante ello, el autor menciona, con razón, que “estos cambios hacen necesario reflexionar qué es el matrimonio” (Adame Goddard 2017, 4) para, de ahí, determinar si el legislador o constituyente permanente puede modificar su naturaleza jurídica y contenido. Regular una realidad no implica que se modifique o altere la naturaleza de una institución jurídica; sobre todo, si ésta tiene repercusiones de carácter social y antropológico.

¹ En México, según la Encuesta Nacional sobre Creencias y Prácticas Religiosas en México ENCREER/RIFREM 2016, el 82.7% de los encuestados manifestaron profesar la religión católica. Disponible en: <http://www.rifrem.mx/wp-content/uploads/2017/10/INFORME-DE-RESULTADOS-Encuesta.NacionalMexicoCreenciasyPracticasReligiosas-2017-05.pdf>. Consultado el 4 de septiembre de 2018.

Por ello, para el autor, el matrimonio “es una realidad que tiene su propio modo de ser, que puede y debe ser regulada por el ordenamiento jurídico, pero no es creada ni definida por las leyes” (Adame, 2017: 5).

El objetivo de la investigación, desde la perspectiva de los constantes cambios y debates sobre lo que es el matrimonio, es explicar su naturaleza jurídica, qué tipo de deberes genera entre los contrayentes y en qué sentido se afirma que es la base o fundamento de la familia, esto es, fuente de la estructura social.

Para cumplir con su objetivo, el autor aborda, a lo largo del libro, los elementos constitutivos de la institución matrimonial, la cual es una relación personal o de amistad (capítulo I), en la que es indispensable reflexionar sobre la naturaleza del amor y amistad y sus diferencias (capítulo II), para poder advertir cuándo nos encontramos ante una amistad propiamente matrimonial (capítulo III), que puede ser reconocida jurídicamente a través de un convenio (capítulo IV), del cual resulta una unión personal (capítulo V). De esto, se podrá concluir qué es el matrimonio propiamente dicho.

En el capítulo I, se deja en claro que el matrimonio es una relación humana, la cual puede ser de naturaleza patrimonial (perteneciente al ámbito del derecho privado) o personal, en la que se incluye la amistad. Este tipo de relaciones se dan en razón de las personas mismas, del agrado, afecto, cariño y empatía que puede haber entre una persona y otra. Al igual que en las relaciones patrimoniales, hay deberes; sin embargo, en la amistad, dichos deberes pueden ser de carácter ético o jurídico aunado a que, en éstas, revisten ciertas características especiales: buena fe, reciprocidad, lealtad, etcétera.

La relación que se da en el matrimonio es eminentemente de amistad, ya que, en ella, lo que la persona busca es al otro ser por sí mismo, sin que medie interés patrimonial o de cualquier otro carácter. En este punto, se debe distinguir entre amor y amistad.

En el capítulo II, el autor realiza un estudio sobre el amor y la amistad, en el que toma como premisa la concepción realista del ser humano, basada en las corrientes filosóficas griegas, medievales y contemporáneas, que define a éste como: “animal racional o espíritu encarnado, el amor en su sentido más elemental, es el apetito o tendencia al bien conocido. Puede darse en dos niveles: sensible y racional” (Adame, 2017: 15).

El amor sensible atiende a los sentidos, al placer instintivo que no se diferencia de los animales. El complemento del ser humano es el amor racional, el cual es una tendencia hacia un bien que es guiado por la inteligencia. En el matrimonio, hay un equilibrio entre estas dos formas de amar, esto es, mediante un ejercicio racional, la sensibilidad deberá guiarse u orientarse al bien, a lo que mejor convenga al ser humano.

La manifestación pública del amor se da mediante actos u obras; en la amistad sincera, nos encontramos ante el amor racional, el cual tiende a la posesión del bien, así como a su cuidado y conservación. Un acto de amor entre personas debe ser un ejercicio libre y racional, deliberado y no meramente instintivo. Este amor racional y acto de amor genera una unión de amistad fruto del amor aceptado y correspondido (Adame, 2017: 21).

Jorge Adame Goddard, de manera concreta y profunda, analiza la naturaleza y contenido de la amistad a partir de la ética nicomaquea aristotélica y la contrasta con las concepciones realizadas por Cicerón, Platón o San Agustín. De esta forma, en la persona virtuosa, que quiere el bien de otra por sí misma, es la que da origen a una relación mucho más íntima y en cuyo seno se respeta la dignidad humana en términos kantianos.

En el capítulo III, Jorge Adame aborda el tema de la amistad matrimonial, la cual tiene como componente esencial el impulso erótico que conlleva a una unión corporal (unión orgánica) que únicamente puede darse entre varón y mujer y que puede con ello —al menos hasta nuestros días— generar la concepción de un hijo y con ello la conservación de la sociedad. Aquí radica el interés público del matrimonio, por lo que los deberes éticos tienen una sanción jurídica.

La amistad honesta —presupuesto del matrimonio— tiende a esta unión corporal, la cual no es simplemente el impulso erótico, sino la trascendencia del uno por el otro para toda la vida, no sólo en un periodo determinado de tiempo, donde los deberes son de carácter ético.

En el capítulo IV, el autor entra de lleno —y con agudeza excepcional— al estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio, para lo cual utiliza el fundamento filosófico y el marco teórico conceptual abordado en los apartados previos. Aquí, Jorge Adame analiza los derechos humanos y elementos constitutivos del convenio o acuerdo de convivencia sancionado civilmente en nuestro sistema jurídico.

En el último capítulo, el autor confronta los supuestos que actualmente se discuten —la mayoría de las veces sin fundamento— sobre la

naturaleza jurídica y ética del matrimonio; en especial, aspectos relevantes como la posibilidad de disolver una unión de estas características, la finalidad de la sanción pública de la unión matrimonial, los límites del poder público en la regulación del vínculo matrimonial, entre otros aspectos.

En mi opinión, el libro reseñado es una obra que contiene los elementos necesarios que todo jurista debe tomar en consideración para el estudio de cualquier institución o figura jurídica de especial impacto social que pretenda ser objeto de reformas o de interpretaciones judiciales con el rigor metodológico y jurídico que el tema lo amerite. El debate adquiere mayor importancia cuando se trata de regular o legislar valores —como apunta Francisco Vázquez Gómez Bisogno (2018: 120-121)— que constituyen realidades prejurídicas (como la vida, la igualdad o la libertad) y que deben ser protegidos de manera especial frente a las actuaciones de cualquier poder constituido, incluso, frente a las actuaciones del poder revisor de la Constitución.

FUENTES

ADAME GODDAR, Jorge, 2107, *¿Qué es el matrimonio? su naturaleza ética y jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, 2108, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant lo Blanch.

Eduardo ALCARAZ MONDRAGÓN*

* ORCID: 0000-0002-7290-9622. Licenciado en Derecho con Mención Honorífica por la UNAM y maestro en Derecho por la Universidad Marista (Centro Universitario México, División de Estudios Superiores). Correo electrónico: ed.alcarazm@gmail.com.

RIEDEL, Eibe, GIACCA, Gilles y GOLAY, Christophe (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 525 pp.

La obra coordinada por Eibe Riedel (profesor emérito de la Universidad de Mannheim), Gilles Giacca (asesor jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja) y Christophe Golay (investigador en la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra) en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), bajo el derecho internacional constituye una contribución importante al debate general respecto a esta área de los derechos humanos, pedagógicamente conocidos como derechos de “segunda generación”, pero que en importancia, por lo menos para los países en vías de desarrollo, en muchas ocasiones resultan incluso de mayor jerarquía que muchos de los derechos civiles —y definitivamente aún más que los políticos—.

La obra cuenta con 18 capítulos de distintos académicos y practicantes de esta rama de los derechos humanos, resultantes de una reunión de expertos organizada en 2011 en Ginebra, Suiza. Esos dieciocho capítulos están divididos en seis secciones: una introducción, en la que los editores dan cuenta del desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho internacional; una segunda, que analiza los retos para la protección de los DESC en tiempos de crisis; una tercera sección, que aborda la dimensión internacional de las obligaciones en materia de DESC; una cuarta, que trata la relación entre los DESC y otros regímenes jurídicos; una quinta, que se orienta a los conceptos y herramientas para medir la realización progresiva de los DESC, y finalmente la sexta sección se enfoca en las tendencias con relación a la justiciabilidad y el monitoreo de los DESC tanto a nivel nacional como internacional.

En la sección introductoria, los editores señalan la trascendencia que han adquirido estos derechos a lo largo de su concepción, como derechos de naturaleza internacional en 1948, y reafirmados en 1966 con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En ese sentido, presentan el contexto histórico de

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 609-614.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

su adopción y desarrollo, así como el trabajo de uno de los órganos que directamente han contribuido a su expansión a través de la interpretación autorizada por la vía de observaciones generales: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Dicho análisis se complementa por algunas observaciones interesantes en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, que permite considerar comunicaciones individuales, y que habrá de constituir una manera adicional para el refinamiento de la comprensión de las obligaciones de los Estados.

La segunda sección, dedicada a los retos para la protección de los DESC en tiempos de crisis, consta de cuatro capítulos, los cuales abordan los mercados de bonos soberanos y los retos que la austeridad representa para la protección de los derechos económicos y sociales (por Mary Dowell-Jones, de las Universidades de New South Wales y de Nottingham); sobre las políticas económicas basadas en derechos humanos en tiempos de crisis (por Sally-Anne Way, Nicholas Lusiani e Ignacio Saiz, de OACNUDH y del *Center for Economic and Social Rights*, respectivamente); sobre la realización equitativa de los DESC (por Sandra Ratjen y Manav Satija, la primera de la Comisión Internacional de Juristas), y finalmente uno de los temas sobre el que las dos anteriores Relatoras Especiales del Consejo de Derechos Humanos sobre pobreza extrema y derechos humanos y sobre agua y saneamiento, Magdalena Sepúlveda Carmona y Catarina de Albuquerque, respectivamente, trabajaron durante sus mandatos: la cuestión del género y los DESC (por Christine Chinkin, de London School of Economics).

La tercera sección de la obra, aunque breve, aborda dos de las temáticas de mayor discusión en los últimos años. Primero, Takhmina Karimova (de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra) analiza la naturaleza y significado de la asistencia y cooperación internacionales en materia de DESC conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Uno de los puntos centrales del capítulo es justamente el efecto y la importancia de la cooperación internacional para el desarrollo, noción que, aunque no es explorada en el capítulo más que desde la perspectiva de los objetivos de desarrollo del milenio (posiblemente por la época en que fue redactada la contribución), se ha visto complementada por los objetivos de desarrollo sostenible adoptados en 2015, que tienen una vinculación más estrecha

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 609-614.

con los derechos humanos. La segunda contribución de la sección, redactada por Olivier De Schutter (uno de los expertos internacionales de mayor renombre en la actualidad, profesor en la Universidad Católica de Lovaina y miembro del Comité DESC, y anterior relator especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación), aborda una de las temáticas que mayor interés y pasión han despertado en los últimos quince años: el papel de las empresas en materia de DESC. Este capítulo serviría de base para algunos de los elementos incluidos en la Observación General núm. 24 del Comité DESC, sobre las obligaciones de los Estados bajo el PIDESC en el contexto de las actividades empresariales. En él, De Schutter aborda varias de las preguntas clave en este tema: ¿tienen las empresas obligaciones en materia de DESC? ¿Cuáles son esas obligaciones? ¿Son justiciables? Sin duda, una de las contribuciones más relevantes en esta temática en los últimos años.

La cuarta sección del libro trata sobre la relación entre los DESC y otros regímenes jurídicos. Una de las áreas más evidentes de conexión es la del comercio e inversión internacional; sin embargo, también se analiza la interacción entre los DESC y el derecho ambiental internacional, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. El primer capítulo de la sección, por Hans Morten Haugen (Diakonhjemmet University College), aborda precisamente el rol de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho internacional económico, siendo éste uno de los temas de mayor preocupación en la actualidad, particularmente para los países en vías de desarrollo que buscan atraer inversión extranjera. El capítulo se concentra precisamente en analizar la manera en que los tribunales arbitrales pueden introducir perspectivas sobre los DESC en sus procedimientos y laudos, con relación a objetivos legítimos de política pública, la cuestión de la proporcionalidad y las expectativas legítimas en torno al estándar de trato justo y equitativo bajo el derecho internacional de las inversiones, y en la importancia de que los Estados brinden un mayor peso a los DESC al momento de negociar o concluir acuerdos bilaterales de inversión o tratados comerciales. El segundo capítulo, por Holger Hestermeyer (Corte de Justicia de la Unión Europea), aborda la temática de los DESC en el contexto de la Organización Mundial de Comercio, en donde revisa la práctica del mecanismo de solución de controversias de la OMC con relación a los DESC y el discurso de los órganos políticos en relación al PIDESC, en donde llega a la conclusión

que al ser dicha organización dependiente de las decisiones que sus Estados miembros adopten (y de los argumentos que ellos indiquen en el procedimiento contencioso), la aparición de los DESC en dichas instancias es una decisión ajena a la OMC.

El tercer capítulo, de Stéphanie Chuffart (Graduate Institute de Ginebra) y Jorge Viñuales (Universidad de Cambridge) aborda los DESC en el marco del derecho ambiental internacional, una de las áreas en donde ha existido una importante coincidencia entre ambos regímenes, por una parte, derivado de la propia concepción del medio ambiente sano y equilibrado como un derecho humano. En ese contexto, los autores señalan el efecto amplificador del derecho ambiental internacional con relación a los DESC, y particularmente, la posibilidad de utilizar mecanismos de cumplimiento para beneficiar su protección. El principal debate sostenido en el capítulo se relaciona a la importancia de ver la posibilidad de influencia bidireccional entre ambos regímenes, y no sólo desde la perspectiva del efecto de los derechos humanos en el derecho ambiental internacional, ofreciendo una perspectiva innovadora sobre la interacción de ambos regímenes. El cuarto capítulo de la sección, a cargo de Gilles Giacca (CICR), aborda la interacción entre los DESC y el derecho internacional humanitario, señalando la función del derecho internacional humanitario de proteger varios de los bienes que permiten el goce efectivo de los DESC, y por ello, de la íntima interrelación que existe entre una norma general y de aplicación permanente (el derecho internacional de los derechos humanos) y una norma especial de aplicación específica (el derecho internacional humanitario). En ese sentido, el autor concluye que el DIDH ha permeado al DIH, y, por lo tanto, no es posible continuar aceptando la premisa de la realización progresiva de los DESC. El último capítulo de la sección, a cargo de Larissa van den Herik (Universidad de Leiden), aborda otra interacción por demás interesante: los DESC y el derecho penal internacional. En él, la autora hace referencia (citando a Louise Arbour) a la necesidad de explorar el potencial del derecho penal internacional para tratar las dimensiones socioeconómicas del conflicto, que coinciden con frecuencia con la violación de DESC. Una temática por demás interesante y que, además, ha sido explorada por el grupo de trabajo de la ONU sobre desaparición forzada o involuntaria.

La quinta sección de la obra trata los conceptos y herramientas para medir la realización progresiva de los DESC, uno de los temas de mayor

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 609-614.

trascendencia y alcance en la actualidad, particularmente tomando en consideración los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Aoife Nolan (Universidad de Nottingham) aborda en su capítulo el análisis presupuestal y los derechos económicos y sociales, señalando los retos de dicha perspectiva y su relevancia tras las crisis económicas, en una perspectiva que definitivamente se extiende mucho más allá del ámbito jurídico. Simon Walker (OACNUDH), por su parte, analiza la práctica emergente y los retos de las evaluaciones de impacto en derechos humanos, una de las contribuciones principales en la discusión sobre empresas y derechos humanos en el marco de los principios rectores de la ONU. Sin embargo, como el autor lo identifica, esta práctica va mucho más allá de la discusión sobre las responsabilidades de las empresas, y puede ser utilizada por los Estados para medir los impactos (positivos o negativos) de sus políticas públicas, o incluso para medir la efectividad de la protección de los derechos humanos en el marco de acuerdos comerciales o de otro tipo. Ambos capítulos ilustran la interdisciplinariedad de la medición y el alejamiento de estos ámbitos de la perspectiva jurídica que usualmente domina la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, la sexta sección del libro aborda, a través de cuatro capítulos, las tendencias en la justiciabilidad y el monitoreo de los DESC. Malcolm Langford (Universidad de Oslo) aborda el reconocimiento y la respuesta a los DESC en los procesos judiciales a nivel interno, señalando la diversidad existente a nivel internacional en cuanto al reconocimiento y protección de dichos derechos por la judicatura. Ioana Cismas (Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra) aborda, por su parte, la intersección entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos; una temática que ha sido notoriamente abordada por los tribunales regionales de derechos humanos, que han priorizado la protección *par ricochet* (como denomina Frédéric Sudre a la protección de los DESC a través de los derechos civiles) para dar efectividad indirecta a los DESC (aunque la autora señala el detrimento a largo plazo de los DESC como resultado de ese ejercicio). Allison Corkery (Centro de Derechos Económicos y Sociales) y Duncan Wilson (Comisión Escocesa de Derechos Humanos) abordan el papel de las INDH en materia de DESC, resaltando la posición estratégica en que se encuentran tanto a nivel nacional como internacional para contribuir a la realización de estos derechos. Finalmente, el capítulo de Frank Hal-

demann y Rachele Kouassi (ambos de la Universidad de Ginebra y de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos de Ginebra) sobre los DESC en el contexto de la justicia transicional, aborda otro de los temas que mayor atención han generado en años recientes, ligado justamente a la existencia o aparición de conflicto como resultado de carencias en la protección efectiva de los DESC, y al papel que éstos deben tener en contextos de transición. De particular relevancia es la cuestión, ya que en las transiciones usualmente han destacado la investigación de violaciones a derechos civiles, sin abordar debidamente los derechos económicos, sociales y culturales. Como en el capítulo de Van den Herik, se hace referencia a la posición de Louise Arbour en torno al lugar que deben ocupar los DESC en el marco de la justicia penal internacional. Sin embargo, la autora concluye que es necesario ver el papel de los DESC en el marco de la justicia transicional desde una perspectiva matizada, puesto que ellos forman solamente parte de una ecuación mucho más amplia y compleja.

Como se puede observar, la diversidad de enfoques y temáticas abordadas en la obra dirigida por Riedel, Giacca y Golay representa una invitación atenta a toda persona interesada en los debates actuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. A través de sus interesantes y breves capítulos, el lector encontrará un espectro importante de temas que aportan a la reflexión interdisciplinaria y al avance de la comprensión de la compleja realidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la práctica.

Humberto CANTÚ RIVERA*

* ORCID: 0000-0002-2770-6252. Profesor titular del Departamento de Derecho de la Universidad de Monterrey; miembro del *Centre de recherche en droits de l'homme et droit humanitaire* (CRDH) de la Université Panthéon-Assas Paris II. Correo electrónico: *humberto.cantu.r@gmail.com*; *https://udem.academia.edu/HumbertoCantúRivera*.

ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 209 pp.

El autor de esta obra, que aborda un tema relevante —con antigua y actual vigencia en el mundo entero y particularmente en México— es profesor de la Universidad de Guanajuato. Dirige el Departamento de Derecho correspondiente al campus de la ciudad de Guanajuato. Es alumno de Luis Felipe Guerrero Agripino, también catedrático distinguido, rector de aquella Universidad. Guerrero Agripino elaboró el prólogo con el que se presenta la obra de Astrain. Cabe señalar que en ese plantel de educación superior han florecido los estudios penales, como lo acredita el antiguo desempeño de otros tratadistas de la materia, que igualmente ejercieron el rectorado universitario: Enrique Cardona Arizmendi y Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez, participantes en proyectos penales y comentaristas de la misma disciplina.

En el examen de la materia, que aborda el profesor Astrain, es preciso tener en cuenta, como marco general, la evolución que ha experimentado el sistema penal desde la época —siglos XVII y XVIII— en que las ideas de los grandes reformadores ilustraron la formación del moderno Estado de derecho, como señala Luigo Ferrajoli. Los principios rectores del Estado en el ejercicio de su potestad nuclear, instalada sobre el monopolio de la violencia, contribuyeron al reconocimiento de los derechos del individuo, bajo el título de imputado, y condujeron el ejercicio del poder público en uno de los sectores más delicados en los que se plantea la siempre azarosa relación entre ese poder y los ciudadanos. Por ahí transita la historia de la democracia, y en ese ámbito se expresan las exigencias más generosas del orden punitivo, cifradas en la propuesta de Marat en su Plan de Legislación Criminal: “No lastimar ni la justicia ni la libertad y conciliar la benevolencia con la certeza de los castigos, y la humanidad con la seguridad de la sociedad civil”.

La vinculación estrecha entre el sistema político general y el sistema penal particular —herramienta de aquél— justifica las reflexiones de Astrain a propósito de los modelos de Estado, de los que da cuenta en el

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 615-621.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

capítulo II de su obra: monárquico, liberal, social y social-democrático de derecho, que representan etapas de una larga marcha, o bien, dicho de otro modo, aproximaciones sucesivas al Estado de derecho y de derechos (61 y ss.).

El itinerario del crimen ha orientado los perfiles sucesivos de la política criminal del Estado y su cimiento social. En ese itinerario, previsto por los criminólogos de finales del siglo XIX, se hallan los delitos tradicionales —atentados contra la piedad y la probidad, que dijo Garófalo— y la nueva criminalidad, que integran el conjunto de la delincuencia de nuestra hora, a cuyo control se dirigen los esfuerzos de esa política criminal. Astrain se ocupa en el relato de la evolución criminal y de sus repercusiones en la normativa penal. En este recorrido han aparecido pretensiones punitivas de gran severidad, al lado de preocupaciones redentoras como las que puso en la escena, mucho tiempo atrás, el profesor español Pedro Dorado Montero a través de un “derecho protector de los criminales”, que también evoca el profesor Astrain.

Es aquí donde aparecen y florecen o declinan, asediados desde diversos frentes, los principios del garantismo penal. El autor de la obra que ahora comento se ocupa en el examen de esos principios: legalidad, última *ratio*, fragmentariedad, protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, igualdad y dignidad humana (80 y ss.). El conjunto integra la armadura del derecho penal moderno: las piezas trabajan en íntima armonía y se reclaman mutuamente.

En mi concepto, sobresalen ciertos principios en el conjunto que el autor examina, y que son fuente de desarrollo y punto de convergencia de todos los restantes. Así, el principio de dignidad (104 y ss.), que se abre paso en las disposiciones constitucionales y en la normativa internacional de los derechos humanos, donde se sustenta la primacía del ser humano y se establece la misión ancilar de la sociedad y el Estado. Igualmente, el principio de última *ratio* o intervención penal mínima o subsidiaria (pp. 86 y ss.): verdadero protocolo de actuación del Estado, al emitir sus normas penales y definir y mover sus instituciones.

Bajo este amparo es preciso insistir en que no se gobierna con el derecho penal en la mano y en que no es posible desplazar hacia la justicia penal la misión que compete a la justicia social. También destaca Astrain el principio de culpabilidad, cuya “violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona” y abre la puerta hacia el derecho

penal de autor (99-100). En esta porción de su obra, el tratadista trae a cuentas las dos corrientes enfrentadas: la que propone mantener los principios garantistas y la que plantea modificarlos, relativa o absolutamente, para combatir con eficacia la criminalidad (28).

No sobra invocar algunos puntos de vista que contribuyen a establecer los términos de estos pareceres encontrados. Mireille Delmas-Marty, que ha estudiado con profundidad el régimen penal europeo y participado en reformas penales en Francia, hace notar que “el derecho penal nacional tardó siglos en integrar los derechos fundamentales, y el temor de muchos penalistas, hoy, es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”.

Por su parte, el jurista argentino Daniel Erbetta resume lo que considera una

crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al derecho penal, que se refleja en el crecimiento y aumento de los tipos penales, en el endurecimiento de las penas, en la creación de nuevos bienes jurídicos, en la ampliación de los espacios de riesgo penalmente relevantes, en la flexibilización de las reglas del derecho procesal penal, en la internacionalización del derecho penal y en la relativización de los principios políticos criminales de garantía.

El prologoista de la obra de Astrain, Luis Felipe Guerrero Agripino, también formula advertencias relevantes, tomando en cuenta los importantes cambios incorporados en la normativa penal mexicana a partir de 2006, que han “impactado profundamente en la forma de pensar, construir, interpretar, aplicar y estudiar el derecho”. “Los juristas —señala— debemos estar atentos para que, en este ambiente de profundos y vertiginosos cambios, no caigamos en la tentación de retroceder en el camino, dejando de lado las conquistas y los avances que mucho han costado y que inciden en la construcción de un México más justo y democrático” (15). Añade: preocupa “que por una parte encontremos avances en la implementación de un procedimiento penal democrático y por otro se configure un régimen penal de excepción no compatible con el Estado de derecho” (17).

En la misma línea, que impera en su obra, Astrain Bañuelos se refiere al debate político criminal en torno al derecho punitivo. Sostiene que “el

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 605-621.

debate razonado y crítico ha cedido lugar a la intolerancia, la violencia y la sinrazón”. Algunas opiniones infundadas “se convierten en líneas de acción político criminales carentes de prudencia y sentido” (39). Ponerse en guardia frente a estas tendencias no implica, desde luego, menoscabar la libertad de opinión.

Es interesante traer a cuentas diversas observaciones del autor de la obra comentada. Por ejemplo, hace notar que la nueva dimensión que ha informado la pena privativa de libertad (pp. 41 y ss.) se halla caracterizada por el desacierto y la desmesura. Hay desconfianza en la reinserción; de ahí el extraordinario agravamiento de las punibilidades en que ha incurrido la normativa nacional. En este mismo orden de consideraciones, el autor cuestiona la expansión del derecho punitivo, inconsecuente con el principio de mínima intervención, merced a la proliferación de tipos penales (49 y ss.). En forma consecuente con su alegato sobre la función del sistema penal en una sociedad democrática, Astrain se pronuncia (afiliándose a la Escuela de Frankfurt) por “la construcción de un derecho penal acorde a un programa constitucional penal de corte garantista, lo cual implica la descriminalización de todos aquellos comportamientos que no justifiquen una intervención penal” (55).

Hemos asistido —se manifiesta en esta obra— a la formación de un derecho penal de excepción, que ha llegado a la normativa constitucional (56-57). A este respecto, el autor reflexiona sobre el auge del derecho penal del enemigo en el sistema mexicano y su presencia en el orden jurídico mexicano.

El abordaje del derecho penal del enemigo se ha llevado adelante en numerosas obras, que suelen comentar —con adhesión, cuestionamiento o rechazo— los puntos de vista de Günther Jakobs, autor de una doctrina ampliamente conocida. Al referirnos a este asunto ingresamos en tierra minada, que Astrain transita con erudición y talento reflexivo. El tema tiene hondas raíces históricas y se anuncia con diversos y distintas consecuencias en el pensamiento de numerosos tratadistas, entre ellos algunas figuras cumbre de la filosofía y del derecho, anteriores a las aportaciones de Jakobs.

Nuestro autor pasa revista a diversas expresiones del derecho penal del enemigo, y para ello atrae un amplio conjunto de puntos de vista (capítulo IV: 107 y ss.): en esta relación figuran Hobbes (con particular intensidad: sancionar con el derecho de la guerra), Locke, Rousseau, Kant,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 615-621.

Fichte, Feuerbach, John Stuart Mill, Beccaria y Schmitt, esto es, guardianes de diversas líneas de pensamiento y militantes en distintas trincheras. No siempre se ha tratado de ideólogos del autoritarismo. Con detalle y a partir de fuentes primarias, Astrain expone el pensamiento de esos tratadistas.

Desde luego, el profesor Astrain adelanta su propia posición con respecto al derecho penal del enemigo y formula una crítica frontal a propósito de las ideas que esa corriente ha sustentado, crítica que arraiga en la reflexión sobre el Estado social y democrático y el papel que en éste debe cumplir el derecho penal (172 y ss.).

Se hace notar que la figura del enemigo, informadora de la corriente que el autor cuestiona, posee carácter histórico y contingente. El diverso origen de esa figura y la responsabilidad consiguiente recaen en sus fuentes creadoras. En efecto, “el enemigo no existe como tal”: es “el Estado quien lo construye, ya sea intencionalmente como un elemento unificador, distractor y para la dominación de la sociedad, o bien, lo configura imprudencialmente”, al no otorgar a los sujetos calificados como enemigos “los medios necesarios para su autorrealización, orillándolo(s) a hacer del crimen el único medio en el que se puede(n) desarrollar” (182-183).

Me permitiré recordar ahora que estas reflexiones se conectan con los puntos de vista que constantemente he manifestado en torno a las que denomino “decisiones políticas fundamentales” en materia penal, que se localizan en las ideas determinantes del sistema punitivo —cualquiera que éste sea— y en las correspondientes normas constitucionales. La pregunta que es preciso responder a propósito de esas decisiones es: ¿a quién identificaremos como delincuente? En fin de cuentas, el problema reside en la división del universo del que todos formamos parte (el género humano, enmarcado por los conceptos de dignidad, destino y supremacía). En ese universo se quiere distinguir dos hemisferios. En uno de ellos figuramos “nosotros”; en su opuesto, los “otros”. Esto escinde a la sociedad total. De un lado, los ciudadanos —grupo en el que figuramos y donde se acumula el progreso histórico con su cauda de conceptos plausibles: democracia, Estado de derecho, derechos fundamentales, libertades y garantías. El orden jurídico penal que prevalece en este ámbito destaca la conducta del agente o el hecho que éste realiza.

En el otro hemisferio —en el que no figuramos— se hallan los enemigos. A ellos debe aplicarse un orden jurídico especial (no necesariamente

se le llamará penal) en el que se repliega la democracia, entran en juego las vías de escape o las atenuaciones del Estado de derecho, ceden los derechos fundamentales, se reducen las libertades y disminuyen las garantías. En este derecho destacan —antes, en lugar o después de la conducta— el sujeto, su personalidad, su temibilidad. El pronóstico de su conducta futura ocupa el centro del escenario. Inmediatamente aparece otra interrogante: ¿cómo tratar al enemigo? ¿de cualquier manera, a discreción del legislador y de los ejecutores?

Por lo que toca a México, hay espacio para recordar las ideas punitivas de otro tiempo, que algunos ignoran o añoran. Mencionemos, por ejemplo, el régimen penal del Porfiriato, del que me he ocupado en otra oportunidad. Y recordemos, para no ir más lejos, la “confesión” del dictador en la famosa entrevista que le hizo el periodista norteamericano Creelman en 1908.

Éramos duros —confiesa Díaz—. Algunas veces, hasta la crueldad. Pero todo esto era necesario para la vida y el progreso de la nación. Si hubo crueldad, los resultados la han justificado con creces... Fue mejor derramar un poco de sangre, para que mucha sangre se salvara. La que se derramó era sangre mala, la que se salvó, buena.

Por lo visto, el notable entrevistado sabía distinguir la calidad de la sangre, y actuar en consecuencia.

En el examen del itinerario mexicano que desemboca en la adopción parcial —por ahora reducida o relativa— del derecho penal del enemigo— es preciso traer a cuentas la consideración penal de ciertas situaciones de riesgo y las disposiciones que anticipan el empleo del instrumento penal —antes, inclusive, de los actos preparatorios de un delito—, como ha ocurrido en la preceptiva sobre conspiración, vagancia y malvivencia o disolución social. Estas tentaciones autoritarias se justifican —señalaron o señalan sus partidarios— para enfrentar reales o supuestos peligros.

Los penalistas mexicanos que se han ocupado en el estudio de esta materia —como el propio Astrain, Guerrero Agripino, Rojas Valdez y yo mismo— hacemos notar el quiebre introducido en nuestra mejor tradición liberal. En este desacierto incurrió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, a la que he llamado el “bebé de Rosemary” (fuente de una nueva generación de sujetos, que inundan el planeta), expresión que Astrain recoge en su obra. También he sostenido que la reforma cons-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 615-621.

titucional de 2008, que contiene progresos muy apreciables, se asemeja a un “vaso de agua fresca y limpia” en la que alguien hubiera depositado “algunas gotas de veneno”. De ahí que se tratara —he manifestado— de una reforma “ambigua”. El profesor Astrain Bañuelos hace notar que, a través de esa reforma, tan celebrada —con justos merecimientos—,

se establecieron en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos una serie de normas que se constituyen como restricciones al goce y disfrute de los derechos humanos consagrados en el propio ordenamiento constitucional pero sólo dirigidas a la criminalidad organizada, lo que controvierte el espíritu garantista de la mencionada reforma” (73).

Se ha producido una tensión entre algunas disposiciones del nuevo orden penal mexicano y determinados “estándares” del derecho internacional de los derechos humanos. En caso de colisión, debieran prevalecer las disposiciones que mayor protección brindan al individuo. En este sentido se orienta Astrain, quien propone una nueva interpretación jurídica para sustentar esa prevalencia, a partir del artículo 1o constitucional e incluso del artículo 133 de la ley suprema (75). No es éste, por cierto, el rumbo que por ahora ha tomado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

En su análisis de esta materia, el autor del libro comentado examina las floraciones del derecho penal del enemigo en la Constitución y en diversos ordenamientos federales y estatales (capítulo V: 145 y ss.). Culmina su reflexión en conclusiones críticas. Entre éstas, considera que

la derogación de las normas y abrogación de los cuerpos normativos propios del derecho penal del enemigo es una tarea imprescindible e impostergable del legislador. Reconocemos —sostiene— que si bien es cierto no podemos resolver las problemáticas actuales con un derecho penal pensado para otra realidad (la modernidad), tampoco podemos hacerlo con respuestas retrógradas propias de la premodernidad (200).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

* ORCID: 0000-0002-9164-8464. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correspondencia: Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, Coyoacán, CDMX. Correo electrónico: sgrijunam@gmail.com.

UGALDE, Luis Carlos y HERNÁNDEZ, Saíd, *Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva federal y local*, México, TEPJF-Integralia, 2017, 716 pp.

Esta obra pretende continuar con el estudio de los retos del sistema electoral mexicano, a partir de las últimas reformas electorales y desde múltiples perspectivas. Se trata de un proyecto editorial que había iniciado desde 2000 en mutua colaboración entre Integralia y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. La preocupación que guía el libro es abordar desde la perspectiva actual una diversidad de retos y preocupaciones que aquejan a la actualidad político-electoral con el fin de dibujar un panorama lo más completo posible de las opciones disponibles para fortalecer al sistema electoral mexicano.

En particular, el libro aborda a través de un total de veintinueve ensayos, una radiografía del sistema electoral desde la perspectiva federal y local a través de seis grandes apartados: “Transformación del sistema electoral mexicano, 1977-2017”; “Partidos políticos y participación ciudadana”; “Costo de la democracia electoral y mecanismos de fiscalización”; “Condiciones y características de la competencia electoral”; “Organización electoral y resultados”, y “Justicia electoral”.

Inicialmente, se muestra de manera sintética la forma en que fueron evolucionando las principales atribuciones concedidas al IFE desde su creación, las sucesivas reformas electorales que lo cambiaron hasta su transformación en el INE, así como las elecciones federales sobre las que tuvieron impacto. A partir de este cambio constitucional y de las leyes secundarias, se asentaron las bases para conformar una suerte de sistema nacional electoral, con el Instituto Nacional Electoral (INE) como organismo rector y los Organismos Públicos Locales (OPL) como autoridades electorales administrativas en los estados y en la capital de la República.

Adicionalmente, se incluye un análisis sobre la formación de partidos políticos en México y su semejanza con leyes parecidas a las del mercado: la oferta de partidos políticos y la demanda de los ciudadanos por que se representen sus intereses. Las democracias consolidadas suelen tener un

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 623-628.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

sistema de partidos más estable, en el que el “mercado de partidos políticos” ha llegado a un equilibrio que le permite tener cada vez menos contendientes nuevos. Derivado de los resultados en análisis, se proponen algunas iniciativas para mejorar la calidad de los partidos de reciente creación y mejorar la calidad de la competencia democrática en México.

Con especial relevancia, en el libro se destacan asimismo las tres principales formas de participación ciudadana contempladas en las entidades federativas (plebiscito, referéndum e iniciativa ciudadana/popular); segundo, identificar las tendencias más importantes en torno a la legislación en materia de participación ciudadana en las entidades; tercero, mostrar aspectos relevantes del proceso y la organización de cada forma de participación ciudadana, así como las restricciones, el financiamiento y la difusión para implementar cada una.

Además, se presenta un estudio sobre los métodos de selección de candidatos en México. Se discuten, en primer lugar, los distintos métodos de selección de candidatos que hay. Se analiza la legislación electoral relacionada con la selección de candidatos, y el papel que ha desempeñado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en la defensa de los derechos de los militantes, los métodos de selección utilizados por el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD), de 1994 hasta 2017 con particular atención en la selección de candidatos presidenciales y para gobernador. Se incluye también un comentario sobre el Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), partido que de acuerdo con las encuestas más recientes (julio, 2017) se coloca ya como la tercera fuerza política nacional. Por último, se plantean algunas hipótesis sobre la variación de los métodos de selección de candidatos y el incremento del control de los partidos en detrimento de métodos de participación ciudadana más abiertos.

Respecto a la problemática del financiamiento público y privado de las autoridades y los partidos políticos, se aborda la cuestión relativa al costo presupuestario de la democracia electoral a nivel federal y estatal, con base en el presupuesto público destinado al funcionamiento de las autoridades electorales, el financiamiento otorgado a los partidos políticos para la realización de sus actividades, así como otras fuentes de financiamiento en especie, como los spots de radio y televisión. Se analiza la composición del financiamiento de la democracia electoral, distinguien-

do entre el origen y destino de los recursos. Asimismo, los montos ejercidos en un periodo de estudio de catorce años entre 2004 y 2017 para el caso federal y estatal. Del mismo modo, se describe cómo es el financiamiento en especie que reciben los partidos políticos por medio de spots de radio y televisión. Por último, se abordan las reglas del financiamiento privado de los partidos políticos.

Se aborda, asimismo, la delicada situación del gasto de la propaganda gubernamental. Se destaca que el contexto actual favorece el uso indebido de la publicidad oficial por parte de los gobiernos para influir sobre el debate público, destacándose que para atender las causas estructurales que limitan el derecho a saber y la libertad de expresión en el país a través del uso de la publicidad oficial, es importante avanzar en los siguientes puntos: se requiere una ley que regule la publicidad oficial y que incorpore a la legislación nacional los principios sobre la regulación de la publicidad oficial y la libertad de expresión, de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. De igual manera, que se necesita limitar y transparentar el gasto en comunicación social y publicidad oficial. Se deben proponer límites presupuestarios a los sobreejercicios del gasto en el ámbito federal y estatal con relación al presupuesto aprobado e impulsar la transparencia como lo prevé la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública publicada en mayo de 2014.

Por lo que respecta al papel de la comunicación política en los procesos electorales, se dilucida la tensión jurídica y comunicacional que deriva de la regulación de dos conceptos como la equidad y la libertad de expresión, hoy indisolubles en el panorama de la comunicación política en México. Además, se destacan las características que definen la estructura y contexto de esa comunicación; además de la magnitud de la difusión que caracteriza el modelo de publicidad política que definió la reforma electoral 2007-2008. Para realizar ese análisis, se consideran los principales dilemas jurídicos vinculados con las funciones y responsabilidades de las autoridades electorales respecto a los contenidos de la propaganda electoral.

Sobre el tópico de la comunicación política el libro incluye un ensayo sobre las campañas negativas en México. Con el respaldo de un amplio estudio bibliográfico se destaca que hoy en día, las campañas negativas forman parte indisoluble de la competencia electoral en las democracias modernas; ello debido en parte a la globalización de corte estadounidense

de las formas de comunicación, incluyendo la política. Apoyado en varios estudios, que señalan ventajas prácticas para el electorado de emplear ese tipo de comunicación en las campañas: desde identificar temas sensibles que sin estas campañas podrían pasar desapercibidos para el grueso de los votantes, hasta la crítica directa al desempeño o a los resultados de los gobiernos en turno, pasando por el contraste de propuestas de políticas públicas.

Se incluye por otro lado, un estudio sobre la evolución normativa del modelo de integración de mesas directivas de casilla, desde la promulgación del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) en 1990 hasta la reforma electoral de 2014, que dio paso a la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (Legipe), ordenamiento que regula hoy la instalación de la casilla única para recibir la votación de las elecciones federales y locales concurrentes. Asimismo, se analiza la implementación de las estrategias de capacitación electoral y de integración de las mesas directivas de casilla de 1990 a 2015, con especial atención en la evolución del procedimiento para integrar las casillas, mismo que se ha adaptado en función de las condiciones sociopolíticas y normativas.

Asimismo, en esta obra se destaca el papel relevante de la jurisdicción electoral. Se destaca que la función de la judicatura electoral es dar certeza a los procesos electorales, promover su transparencia y garantizar su normalidad y regularidad constitucional, convencional y legal. En México, la evolución de la justicia electoral no ha sido simple ni continua, sino dispar y accidentada. De la calificación política y administrativa, se pasó a la calificación judicial de las elecciones; de la falta de un recurso efectivo, se pasó a la concreción de un sistema de medios de impugnación en materia electoral, que permite la tutela efectiva de los derechos políticos y el acceso a la justicia sin ninguna restricción. La judicialización de la política vinculada a los procesos electorales es el resultado de un largo proceso de desarrollo institucional y jurisprudencial. Dicha evolución se basa en que el sistema electoral no responda a acuerdos o consensos políticos coyunturales —al margen de la voluntad ciudadana— sino que contribuya a consolidar procesos de democratización al garantizar la autenticidad de las elecciones, el ejercicio libre e informado del sufragio y el conjunto de los derechos de participación política. Así, se privilegia la vía institucional frente a los escenarios de confrontación y violencia. Prueba de ello es que, desde que el Tribunal Electoral se incorporó al Poder Ju-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 623-628.

dicial federal en 1996 y hasta 2016, sus distintas salas han resuelto más de 170,000 asuntos, han emitido más de 1,000 tesis de jurisprudencia y una cantidad similar de criterios relevantes.

En cuanto a la evolución del sistema de nulidades electorales se destaca que los cambios han traído aparejado un desarrollo jurisprudencial abundante, por parte del máximo órgano de justicia electoral. El paso más reciente de esta evolución es la reforma de 2014 que incluyó en la Constitución nuevas causales de nulidad y que reflejan las preocupaciones más actuales relativas al desarrollo y legitimidad de los comicios en México. A pesar de llamarse “nuevas causales”, se puede observar que reflejan conductas que están presentes desde los años noventa en los procesos electorales y que fueron objeto de pronunciamiento del TEPJF en múltiples ocasiones. Con todo, aunque hayan sido utilizados como argumento por quienes buscaban anular comicios, el rebase de tope de gastos, el financiamiento ilícito y la adquisición de tiempo aire no han sido, hasta el momento, causales de nulidad en elección alguna. Sólo las conductas relacionadas con el uso indebido de recursos públicos, difíciles de separar de otros comportamientos ilegales de los servidores públicos, llegaron a ser causales de nulidad, por violar el principio de imparcialidad establecido en el artículo 134 constitucional

Por lo que respecta a la paridad de género en las candidaturas en México se aborda un estudio relativo a los cambios en las leyes y la jurisprudencia establecida, destacándose que se han mejorado las condiciones en las que mujeres y hombres participan en la vida pública del país. Sin embargo, los esfuerzos serán insuficientes mientras no se garantice a ambos sexos la oportunidad de desarrollar plenamente su proyecto de vida profesional sin limitación alguna por causa del género al que pertenecen. En un principio, la regulación de cuotas sirvió para poner en práctica el reconocimiento de los derechos conseguidos en materia de género. La visión de consolidación, entendida como acceso efectivo a candidaturas y a cargos públicos de elección, pretendía el sano equilibrio a partir de una igualdad efectiva de diferentes grupos sociales en el acceso a cargos de decisión o elección popular.

Continuando sobre la temática de género, el libro incluye un estudio relativo a la paridad de género en congresos locales y en ayuntamientos durante el período 2004-2015. El objetivo de este capítulo es presentar una radiografía de las fortalezas y debilidades del sistema electoral mexi-

cano, vistas a partir de las normas que regulan la participación política de las mujeres en el ámbito local. Asimismo, se presenta un diagnóstico sobre la evolución de la participación de las mujeres en cargos legislativos locales y el impacto de las nuevas reglas para la equidad entre candidatos y candidatas, así como la participación de las mujeres en los cabildos municipales y en las presidencias municipales, y las candidaturas para esos mismos cargos. Más adelante, se presentan algunos de los casos en los que la paridad se impuso a partir de las sentencias emitidas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, mostrando resultados diversos.

Finalmente, respecto a los delitos electorales y la procuración de justicia penal electoral el libro busca esbozar la complejidad que supone la materia penal electoral, ello mediante la descripción histórica de los asuntos iniciados, sus determinaciones y el número de consignaciones realizadas. Se elabora una breve mención sobre el comportamiento de los casos en que se libran órdenes de aprehensión y su culminación en sentencias condenatorias. Se destaca que, si bien es cierto que la procuración de justicia penal electoral se vuelve un “embudo” donde el número de casos iniciados se ve reducido en el número de sentencias, este proceso depende en buena medida de las decisiones tomadas por el órgano jurisdiccional. Por último, se muestran las barreras (no pocas ni menores) a las que se enfrenta la FEPADE para el desarrollo satisfactorio de sus funciones: sanciones reducidas, falta de especialización jurisdiccional, presupuesto bajo, configuración institucional insuficiente, sofisticación del delito electoral, compra del voto.

Como puede desprenderse de todo lo anterior, esta obra constituye una contribución de hondo calado y alcances bastos sobre las transformaciones, fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Y reúne ensayos invaluable y rigurosos que arrojan luz sobre las problemáticas que están por venir y a las que se enfrentarán las instituciones electorales del país.

Carlos SORIANO CIENFUEGOS*

* ORCID: 0000-0002-8045-4138. Universidad Panamericana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y director del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Correspondencia: Avena 513, Granjas México, Iztacalco, 08400, CDMX. Correo electrónico: *carlos.soriano@te.gob.mx* y *david.piedras@te.gob.mx*.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 623-628.