



# BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 155

Nueva Serie Año LI Número 155 Mayo-Agosto 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 155, mayo-agosto 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.ijj@unam.mx*. Editora responsable: Ma Carmen Macías Vázquez. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

*Cuidado de la edición:* Ricardo Hernández Montes de Oca, Isidro Saucedo y Roberto Zavaleta Cornejo

*Formación en computadora:* Christopher Raúl Martínez Santana, Ricardo Hernández Montes de Oca y Roberto Zavaleta Cornejo

*Asistentes de la revista:* Andrés Urbano Velázquez, Sandra Karen Caballero Hinojosa y María Cristina Pérez Venegas

*Apoyo editorial:* José Antonio Bautista Sánchez y Gilda Bautista Ravelo

# BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directora  
Ma Carmen Macías Vázquez

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 Manffer (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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una Licencia *Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 12 de agosto de 2020

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

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

- Gonzalo AGUILAR  
CAVALLO
- Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? . . . . . 643
- Margin of Appreciation and Conventionality Control: a Possible Conciliation?*
- Silvia BARONA  
VILAR
- Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI. . . . . 685
- Mediation and Reparatory Agreements in the Metamorphosis of Criminal Justice of 21st Century*
- Lucía del Carmen  
BOLAÑOS BOLAÑOS
- El impuesto de renta en Colombia: una mirada desde el gasto tributario 721
- Income Tax in Colombia: a View from Tax Expenditure*

Francesco CARRETTA  
MUÑOZ

Aproximación al valor de la preclusión en la justicia de familia chilena. A propósito de un estudio aplicado . . . . . 757

*Approach to the Importance of Preclusion in the Chilean Justice of Family. A Contribution to an Empirical Analysis*

M. Isabel GARRIDO  
GÓMEZ

Los derechos fundamentales entendidos como responsabilidades de los estados . . . . . 779

*Fundamental Rights Seen as State Responsibilities*

Sandra GÓMORA  
JUÁREZ

La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación. . . . . 799

*Binding Case Law and Principle of Legality in Mexico: a Complex Relationship*

Carlos Eduardo  
GONÇALVES  
DE GODOI

La transparencia como presupuesto de la lucha contra la corrupción en la contratación pública en Brasil . . . . . 841

*Transparency as an Assumption in the Combat Against Corruption in Public Biddings in Brazil*

Valentín  
GUILLÉN  
PÉREZ

Problemas dogmáticos en torno a la aplicación del artículo 20.2.B de la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana: consideración especial cuando recae sobre las partes íntimas. Posibles soluciones según la doctrina jurisprudencial . 897

*Dogmatic Problems Regarding the Application of Article 20.2.B of the Organic Law 4/2015, Dated March 30th, of Public Security Protection: Special Consideration When it Involves Intimate Parts. Possible Solutions According to Case-Law Doctrine*

Cecilia Lucía  
MANTECÓN

Eficacia de la acción de amparo en materia ambiental a partir de su inclusión en la Constitución Nacional Argentina. 939

*Effectiveness of the Amparo Action in Environmental Matter from its Inclusion in the National Argentine Constitution*

Pedro  
PALLARES YABUR

Repensar la universalidad y neutralidad de Peng Chun Chang en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos puesta a debate por las aportaciones de Charles Malik . . . . . 969

*Rethinking the Universality and Neutrality of Peng Chun Chang in The Drafting of the Universal Declaration of Human Rights in Conversation with the Contributions of Charles Malik*



Carolina RIVEROS  
FERRADA  
Ventajas de la mediación en el ámbito sanitario y su ampliación a otros tópicos . . . . . 997

Gabriela VILLARROEL  
TORO  
*Advantages of Mediation in the Health Field and its Extension to other Topics*

Maximiliano OLIVARES  
RAMÍREZ  
El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno . . . . . 1015

*The Crime of Migrant Smuggling A Comparative Analysis of the Spanish and Chilean Criminal Offenses*

Juan Pablo  
SARMIENTO E.  
El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso . . . 1047

Enith Carolina BULA  
Carolina MARINO M.  
*Criminal Populism in Colombia: Proposal for an Unfinished Discussion*

## ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Lainiep Irina CABRERA  
GUERRA  
Consideraciones en torno a la impugnación de los actos administrativos desde una perspectiva constitucional en Cuba . . . . . 1083

Eliannys Bárbara  
INFANTE BAZÁN  
Responsabilidad penal de las auditoras certificadoras de modelos de prevención en Chile . . . . . 1129

Eugênio FACCHINI NETO	Ensaio crítico sobre os meios alternativos de resolução de conflitos . . . . . 1155
Gaspar FRANCO HERNÁNDEZ	Cinco años de la Reforma Constitucional en materia energética, en camino a un ma- nejo eficiente del gas natural asociado a la extracción de hidrocarburos . . . . 1189
Samuel Isaí VELÁZQUEZ PAREDES	
María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS	Mujer migrante: estudio convencional del marco de derechos humanos. Una aproxi- mación al tema . . . . . 1221
Israel SANTOS FLORES	Comentario legislativo al decreto por el que se dejan sin efectos los programas de condonación de deudas fiscales . . 1259

## BIBLIOGRAFÍA

Elena ATIENZA MACÍAS	VILAR GONZÁLEZ, SILVIA. 2018. <i>La ges- tación subrogada en España y en el derecho compa- rado</i> . Madrid: Bosch-Wolters Kluwer . . 1271
Horacio HEREDIA VÁZQUEZ	DEL GRANADO, JUAN JAVIER. 2018. <i>De iure civile in artem redigendo. Nuevo proyecto de recodifi- cación del derecho privado para el siglo XXI en Lati- noamérica y el Caribe (desde el análisis económico del derecho)</i> , México: UNAM. . . . . 1275
Adaylson Wagner SOUSA DE VASCONCELOS	TELLES DE MIRANDA, ADRIANA AU- GUSTA. 2016. <i>Adoção de embriões exceden- tários à luz do direito brasileiro</i> . São Paulo: Método . . . . . 1283

---

---

## **ARTÍCULOS**

---

---

## MARGEN DE APRECIACIÓN Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿UNA CONCILIACIÓN POSIBLE?\*

### *MARGIN OF APPRECIATION AND CONVENTIONALITY CONTROL: A POSSIBLE CONCILIATION?*

Gonzalo AGUILAR CAVALLO\*\*

**RESUMEN:** Este artículo pretende examinar la interacción entre el margen de apreciación nacional y el control de convencionalidad. Se analiza si el concepto de margen de apreciación justifica apartarse de la jurisprudencia de la Corte IDH o bien, el margen es un complemento del control de convencionalidad que admite restringidamente plantear una solución nacional. Asimismo, se aborda la recepción del margen de apreciación en el ámbito interamericano. Se concluye que el margen complementa el control de convencionalidad siempre que los jueces nacionales consideren el estándar mínimo, las normas de *ius cogens* y el principio *pro homine*. En estos casos, el margen se justificaría en el contexto de un diálogo jurisprudencial y se requeriría argumentar la solución nacional en razones de diversidad cultural o valórica.

**Palabras clave:** sistemas regionales de protección de los derechos humanos, margen de apreciación nacional, control de convencionalidad, estándar mínimo, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**ABSTRACT:** *This paper aims at examining the interaction between the margin of appreciation and the conventionality control. The author analyzes if the margin of appreciation provides justification for departing from the IACHR case law, or if the margin is complementary to the control of conventionality that restrictively justifies the domestic solution. The paper also deals with the use of the margin within the Inter-American context. One of the main findings is that the margin complements the control of conventionality so long as domestic judges consider the minimum standard, jus cogens and pro homine principle. In these cases, the margin of appreciation could be justified by dialogue between judges, and it would require choosing the national solution because of cultural diversity.*

**Keywords:** *Regional Systems of Human Rights Protection, Margin of Appreciation, Conventionality Control, Minimum Standard, Inter-American Court of Human Rights.*

\* Artículo recibido el 12 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 22 de mayo de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0001-9728-6727. Abogado (Chile), doctor en Derecho (España), magister en Relaciones Internacionales (España), master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia), postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derechos Humanos. Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (Chile). Correo electrónico: [gaguilar@utalca.cl](mailto:gaguilar@utalca.cl).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El margen de apreciación: origen y desarrollo*. III. *Sentido y alcance para el sistema interamericano*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) se ha usado la noción de “margen de apreciación nacional” para autorizar una interpretación nacional de los derechos protegidos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH), distinta a aquella propuesta por la propia Corte, atendiendo un poder de discrecionalidad del órgano interno y en virtud de una deferencia hacia particularismos nacionales, culturales y, especialmente, valóricos. Esta noción ha sido usada en escasas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Un sector de la doctrina pugna por un uso mayor del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esta posición es especialmente interesante en el contexto del control de convencionalidad, debido al margen de apreciación, el poder de discrecionalidad nacional y un deber de deferencia internacional, mostrando a la vez, una autocontención; es un contrapeso relevante ante las exigencias formuladas a las autoridades nacionales, a través del mencionado control, de velar por el respeto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tomando en consideración la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH, como intérprete final.

El margen de apreciación nacional relacionado con el control de convencionalidad suscita una serie de preguntas de investigación, como las siguientes:

¿Pueden los Estados invocar un “margen de apreciación nacional” para reivindicar una aplicación e interpretación propia y diferente de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos de aquella que han efectuado los órganos jurisdiccionales internacionales autorizados por los propios Estados para aplicar e interpretar las referidas normas internacionales? ¿La existencia de un margen de apreciación nacional es una cuestión que decide el tribunal nacional o el tribunal internacional actuando como órgano de control?

¿Cuál es el rol que juegan, en la determinación del margen de apreciación nacional, el juicio de proporcionalidad y la ponderación, respecto del estándar fijado o establecido en una norma internacional de derechos

humanos (esto es desde la óptica del juez internacional quien debe examinar, en el caso concreto, si existe un margen de apreciación para el juez nacional, quien tiene una fuerte raigambre territorial y, por lo tanto, eso le proporcionaría una mayor legitimidad a su decisión)? ¿Cuál es el rol que juega en la determinación del margen de apreciación nacional el principio de discrecionalidad (nacional)?

¿El margen de apreciación nacional operaría en todos los casos o solamente en aquellos que incluyen cuestiones valóricas, religiosas y culturales, muy afincadas en la comunidad nacional, cuya sensibilidad merece ser admitida como válida por el juez internacional de control?

La hipótesis inicial de trabajo es la siguiente: si un tribunal interno invoca el margen de apreciación nacional respecto de un potencial control jurisdiccional internacional es porque, al menos, está realizando un control de convencionalidad, ya que estaría aplicando e interpretando las normas contenidas en un tratado internacional de derechos humanos.

Nuestra propuesta consiste en que, el margen de apreciación nacional existe como una manifestación de la aceptación de los particularismos en el ámbito de los derechos humanos. El margen de apreciación nacional implicaría admitir que la interpretación realizada por el Estado, en especial por el juez nacional, se encuentra justificada, es la adecuada para dicha sociedad y, por lo tanto, debe ser respetada por el juez internacional. Con todo, el margen de apreciación nacional encuentra una doble limitación en: *a)* los conceptos de estándares mínimos en materia de derechos humanos, y *b)* en las normas que vinculan al Estado, incluso sin su consentimiento. Respecto de los estándares mínimos en derechos humanos, estos son fijados y actualizados periódicamente por la jurisprudencia internacional, y por el derecho internacional, tanto *hardlaw* como *softlaw*. El margen de apreciación nacional no es un derecho del Estado, y su procedencia debe ser determinada por el juez internacional de control. El margen de apreciación nacional no implica dar carta blanca, sin límites, a las autoridades del Estado para reivindicar una especie de “nacionalismo de los derechos humanos”. El margen de apreciación nacional, por su propia naturaleza, debería ser analizado desde una óptica restrictiva, la cual autorizaría valerse del mismo en situaciones excepcionales y fundadas, generalmente, relacionados con casos que incluyen cuestiones valóricas, religiosas y culturales, muy afincadas en la comunidad nacional, cuya sensibilidad merece ser admitida como válida por el juez internacional.

En consecuencia, el objetivo principal de este estudio es analizar los fundamentos en los que se basaría la doctrina del margen de apreciación nacional, determinar cuál es su sentido y alcance, examinar brevemente su origen y aspectos críticos en el ámbito europeo y su recepción en el sistema interamericano.

La metodología que usaremos en este trabajo corresponde al método dogmático jurídico, con base en un análisis documental y, en las secciones que corresponda, recurriremos al método de casos y al comparativo.

El trabajo se encuentra dividido en dos partes. La primera examinará todos los elementos que componen el margen de apreciación nacional, su origen y evolución, y su vinculación con el control de convencionalidad y el principio de proporcionalidad. La segunda parte abordará la recepción y la interconexión del margen de apreciación en el ámbito del sistema interamericano.

## II. EL MARGEN DE APRECIACIÓN: ORIGEN Y DESARROLLO

El margen de apreciación nacional es una doctrina de origen pretoriano acuñada en el contexto del sistema europeo de protección de los derechos humanos y fluye, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte EDH (Anrò, 2010; Benavides, 2009). Este es el modo en que habría que comprender el margen o poder de apreciación o discreción que se reivindica, en materia de derechos humanos, en favor de los órganos del Estado, particularmente, de los jueces nacionales. Sin perjuicio de ello, es posible encontrar algunas manifestaciones de este margen de apreciación en la actividad de órganos cuasijurisdiccionales de protección de los derechos humanos, tanto en el nivel de Naciones Unidas como en el nivel regional, así como un muy residual uso de esta noción por la jurisprudencia de la Corte IDH.<sup>1</sup> En este contexto, resulta curioso que autores que pujan por la aplicación de la doc-

---

<sup>1</sup> Respecto de estos órganos cuasijurisdiccionales de protección de los derechos humanos, cabe tener presente la relevancia que ocupan sus decisiones para los Estados. En este sentido, vale la pena recordar que el Comité de Derechos Humanos sostuvo que sus interpretaciones constituyen una determinación autoritativa de las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “The views of the Committee under the Optional Protocol represents an authoritative determination by the organ established under the Covenant itself charged with the interpretation of that instrument. These views derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Com-

trina del margen de apreciación nacional, al mismo tiempo sostengan que “[u]na simple extrapolación de los avances alcanzados en el ámbito europeo al interamericano no parece razonable en el estado actual del desarrollo de los derechos humanos” (Benavides, 2009: 309). Por su parte, Núñez argumenta que esta falta de profundidad en el uso del margen en el sistema interamericano se podría deber a que “tanto la Corte como la Comisión han sido más activistas que deferentes frente a los ordenamientos internos” (Núñez, 2008: 352). Muy probablemente, todas estas manifestaciones del margen de apreciación han sido estimuladas por la influencia de la jurisprudencia de la Corte EDH. Por esta razón, entendemos que, primeramente, se debe atender al origen y desarrollo de esta doctrina en el contexto europeo, para luego conectarlo con los desarrollos habidos en otros ámbitos, como el interamericano.

En el contexto del Consejo de Europa se ha sostenido que

...el término margen de apreciación se refiere al espacio de maniobra que los órganos de Estrasburgo están dispuestos a conceder a las autoridades nacionales cuando estas autoridades estén cumpliendo con sus obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos. Las bases jurídicas de la doctrina se pueden encontrar en la jurisprudencia, no sólo del Consejo de Estado francés, el cual ha usado el término “margen de apreciación”, sino también en aquella del sistema de derecho administrativo dentro de cada jurisdicción civil (Justus, 2009: 192).<sup>2</sup>

---

mittee under both the Covenant and the Optional Protocol” (OHCHR, CCPR/C/GC/33, 2008: párr. 13; Contreras, 2014: 240).

<sup>2</sup> “The term «margin of appreciation» refers to the space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant national authorities, in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights (the Convention). The legal basis of the doctrine may be found in jurisprudence, not only that of the French Conseil d’État, which has used the term «marge d’appréciation», but also that of the administrative law system within every civil jurisdiction. The most sophisticated and complex doctrines of administrative discretion have been developed in Germany, but the German theory of administrative discretion (Ermessensspielraum) is much narrower than the margin of appreciation as used in the Convention and EC law. At international law level, the first recourse to the margin of appreciation doctrine has occurred in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (the Court). Given the diverse cultural and legal traditions embraced by each Member State, it was difficult to identify uniform European standards of human rights. Therefore, the Convention was envisaged as the lowest common. While the issue of deference to the sovereignty of each Member State continues to be raised, the enforcement of the Strasbourg organs’ undertaking ultimately depends on the good faith and



## Completa esta idea indicando que

Su origen (en lo que afecta a su concepción y concepto) no se halla en un plano de derecho internacional público o supranacional, sino que se fundamenta en la jurisprudencia administrativa de los Estados nacionales. Así el “*Conseil d’Etat*” francés, de forma parecida, otorga a las autoridades una libertad de estimación (*pouvoir discrétionnaire*). Similares espacios de libre decisión existen también en la ciencia y praxis jurídica alemanas bajo la forma de ámbitos de valoración (*Beurteilungsspielräumen*), prerrogativas de estimación (*Einschätzungsprärogativen*), potestad discrecional (*Ermessen*), discrecionalidad de valoración (*Beurteilungsermessen*) y espacios de libre arbitrio (*Ermessenssfeiräumen*).

En este sentido, Greer ha señalado que “el significado de la expresión margen de apreciación no aparece inmediatamente como evidente para los abogados y juristas anglófonos desde que el término francés del que deriva, *marge d’appréciation*, es mejor traducido en inglés como «margin of assessment/appraisal/estimation»” (Greer, 2000: 5).

Asimismo, se ha afirmado que

...el margen de apreciación es una doctrina que la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado cuando examina si un Estado miembro ha violado la Convención. Significa que un Estado miembro está autorizado a un nivel de discreción, sujeto al control de Estrasburgo, cuando adopta medidas legislativas, administrativas o judiciales en la esfera de un derecho protegido por la Convención (Corte EDH, 2012).<sup>3</sup>

También se ha indicado al margen de apreciación como un criterio hermenéutico utilizado por los tribunales internacionales (Benavides, 2009). En esta línea, Follesdal (2018) ha señalado que este espacio para la discre-

---

continuing cooperation of the Member States” (Council of Europe, n. d.) (véase también Greer, 2000).

<sup>3</sup> “The margin of appreciation is a doctrine that the European Court of Human Rights has developed when considering whether a member State has breached the Convention. It means that a member State is permitted a degree of discretion, subject to Strasbourg supervision, when it takes legislative, administrative or judicial action in the area of a Convention right. The doctrine allows the Court to consider the fact that the Convention will be interpreted differently in different member states, given their divergent legal and cultural traditions. As the Council of Europe has observed, the margin of appreciation gives the Court the necessary flexibility to balance the sovereignty of member states with their obligations under the Convention” (ECHR, 2012: párr. 1).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

ción es especialmente importante respecto de varios objetivos que pueden entrar parcialmente en conflicto, desde conflictos entre derechos humanos en sí mismos hasta conflictos entre derechos humanos y otros objetivos importantes. En el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos se ha conceptualizado el margen de apreciación, señalando que

...allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar, de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales, el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán, por tanto, aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual (Benavides, 2009: 301).

Han sido consideradas tales circunstancias, por ejemplo, la determinación de las condiciones *de facto* que justifican la declaración de una situación de emergencia (véanse *caso Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, 1993; *caso Ireland v. The United Kingdom*, 1978; *caso Lawless v. Ireland*, 1961), la criminalización de actividades homosexuales en la vida privada entre adultos que consienten en ello (*caso Dudgeon v. The United Kingdom*, 1981), o la determinación de las circunstancias que permitan establecer un balance entre el ejercicio de la libertad de expresión y el respeto de la vida privada de las personas (*caso Faludy-Kovacs v. Hungary*, 2018: párr. 27), o bien, a propósito del establecimiento de un marco jurídico para las relaciones entre parejas del mismo sexo (*caso Orlandi and others v. Italy*, 2017). Por su parte, Gerards (2011: 102) considera que el margen de apreciación “es una herramienta útil y flexible para determinar la intensidad del control sobre las interferencias en los derechos fundamentales” (véase también Martínez, 2014: 382). Sin embargo, como hemos observado, existen visiones críticas que justamente contestan este aspecto del margen de apreciación nacional, señalando que “su uso conlleva sensación de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad” (García, 2007: 141; García, 2010; Martínez, 2014: 382). Por su parte, Cançado Trindade (2006: 390) califica el margen de apreciación como una “doctrina nebulosa que acarrea la capitulación de los mecanismos de protección internacional a las vicisitudes de la operación de los órganos de derecho interno en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos”.

La doctrina del margen de apreciación es, según Frantziou:

...una herramienta analítica usada por la Corte Europea de Derechos Humanos al valorar aquellas disposiciones de la Convención y de sus Protocolos que requieren conciliarse con otros derechos, o que necesitan ser sopesadas frente a distintos aspectos del interés público... Asegura que los derechos humanos reconocidos en la Convención se desarrollen bajo un patrón pluralista, el cual es consciente de los contextos nacionales, siempre que el piso mínimo establecido por la Convención sea efectivamente protegido (Frantziou, 2014: 1-2) (traducción).

Colmenares (2001: 72) en este sentido señala que

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece una garantía mínima. Numerosos tratados sobre derechos humanos contienen el reconocimiento de que la garantía por ellos ofrecida representa una suerte de piso, que no pretende agotar el ámbito de los derechos que merecen protección. Esta idea se encuentra estrechamente vinculada con el carácter complementario del sistema internacional de protección, que lo presenta como una garantía adicional por sobre la que deben ofrecer las leyes domésticas. Nada obsta, sin embargo, a que la protección internacional reconozca menos derechos que los recogidos en el derecho nacional. En cambio, si el orden jurídico interno no ofreciera una garantía suficiente para los derechos internacionalmente protegidos, sí se estaría infringiendo el derecho internacional. Los tratados internacionales de derechos humanos disponen así un régimen que es siempre susceptible de ampliación, más no de restricción.

De acuerdo con Benvenisti (1999: 843) la doctrina del margen de apreciación está basada en “la noción de que cada sociedad tiene derecho a cierta latitud para resolver conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales”. Por su parte, para Núñez (2008: 351), “[e]l deber de respetar la identidad constitucional se encuentra también en el fundamento de la doctrina del margen de apreciación”. Esto significaría, según Contreras (2014: 236), que “los Estados parte... pueden definir, en principio, los límites y restricciones de los derechos contenidos en el tratado, siempre sujetos a la revisión internacional. Es una doctrina que articula la deferencia internacional del TEDH respecto de las decisiones internas de los Estados”. Cabe señalar que, esta doctrina de la deferencia internacional también habría sido practicada por

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

el Tribunal de Luxemburgo, en la esfera del derecho supranacional europeo, quien “ha desarrollado una progresiva doctrina de la deferencia hacia los ordenamientos constitucionales nacionales y los valores que los inspiran” (Núñez, 2008: 349). Es decir que, específicamente, en materia de derechos humanos, margen de apreciación nacional, identidad constitucional, pluralismo y diversidad de significaciones de estos derechos, van de la mano. Núñez lo ha expresado de una manera muy clara en la siguiente forma:

[L]a doctrina del margen de apreciación tiende a preservar, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional de los Estados expresada en visiones potencialmente divergentes sobre el contenido de los derechos de la persona... Esto quiere decir que un mismo derecho puede obedecer a una pluralidad diversa de fundamentaciones y, por lo tanto, de significaciones... Dada esta pluralidad de significaciones surge el conflicto de interpretaciones y, con ello, el conflicto de identidades. La doctrina del margen de apreciación asume la inevitabilidad y legitimidad de esa pluralidad de concepciones y, en armonía con el principio de subsidiariedad, impide al juez internacional subrogar la potestad de las autoridades nacionales (incluyendo las legislativas y constituyentes) para definir o cumplir los mandatos a que obliga la identidad de la propia Constitución (Núñez, 2008: 353).

En esta línea, Benavides (2009: 297) sostiene que la disparidad cultural y jurídica existente en las distintas sociedades nacionales, se refleja, entre otros, en “la generalidad con que se conciben los términos contenidos en las normas de los tratados sobre derechos humanos”, cuya concreción le corresponde a los órganos estatales de acuerdo con su específica identidad cultural y jurídica.

Cabe agregar que el 16 de mayo de 2013 se adoptó el Protocolo núm. 15 a la Convención Europea de Derechos Humanos. El Protocolo mencionado incorpora algunas de las propuestas de reforma de la Corte Europea de Derechos Humanos formuladas en la Declaración de Brighton (18-20 de abril de 2012). El Protocolo apunta a fortalecer la efectividad de la Corte, introduciéndole los siguientes cambios y modificaciones: agrega al Preámbulo de la Convención una referencia al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación, y reduce de 6 a 4 meses el plazo para presentar una demanda ante la Corte. En efecto, al final del Preámbulo se introduce un párrafo final, el cual señala lo siguiente:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de asegurar los derechos y libertades definidos en esta Convención y sus Protocolos, y que haciendo eso, ellos gozan de un margen de apreciación, sujetos a la supervisión de la Corte Europea de Derechos Humanos establecida por esta Convención.

Con la inclusión en el Preámbulo, lo que se pretende es destacar el papel de los tribunales nacionales en la aplicación y vigilancia de la Convención Europea de Derechos Humanos y subrayar el rol principal de los Estados en la protección de los derechos de los individuos bajo su jurisdicción. El Protocolo núm. 15 aún no ha entrado en vigor.

Así las cosas, el margen de apreciación nacional presenta, al menos, dos rasgos distintivos que requieren una mayor reflexión. Por un lado, el margen de apreciación se trata de una doctrina pretoriana elaborada, a lo largo de los años, por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y, tomada prestada, como se ha visto, del derecho público administrativo. En consecuencia, en principio, la doctrina del margen responde a las razones propias de ese ámbito del derecho. No hay, hasta ahora, un sustento normativo expreso para esta doctrina en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos, texto al cual los Estados se obligaron al manifestar su consentimiento en guiarse por dicho tratado.

Por otro lado, derivado de lo anterior, la doctrina iuspublicista ha sido quien ha intentado, con mayor o menor acierto, elaborar una teoría del margen de apreciación, a partir del análisis de la jurisprudencia que se refiere a ella. En este sentido, la teoría ha seguido un poco la suerte de la jurisprudencia misma, esto es, oscilante, vaga, indeterminada, sin parámetros precisos que permitan operar con predictibilidad a los actores jurídicos, sin que proporcionen, por lo tanto, certeza y seguridad jurídica. García Roca (2007: 141-142) lo ha expresado muy bien cuando señala que

La doctrina del “margen de apreciación nacional” vale para casi todo: para una cosa y su contraria. Incluso, se mantiene como motivación de algunas sentencias, pero conduce al resultado opuesto del que debería ser el lógico: un control europeo menos intenso en virtud del mayor margen nacional en la decisión que el Tribunal dice reconocer. Parece ser más una justificación, y ocasionalmente una cláusula de estilo, que un criterio de interpretación. Creo, pues, que no estamos ante una verdadera “doctrina”, pese a que así se la denomine habitualmente: ni en el sentido de una ciencia común que profesan la

mayor parte de los autores, los miembros de la “doctrina científica”; ni como “doctrina legal” en cuanto opinión ordenada que se deduce de la jurisprudencia. Tampoco creo valga como una enseñanza que la Corte imparta para instruir tanto a los Estados parte sometidos a su jurisdicción, de forma que sepan a qué atenerse respecto del grado de discrecionalidad del que gozan, como a los recurrentes, de manera que puedan prever la intensidad de la revisión europea que deben esperar. Es, en suma, una cláusula demasiado imprecisa y discrecional, un criterio de decisión no reglado y de aplicación irregular, inidóneo en buena medida para cumplir cualquiera de estos fines. Una fórmula a la que libremente acude la jurisprudencia y que resulta de vaga sistematización científica. Dista de ser una verdadera teoría jurídica.

Por su lado, García Ramírez (2014: 5), refiriéndose a las distintas “travesías” de protección de derechos humanos que han seguido Europa, África y América, señala que, a veces nos desconciertan “ciertos datos característicos de otras travesías, que en ellas asumen la mayor importancia y que para nosotros resultan todavía lejanos, e incluso muy inquietantes y riesgosos —desde nuestra propia perspectiva—, como ocurre con el margen de apreciación del sistema europeo” (véase también Gialdino, 2017: 6). En la misma línea, describiendo las debilidades e incertezas de esta doctrina, Sagüés (2013: 338) ha sostenido que la aplicación irrestricta de esta figura “podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo”.

Por esta razón, es que concordamos con García Roca, quien, esbozando el perfil deseable del margen, indica que

...es razonable pensar que el margen debería ser normalmente mínimo, necesitado de una justificación expresa, y centrado en algunos derechos de intensa configuración legal. Pero no universal o para todos los derechos ni, menos aún, máximo. Y, desde luego, debería estar fundado en las distintas realidades sociales y culturales, y no en obstáculos fácticos que redunden en inadmisibles violaciones de derechos, consagrando ulteriores indefensiones cual si fuera una patente de corso para los Estados soberanos. La tutela de los derechos humanos no es ya un huerto cerrado en manos de la soberanía estatal (García, 2007: 143).

En esta línea, el marco restrictivo del margen de apreciación lo admitiría en la medida que la interpretación nacional efectuara una interpreta-

ción conforme y *pro homine*, que no fuera *in pejus*, esto es, que mantuviera el nivel mínimo de protección garantizado internacionalmente o, al menos, que no lo desmejorara, y dejando a salvo, por cierto, el respeto irrestricto a las normas de *ius cogens*.

### 1. *Control de convencionalidad y margen de apreciación*

El control de convencionalidad puede ser definido como “el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse” (Aguilar, 2013: 722).

Parte de la doctrina vincula el margen de apreciación nacional con el control de convencionalidad. La explicación reside en que consideran que esta última constituye un “mandato que obliga a los Estados parte a internalizar la Convención Americana de Derechos Humanos (*sic*), afecta la discrecionalidad de los Estados para efectos de implementar las obligaciones contenidas en dicho tratado internacional” (Contreras, 2014: 236). Si acordamos que la doctrina del control de convencionalidad fue formulada en la sentencia del *caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, entonces, ¿lo anterior significaría que hasta antes de 2006 no existía la obligación de los Estados parte de internalizar o darle cumplimiento efectivo a la CADH? La respuesta nos parece evidente.

Desde que se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1969, siempre ha existido la obligación de los Estados parte de darle cumplimiento efectivo en el ámbito interno a las obligaciones derivadas de ella.<sup>4</sup> La doctrina del control de convencionalidad es una explicitación de una obligación *allant de soi* fundada en el derecho internacional general. Se ha sostenido que el control de convencionalidad es una manifestación de una obligación que emana del derecho internacional consuetudinario consistente en que los Estados que han asumido una obligación internacional, sea convencional u otra, se encuentran obligados a darles cumplimiento en su derecho interno, ajustando sus normas, sus políticas públicas y su práctica, ya sea administrativa o judicial (Aguilar, 2017; Nogueira y Aguilar,

<sup>4</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la OEA en 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue instalada en 1979.

2017). El Estado tiene libertad para determinar la forma concreta del cumplimiento interno con la norma internacional, pero debe satisfacer siempre el estándar mínimo y, además, debe asegurar que el individuo goce plena y efectivamente del derecho involucrado. En definitiva, el control de convencionalidad es una doctrina explicitada por la Corte IDH, a partir de una obligación general del derecho internacional, mediante la cual se establece que los Estados parte, por medio de todos sus poderes y agentes, deben velar por el respeto y cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en la CADH, especialmente a través de la práctica judicial, debiendo para ello tomar en consideración la interpretación que ha efectuado la Corte IDH de las normas de la Convención.<sup>5</sup>

De manera más específica, Contreras (2014: 266) vincula el control de convencionalidad realizado por las autoridades nacionales con el principio de discrecionalidad como uno de los elementos componentes del margen de apreciación. En efecto, este autor señala que

Esto significa que, dependiendo del tipo de control de convencionalidad de que se trate, el órgano estatal contará con más o menos discrecionalidad en su obrar. En el caso del control fuerte, los jueces estarían obligados a invalidar normas internas en correspondencia al estándar interamericano. En este caso, habría nula o muy poca discrecionalidad. Por el contrario, en el caso del control débil, la obligación de interpretación conforme al parámetro interamericano permite un margen de maniobra en el que el juez nacional puede salvar la validez de una norma interna y, a la vez, decidir un caso sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Así, estaríamos ante un grado de discrecionalidad medio. Finalmente, en el caso del control como directriz, los órganos políticos tienen un grado considerable de latitud discrecional para escoger la forma más idónea de implementar las obligaciones internacionales. La discrecionalidad, en principio, sería amplia.

---

<sup>5</sup> El llamado control difuso de convencionalidad es una creación jurídica de la Corte Interamericana, la cual, basándose en el artículo 2o. del Pacto de San José, impone a los jueces nacionales la obligación de confrontar su legislación nacional con las disposiciones de la CIDH. Establece, en concreto, bajo el título “deber de adoptar decisiones de derecho interno” que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (Fondevila, 2017: 350-351).



La Corte IDH ha vinculado concretamente el principio de subsidiariedad y de jurisdicción interamericana coadyuvante o complementaria con el control de convencionalidad realizado por el Estado parte, reconociendo que si los Estados, en ejercicio de un control de convencionalidad, han adoptado medidas, de distinta naturaleza, destinadas al mejoramiento efectivo de las condiciones penitenciarias de conformidad con los estándares de la CADH, por el momento, no se encontraría justificada su intervención (Martínez, 2014: 385). En efecto, en el asunto de las Penitenciarías de Mendoza, del 1o. de julio de 2011, Considerando 40, la Corte IDH afirmó lo siguiente:

Sin perjuicio de que concurren razones para ordenar la protección de las personas privadas de libertad en esos centros penitenciarios, la Corte ha reiterado que en atención al principio de complementariedad y subsidiariedad que informa al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, una orden de adopción o mantenimiento de medidas provisionales se justifica en situaciones contempladas bajo el artículo 63.2 de la Convención Americana, respecto de las cuales las garantías ordinarias existentes en el Estado respecto del que aquellas se solicitan resultan insuficientes o inefectivas o las autoridades internas no puedan o no quieran hacerlas prevalecer. El Estado ha informado acerca de numerosas y destacables medidas que sus autoridades administrativas y judiciales estarían adoptando como consecuencia de los hechos denunciados, que indicarían la voluntad de las autoridades de activar mecanismos concretos de prevención e investigación a nivel interno. Es decir, las autoridades internas han estado atentas a la situación de las Penitenciarías de Mendoza, desde que las medidas provisionales fueron ordenadas por este Tribunal, y han reaccionado ante los hechos que motivaron a la Comisión a solicitar la reapertura de las medidas provisionales. Esto permite asumir razonablemente que continuarán ejerciendo adecuadamente el debido control de convencionalidad, también en lo referente a las medidas de protección que en adelante sean necesarias. Por ende, el Tribunal considera que no corresponde por el momento ordenar medidas provisionales de protección.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Véase también, Corte IDH, asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, Medidas Provisionales respecto de Venezuela, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de febrero de 2008, Considerando 15. Respecto del control de convencionalidad, *cf.*, entre otros, Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006; Corte IDH, *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de

Por otra parte, la interpretación conforme opera tanto respecto de normas nacionales como de normas internacionales. El principio de interpretación conforme al que se refiere Contreras en los párrafos precedentes operaría respecto de normas internacionales de derechos humanos que producen sus efectos en el ámbito nacional. El juez nacional, esto es, cualquier juez nacional, realiza un ejercicio de interpretación conforme del derecho nacional, incluyendo la Constitución, a las normas del derecho internacional de los derechos humanos (Miranda y Navarro, 2014; Saíz, 2011; Saíz y Ferrer, 2014; Santolaya, 2013). Este tipo de interpretación conforme facilita el desarrollo de un nutrido y fructífero diálogo iniciado por el juez nacional, poniendo en interacción el derecho interno y el derecho internacional. Por su lado, la interpretación conforme respecto de normas nacionales también sería esgrimida como un mecanismo conductor del principio de deferencia. Así, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional adoptaría una actitud de deferencia respecto de la ley nacional cuando practique una interpretación conforme a la Constitución; por ejemplo, “entre distintas interpretaciones posibles de una norma, debe preferirse aquella que sea más acorde a la Constitución”, evitando, de esta manera, proceder a la declaración de invalidez de la ley (Martínez, 2014: 385).

La interpretación conforme, ya sea al derecho internacional de los derechos humanos o a la Constitución, se quiere plantear como una manifestación de la deferencia internacional o nacional, respectivamente, y, por tanto, como una muestra del poder de discrecionalidad o apreciación del que gozan los órganos estatales, fundamentalmente, en virtud del principio de distribución de competencias y de separación de poderes. Sin embargo, cabe preguntarse si realmente la interpretación conforme representa una afirmación del poder de apreciación del órgano nacional o bien, simplemente eso, un principio de interpretación, de especial relevancia en materia de derechos humanos, ya que permite al intérprete, por esta vía, adecuar el sentido y alcance de una norma nacional a la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos, según corresponda (Ferrer, 2011). Sobre todo, cabe plantearse la cuestión de por qué el intérprete nacional de derechos humanos, al momento de velar por la conformidad a la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos,

---

2006, Serie C, núm. 158, párr. 128; Corte IDH, *caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párrs. 206-208.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

debe preocuparse de efectuar aquella interpretación más favorable para el individuo, de acuerdo con el principio *pro homine* (Aguilar y Nogueira, 2016; Negishi, 2017). Cabe recordar que este principio de interpretación de derechos humanos es reconocido positivamente en diversas disposiciones convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como en el artículo 5o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 5o. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 53 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>7</sup> y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>8</sup> En este sentido, Colmenares (2001: 83) afirma que “[l]a interpretación *pro hominis* es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”.

Entonces, el principio de interpretación conforme no serviría para afirmar el principio de separación de poderes, ni una actitud de respeto, ni una autonomía del legislador o del administrador, ni una presunción de licitud, en la medida en que este margen de apreciación del que dispondrían los poderes públicos para ejercer aquellas facultades, que se reconocerían como discrecionales, vulnerara los estándares mínimos de derechos humanos establecidos en la Constitución o en el derecho internacional de los derechos humanos. O bien, la interpretación conforme sería una herramienta útil para que el Tribunal Constitucional o la Corte IDH corrigiera el ejercicio abusivo de este pretendido poder de apreciación de los poderes públicos, que, en definitiva, terminara rebajando el nivel de protección ya consagrado o efectuando una interpretación *in pejus* de los derechos de los

---

<sup>7</sup> Reproducimos a continuación la respectiva disposición porque constituye una buena muestra del espíritu del principio *pro homine*: “Artículo 53 – Nivel de protección. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000).

<sup>8</sup> Aguirre Arango (2007: 87) señala que la Convención debe ser interpretada, entre otras cosas, “de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos (interpretación *pro persona*)”.

individuos. En este sentido, vale la pena recordar que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, la CADH:

...fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre, independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, [por lo que] la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción” (Corte IDH, OC-2/82: párr. 33).

En definitiva, el control de convencionalidad, tal como aquí se ha planteado, reconoce, por cierto, un margen de apreciación al juez nacional. Pero de un modo distinto a como Contreras intenta plantearlo. En efecto, en el control de convencionalidad realizado por el juez nacional que conserva el deber de iniciar un diálogo con el juez interamericano, e incluso con otros jueces internacionales, a fin de determinar cuál es la norma más favorable para el individuo o cuál es la interpretación más beneficiosa o menos restrictiva (Mazzuoli, 2016: 41). Como se puede observar, el juez nacional conservaría un margen de maniobra para discernir sobre la norma o la interpretación más favorable para el individuo o grupo, sujeto siempre al principio del estándar mínimo y a las normas de *ius cogens*, y cualesquiera que sean las fuentes —nacionales o internacionales— de los referidos derechos (Nogueira, 2013). Todos estos elementos, sobre los que resuelve el juez nacional, quedan sujetos a un posible control por parte del juez internacional, quien, evaluando las circunstancias, decide si autoriza la decisión nacional, que se aparta de la solución internacional (Arnardóttir, 2017). En este sentido, el margen de apreciación entraría en del ámbito de la interpretación final de la Corte Interamericana.

La dificultad, entonces, se plantea porque algunos intentan oponer el margen de apreciación nacional al control de convencionalidad como una válvula de escape, para liberarse de una eventual obligación del juez estatal de cumplir con las normas y las interpretaciones provenientes de las cortes internacionales, en el caso de América Latina, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La idea de que se encontraría presente detrás de esta posición es que el control de convencionalidad obligaría a los jueces nacionales a seguir sin reflexión ni argumentación los dictados por la Corte IDH. Como ya se ha sostenido, esa idea no es exacta. Desconoce la operatividad del sistema de control de convencionalidad.

Desconoce, de igual manera, la presencia en todo este engranaje de la interpretación conforme y el principio *pro homine* (Mazzuoli y Ribeiro, 2016). Estos principios son implementados a través del diálogo entre jueces, que también es desconocido con esta afirmación. El diálogo entre jueces se encuentra en el corazón de la operatividad del control de convencionalidad. En este sentido, cabe reiterar que en el control de convencionalidad el juez nacional conservaría un margen de maniobra para discernir sobre la norma o la interpretación más favorable para el individuo o grupo, sujeto siempre al principio del estándar mínimo y a las normas de *ius cogens*, y con independencia de la fuente de los derechos a la que recurra. Como se observa, este proceder requeriría también considerar la existencia del bloque constitucional de derechos.<sup>9</sup> En consecuencia, sostenemos que no hay oposición entre margen de apreciación y control de convencionalidad, sino más bien, complementariedad.

## 2. Discrecionalidad y principio de proporcionalidad

Normalmente, en los análisis que realiza la doctrina, se intenta justificar el recurso al margen de apreciación nacional, fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, la protección de objetivos colectivos legítimos, y en segundo lugar, la restricción legítima en el goce de algunos derechos (Letsas, 2006: 709). Estas interferencias legítimas en el goce de dichos derechos pueden provenir del Estado o de particulares. Uno de los criterios que se han desarrollado para evaluar, en la revisión judicial, si la interferencia en el derecho es legítima, es el *test* o juicio de proporcionalidad (Grimm, 2007; Rivers, 2006). La Corte IDH ha explicitado en qué consiste este juicio de proporcionalidad, en sentido amplio, en relación con el examen de la licitud en la imposición de una restricción a un derecho humano. En efecto, la Corte IDH ha señalado que “un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (*Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, 2012: párr. 273).

---

<sup>9</sup> Para un visión comparada de Bolivia, Colombia y México, véanse González (2013), Ramelli (2004) y Vargas (2013).

Sin embargo, no es necesario invocar un margen o poder de apreciación o discreción por la autoridad nacional para justificar la interferencia en los objetivos colectivos legítimos o, en las restricciones o limitaciones legítimas a los derechos toda vez que ellos ya se encuentran incorporados en el diseño y regulación misma de los derechos (Cianciardo, 2010). En efecto, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho constitucional de los derechos humanos consideran, dentro de la regulación de los derechos, elementos como el interés nacional, la seguridad nacional, la prevención del crimen, o bien, la moral y las buenas costumbres. Todos estos objetivos colectivos o estas causas legítimas de restricción de un derecho ya se encuentran considerados en la aplicación e interpretación del derecho que un juez nacional debe realizar (Pati, 2005). Además, y muy relevante ya que a veces se deja de lado, “el juez nacional, al aplicar una norma de un tratado internacional, debe entenderla de acuerdo con las normas de interpretación de los tratados, ya que es ésa su fuente directa” (Colmenares, 2001: 80).

A esto, se debe agregar que, en un sistema regional de protección de los derechos humanos, tales como el sistema europeo o interamericano, aquel que decidirá en último término acerca de la concordancia entre el objetivo colectivo o la restricción impuesta al derecho por el juez nacional y el estándar mínimo consagrado en el nivel internacional, será el juez internacional de los derechos humanos (Ferrer, 2013).<sup>10</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo* de 1997, la Corte IDH indicó que

...la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso (*Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 1997: párr. 62).

---

<sup>10</sup> En este sentido, Luiz Bastos y Miotto dos Santos (2015: 184) expresan que, “no les es dado a los Estados la facultad de excusarse de cumplir tales requisitos mínimos. Se extrae de la buena fe contractual que los Estados deben conferir aplicabilidad al dispositivo que sea más protector de la garantía de los derechos humanos, tampoco importando si son disposiciones de derecho interno o estándares interpretativos fijados por la Corte”.

Como hemos mencionado anteriormente, el juez internacional, en el caso concreto, podrá recurrir al juicio de proporcionalidad para decidir si se trata de una injerencia o restricción legítima del derecho. Como se puede observar, no sería necesario apelar a un poder de discrecionalidad nacional para justificar la decisión, sino que bastaría con utilizar el criterio de la proporcionalidad, el cual operaría, en este caso, como una herramienta de interpretación.

Sabemos que parte de la doctrina conjuga interactivamente el margen de apreciación con el principio de proporcionalidad aplicado por el órgano internacional; así, se afirma que “mientras más discreción nacional se brinda, el principio de proporcionalidad se aplica con menor intensidad; por otra parte, mientras más reducido es el margen de apreciación, menor es la deferencia internacional y se lleva a cabo un examen más riguroso de proporcionalidad” (Contreras, 2014: 237; Arai-Takahashi, 2001: 14). El problema de esta formulación es que no realiza una consideración profunda de los estándares mínimos de derechos humanos que no podrían ceder por más intenso que sea el poder de discrecionalidad reconocido a las autoridades nacionales. Por lo tanto, ni siquiera invocando el margen o poder de apreciación un juez nacional podría vulnerar el estándar mínimo de protección de un determinado derecho (Frantziou, 2014). Incluso en esto coincide Núñez al señalar que

...el recurso a la identidad constitucional debe mantenerse dentro de los límites de lo internacional o constitucionalmente tolerable. Lo internacional y lo constitucionalmente admisible viene definido por un indicador negativo, el cual es el hecho de que el Estado, que invoca su derecho a la diversidad, no puede encontrarse por debajo de aquel mínimo común denominador, bajo el cual ya no cabe hablar de tolerancia hacia la diversidad (Núñez, 2008: 363).

Del mismo modo, Cançado Trindade señala que

...en relación, al menos, con este mínimo irreductible, que pertenece al dominio del *jus cogens*, no hay cómo invocar el llamado “margen de apreciación”. Su invocación indebida podría, además, minar el deber general de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos, consagrado en los tratados de derechos humanos (a ejemplo del artículo 1 (1) de la Convención Americana) (Cançado, 2006: 390).

### III. SENTIDO Y ALCANCE PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO

En esta parte, nos interesa abordar el tópico de la diversidad cultural como potencial justificación para la invocación del margen de apreciación nacional en el contexto latinoamericano y, posteriormente, examinar el recurso a la noción del margen de apreciación por parte de la Corte IDH. Sin embargo, bien vale la pena comenzar resaltando una contradicción habitual que se encuentra en parte de la doctrina que trata el margen de apreciación en el sistema interamericano. Esta contradicción pretende destacar la igualdad de condiciones en las que se encuentra la doctrina del margen de apreciación y del control de convencionalidad y, en consecuencia, deberían ser objeto de las mismas críticas en los términos siguientes.

La doctrina del margen de apreciación nacional no se encuentra en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (Hutchinson, 1999; Letsas, 2006). Lo mismo ocurre con la formulación concreta y con la denominación específica de la doctrina del control de convencionalidad (Fondevila, 2017: 350-351).

El margen de apreciación fue desarrollado por los órganos de protección de derechos humanos de Estrasburgo, al igual que el control de convencionalidad por los órganos de protección de los derechos humanos de San José.<sup>11</sup>

Aquellos que critican el control de convencionalidad utilizan, entre otros argumentos, que el control de convencionalidad no tiene sustento en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además lo critican porque es un desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH. En efecto, se sostiene que es la propia Corte IDH, a través de su jurisprudencia, la que haría obligatoria su propia jurisprudencia.

Pero, estos mismos críticos, frente a un mismo fenómeno que ocurren con el margen de apreciación nacional —que no tiene sustento en la Convención EDH y es creado por la jurisprudencia de la Corte EDH— no son capaces de realizar la misma crítica. Por el contrario, estos autores blanden las banderas del margen de apreciación nacional para hacer frente al control de convencionalidad. Lo lógico, pensamos, es que, frente a igualdad de circunstancias, las críticas que pueden ser válidas para el

---

<sup>11</sup> Sobre la nula recepción del margen de apreciación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Nash (2018).



control de convencionalidad también deberían ser válidas para el margen de apreciación nacional.

### 1. *Diversidad cultural y margen*

Como se ha visto, uno de los elementos más frecuentemente utilizados para justificar la existencia de un margen de apreciación nacional sería la presencia, en el seno de los Estados, de una diversidad social, política y cultural que justificaría el reconocimiento de un margen de discreción para la determinación del sentido y alcance de algunos derechos. En este sentido, y en relación con el margen de apreciación, Fuentes (2002: 242) señala que “la diversidad cultural existente en Europa justifica que se autorice cierta discreción a los Estados para definir el ámbito de los derechos protegidos por el sistema”. En efecto, Núñez ha afirmado que

...la doctrina del margen de apreciación es una técnica jurídica específica de coordinación de la diversidad. La función que ella cumple es constitucional en cuanto a su objeto y su fin. En cuanto a su objeto, ella modula, equilibra y resuelve el enfrentamiento de las concepciones (y, luego, de las identidades) constitucionales. Su materia, por decirlo así, es constitucional (Núñez, 2008: 353).

Asimismo, la doctrina afirma el margen de apreciación como un “criterio que permite asegurar el respeto a las legítimas diferencias en las tradiciones y culturas de los países”, por lo que este margen de apreciación actuaría como un mecanismo que haría posible la subsidiariedad (Martínez, 2014: 382; Gerards, 2011: 104). En este sentido, una vez más, la doctrina también insiste en que el principio de subsidiariedad está más presente en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos que en el europeo, porque en el primero hay una referencia directa a dicho principio en la CADH, aun cuando debe aclararse que esta Convención usa las expresiones de protección internacional “coadyuvante o complementaria” (Martínez, 2014: 384). Con todo, debe señalarse que, como regla general, todo sistema internacional de protección es subsidiario, por ello se exige, como requisito para su procedencia, el agotamiento de los recursos internos (Colmenares, 2001).

Verdugo y García (2012) intentan afirmar que, en el contexto de los Estados que forman parte del sistema interamericano existiría una diversidad

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

cultural que justificaría la procedencia del margen de apreciación nacional. Esta aseveración merece ser puesta en tela de juicio y exigiría que fuera justificada y demostrada. Con todo, esta diversidad cultural y religiosa implica reconocer y respetar la propia identidad constitucional nacional, y, por lo tanto, los márgenes de autonomía para las autoridades estatales, en la determinación de los derechos, incluyendo a los jueces nacionales.

Recordemos que el paradigma constitucionalista contemporáneo, inserto en un mundo globalizado no sólo económica, sino también jurídicamente, tiene como elementos identificadores la dignidad y los derechos humanos como mínimos que se configuran en un límite al poder, pero a todo poder (Aguilera, 2012; Lifante, 2008). En este sentido, Douzinas (2006: 316) se pregunta “¿Por qué tanto empeño en intentar codificar lo que es un ser humano?” Porque “no es impensable [según Arendt] que llegase un día en el que una humanidad muy organizada y mecanizada decidiese democráticamente —por mayoría— que sería mejor para la humanidad en su conjunto liquidar a una parte de ella” (Arendt, 1979: 299). Esto significaría que los derechos humanos emergen, en este nuevo paradigma, como un límite incluso a las decisiones adoptadas por las mayorías, cuando estas decisiones vulneran el estándar mínimo de estos derechos o bien cuando vulneran derechos o prohibiciones que obligan incluso contra la voluntad o a pesar del consentimiento de la comunidad nacional (Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011b). Y, junto con ello, cabe agregar, que, de acuerdo con Loewenstein (1976: 311), un área del control o revisión judicial que no merece dudas u objeciones es la protección de los derechos humanos contra todo tipo de injerencias ilícitas (véase también Martínez, 2014: 368). Estas injerencias pueden provenir tanto de los órganos del Estado como de los particulares. En consecuencia, los jueces, en esta labor, juegan un papel crucial (Aguilar, 2012; Del Toro, 2005). Hay que recordar que Arendt (1979: 293) nos da a entender que los derechos humanos no son un producto dado, sino una construcción, una invención humana, en constante proceso de construcción y reconstrucción.

No obstante lo anterior, aun así, parte de la doctrina nacional pretende blandir la espada de la identidad constitucional para “fundamentar, desde la dogmática constitucional, el carácter limitado que poseen” en el derecho público nacional, las denominadas fuentes no nacionales, esto es, las fuentes comparativas, las supranacionales y, particularmente, las relativas al llamado “derecho internacional de los derechos humanos” (Núñez, 2008).

Como se ve, Núñez intenta desarrollar el argumento del limitado rol de las fuentes no nacionales, especialmente en el área de los derechos humanos, en el derecho interno, en tanto que, similarmente, Martínez trata de argumentar en torno a la idea de cómo limitar el poder de control de los jueces, ya que el desafío del control judicial es “cómo evitar el activismo judicial o la sustitución de las decisiones meramente políticas por sentencias, o en donde hay tribunales constitucionales, la intromisión de éstos en las competencias de los jueces de la instancia” (Martínez, 2014: 372).

La identidad constitucional nacional es un concepto que fundamenta la legítima aspiración por la pervivencia de la individualidad de los ordenamientos constitucionales nacionales. Desde el punto de vista de su utilidad, Núñez ha afirmado que “[s]i el Derecho Internacional es un límite al ejercicio de la soberanía, la identidad constitucional es un concepto que configura, o delimita, las fronteras de dicho límite y, por lo tanto, cumple una función constitucional” (Núñez, 2008: 334). En este sentido, Núñez alude a la doctrina de los *controlímiti*, existente en el derecho comparado, desarrollada por la jurisprudencia y doctrina italianas.<sup>12</sup> Esto último resulta curioso por su postura reticente frente al derecho no nacional y, sin embargo, se sirve de la jurisprudencia y doctrina no nacional. La identidad constitucional nacional sería el fundamento que permitiría justificar el recurso al margen de apreciación nacional, lo que implicaría “un adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional” (Benavides, 2009: 298).<sup>13</sup>

Conceptualmente hablando, Núñez define la identidad constitucional “como un conjunto de rasgos que singulariza, en el plano jurídico-político, las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los Estados

---

<sup>12</sup> “[N]ella giurisprudenza della maggior parte delle Corti Costituzionali l’apertura al diritto sovranazionale non è del tutto incondizionata. Sin dagli anni ’70 dello scorso secolo alcune corti hanno individuato «clausole di salvaguardia» a protezione dei valori fondamentali che stanno al cuore dell’identità costituzionale nazionale (cd. *controlímiti*) da proteggere da ogni indebita interferenza esterna. Germania, Italia, Francia, Spagna e alcune delle corti dei paesi dell’Europa centro-orientale conoscono analoghe previsioni, volte a tutelare i principi cardine del sistema costituzionale e un nucleo indefettibile di competenze” (Cartabia, 2014: 20).

<sup>13</sup> En este sentido, Verdugo y García promueven el margen de apreciación como una doctrina que “puede generar un equilibrio importante entre el respeto por los compromisos internacionales y la independencia de comunidades políticas democráticas” (Verdugo y García, 2012: 202).

y organizaciones internacionales o supranacionales” (Núñez, 2008: 337). Incluso más, este autor indica que, en virtud de esta identidad constitucional nacional, expresada, en general, en las constituciones de los Estados, es:

...concebible que las comunidades viertan en ellas algunas decisiones o concepciones que resultan de una historia y cultura propias que son, casi por definición, únicas e irrepetibles. Esta visión fundamental —que se concretiza en ciertas concepciones fundamentales acerca de la persona, la familia, la sociedad y el Estado— se combina con otros elementos dando lugar a lo que se denomina “cultura jurídica de una comunidad” (Núñez, 2008: 338).

En efecto, esta óptica, muy cercana a un relativismo constitucional, tiene una fuerte raigambre en una concepción clásica de la soberanía nacional (Nogueira, 2000). Por lo tanto, habría que matizar estas ideas con la evolución jurídico-política que ha experimentado el Estado contemporáneo, y, particularmente, el concepto mismo de pueblo y de los distintos niveles en los que sería posible encontrar una comunidad sociopolítica que comparte valores esenciales comunes (Kondorosi, 2002; Pizzolo, 2012).

Tal como ha señalado Añon:

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución” (Añon, 2002: 28).<sup>14</sup>

Esta idea constitucionalista se ha extendido más allá de las fronteras del Estado. Incluso, Anne Peters habla de bienes constitucionales globales. Entonces, desde un punto de vista más global:

...difícilmente se puede negar que el orden jurídico internacional está en proceso de cambio desde un orden basado en la “soberanía Westfaliana” (concebida como carta blanca para que los gobiernos nacionales organizaran sus estructuras políticas y jurídicas internas sin ninguna interferencia de una autoridad externa) a un orden mundial híbrido o dualista, basado en la soberanía

---

<sup>14</sup> Siguiendo esta idea, Bechara Llanos (2011: 76) explica que “los derechos fundamentales actúan como los orientadores de todo el sistema jurídico a los que ellos pertenezcan”.

del Estado (modificada) y la autonomía o autodeterminación de los individuos. El principio de la soberanía del Estado ya no sirve como la fuente exclusiva de la legitimidad de la norma internacional (Peters, 2006: 586).

Se acepta que el corazón de todo ordenamiento constitucional en la actualidad está constituido por los derechos humanos, que se aseguran y garantizan a todas las personas, pero se afirma que los órganos internos, particularmente aquellos que gozan de mayor legitimidad democrática, tienen la potestad para darle un sentido y alcance identitarios a los derechos reconocidos (Núñez, 2009). Este margen de maniobra de los órganos del Estado, apoyado en la identidad constitucional nacional, debería ser respetado por los órganos internacionales de supervisión, ya que se basan en el ejercicio democrático de competencias soberanas (Buenader, 2018). Por ejemplo, en el caso de Chile, a partir de las normas constitucionales de los artículos 1o., 3o., 5o., 6o., 7o. y 19, núm. 26, el legislador —naturalmente también el constituyente democrático— se encuentra amparado jurídicamente para regular, delimitar y limitar los derechos fundamentales de manera acorde con la propia identidad constitucional del Estado o aquello que constituye la sustancia misma del orden constitucional chileno.<sup>15</sup>

No obstante, otros describen el respeto de estándares mínimos de derechos humanos como un elemento componente de la gobernanza democrática, lo que reduciría este margen (CEPAL, 2016: 14). Como se sostiene por un sector, los Estados tienen un amplio margen para decidir la manera y la medida concreta para dar cumplimiento a las obligaciones que provienen del derecho internacional. En ese sentido, se sostiene que el derecho internacional sería respetuoso de la soberanía del Estado y del procedimiento de toma de decisiones democráticas y, en ese contexto, habría que entender el dispositivo constitucional antes mencionado. Sin embargo, también es posible una lectura de las normas constitucionales mencionadas en el sentido de elevar los derechos fundamentales a la característica misma de la identidad constitucional nacional. El respeto y protección de estos derechos por parte del Estado, contenidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile, y vigentes, es ordenado por la propia Constitución. El Estado chileno mediante una decisión soberana y democrática dentro del marco constitucional, ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>15</sup> Sobre la expresión “identidad constitucional”, véase Bon (2014).

para aplicar e interpretar las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y eso produce un impacto en el orden constitucional nacional (Nogueira, 2017).

Como se ha observado, la identidad constitucional nacional juega un rol no sólo en la consideración de las fuentes no nacionales por el juez nacional, sino también, y muy importante mencionar, en la consideración de la interpretación internacional/supranacional de los derechos humanos por el juez nacional o, dicho de otro modo, en la mayor o menor discrecionalidad, o poder de apreciación, del juez nacional para interpretar los derechos humanos de manera diferente a la interpretación internacional/supranacional y, al mismo tiempo, el esfuerzo que se realiza por limitar la capacidad configurativa o creativa de los jueces internacionales a través de su propia interpretación.<sup>16</sup> Es por ello que un rasgo característico de los defensores de esta teoría es la gran estimación del método positivo en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, Núñez ha afirmado que

...cabe recordar que la jurisprudencia internacional se encuentra limitada por el texto de un modo mucho más grave que el juez nacional. En efecto, si bien es cierto que a partir de los instrumentos es posible defender una interpretación evolutiva, que adecue los textos “vivos... a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”, ello no significa un desprecio total por el método positivo en la interpretación de dichos instrumentos (Núñez, 2009: 513).

Y, en concordancia, Martínez ha aseverado que

Ello es de vital importancia, ya que no puede pasarse por alto el hecho de que los tratados internacionales son producto de negociaciones y acuerdos entre Estados, plasmados por escrito y traducidos por ende a palabras, a las que evidentemente éstos les han dado un sentido determinado. La buena fe internacional conlleva, por tanto, a que no pueda torcerse o desconocerse el significado de esas palabras (Martínez, 2014: 380).

---

<sup>16</sup> Se puede confrontar con la opinión de Freixes San Juan y Remotti Carbonell (1992: 99), quienes dicen que “los valores y los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión del intérprete, tanto legislativo como judicial, ya que tales órganos están vinculados no a sus propios criterios, sino a estructuras jurídicas determinadas en la propia Constitución”.

Concordando con Martínez y Núñez, la interpretación no puede conducir a torcer o desconocer el significado de las palabras de un tratado de derechos humanos, se debe reconocer que una regla de carácter pretoriano ya consolidada, pero que encuentra un fundamento en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, consiste en el carácter dinámico y evolutivo de la interpretación de los derechos humanos. Así ha sido sostenido, de manera uniforme, por la Corte EDH y por la Corte IDH.<sup>17</sup>

Como hemos señalado, la diversidad cultural y religiosa es mayor en el contexto europeo que en el ámbito latinoamericano. Insistimos en sostener que la envergadura de la diversidad cultural es menor en Latinoamérica porque los Estados tienen historias y han seguido trayectorias muy semejantes. En efecto, Fuentes (2002: 242) indica que “[e]sta diversidad cultural no sería tan evidente en el caso latinoamericano, en que es posible encontrar mayor consenso en los derechos fundamentales, motivo por el cual no ha surgido ni se requiere una doctrina del margen de apreciación como la que existe en el sistema europeo”. Esto último podría ser una muy probable explicación de por qué el margen de apreciación ha tenido mucho más éxito en el sistema europeo de protección de los derechos humanos que en el interamericano (Contreras, 2014: 246). Incluso, la diversidad cultural hace un llamado al diálogo en derechos humanos, precisamente, con el fin de lograr un respeto de la diversidad y el reconocimiento de la diferencia, inspirado por la observancia de un mínimo ético irreductible (Piovesan, 2017: 62). Justamente, como hemos señalado, en este contexto, el control de convencionalidad se configura como una herramienta útil para promover y fortalecer el diálogo entre la diversidad de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos. En este sentido, ya hemos observado que el margen de apreciación, por su propia naturaleza, debería ser analizado desde una óptica restrictiva, la cual autorizaría valerse del mismo en situaciones excepcionales y fundadas. En consecuencia, esta perspectiva se convierte en más exigente para el juez estatal, quien tiene un deber de justificar fundadamente su solución nacional (Aguilar, 2018).

Generalmente, el margen de apreciación estará relacionado con casos que incluyen cuestiones valóricas, religiosas y culturales, muy afincadas en la comunidad nacional, cuya sensibilidad merece ser admitida como váli-

---

<sup>17</sup> Véase, como uno de los casos emblemáticos en este sentido, Corte EDH, *Tyrrer v. The United Kingdom*, Application núm. 5856/72, 1978, párr. 31.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

da por el juez internacional. Para ello, reiteramos, el juez nacional deberá efectuar una labor persuasiva a través de su argumentación en el sentido de que su interpretación de los derechos es la más adecuada para su realidad cultural y constitucional, pero, al mismo tiempo que respeta los estándares mínimos (Molina, 2018), las normas de *ius cogens* (Clérico, 2018: 299) y, en virtud del principio *pro homine*, dicha interpretación es más favorable para los derechos del individuo o comunidad afectada, considerando el bloque constitucional de derechos (Bogdandy, 2013: 55-56; Bogdandy, 2015).

## 2. *El margen de apreciación en el sistema interamericano*

Como se ha dicho, son pocos los casos en los cuales se ha recurrido al margen de apreciación en la Corte IDH. Benavides sostiene que esta doctrina europea no ha tenido mucho uso en la Corte IDH porque ha tenido pocos casos en comparación con la Corte EDH y, sobre todo, porque “no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal aplicado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el *corpus iuris* internacional” (Benavides, 2009: 308). Así, esta autora observa la referencia al *corpus iuris* internacional como una manifestación del universalismo, en desmedro de la consideración de las particularidades nacionales. Por otro lado, Cançado Trindade (2006: 389) señala que “[a]fortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, porque no todos los Estados parte del sistema interamericano tienen vigente un Estado de derecho pleno y, sobre todo, porque el tipo de derechos violados en el sistema europeo y en el sistema interamericano son diferentes.<sup>18</sup> Además, muchos casos planteados ante el sistema interamericano se refieren a violaciones de derechos inderogables, donde no cabe el margen de apreciación. También se debe reconocer que el conocimiento y uso del sistema internacional de protección de los derechos humanos no se encuentra tan extendido en Latinoamérica como en Europa y, por lo tanto, estas herramientas conceptuales tan específicas como la del margen de apreciación, tampoco se conocen mucho.

<sup>18</sup> Con respecto a una visión crítica de la posición de Cançado Trindade, véase Fuentes (2002: 242).



La doctrina del margen de apreciación se encuentra presente en la Corte IDH tanto a través de votos de jueces del tribunal, como de sentencias de la misma Corte. En el primer ámbito, esto es, el margen de apreciación nacional en los votos de algunos jueces de la Corte IDH podemos referirnos a los siguientes: en el caso del juez Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado del *caso Cabrera García y Montiel Flores*, señaló, a propósito de los contornos del control de convencionalidad, que

...sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010: párr. 87).

¿Es inevitable que algún órgano tenga la última palabra en derechos humanos? Sí, según hemos anotado precedentemente, debería tener la última palabra aquél órgano jurisdiccional que mejor proteja los derechos de los individuos, comunidades y pueblos, ya sea el interno o el internacional.

Asimismo, el juez Pérez Pérez señaló, en su voto parcialmente disidente en el *caso Atala*, que en el ámbito de una obligación de los Estados parte en el sentido que deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia, “es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional” (*Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*, 2012: párrs. 10, 14, 16 y 23).

Del mismo modo, algunas escasas sentencias de la Corte IDH han argumentado en distintas orientaciones a propósito del margen de apreciación. El primero de los casos que aparece usualmente invocado por la doctrina es la Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984 (Corte IDH, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”), a propósito de la modificación constitucional en Costa Rica relacionada con la naturalización, y la Corte

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

reconocería un margen para que los Estados regulen la adquisición de la nacionalidad (Martínez, 2014: 385). En efecto, a este propósito, abordando el tema desde una perspectiva restrictiva, la Corte IDH indica lo siguiente:

No habrá, pues, 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...

Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

...la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente...

Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla...

No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación (OC-4/84, 1984: párrs. 54, 58, 59, 60, 62 y 63).

En definitiva, efectivamente, la Corte IDH reconoce la existencia abstracta de un margen de apreciación del Estado para modelar el régimen de naturalización, y, nos parece que no podría ser de otro modo, porque eso entra en las opciones políticas de cada Estado, pero, al mismo tiempo, advierte, que el Estado debe tener cuidado en que la aplicación práctica de dichas exigencias no produzcan como resultado actos de discriminación, porque eso, ya se configuraría en un límite al margen de apreciación.

El segundo caso es *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004. Es un caso que aborda las posibles restricciones a la libertad de expresión en función del escrutinio periodístico a autoridades públicas y, en él, la Corte reconocería un margen para que “los Estados fijen recursos

ordinarios eficaces para proteger los derechos” (Martínez, 2014: 385). En este caso, la Corte IDH señala lo siguiente:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004: párrs. 127-128).<sup>19</sup>

Nuevamente, la Corte IDH reconoce la existencia de un margen de apreciación nacional respecto de las posibilidades de regulación del derecho a un recurso, pero advierte acerca de las restricciones indebidas al contenido mínimo del derecho.

Por último, también se analizó el margen de apreciación nacional, habiendo sido invocado por el Estado parte, en el *caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012. Este caso se trataba de examinar si la prohibición absoluta de recurrir a las técnicas de fertilización *in vitro* (FIV) es compatible con los estándares de protección de los derechos establecidos en la CADH. En este caso, particularmente debatido por la academia que aborda el margen de apreciación, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4o. de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal...

Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte IDH, *caso Baena Ricardo y otros*, Competencia. Sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104, párr. 95; Corte IDH, *caso Cantos*, Excepciones Preliminares. Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 85, párrs. 37 y 95. Sobre el mayor margen de tolerancia al escrutinio público tratándose de los funcionarios que detentan cargos públicos, véase Corte IDH, *caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, núm. 111, párrs. 97-98.

derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención, la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional (*Caso Artavia Murillo y otros [“Fecundación in vitro”] vs. Costa Rica*, 2012: párrs. 256, 272, 273, 274, 314, 315 y 316).

En este caso, la Corte IDH no admite el margen de apreciación del juez nacional debido a que, en ejercicio de la ponderación y del *test* de proporcionalidad, resulta que la interferencia estatal es desproporcionada, esto es, cae por debajo del estándar mínimo respecto de la vida privada y familiar y, sobre todo, porque produce efectos discriminatorios.

Otro caso, lejano porque no se refiere al margen de apreciación, podría ser el caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008. En este caso, la Corte debía resolver si la prohibición por la ley electoral mexicana de la presentación de candidaturas independientes era compatible con los estándares establecidos en la CADH. Según Contreras, en este caso, la Corte utiliza niveles de deferencia internacional reconociendo espacios de discrecionalidad estatal en conexión con la búsqueda de la existencia de un consenso en la materia entre los Estados parte. En efecto:

La Corte declara que “[e]n la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes”. Nuevamente, existe una referencia al consenso regional —o la ausencia del mismo— con el objeto de determinar la práctica de los Estados parte en el cumplimiento de la CADH, similar al análisis de margen de apreciación” (Contreras, 2014: 249).

En este contexto, los jueces interamericanos (Corte IDH) disponen que “que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales” (*Caso Castañeda Gutman vs. México*, 2008: párr. 204). La doctrina podría identificar en este

párrafo el reconocimiento interamericano a la discrecionalidad estatal. Es cierto que en esta materia los Estados gozan de discrecionalidad en la elección concreta del medio empleado para garantizar el derecho. La razón consiste en que el estándar interamericano no se refiere al modelo electoral concreto, cualquiera es admisible a los ojos de los jueces interamericanos, en la medida que satisfagan el estándar de participación política. La distinción es tenue pero relevante, porque cuando hablamos de margen de apreciación, éste opera dentro del estándar mismo. Y esto es muy importante porque cuando se afirma la universalidad de los derechos humanos, ello no quiere decir uniformidad en su tratamiento interno. Ello ha sido afirmado hace décadas en la Declaración de Viena de 1993.<sup>20</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Sería posible invocar un poder o margen de apreciación o discrecionalidad por parte de las autoridades estatales, especialmente, de los jueces nacionales, tan sólo respecto de un número acotado de ámbitos y derechos. Existirían razones fundadas para permitir un margen de apreciación en aquellas materias donde la diversidad cultural y valórica hace la diferencia, sin vulnerar estándares mínimos ni normas de *ius cogens*. En consecuencia, procedería que el órgano jurisdiccional internacional evaluara la admisibilidad del margen, en forma restrictiva, normalmente, en materias relacionadas con cuestiones valóricas, morales.

En aquellas materias en las que cabe el margen de apreciación nacional, el poder o margen de apreciación debe ser sujeto al control judicial, ya sea nacional del tribunal constitucional o corte suprema (dependiendo cada Estado), o bien, internacional de la Corte IDH, intérpretes últimos de su Constitución y de la CADH, respectivamente.

En los ámbitos en que cabe el margen de apreciación nacional, el órgano nacional se encuentra limitado, en su poder de apreciación o discrecio-

---

<sup>20</sup> “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993: párr. 5).

nalidad, por el estándar mínimo de derechos humanos. El estándar mínimo de derechos humanos puede provenir tanto del derecho constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, dependiendo de cuál de los dos ámbitos haya establecido el estándar más favorable para el individuo, esto es, el principio *pro homine*, ya sea porque reconoce un derecho más protector o restringe menos el derecho.

El consenso en derechos humanos se encuentra representado en el estándar mínimo de derechos humanos, contenido en las distintas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, en los tratados internacionales de estos mismo derechos. Todas aquellas áreas nuevas o novedosas, respecto de las cuales no se ha reflejado un consenso explícito en el derecho internacional de los derechos humanos, no significa que no hay consenso propiamente, sino que se debería efectuar un trabajo de derecho comparado, de búsqueda en los distintos ordenamientos jurídicos internos, si acaso de ahí se deriva la existencia de un consenso. La falta de desarrollo normativo en el derecho internacional de los derechos humanos no significa automáticamente la ausencia de consenso, como a veces se pretende.

Como resultado de largos procesos históricos, sociales, religiosos, culturales y geográficos, la configuración política de cada Estado presenta sus particularidades que deben ser respetadas en la medida que el poder soberano no decida alterarlas. Esto permitiría reconocer una identidad constitucional nacional. Incluso, en materia de derechos humanos, estos particularismos nacionales son reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, forma parte de la propia identidad constitucional nacional el reconocimiento general de la dignidad humana y de los derechos humanos al ubicarlos en el centro de esa identidad constitucional nacional. En la Constitución chilena, los artículos 1o. y 5o. son una muestra de aquello. En realidad, la identidad constitucional nacional se pretende reivindicar para justificar la posibilidad de distintas interpretaciones de un derecho humano determinado y, sobre todo, para intentar justificar una interpretación por parte de un juez nacional de un derecho humano cuya interpretación se aparte o sea diferente de la interpretación internacional. En nuestra visión, esto sería totalmente posible en la medida que la interpretación nacional efectuara una interpretación conforme y *pro homine*, que no fuera *in pejus*, esto es, que mantuviera el nivel mínimo de protección garantizado internacionalmente o, al menos, que no lo desmejorara.

El margen de apreciación complementa el control de convencionalidad siempre que los jueces nacionales tomen en cuenta el estándar mínimo, las normas de *ius cogens* y el principio *pro homine*. En estos casos, el margen se justificaría en el contexto de un diálogo jurisprudencial y se requeriría que el juez fundamente la solución nacional, argumentando, en el caso específico, poderosas razones de real diversidad cultural o valórica.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2012, “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2013, “El control de convencionalidad. Análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, vol. 9, núm. 2.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2017, “Control de convencionalidad y control de constitucionalidad: ¡juntos pero no revueltos!”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.), *Control de convencionalidad. Corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago de Chile, Triángulo.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2018, “La creación del derecho. El rol del juez y el diálogo entre jueces”, en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coord.), *Poder Judicial. Reforma constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Librotecnia.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2016, “El principio a favor de la persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, *Revista de Derecho Público*, núm. 84.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, 2012, “Las transformaciones del Estado contemporáneo: legitimidad del modelo de Estado neoconstitucional”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15.
- AGUIRRE ARANGO, José Pedro, 2007, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, año V, núm. 8.
- AÑON, María José, 2002, “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, 2001, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Nueva York, Intersentia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

- ARENDRT, Hannah, 1979, *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, Harvest Book.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll, 2017, “*Res Interpretata, Erga Omnes* Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3.
- BASTOS, Luiz M. P. Jr. y MIOTO DOS SANTOS, Rodrigo, 2015, “Los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y la inconventionalidad de la ley brasileña de inelegibilidades”, *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 1.
- BECHARA LLANOS, Abraham Zamir, 2011, “Estado constitucional de derecho. Principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 6, núm. 2.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, 2009, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1.
- BENVENISTI, Eval, 1999, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31.
- BON, Pierre, 2014, “La identidad nacional o constitucional. Una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100.
- BUENADER, Eduardo, 2018, “La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El Derecho*, Buenos Aires, año LVI.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, 2006, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- CARTABIA, Marta, 2014, “La tutela multilivello dei diritti fondamentali”. Disponible en: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_santiago2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf).
- CEPAL, 2016, “Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información. La participación pública y al acceso a la justicia. Resumen Ejecutivo”, documento DDDR/2.
- CIANCIARDO, Juan, 2010, “The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, núm. 3.
- CLÉRICO, Laura, 2018, “La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”, *REDEA. Derechos en Acción*, año 3, núm. 7.



- COLMENARES, Carmen María de, 2001, “Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno de Guatemala”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2008, “Observación General núm. 33. Obligaciones de los Estados Parte con Arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, CCPR/C/GC/33.
- CONTRERAS, Pablo, 2014, “Control de convencionalidad. Deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, núm. 2.
- COUNCIL OF EUROPE, n. d., “The Margin of Appreciation”. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp), consultado el 29 de septiembre de 2019.
- DI ANRÒ, Ilaria, 2010, “Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell’uomo”. Disponible en: <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/147971/122738/pezzo1.pdf>.
- DOUZINAS, Costas, 2006, “El fin(al) de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 7 t. 1.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012, “Margin of Appreciation”, *Open Society Justice Initiative*. Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/echr-reform-margin-of-appreciation.pdf>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2011, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2013, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso *Gelman Vs. Uruguay*)”, *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 2.
- FOLLESDAL, Andreas, 2018, “Appreciating the Margin of Appreciation”, en ETINSON, Adam (ed.), *Human Rights: Moral or Political?*, Oxford, Oxford University Press.
- FONDEVILA MARÓN, Manuel, 2017, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1.
- FRANTZIOU, Eleni, 2014, “The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law”, *UCL Policy Briefing*. Disponible en: <https://>

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

- [www.ucl.ac.uk/drupal/site\\_european-institute/sites/european-institute/files/euro-pe-briefing-margin.pdf](http://www.ucl.ac.uk/drupal/site_european-institute/sites/european-institute/files/euro-pe-briefing-margin.pdf).
- FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, 1992, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35.
- FUENTES TORRIJO, Ximena, 2002, “La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, núm. 13.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2014, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18.
- GARCÍA ROCA, Javier, 2007, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20.
- GERARDS, Janneke, 2011, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, núm. 17.
- GIALDINO, Rolando E., 2017, “¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? el caso «Fontevicchia y D’amico»”, *La Ley*.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, 2013, “Claves para entender la discusión en la SCJN. Bloque de constitucionalidad y jerarquía de fuentes”, *Animal Político*. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2013/08/28/claves-para-entender-la-discusion-en-la-scn-bloque-de-constitucionalidad-y-jerarquia-de-fuentes/>.
- GREER, Steven, 2000, *The Margin of Appreciation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf).
- GRIMM, Dieter, 2007, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 57.
- HUTCHINSON, Michael R., 1999, “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 3.
- JUSTUS VASEL, Johann, 2009, “El «Margin of Appreciation» como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 11.

- KONDOROSI, Ferenc, 2002, “Los derechos del hombre en un mundo globalizado”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 38-39.
- LETSAS, George, 2006, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, 2008, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25.
- LOEWENSTEIN, Karl, 1976, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, 2014, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, año 12, núm. 1.
- MAZZUOLI, Valerio, 2016, *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MAZZUOLI, Valerio y RIBEIRO, Dilton, 2016, “The *Pro Homine* Principle as a Fundamental aspect of International Human Rights Law”, *Meridiano 47. Journal of Global Studies*, vol. 17.
- MIRANDA CAMARENA, Adrián y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pedro, 2014, “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 13, núm. 26.
- MOLINA VERGARA, Marcela, 2018, “Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual”, *Revista Derecho*, vol. 25, núm. 1.
- NASH ROJAS, Claudio, 2018, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 11.
- NEGISHI, Yota, 2017, “The *Pro Homine* Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2000, “Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 2.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2013, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2017, “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.), *Control de convencionalidad*, corpus iuris y ius commune interamericano, Santiago de Chile, Triángulo.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2017, “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista Derecho*, año 13, núm. 15.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, 2008, “Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Revista Ius et Praxis*, año 14, núm. 2.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, 2009, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII.
- PATI, Roza, 2005, “Rights and their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective”, *Berkeley Journal of International Law*, núm. 23.
- PETERS, Anne, 2006, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19.
- PETERS, Anne, 2012, “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, *Anuario de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16.
- PIOVESAN, Flávia, 2017, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 7a. ed., Sao Paulo, Saraiva.
- PIZZOLO, Calogero, 2012, “Derecho constitucional en la Unión Europea: el «constitucionalismo multinivel» como alternativa al problema de la jerarquía normativa”, *ANALES*, núm. 42.
- RAMELLI, Alejandro, 2004, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y «bloque de constitucionalidad» en Colombia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11.
- RIVERS, Julian, 2006, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, vol. 65, núm. 1.
- SAGUÉS, Néstor, 2005, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa.
- SAÍZ ARNAIZ, Alejandro, 2011, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Hendu*, vol. 2, núm. 1.
- SAÍZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), 2014, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa.

- SANTOLAYA, Pablo, 2013, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, 2005, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112.
- VARGAS LIMA, Alan, 2013, “Los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad”, *La Gaceta Jurídica*. Disponible en: [http://www.la-razon.com/index.php?\\_url=/la\\_gaceta\\_juridica/Derechos-Humanos-Bloque-Constitucionalidad\\_0\\_1899410129.html](http://www.la-razon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/Derechos-Humanos-Bloque-Constitucionalidad_0_1899410129.html).
- VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco, 2012, “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”, *Actualidad Jurídica*, vol. 25.
- VON BOGDANDY, Armin, 2013, “*Ius Constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM.
- VON BOGDANDY, Armin, 2015, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34.

## MEDIACIÓN Y ACUERDOS REPARATORIOS EN LA METAMORFÓSICA JUSTICIA PENAL DEL SIGLO XXI\*

### *MEDIATION AND REPARATORY AGREEMENTS IN THE METAMORPHOSIS OF CRIMINAL JUSTICE OF 21st CENTURY*

Silvia BARONA VILAR\*\*

**RESUMEN:** El siglo XXI ha supuesto la consolidación del sistema acusatorio en la mayor parte de los países occidentales. Este sistema no solo comporta un cambio de norma, sino también un cambio de cultura procesal. En esa nueva cultura se han incorporado procedimientos que permiten los acuerdos y pactos; por ejemplo, en unos casos con el Ministerio Público, como sucede con las conformidades; en otros, acuerdos entre víctima y victimario, que permiten trabajar desde y con las personas, y favorecen la reparación. En un panorama de ultrapunitivismo, la justicia restaurativa y la mediación, como cauces que favorecen el diálogo, se presentan como un retorno a las personas, una bocanada de aire fresco.

**ABSTRACT:** *The 21st century has signified the consolidation of the accusatory system in most of western countries. This system not only involves a change of norm, but also a change in procedural culture. In this new culture, procedures allowing agreements and negotiations have been incorporated; for example, in some cases with the Public Prosecutor as it happens with plea-bargaining; in others, agreements between victim and victimizer, which allow working with people and favor reparation. In our current ultrapunitivism panorama, restorative justice and mediation —as instruments that favor dialogue— are presented as a return to people, a breath of fresh air.*

**Keywords:** *Restorative Justice, Mediation, Victims, Agreements, Reparation.*

**Palabras clave:** justicia restaurativa, mediación, víctimas, acuerdos, reparación.

---

\* Artículo recibido el 10 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 22 de agosto de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-2140-5838. Directora del Grupo de Investigación de Excelencia *MedArb Valencia* y presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación (Cámara Valencia). Catedrática de derecho procesal de la Universitat de València, con más de 600 publicaciones (20 libros de autoría única y 18 libros como editora), 18 tesis doctorales dirigidas, vinculaciones internacionales, tres veces doctora *honoris causa*, becaria de la Fundación Alexander von Humboldt y profesora invitada en numerosas universidades del mundo. Correo electrónico: [silvia.barona@uv.es](mailto:silvia.barona@uv.es).

SUMARIO: I. *Mediación penal, del deseo a la realidad.* II. *Contexto en el que se integra la mediación penal: quiebre del paradigma de justicia penal y reprogramación de la justicia neomoderna.* III. *Modelo restaurativo, una bocanada de aire fresco ante tanta expansión neopunitivista.* IV. *Elementos que componen la arquitectura de la mediación penal.* V. *¿Límites objetivos y subjetivos para la mediación penal?* VI. *Clases de mediación penal.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

## I. MEDIACIÓN PENAL, DEL DESEO A LA REALIDAD

En 1936 se publicaba en España la obra poética de Luis Cernuda *La realidad y el deseo*, ésta conjugaba precisamente los dos componentes que intitulan este apartado y que nos permiten emplearlos, si bien alterándolos, al entender que, en la institución que abordamos se ha ido pasando de lo que en los años venideros fue un deseo a lo que en el sistema procesal penal acusatorio actual es ya una realidad.

La incorporación en los ordenamientos jurídicos de la mediación penal, como procedimiento instrumental —no alternativo, sino complementario del proceso penal, a través del cual se puede desarrollar la justicia restaurativa con intervención activa de víctima y victimario para alcanzar los fines preventivo, resocializador y restaurativo del sistema penal— no ofrece duda alguna en la actualidad, si bien es indudable que no es suficiente —aunque es loable— la mera incorporación legal de la institución en los sistemas jurídicos, por cuanto se requiere un cambio de cultura procesal penal, una transformación en el empleo de los instrumentos de tutela por los operadores jurídicos y una metamorfosis en la justicia penal. Demasiados siglos de una práctica procesal, seguida a lo largo de los tiempos, que ha propiciado una “crisis” que, lejos de ser sencilla, comporta resistencias, en algunos casos caos, si bien estamos convencidos de que el resultado no puede sino ser lo que Nietzsche denominaba como “la estrella fugaz”, tras “el caos dentro de sí”.

Hemos asistido a lo largo del siglo XX a numerosos proyectos de incorporación de la mediación penal; proyectos que permitían avizorar cambios en la sociedad occidental, amén de buscar mecanismos que favorecieran la tutela de las personas, la visibilidad de las víctimas, el tratamiento más humano de los presuntos delincuentes y la posibilidad de su resocialización. En ese itinerario se empleó como banco de pruebas, en la mayor parte de los sistemas jurídicos, la criminalidad juvenil, incorporando proyectos pilo-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 685-720.

to de mediaciones entre víctimas y menores presuntamente autores de los hechos delictivos.<sup>1</sup>

Un verdadero laboratorio de pruebas que presentó resultados positivos y favoreció la imparable incorporación de estos instrumentos en sede penal. La mediación penal se incorporaba como medio complementario del proceso penal, favorecía acuerdos que suponían una reducción de la consecuencia jurídico-penal, la mayor satisfacción de las víctimas (no solo por una posible indemnización, sino también por la reparación personal, e incluso moral, que en muchos casos se alcanzaba) y, como efecto-consecuencia, la sociedad percibía estos métodos como una suerte de desconflictivización social, de reducción de la potencial criminalidad al favorecer la reinserción social de los condenados, amén de garantizar una reducción de gastos, lo que era ya una constante en esa búsqueda imparable y esencial de “eficiencia” del modelo jurídico procesal penal.

En esta evolución, empero, no todo fue pacífico. Antes, la resistencia del pensamiento procesal penal petrificado se instalaba en una constante percepción de obstáculos a la incorporación de la mediación penal. Se hablaba de la posible quiebra de la presunción de inocencia, de la privatización de la justicia, de la violación del principio irrefutable del *ius puniendi* estatal, de la imposibilidad de pactar la consecuencia jurídica, de la afirmación de que el proceso penal no está para garantizar a las víctimas, sino a la sociedad, y un largo etcétera. Las resistencias no se vencieron fácilmente. Y prueba de ello fue que su incorporación ha sido paulatina, e inicialmente vinculada a proyectos piloto.

Ahora bien, la realidad ha estado venciendo al deseo. La incorporación de la mediación penal se produce en el marco de una transformación en profundidad de los sistemas jurídico-procesales penales; esto es, hablar de mediación no es referirnos a una institución que emerge de forma aislada e independiente, sino un cauce que se explica en un “todo” jurídico,<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Se pueden ver los proyectos de mediación en la justicia penal juvenil de diversos países (España, Estados Unidos, Gran Bretaña, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile) en la obra colectiva de Barona Vilar (2009), referida toda ella a plantear la situación en la primera década del siglo XXI en torno a la incorporación de manifestaciones de justicia restaurativa, y esencialmente a la incorporación de la mediación penal en la justicia penal juvenil.

<sup>2</sup> De ahí que Braithwaite (2003: 1), considerado como uno de los padres de la justicia restaurativa, defendiera que, con ella se está ante un nuevo estilo de vida, un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestra conducta y la manera de actuar de los



en un sistema procesal diverso, con unos principios que exigen el “repensamiento” procesal y son los que han propiciado la metamorfosis de la justicia penal.<sup>3</sup> Una metamorfosis que tenía un componente nuclear, la necesidad de colocar como eje del ordenamiento a la persona, integrar a quienes se ven afectados directamente por la comisión de los hechos delictivos —las víctimas, las grandes olvidadas del sistema— y descosificar a los presuntos autores de los hechos delictivos, incorporando unas garantías y el reconocimiento de los derechos fundamentales del detenido, preso o condenado.

En algunos países, como en México, la transformación de la justicia fue incluso consecuencia de reformas constitucionales, que exigían cambios jurídicos procesales de envergadura, como sucedió con la reforma constitucional mexicana del 18 de junio de 2008. Esos cambios que se fueron produciendo en las últimas décadas del siglo XX y también del XXI han supuesto una revolución del pensamiento procesal penal.

Ahora bien, no basta con cambiar las normas jurídicas, que es lo que realmente se ha venido produciendo, sino que es imprescindible transformar las mentes jurídicas, el pensamiento procesal para poder poner en práctica esta nueva cultura del proceso penal, que se inspira en una búsqueda de mayores garantías para las personas, una recuperación de la víctima, un tratamiento adecuado al sujeto pasivo del proceso, una necesidad de transparencia ante la sociedad y una absoluta necesidad de capacitación de los operadores jurídicos que deben poner en práctica este nuevo pensamiento procesal. Todo ello no se alcanza solo con una norma. Se requiere tiempo y presupuesto, dado que es fundamental formar buenos profesionales que desempeñen su función y también lo es el contar con equipos humanos capacitados en la judicatura para el nuevo código, sistemas informáticos interconectados (judicatura-fiscalía-policía), medios materiales como espacios adecuados, y por todo ello se requiere de concienciación política para que el sistema funcione.

---

políticos; un proyecto que es considerado intelectual y político, encaminado a actuar frente a lo que él ha denominado la “injusticia preventiva”.

<sup>3</sup> La mediación penal es el instrumento de incorporación de la mirada restaurativa, una mirada que inculca nuevos elementos en la justicia penal, nuevos postulados, que llevan a repensar la justicia penal. A propósito de esta idea, véase Barona Vilar (2018: 224), para referir la importancia que en este repensamiento ha tenido la incorporación, no sin resistencias, de la reparación en el sistema penal.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 685-720.

Es precisamente en este modelo procesal acusatorio en el que se incorporan instrumentos complementarios del proceso penal, entre otros, e instituciones que favorecen acuerdos, reducciones del proceso, que hacen visibles a las víctimas y que favorecen manifestaciones del principio de oportunidad que eran negados históricamente en el proceso penal. Se hace visible el consentimiento de las personas —víctimas y victimarios—, en unos casos para aceptar o pactar la pena, como sucede con la conformidad, y en otros para abrir el diálogo entre las personas, en aras de construir una sociedad menos agresiva y menos revanchista, pero con el cumplimiento de los fines del sistema penal. Probablemente lo que se produce es un cambio en el *modus operandi* de la justicia penal. Durante siglos, la justicia penal fue polarizada unilateralmente en torno a la noción de castigo, y el proceso se convirtió en un monólogo basado en el interrogatorio del imputado, de la víctima y de los testigos. Todo orientado unidireccionalmente al castigo del culpable y al mantenimiento de las normas, sirviendo de intimidación al culpable y al resto de potenciales candidatos al delito, ofreciendo, como señala Ríos Martín (2008: 20), una manera de calmar la sed de retribución.

La incorporación del diálogo y los encuentros personales abren una nueva manera de afrontar esta realidad, sin perjuicio de truncar los fines preventivos y retributivos, amén de resocializadores del modelo. Pero se introduce un componente restaurativo que abre esperanzas en las personas, una mirada diversa en la que la comunicación, el diálogo, la escucha están presentes. Y todo ello a través de un procedimiento flexible, abierto, dirigido por mediadores capacitados para gestionar estas habilidades, que facilitan la comunicación y las respuestas que se pueden dar desde y con las personas directamente afectadas, víctimas y victimarios.

Todos estos ingredientes han favorecido la incorporación de la mediación penal. Se presenta como un componente más de la justicia penal neomoderna; un instrumento con más bondades que desventajas, con todo y que no debe ser el cauce ordinario de presentación social de la justicia penal, empero, sí un buen procedimiento que trabaja para conseguir mayor paz social, más reconocimiento y por tanto más respeto hacia el otro, más incorporación de valores que permiten confiar en el ser humano, amén de ofrecerse políticamente como un magnífico medio para reducir el imparable y exponencial aumento de las causas penales en la realidad judicial actual; en suma, se visibiliza como un método eficiente de la justicia.

## II. CONTEXTO EN EL QUE SE INTEGRA LA MEDIACIÓN PENAL: QUIEBRE DEL PARADIGMA DE JUSTICIA PENAL Y REPROGRAMACIÓN DE LA JUSTICIA NEOMODERNA

La mediación penal y su incorporación en los ordenamientos jurídicos no ha sido fruto de un cambio legislativo, ni siquiera de un momento concreto o por unas circunstancias concretas. Se puede decir, sin temor a equivocarnos, que los obstáculos que inicialmente encontró la implementación de los programas de mediación penal se encontraban en el modelo de justicia penal, un modelo en el que las víctimas carecían de cualquier protagonismo, en el que el Estado asumía el ejercicio del *ius puniendi* a través de un único medio, el proceso penal, y en el que los pactos o acuerdos no tenían, salvo muy excepcionales situaciones, viabilidad alguna en dicho sistema.

La configuración del modelo penal, que nos ha ido acompañando, se asentaba en una evolución histórica de la sociedad, de la concepción política y religiosa y de las diversas corrientes que fueron influyendo y exigiendo un sistema justo y garantista, que abandonara las ordalías como medios probatorios, en las que el juego de la brujería y la divinidad generaba respuestas de la comunidad o grupo ante la posible comisión de hechos reprochables como colectividad, y también que fuera progresivamente abandonando el sistema jurídico procesal penal, que encontró en el procedimiento de la Inquisición un modelo perfeccionado, técnico, que consagró las “maneras inquisitoriales” en la persecución de los hechos reprochables socialmente. Una persecución que se vino identificando más con la idea del mal, del pecado, que con la concepción moderna del control social.<sup>4</sup>

La historia mostró las dificultades iniciales, aun cuando exitosas progresivamente, para desprenderse de las “maneras procedimentales inquisitoriales”.<sup>5</sup> La estrecha vinculación del poder político con el poder religioso

---

<sup>4</sup> La idea de “pecado” que la Iglesia atribuía a aquellos comportamientos nocivos para la comunidad fue trasladándose al ámbito jurídico, y evolucionando hasta la construcción del “delito” como afrenta contra lo público, contra la sociedad, y exigiendo procedimientos y reglas de actuación frente a ellos. Se fue construyendo el mundo del derecho desde dos bloques: el derecho privado, con infracciones y sanciones disponibles para las partes y el proceso civil, asentado en la oportunidad y la disponibilidad; y el derecho penal, con delitos que trascienden de la esfera individual y se proyectan sobre la sociedad en su conjunto, por conductas reprochables desde la comunidad, y para su castigo se requieren métodos más duros, controlados por el poder político y eclesial (Alessi, 2001: 13).

<sup>5</sup> Sobre la historia del proceso penal véase Barona Vilar (2017a).

generó una enorme influencia en la sede penal, de la manera en que se perseguía y se castigaba por los pecados cometidos, con una asimilación de las técnicas y perfeccionamiento procedimental para aplicar los métodos de interrogatorio y de instrucción que la Inquisición diseñó y aplicó para el castigo de los herejes. Esa influencia vino favorecida por la aparición de los estudios jurídicos en las universidades europeas. Los juristas eran formados en las universidades y la formación se impartía por los canonistas, cultos, concedores del latín, convertidos en profesores universitarios, y fueron quienes favorecieron, entre otras cosas, la aprobación de las Decretales papales y la obra científica que permitió expandir la fe cristiana, y también los ritos que se fueron aplicando por la Inquisición romana, inicialmente configurada para la lucha contra las herejías, que inspiró las maneras procedimentales para responder ante los reproches sociales penales (Salvioli, 1969: 356-357; Barona, 2017a: 108-109).

Las doctrinas y corrientes de pensamiento que emergieron a lo largo de los siglos —humanistas, la Ilustración, el pensamiento revolucionario, etcétera— favorecieron la transformación de ese modelo inquisitorial penal, que se circunscribía al instrumento del tormento y la tortura como métodos de averiguación de la verdad, o lo que es lo mismo, como la vía adecuada para que quien quedaba afecto a un proceso como acusado —cosificado en todo caso— confesara los hechos. Lo que importaba bajo la inspiración de la Inquisición era conseguir la condena como fin esencial del procedimiento penal y, por tanto, el castigo del acusado. Fue progresivamente exigiéndose un cambio de modelo, una evolución transformativa que, virara hasta ubicar al acusado como eje del sistema garantista penal, o lo que es lo mismo, se produjo el efecto pendular de la cosificación a la conversión de persona con derechos o, en términos expuestos por Hannah Arendt en su obra *El origen del totalitarismo*, en “persona con derecho a tener derechos”.

En esa evolución se produjo un paso adelante en la conformación del proceso penal, un verdadero instrumento a través del cual se desarrollaban dos fases: una primera, sumarial, inquisitiva y secreta, sin participación del sospechoso y que servía para preparar el juicio; y una segunda fase plenaria acusatoria, que servía para fijar las posiciones y para producir las pruebas de las partes. Algo iba cambiando por cuanto el proceso respondía a esas necesidades de garantizar a la sociedad la búsqueda de la verdad desde y por el respeto a los derechos del sujeto (ya no objeto ni cosa) del

proceso penal. Todo ello sin perjuicio de considerar que, pese al diseño de estas dos fases, el peso de la fase sumarial era mayor que el plenario, lo que perturbaba, cuando no frustraba, el modelo legalmente consagrado.

El tiempo también lo curó todo, y así fue avanzado el siglo XX, cuando las reformas procesales penales y el auge del constitucionalismo moderno de ese siglo propició un cambio, tanto en la ley como en la cultura procesal penal. El proceso se convirtió en el instrumento en el que se determina si hubo hecho, si éste era delictivo, si existe culpable, y si debe o no aplicarse la consecuencia penal derivada de la comisión del hecho delictivo. De este modo, el proceso sirve tanto a quien siendo culpable se le debe imponer la consecuencia jurídica, con garantías, como a quien no siéndolo se le declarará inocente, todo a través de ese proceso con garantías.

Éste fue el paradigma de la justicia penal<sup>6</sup> durante un periodo que vino marcado por las conquistas del ciudadano, por sus derechos, por la consagración constitucional de los mismos. Un paradigma que fue calando en la sociedad moderna de Occidente, en la que el sistema procesal penal viraba sobre el Estado, un Estado potente, que ejercía una misión protectora de sus ciudadanos —que fueron perdiendo la condición de súbditos—. Pero, ya no hablamos de un Estado totalitario, sino de uno especialmente protector, y ello por cuanto asume funciones impulsoras de la denominada justicia social del siglo XX (Barona, 2017a: 259-274). El Estado consideraba políticamente a la justicia como uno de los pilares esenciales del Estado. Desde esa concepción ideológica de la justicia al Estado, le importa no solo diseñar, sino también costear y controlar el ejercicio del derecho reconocido a los ciudadanos, a los medios y a los protagonistas del mismo.

En ese paradigma, difícilmente tenía, y podía no tener, buen encaje un instrumento como el de la mediación, precisamente por la ausencia de la víctima, por su invisibilidad, por su estado de “nada” o vacío legal,<sup>7</sup> que

---

<sup>6</sup> Kuhn (1962: 57) se refería al término “paradigma” referido, desde su posición de filósofo y científico, a lo que denominaba los “dogmas científicos”, esto es, las “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”. Consideraba “paradigma” una estructura conceptual en la investigación científica que los científicos no ponen en duda. Ese concepto se puede cambiar a lo largo de la historia debido a crisis o rupturas traumáticas de los dogmas o criterios, generando lo que denominó la “crisis del paradigma”.

<sup>7</sup> En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, así lo refiere Fattah (1991: 45). Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtllichen Nichts*, al que se refiere Kilchling (1995: 1).

respondía a ese modelo de justicia penal en la que el Estado asumía la persecución de los hechos y la aplicación del reproche correspondiente. Los hechos delictivos son afrentas a la sociedad. Las víctimas fueron apartadas del proceso penal a medida que la línea entre el proceso penal y el civil era más nítida. Se produjo lo que algún autor consideró como la expropiación del conflicto a las personas que originariamente se hallaban involucradas en él (Highton *et al.*, 1998: 41).

Hay que considerar que, en ese interés del Estado por “lo penal”, el desequilibrio entre los dos ejes del sistema —el derecho penal y el derecho procesal penal— ha sido una constante. Si bien, hemos asistido a una profusión del derecho penal, a una maximización del mismo, a una expansión, a una concepción del derecho penal como un “sanalotodo”, no se ha mostrado paralelamente interés con la misma intensidad por el proceso penal, máxime cuando éste es el medio a través del cual es posible aplicar el derecho penal al caso concreto. La evolución ha sido (por mucho) siempre más lenta en materia procesal penal que en materia penal. No en vano, Carnelutti (1946: 73) hablaba del proceso penal como la “*cenerentola* del derecho procesal”.

En las últimas décadas del siglo XX, y en el XXI, hemos asistido a un imparable crecimiento y expansión del derecho penal. Bajo el contexto de la *sociedad mundial del riesgo* (Beck, 1999; véase también Beck, 2004: 421-439), concepto que engloba “la sociedad mundial”, la “sociedad de la información” y la “sociedad del riesgo” que tanto inciden sobre la evolución de la criminalidad (Sieber, 2008: 126-127; y previamente, Sieber, 2006: 35-79), los poderes públicos responden con mayor control social, ante una amenaza de inseguridad global. La respuesta penal pasa de ser la *ultima ratio* a la primera, y se insiste, de forma peligrosa, en una urgente necesidad de protección de la seguridad ciudadana —repárese, no seguridad de los ciudadanos, sino una suerte de mantenimiento del orden—, en detrimento de los derechos de la ciudadanía. La insatisfacción y el desencanto ante esto ha encontrado contestación en las aulas y también en la calle (Zaffaroni, 2006: 229).

La globalización ha influido de forma palmaria. Evidentemente esos nuevos riesgos de la sociedad moderna existen, y en gran medida las causas técnicas, o, si cabe, los desarrollos técnicos (Bonss, 1995: 80), así como los económicos y los políticos, derivados del movimiento global, han pro-

pulsado mayor complejidad delictiva, favoreciendo la aparición del “derecho penal de la seguridad”.

Todo esto presenta un quiebre del viejo paradigma de justicia penal (protectora y garantista), un quiebre que ha venido acompañado de una reprogramación del modelo de justicia, que presenta en muchos casos una clara involución y regresión en las conquistas de derechos, en las garantías procesales.

Las variables sociales, sociológicas, políticas, económicas y culturales presentan una sociedad más compleja que ha favorecido los altos índices de conflictividad y de diversidad conflictual, amén de un imparable aumento exponencial de la criminalidad, siendo muchos los causantes de esta situación: por un lado, la complejidad social ha favorecido las desigualdades, las angustias y los desencantos, ha fomentado las frustraciones y, en ciertos casos, las actitudes reaccionarias y violencias, cuya respuesta ha ido cada vez más encontrando respuesta penal; por otro, la realidad social inquietante que se nos presenta favorece, requiere y exige cada vez más derecho penal. Aquel pasado en el que el derecho penal era considerado como la *ultima ratio* ha desaparecido y tenemos un derecho penal omnipresente, que alcanza a todos los ámbitos de las relaciones jurídicas y se convierte en la primera opción para la ciudadanía. Se presenta como la mejor y más rápida de las posibles respuestas que los poderes políticos pueden ofrecerle. Ahora bien, ni la sensación y percepción de frustración y desencanto de la ciudadanía ha disminuido, ni tampoco lo ha hecho en estos últimos tiempos la criminalidad.

En ese escenario se produce paulatina, pero imparablemente, un cambio de paradigma de la justicia penal, abandonando los postulados liberales y los del Estado social de derecho, para propiciar una transformación de dicha justicia, una transformación que se justifica en la *new society* (global, económica, digital, tecnológica, pragmática, y también líquida)<sup>8</sup> que nos ha tocado vivir y en la que los parámetros o estándares de justicia también se han reprogramado. Se busca el control y la seguridad, una evidente expansión del derecho penal,<sup>9</sup> una fascinación por éste que ha llevado a

---

<sup>8</sup> Posición que hemos mantenido en el desarrollo de aquellos componentes que nos hacen aplicable la noción de Bauman de la liquidez a la justicia penal, considerando al respecto que estamos ante un escenario de justicia penal líquida (Barona, 2017b).

<sup>9</sup> Hablar de la expansión del derecho penal exige conocer la obra de Jesús María Silva Sánchez, y muy especialmente la que publicó en 2011, a través de la cual exponía los fundamentos de esta construcción.

aprobar, bajo una denominada ola de emergencia, normas que suponen una verdadera inflación y endurecimiento de la ley penal (Barona, 2016: 49-50), provocando lo que se ha denominado como el neopunitivismo o la cuarta velocidad del derecho penal.<sup>10</sup>

Asistimos a un derecho penal cada vez más rollizo, empero, sin que venga acompañado de un interés por el proceso penal, que, a la postre, es el instrumento que se ha diseñado en las sociedades modernas y neomodernas para garantizar derechos y libertades, tanto personales como sociales. Se diseñan sistemas procesales penales acusatorios que quedan, en muchos casos, en papel mojado, por causa de esa exigencia de reprogramación del derecho penal de la seguridad. Se requiere respuestas rápidas, inmediatas si cabe, a esa criminalidad que se le escapa cada vez más a los Estados, que supera sus fronteras, que favorece el discurso de la *securitization*, que incorpora nuevos actores en la persecución y respuesta a la criminalidad: aparecen comisiones intrarregionales de cooperación y auxilio, nuevos tribunales supranacionales o internacionales, que favorecen una respuesta globalizada, que lamina en muchos casos lo “local”, lo propio, que queda catapultado por una primacía del pensamiento global (Barona, 2018); obviamente un pensamiento diseñado por los más poderosos. En suma, se justifica una necesidad de mayor control social, dirigiendo una sociedad engeñecida que quiere justificar —empleando términos de Habermas—, “la expansión e intensificación de sus propias fuerzas con la expansión e intensificación de las fuerzas del otro”; es decir, un “más derecho penal” o “una expansión masiva de lo penal” (Habermas, 1991: 432), cercenando los axiomas democráticos, los derechos fundamentales y los derechos humanos.<sup>11</sup>

En esta sociedad altamente esquizofrénica que proyecta riesgo, miedo, y control, bajo un modelo penal de la seguridad, se alimenta un modelo de tutela penal de dos velocidades: el sistema represivo, restrictivo y negativo de derechos y garantías para “los otros”, los enemigos del sistema y de la sociedad (los débiles, los de otras religiones, los de otra raza, los de otros países, etcétera); una suerte de incorporación de bondades que permiten la abreviación de los procedimientos, los acuerdos, los pactos, las reducciones

<sup>10</sup> Para un desarrollo de esta profusión de neopunitivismo, véase Pastor (2005).

<sup>11</sup> Planteamiento que realizamos en los primeros años del siglo XXI referidos precisamente a estos postulados que la globalización incorporó a la sociedad (Barona, 2004).



de penas o las sustituciones de éstas, por otras consecuencias jurídicas diversas, pensando todo ello para “nosotros”.

Es en el marco de esa esquizofrenia jurídico-penal y procesal penal cuando la reprogramación del modelo y del sistema va a ir integrando e incorporando unos mecanismos que se denominan “alternativos”, “salidas”, “premios”, “acuerdos”, que van a ir favoreciendo la incorporación de la justicia penal restaurativa. Y esa justicia penal restaurativa va a necesitar de unos servicios restaurativos, regulados en los ordenamientos jurídicos, para la protección de las víctimas y para favorecer políticas resocializadoras. Con todo ello, se produce el “resurgimiento” de las víctimas,<sup>12</sup> y con ellas, la incorporación de criterios de oportunidad en los procesos penales acusatorios.

Ahora bien, este retrato también va a propiciar una aplicación de varias velocidades del sistema penal y procesal penal, con línea divisoria entre poderosos y débiles, entre ricos y pobres. Esa separación entre nosotros y ellos, entre amigos y enemigos, supone una crisis profunda de la igualdad. Ha sido contestada, entre otros, por Ferrajoli (2016: 19), quien denuncia la crisis rotunda del derecho penal y su ineficiencia para dar respuesta a estas nuevas formas de criminalidad y la necesidad de una imprescindible mutación del derecho penal, que permita hacer frente a este nuevo escenario, que lucha contra lo que Maier denominó como un derecho penal “sanalo-todo” (Maier, 2009: 117).

En ese escenario, y favorecido por el modelo procesal penal acusatorio y el principio de oportunidad, emerge una institución, la mediación penal, que permite trabajar presuntas víctimas y presuntos victimarios para alcanzar respuestas restaurativas también incorporadas al proceso penal y con efectos procesales; por ejemplo, el acortamiento del proceso para dar contenido a la resolución que pone fin al mismo, con todo y que la mediación permite alcanzar “acuerdos reparatorios” que, irradian beneficios a las víctimas, a los victimarios y también a la sociedad misma; acuerdos que no son sino la especie del concepto genérico que se consagró con la justicia restaurativa. Ésta integra esa suerte de acuerdos reparatorios o reparatorios, expresión de la función de restaurar genéricamente considerada. La reparación moral o material a las víctimas, a los victimarios y a la sociedad, permiten la culminación del modelo restaurativo.

---

<sup>12</sup> Estudio detallado sobre la víctima, véase en Gómez Colomer (2015).

### III. MODELO RESTAURATIVO, UNA BOCANADA DE AIRE FRESCO ANTE TANTA EXPANSIÓN NEOPUNITIVISTA

Hemos asistido a una paulatina incorporación de la justicia restaurativa en estas últimas décadas, y con ella, o tras ella, la mediación penal se ha colado en los ordenamientos jurídicos. La mediación penal no es la única manifestación de la justicia restaurativa, pero sí es probablemente la que mayor entidad ha adquirido en los sistemas jurídicos, presentándose como un procedimiento complementario del proceso penal, en el que bajo la dirección de un mediador o un equipo técnico de mediación, con intervención de víctimas y victimarios, y con aplicación de técnicas de escucha activa, comunicación, diálogo, etcétera, se puede dar debido cumplimiento a las tres funciones del derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa.

En unos casos, el espacio ganado por la mediación ha sido por convicción, en respuesta a esa necesidad de dar visibilidad a las víctimas, de garantizar la resocialización del autor de los hechos y de favorecer una reducción de la criminalidad; si bien en otros casos se ha presentado como medida “eficiente”, a saber, como un anillo más de la larga cadena de instrumentos que pretenden alcanzar ese “menos proceso”.<sup>13</sup>

El modelo restaurativo penal ha adquirido un verdadero protagonismo a finales del siglo XX y ya está consolidado en el XXI. No ha surgido para sustituir los fines preventivos de la pena, sino para formar parte de un todo, de manera que convivan componentes retributivos, preventivos, resocializadores y restaurativos (Sherman y Strang, 2007: 52). Así, la justicia restaurativa ha ido adentrándose en la mayor parte de los países y sistemas jurídicos, se ha colado entre sus funciones, afianzándose en numerosas manifestaciones que hoy son ya incuestionables (Barona, 2011: 27-40).

En una sociedad con una enorme crisis de identidad, estructural y coyuntural, y con una absoluta regresión de las garantías, la justicia restaurativa insufla nuevos planteamientos sociales, integradores colectivamente y de convivencia, que inspiran una verdadera y mejor transformación so-

---

<sup>13</sup> Si el empleo de la mediación penal se realiza desde las gafas del pensamiento economicista, una institución como ésta podría ser presentada con optimismo político, al considerar que favorece el acortamiento de los procesos y con ello menos trabajo, menos desgaste de medios, de personal y mucho menos presupuesto económico; es decir, estaríamos simplificando las cosas para licuar mucho más el proceso, propiciando su liquidez (Barona, 2017a: 614).

cial, tan necesarios en estos momentos.<sup>14</sup> Con la introducción de conceptos como “reconocimiento del otro”, “escucha”, “paz”, “diálogo”, “responsabilidad”, etcétera, se ofrece una bocanada de aire a una sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada (Barona, 2015: 202-203).

El espíritu restaurativo se presenta como una bocanada de aire que ha venido en gran medida impulsada y favorecida, con mayor o menor intensidad, por teorías o movimientos, tales como las teorías abolicionistas,<sup>15</sup> los movimientos feministas, los movimientos humanistas, la victimología, así como los movimientos *restorative justice* y de justicia reconstructiva. Este modelo se asienta en la combinación de la trilogía víctima-infractor-sociedad (o Estado, en suma) para poder alcanzar el equilibrio. Ofrece una respuesta desde las personas, trabajando el reconocimiento del otro, que, obviamente pasa por otorgar la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño causado. También las víctimas tienen la posibilidad de reconocer al otro, escuchando su relato.

Son plurales las denominaciones que se han incorporado. Podríamos considerar que estos componentes expuestos darían lugar a lo que se denomina “justicia restaurativa”, como género conceptual. Y con ella se ofrece una mirada de la justicia diversa. Esa mirada, sin embargo, puede centrarse en la reparación, y por eso se habla de justicia reparadora (entendiendo reparación tanto la moral como la económica, empero también la simbólica), y también se ha extendido a lo que, especialmente en ciertos ámbitos (políticos y complejos) se ha denominado “justicia reconstructiva”; en esta última, existe un objetivo esencial: alcanzar la paz social, una paz que en

---

<sup>14</sup> Se asume un punto de vista subjetivo diverso cuando ya no pivota el modelo exclusivamente sobre el delincuente y la respuesta social frente a las conductas antisociales, aceptándose que las víctimas tienen un protagonismo en el mismo. Asistimos, por ello, al momento en el que se pretende desentrañar el sentido profundo del dogma de la neutralización de la víctima, en palabras de Tamarit Sumalla (2005: 31), que se encuentra en la superación de la autotutela, la sublimación y racionalización de los instintos de venganza, la minimización de la violencia, la democratización de la seguridad y la voluntad de impedir la negación de la dimensión humana del infractor y, por lo tanto, los derechos del mismo y el *due process*, el derecho a un proceso justo, amén de la opción por la reinserción social.

<sup>15</sup> El planteamiento y los desafíos de los abolicionistas, o si cabe en algunos casos minimalistas, puede verse en la obra de Christie *et al.* (1989), en la que se sostiene la ineficiencia y frustración del sistema punitivo y por ello se defiende su abolición y, en todo caso, su reducción a mínimos.

ocasiones exige comisiones de la verdad, exige “orillar las normas penales”, exige indultos, todo ello bajo una necesidad de recomponer una sociedad dividida o destruida, especialmente por el odio, el rencor, la violencia sufrida, etcétera; una sociedad en la que el sistema penal legalmente establecido no solo no alcanza a dar respuesta satisfactoria, sino que la respuesta es la menos adecuada para alcanzar la reconstrucción social. En el caso de la justicia restaurativa las funciones del sistema penal siguen presentes; por ejemplo, en el caso de la justicia reconstructiva,<sup>16</sup> existen fines superiores a la norma penal que justifican su misma inaplicación. Sin embargo, en ambas manifestaciones, el diálogo y la comunicación son los elementos nucleares que componen esa mirada de la justicia.

Hay quien ha defendido que el modelo restaurativo comporta un nuevo estilo de vida, dado que no sólo se concibe como una aportación hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino que “es un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos” (Braithwaite, 2003: 1), un proyecto intelectual y político mucho más ambicioso de lo que normalmente se ha venido considerando (Braithwaite, 2003: 18). Esta idea parte en su concepción de la necesidad de actuar frente a lo que denomina como “injusticia preventiva”.

La experiencia de modelos restaurativos de algunos sistemas anglosajones sirvió para manejar las prácticas de diálogo y reconciliación entre víctima y ofensor. Su estrecha vinculación con el movimiento de la solución alternativa de conflictos fue evidente, especialmente con el movimiento de recuperación de las víctimas, en cuanto se integraba perfectamente en la filosofía de la huida de lo estatalmente establecido, de los parámetros para-

---

<sup>16</sup> Este concepto de “justicia reconstructiva”, ha sido tratado en la obra de Reyes Mate (2011: 208 y 236-239), quien considera que, frente a las injusticias que destruyen la sociedad, “la justicia debe reconstruir”, refiriéndose especialmente a situaciones que se han venido soportando en países como Irlanda, Colombia, España o Italia, por motivos de terrorismo, entendiendo que tras un periodo insostenible de destrucción y de tiranía del odio es necesaria la reconstrucción, siendo a estos efectos la mediación un buen procedimiento para permitir a la sociedad y al Estado mantener el control en el marco de los intereses generales, un medio para “suturar” la fractura provocada en la sociedad por la drástica y continua destrucción social por acciones terroristas. Este autor considera que “la justicia es como un ánfora rota cuya reconstrucción depende de que encontremos a cada parte su trozo correspondiente. Las partes no son iguales, como no lo son los trozos de un objeto roto... La justicia reside en el reconocimiento de cada trozo como un fragmento del todo o, dicho de otras maneras, en la respuesta a la injusticia”.

digmáticos de actuación en materia penal y ese movimiento hacia la búsqueda de la paz social.

No se trata de sustituir una función por otra (Barnett, 1977: 279), a saber, la retributiva y preventiva por la reparativa o restitutoria, sino integrarlas (Sherman y Strang, 2007: 52) en cuanto ambas son especies de la justicia distributiva, pretendiéndose en la restauración de la distribución de los derechos existentes antes de que se produzcan los hechos, en la medida de las posibilidades, sin olvidar que también a través de la justicia restaurativa se imponen consecuencias jurídico-penales al autor —devolución de lo robado, expresión de arrepentimiento, compensación a las víctimas—, pero, en todo caso, una consecuencia que tiene un claro efecto retributivo.<sup>17</sup>

Y por supuesto no se trata de sustituir un delito como ofensa social por conflicto individual, ni eliminar la defensa del interés social por el de la víctima, sino la intrínseca simbiosis de ambos, lo que abre las puertas a un nuevo paradigma de justicia, tal como lo entendió Zehr, uno de los padres de la *restorative justice*.<sup>18</sup> Ante la inoperancia del sistema penal, este autor propone un modelo de justicia basado en la concepción del delito como una violación de las relaciones humanas, de manera que los sentimientos de las víctimas y del ofensor no se deben ver como algo periférico, sino como, el elemento nuclear del problema. El sistema se debe focalizar no tanto en el pasado como en el futuro, siendo la *restoration* el elemento de este nuevo paradigma de justicia, es decir, tratar de recomponer las relaciones sociales en lugar de imponer sufrimiento.

En el paisaje penal involucionado, regresivo, también entrópico y contradictorio viene adquiriendo espacio la mediación penal, una bocanada de aire (Barona, 2017a: 606) que permite una mirada desde las personas. Llegó bajo la fórmula de proyectos piloto en responsabilidad penal de menores, actuando como banco de pruebas suficiente para su incorporación posterior. Su imbricación en el sistema penal sancionador, a través de la

---

<sup>17</sup> Según Duff (2004: 54), la pena debe tender a comportar *in primis* una forma de diálogo con el autor del hecho, reconociendo su responsabilidad que se activa con el mantenimiento de un *face to face* con la víctima. Puede verse igualmente su posición más *in extensum* en Duff (2001).

<sup>18</sup> Zehr sostenía que no había que enfrentar la justicia restaurativa con la retributiva; lo hizo en 1990 con la aparición de su primera obra, y lo reiteró doce años después (2002: 58-59) cuando defendía: “Despite my earlier writing, I no longer see restoration as the polar opposite of retribution”.

valorización de la reparación ha supuesto una relectura de aquél desde los derechos humanos (Mannozi, 2012: 845).

#### IV. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA ARQUITECTURA DE LA MEDIACIÓN PENAL

La misión restaurativa debe desarrollarse a través de un cauce que la haga exequible. El proceso penal servirá para arropar las consecuencias derivadas de una mediación penal que finalice con acuerdos reparatorios, empero no está diseñado para que el juez que lo dirige asuma la función autocompositiva que es la propia de un mediador, amén de la heterocompositiva, que es la propia de un juez que ejerce función jurisdiccional.

Es por ello que la mediación penal es el instrumento a través del cual se va a poder ejercer la función restaurativa. Es un escenario adecuado para acoger y garantizar el desarrollo de encuentros o prácticas restaurativas que ofrecen una nueva visión de la justicia penal, asumiendo que la justicia está al servicio de los ciudadanos y no al revés, trabajando con herramientas en las que adquiere protagonismo el ser humano y no el sistema, con todo y que sus resultados, a la postre, revierten positivamente en el mismo. Esa manera de actuar es también una forma de “hacer justicia”, una forma que se ha *colado* en los ordenamientos jurídicos, con argumentos penales, procesales y de política criminal que la han favorecido en este momento histórico, caracterizado por la evolución y adaptabilidad a la realidad.

Implica el conocimiento de un método de trabajo, muchas dosis de energía y voluntad de que alcance resultados positivos y un buen abrigo legal para integrar la mediación penal en el proceso penal o, si cabe, afirmar que no es que estemos ante una vía alternativa a la vía jurisdiccional, sino ante una vía complementaria a la misma. Ciertamente esa estrecha vinculación de la mediación con las soluciones alternativas de conflictos, en cuanto modalidad de las mismas,<sup>19</sup> es, en gran medida, lo que ha propiciado que en algunas legislaciones se quisiera verla como un “sistema

---

<sup>19</sup> La solución extrajudicial de conflictos (alternativa o complementaria) vino a generar un movimiento en el mundo anglosajón, que quedó representado bajo las siglas ADR, esto es, supuso en sus orígenes *alternative dispute resolution*, si bien el paso del tiempo dejó de ser necesariamente alternativo para ser método complementario del proceso judicial. Se ha seguido manteniendo las siglas en el mundo anglosajón de ADR (o también RAC o MASC en el mundo latino), para otorgar significado a lo que se denomina como

sustitutivo del proceso penal”. Insistimos, pese a todo, no es alternativo ni sustitutivo, sino complementario. Si fuera alternativo sería excluyente del proceso, y no lo es. Es componente integrador y a integrar en el proceso penal. Solo así puede quedar cubierto por las garantías exigibles en un sistema de justicia integrado en un Estado democrático de derecho.

Forma por ello parte de esa nueva visión de la justicia integral, que ofrece *multidoors* de acceso a la tutela efectiva; tutela que comúnmente ha tenido una única vía —proceso— y unos únicos actores —los jueces— y cuya presencia es palmaria también en materia penal. La incorporación de estos nuevos instrumentos ha ido conformando, en el marco de la tutela, un nuevo paradigma de justicia, abandonando el modelo monolítico judicial y procesal, para dar paso a la mediación y a nuevos protagonistas, como los mediadores.

La mediación penal es uno de los cauces de tutela que se presentan al ciudadano, ofreciéndole una vía complementaria, más accesible y con efectos favorables, tanto para la víctima como para el victimario, desde el reconocimiento mutuo —y también por el Estado— de su capacidad para consensuar. Esta vía no pretende sustituir al proceso penal ni a los autores de la persecución penal, sino trabajar con ellos y favorecer una respuesta que cuanto menos satisfaga tripartitamente a quienes se ven inmersos en la causa penal: la sociedad, las víctimas y los ofensores. Así las cosas, hay que naturalizar a la mediación penal para configurar los elementos que componen la misma, lo que significa arrancar de la consideración de la mediación como medio de tutela penal, cauce para la aplicación de la reinsertión, la reparación y el reestablecimiento de la paz social, elementos propios de la justicia restaurativa (Barona, 2011). Los elementos que integran este cauce son, por ende:

- 1) Es una modalidad de tutela del ciudadano, junto a la tutela judicial, que en muchos casos trabaja para gestionar, desde el diálogo, la reconstrucción de la paz social, quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil (González, 2009: 25). Esta vía complementaria cumple igualmente los tres fines del sistema penal (preventivo, resocializador y restaurativo).

---

*adequated dispute resolution*. Puede verse un desarrollo del nacimiento y evolución de este movimiento y su incorporación en diversos países (Barona, 1999).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 685-720.

- 2) La mediación se fundamenta en la libertad o voluntad de las partes de sometimiento a la misma. Esto significa que quienes acuden a la mediación penal, víctima e infractor, lo hacen como un verdadero acto de libertad, sin coerción. La cuestión es determinar si se acude por voluntad bilateral de las partes o si es posible acudir por remisión del juez o del fiscal. Existe en algunos ordenamientos jurídicos la atribución exclusiva, en cuanto a la incoación del procedimiento de mediación, al fiscal (como sucede, a título de ejemplo, con el modelo francés).<sup>20</sup> Parece más coherente con los principios esenciales del *ius puniendi* que deba ser de oficio la decisión final de remitir o no al procedimiento de mediación, sin perjuicio de que la iniciativa pueda partir de las partes.

Un modelo interesante es el alemán (*Täter-Opfer-Ausgleich*), que establece que tanto el fiscal como el juez (éste solo hasta la formulación de acusación, en fase *pretrial*, artículo 153a.1, 1o. y 5o. de la StPO, y artículo 45.2 y 3o. del Código Penal de menores), puedan derivar a mediación, permitiéndose incluso en juicio oral, suspendiéndose éste mientras dure la misma (artículo 155a de la StPO). Así, la regulación en Alemania viene a consagrar la máxima de que la reparación permite eliminar el interés público en la persecución del hecho y en la ulterior previsible condena penal. En el ordenamiento alemán se ha planteado también la posibilidad de que fuere la policía la que seleccionase los asuntos a llevar a mediación, aun con algunos detractores. ¿Y si se lleva a cabo de forma no oficial, entre las partes? Sin negar viabilidad a la misma, el interrogante se centra en el valor que pueda darse al acuerdo adoptado en mediación,<sup>21</sup> quedando la eficacia jurídico-procesal de ese acuerdo condicionada a la aceptación por decisión del fiscal y del juez, que valorarán si deciden continuar con el proceso o, por el contrario, proceder a archivarlo (Bannenberg, 1993: 23-24).

- 3) La mediación es un procedimiento, no es proceso. Aun cuando proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, el procedimiento existe en cualquier actividad jurídica, siendo la

<sup>20</sup> Sobre el modelo francés, véase Etxeberria Guridi (2009: 200-201).

<sup>21</sup> Esta denominación es la que se le da en Alemania a estas posibles mediaciones penales, que se desarrollan acudiendo a un servicio de mediación penal por decisión bilateral de la víctima y el autor de los hechos, y no por remisión del órgano público de persecución.



manera formal en que se desarrolla aquélla, y proceso se refiere tan solo al ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de manera irrevocable, que no es sino la función jurisdiccional (artículo 117.3 CE). En el caso de la mediación no estamos ante función jurisdiccional, no actúa el mediador heterocompositivamente o *supra partes*, sino autocompositivamente o *intra partes*. No impone la decisión el mediador, sino que trabaja con las partes, aproximándolas, ayudándolas a asentar sus posiciones y sus intereses, que no son siempre los mismos. Este procedimiento no finaliza mediante una resolución, sino mediante un acta en la que se hará constar si se alcanzó el acuerdo entre las partes o no. Será la posterior incorporación a la resolución del acuerdo adoptado entre las partes lo que producirá efectos de cosa juzgada.

Debe ser un procedimiento flexible, poco formal, lo que no es óbice a la configuración de reglas en el procedimiento que comporten garantías (como el establecimiento de plazos) y que abrigue respeto a los derechos esenciales de igualdad, contradicción, derecho de defensa o presunción de inocencia, de modo que la informalidad, la flexibilidad y la no rigidez no comportan sino una manera de actuar que favorece la aplicación de los principios esenciales de intervención de las partes en cualquier forma de tutela efectiva de los ciudadanos (Trankle, 2007: 43).

- 4) Es un perfecto complemento del proceso penal, de ahí la necesidad de su integración en el modelo de justicia penal. Si bien la eficacia de un procedimiento de mediación penal puede llegar a alterar el desarrollo de un proceso penal, puede minimizarlo o puede suspenderlo, e incluso transformar el contenido de la condena penal en el proceso, no por ello puede afirmarse que estemos ante un cauce alternativo, sino, al contrario, ante un instrumento complementario de los tribunales.
- 5) La mediación se asienta sobre la intervención tripartita de sujetos, hallándose el mediador *inter partes*, esto es, entre la presunta víctima o persona que ha sufrido las consecuencias del delito y el victimario, que es la persona presunta autora de los hechos delictivos. El mediador trata de aproximar a la víctima y al victimario. El éxito de la mediación pasa necesariamente por dar la oportunidad a los sujetos de ser oídos. En esa función el mediador debe ser neutral e impar-

cial, sin inclinarse a favor de una parte sobre la otra (Di Chiara, 2004: 501). Ello no implica ser mero espectador, sino mantener un papel activo, reuniendo a las partes, suavizando los ánimos encrespados, actuando como guía imparcial de la discusión y asegurando que todos tengan las mismas oportunidades de hablar. Y todo ello desde el debido respeto a la confidencialidad y con la visión constructiva de traducir el lenguaje negativo en uno positivo.

Es posible igualmente que intervengan en el procedimiento de mediación terceras personas (letrados —muy conveniente—, asesores, etcétera), colaborando con cualesquiera de ellas, no siendo ni la víctima ni el victimario, sin que ello perturbe la idea de la bilateralidad. Hay que evitar la asimetría que se puede generar como consecuencia de esta posible participación de terceros, por lo que habrá de mantenerse la debida cautela.

- 6) Asentada en el principio de confidencialidad, esencia de la mediación, de manera que no debe transmitirse al juez los diálogos, debates, afirmaciones o alegaciones que se hayan realizado por las partes, sino tan solo conocerá del documento final, que es una especie de acta en la que se suscriben los posibles acuerdos, o no, de las partes. El mediador hará firmar un acta o documento de confidencialidad a las mismas. Esto comporta que si se volviere al proceso penal no debe tener valor incriminatorio lo volcado en confidencialidad por las partes en mediación, a salvo de que ambas estuvieren de acuerdo en otorgarle el valor probatorio a ciertas afirmaciones, expresiones o manifestaciones vertidas oral o por escrito por ellas. Lo contrario supondría un claro atentado al derecho a la presunción de inocencia, y provocaría —obviamente— un gran recelo a participar en la mediación por el presunto infractor.
- 7) Una de las cuestiones que se suscita en sede de mediación penal es si la derivación a la misma debe ser sufragada por las partes. Dada la naturaleza, significado y posibles consecuencias procesales penales, debiera ser gratuita para las partes. Cuestión diversa es la posible perversión que puede arrastrar la mediación penal gratuita, que no es otra que conseguir demorar el desarrollo del proceso penal con actitudes torticeras. El legislador podrá, en su caso, determinar salvedades, derivadas de conductas fraudulentas, que comporten una carga económica y excepcionen el principio de gratuidad.

## V. ¿LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA LA MEDIACIÓN PENAL?

Uno de los ejes nucleares de polémica en torno a la mediación penal ha sido y es la configuración de los límites objetivos y subjetivos en el desarrollo de la mediación penal. Abre el debate a sí es posible acudir a mediación cualesquiera que fueran los hechos delictivos presuntamente cometidos, cualesquiera que fueran las consecuencias jurídicas que se pudieren aplicar y cualesquiera que fueran las presuntas víctimas y presuntos victimarios que puedan participar, o si, por el contrario, deberíamos considerar necesario establecer los límites objetivos y subjetivos a la misma.<sup>22</sup> La cuestión es, por ello, si se defiende un modelo *numerus clausus*, limitantes y exclusivos,<sup>23</sup> o si es exequible un modelo *numerus apertus*.<sup>24</sup>

La adopción de la primera opción obligaría al legislador a configurar el elenco de delitos-hechos delictivos que podrían plantearse en mediación penal, amén de unos criterios que fijen de forma clara y excluyente quiénes podrían, y quiénes no, intervenir como víctimas o victimarios en la mediación. Se trataría de una opción cerrada. Esta fue la opción asumida por algunos países que reconocieron legalmente la mediación penal, pero con cautelas, por cuanto frente a siglos de cultura judicial y procesal la mediación, como elemento extraño al sistema, no podía efectuarse de forma abierta e ilimitada. Así se vio, a título de ejemplo, en Alemania<sup>25</sup> o en

<sup>22</sup> La doctrina que ha marcado el análisis de la mediación penal en los diversos sistemas jurídicos ha debatido esta cuestión. Son numerosas las opiniones vertidas, que van desde una posición restrictiva hasta una posición permisiva con límites, hasta una necesidad de no restringir a ningún supuesto objetivo, y dejar a los directores de la persecución penal la iniciativa. Obra de interés a estos efectos es la de Bannenberg y Rössner (2003: 51-79), que incorpora las diversas posiciones, especialmente en la doctrina alemana.

<sup>23</sup> En España, una posición limitativa la mantuvo Manzanares (2007: 53-55); y con ciertos condicionantes, entre otros, González Cano (2009: 40-43), refiriéndose especialmente al criterio de la gravedad.

<sup>24</sup> Una posición muy amplia objetivamente hablando para la mediación es la mantenida por Ríos Martín (2006: 48), quien considera posible la mediación en todo tipo de delitos salvo cuando se produzcan atentados a la autoridad o delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sin perjuicio de otros casos (delitos contra la libertad sexual, en materia de violencia de género, delitos contra la salud pública) sea el equipo técnico mediador el que valorará la conveniencia o no de la mediación, sin que esta prohibición venga determinada por la ley.

<sup>25</sup> Las experiencias restrictivas de algunos estados federales en Alemania, determinados *a priori* en los protocolos que incorporaron los proyectos piloto en mediación con adultos

Francia<sup>26</sup> en sus primeras regulaciones sobre mediación penal, en cuanto se fijaba de forma cerrada lo que se entendía podía ser *a priori* mediable o, lo que es lo mismo, establecieron límites objetivos a la mediación (sólo en caso de delitos bagatelarios, en los que no se haya empleado violencia sobre las víctimas, ni física ni psíquica; delitos económicos, delitos contra el honor, como calumnias e injurias; etcétera).

La realidad superó, empero, esta delimitación legal, favoreciendo al respecto un modelo de mediación penal que vendría no tanto determinado por las condiciones y supuestos legalmente establecidos de forma cerrada, cuanto por derivación de quienes en cada fase del proceso pudieren ser quienes ejercieran la persecución penal; esto es, se asumió como la fórmula más adecuada la de eliminar los límites legalmente establecidos y dejar que fuere el perseguidor penal el que remitiera en su caso a mediación, en atención a los hechos, pero también a las circunstancias concretas que pudieren concurrir para derivar a mediación penal.

La adopción de la segunda opción supone que no se defiende el elenco cerrado de supuestos que permiten acudir a mediación penal. Ahora bien, en este caso no se trata de habilitar la mediación penal en cualquier caso y para cada situación, sino que habrá que diseñar unos criterios que la hagan viable, amén de unas reglas de determinación de quién y cómo habrá que remitirse a la institución, una suerte de “protocolo”. En esta opción se podría pensar en la necesidad de que en la ley se establecieran unos criterios que pudieran conjugarse a efectos de considerar adecuada la derivación a mediación.

Entre estos criterios se puede hacer referencia, en primer lugar y de forma generalizada, al de la “gravedad” (González, 2009: 40-41). Cuando los hechos sean considerados como graves no es recomendable que las víctimas lleguen a trabajar en mediación con los posibles autores (Man-

---

generaron una asimetría y una cierta frustración, que llevó a la desaparición cerrada de supuestos. Al respecto, Reuber y Rössner (2003) realizan en su trabajo un análisis de estas experiencias y de cómo incidieron como legislación complementaria (federal) en la regulación que finalmente pasó a incorporarse a la norma procesal penal alemana (*Strafprozessordnung*). También puede verse Kichling (2008: 333). En la actualidad el artículo 46 del Código Penal alemán permite tanto delitos bagatelarios como graves, lo que no ha sido óbice a que algunos estados federales hayan querido ser más restrictivos.

<sup>26</sup> Las experiencias dieron lugar a la necesidad de abrir esos límites en Francia (Mbanzoulou, 2004: 43, 44 y 53; Apap, 1990: 634), en los que se exponían las tensiones que las restricciones provocaron en el modelo francés.

zanares, 2007: 53). Se asume el criterio objetivo puro, a saber, delitos que lleven aparejada una pena de gravedad. Este criterio no siempre es el más conveniente, dado que hay exponentes de delitos no graves que no es en absoluto recomendable mediar y, por otro, supuestos de hechos muy graves que, sin embargo, han sido planteados en una mediación,<sup>27</sup> debido a que han sido las mismas víctimas las que han preferido trabajar en mediación para aprender a pasar duelo como consecuencia de la pérdida de un ser querido (fuere por un delito contra la vida o incluso por un atentado terrorista). En consecuencia, no necesariamente los delitos bagatelarios serían los más adecuados para mediación penal, excluyendo desde este criterio de gravedad los delitos más graves en atención al bien jurídico protegido y a la pena a imponer.<sup>28</sup>

Ciertamente, de los numerosos proyectos piloto que se suelen desarrollar en la mayor parte de los ordenamientos con carácter previo a la incorporación legal de la mediación penal, pueden significarse una serie de delitos que podrían en abstracto ser más proclives a la mediación penal (Barona, 2011: 298-301): delitos económicos, lesiones, amenazas o coacciones, injurias y calumnias, delitos contra los derechos y deberes familiares, especialmente por impago de pensiones, y asimismo delitos contra la salud pública. Insistimos, es un elenco ejemplificativo que puede favorecer respuestas en mediación, empero no por ello es excluyente, ni siquiera en todos los casos es inclusivo, porque las variables que pueden intervenir en cada caso pueden alterar las previsiones generales instaladas. Y se excluye de los mismos la violencia de género, siendo muy controvertida la viabilidad o exclusión de estos delitos por la enorme desigualdad emocional que suelen presentar las mujeres que acuden a una posible mediación con sus victimarios.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> En el mundo anglosajón se puede observar la opinión de Sherman y Strang (2007: 21) quienes consideran que en Gran Bretaña se trabaja mejor con mecanismos de justicia restaurativa cuando se trata de delitos con violencia, dada la función restitutiva, resocializadora y eficiente preventiva que se consigue.

<sup>28</sup> A título de ejemplo, Ríos Martín (2006: 48) considera posible la mediación en todo tipo de delitos salvo cuando se produzcan atentados a la autoridad o delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo), sin perjuicio de otros casos (delitos contra la libertad sexual, en materia de violencia de género, delitos contra la salud pública) sea el equipo técnico mediador el que valorará la conveniencia o no de mediación, sin que esta prohibición venga determinada por la ley.

<sup>29</sup> En España la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, integral de medidas contra la violencia de género, en su artículo 44.5 excluía la mediación, lo que llevó a mantener una posición contraria a la mediación en estos casos, si bien existe en la actualidad una posi-

A esta referencia de los límites objetivos debemos añadir la de los posibles límites o restricciones subjetivas. La cuestión es resolver si la mediación penal es apta para cualquier tipo de víctima o victimario o si, por el contrario, cabría establecer límites subjetivos a la misma.

En primer lugar, con relación a las víctimas, se cuestionaban los supuestos en los que las víctimas fueran plurales —que podría dificultar, pero no impedir en absoluto la mediación— (Barona, 2011: 310),<sup>30</sup> o incluso que, no fueran determinadas, sino colectivas. En este último supuesto, en ciertos casos, los representantes de asociaciones o grupos podrían intervenir en el procedimiento de mediación.<sup>31</sup> Igualmente se hablaba del rechazo absoluto de la intervención de víctimas de delitos sexuales, de violencia de género o violencia intrafamiliar que, si bien es cierto que, *a priori* pueden suponer una previsible conveniencia de no someterse a una victimización secundaria, puede igualmente ocurrir (como sucede en violencia de género pese a la prohibición legal en España, antes mencionada) la conveniencia de trabajar conjuntamente bajo el equipo de mediación para evitar la reiteración delictiva, para garantizar la autorresponsabilidad y para empoderar a la parte que acude a mediación inicialmente, y previsiblemente más débil (Ríos, 2006: 48). También se cuestiona la intervención en mediación penal de las víctimas especialmente vulnerables, como los menores o los incapacitados, ante las dificultades de alcanzar acuerdos que evidentemente-

---

ción diversa, pese a la norma, en gran medida motivada por las soluciones dadas en países como Alemania —donde se prohibió y posteriormente se consideró “posible”— o en Estados Unidos —donde se recomienda no acudir a mediación si existe en estos casos un palmario desequilibrio emocional entre víctima y victimario—, pero abriendo la puerta, tímida pero realmente, a la mediación penal, en aras de trabajar por eliminar sentimientos de odio, venganza, buscando soluciones que impliquen a ambas partes, y siempre que se trate de episodios esporádicos de violencia y no sucesivos y constantes. Interesantes son las aportaciones de Rakatomahanina *et al.* (2005: 4043) abogando por la viabilidad con base en los argumentos esgrimidos. En España, un estudio completo en torno a esta cuestión es la pequeña monografía de Patricia Esquinas Valverde (2008), que se pronuncia con cautela con argumentos esgrimidos a favor; en ciertos casos, del empleo de la mediación penal entre víctima y agresor en la violencia de género.

<sup>30</sup> En igual sentido, Launay y Murray (1989: 113-131), quienes defienden lo que llaman la “mediación grupal”. No existen, por el contrario, pronunciamientos que nieguen esta posibilidad.

<sup>31</sup> En estos casos las dificultades no están tanto en la viabilidad de la mediación como en su resultado (acuerdo reparatorio). A ello se opone Domenig (2008: 302), si bien Laue (1999: 152-153) considera que en estos casos cabe hablar de una posible “reparación simbólica” a la “víctima colectiva”.

te van a tener consecuencias en el proceso penal, lo que no es óbice a su posible viabilidad con matices (Barona, 2011: 312). Igualmente, no observamos dificultades para las personas jurídicas-víctimas, en cuanto tienen acceso a otros instrumentos de justicia reparadora, de manera que, cumpliendo con las reglas procesales de representación, tienen capacidad de intervención y eficacia en un instrumento como es el de la mediación penal (Barona, 2014a: 106-107).<sup>32</sup>

Por su parte y con relación a los presuntos victimarios, las reticencias también existen, dado que podemos considerar *a priori* excluibles de mediación a los reincidentes (porque podrían “abusar” de la mediación penal),<sup>33</sup> a los terroristas, a los violentos, etcétera, en suma, aquellos victimarios que por las características de los hechos que se les imputan podrían hallarse estrechamente vinculados con delitos más graves, lo que llevaría a excluirlos de plano de la mediación. Consideramos, empero, que ante una regla general podría considerarse la excepcionalidad. Un ejemplo de esta excepcionalidad, aun cuando no pueda considerarse propiamente mediación penal, pero sí encuentros restaurativos, fueron los que se llevaron a cabo mediante el denominado “Proyecto Nanclares” porque se realizó en la cárcel Nanclares de Oca, en España, entre condenados por acciones de la banda terrorista ETA y sus víctimas.<sup>34</sup> En estos casos los encuentros pretendían restaurar personalmente, moralmente, empero carecían de consecuencias jurídicas o posibles beneficios penitenciarios, si bien sus resultados son tan estremecedores y esclarecedores que permiten, sin lugar a dudas, presentar un exponente de justicia reconstructiva que allende las consecuencias jurídico-penales que se mantienen, ofrece unas bondades innegables para quienes en ellos participaron.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Y los mismos argumentos que permiten sostener su intervención como víctima en la mediación son viables cuando se trata del victimario, aun con el reconocimiento legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en numerosos ordenamientos jurídicos.

<sup>33</sup> En Alemania, tras la prohibición se ha producido la viabilidad con condiciones, estableciéndose caso por caso si pueden acudir a mediación penal aun cuando sean reincidentes, no aceptando —opinión que creo más conveniente— la exclusión cerrada apriorísticamente (Kilchling, 2008: 336).

<sup>34</sup> Esta experiencia, sus principios y condicionantes, queda expuesta en la obra de quien la coordinó, Esther Pascual Rodríguez (2013). Para algunas consideraciones al respecto, véase Barona Vilar (2015: 223-235).

<sup>35</sup> Estas experiencias desarrolladas en España no son únicas, sino que con carácter previo se desarrollaron en otros países. Basta pensar en los encuentros paramilitares católicos y protestantes de Irlanda del Norte y las víctimas. Interesante en el análisis de estos encuen-

## VI. CLASES DE MEDIACIÓN PENAL

La mediación penal puede presentarse de forma diferente en atención a diversas variables que pueden concurrir. Vamos a referenciar las que de forma más palmaria encuentran desarrollo práctico, que son: mediación directa y mediación indirecta, mediación preprocesal, intraprocésal, y *postsententiam*.

Atendiendo al primero de los criterios, aquel que considera la manera en que se lleva a cabo la mediación penal es posible distinguir entre mediación directa y mediación indirecta (Pascual, 2008: 170-171).

- 1) Por un lado, la mediación directa se despliega con las dos partes hallándose simultáneamente en el mismo espacio físico. Lógicamente, la finalidad de la mediación se cumple en principio de forma más clara cuando las partes se pueden hallar simultáneamente *face to face*, trabajando con el mediador, y se alcanzan mayores cotas de acuerdos a través de este medio, debido a mayor potenciación del diálogo. Ello no es óbice, empero, a la posibilidad de realizar entrevistas individualizadas (caucus) con cada una de las partes, comenzando con la víctima y siguiendo con el victimario, siendo en esta labor muy importante la actividad que despliega de forma habilidosa el mediador. Se le llama *face to face mediation*, *victim-offender-mediation* (Kurki, 2003: 294-297), o en Alemania y Austria, *Täter-Opfer-Ausgleich*.

En los países anglosajones las variables de estas modalidades son grandes. Así, se habla de la denominada *face-to-face conferences of victims, offenders and stakeholders*, que es un procedimiento en el que las partes pueden plantear un acuerdo, pero siempre desde la concreción de las posibles consecuencias que el crimen ha tenido en la realidad social y personal, y, por supuesto, sus posibles implicaciones en el futuro. Es la manifestación más intensa y personal de justicia restaurativa, si bien está especialmente indicada para determinados supuestos y todos ellos de naturaleza individual; por ejemplo, para conflictos escolares en Australia, Canadá (Sherman y Strang, 2008: 54) e Inglaterra (Shapland, 2004: 197).

---

tros es la obra de Eriksson (2009), en la que se expone el itinerario para alcanzarlos y las dificultades que arrastraron.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 685-720.



- 2) Por otro lado, la mediación indirecta discurre de manera sucesiva, no simultánea, con el mediador y las partes, de modo que no se da “cara a cara” entre ellas, y no coinciden físicamente en el mismo espacio la víctima y el victimario. La técnica de mediación en estos casos es diversa a la anterior, en cuanto las habilidades del mediador irán dirigidas a convertirse en vehículo de transmisión de información de una parte a otra. Se ha venido considerando que esta modalidad de mediación no es tan eficaz como la directa, si bien es indudable que, en determinados casos, a saber, por la naturaleza del hecho, puede ser conveniente que no exista el cara a cara entre la víctima y el presunto victimario, por lo que se emplean medios intermedios tales como cartas explicativas o petición de perdón, en su caso.

Exponentes de esta modalidad pueden encontrarse en el sistema *common law* (Sherman y Strang, 2005: 13 y 32), tales como: *shuttle communication* o *shuttle diplomacy mediation*, vía indirecta de comunicación entre los delinquentes y sus víctimas, a través de su intermediario, que puede serlo un mediador o un facilitador, y que puede mantener una relación a través de teléfono, de mensajes en ordenador o en móvil, etcétera. En este procedimiento de comunicación no existe el *face-to-face* y permite que, en determinados hechos delictivos, se evite la violencia que comporta el volverse a enfrentar ambos de manera directa. Por su parte, la *victim-absent discussions with offender and supporters about crime* u *offender-absent discussions with victim and supporters about crime*, son dos formas de comunicación unilateral, en las que bien es posible que exista facilitador o persona interpuesta, que puede ser un mediador, quien actúa en ausencia de la víctima, o bien que la comunicación se mantenga tan solo con la víctima, hallándose ausente el delincuente. Otra vía es la denominada *court-ordered restitution*, con una naturaleza más imperativa, muy eficaz en el ámbito de la delincuencia penal juvenil. En todas ellas pueden o no intervenir terceros que colaboren más o menos en la búsqueda de la solución y la aplicación de la justicia reparatoria, de manera que en ciertos casos se habla de mediador y en otros, de facilitador. En los modelos de *conferences programmes* lo más común es que intervenga un facilitador, que no mediador, siendo aquel el que se hace responsable de procurar un foro en el que sean las partes las que ellas mismas, y por sí mismas, llevarán a cabo la

negociación, en su caso. El papel del facilitador es asegurar que las partes se centren en las razones de su encuentro y mantengan de forma civilizada su comunicación, si bien el facilitador no espera participar ni liderar la discusión (Sherman y Strang, 2008: 33). Podría ser útil para procesos colectivos como las estafas en escala en la que muchos son los ofendidos, o en los macroprocesos que cuentan con un número importante de víctimas en el proceso.

Atendiendo a otro criterio diverso para la configuración de la mediación penal, a saber, en atención al momento en que se desarrolla la posible vinculación con el proceso penal, podemos diferenciar entre mediación preprocesal, intraprocésal y *postsententiam*.<sup>36</sup>

- 1) Si la mediación se desarrolla de forma anticipada al proceso (preprocesal) viene a desempeñar una función de verdadera alternativa y, por ende, excluyente del proceso penal cuando existiere acuerdo entre los sujetos intervinientes (Barona, 2011: 319). Solo entendemos posible esta modalidad alternativa de la mediación penal en el delito de calumnia e injuria contra particulares y en los delitos perseguibles solo a instancia de parte. En este caso, de ser posible, habría que regular el valor del acuerdo y cómo otorgarle eficacia procesal.
- 2) La segunda modalidad es la mediación intraprocésal, que se vincula a un proceso pendiente y, como tal, los resultados que se alcancen en mediación van a incidir en el proceso mismo, siendo las consecuencias jurídicas diversas según la fase procesal en la que se desarrolle y culmine la mediación, y pueden ir desde el sobreseimiento

---

<sup>36</sup> Hemos venido proponiendo y defendiendo esta tercera clasificación en atención a la relación con el proceso penal, con la trilogía conceptual que a nuestro parecer ofrece el mejor entendimiento. Así, los hemos incorporado a nuestros trabajos sobre mediación, entre otros, Barona (2009b: 105-106; 2011: 319-349; 2013: 478-479). Y lo hemos hecho frente a la vaguedad que venía sosteniendo la doctrina que, o bien no ha citado explícitamente las clases de mediación penal (Manzanares, 2007; Gordillo, 2007), bien ha trabajado directamente la mediación penal en atención a las diversas fases del proceso penal —instrucción, enjuiciamiento y ejecución de la sentencia— (Ríos, 2006: 49-70); o bien ha diferenciado entre dos modalidades, la preprocesal —concepto que también empleamos— y la mediación en las fases de investigación, intermedia y juicio oral (González, 2009: 43-49). A nuestro parecer, hacer referencia a mediación preprocesal, mediación intraprocésal y mediación *postsententiam* clarifican la relación de la mediación penal con el proceso penal.

hasta la sentencia de conformidad, implicando en cualquier caso una terminación anticipada provisional, hasta tanto en cuanto se cumpla con lo dispuesto en el acuerdo.<sup>37</sup>

- 3) La tercera modalidad sería la denominada por nosotros mediación *postsententiam*. En esta modalidad podríamos hacer referencia a dos supuestos concretos: uno vinculado al proceso de ejecución, y el otro, al régimen disciplinario sancionador penitenciario. El primero, hasta el momento absolutamente desconocido, podría recoger la posibilidad de que, dictada una sentencia de condena, pudiera tener cabida una mediación con la víctima, siempre que una norma así lo habilite. Cabría llegar a una reparación de la víctima y, a cambio, obtener la suspensión de la pena o a una sustitución de la pena privativa de libertad por otra. El acuerdo en mediación deberá surtir efectos en la ejecución, lo que solo podrá llevarse a cabo mediante un auto en la que se aplique o no el citado acuerdo a efectos de ejecución.<sup>38</sup> El segundo serviría para solventar conflictos en la “vida penitenciaria”, estrechamente vinculada al régimen disciplinario sancionador.<sup>39</sup> La mediación penal no solo puede llevar a buscar una solución postconflicto, sino que en sede penitenciaria se puede convertir, sin lugar a dudas, en un modelo que, favoreciera la reducción de violencias dentro del ámbito penitenciario a través del aprendizaje de actitudes de respeto, escucha, diálogo y tolerancia. En suma, un cauce innovador en el sistema sancionador penitenciario.

## VII. CONCLUSIONES

Es indudable que, frente al diagnóstico de una sociedad con paranoia por la seguridad, por el control, por la *securitization*, en la que cada vez hay más

---

<sup>37</sup> Los efectos jurídicos que puedan derivarse de la mediación penal vendrán condicionados a la fase del proceso penal en el que se lleve a cabo la mediación. Por todos, Ríos Martín (2006: 49-70).

<sup>38</sup> En todo caso, hasta el momento es más una propuesta que una realidad en España, mientras no se incorpore como posible en las normas jurídicas (procesales, penales y penitenciarias).

<sup>39</sup> Véase Ríos Martín (2006: 68-71) quien se ha mostrado defensor de esta modalidad y ha dirigido proyectos de mediación penitenciaria.

penal y cada vez menos proceso penal y, por ende, menos garantías, surge una corriente denominada justicia restaurativa, que emerge con gran fuerza en la mayor parte de los países, incorporando servicios restaurativos, sistemas de mediación penal, que comportan una “mirada” distinta de los hechos delictivos, de las consecuencias jurídico-penales, de la furia “preventiva”, de las presuntas víctimas y de los presuntos victimarios. Es un modelo que permite ineludiblemente “volver” a las personas, como eje de protección del derecho. Comporta abrir la puerta a la comunicación, al diálogo, al reconocimiento del otro (bilateral), a la búsqueda de la integración y no la disgregación.

La mediación penal se hace un lugar en el modelo penal y procesal penal. No es ella la justicia restaurativa, sino el instrumento, el procedimiento, en el que un tercero llamado mediador va a trabajar con las partes, facilitando el diálogo y, en su caso, y tras una serie de actuaciones desplegadas en las fases del procedimiento de mediación, puede obtenerse esa justicia restaurativa que cumple una triple función: de reparación a las víctimas, de resocialización de los victimarios, y de la prevención y control social que favorece a la sociedad en su conjunto. O, si cabe, se desarrollan la función preventiva, resocializadora y reparadora. Ahora bien, es un modelo claramente complementario al proceso penal, no sustitutivo del mismo.

La realidad de la mediación penal se muestra palpable. En algunos países a través de proyectos piloto, en otros mediante una regulación *ad extensum* de la mediación, los mediadores, el procedimiento, los efectos y enlaces con el proceso, etcétera; en otros más, se admite la mediación, pero queda todavía algún recorrido para conformar un régimen jurídico estable. No cabe duda alguna que la mediación penal ha llegado para quedarse en el siglo XXI.

Es indudable que, frente al diagnóstico de una sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada, con cada vez más desigualdad, más ansiedad, más suicidios, más depresión, más criminalidad y más miedo, la mediación penal —que puede hasta servir a estos fines de eficacia de la justicia penal en su conjunto— permite “volver” a las personas, como eje de protección del derecho, se convierte en una bocanada de aire fresco, la mirada desde las personas y con las personas. Solo por eso vale la pena hacerle espacio en el sistema penal, alimentando valores y principios que permitan construir una sociedad más justa, más equitativa, más solidaria y también más segura.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Giuseppe, 2001, *Il proceso penale. Profilo storico*, Roma, Laterza.
- APAP, Georges, 1990, “La conciliation pénale à Valence”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 3.
- BANNENBERG, Britta, 1993, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis: Eine empirisch-kriminologische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsprojekte in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, Forum Verlag Godesberg.
- BARNETT, Randy E., 1977, “Restitution: a New Paradigm of Criminal Justice”, *Ethics*.
- BARONA VILAR, Silvia, 1999, *Solución extrajudicial de conflictos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2004, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia (dir.), 2009a, *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EE UU, Gran Bretaña, países escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2009b, “Hacia la consagración de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico y la recuperación de la justicia restaurativa”, *Pensamientos jurídicos y palabras*, Valencia, Universidad de Valencia.
- BARONA VILAR, Silvia, 2011, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2013, “Mediación penal como instrumento restaurativo de las víctimas: ¿en todo caso y para todas las víctimas?”, en HOYOA, Montserrat de (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2014a, “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2014b, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*. Luces y sombras en Europa”, *InDret*.
- BARONA VILAR, Silvia, 2015, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 685-720.

- (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, vol. I, Valencia, Universitat Jaume I.
- BARONA VILAR, Silvia, 2016, “Justicia integral y «Access to Justice»: crisis y evolución del paradigma”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2017a, *Proceso penal desde la historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia, 2017b, “Justicia penal líquida”, *Revista Teoría y Derecho*.
- BARONA VILAR, Silvia, 2018, *Justicia penal, globalización y digitalización*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- BECK, Ulrich, 1999, *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press.
- BECK, Ulrich, 2004, “Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?”, *Entgrenzung und Entscheidung*, Frankfurt, Beck/Lau.
- BONSS, Wolfgang, 1995, *Von Risiko–Unsicherheit und Ungewisheit in der Moderne*, Hamburgo, Hamburger Edition.
- BRAITHWAITE, John, 2003, “Principles of Restorative Justice”, en VON HIRSCH, Andrew y ROBERTS, Julian (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford-Portland, Hart Publishing.
- CARNELUTTI, Francesco, 1946, “Cenerentola”, *Rivista di Diritto Processuale I*.
- DI CHIARA, Giuseppe, 2004, “Scenari processuali per l’intervento di mediazione: Una panoramica sulle fonti”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 2.
- DOMENIG, Claudio, 2008, *Restaurative Justice and Integrative Symbolik*, Taschenbuch, Haupt.
- DUFF, Antony, 2001, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press.
- DUFF, Antony, 2004, “Restoration and Retribution”, en VON HIRSH, Andrew y ROBERTS, Julian (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Londres, Bloomsbury.
- ERIKSSON, Anna, 2009, *Justice in Transition. Community Restorative on Northern Ireland*, Devon William Publishing.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2008, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ETXBERRÍA GURIDI, José Francisco, 2009, “El modelo francés de mediación penal”, en BARONA VILAR, Silvia (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- FATTAH, E. A., 1991, "From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change", *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 29, núm. 112.
- FERRAJOLI, Luigi, 2016, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2a. ed., Napoli, Editoriale Scientifica.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, 2015, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ CANO, Isabel, 2009, "La mediación penal en España", en BARONA VILAR, Silvia (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- HABERMAS, Jürgen, 1991, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus.
- HIGHTON, Elena *et al.*, 1998, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- KILCHLING, Michael, 1995, *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim.
- KILCHLING, Michael, 2008, "Restorative Justice Developments in Germany", en MIERS, David y AERSTEN, Ivo (eds.), *Regulating Restorative Justice. A comparative Study of Legislative Provisions in European Countries*, Frankfurt, Cost.
- KUHN, Thomas, 1962, *Die Struktur Wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt, Suhrkamp.
- KURKI, Leena, 2003, "Evaluating Restorative Justice Practices", en VON HIRSH, Andrew y ROBERTS, Julian (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Londres, Bloomsbury.
- LAUE, Christian, 1999, *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlín, Duncker & Humblot.
- LAUNAY, G. y MURRAY, P., 1989, "Victim/Ofender Groups", en WRIGHT, Martin y GALAWAY, Burt (eds.), *Mediation and Criminal Justice. Victims, offenders and community*, Londres, Sage Publications.
- MAIER, Julio B., 2009, "Estado democrático, derecho penal y procedimiento penal", *¿Tiene futuro el derecho penal?*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- MANNOZZI, Grazia, 2012, "Comentario a «Concessione della misura alternativa della semilibertà. La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatía Tribunale di Sorveglianza di Venezia, Ordinanza 7 gennaio 2012, n. 5»", *Diritto Penale e Processo*, núm. 7.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 685-720.

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, 2007, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Granada, Comares.
- MBANZOULOU, Paul, 2004, *La médiation pénale*, París, L'Harmattan.
- NILS, Christie *et al.*, 1989, *Abolicionismo penal*, trad. de Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondeza, Buenos Aires, Ad Hoc.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, 2008, "Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, "La mediación civil y penal. Un año de experiencia", Madrid.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, 2013, *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y exmiembros de ETA*, Santander, Salterrae.
- PASTOR, Daniel R., 2005, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*.
- RAKATOMAHANINA, Volana *et al.*, 2005, "Réflexions sur l'efficacité de la médiation pénale dans les violens conjugales faites aux femmes", *Gazette du Palais*.
- REUBER, S. y RÖSSNER, D., 2003, "Sammlung der Länderrichtlinien zum Täter-Opfer-Ausgleich mit einer vergleichenden Analyse", *DBH-Materialien*, núm. 49, Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktchlichtung.
- REYES MATE, Manuel, 2011, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Entropos.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos *et al.*, 2006, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, Colex.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos *et al.*, 2008, *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*. *Estudios jurídicos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, 2016, *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos*, Madrid, Universidad de Comillas.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, 2017, *Justicia restaurativa y transicional en España y Chile*, Granada, Comares.
- SALVIOLI, Giuseppe, 1969, *Storia del diritto italiano. Vol. III. Storia della procedura civile e criminale*, Firenze, Gozzini.
- SHAPLAND, Joanna, 2004, "Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime?", en VON HIRSH, Andrew y ROBERTS, Julian (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice*, Oxford, Hart Publishing.



- SHERMAN, Lawrence W. y STRANG, Heather, 2007, *Restorative Justice: The Evidence*, Londres, The Smith Institute.
- SIEBER, Ulrich, 2006, “Grenzen des Strafrechts”, *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswchsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Albrecht/Sieber.
- SIEBER, Ulrich, 2008, “Límites del derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal”, *Revista Penal*, núm. 22.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., 2011, *La expansión del derecho penal*, Madrid, Edisofer.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (coord.), 2005, “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, *Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología*, Lleida, Tirant lo Blanch.
- TRANKLE, Stefanie, 2007, *Im Schatten des Strafrechts*, Berlín, Dunkers & Humblot.
- VARONA MARTÍNEZ, Gemma, 2009, *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)*, Donostia San Sebastián, Universidad del País Vasco.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 2006, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán.
- ZEHR, Howard, 1985, “Retributive Justice, Restorative Justice”, *New Perspectives on Crime and Justice*, núm. 4.
- ZEHR, Howard, 1990, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Ontario, Herald Press.
- ZEHR, Howard, 2002, *The Little Book o Restorative Justice*, Pennsylvania, Good Books.

## EL IMPUESTO DE RENTA EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE EL GASTO TRIBUTARIO\*

### *INCOME TAX IN COLOMBIA: A VIEW FROM TAX EXPENDITURE*

Lucía del Carmen BOLAÑOS BOLAÑOS\*\*

**RESUMEN:** Este artículo busca evidenciar la inestabilidad jurídica del impuesto de renta en Colombia, su efecto negativo en la confianza, la legalidad y la equidad del sistema tributario, y la consecuente inequitativa distribución de la carga tributaria. Para ello aborda de manera general la evolución del impuesto desde 1918 a 2018, describe la estructura actual, tanto para las personas naturales como las jurídicas, analiza aspectos jurídicos relevantes derivados de la aplicación del marco tributario en perspectiva de los beneficios tributarios y el costo fiscal según el análisis de los informes presentados por la UAE DIAN entre 2004 y 2018, advirtiendo cómo el gasto tributario ha fragmentado los principios de justicia tributaria en Colombia, impregnando de un halo de injusticia no solo a la imposición, sino al sistema tributario en conjunto.

**Palabras clave:** impuesto de renta, inestabilidad jurídica, beneficios tributarios, costo fiscal.

**ABSTRACT:** *This article seeks to demonstrate the legal instability of income tax in Colombia, its negative effect on legality and equity of the tax system and the consequent inequitable distribution of tax burdens. It deals in a general way with the evolution of income tax from 1918 to 2018, it describes the current structure for both natural and legal persons, it analyzes some relevant legal aspects arising from the application of the tax framework from the perspective of tax benefits and the fiscal cost according to the reports submitted by UAE DIAN in 2004 to 2018, warning how tax spending has fragmented the principles of tax justice in Colombia, imbuing not only taxation but the tax system a whole with an halo of injustice.*

**Keywords:** *Income Tax, Legal Instability, Tax Benefits, Tax Cost.*

\* Artículo recibido el 6 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 28 de abril de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0003-1454-4554. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Chile, doctora en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona; abogada, magister y especialista por la Universidad Libre de Cali; contadora pública por la Universidad del Valle. Investigadora en el Grupo de Sistemas Penitenciarios y Carcelarios (A1) (Cali, Colombia). Correo electrónico: [lucia.bolanos@outlook.com](mailto:lucia.bolanos@outlook.com).

SUMARIO: I. *Evolución histórica del impuesto de renta en Colombia*. II. *Estructura del impuesto sobre la renta*. III. *El impuesto de renta y el gasto tributario*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

## I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL IMPUESTO DE RENTA EN COLOMBIA

En 1918 con la Ley 56 se estableció el impuesto de renta en Colombia, desde entonces y hasta hoy múltiples reformas tributarias hacen parte del cambio de forma de esta imposición, pues su transformación no ha sido propiamente una evolución en sentido estricto, sino más bien, una mutación al compás del trastabillar de las necesidades financieras del gobierno en turno. Así, se han creado, modificado y eliminado una serie de disposiciones normativas, orientadas a cambiar los elementos estructurales de la imposición, reclasificando los sujetos pasivos para dar cabida a nuevos contribuyentes o para exonerar a otros; ampliando la gama de hechos generadores o eliminando algunos, para crear, modificar o eliminar beneficios tributarios orientados a incentivar unos sectores específicos, compensar o solventar las necesidades de algunas regiones, o, disminuir o aumentar la tarifa; en todo caso la producción normativa parece moverse en una avalancha de buenas intenciones políticas, jurídicas, sociales y económicas, pero que distantes de conseguir los resultados buscados han causado un universo normativo enrevesado, impregnando de ineficiencia el recaudo, aumentando el gasto tributario y consecuentemente desbalanceando la distribución de la carga tributaria.

Los históricos y constantes cambios normativos a esta exacción, lejos de perfilarse como verdaderas transformaciones tributarias encaminadas a un impuesto con mayor grado de progresividad, equidad y justicia, lo han fragmentado y enmarañado en una especie de aleación normativa, impregnando la imposición y el sistema tributario en conjunto, con un halo de injusticia tributaria, de ello da cuenta su historia.

Así, en una mirada general se encuentra que la primera modificación se dio por medio de la Ley 64 de 1927, organizándolo en un esquema celdular, con tarifas diferenciales según el origen de la renta que oscilaban entre el 1% al 8%; hacia 1935 se modificó la ley, reasignando una tarifa del 17%, representando para entonces el 27% de los ingresos del fisco nacional (Restrepo, 2012: 111). Desde 1974, Colombia recibió distintas misiones

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

internacionales conformadas por profesionales en distintas áreas para que realizaran estudios analíticos orientados a la construcción de informes y recomendaciones para el mejoramiento de las condiciones del país.

Así, entre 1974 y 1986 se reciben las primeras misiones, la de Richard Musgrave y la misión Taylor, coincidentes en sugerir un incremento de los ingresos fiscales por medio de reformas tributarias que permitieran cubrir el déficit fiscal ascendente a 3.5 billones de pesos, producto de los mayores gastos y el menor recaudo en caja. Los informes evidenciaron que la media de la carga tributaria colombiana alcanzaba 11.5% del producto interno bruto (PIB), cifra que comparativamente con la media latinoamericana se ubicaba en 8.5 puntos porcentuales por debajo, en consecuencia, se propuso unificar la tasa de tributación en un intervalo del 40 al 45% para todos los tipos de sociedades, manteniendo los incentivos tributarios a las exportaciones, sin implementarlos para las inversiones (Junguito y Rincón, 2004: 67). Con la Ley 49 de 1975, la tasa de renta se fija en 40% para las sociedades anónimas y 20% para las limitadas, se incorpora el gravamen a las ganancias ocasionales y la renta presuntiva mínima sobre el patrimonio líquido con una tarifa de 8% (Junguito y Rincón, 2004: 68-73); era sin duda un nuevo panorama fiscal, con el cual se buscaba solventar total o parcialmente el déficit fiscal, pero el cometido no se logró. Se destaca que Colombia en ese entonces era el primer país en tributación directa y el último en indirecta dentro de los países latinoamericanos,<sup>1</sup> distribución que en materia fiscal incide directamente en el mayor o menor grado de progresividad o regresividad, equidad y justicia del sistema tributario.

La tercera misión, la de Bird-Wiesner, llega entre 1978 y 1981, recomendando mejorar la administración tributaria para reducir la evasión, fortalecer las herramientas de cobro, extender los mecanismos de retención e intensificar la auditoría. De 1980 a 1990, el excesivo endeudamiento externo no era sostenible con los recaudos tributarios, situación que presionó hacia una reforma general del impuesto a la renta a través de la Ley 14 de 1983. En 1985 el desequilibrio financiero continúa por lo que se emite la Ley 50, que obliga la suscripción de bonos forzosos subsidiados como sobretasa del impuesto de renta. En 1986 la Ley 75 amplió la base gravable del impuesto a la renta y redujo las tarifas, señalando un límite máximo del 30% para las personas naturales, esta misma tarifa se unifica para las

<sup>1</sup> En las estadísticas se compararon países como Brasil, Chile y Argentina.

personas jurídicas, se da exención parcial a los rendimientos financieros y se establece la no deducibilidad del componente inflacionario (Junguito y Rincón, 2004: 84-89).

De 1990 a 2003, periodo caracterizado por los altibajos de la economía colombiana manifestados en crecimiento económico y el déficit fiscal (Echavarría, 2001: 141-142), se da uno de los hechos más importantes para cualquier país de corte democrático, la promulgación de una nueva Constitución política, por medio de la cual, Colombia pasó a ser un Estado social de derecho, cambio de Estado que conllevó a una serie de compromisos en materia social que debían ser cubiertos con más recursos, afectando directamente el incremento del gasto público y consecuentemente el deterioro de las finanzas, desbalanceando aún más las finanzas públicas, aumentando el déficit fiscal.

En este contexto, el gobierno estaba presionado a la consecución de nuevas fuentes de financiación y, en consecuencia, se generaron variadas modificaciones tributarias.<sup>2</sup> Una de ellas, la Ley 223 de 1995, de Racionalización Tributaria, la cual estabilizó la tasa del impuesto de renta y complementarios en un 35% para las sociedades, disminuyó las tarifas marginales para las personas naturales y modificó la renta presuntiva para los grandes contribuyentes con tarifa del 1.5% sobre el patrimonio líquido o 5% sobre el patrimonio bruto (Calderón y González, 2002: 12-13), adicionalmente, se reglamentó por el Decreto 782 de 1996, retenciones en la fuente; fue una transformación del régimen fiscal que se esperaba fuera a largo plazo, pero nuevamente ello no ocurrió.

En 2000, con un presupuesto desfinanciado, el gobierno buscó la provisión de recursos cercanos a 3.8 billones de pesos e introdujo una nueva reforma tributaria con la Ley 633 (Calderón y González, 2002: 105), modificando la renta presuntiva a una tasa del 6%, estableciendo deducciones del 125% por donaciones para desarrollo tecnológico y científico, y de un 60% a instituciones educativas avaladas por el Ministerio de Educación

---

<sup>2</sup> Las reformas tributarias realizadas a partir de la promulgación de la Constitución política de 1991 han fincado su objetivo en la consecución de más ingresos para la realización de este Estado constitucional. Sin embargo, es cuestionable el medio, en tanto el gobierno se ha centrado en el incremento de ingresos vía reformas tributarias de carácter regresivo, cuyo eje ha orbitado sobre el incremento efectivo de la tributación a través de impuestos indirectos, más que en los indirectos, situación que en poco o nada contribuye a la justicia y equidad que persigue un Estado social y democrático de derecho (López *et al.*, 2011).

Nacional (MEN), beneficios tributarios que sí aminoraron los recaudos fiscales, pero no incentivaron los sectores relacionados.

En 2002, la Ley 782 modificó el límite de las rentas exentas paulatinamente decrecientes del 70% al 0% entre 2003 y 2006, se incluyó una sobretasa al impuesto del 5% en 2002 y del 10% en 2004. En 2003, la Ley 863 incrementó la tasa del 35% al 38.5%, se creó una tasa del 5% para la declaración de activos omitidos y se permitió una deducción del 30% por inversión en activos fijos productivos. En 2005, con la Ley 1004 de 2005<sup>3</sup> se crean las zonas francas, como territorios geográficos especiales dentro del territorio nacional donde se desarrollarán actividades industriales de bienes, servicios o comerciales, importación y exportación, que tendrían tratamiento tributario diferenciado, comenzando por la tarifa que se fija en un 15% de acuerdo con el artículo 240.1. del Estatuto Tributario (ET). En 2006, la Ley 1111 disminuyó la renta presuntiva a una tasa del 3%, y modificó las tarifas marginales entre el 0% y el 33% para las personas naturales.

En 2012, el gobierno persigue una reforma tributaria estructural y propone la Ley 1607,<sup>4</sup> la cual transformó completamente todo el régimen tributario. Para efectos del impuesto sobre la renta, creó un nuevo impuesto complementario al primero, Impuesto a la Renta para la Equidad (CREE) con una tasa del 9%; redujo la tasa del impuesto a la renta al 25% para las sociedades y a un 10% para ganancias ocasionales. En el régimen para las personas naturales, estableció un nuevo universo de contribuyentes a través de categorías clasificatorias de los sujetos pasivos: *i*) asalariados; *ii*) trabajadores por cuenta propia, y *iii*) otros, de acuerdo a esta clasificación se fijaron sistemas de depuración de la renta alternos al régimen ordinario: *i*) Impuesto Mínimo Alternativo Nacional (IMAN), y *ii*) Impuesto Mínimo Alternativo Simple (IMAS), que en cualquiera de los casos se liquidaban a tasas marginales diferentes; estos cambios normativos, entre otros, no fueron claros, generaron confusión entre los contribuyentes, quienes interpusieron variadas demandas de inconstitucionalidad por violación a principios tributarios constitucionales como la progresividad, equidad, igualdad y justicia.

<sup>3</sup> Ley 1004, por la cual se modifica un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* núm. 46138 del 31 de diciembre de 2005.

<sup>4</sup> Ley 1607, por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* núm. 48655 del 26 de diciembre de 2012.

Pero la dinámica del cambio no paró, y en 2014, nuevamente con la Ley 1739,<sup>5</sup> se incorporaron modificaciones, entre ellas: *i*) el impuesto a la riqueza para patrimonios superiores a mil millones, con tarifas marginales del 0.20% al 1.15% para personas jurídicas, y 0.125% al 1.5% para personas naturales; *ii*) la sobretasa al CREE con un mínimo exento y tarifa marginal en un rango del 0% al 5%, y *iii*) se creó el impuesto a la normalización tributaria. Adicionalmente el artículo 44 creó la Comisión de Estudio al Sistema Tributario Colombiano y dispuso su conformación pasados dos meses de la entrada en vigor de la Ley. El gobierno pretendía lograr mayores ingresos fiscales, vía impuesto al patrimonio y la normalización de activos no declarados en años anteriores, pero el objetivo se consiguió solo en parte y el desbalance financiero siguió.

Como se advierte, la variabilidad jurídica tributaria en Colombia ha sido una constante; las mal llamadas reformas tributarias estructurales solo han sido un tapiz para dar respuesta a las necesidades financieras presupuestales, dejando de lado casi por completo la función redistributiva de los impuestos; la crítica ha sido constante y el gobierno trató de responder a ella en 2015 con la conformación de la Comisión de Expertos para la Equidad Tributaria (CEET),<sup>6</sup> cuyo objetivo sería el análisis propositivo en la configuración de un mejor sistema tributario, pensado y planeado para el largo plazo. La CEET, tras un análisis, emitió tres informes en 2015, remitidos al ministro de Hacienda y Crédito Público. El primero destacó el crecimiento del gasto público con los compromisos asumidos en la Constitución política de 1991, pasando de menos del 10% al 19% en 2013; la existencia de tasas de tributación nominal altas (comparadas internacionalmente), pero con carga tributaria baja, expresada en el recaudo efectivo; la creación de impuestos de carácter transitorio con vocación de permanentes, como el impuesto al patrimonio y el gravamen a los movimientos financieros; planteó la posibilidad de reducción de la brecha de recursos tributarios vía incremento del recaudo, combinado con una disminución de los gastos públicos que no contribuyeran a la equidad y la eficiencia de la economía (CEET, 2015a).

---

<sup>5</sup> Ley 1739, por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* núm. 49374 del 23 de diciembre de 2014.

<sup>6</sup> La CEET fue creada mediante el Decreto 0327/2015 del 27 de febrero.

En el segundo informe hizo un análisis del Régimen Tributario Especial (RTE), asociaciones, corporaciones, fundaciones y en general las entidades sin ánimo de lucro, resaltando las diversas categorías a las que pueden pertenecer distintos sujetos, pese a integrarse a un mismo grupo, lo que derivaba en obligaciones sustanciales dispares como: *i*) la obligación de presentar declaración de renta, liquidando el impuesto con una tarifa diferencial del 20% exclusivamente sobre los excedentes no reinvertidos; *ii*) presentación de declaración de ingresos y patrimonio no de impuesto a la renta o la no presentación de declaración alguna; *iii*) la liquidación o no de anticipos e igualmente la renta presuntiva, y *iv*) la limitación de la retención en la fuente únicamente por actividades industriales, mercadeo y rendimientos financieros. Éstas, entre otras razones, llevan a la CEET a plantear la eliminación del RTE, manteniendo solo un tratamiento especial para los entes territoriales: nación, municipio, distritos, departamentos, territorios indígenas (CEET, 2015b).

El informe final para efectos de impuesto de renta hizo un análisis de la tributación para personas naturales y las sociedades. En el primer caso propuso: *i*) ampliar la base, incluyendo más personas al sistema; *ii*) disminuir los beneficios, y *iii*) simplificar el tributo mediante un mismo tratamiento, estas propuestas implicarían que se eliminen los sistemas alternativos para la liquidación del impuesto IMAN e IMAS, una nueva tabla de tarifas marginales con una máxima del 35%, junto a límites porcentuales, globales y absolutos de los beneficios, aumentar la tarifa del 3 al 4% en renta presuntiva en aras de eliminar el impuesto al patrimonio, crear tres tarifas para efectos de las ganancias ocasionales, un 10% para sucesiones y donaciones, 20% para rifas y juegos de azar, y 15% para ganancias ocasionales por venta de inmuebles y otros activos, gravar los dividendos como renta gravable ordinaria (CEET, 2015c: 10-13). Para el caso de las sociedades, la CEET sugirió la eliminación del impuesto de renta para la equidad CREE, el impuesto a la riqueza o patrimonio empresarial y la sustitución por un nuevo impuesto, el Impuesto sobre las Utilidades Empresariales, con una tarifa entre el 30 y el 35%, fijar la renta presuntiva en el 4% y eliminar los aportes parafiscales sobre la nómina (CEET, 2015c: 12-13).

Sin embargo, las sugerencias no gozaron de buena acogida, entre otras razones por la difícil coyuntura económica marcada por el creciente déficit fiscal, que al 2015, alcanzaba el 3.6% del PIB, una progresiva dependencia fiscal que representaba el 53% del presupuesto, un endeudamiento



externo ascendente que consumía en promedio el 22.5% del presupuesto, equivalente al 5.8% del PIB (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2015: 2-16 [en adelante MHCP]), una perspectiva entrabada de crecimiento económico que no superaba el 2.7% para 2016 (Fondo Monetario Internacional, 2016: 1 [en adelante FMI]), una inflación creciente con un acumulado anual, a marzo de 2016, de 7.59% (Banco Central de la República, 2016: 1) un proceso de paz en negociación con defensores y fuertes detractores políticos que implicaría la destinación de recursos para el posconflicto, aunado al reclamo de la sociedad y el sector empresarial por un sistema tributario más simple y una carga tributaria más equilibrada, que no veían con buenos ojos las propuestas planteadas por la CEET. Así, la fuerte presión interna hacia el gobierno hizo que, pese a la conformación de la Comisión, sus tres informes y sugerencias, se postergue cualquier cambio al sistema tributario, por la difícil situación política y la desaprobación del gobierno en general, a ello se sumaron las tensiones externas de organismos multilaterales como el FMI, que públicamente exigieron reformar el sistema tributario colombiano, que, a consideración de expertos analistas económicos y financieros, era inminentemente necesario.

En este entorno, en 2015, y pese a que no se presentó una reforma tributaria, el gobierno sí reafirmó la necesidad de realizar una modificación al sistema tributario en el Plan de Desarrollo Nacional 2014-2018. Así, a través de múltiples compromisos, se demarcó el camino sobre el cual se erigiría la senda fiscal, al menos para los próximos cuatro años, dentro de éstos compromisos se encontraban: *i*) alinear las políticas en el ámbito de la competitividad con los principios del Sistema Nacional de Competitividad e Innovación, para el logro de los propósitos, por lo tanto, los beneficios tributarios considerados como una política de competitividad moderna deberían ser horizontales, evitando el problema de captura de rentas y economía política (Departamento Nacional de Planeación, 2015: 111 [en adelante DNP]); *ii*) racionalizar la regulación para la competitividad empresarial enfocada desde dos componentes, por un lado, la racionalización de trámites, y por otro, las mejores prácticas de producción normativa, se encarga conjuntamente al Ministerio de Industria Comercio y Turismo (MinCit) y la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN), evalúen la efectividad de los instrumentos tributarios en favor del comercio exterior de servicios en pro de las modificaciones a que hubiese lugar (DNP, 2015: 148); *iii*) para incentivar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

el incremento de inversión en ciencia, tecnología e innovación empresarial, el gobierno afirma que realizará ajustes normativos a los beneficios tributarios;<sup>7</sup> *iv*) dentro de la política fiscal, hay un compromiso implícito de mantener la regla fiscal.<sup>8</sup> En cuanto a las medidas que soportan la política fiscal, se hace alusión al alto costo en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, foco de desigualdades en la carga tributaria conducente a una mayor evasión y fraude, por lo cual el gobierno se compromete a promover la reducción de los costos de cumplimiento de las obligaciones fiscales, direccionando a las entidades de administración fiscal a políticas de facilitación, simplificación y orientación clara del servicio (DNP, 2015: 996).

Este preámbulo finalmente se concretó fragmentariamente con la Ley 1819 de 2016,<sup>9</sup> denominada reforma tributaria estructural, norma por medio de la cual se derogó parcialmente la Ley 1739. Dentro de las principales modificaciones en cuanto al impuesto de renta aplicable a personas naturales se modificó el sistema de determinación de renta para las personas naturales, pasando a un sistema de renta cedular basado en cinco cédulas individuales de renta así: *a*) trabajo; *b*) pensiones; *c*) capital; *d*) laborales, y *e*) dividendos y participaciones, computando las rentas por período de manera independiente, al igual que la compensación de pérdidas e imputación de rentas no gravadas y exentas, cuya sumatoria total no podría ser superior al 40%, excepto para los funcionarios de relaciones exteriores;<sup>10</sup>

<sup>7</sup> El documento no hace mención, si quiera genérica, de los beneficios que se contemplan para tal propósito (DNP, 2015: 164).

<sup>8</sup> La Ley 1473 por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones (*Diario Oficial* núm. 48121 del 5 de julio de 2011) introdujo la regla fiscal como un instrumento de preservación de la estabilidad financiera, al tiempo que se aprueba el Acto Legislativo 003 por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal (*Diario Oficial* núm. 48117 del 1o. de julio de 2011), modificando el artículo 334 superior, introduciendo el principio de sostenibilidad fiscal, e incidiendo directamente sobre los artículos 339 y 346. Tres preceptos normativos pilares del régimen económico y de la hacienda pública de la Constitución Política de Colombia, mandatos que se sostendrán para lograr aminorar el déficit fiscal estructural del gobierno central del 1.8% del PIB en 2018 y hasta el 1% en 2022, de conformidad con el PND (DNP, 2015: 938).

<sup>9</sup> Ley 1819 por medio de la cual se adopta una reforma estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* núm. 50101 del 29 de diciembre de 2016.

<sup>10</sup> La no aplicación del 40% como límite a la sumatoria de rentas exentas es una norma repetitiva, dispuesta en el parágrafo único del artículo 336 y el parágrafo 4 del artículo 206.1. Tanto la prima especial como la prima de costo de vida fue creada por medio del

igualmente eliminó los sistemas alternativos de depuración IMAN e IMAS, de este modo se cambió completamente la determinación del impuesto de renta, en tanto la distinción del impuesto ya no estaría dada por la categoría del contribuyente como lo estableció la Ley 1607, sino la fuente del ingreso que daría cuenta de su naturaleza.

En cuanto al impuesto de renta para las personas jurídicas, se volvió obligatorio el reconocimiento de costos, gastos, activos, pasivos y demás cuentas bajo el nuevo marco normativo adoptado mediante la Ley 1314 de 2009, ello implicaría que los obligados a llevar contabilidad debían aplicar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) para la valuación y medición de las partidas contables que son fuente para la determinación del impuesto de renta, hecho que hasta ese momento era potestativo para algunas empresas como las pequeñas y medianas empresas (MiPymes) pertenecientes al grupo dos de implementación. Es importante señalar que tal método de reconocimiento y valuación genera diferencias fiscales transitorias y permanentes, que tienen efecto directo en la determinación del impuesto de renta.

Por otro lado, la tarifa del impuesto de renta pasó del 25% al 33% para las empresas nacionales y extranjeras, eliminando la distinción y progresividad tarifaria para unas y otras que había establecido la Ley 1607; a la vez, fijó una tarifa diferencial del 9%, aplicable para algunas empresas del sector hotelero, editorial y para los rendimientos derivados de la reserva de estabilización de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, de conformidad con el artículo 240 ET. Igualmente, se suprimió el impuesto de renta para la equidad (CREE) y en su lugar se incluyó una sobretasa sobre el impuesto de renta del 6% y el 4% para los años 2017 y 2018, respectivamente. Adicionalmente, derogó el beneficio de progresividad en el impuesto de renta para las MiPymes, aplicable desde 2010, de acuerdo con la Ley 1429, por lo tanto, solo se mantuvo dicho beneficio para las empresas ya acogidas a esta norma.

El actual gobierno (hasta el momento de este escrito) ha presentado al Congreso un proyecto de Ley de Financiamiento con el objetivo de recau-

---

Decreto 3357 por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional de los Servidores Públicos Diplomáticos, Consulares y Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones (*Diario Oficial* núm. 47.465 del 7 de septiembre de 2009), y la excepción del límite es aplicable a servidores públicos diplomáticos, consulares y administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores quienes imputarán como renta exenta el 100% por este concepto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

dar 14 billones de pesos, necesarios para cubrir los recursos financieros de los programas propuestos y aprobados en el presupuesto para la vigencia 2019, exponiendo teóricamente que dicha ley es necesaria para asegurar la estabilidad financiera a mediano plazo, reducir la carga tributaria al reactivar la economía, alcanzar una mayor progresividad y distribución del ingreso y simplificar el sistema tributario para una mayor formalización (MHCP, 2018: 2). Así, se propone la ampliación de la base del IVA a todos los productos y servicios, excepto salud, educación, transporte, servicios públicos, productos de salud y bienestar, intereses, comisiones, seguros, rendimientos financieros, construcción de obras civiles, edificaciones, arrendamientos, plantaciones, servicios del gobierno, productos del tabaco y servicio doméstico (MHCP, 2018: 1-16). En materia de impuesto sobre la renta para las personas físicas, se cambia el sistema de renta por cédulas retornado al sistema de renta global por depuración ordinaria, unido al incremento de la tarifa que llega hasta un 37% aplicable a las rentas que superen 1,140 UVT (Unidad de Valor Tributario) (MHCP, 2018: 26-27); para las personas naturales con negocio o pequeños microempresarios, se cambia el monotributo por el impuesto unificado de tributación simple de causación anual y pago bimestral, con tarifas diferenciales para el sector comercio al por mayor y por menor en un rango de 2.6% hasta 5.6%, servicios profesionales y de consultoría con un 5.6% al 9.6%, y servicio de restaurante y cafetería con tarifas que van desde el 11.1% al 13.6%, según el monto de ingresos brutos anuales (MHCP, 2018: 35-40).

En cuanto al régimen para las sociedades y empresas de mayor tamaño,<sup>11</sup> se retorna a los beneficios de los contratos de estabilidad jurídica para las mega inversiones, consistente en garantizar una serie de beneficios tributarios por el término de duración del contrato (MHCP, 2018: 35-40), modalidad que ya había sido instituida por medio de la Ley 963 de 2005,<sup>12</sup> pero que fue desmontada por las diversas controversias, por un lado, de tipo jurídico en razón de la inequidad y desigualdad tributaria, y por otro, de tipo económico en razón de las posibles distorsiones en la economía, aunado a la incertidumbre de la efectividad del incremento de la inversión reflejado en inversión real, innovación y productividad. Adicionalmente,

<sup>11</sup> Entiéndase “mayor tamaño” en términos de ingresos devengados, patrimonio bruto o generación de rentas.

<sup>12</sup> Ley 963, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. *Diario Oficial* núm. 45963 del 8 de julio de 2005.

se reforman la deducción en impuestos pagados a un 50% para impuesto de industria y comercio y el gravamen a los movimientos financieros, se reincorpora un descuento del 100% de impuestos tasas y contribuciones pagados y relacionados directamente con el giro ordinario del negocio; por otra parte, se fija como descontable el 100% del IVA en la importación, formación y construcción de activos fijos (MHCP, 2018: 52).

Para efectos de la renta presuntiva, se presume que la renta líquida no será inferior al 3.5% del patrimonio líquido, pero decrecerá paulatinamente a un 3% en 2019, 1.5% en 2020 y 0% en 2021.<sup>13</sup>

Se incorpora un régimen de rentas exentas para las empresas de economía naranja que se dediquen a una lista taxativa de actividades y que cumplan con un número no inferior a diez empleados, un monto mínimo de inversión de 25,000 UVT manteniéndolo por tres años, el tratamiento diferencial será por un período de cinco años; para empresas del sector rural el período será de diez años, con un monto mínimo de inversión de 50,000 UVT sostenida por un período de seis años; para las empresas generadoras de energía alternativa, el término será de quince años, siempre que tramiten, obtengan y vendan certificados de emisión de bióxido de carbono, según el protocolo de Kyoto, unido a que un 50% de los ingresos derivados de su comercialización sean destinados a obras de beneficio social en la región donde opere el generador (MHCP, 2018: 52-57).

Finalmente, la tarifa para las personas jurídicas, aplicable a sociedades nacionales y asimiladas, será decreciente pasando de un 33% en 2019 a un 30% en 2022; para el sector hotelero las rentas pasaron de ser exentas a ser rentas gravadas con una tarifa del 9%. Estos son algunos de los cambios más relevantes que traerá la ley de financiamiento, de ser aprobada.

Como se evidencia, el conjunto de normas tributarias en Colombia se ha caracterizado por una metamorfosis camaleónica, que va de tumbo en tumbo, sometiendo a las personas naturales y los empresarios a una especie de laboratorio fiscal, por medio de normas con apariencia de permanentes, pero con vocación claramente transitoria, o la inversa, con normas incorporadas como transitorias, pero con clara inclinación de permanentes; con un eje común en ambos casos, su trascendencia en el tiempo ha

---

<sup>13</sup> Los contribuyentes acogidos al régimen unificado de tributación simple no estarían sometidos al impuesto de renta presuntiva, de conformidad con el artículo 67 que modifica el artículo 188 del ET.

estado, está y estará supeditada a la necesidad financiera del gobierno del cuatrienio para cada ejecución presupuestal.

Pero más allá de la necesidad de reformar el sistema tributario por una insuficiencia de caja, está el requerimiento jurídico fundamentado en las exigencias constitucionales para la realización del Estado social de derecho (ESD), no cualquier tipo de Estado, ni con cualquier tipo de medio. Es un Estado que respeta los principios jurídicos como la libertad, la igualdad, la multiculturalidad, el trabajo, la propiedad privada, la vida digna y —sobre todo— la justicia, de modo que cualquier medio que se use para lograr sus fines no puede anular o transgredir los derechos y garantías mínimas, tal es el caso de la norma tributaria cuando se usa más como instrumento de financiación que de redistribución. El derecho tributario debe abandonar la construcción jurídica de un sistema tributario justo, con impuestos equitativos, progresivos que se ajusten a la realidad objetiva y subjetiva del obligado a dar, dónde los impuestos solo existan y se reclamen allí dónde se debe, puede y se tiene que exigir, sólo así la imposición tributaria será neutral y contribuirá con justicia al desarrollo, de lo contrario puede acrecentar la brecha social, dejando al pobre más miserable y al rico lo convertiría en centro de acumulación.

Desde aquí, la preocupación por el estudio de la estructura de los impuestos directos como el impuesto a la renta tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas, pues en él es, y debe ser, más manifiesta la función redistributiva, ya que debe recaer sobre el residual de riqueza generado por una actividad, o por la riqueza que se posee en un momento determinado (patrimonio) y no sobre el consumo o actos aislados, por ende, se debe buscar que por lo menos este tipo de impuestos cumplan con el presupuesto jurídico de perseguir la riqueza donde se encuentre, encontrarla objetivamente, gravarla y exigir efectivamente el impuesto.

## II. ESTRUCTURA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La estructura del impuesto sobre la renta en Colombia no se articula en una ley en particular, como en Chile o Perú<sup>14</sup> u otros países latinoamericanos; ésta se encuentra dispersa en el conjunto de normas que se exponen

---

<sup>14</sup> En Chile el impuesto sobre la renta está contenido en el Decreto Ley 824, en Perú el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta está contenido en el Decreto Supremo núm. 179-2004-EF.

en el Estatuto Tributario, que pese a la recopilación realizada mediante el Decreto Único Tributario (DUT),<sup>15</sup> sigue siendo un disgregado de normas tributarias por poco confusas, repetitivas y hasta contradictorias. El impuesto genéricamente es de período, abarcando la sumatoria de ingresos totales durante un año calendario, y recae sobre las rentas de fuente nacional generadas de forma temporal o transitoria, de conformidad con el artículo 24 ET; por lo demás, el impuesto sobre la renta para las personas naturales y las personas jurídicas se cimienta sobre una estructura diferencial.

Para las personas naturales, la tarea resulta mucho más compleja, en tanto la determinación de la carga impositiva se desprende, en primer lugar, de la identificación del hecho generador, constituido por la percepción de ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio neto que no se encuentren claramente exceptuados, dentro de ellos: salarios y/o rentas de trabajo, rendimientos derivados de actividades económicas (profesiones liberales o empresariales), los rendimientos que genere el propio patrimonio (intereses), gananciales, herencias, donaciones.

Determinado el hecho generador, se debe identificar la categoría de sujeto pasivo, que de acuerdo con los artículos 7o. al 11 del ET, son las personas físicas, sucesiones ilíquidas, estableciendo que los cónyuges se gravan de forma individual, y que se debe entender como residencia para efectos fiscales; sin embargo, la clasificación del sujeto puede ser la misma o no, ya por incremento o disminución de patrimonio o renta del contribuyente o por simple disposición normativa como sucedió con la Ley 1607/2012<sup>16</sup> y 1739/2014.

Seguidamente, se debe calcular la base imponible, cuantificando la sumatoria de ingresos totales del período, acumulándoles de acuerdo con la fuente en cada una de las cédulas, para luego aminorar las rentas excluidas, no gravadas y exentas que, como se ha expuesto, definitivamente período a período no son las mismas.

---

<sup>15</sup> Por medio del Decreto 1625 en el que se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria (*Diario Oficial* núm. 50023 del 11 de octubre de 2016), se consolidó el DUT, buscando racionalizar y simplificar a través de la compilación de normas de la misma naturaleza, pero dada el alto volumen de producción normativa, si bien fue un comienzo, aún queda mucho camino por recorrer.

<sup>16</sup> A raíz de la reforma tributaria Ley 1607 de 2012, el gobierno tuvo que aclarar los criterios de clasificación dada la confusión generada, por tanto, a través del Decreto 3032 emitió definiciones para precisar las categorías de empleado, trabajador por cuenta propia y otros, hasta que se eliminó de manera definitiva con la Ley 1819 de 2006.

Tasada la renta líquida gravable a cada cédula se le debe aplicar la tarifa, así: *a)* para las rentas clasificadas, tanto en la cédula de rentas de trabajo y la cédula de pensiones, se aplicará el rango tarifario establecido en el artículo 241.1 ET. La disposición normativa fija cuatro rangos tarifarios, iniciando con tarifa cero (0%) para las rentas líquidas gravables que, calculadas de acuerdo con las normas aplicables y vigentes, sean menores a 1090 UVT,<sup>17</sup> los siguientes rangos fijan tarifas marginales del 19%, 28% y una máxima del 19%; *b)* para las rentas líquidas gravables declaradas tanto en la cédula de rentas no laborales como las de capital, el legislador fijó seis rangos de tarifas marginales, iniciando con una cero (0%) y una tarifa máxima del 35%, con rangos de renta progresivos comenzando con 600 UVT y las superiores a 4000 UVT; ello significa que las personas naturales que registren rentas y declaren por estos conceptos iniciarán a tributar si la renta líquida gravable es superior a \$19,115,400, y *c)* para dividendos o participaciones recibidas por personas naturales residentes, el artículo 242 ET fija tres rangos de rentas con su respectiva tarifa marginal, partiendo en rentas líquidas gravables superiores a 600 UVT y finalizando con aquellas superiores a 1000 UVT, y una tarifa marginal inicial de 5% y 10%. Por otra parte, señala que los dividendos y participaciones pagados o abonados en cuenta de las personas naturales residentes, derivado de la distribución de utilidades gravadas de acuerdo con la metodología del artículo 49, párrafo dos, estarán gravados a una tarifa general del 35%.

Por su parte, para las personas jurídicas, normativamente la imposición recae sobre las sociedades con residencia fiscal, distinguiendo algunas sociedades del régimen fiscal especial,<sup>18</sup> como se mencionó el apartado precedente.<sup>19</sup> El hecho imponible lo configuran los ingresos de fuente nacional derivados de la explotación, venta de bienes materiales o inmateriales, y

---

<sup>17</sup> La UVT vigente y aplicable para las obligaciones tributarias administradas por la UAE DIAN para 2017 se fijó en \$31.859, el 21 de noviembre de 2016, mediante la Resolución 71, se fijó el valor de la Unidad de Valor Tributario (UVT) aplicable para 2017. Así, la renta líquida gravable, objeto del gravamen para las cédulas de rentas de trabajo y la cédula de pensiones, inicia con un valor igual o superior a \$34,726,310.

<sup>18</sup> No son contribuyentes todos los entes territoriales, corporaciones autónomas y de desarrollo sostenible, áreas metropolitanas, Sociedad Nacional de Cruz Roja Colombiana y su sistema federado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales, de acuerdo con el artículo 22 ET.

<sup>19</sup> Artículos 12 al 19 del ET.



la prestación de servicios dentro del territorio nacional.<sup>20</sup> El cálculo de la base imponible, en términos generales, está contenido en el artículo 26 ET, los ingresos brutos conformados por la suma total de los ingresos percibidos en el período gravable, susceptibles de producir un incremento patrimonial en el momento de su percepción, no exceptuados ni excluidos, se le restan los descuentos, rebajas y devoluciones, con lo cual se obtendrá el ingreso neto; al ingreso neto se le sustraen todos los costos imputables para su realización, para obtener la renta bruta a la que se restan las deducciones para llegar a la renta líquida a la cual se le aplica la tarifa general del 33%, salvo que sean sociedades de régimen especial o se encuentren en zona franca,<sup>21</sup> para las que se aplica una tarifa diferencial del 20%, o sociedades del sector hotelero sobre las que recae una tarifa del 9%.

Así, el régimen normativo vigente y aplicable en Colombia, por sí mismo, imprime un desequilibrio desde la estructura impositiva, pues ha de recordarse que la simplicidad es un aditamento de la claridad jurídica, que debe ser una de las características en la configuración de un sistema tributario equitativo y justo, pues como se ha expuesto, las normas definitorias de la estructura tributaria para las personas naturales son abundantes, dispersas, muchas son normas remisorias, complejas y ambiguas. De otra parte, el proyecto de reforma tributaria mal denominado “Ley de Financiamiento” que cursa actualmente en el Congreso, retorna al antiguo cálculo de renta global, cambia completamente el monto y el tipo de deducciones, conjugado con un aumento de la tarifa nominal, reformas que imprimen mayor presión tributaria a las personas naturales.

Por otro lado, el proyecto de ley plantea para las sociedades una disminución de la tarifa en tres puntos porcentuales en los siguientes años, un aumento de las deducciones, la reincorporación de los descuentos tributarios y los contratos de estabilidad jurídica, ampliar la gama de rentas exentas para sectores de economía naranja, entre otras reformas. En ambos casos, las reformas propuestas son una transformación parcial, pero pro-

---

<sup>20</sup> Respecto a las sociedades extranjeras, el artículo 20 ET dispone que, salvo las excepciones previstas en tratados internacionales, las demás sociedades extranjeras tributarán por sus rentas de fuente nacional.

<sup>21</sup> El artículo 240.1 ET, establece como excepción los nuevos usuarios de zonas francas del municipio de Cúcuta entre enero de 2017 y diciembre de 2019, para los cuales se mantiene la tarifa del 15%, condicionada a dos características: *i*) que las zonas francas cuenten con más de 80 hectáreas, y *ii*) garantía de que la nueva zona franca va a tener más de 40 usuarios, ya sean empresas nacionales o extranjeras.

funda, al impuesto sobre la renta, imponiendo una mayor carga tributaria a las personas naturales e indiscutiblemente disminuyendo la carga tributaria para las empresas, vía tratamientos preferenciales representados en beneficios tributarios que arropan el impuesto sobre la renta con un halo de inequidad tributaria.

### III. EL IMPUESTO DE RENTA Y EL GASTO TRIBUTARIO

Expuesta de manera general la evolución y la estructura del impuesto de renta en Colombia, tanto para las personas naturales y las sociedades, son variadas las observaciones jurídicas que se han realizado por detractores y defensores.

Ante la tributación para personas naturales, Piza Rodríguez (2014) encuentra claramente inequitativas e injustas las disposiciones con normas que en poco o nada contribuyen a la equidad y la simplicidad del sistema; Domínguez (2014) sostiene que la Ley 1607 complejizó la gestión tributaria en términos del control; Farné y Rodríguez (2014) en un análisis del efecto de la Ley 1607 sobre el empleo, exponen cómo una mayor proporción de pago de impuestos es transferido a los trabajadores vía menores salarios y en caso de reducción impositiva tienen la misma consecuencia, por tanto el objetivo de generar mayor empleo difícilmente se alcanza, encuentran una sobreestimación del efecto distributivo por las estridentes inequidades de la norma que desestiman la generación efectiva de nuevos puestos de trabajo; Caicedo Tribín (2014), al evaluar los efectos de ésta misma ley desde la perspectiva del principio de eficiencia, señala que la norma careció de un estudio previo riguroso, dificultando el cumplimiento de las obligaciones por la complejidad de los procesos formales, la deficiente, indeterminada y, por tanto, ambigua redacción de los preceptos normativos que obligó al uso excesivo de decretos reglamentarios.

Así, doctrinantes, académicos y respetados juristas confluyen en el señalamiento de un sistema tributario que se soporta en la emisión de leyes fragmentarias con perspectivas de corto plazo, carentes de un análisis previo de causas, efectos y alternativas, ajustadas casi de manera exclusiva para suplir las necesidades financieras del gobierno en turno; por tanto, de modificación constante que demandan un esfuerzo legislativo para la precisión o aclaración de la norma, o la proliferación de conceptos jurídicos por parte de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN), afectando severamente la

estabilidad jurídica, la confianza del contribuyente y, por ende, uno de los principios de cualquier sistema tributario, la seguridad jurídica de los obligados a contribuir.

Veamos el siguiente ejemplo: la sentencia del 15 de abril de 2015 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado Colombiano (CECcol), al resolver el caso administrativo *Cementos El Cairo S.A. vs. UAE DIAN* (Sentencia 2004-04972/2015). El problema jurídico fue la procedibilidad de la deducción de pérdidas acumuladas sobre la renta líquida gravable del año gravable 1999, sin importar que se generara una nueva pérdida fiscal según concepto 47433 del 20 de mayo de 1990, o la aplicación de la deducción sólo hasta el margen de la renta líquida del período según concepto 020727 del 6 de marzo de 2000, publicado en diciembre de 1999. El contribuyente hizo uso del primer concepto y la UAE DIAN aplicó el segundo; por ende, requirió al contribuyente para realizar la liquidación oficial de revisión, modificando la deducción y el impuesto, confirmando su decisión a través de la notificación de Resolución, previa interposición del recurso de reposición de Cementos Cairo S.A.

En el análisis del caso, la Sala recordó la fuerza vinculante de los conceptos de la UAE DIAN de conformidad con el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, reiterada en la Sentencia de la Sección Cuarta de este mismo órgano, de mayo de 2012, expediente 73001-23-31-000-2009-00439-01 (18 839), la cual dispuso que la actuación de los contribuyentes con base en los conceptos jurídicos escritos por la Subdirección Jurídica de la UAE DIAN, pueden sustentar actuaciones en vía gubernativa y jurisdiccional durante el tiempo que los conceptos se encuentren vigentes, sin que puedan ser objetadas, dejando claro que cualquier cambio de posición por parte de la UAE DIAN debía ser publicado. Igualmente invocó la irretroactividad de la ley para los impuestos de período, tal cual lo dispone el artículo 338 superior. Bajo estas consideraciones jurídicas, la Sala precisó que si bien el concepto 020727 del 6 de marzo de 2000 había sido publicado en el mes de diciembre de 1999, éste solo entraba en vigencia para el año siguiente en razón de que el impuesto de renta es un impuesto de periodo y los efectos de una norma para este tipo de impuestos no se podían retrotraer en el tiempo, porque ello lesionaba el principio tributario de irretroactividad de la norma, afectando la seguridad jurídica, la confianza de la ley y la certeza de las consecuencias jurídicas, los principios de buena fe y confianza legítima, confirmando así la liquidación privada de Cementos El Cairo S.A. (*Cementos El Cairo S.A. v. UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, 2004).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

Este tipo de situaciones jurídicas serían evitables si la legislación tributaria colombiana no fuera una colcha de retazos, que se tiene que respuntar al amparo de las necesidades presupuestales de cada gobierno, generando dispersión normativa, contrariedad en la interpretación y aplicación de la norma tributaria, afectando directamente la seguridad jurídica y, por tanto, la justicia del sistema. Pues como se ha expuesto, el impuesto de renta ha sido objeto de múltiples ajustes normativos, que han erosionado la base imponible y han quebrantado el principio de equidad tributaria, a través del aumento o disminución de la tarifa marginal, incremento o reducción de la base imponible por medio de incentivos a la inversión, deducciones aplicables a ciertas actividades, exenciones, descuentos e, incluso, amnistías.

La abultada producción normativa que modifica los elementos de la imposición la vuelven compleja; la constante creación, modificación y eliminación de beneficios tributarios (descuentos, deducciones, exenciones) desequilibran, día a día, la ya desbalanceada distribución de la carga tributaria, desplazando la balanza con mayor rigor hacia las personas naturales y pequeños contribuyentes, pues de alguna forma se debe compensar el menor recaudo que genera el gasto tributario.

Así, la tarea de liquidar el impuesto es compleja y dota la imposición de ineficiencia, pues cuanto más enrarecida sea la depuración de la base imponible, tanto o más lo será la liquidación de la alícuota, facilitando la configuración de figuras jurídico-contables al margen de la norma que abre paso a la *elusión* o el simple abuso del derecho e incumplimiento del mismo con el no pago del tributo, la *evasión*, situaciones muchas veces invisibles a la administración de impuestos UAE DIAN.

En este sentido, Bautista, en un análisis de la distribución del impuesto de renta en Colombia para el periodo 1990 a 2002 y su contribución a la equidad, exponía cómo las reformas tributarias se habían enmarcado en una lógica devastadora en el sistema tributario, creando tratamientos preferenciales sin control alguno de las exenciones y su costo fiscal (Bautista, 2011: 57-61), costo que sólo fue cuantificado desde 2004 por la UAE DIAN en cumplimiento del artículo 87 de la Ley 788 de 2002,<sup>22</sup> concor-

---

<sup>22</sup> Ley 788, por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* núm. 45046 del 27 de diciembre de 2002.

dante con la Ley 819 de 2003<sup>23</sup> que ordenó la inclusión de la estimación del gasto fiscal en el marco fiscal de mediano plazo. La situación se agrava con el ausente control político por parte del Congreso de la República limitado al control de la legalidad, descuidando la legitimidad normativa, lo que obstaculiza un verdadero examen y ajuste de los impuestos a los principios constitucionales, entre ellos la justicia y los principios de carácter tributario promulgados en el artículo 363: *equidad, eficiencia, progresividad y no retroactividad*, que en conjunto reclaman la justicia de los tributos para cada uno de los contribuyentes, en razón de su capacidad objetiva y subjetiva de dar, sin lesionar las condiciones más básicas como el mínimo vital, la dignidad, la libertad y la capacidad de decisión.

Actualmente, en Colombia son aplicables tarifas impositivas diferenciales para las sociedades: 20% para las sociedades de zonas francas y para las empresas de régimen tributario especial, fundaciones, corporaciones, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro que cumplan las condiciones normativas para pertenecer a éste régimen,<sup>24</sup> y 33% para el resto de sociedades que no corresponden con ninguna de las categorías descritas, aplicable a partir de 2017; adicionalmente, y pese a que la legislación no incluye la tarifa del 0%, sí establece un régimen tributario excepcional para los no contribuyentes, en donde encajan los entes territoriales (artículo 286 constitucional), los partidos políticos, sindicatos, corporaciones autónomas y otras entidades sin ánimo de lucro establecidas taxativamente por el legislador. La UAE DIAN identifica así, cuatro posibles grupos de acuerdo con la responsabilidad tributaria: *i)* declarantes-contribuyentes; *ii)* declarantes-no contribuyentes; *iii)* no declarantes-contribuyentes, y *iv)* no declarantes-no contribuyentes (Yori y Bravo, 2004: 6).

A la dispar gama de tarifas se le suman las consideraciones especiales aplicables a cada sector, entre ellos:<sup>25</sup> *i)* artículo 158.1 ET, donaciones e in-

<sup>23</sup> Ley 819, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* núm. 45243 del 9 de julio de 2003.

<sup>24</sup> La Ley 1819 de 2016, mediante los artículos 140 al 143, modificó el régimen tributario especial condicionándolo, así: *i)* deben estar legalmente constituidas; *ii)* el objeto social debe ser de interés general en una o varias de las actividades meritorias establecidas en el artículo 359 del ET, y *iii)* los aportes no deben reembolsarse y los excedentes no pueden ser distribuidos, conforme lo estipula el artículo 356-1 del ET, precepto modificado por esta misma Ley a través del artículo 147.

<sup>25</sup> Se mencionan algunos casos de manera ilustrativa que dan cuenta de los diversos tratamientos fiscales a los que puede optar el obligado tributario, dejando claro que estos

versión en investigación, desarrollo tecnológico e innovación;<sup>26</sup> ii) artículo 159 ET, industria petrolera y sector minero; las exenciones tributarias por regiones, como San Andrés y Providencia dispuesto en el artículo 150 Ley 1607 de 2012, la zona del Nevado del Ruíz, y iii) artículo 57 ET, Zonas Económicas Especiales de Exportación (ZEEE), Ley 677 de 2000, más los efectos tributarios derivados de los contratos de estabilidad jurídica amparados bajo la Ley 963 de 2005, que persistirán aproximadamente de 20 a 30 años más, pese a que la ley fue derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012, pero que de ser aprobada la Ley de financiamiento volverían con mayor fuerza.

Genéricamente, la UAE DIAN clasifica en tres grupos los beneficios tributarios que afectan la base gravable: i) ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional; ii) deducciones, y iii) rentas exentas; ocasionando una tasa de tributación efectiva diferencial para contribuyentes en condiciones similares, rompiendo el principio de equidad y justicia tributaria, en la medida que cuentan con un número finito pero ampliamente divergente de alternativas contables y jurídicas que conllevan a tratamientos fiscales diferentes, por ende a un menor o mayor impuesto liquidado y pagado, distorsionando la carga impositiva y sus efectos en la economía incidiendo directamente, por una parte, en las decisiones de los agentes económicos y, por otra, entrando en la esfera de los mínimos afectables de las personas naturales, quebrantando así los principios constitucionales de carácter tributario.

El menor recaudo tributario por el uso de algún beneficio tributario otorgado se conoce como el gasto tributario. En Colombia, la cuantificación del gasto tributario respondió a los requerimientos de organismos multilaterales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) más que a una necesidad interna de control y gestión pública. Un análisis de los estudios presentados por la UAE DIAN desde 2004 hasta 2016 hacen una estimación aproximada del gasto tributario, de acuerdo con las recomen-

---

no son todos, ni los más importantes, pero se considera proporcionan al lector una muestra de lo expuesto.

<sup>26</sup> Para este tratamiento especial debe concordarse los artículos 158.1 y el 256 ET, haciendo observancia de las condiciones y criterios fijados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social mediante actualización del documento CONPES 3834, de 2015, en todo caso serán deducibles en el período en que se realicen tales donaciones o inversiones.

daciones de la OCDE usando el método de cálculo *ex-post* el cual mide la pérdida del gasto después de implementar el beneficio tributario, sin consideración de las alteraciones que se pueden producir por el cambio de una variable o la combinación de varias (Yori *et al.*, 2015: 10-15).

Este tipo de análisis es estático, escapa a la previsión de los efectos fiscales, económicos y financieros por la restricción, eliminación, aumento o disminución de un beneficio tributario; se expresa en términos de cifras absolutas en proporción del PIB, o en relación con el universo de rentas, como la renta exenta, o su participación en el gasto tributario total, o los totales por sector económico. Es un estudio cuantitativo en el cual se evidencian imprecisiones de cálculo, dificultades en la determinación de la tasa nominal para las personas naturales y la tasa efectiva tanto para las personas jurídicas como para las naturales, esto en razón la complejidad derivada del abanico de opciones tributarias que se disponen para aminorar de manera directa tanto la base gravable como el impuesto a pagar, en términos de la tasa efectiva para las personas jurídicas; para las personas naturales, la existencia de la renta exenta por mandato implícito de carácter constitucional, en consideración del artículo 1o., reiterado por la Corte Constitucional Colombiana (CCcol), como el mínimo vital y móvil para la existencia de una vida digna (Sentencia SU-995/1999), para lo cual el legislador ha dispuesto unos mínimos exentos (que no se consideran gasto tributario), combinado con una tabla de rangos definidos en los artículos 241 ET ya mencionados que hacen casi imposible llegar a una tasa efectiva única para este tipo de contribuyentes.

En este contexto, es preciso recordar que uno de los pilares del ESD es la igualdad formal y real. La CCcol ha planteado que la igualdad tiene un triple rol: *valor, principio y derecho*. Como valor es una norma que establece fines para las autoridades creadoras de derecho y el legislador; como principio es una norma que fija un deber específico de aplicación inmediata por el legislador y el juez, y como derecho es subjetiva, concretándose en abstención y acción para la igualdad efectiva en beneficios, oportunidades y obligaciones (Sentencia C-551/2015). Así, en sentido estricto la igualdad tributaria se debería evaluar, ponderar y demostrar, a través de una justa distribución de la carga fiscal, para ello debe entenderse que los derechos y obligaciones emanan en el mismo sujeto en un universo múltiple de sujetos, que deberán recibir el mismo trato o un trato diferencial de acuerdo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

a la relación de similitudes y diferencias en cumplimiento del principio “*tertium comparationis*”.

Gallego Peragón (2013: 130-155) planteaba, por ende, que la igualdad va más allá de la simple generalidad, equilibrando y corrigiendo las desigualdades sociales generadas dentro del sistema económico, tratando igual a los iguales y desigual a los desiguales, suprimiendo cualquier discriminación o arbitrariedad contraria a derecho, exigiendo el tributo donde hay capacidad de dar, *función financiera*; y transfiriendo recursos para dar allí donde no hay capacidad económica, *función redistributiva*. Gallo (2011: 128-133) entiende la igualdad no sólo como la equivalencia formal de trato, sino como una regla esencial y autárquica de razonabilidad, heredada y congruente, predominante sobre cualquier otro criterio de distribución de las cargas públicas, por lo tanto, la configuración de la norma tributaria justa debería obedecer al interés general, evidenciado a través del presupuesto y la individualización del sujeto, reconociendo, entre otras, su capacidad contributiva.

Pérez Ayala (2008: 47-55) evidencia desde la evaluación de la justicia del reparto de la carga tributaria “*función redistributiva*”, una vinculación estrecha entre la justicia y la eficacia recaudatoria del sistema para la materialización del ESD, debería por lo tanto existir un adecuado control de los gastos públicos, examinando su intensidad, equidad y eficiencia. Si bien, existe el deber de contribuir con los gastos públicos, el reparto de la carga debe estar precedida por un criterio de justicia distributiva, que presupone un derecho ciudadano a la equidad de los gastos públicos.

La igualdad tributaria no admite tratamientos tributarios diferenciales, en razón de intereses políticos, económicos o individuales, en tal virtud no deberían existir exenciones, deducciones, descuentos o amnistías de ningún tipo y de existir, éstos deben tener un fundamento jurídico ajustado a los máximos esenciales perseguidos por el texto constitucional: *convivencia, trabajo, igualdad, libertad, paz y vida digna*, principios que se fundamentan en la justicia, tal cual se extracta del preámbulo del texto constitucional. Así, *prima facie* cualquier beneficio tributario desde una perspectiva jurídica, debe sustentarse en la concreción de los principios que materialicen el Estado constitucional.

Pero innegablemente cualquier beneficio tributario es un tratamiento diferenciado o preferencial que, *prima facie*, rompe el principio de igualdad, por ende, el principio de generalidad de los impuestos e involucra la



lesión de otros principios, como la progresividad, capacidad económica y la eficiencia. Es una suerte de tratamiento discriminatorio, al otorgar ventajas fiscales a determinados sujetos, aminorando su carga fiscal (De Juan, 2010: 95-104). Sin embargo, los beneficios pueden buscar objetivos que involucren la materialización de otros principios constitucionales que el Estado considera prioritariamente deseables, situación que genera una colisión de principios jurídicos expresados a través de casos complejos que demandan un mayor esfuerzo del derecho. La cuestión es: ¿Cómo desde el derecho tributario se puede dar solución adecuadamente a estos casos? No existe una respuesta consensuada al respecto, pero una de las alternativas (a la que me adhiero con ciertas objeciones) es la de Robert Alexy (2005), quien plantea que cuando se contraponen derechos que representan principios jurídicos para alcanzar un objetivo, la solución no es única, pero la decisión jurídica debe ser práctica, argumentada y debería soportar el test de razonabilidad evaluado en sus tres tópicos: *i*) adecuación de medios al fin perseguido; *ii*) la necesidad de los medios seleccionados al logro del fin, y *iii*) proporcionalidad medio a fin; es decir, el principio satisfecho por el logro del fin no debe sacrificar principios constitucionales más relevantes.

Dicho esto, cualquier beneficio tributario en sacrificio del principio de igualdad tributaria debe beneficiar otro(s) principio(s) de mayor talante jurídico, pero en Colombia este requisito jurídico parece diluirse en las discusiones del Congreso. La exposición de motivos de los proyectos de ley que dan origen a las exenciones, deducciones, descuentos y amnistías tributarias se han debatido y justificado desde objetivos estrictamente económicos, entre ellos: incentivar las zonas afectadas por desastres ambientales (Ley 218 de 1995), incentivar el desarrollo de regiones (Ley 677 de 2000), incentivar la inversión extranjera (Ley 963 de 2005), contratos de estabilidad jurídica, la generación de empleo (Ley 1429 de 2010), o mejorar el recaudo a través de amnistías tributarias (artículo 55 de la Ley 1111 de 2006), por citar algunas; que si bien, de alguna manera su origen se ancló en un objetivo social loable, a la postre han resultado inapropiados en la consecución del mismo fin, generando mayores desajustes en la distribución de la carga tributaria.

Aunado a ello, el artículo 154 constitucional dispone que, las normas que decretan exenciones de impuestos, contribuciones o rentas nacionales, son iniciativas legislativas exclusivas del gobierno y que todos los proyectos de ley relativos a los tributos inician su trámite en la Cámara de Repre-

sentantes. El control constitucional de este tipo de normas no es previo ni automático, generalmente se da por vía de acción; por excepción se hace control previo cuando el Ejecutivo presenta objeciones al proyecto de ley aprobado por el Congreso, pero éste no es un control integral pues se limita a los aspectos objetados por el presidente, para que lo sea, el Ejecutivo deberá haber objetado todo el proyecto, situación muy poco probable. Ésta es una de las razones por las cuáles las normas tributarias, y en especial las que decretan beneficios tributarios, carecen de un estudio previo riguroso y su control se ajuste más a los requerimientos políticos, financieros o económicos del gobierno que los jurídicos, para el caso los principios materiales de la tributación justa.

No se desconoce, existen estudios, pero son posteriores, parciales y de índole financiero, enfocados en ciertos efectos de algunas leyes; por ejemplo, la generación de empleo de la Ley 1429<sup>27</sup> o la Ley 963 de 2005,<sup>28</sup> pero poco o casi nada se ha dicho de la distorsión ocasionada a los principios jurídicos del sistema tributario. Esto en razón de que generalmente el control constitucional se da cuando algún ciudadano preocupado o afectado directamente por una norma en concreto, acciona y reclama sobre los derechos que cree han sido lesionados, fraccionándose el control con decisiones sólo sobre aquello que se reclama; por mencionar algún ejemplo, la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 21 y 22 de la Ley 1607, de 2012, interpuesta por Diego Quiñonez, por violación a los principios de legalidad y equidad tributaria porque la norma acusada no permitía la compensación de pérdidas en el Impuesto Sobre la Renta para Equidad (CREE). En el análisis sólo prosperó el segundo cargo, el primero no cumplió con los requisitos mínimos, como son: indicar con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación, y la competencia de la Corte. El órgano encontró que la exclusión de la compensación afectó gravemente un principio constitucional, no existiendo otro beneficiario, generó rasgos confiscatorios en el gravamen e impactó el sistema tributario por su carácter regresivo; por tanto, declaró la execquibilidad del precepto a través de un fallo integrador;

---

<sup>27</sup> El primer estudio formal por parte del gobierno lo realizó la UAE DIAN, fue publicado en 2013 limitándose a la mención de las empresas que se acogieron a los beneficios otorgado por la Ley 1429, cumpliendo con los requisitos, sin dar evidencia alguna de la generación de empleo, el cumplimiento del objetivo (UAE DIAN, 2011: 34).

<sup>28</sup> Sobre la Ley 963, no existe un estudio oficial por parte del gobierno que estime los efectos, se publica una lista de los contratos celebrados y en ejecución en la página del Ministerio de Industria Comercio y Turismo (MinCit, 2016).

tratando de solventar la omisión legislativa relativa de la norma, en el entendido de que se podrían compensar las pérdidas incurridas en el CREE (Sentencia C-291/2015). Cómo ésta, se podrían citar varias demandas de la misma ley, u otras leyes de carácter tributario, que la alta Corte ha tenido que resolver a través de fallos de exequibilidad o inexecuibilidad, ocasionando modificaciones normativas a *pedazos* que hacen aún más complejo el sistema tributario.

Por otra parte, el análisis de los informes del gasto tributario presentados por la UAE DIAN, desde 2004 hasta 2014 deja aún muchos más cuestionamientos jurídicos sobre el ajuste de los beneficios tributarios a los principios tributarios. La tabla 1 presenta, en resumen, algunas cifras expuestas en dichos reportes.

TABLA 1  
 COSTO FISCAL DE LOS PRINCIPALES BENEFICIOS TRIBUTARIOS  
 DEL IMPUESTO DE RENTA. TOTAL DE DECLARANTES, EXPRESADO  
 EN MILES DE MILLONES DE PESOS

<i>Tipo de beneficios</i>	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012*	2013*	2014**
Deducciones	0,816	1,115	1,819	3,125	3,944	4,079	3,917	0,540	0,665	0,598	0,830
Rentas externas	1,599	2,040	2,922	2,849	3,405	3,530	4,143	4,731	3,073	5,346	5,721
Descuentos tributarios	0,075	0,078	0,191	0,288	0,378	0,516	0,496	0,753	0,702	0,883	0,948
Total del costo fiscal	2,49	3,23	4,93	6,26	7,73	8,13	8,56	6,02	4,44	6,83	7,50
<i>Distribución del costo fiscal según tipo de declarante</i>											
Personas naturales	0,85	0,98	1,11	1,34	1,54	1,68	1,78	1,93	ND	ND	ND
Personas jurídicas	1,64	2,26	3,82	4,92	6,19	6,45	6,77	4,10	4,44	4,99	5,54
Total del costo fiscal	2,49	3,23	4,93	6,26	7,73	8,13	8,56	6,02	ND	ND	ND
<i>Costo fiscal como porcentaje del PIB</i>											
Personas naturales	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,04%	0,33%	0,32%	0,31%	ND	ND	ND
Personas jurídicas	0,86%	0,88%	1%	1,68%	1,28%	1,28%	1,25%	0,67%	0,67%	0,59%	1,03%
% del PIB	0,9%	0,9%	1%	1,7%	1,3%	1,6%	1,6%	1%	ND	ND	ND

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

<i>Tipo de beneficios</i>	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012*	2013*	2014**
<i>Tasas base del impuesto de renta</i>											
<i>Personas naturales</i>											
Tasa nominal	7,60	7,40	7,30	7,20	7,20	6,90	7,10	7,40	ND	ND	ND
Tasa efectiva	ND	ND	ND	ND	ND	ND	ND	ND	ND	ND	ND
<i>Personas jurídicas</i>											
Tasa nominal	38,50	38,5	38,5	34	34	33	33	33	33	25	25
Tasa efectiva	26,40	29,3	30,5	26	24,8	23,5	24,1	28	28	20,9	20,4

ND: Información no disponible en los informes evaluados.

\* La información de los años 2012 a 2014 está incompleta porque no hay información sobre las personas naturales.

\*\* Los datos económicos de 2014 son cifras proyectadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

FUENTE: *Estudios económicos*. Cuadernos de trabajo de la UAE DIAN, desde 2004 a 2015.<sup>29</sup>

Financieramente, se observa cómo las rentas exentas han tenido una mayor participación en el gasto fiscal con una tendencia creciente, registrando un mayor aumento en 2013 y 2014, fruto de las rentas exentas aplicables al CREE. Las deducciones evidencian un crecimiento que se agudiza en 2007 producto de la modificación del 30 al 40% del beneficio por la inversión en activos fijos reales productivos, según el artículo 68 de la Ley 863, de 2003, eliminada mediante la Ley 143 de 2010, año en que disminuye. En cuanto a los descuentos, ya que estos se restan de manera directa del impuesto liquidado, han sido un tanto más limitados y se han orientado a materias muy particulares, como la inversión en acciones del sector agropecuario que coticen en bolsa (artículo 249 ET), reforestación (artículo 253 ET), rentas pagadas en el exterior (artículo 254 ET), entre

<sup>29</sup> Esta tabla es un resumen resultante del análisis de los informes sobre gasto tributario presentados por la UAE DIAN, 13 reportes emitidos desde 2004, complementariamente se analizaron otros informes sobre los beneficios tributarios, el primero de 2004 sobre aquellos beneficios aplicables al impuesto de renta, el segundo de 2005 y 2006 sobre beneficios, tanto para el impuesto de renta como el IVA; el tercer informe sobre el efecto de la deducción del 30% por inversión de activos fijos reales productivos de 2004, publicado en 2006 (véase Parra, 2006: 1-17; Yori y León, 2005: 1-37).

otras; alcanzando mayor participación en 2013 y 2014 por el mayor uso de los beneficios por parte de los declarantes. Los informes presentaban hasta 2011 la distribución del costo fiscal por tipo de declarante, pero no existe registro de información sobre las personas naturales después de este año, en ninguno de los informes estudiados se da explicación alguna. La ausencia de información sobre el costo fiscal de los beneficios tributarios de las personas naturales distorsiona el total de los mismos años. El costo fiscal en términos del PIB, llegó a un máximo en 2007, con el 1.7%, y los mínimos se presentaron en 2004 y 2005, con un 0.9%; en el período 2012 a 2014 este indicador no se puede construir por la ausencia de información mencionada.

¿Por qué es importante esta información desde el punto de vista jurídico? Son muchas las razones, en primera instancia, la información cuantitativa es un indicador de la secuela generada por la multiplicidad de reformas tributarias sucintamente descrita al inicio del documento, da cuenta de la incidencia de los beneficios tributarios en la tasa de tributación efectiva para las personas jurídicas, no de otro modo la tasa promedio de estos once años es de 25.63, con una dispersión de los datos supremamente alta en un rango de variación de 10.1 puntos, que al compararse con la tasa nominal promedio de 33.23, con una dispersión aún mayor en rango de variación es 13.5 puntos, lo cual revela un gran distanciamiento entre lo legislativamente previsto y lo realmente efectuado por el contribuyente.

La separación entre lo normativamente dispuesto y lo normativamente interpretado y aplicado por el contribuyente, queda expuesto en el informe de la UAE DIAN de septiembre de 2015, el cual da cuenta de un intento por determinar la tasa efectiva promedio de tributación para las personas jurídicas para el año fiscal 2013, éste reconoce que la tasa efectiva promedio de tributación en Colombia es alta, alcanzando un aproximado de 61%, pero que el cálculo metodológico encierra grandes distorsiones sectoriales, mencionando los resultados que sobre el mismo aspecto obtuvieron la Fundación para la Educación y Desarrollo (Fedesarrollo), y la Asociación Nacional de Industriales (Andi), con tasas efectivas promedio de 56% y 58%, respectivamente (Ávila, 2015: 19). Hasta noviembre de 2018 no se había emitido informe similar por la UAE DIAN, dejando en evidencia las dificultades aquí expuestas, pero sí se emitió uno parcial, presentado como una primera aproximación a la medición del costo de tres beneficios tributarios para las sociedades: i) la disminución de la tasa impositiva; ii) la no

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

sujeción al CREE, y *iii*) costo de los contratos de estabilidad jurídica, para las personas naturales se estima el costo en términos globales.

Las cifras del informe a noviembre de 2018 revelan un incremento del gasto tributario, pasando de 33.4 billones de pesos, equivalentes al 6.2% del PIB de 2010, a 59.3 billones de pesos, 6.4% del PIB en 2017; el costo de los contratos de estabilidad jurídica representa un 0.1% en 2017, y en cuanto a las personas naturales se presenta solo información porcentual, exponiendo solo un incremento del 0.30% de 2010 a 2017, alcanzando un 0.70% del PIB (Ávila, 2015: 13); sin embargo, en el documento se aclara que la información tomada fue la observada en 2016, puesto que para el caso de las personas naturales no se contaba con la información completa. En cuanto a las sociedades, se declara como información provisional (Ávila, 2015: 17); es decir, sería una información parcial, de la cual no se podría sostener nada concluyente aún.

La histórica mutación jurídica por la que ha transitado el impuesto sobre la renta y complementarios, expuesta en el primer capítulo, ha tenido un reflejo directo en la estructura impositiva, sumergiéndolo en un clima de inestabilidad con la consecuente variabilidad de la carga tributaria de un período a otro, con un efecto nefasto en la seguridad jurídica, la certeza y la confianza legítima de los contribuyentes. Más aún, el no presentar información sobre las personas naturales desde 2011, no es más que el reconocimiento del enrevesado universo legislativo al que se enfrentan los contribuyentes, pues ni la UAE DIAN es capaz de construir información medianamente confiable sobre el gasto tributario para este tipo de contribuyentes.

Un cuestionamiento sobreveniente es: ¿cómo entiende o debe entender la norma tributaria y cómo la aplica el obligado a contribuir?, aventuradamente se dirá, como mejor la encuentre el contribuyente. Una normatividad clara de fácil entendimiento y aplicación imprime mayor equidad al sistema tributario, pero eso no sucede en Colombia. En palabras de Ferreiro Lapatza (1998: 23-27), pareciera que el país careciera de una correcta técnica jurídica, dado que el sistema tributario colombiano no es sencillo, su comprensión no es simple, la coherencia normativa es con frecuencia un elemento ausente y como se evidencia es completamente inestable.

Al respecto, el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), sostiene que si bien es cierto que la cuantificación del gasto tributario es importante, es aún más relevante conocer si éstos han sido

efectivos, si realmente están soportados por el cumplimiento de los objetivos económicos y sociales por los cuales fueron creados, concluyendo, que ello no está claro en América Latina, donde los informes de gasto tributario no son valiosos para la política fiscal; por lo tanto, no tienen incidencia en las reformas tributarias, motivo por el cual proponen un modelo único de reporte que muestre la relación costo beneficio (Pecho, 2014); para la adopción de éste modelo en Colombia sería necesaria la participación tanto de la UAE DIAN como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Estadística, y aquellos organismos gubernamentales que tengan a disposición indicadores sociales y económicos, pues estos datos deben ser cruzados con el informe de gasto tributario para determinar, al menos de forma cuantitativa e incipiente, si el objetivo perseguido o deseado por el Estado —“materialización de principios de mayor talante jurídico” en sacrificio de la igualdad tributaria—, se logra, de lo contrario estos deberían racionalizarse o eliminarse porque imprimen de cierta forma un grado de injusticia que no debería existir en ningún sistema tributario.

Es preciso recordar, por una parte, que un sistema tributario justo se cimienta en la estabilidad, se alienta en la certeza, erigiéndose sobre la confianza legítima; y por otra, que el impuesto sobre la renta es directo, general, global y sintético; características que lo arropan con la mayor carga de justicia; en consecuencia, no es aceptable la configuración de un sistema normativo ajustado según la maleabilidad de las necesidades financieras del gobierno, que se exterioriza a través de preceptos normativos volátiles que otorgan beneficios tributarios sustentados en buenas intenciones, desconociendo la factibilidad jurídica y fáctica medida desde la relación costo/beneficio, ponderando el sacrificio admisible para el contribuyente, el gobierno y la sociedad en general.

#### IV. CONCLUSIONES

Revisada la evolución del impuesto de renta y la estructura vigente en Colombia en perspectiva del gasto tributario, se concluye:

La evolución histórica del impuesto sobre la renta, desde 1918 a 2017, da cuenta de la fragilidad de su marco normativo, afectando no solo la imposición en concreto, sino al sistema tributario, al quebrantar, de un lado los principios materiales de la tributación: *eficiencia, progresividad y equidad*,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

y por otro, rompiendo los principios formales tributarios: *certeza, confianza legítima y seguridad jurídica*, mandatos esenciales en la configuración de un sistema tributario justo. En consecuencia, el contribuyente transita por arenas movedizas, y a tientas, que obstaculizan o derriban cualquier intento de visión empresarial a mediano o largo plazo.

Bien lo plantea Larenz en el análisis del derecho justo, es cierto que el legislador demanda tiempo, pues las leyes no se dictan para la eternidad, pero tampoco son de momento. La expedición de una ley se cimienta en una motivación razonada y razonable desde los fines constitucionalmente legítimos y su vigencia debe operar sobre futuro previsible (Larenz, 1985: 29). Sin embargo, en Colombia la emisión normativa ha encontrado fundamento en las necesidades financieras y/o presupuestales del gobierno en turno; por lo tanto, las normas emitidas se han extendido en beneficios tributarios para algunos contribuyentes, o los han restringido para otros, acorde con las políticas regionales, sectoriales o globales que el gobierno ha trazado.

Ante un marco jurídico inestable, confuso, repetitivo y hasta contradictorio se ha dado lugar para la construcción de una gama de alternativas jurídico/contables —figuras que los contribuyentes usan en sede interpretativa del derecho, elusión o en abuso del derecho y evasión— para llegar a una menor base gravable y por tanto a la liquidación de una menor alícuota impositiva, situaciones difícilmente detectables por la administración tributaria (UAE DIAN), en razón de la misma dispersión normativa, lo que conlleva inevitablemente al desplazamiento de la presión fiscal sobre algunos contribuyentes representado en la inequitativa distribución de la carga tributaria.

En el impuesto sobre la renta, normativamente se han establecido tratamientos preferenciales a través de exenciones, deducciones, descuentos y hasta amnistías tributarias, justificadas por objetivos aparentemente loables, como el incentivo a la inversión, la generación de empleo, la reconstrucción de zonas y regiones azotadas por catástrofes ambientales o las condiciones geográficas y la vulnerabilidad de las mismas; pero, los objetivos o fines deben ponderarse desde la relación costo/beneficio, de tal forma que aquello que se busca no exceda los límites de lo jurídicamente admisible y lo fácticamente realizable. Pues si bien, en el derecho tributario el desarrollo de la igualdad se consigue desde el reconocimiento de las desigualdades. Esta máxima solo encuentra aval en la distribución equitativa



de la carga tributaria, en consideración de la capacidad económica, tasada desde la capacidad contributiva, pues nadie está obligado a lo imposible, en consecuencia, el impuesto sobre la renta debe hacer un llamado general a todos a contribuir con las inversiones y gastos del Estado, pero solo concurrirán aquellos que tengan una manifiesta capacidad contributiva, una aptitud para dar.

En este sentido, el impacto de cualquier beneficio tributario debe estudiarse, analizarse y motivarse desde la finalidad perseguida y la estimación del efecto sobre el universo de contribuyentes. Por lo tanto, si la finalidad es incentivar una zona, región, sector industrial o empresarial, ello no será admisible si para lograrlo se impulsa a la miseria otra zona, región o sector; o si para incentivar la creación de empleo para los jóvenes, se emitiera una ley que permitiera un porcentaje de rentas exentas para los contribuyentes que los contraten, pero se incrementara la tasa impositiva para los pensionados, sin importar el monto de la mesada. No cabe duda que cualquier beneficio tributario, representa un menor recaudo de caja que debe solventarse, compensarse o equilibrarse desde alguna otra fuente, o con otra medida; en consecuencia, la emisión de toda norma que cree, modifique o elimine un beneficio tributario debería ser sometida a un control estricto, bajo la aplicación del principio de proporcionalidad, determinando la necesidad e idoneidad en sentido estricto, examen que permitiría evaluar el adecuado balanceo del efecto del gasto tributario en la justa distribución de la carga tributaria.

En todo caso, la discusión sobre la conveniencia o no de los beneficios tributarios, su efecto fiscal en el manejo de las finanzas públicas y la incidencia directa en la consolidación de una estructura tributaria más justa, es una discusión que siempre estará abierta a las mejores propuestas jurídicas, económicas y sociales.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2005, "Justicia como corrección", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26.
- ÁVILA MAHECHA, Javier, 2015, "Tarifas efectivas promedio de las personas jurídicas. Año 2013", Subdirección de Gestión de Análisis Operacional, Dirección de Gestión Organizacional. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Tarifas%20efectivas%20pro>

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

- medio%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20-%20Año%202013.pdf#search=Tarifas%20efectivas%20promedio%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%2E%20Año%202013.*
- BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA, 2016, “Banco de la República incrementa en 25 puntos básicos la tasa de interés para la intervención”, comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/comunicado-18-03-2016>.
- BAUTISTA, Jairo Alonso, 2011, “Equidad o inequidad tributaria: la distribución del impuesto a la renta en Colombia: 1990-2002”, *Cuadernos de Contabilidad*, vol. 12, núm. 30.
- CAICEDO TRIBÍN, Camilo Francisco, 2014, “Una aproximación a las modificaciones introducidas por la Ley 1607 de 2012 al régimen de las personas jurídicas desde la perspectiva del principio constitucional de eficiencia”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario ICDT*, vol. 1, núm. 70.
- CALDERÓN, Valentina y GONZÁLEZ, Francisco, 2002, “Las reformas tributarias en Colombia durante el siglo XX (II)”, *Reforma Tributaria. Boletines de Divulgación Económica*, núm. 9. Disponible en: <https://www.yumpu.com/es/document/read/14799778/las-reformas-tributarias-en-colombia-durante-el-siglo-xx-ii>.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD TRIBUTARIA, 2015a, “Diagnóstico de los problemas que afectan al sistema tributario colombiano”. Disponible en: <https://comisionreformatributaria.files.wordpress.com/2015/06/informe-al-ministro-de-hacienda-junio-3-de-2015.pdf>.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD TRIBUTARIA, 2015b, “Informe sobre propuesta de reforma al régimen tributario especial (RTE) para las asociaciones, fundaciones y corporaciones (A, F y C) constituidas como entidades sin ánimo de lucro (ESAL)”. Disponible en: <https://comisionreformatributaria.files.wordpress.com/2015/09/segundo-informe-comisic3b3n-expertos-equidad-y-competitividad-tributaria-final.pdf>.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD TRIBUTARIA, 2015c, “Informe Final presentado al ministro de Hacienda y Crédito Público”. Disponible en: <https://comisionreformatributaria.files.wordpress.com/2015/03/informe-final-de-la-comisioc81n-versioc81n-final2.pdf>.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2015, “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un nuevo país”. Disponible en: <https://>

*colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf*

- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUNAS NACIONALES, 2013, “Primer informe sobre la aplicación de la Ley 1429 de 2010, cifras y estimación del costo fiscal año gravable 2011”. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Primer%20informe%20sobre%20la%20aplicación%20de%20la%20Ley%201429%20de%202010,%20Cifras%20y%20estimación%20del%20Costo%20fiscal%20año%20gravable%202011.pdf#search=Primer%20informe%20sobre%20la%20aplicación%20de%20la%20Ley%201429%20de%202010>.
- DOMÍNGUEZ, David Felipe, 2014, “El régimen tributario de las personas naturales después de la Ley 1607 de 2012”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 51.
- ECHAVARRÍA SOTO, Juan José, 2001, “Colombia en la década de los noventa: neoliberalismo y reformas estructurales en el Trópico”, *Cuadernos de Economía*, vol. 20, núm. 34.
- FARNÉ, Estefano y RODRÍGUEZ, David Arturo, 2014, “Empleo e impuestos a la nómina en Colombia: Un análisis de los efectos ocupacionales de la Ley 1607 de 2012 de Reforma tributaria”, *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 7.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, 1998, *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*, Madrid, Marcial Pons.
- FRANCO, Gallo, 2011, *Las razones del fisco*, trad. de José Andrés Rozas Valdez y José Francisco Cañal, Madrid, Marcial Pons.
- GALLEGO PERAGÓN, José Manuel, 2003, *Los principios materiales de justicia tributaria*, Granada, Comares.
- JUAN CASADEVALL, Jordi de, 2010, *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*, Madrid, Aranzadi Thomson Reuters.
- JUNGUITO, Roberto y RINCÓN, Hernán, 2004, “La política fiscal en el siglo XX”, *Borradores de Economía*, núm. 318.
- LARENZ, Karl, 1985, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, trad. de Diéz Picazo, Madrid, Civitas.
- LÓPEZ, Mauricio *et al.*, 2011, “La Constitución de 1991 y sus implicaciones en materia tributaria y de equidad. Una aproximación a la medición de la progresividad en Colombia”, *Perfil de Coyuntura Económica*, núm. 17.
- PARRA GARZÓN, Diana Marcela, 2006, “Efecto de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos en el impuestos sobre la renta.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 721-756.

- Año gravable 2005”, Oficina de Estudios económicos, División de Mediciones Fiscales, DIAN. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Efecto%20de%20la%20deducción%20por%20inversión%20en%20activos%20fijos%20reales%20productivos%20en%20el%20impuesto%20sobre%20la%20renta.%20Año%20gravable%202005.pdf>.
- PECHO TRIGEROS, Miguel, 2014, “Gastos tributarios en América Latina: 2008-2012”, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, Dirección de Estudios e Investigaciones Tributarias, cuaderno de trabajo núm. 2. Disponible en: [http://infofiscal.conare.ac.cr/images/docs/citada/Pecho\\_-\\_2014\\_-\\_Gastos\\_tributarios\\_en\\_America\\_Latina\\_2008-2012-annotated\\_1.pdf](http://infofiscal.conare.ac.cr/images/docs/citada/Pecho_-_2014_-_Gastos_tributarios_en_America_Latina_2008-2012-annotated_1.pdf).
- PÉREZ DE AYALA, José Luis, 2008, *Algunos problemas interpretativos del artículo 31.1. de la Constitución Española en un contexto jurisprudencial*, Madrid, Aranzadi Thomson Reuters.
- PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto, 2014, “Equidad y simplicidad en el impuesto de renta de las personas”, *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 7.
- RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo, 2012, *La hacienda pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- WERNER, Alejandro, 2016, “América Latina y el Caribe: Ajustándose a una realidad más dura”, *Diálogo a Fondo. El blog del FMI sobre temas económicos de América Latina*. Disponible en: <http://blog-dialogoafondo.org/?p=6256>.
- YORI PARRA, Gloria *et al.*, 2015, “El gasto tributario en Colombia. Beneficios en el impuesto sobre la renta y CREE-personas jurídicas. Años gravables 2013-2014”, Coordinación de Estudios Económicos, Dirección de Gestión de Análisis Operacional, Dirección de Gestión Organizacional. Disponible en: [http://www.dian.gov.co/descargas/Servicios/OEEDocumentos/Cuadernos/Gasto\\_tributario\\_Colombia\\_Beneficios\\_Renta\\_CREE\\_2013\\_2014.pdf](http://www.dian.gov.co/descargas/Servicios/OEEDocumentos/Cuadernos/Gasto_tributario_Colombia_Beneficios_Renta_CREE_2013_2014.pdf).
- YORI PARRA, Gloria y BRAVO DÍAZ, Enrique Javier, 2004, “Los beneficios tributarios en el impuesto sobre la renta en Colombia. Año 2003”, Oficina de Estudios Económicos. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Los%20beneficios%20tributarios%20en%20el%20impuesto%20sobre%20la%20renta%20en%20Colombia.%20Año%202003.pdf#search=Los%20beneficios%20tributarios%20en%20el%20impuesto%20sobre%20la%20renta%20en%20Colombia>.

YORI PARRA, Gloria y LEÓN HERNÁNDEZ, Ivonne Rocío, 2005, “Los beneficios tributarios en el impuesto sobre la renta en Colombia. Año gravable 2004”, Oficina de Estudios Económicos. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Los%20beneficios%20tributarios%20en%20el%20impuesto%20sobre%20la%20renta%20en%20Colombia.%20Año%20gravable%202004.pdf#search=Los%20beneficios%20tributarios%20en%20el%20impuesto%20sobre%20la%20renta%20en%20Colombia%2E%20Año%20gravable%202004.k>.

## APROXIMACIÓN AL VALOR DE LA PRECLUSIÓN EN LA JUSTICIA DE FAMILIA CHILENA. A PROPÓSITO DE UN ESTUDIO APLICADO\*

### *APPROACH TO THE IMPORTANCE OF PRECLUSION IN THE CHILEAN JUSTICE OF FAMILY: A CONTRIBUTION TO AN EMPIRICAL ANALYSIS*

Francesco CARRETTA MUÑOZ\*\*

**RESUMEN:** La justicia de familia en Chile experimentó un cambio cardinal en 2005, al pasar de un procedimiento escrito a uno oral y desformalizado. Sin embargo, a pesar de que han transcurrido 14 años, dentro de los que se han experimentado constantes modificaciones legales, aún no se tiene un cabal entendimiento de la manera en que operan algunos institutos procesales, como la preclusión: las fronteras de las diversas etapas que suceden en las audiencias son menos visibles y suelen difuminarse a la sazón de la oralidad, lo que de alguna manera diluye su aplicación estricta. Lo anterior se detectó a través de un examen cualitativo efectuado a ciertos jueces de familia de Chile. Los resultados de esa investigación, confrontados a parámetros teóricos del instituto en referencia, son los que se dan a conocer en este estudio.

**Palabras clave:** reforma a la justicia de familia en Chile, proceso de familia, preclusión, audiencias orales.

**ABSTRACT:** Family justice in Chile underwent a fundamental change in 2005, moving from a written procedure to an oral and unformalized one. However, even though 14 years have elapsed within, which there have been constant legal changes, there is still no complete understanding of the way some procedural institutes operate, such as preclusion: the borders of the various stages that occur in the hearings are less visible and tend to fade at the time of orality, which in some way dilutes its strict application. The foregoing was detected through a qualitative examination carried out on family judges in Chile. The results of this research, confronted with theoretical parameters, are those disclosed in this study.

**Keywords:** Reform to Family Justice in Chile, Family Process, Preclusion, Oral Hearings.

\* Artículo recibido el 30 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 7 de marzo de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-2552-8552. Profesor de derecho procesal civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: francesco.carretta@puvc.cl.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Descripción general del instituto*. III. *La preclusión en correlación con el desarrollo de los imperativos procesales presentes en un procedimiento oral*. IV. *Etapas y fases del procedimiento oral de familia*. V. *Posibles usos e interpretaciones de algunos jueces versus los parámetros y contornos del instituto*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Las audiencias orales en los procedimientos de familia están previstas y delimitadas en la ley. En ellas se aprecia una serie de trámites ordenados de manera armónica. Se comienza con una solicitud de las partes, luego se sigue con la prueba y finaliza con una resolución de término. Es la manifestación del esquema clásico: discusión, prueba y sentencia. Entre esas etapas cuyo orden preestablecido se ha ponderado legalmente, la preclusión juega un papel importante, pero que al parecer la oralidad ha diluido. La falta de un aditamento físico o visible de cierre, como acontece en las certificaciones que constan en fojas de un expediente escrito, induce a pensar que carece de utilidad. Lo anterior choca con su finalidad, que es la clausura de espacios procesales por razones de seguridad jurídica.

La situación antes descrita fue pesquisada en un estudio empírico que contó con la colaboración de 27 jueces de familia sobre otro tema que tangencialmente toca el de esta investigación. En él se les preguntó si permitían que las partes ofrecieran pruebas, hicieran alegaciones o efectuaran trámites luego de que había caducado su oportunidad para hacerlo. Cuestión cuya ocurrencia no es escasa. Un buen porcentaje de jueces señaló que admitía dicha posibilidad derechamente, otro tanto lo dejaba a lo que la parte contraria diga luego de conferir traslado, y unos pocos no lo permiten en ningún evento porque entienden que en ellas ha operado la preclusión.

La falta de uniformidad en las respuestas, ya que las opciones expuestas no son complementarias, denota severas dudas en la aplicación del instituto, lo que, según este estudio, se puede deber a dos circunstancias: i) que no hay un acabado entendimiento de la preclusión, lo que va de la mano con que su vigencia es implícita en la legislación y la escasa doctrina reciente que existe sobre ella, y ii) que, si bien se sabe lo que el instituto significa, la oralidad produce un efecto traslucido sobre los márgenes que delimitan las fases establecidas en un procedimiento oral, que hace que pierda efectividad.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 757-777.

Cabe aclarar que, lo que se dirá a continuación es sobre la base del procedimiento ordinario para el conocimiento de las materias que caben dentro de la competencia señalada en el artículo 8o. de la ley 19.968. Se exceptúan los procedimientos especiales, sobre todo los referidos a la aplicación de medidas de protección. La razón de la exclusión se vierte en el hecho que, a parte de la diferencia ritual, los parámetros sustantivos y adjetivos por los que transitan aquellos procedimientos son suficientemente disimiles al procedimiento ordinario, como para que lo que se pueda predecir sobre ellos, no quede comprendido en esta pesquisa.

## II. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL INSTITUTO

### 1. *Objetivos*

Con lo que se describirá en este apartado se pretende evidenciar que la preclusión es un instituto con un ingente desarrollo a lo largo de la historia de la dogmática procesal moderna, con contornos bien definidos y que posee una gran ventaja en todo el orden adjetivo civil, con independencia de la estructura y tipo de proceso del que se trate. Lo anterior servirá para delimitar una base comparativa para el cotejo que se propone en el análisis de campo propuesto en el apartado V.

### 2. *Orígenes y definición*

El estudio y la difusión de la preclusión adjetiva se encuentra en la obra de Chiovenda, aunque su origen es anterior y se ubica en la conocida influencia que el derecho alemán produjo en el jurista italiano, específicamente en los estudios de Von Büllow sobre el particular (De Santis, 2005: 2641-2669; Tesoriere, 1983: 25-51; Couture, 2010: 187). Es propia del derecho continental, pero también se encuentra presente en el *common law*, de acuerdo a lo que se reseñará más abajo (Bone, 2003: 232-259).

Tradicionalmente no hay discusión en el hecho que la preclusión (Tesoriere, 1983: 25) es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, que se produce por el hecho de haberse ejercitado, por no haberse observado el orden asignado por la ley para su ejercicio, o por haberse cumplido junto a una actividad incompatible con su uso. Se estima que, al igual que la tutela cautelar, sirve para mitigar la lentitud de los procesos



(Pecchi, 1974: 12-18). Claro está que, si no mediara el cierre de espacios procesales, que es uno de sus fines, las partes podrían volver sobre fases fenecidas o aspectos ya tratados y resueltos, lo que puede hacer engorrosa la tramitación de un proceso y demorarlo indefinidamente.<sup>1</sup>

### 3. *Función*

La división en etapas de un procedimiento es la expresión de su función ordenadora. Ésta se sustenta con base en imperativos, y comienza con la carga de comparecer. Su incumplimiento desencadena todo el sistema de rebeldías (Carratta, 1995; Rispoli, 1911). De esta manera, se desarrolla progresivamente un orden lógico que conlleva la exigencia de realizar determinados actos en una fase ritual específica, en un espacio temporal (Micheli, 1959: 279-280). Es en este carácter mecánico que agrupa tiempo, espacio y límites de inicio y término, donde la preclusión juega un papel esencial. Es precisamente la compuerta que cierra y, a su vez, permite la apertura de esas zonas dentro del proceso, sin las cuales, no llegaría a su conclusión. Dentro de esa idea, Chioyenda (1960: 319-331) señaló que la máxima preclusión y, por ende, el cierre definitivo de todas las fases se produce en la sentencia definitiva, a través de la cosa juzgada material (Tesoriere, 1983: 34; Luiso, 2007: 175; Sassani, 1988: 162).

### 4. *Finalidades*

A parte de su finalidad natural, que es resguardar la seguridad jurídica, Liebman (1957: 196) expone que la preclusión responde a la necesidad de “asegurar al proceso un desarrollo expedito y libre de contradicciones”. La falta de coherencia se encuentra presente en la preclusión en la medida que esta técnica procesal es asumida como un medio para obstar el uso contradictorio de las facultades de las partes en el proceso (De Santis, 2005: 2643). No es esta una idea que haya estado desde el principio dentro de las características de la preclusión, sino que es posterior (Tesoriere, 1983: 44-46). Se señala que esta clase de preclusión —por contradicción— es la manifestación menos profundizada del instituto (Gandulfo, 2009: 122-189), se encuentra contenida en aquellas disposiciones legales que extinguen una

---

<sup>1</sup> También el término se utiliza en el derecho sustantivo. Véase Ranieri (1971).

facultad procesal por la utilización de otra incompatible con aquella. Un ejemplo de esto es el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC), que permite el uso del mecanismo de declinatoria o inhibitoria, estableciendo que si se opta por uno, queda vedado el ejercicio del otro.

### 5. *Transversalidad*

No obstante, las diferencias procedimentales entre las distintas culturas jurídicas (Stürner, 2007: 465-462), quizá por la necesidad preexistente de certeza a la que responde, el instituto es transversal al sistema de justicia.<sup>2</sup> En el derecho comparado se aprecia en fallos de la Corte Internacional de Justicia (Ovchar, 2009: 1-33). En el ordenamiento norteamericano (Fines, 1995: 607-610) también se aprecia en aquellas situaciones donde la posición contradictoria de una de las partes puede generar un perjuicio en su contendor. Casos acontecidos en aquel ordenamiento han generado un precedente a través de los cuales una persona que efectúa una declaración en la que alguien ha confiado, no podrá más tarde tomar una posición jurídica que contradiga la declaración (Maggs, 2006: 167; Kinsella, 1996: 53-54). En el sistema anglosajón, si bien se distingue una subclasificación (Ong, 1999: 136; Kinsella, 1996: 53; Robertson, 2000: 87), sólo el denominado “*estoppel per rem judicatam (by record)*” se acostumbra a vincular al derecho procesal (Campbell, 1994: 312; Astone, 2006: 106), que es similar a uno de los conocidos efectos de la cosa juzgada, que impide volver sobre lo ya discutido y decidido en un pleito (Taruffo, 1971: 651-687).

### 6. *Figuras análogas*

Tradicionalmente la preclusión se asocia a otras figuras jurídicas como la renuncia, la caducidad y la prescripción, que al parecer tienden a desplazarla a un área muy restringida de acción. Aquello induce a pensar que se trata de un concepto que, de tan general, resulta innecesario (Balbi, 1983: 23). Estas prevenciones, que provienen de la doctrina italiana, se pueden deber en parte al hecho de que en Italia se identifican además dos figuras

---

<sup>2</sup> Parágrafo 28.3 de los Principles of Transnational Civil Procedure (ALI/UNIDROIT), comentario P-28 C del mismo apartado.

análogas al concepto en estudio. La *decadenza*, que puede asimilarse a la caducidad y que consiste en extinción de un derecho o de una facultad por el fallido ejercicio del mismo dentro de un término preestablecido (Mandrioli, 2007: 242-244). También se conoce la *acquiescenza* expresa o tácita, recogida en el artículo 329 del *Codice*. La primera es la manifestación de voluntad de una parte, señala expresamente, que no impugnará un acto procesal viciado y perjudicial para ella. La tácita se produce cuando el sujeto, luego de ocurrido el vicio, realiza cualquier acto que no importe su reclamo. La segunda se concreta por un comportamiento absolutamente incompatible con la voluntad del acto procesal, que es por tanto asimilable a la preclusión por contradicción (Scalese, 2000: 104).

### 7. *Críticas al instituto*

La primera objeción, a la que en parte se aludió en el apartado precedente, señala que sus efectos quedan subsumidos en otras figuras sustantivas como la prescripción, la caducidad y la renuncia. En otras palabras, que la excesiva generalidad del concepto pone en tela de juicio su provecho (Balbi, 1983: 23).

El otro cuestionamiento lo ejercen Satta y Punzi (2000: 238; véase también Scalese, 2000: 101), refiriéndose a la preclusión por contradicción. Exponen que en realidad no se está frente a un instituto propio, sino ante situaciones que la ley regula caso a caso. Una situación jurídica entre las tantas que, coordinada la una con la otra, constituyen el proceso. Incluso, la idea general de la contradicción en este tipo de preclusión hace pensar, sin mucho fundamento, que este mecanismo preclusivo es una expresión del *venire contra factum proprium* en materia procesal. Con lo anterior lleva su observación al complejo campo valorativo del proceso.

El tercer reproche viene por parte de aquellos que estiman a la figura en referencia como el establecimiento de un inadecuado límite temporal a la actividad defensiva de las partes, producto de la dosis de autoritarismo que Chiovenda imprimió en el CPC italiano de 1942 (Monteleone, 2008: 413-422).

El primer cuestionamiento reseñado al inicio de este párrafo carece de base puesto que no distingue los límites por los que transita el derecho adjetivo y sustantivo. La prescripción y caducidad son propias de la relación civil, y la primera obedece a la sanción por la negligencia del titular de un

derecho al no haberlo ejercido en el plazo legal. Ninguna de ellas atiende al desenvolvimiento de las relaciones posteriores de los sujetos involucrados en el conflicto. Al contrario, las finiquita por completo. Los fines por ende de todos los institutos son distintos. El área del proceso es mucho más limitada y unidimensional que la propia de una relación sustantiva. Es por lo anterior que la distinción, como señalan algunos autores, ha de notarse en los fundamentos básicos e iniciales de la entidad (Tesoriere, 1983: 72-90).

La segunda objeción expuesta por Satta y Punzi (2000) tampoco encuentra un correlato con la realidad actual del proceso. El posible contenido axiológico de la preclusión por contradicción no supera la línea valorativa imperceptible y supuesta de cualquier norma legal. En especial aquellas que no permite efectuar una conducta desordenada. No se atiende en ellas a la intencionalidad del agente. A su buena o mala fe. La simple constatación del contrasentido hará que se deba cumplir el efecto que impone la norma. La buena fe procesal hoy, no así en los tiempos del jurista italiano, posee un desarrollo que nos permite arribar a tal conclusión; pero no se puede profundizar sobre este aspecto sin que los objetivos propuestos se desvíen a otros cuya extensión no es posible abordar aquí.<sup>3</sup>

El último reclamo, que dice mayor relación con los problemas políticos, que algunos autores notan en el proceso (véase Cipriani, 2007: 45-55; Taruffo, 2006: 95-122), debe descartarse. Primero, porque tal polémica no rinde frutos para lo que se intenta demostrar aquí y porque tales afirmaciones desconocen una constatación histórica. La preclusión es anterior a la presunta influencia autoritaria incoada en el procedimiento civil italiano. En Italia, el mecanismo ya estaba contenido en las leyes que comprendían un proceso de corte privatista y liberal de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Es decir, muchos años antes a la vigencia del cuestionado *Codice* de 1940 (Rispoli, 1911: 243-244).

### III. LA PRECLUSIÓN EN CORRELACIÓN CON EL DESARROLLO DE LOS IMPERATIVOS PROCESALES PRESENTES EN UN PROCEDIMIENTO ORAL

Los imperativos procesales son las categorías sobre las que se desenvuelven las conductas que ejercerán los participantes de la contienda y los actos pro-

<sup>3</sup> Sobre el particular, véanse Buzzacchi (2002), Cordopatri (2000), De Deus Lima (2005), Picó I Junoy (2003), Romero Seguel (2003) y Taruffo (1999).

cesales. Lo que puede predicarse sobre ellos no sufre variaciones en un procedimiento escrito u oral. Ello, porque dichos vectores no se refieren a las características intrínsecas (oralidad o escrituración) de las formas procesales que constituyen los escalones por donde transita el procedimiento, si no que a la manera como se ha conformado su matriz temporal a través de la historia de la disciplina (Nieva, 2014: 11-13). Es obvio que éste corre en una secuencia temporal —principio a fin— para llegar a su resultado natural, que es la sentencia o sus equivalentes, por lo que lo referido supone el resultado de la asignación de quienes deben dar fuerza a la secuencia para su avance y el papel que la preclusión juega en tal progresión. Hasta hoy no hay tanta claridad si dicha misión está entregada predominantemente a alguno de los intervinientes, a todos conjuntamente, o sólo a uno de ellos.

Los imperativos procesales (Goldschmidt, 1961: 91; véase también Carnelutti, 1959: 65) interactúan a través de un fenómeno de sinergia, de tal manera que el rumbo que puede tomar una de ellas, determina la suerte de los otros. La carga de la contestación de la demanda determina el deber del juez de llevar a las partes a la faz probatoria, que a su vez sustenta el *onus probandi* que motiva preponderantemente la carga probatoria de actor. Si se piensa en el contexto descrito sin la preclusión la necesaria armonía que debe existir en la interacción de dichos vectores, para que el proceso se desenvuelva correctamente, se rompe.

Entonces, la preclusión, tratése de un juicio oral o escrito, está dirigida *prima facie* a motivar la actividad procesal de las partes, toda vez que descansa sobre un mecanismo concebido para que ellas no permanezcan inertes. Este componente se sustenta en la principal consecuencia que asumen los litigantes frente al desembarazamiento de una carga: la pérdida de su derecho (Cappelletti, 2006: 178). Esa secuela se constituye como el impulso necesario para la progresión de los actos del procedimiento. De esta manera, se puede decir que la preclusión es, en buena parte, un dispositivo automático que se erige como una forma de dar respuesta a una necesidad de restringir los plazos de tramitación de un proceso. En otras palabras, es un agente paliativo de la dilación o retardo injustificado. Es por ello que la preclusión puede entenderse dentro de los varios aspectos que (Borges da Silva, 2008: 185-210) sirven al derecho fundamental que tiene todo ser humano a ser juzgado dentro de un plazo razonable (Pedrosa, 2008: 43-62; véase también Marinoni, 2009; Pastor, 2004: 51-76).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 757-777.

Pero no se detiene en la actividad de las partes, sino que regula también el accionar del juez. Ello es porque, en opinión de Redenti (1977: 70-71), éste se ve afectado por la denominada preclusión *pro iudicato*. Una cortapisa a las facultades oficiosas del juez, sobre todo en aquellos casos donde le es permitido anular de oficio los actos del procedimiento o cuando puede solicitar prueba no dispuesta por las partes en una fase distinta a la probatoria.<sup>4</sup> En Chile, esta figura se puede entender comprendida en el desasimiento que está recogido en el artículo 182 del CPC o en aquella figura que impide al juez subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse éstas realizado fuera del plazo fatal indicado por la ley (Ricci, 1998: 258-261). Lo anterior es predicable al procedimiento de familia, como el desordenado e implícito reconocimiento legal de la preclusión en el CPC, por la supletoriedad que dicho cuerpo legal ejerce en la Ley 19.968 (LTF) por el mandato que este último conjunto de normas contiene en su artículo 27.

Se infiere por Tesoriere (1983: 12), tomando en cuenta uno de los cuestionamientos ya vistos (apartado II.7), que la raigambre publicista en el uso del instituto afecta la libertad de las partes dentro del proceso. El argumento es que el uso de una carga impide que ésta se vuelva a ejecutar, lo que de alguna manera constriñe y limita su accionar dentro del proceso. Pero aquella disquisición es solo aparente. No es posible coartar la libertad de las partes en un proceso, como sí ocurre en la esfera de las relaciones humanas, que se desenvuelve fuera de dicho campo. Se cumplen imperativos y formas procesales en aras de la construcción del método que la sociedad ha elegido para solucionar sus conflictos. De alguna manera se asegura su libre desenvolvimiento mediante la fijación de las reglas del juego que, de no existir, sujetaría a los participantes de la contienda a sus propias decisiones y movimientos, lo que naturalmente perjudicaría la libertad del otro (Alvaro de Oliveira, 2007: 340).

Si se atiende a la faz axiológica del proceso, la preclusión no porta un contenido ético. Como se ha tratado de explicar en este apartado, se trata de un aditamento sincrónico en mira a la certeza y rapidez de las etapas del proceso (Rispoli, 1911: 244). Las cargas procesales por sí solas no avanzan

---

<sup>4</sup> Esto, tomando en cuenta las particularidades del proceso civil italiano y en especial lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del *Codice*. Sobre el particular, véanse Neri (2008: 689-698), Balena (2008: 59-108) y Maccarrone (2008: 669-687).

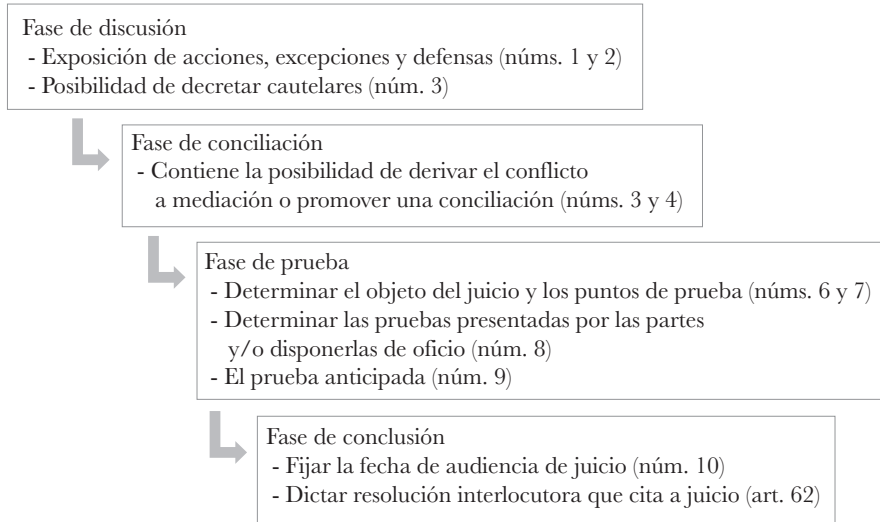
escalonadamente sin que preceda a su consumación el instante preclusivo. En otras palabras, el andar mecánico del proceso se detiene sin ella o continúa desordenadamente.

#### IV. ETAPAS Y FASES DEL PROCEDIMIENTO ORAL DE FAMILIA

Como se dijo en la introducción, hay que aclarar que dentro del amplio catálogo de materias que actualmente conoce un tribunal de familia, se observan conflictos donde existe un predominio de asuntos que afectan a un niño. Estos problemas dan origen a las causas proteccionales donde se abre un procedimiento especial que posee una estructura simplificada, más oficiosa y donde incluso le es permitido a los intervinientes comparecer sin asistencia letrada. Cuestión similar ocurre en los expedientes por violencia intrafamiliar. Los parámetros en cuanto a la preclusión allí son otros, por lo que no son tratados en este estudio. En todas las demás materias ordinarias contenciosas la LTF dispone de un esquema bipartito para su conocimiento y fallo. Se compone de una audiencia preparatoria y otra de juicio. La primera, como su nombre lo indica, tiene por objeto preparar y filtrar el material que las partes rendirán en la audiencia final. En ambas, como se verá a continuación, hay una serie de trámites que deben ejecutarse ordenadamente.

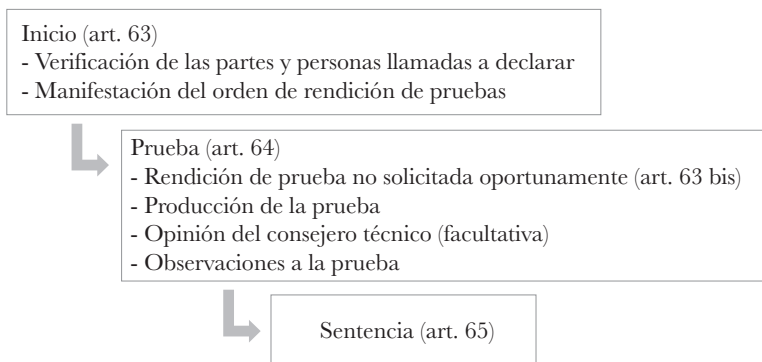
El artículo 61 enumera varios puntos sobre los cuales se debe desarrollar la audiencia preliminar que culminan, en el párrafo siguiente, con la resolución que cita a las partes a juicio, donde quedan fijados todos los aspectos tratados con anterioridad. En esta audiencia de preparación existe una sucesión escalonada de actos. No se podría recibir la causa a prueba si el juez no hubiera llamado primeramente a conciliación. Si las partes llegan a acuerdo, todo lo anterior sería inútil. Tampoco es coherente llevar el conflicto a mediación y luego otorgar la oportunidad a una de las partes para que oponga la excepción de incompetencia, y así sucesivamente.

Dentro de todos los puntos tratados específicamente en la norma, se identifican cuatro fases acordes con el siguiente diagrama (artículo 61 de la LTF):



La audiencia termina con la exposición verbal del juez, que resume lo acontecido y cita a juicio, el cual se debe realizar dentro de los treinta días siguientes o, previo acuerdo de las partes, inmediatamente termina ésta.

La audiencia de juicio debe realizarse en un solo acto y en su interior se identifican las siguientes etapas:





Para coordinar el progreso de la etapa probatoria el legislador concede, al inicio, la oportunidad para que sean las partes quienes expresen el orden en que van a rendir sus pruebas, comenzando con la prueba del demandante y finalizando con la del juez. Es interesante destacar que son ellas entonces las que, mediante esta habilitación legal, fijan el instante preclusivo. Este período culminará con las observaciones que demandante y demandado hagan a la prueba rendida y a la opinión del consejero técnico, si ésta fue solicitada por el juez.

Los diagramas no han sido consignados con un afán meramente descriptivo, sino que buscan explicitar y acentuar con mayor rigor el hecho que, no obstante, la oralidad, las fases son definidas y entre ellas hay espacios de apertura y cierre.

## V. POSIBLES USOS E INTERPRETACIONES DE ALGUNOS JUECES VERSUS LOS PARÁMETROS Y CONTORNOS DEL INSTITUTO

### 1. *Análisis de campo*

El epítome de los resultados que se presentan a continuación pertenece a un estudio efectuado a propósito de otro tema de carácter general —la desformalización—, donde se han aprovechado algunos datos arrojados en ella, para la presente pesquisa.<sup>5</sup> La distinción de campo se nutre de la información recogida en entrevistas personales semiestructuradas, realizadas a 27 jueces de familia de diversas regiones de Chile.<sup>6</sup> Como se expresó en aquel estudio, el total de magistrados que conforman la muestra, no definen un *quantum*. No se trató de un estudio estadístico, por lo que no se pretende establecer una cuantificación de la realidad judicial. Se trata de un análisis cualitativo que, conforme a esa característica, hace posible visibilizar un horizonte que engloba una serie de situaciones y discursos que arrojan ciertos

---

<sup>5</sup> La desformalización del procedimiento, sus fundamentos, causas y efectos se encuentran latamente desarrolladas en una investigación cualitativa efectuada entre 2014 y 2016, cuyos resultados fueron exhibidos en las tres publicaciones que se citan a continuación. Una parte del material del trabajo de campo de dicha investigación es usada en este trabajo, véase Carretta Muñoz (2014; 2015; 2017).

<sup>6</sup> Los instrumentos de observación y metodología utilizada cuentan con la aprobación y certificación ética para el trabajo con humanos del comité de bioética de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

datos recolectados en entrevistas, por lo que es posible vislumbrar la manera en que piensan en general los jueces, y a su vez, presumir las razones por las cuales toman las decisiones que toman.

Aclarado lo anterior, los patrones detectados en la verificación de campo permiten separar dos grupos:<sup>7</sup> *i*) la menor parte de los jueces entrevistados, la preclusión sigue operando sin excepciones. Por lo tanto, en los casos planteados en la introducción son de la opinión de anteponerla a cualquier solicitud extemporánea dentro de las mismas audiencias, sin necesidad de plantear un incidente, y *ii*) la mayoría, cree posible obviarla u omitirla, arguyendo como fundamento la finalidad de hacer menos complejo, más fluido y eficiente el proceso en la medida que se trate de una situación que amerite tal decisión. Las situaciones que justifican ese actuar se trasladan a fundamentos tales como la desigualdad procesal de las partes al notar *in situ* alguna desventaja en su derecho de defensa. Principalmente, por la falta de asesoría letrada. Esto se refuerza a razón de que cuando la situación cambia, es decir, cuando ambas comparecen con defensa técnica, sí son de la opinión de una aplicación rigurosa del instituto. Salvo, incluso en este último caso, que dicha defensa profesional sea en extremo deficiente.

Otra de las razones que se esgrime con fuerza radica en la idea que ellos tienen de la desformalización. Ésta descansa sobre el tenor literal del artículo 9o. de la LTF que, según sus lecturas, consigna tal directriz como un principio jurídico del procedimiento. Los efectos jurídicos que se le atribuyen, aunque la norma no los define, son que el juez posee facultades

---

<sup>7</sup> Algunas de las opiniones vertidas al estudio que se hace referencia en las notas anteriores, y que fueron consignadas en una de las publicaciones señaladas precedentemente para mayor ilustración, son las siguientes: “Es que creo que la preclusión en un procedimiento oral y desformalizado no es tan estricta, no es absoluta”. Juez núm. 15.

“Yo en general trato de marcar los tiempos, pero también debo reconocer que, si llega a suceder una situación como esa en que se le olvidó una prueba, le doy la opción a la contraria, le pregunto «¿Hay algún inconveniente?». Si la contraria no tiene inconveniente la acepto. Si la contraria se opone, entiendo que queda cerrada la posibilidad”. Juez núm. 20.

“¿Es posible en virtud de la desformalización omitir la preclusión de esas etapas (procesales)? Yo lo he hecho, pero dando traslado. Si la otra parte no tiene ningún inconveniente, que generalmente no lo tienen, sí lo acepto”. Juez núm. 23.

“...a mí me gusta la aplicación de la norma legal... la gente más moderna está más con la teoría de que los principios constituyen derechos, pero como me formé en el criterio de la escrituración, todo el procedimiento (debe ser) escriturado... la gente sabe por qué estoy fallando de esta manera; la publicidad, la transparencia son fundamentales”. Juez núm. 24.

para, en determinadas ocasiones, desatender las formas procesales e incluso restarle valor a la preclusión. En virtud de aquello, puede un demandado ser autorizado para contestar la demanda en la audiencia preparatoria, sin perjuicio de que la ley (sin excepción alguna) prescribe que aquello solo puede ser hecho con anterioridad a los cinco días anteriores a dicha audiencia. En el fondo, pareciera que el alcance que le confiere su impronta de principio jurídico y la función hermenéutica que se les asigna a éstos, facultaría legalmente a los jueces para proceder de esa manera.

## 2. *Confronte de los posibles usos e interpretaciones del instituto con sus características*

Las conclusiones a las que arriba el examen aplicado permiten visualizar, en general, que algunos jueces no utilizan la preclusión o son indecisos en su aplicación. Luego, la duda es si las razones que tienen en cuenta aquellos magistrados para obrar de esa manera logran desplazar la aplicación estricta del instituto y a su principal fundamento: la seguridad jurídica. En cierto sentido, es confrontar también si dicha actitud está permitida por el derecho vigente. Como se pretende afirmar a continuación, aquello no es posible.

Si a primera vista se puede identificar el valor de la preclusión en una audiencia escrita y en otra oral, cualquier observador dirá que la diferencia está en su base —el procedimiento—, mas no es posible apreciar primariamente, *mutatis mutandi*, una diferencia en la raíz del instituto. También surge la interrogante de si hay alguna manera trasuntar las características del procedimiento a las características del instituto en el sentido que, *per se*, la oralidad merma la aplicación del *estoppel*. No hay razones para ello, pues la estructura del procedimiento sólo cambia el desarrollo de las formas procesales. Una notificación o apercibimiento oral, en audiencia, no varía, salvo en su ejecución, con los fines de dichas actuaciones escritas. En ambos casos se resguarda la bilateralidad de la audiencia y el debido proceso.

Como fue analizado antes (apartado II), la preclusión converge predominantemente en las etapas de los procedimientos y, específicamente, en el momento de cierre y apertura de ellas. Por lo anterior, el acento se debe efectuar en establecer si hay diferencias en los procedimientos orales o escritos en este punto. Entonces, lo primero será dejar en claro que, en un sistema de ley civil, las diversas fases de un procedimiento, sea escrito u oral,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 757-777.

están delimitados por el legislador, y el valor de la preclusión dependerá de lo que éste manifieste sobre ella. En consecuencia, puede el mismo legislador manifestar excepciones al tránsito riguroso de las etapas de un proceso. Por lo tanto, se debe indagar si en el ordenamiento de que se trate aquella posibilidad está prevista. Por ejemplo, así sucede en España (Garcimartín, 2008: 373-381). El juez en la audiencia de juicio puede, si no se ha ilustrado suficientemente con base en los elementos de convicción incorporados al proceso, “conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique” (artículo 433, núm. 4 LEC 1/2000). Ello implica traspasar autorizadamente la barrera de cierre de la etapa probatoria, tanto para el juez como para las partes.

No hay norma similar en Chile. Si se observan los apartados normativos transcritos líneas arriba, que ordenan la secuencia entre las audiencias que regulan los juicios de familia, y dentro de estas, sus diversas etapas, de acuerdo con lo que se estableció en aquellos diagramas, no se encuentra una ley de similares características. Vale aquí entonces lo que, para el derecho público significa la *suma divisio iuris*. Es decir, que sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido.<sup>8</sup>

Tampoco se observa dentro del elenco de los principios generales establecidos dentro de los artículos de la LTF, alguno que lo permita. Uno de ellos, que podría generar dudas, a saber, la facultad de actuar de oficio establecida en dicha ley no tiene que ver con lo que se predica aquí. Se refiere al poder de dirección que el juez tiene para evitar, por ejemplo, la abundancia innecesaria de pruebas o el poder sobre las alegaciones de las partes en torno a hacerlas menos redundantes. Lo que ha ocasionado algunos reclamos sobre la imparcialidad del juez (Hunter, 2007: 205-229). También, como la misma norma señala, apunta a la expedición de las medidas destinadas a otorgar protección a la infancia o a las víctimas de violencia intrafamiliar.

A su vez, la posibilidad de rendir prueba, fuera del instante establecido por el legislador, establecida en el artículo 61, núm. 9, encuentra justificación en el fundado desconocimiento de la parte de la existencia de ésta al momento de realizarse la audiencia. Similar a aquella situación donde

---

<sup>8</sup> Ténganse en cuenta todas las apreciaciones actuales sobre aquel postulado y la dicotomía público/privado en la que se inserta. Al respecto, véase Vergara Blanco (2010: 115-128).

se permite a las partes rendir prueba no solicitada oportunamente.<sup>9</sup> Incluso, atendido que ambas situaciones obedecen a situaciones excepcionales, pueden entenderse como un argumento a favor de comprender que la ley ha sido precisa en establecer un orden de los espacios que las partes tienen para rendirla.

Visto lo anterior, dentro de las razones que repetidamente se esgrimen por algunos jueces, destaca la desformalización. Como ya se expuso antes, aquello fue materia de un extenso análisis que se cruza con éste sólo en este punto, puesto que el primitivo abarca otros ángulos de aquella directriz. Los resultados de dicha investigación, consignados en tres publicaciones,<sup>10</sup> pueden resumirse en lo siguiente: la desformalización no es un principio jurídico que permite pasar por alto las fases establecidas por la ley. Es una característica inherente a las diversas actuaciones previstas en el entramado normativo establecido para el conocimiento y fallo de los asuntos de familia e infancia, que no tiene una operatividad autónoma. Por ende, no sirve para flexibilizar las formas procesales, ni tampoco para disminuir el valor de la preclusión, que es el objeto de este ensayo.

El otro gran grupo de razones se asilan en una locución que suele aparecer en aquellas sentencias de los tribunales superiores de justicia que aluden a una cuestión más ideológica o política, que jurídica (Ramírez, 2007: 165-185). Es decir, a las razones de justicia material. Al parecer, en la justicia de familia, puede haber un prurito de calificar *a priori* escenarios donde un sujeto parece desvalido frente a otro. Sin otro antecedente que la mera observación. Aquello, más cercano al prejuizamiento, no puede ser tomado en cuenta si con ello se puede mermar la seguridad jurídica.<sup>11</sup> Probablemente, en determinadas ocasiones, se produce el desplazamiento de la barrera que aquel valor implica, en virtud de un razonamiento que toma en cuenta aspectos demasiado concretos, como la vestimenta o apariencia física de un sujeto, y deja de lado cuestiones más abstractas. Puede que la rapidez con que se llevan a cabo los juicios al pulso de la oralidad no permita observar con detención aquellas cuentas que el juez debe sacar cuando debe constituirse en el soporte del sistema de justicia, más allá del caso específico que le corresponde fallar.

<sup>9</sup> Artículo 63 bis, LTF.

<sup>10</sup> Todas las hipótesis, insumos y fundamentos para llegar a las conclusiones descritas aquí se encuentran en los trabajos citados en el pie de página núm. 44.

<sup>11</sup> Con todos los bemoles y amplitud que este concepto posee (Pérez, 1983: 91-93).

Finalmente, todo lo anterior encuentra una fundada excepción que se puede identificar en una hipótesis, en donde la actividad oficiosa fuera de los límites establecidos en la ley,<sup>12</sup> o la alegación extemporánea de las partes, puede tener lugar. Es aquella, en el primer caso de oficio y en el segundo a requerimiento, donde el juez puede anular, o las partes pedir la nulidad de los actos o actuaciones que portan un vicio que producen su ineficacia de pleno derecho (Garcimartín, 2008: 377).

## VI. CONCLUSIONES

La preclusión es más patente en un proceso escrito cuyas fases están delimitadas en forma perceptible que en un proceso oral, donde los límites temporales que se encuentran al interior de los hitos que constituyen las distintas etapas del proceso no lo son. Pero el hecho que aquellas fronteras sean más palmarias en un expediente físico que en un juicio oral, no disminuye su principal efecto, que es impedir que los actos se ejecuten inoportuna o inoficiosamente.

Una audiencia, que es un espacio de tiempo delimitado por el transcurso de algunos minutos u horas, debe desarrollarse en un orden sucesivo. Así lo previó el legislador en la LTF al establecer con toda precisión los instantes donde los actos procesales pueden acontecer. Para ello, estableció una fase de discusión, conciliación, oposición de excepciones, análisis probatorio, impugnación de pruebas y conclusión que se gestan minuciosamente dentro de dos audiencias que se desarrollan en una secuencia. Cada periodo se ejecuta teniendo como base el anterior, de manera que el primero debe necesariamente sostener al siguiente y cada uno de ellos está compactado por sus fronteras temporales de inicio y término. Como quedó de manifiesto a lo largo del desarrollo de este trabajo, el mecanismo de apertura y cierre ayuda a la progresión temporal del *iter* procesal.

Las partes que participan en las audiencias orales del procedimiento de familia saben de antemano las reglas del juego, se forman expectativas en los instantes de clausura de cada periodo, de tal manera que, si a un contendor se le permite abrir una puerta que para ambos había sido cerrada, se produce un desequilibrio injusto. Resulta nítidamente afectada la bila-

---

<sup>12</sup> No se desconoce con esto todo lo expresado a propósito de la preclusión *pro iudicato* (Redenti, 1977: 70-71).

teralidad de la audiencia y, en último término, la certeza jurídica. Sucede que, la oralidad parece otorgar un efecto traslucido a aquellos límites, pero esa circunstancia no es fundamento para pasar por alto a la preclusión. Se insiste en el hecho que, si bien las líneas de cierre y apertura de los espacios procesales no son físicamente manifiestos, aquello no inhabilita su vigencia en los procesos de los que se ha hecho referencia.

Algunos jueces chilenos han optado por no aplicar el instituto, pero las razones que esgrimen para ello no han podido traspasar los valores y principios que le sirven de fundamento.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, 2007, *Del formalismo en el proceso civil, propuesta de un formalismo valorativo*, Lima, Palestra.
- ASTONE, Francesco, 2006, *Venire contra factum proprium*, Nápoles, Jovane Editore.
- BALBI, Celso, 1983, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milán, Giuffrè.
- BALENA, Gianpiero, 2008, “Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità”, en BONGIORNO, Girolamo (coord.), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Turín, Giappichelli.
- BONE, Robert G., 2003, *Civil Procedure. The Economics of Civil Procedure*, Nueva York, Foundation Press.
- BORGES DA SILVA SEGUNDO, Edval, 2008, “Preclusão: uma técnica jurídica processual”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, núm. 16.
- BUZZACCHI, Chiara, 2002, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milán, Giuffrè.
- CAMPBELL, Enid, 1994, “*Res Judicata* and Decisions of Foreign Tribunals”, *Sydney Law Review*, núm. 16.
- CAPPELLETTI, Mauro, 2006, *Las sentencias y las normas extranjeras en el proceso civil*, Lima, Ara.
- CARNELUTTI, Francesco, 1959, *Instituciones del proceso civil*, t. I, Buenos Aires, Ejea.
- CARRATA, Antonio, 1995, *Il principio della non contestazione nel proceso civile*, Milán, Giuffrè.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, 2014, “La desformalización del proceso judicial de familia e infancia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 42.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 757-777.

- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, 2015, “Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte final”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 45.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, 2017, “Estudio aplicado sobre la desformalización del procedimiento judicial de familia”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, vol. 24, núm. 1.
- CIPRIANI, Franco, 2007, “El autoritarismo procesal y las pruebas documentales”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 2.
- CORDOPATRI, Francesco, 2000, *L'abuso del processo*, Milán, CEDAM.
- COUTURE, Eduardo, 2010, *Vocabulario jurídico*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana.
- CHIOVENDA, Giuseppe, 1960, *Instituzioni di diritto processuale civile*, t. I, Nápoles, Eugenio Jovene.
- DE DEUS LIMA, Patricia Carla, 2005, “O abuso de defesa no processo civil”, *Revista de Processo*, San Pablo, núm. 122.
- DE SANTIS, Francesco, 2005, “Riforme processuale e «disponibilità» del regime preclusivo”, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza-Giuffrè.
- FINES GLESNER, Barbara, 1995, “The Doctrine of Election of Remedies in Missouri”, *UMKC Law Review*, vol. 63, núm. 4.
- GANDULFO, Eduardo, 2009, “Sobre las preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, 2008, “Orden y preclusión en las comparecencias en los procesos civiles”, en CAPRI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, vol. 2, Valencia, Universidad de Valencia.
- GEIGER, Theodor, 1983, *Estudios de sociología del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- GOLDSCHMIDT, James, 1961, *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, t. I, Buenos Aires, Ejea.
- HUNTER, Iván, 2007, “Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 20, núm. 1.
- KINSELLA, Stephan, 1996, “Punishment and Proportionality: The Estoppel Approach”, *Journal of Libertarian Studies*, vol. 12, núm. 1.



- LIEBMAN, Enrico Tulio, 1957, *Manuale di diritto processuale civile*, t. I, Milán, Giuffrè.
- LUISO, Francesco, 2007, *Diritto processuale civile*, 4a. ed., Milán, Giuffrè.
- MACCARRONE, Rosario, 2008, “Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione”, en BONGIORNO, Girolamo (coord.), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Turín, Giappichelli.
- MAGGS, Gregory, 2006, “Estoppel and Textualism”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 54.
- MANDRIOLI, Crisanto, 2007, *Corso de diritto processuale civile*, t. I, Turín, Giappichelli Editore.
- MARINONI, Luiz Guillermo, 2009, “Derecho fundamental a la duración razonable del proceso”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 14. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8757/10808>.
- MICHELI, Antonio, 1959, *Corso di diritto processuale civile*, t. I, Milán, Giuffrè.
- MONTELEONE, Girolamo, 2008, “Peclusioni e giusto processo. Due concetti incompatibili”, en BONGIORNO, Girolamo (coord.), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Turín, Giappichelli.
- NERI, Adriana, 2008, “Eccezioni rilevabili dufficio e preclusión nel proceso ordinario di cognizione”, en BONGIORNO, Girolamo (coord.), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Turín, Giappichelli.
- NIEVA, Jordi, 2014, *Derecho procesal I. Introducción*, Madrid, Marcial Pons.
- ONG, Denise S., 1999, “Equitable Estoppel: Defining the Detriment”, *Bond Law Review*, núm. 11.
- OVCHAR, Alexander, 2009, “Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ a Principle Promoting Stability Threatens to Undermine It”, *Bond Law Review*, núm. 21.
- PASTOR, Carlos Daniel, 2004, “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, *Revista de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, núm. 4.
- PECCHI CROCE, Carlos, 1974, “Algunas consideraciones sobre la preclusión”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 7.
- PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique, 2008, “Preclusao, venire contra factum proprium e duracao razoável do proceso”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, núm. 16.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, 1991, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel.
- PICÓ I JUNOY, Joan, 2003, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, Bosch.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 757-777.

- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, 2007, “A propósito de la justicia material: reflexiones sobre la justicia en el proceso *vs.* la justicia material”, *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, vol. 6, núm. 12.
- RANIERI, Filippo, 1971, *Rinuncia tacita e verwirkung*, Pádua, CEDAM.
- RESENTI, Enrico, 1957, *Diritto procesuale civile*, t. I, Milán, Giuffrè.
- RICCI, Gianfranco, 1998, *Principi di diritto procesuale generale*, Turín, Giapicheli.
- RISPOLI, Arturo, 1911, *Il proceso civile contumaciale*, Milán, Editrice Libreria.
- ROBERTSON, Andrew, 2000, “Reasonable Reliance in Estoppel by Conduct”, *University of New South Wales Law Journal*, vol. 87, núm. 2.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, 2003, “El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 30.
- SASSANI, Bruno, 1988, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Pádua, CEDAM.
- SATTA, Salvatore y PUNZI, Carmine, 2000, *Diritto procesuale civile*, Pádua, CEDAM.
- SCALESE, Giancarlo, 2000, *Diritto dei trattati e Doveri di Coerenza nella condotta. Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium*, Nápoles, Editoriale Scientifica.
- STÜRNER, Rolf, 2007, “Derecho procesal y culturas jurídicas”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 1.
- TARUFFO, Michele, 1971, “«Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 1, núm. 4.
- TARUFFO, Michele, 1999, “L’abusso del processo: profili comparatistici”, *Revista do Processo*, San Pablo, núm. 96.
- TARUFFO, Michele, 2006, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 2.
- TESORIERE, Giovanni, 1983, *Contributo allo studio delle preclusioni nel proceso civile*, Pádua, CEDAM.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, 2010, “La *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 17, núm. 1.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTENDIDOS COMO RESPONSABILIDADES DE LOS ESTADOS\*

### *FUNDAMENTAL RIGHTS SEEN AS STATE RESPONSIBILITIES*

M. Isabel GARRIDO GÓMEZ\*\*

**RESUMEN:** En el presente artículo se aprecia que los derechos fundamentales constituyen un núcleo básico dentro de los Estados de derecho en sentido amplio, y que el modelo organizativo que asumen los Estados contemporáneos es el de la democracia. Desde el razonamiento práctico, los derechos requieren que nos situemos en una esfera de estructuras complejas, dentro de las cuales hay que resaltar la del derecho como sistema normativo institucional. De esta manera, los derechos fundamentales se refieren a personas que realizan comportamientos dentro de un marco de referencia compuesto por reglas interrelacionadas, reglas que confieren facultades y reglas que imponen deberes y obligaciones, cabiendo la posibilidad de formas que determinan las condiciones de existencia, las consecuencias jurídicas y el ámbito temporal de aplicación del conjunto de reglas de los sistemas jurídicos. Con esta perspectiva, se debe subrayar que la crisis del Estado nacional y, el déficit de la democracia y del Estado de derecho, exijan repensar el Estado y el orden internacional, haciéndose prioritario extrapolar el modelo del Estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales dado el papel legitimador que los derechos fundamentales desempeñan.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, Estado de derecho, poder público, responsabilidad, coyuntura internacional.

**ABSTRACT:** *This article notes that fundamental rights constitute a basic nucleus within the rule of law in a broad sense; and the organizational model assumed by contemporary States is that of democracy. From practical reasoning, rights require that we place ourselves in a sphere of complex structures, in which we must emphasize law as an institutional normative system. In this way, fundamental rights are ascribed to persons who behave within a frame of reference composed of interrelated rules, rules that confer faculties and rules that impose duties and obligations, with the possibility of forms that determine the conditions of existence, the legal consequences and the temporal scope of the application of all the rules of legal systems. With this perspective, it should be stressed that the crisis of the national State and the deficit of democracy and the rule of law require rethinking the State and the international order, making it a priority to extrapolate the model of the constitutional rule of law to international relations given the legitimizing role that fundamental rights play.*

**Keywords:** *Fundamental Rights, Rule of Law, Public Power, Responsibility, International Situation.*

\* Artículo recibido el 17 de abril de 2017 y aceptado para su publicación el 26 de mayo de 2019. Fue realizado en el marco del proyecto de investigación “Diversidad y convivencia. Los derechos humanos como guía de acción” (DER 2015-65840-R) del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

\*\* ORCID: 0000-0002-0216-1874. Catedrática de filosofía del derecho de la Universidad de Alcalá, España. Correo electrónico: [misabel.garrido@uah.es](mailto:misabel.garrido@uah.es).

SUMARIO: I. *Introducción: el marco en el que nos movemos.* II. *El lugar de los derechos fundamentales en la responsabilidad de los Estados.* III. *El ejercicio del poder y su incidencia en la responsabilidad de los Estados.* IV. *Especial consideración de la responsabilidad internacional de los Estados.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN: EL MARCO EN EL QUE NOS MOVEMOS

En este trabajo apreciamos que en las sociedades de Europa occidental rigen los Estados como forma de organización originada por un pacto o acuerdo entre los individuos. Sus particularidades más importantes son las de la concentración y monopolización del poder político exteriorizado en el concepto de soberanía, sin olvidar la diferenciación entre lo público y lo privado, entre el ciudadano y el hombre, y entre el Estado y la sociedad civil. Los Estados de derecho son conceptuados como una relación axiológicamente neutra y necesaria entre el derecho y el poder, en tanto que, avanzando más, se vislumbra una construcción de mayor relevancia, por ser menos descriptiva, que incorpora elementos normativos propios. Su versión restringida posee rasgos identificadores formales remitidos a la acción limitadora del derecho sobre el poder, manifestándose en el manejo de las leyes y en la separación de poderes; y la versión amplia abarca dimensiones materiales como el reconocimiento y las garantías de los derechos fundamentales (Atienza, 2004: 125-126; Peces-Barba *et al.*, 2000).

En este punto, interesa llamar la atención sobre el hecho de que, de cualquier norma jurídica es aducible su justicia, validez y/o eficacia, circunscribiéndose, respectivamente, en el problema: 1) de la justicia, resuelto en un juicio de valor; 2) de la validez, resuelto en un juicio de hecho, y 3) de la eficacia, resuelto en el estudio del comportamiento de los miembros de un grupo social. Los tres criterios son independientes, puesto que una norma puede ser válida sin ser justa, justa sin ser válida, justa sin ser eficaz, y eficaz sin ser justa (Bobbio, 1995).<sup>1</sup>

Ahora bien, nuestro objetivo no es dar una visión tradicional y teórica, sino aportar una aproximación realista a los modelos de Estado de derecho contemporáneos y a la relación entre la realidad estatal y los derechos fundamentales. Cosa que nos lleva a observar una divergencia dentro del ordenamiento jurídico entre la proclamación ideal-constitucional de los

<sup>1</sup> En lo referente al tema de la generalidad de la ley, véase Cabo (2000: 47).

derechos y su grado de plasmación legal y de realización práctica, lo que conduce al planteamiento de graves problemas a la hora de establecer las relaciones entre el poder y el derecho.

Como se pone de manifiesto, los cambios que se han operado se explican porque las transformaciones sintetizan un proceso histórico de cambio estructural que incide directamente en las formas de organización y ejercicio del poder político en el mundo. Se ha disuelto el nexo democracia-pueblo y poderes de decisión-Estado de derecho, tradicionalmente mediado por la representación y por la primacía de la ley y de la política que produce la ley. Así, la pregunta que cabe hacernos con Ferrajoli es, ¿puede haber una democracia sin Estado?, procediendo el interrogante subsiguiente de si es factible hablar de un vínculo entre el Estado y el derecho positivo, o entre el Estado y el Estado de derecho. Unido a ello, el principal aspecto que nos interesa destacar como hipótesis es que, la crisis del Estado nacional y el déficit de la democracia y del Estado de derecho, que caracteriza a los nuevos poderes fuera de la estatalidad, hace que nos tengamos que replantear el Estado y, más aún, el orden internacional. Lo que parece a todas luces evidente es la ausencia de reglas, de límites y vínculos que sirven de garantes para la paz y los derechos humanos frente a nuevos órdenes transnacionales, recalcando que es imperioso extrapolar el prototipo del Estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales (Ferrajoli, 2016).

En estos momentos nos encontramos ante un modelo de soberanía privada, fuera de lo estatal en la que se atribuye al titular privado un poder superior al que tienen los Estados con unos efectos de naturaleza pública o política (Capella, 1999; McGrew, 1993). De lo que se infiere que haya una pluralidad de poderes carentes de la obligación de legitimarse por medio de la capacidad de facilitar la posibilidad de realizar los derechos, los cuales, al final, quedan en puras rémoras del cambio social (Sanz, 2005: 37; *cf.* Mercado, 2005).

Efectivamente, hoy se divisan nuevos espacios (Santos, 1998) y, en la parcela de las relaciones internacionales, cabe plantear que la crisis de los Estados nacionales que conocíamos hasta ahora encierra un vacío de derecho público. Esto significa que, tal vacío se refleja en una carencia de reglas, de límites y de vínculos garantes de la paz y los derechos humanos. En consecuencia, se percibe que la falta de una esfera pública internacional, que tenga capacidad suficiente para enfrentarse a los nuevos poderes extraestatales, es el mayor problema (Ferrajoli, 2005: 42).

Ejemplos que demuestran lo dicho pueden ser apreciados en diversos casos, ya que hay fenómenos actuales que nos demuestran el cambio producido en los últimos tiempos. Uno de los ejemplos más claros es el del servicio y administración de buques, cuya regulación puede no tener contacto físico con los Estados, porque lo que existe es un conjunto de normas públicas y privadas, nacionales e internacionales. Lo mismo se puede decir de la tolerancia de los paraísos fiscales y de los enclaves legales y jurisdiccionales especiales, a los fines de atraer industrias por medio de la flexibilización o excepción de las normas estatales concernientes a las cuestiones fiscales, empleo o protección social.

Otro fenómeno que se debe mencionar es el de la emergencia de redes regulatorias impulsadas por la revolución en las tecnologías de la información, habiendo creado, por su parte, la liberalización de los mercados financieros. Un sistema que consiste en redes de Estados, empresas, organizaciones de ciudadanos, grupos étnicos, etcétera. De similar manera, se ha creado un sistema de redes de bancos y corporaciones financieras de naturaleza pública y privada, con asociaciones que desempeñan funciones de regulación.<sup>2</sup> Todo lo indicado demuestra que los Estados poseen características nuevas y que otras instancias han ocupado su lugar, produciéndose un alto nivel de diversificación de actividades entrecruzadas. Ahora bien, dentro de este contexto observamos que aún hoy los derechos fundamentales siguen desempeñando un importante rol como responsabilidades de los Estados y ellos no pueden concebirse sin este nivel de implicación en un plano multinivel. Es decir, que ello habrá de estimarse en un nivel local, doméstico o interno, y extranacional en el seno de sus tres variables internacional, supranacional o transnacional, conviniendo subrayar que la situación no es la misma en unos planos que en otros, ni en todas las cuestiones.

## II. EL LUGAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Los derechos fundamentales representan una pretensión moral justificada, conforman un subsistema dentro del sistema jurídico y se conforman como una realidad social, conforme a los tres aspectos de los que habla Peces-

<sup>2</sup> Sobre los ejemplos expuestos, véase Garrido (2010: 20 y ss.).

Barba (2004: 44-47). De lo que se desprende que los tres planos en los que se expresan son el de la moralidad, la juridicidad y la eficacia social, tres dimensiones clave a la hora de analizar la manera de considerarse el anclaje entre los derechos fundamentales y el poder del Estado como responsabilidades del mismo.

Desde el primer plano, es decir, desde la moralidad, los derechos fundamentales se mueven en el terreno de la consecución de la autonomía personal plasmada en la dignidad humana, como expresión de la libertad y la igualdad con matices aportados por los valores de la solidaridad y la seguridad jurídica (Peces-Barba, 2004: 44). De esta forma, el Estado de derecho trasluce un modelo jurídico-político que reconoce a los miembros de la sociedad desde la igualdad y restringe las atribuciones de los órganos públicos. Implica un Estado contrapuesto a cualquier absolutismo o totalitarismo, cuya principal nota es que la acción de los poderes se someta a la ley, sirviendo de garantía para proteger a los ciudadanos (Böchenforde, 1993). De otra parte, el Estado democrático hace visible un gobierno de mayorías por medio del concepto de “autoridad relacional”, y se manifiesta como forma de organización política y social. Sus símbolos más representativos son la libertad y la tolerancia, identificados con la participación, el pluralismo, la armonía entre los derechos del ciudadano y el principio de legalidad, encuadrados por la igualdad política (Brennan y Hamlin, 2000).

En último lugar, el Estado social hace mención también a la estructura estatal y se ha de entender como orientación política enderezada a la consecución de una nueva dimensión de la libertad. Lo que en realidad se pretende alcanzar es un avance de la libertad en la concepción liberal y democrática; una esfera de autonomía del individuo y un mecanismo de participación en los que se arrincona el abstencionismo para evitar conflictos dañinos, a la vez que se reconocen y protegen derechos económico-sociales que conllevan una valoración específica del hombre. Así las cosas, el horizonte del Estado social cristaliza en principios y derechos reconocidos a los ciudadanos y dirigidos a los poderes públicos, que guían su proceder y obligan a promover condiciones de bienestar y a remover obstáculos. Dicho Estado tiene obligación de intervenir para que la igualdad jurídico-política se transforme en una auténtica igualdad social y cultural (Garrido, 1994: 358-359).

Sin embargo, a pesar de que nos hallamos ante una consecución histórica de formas de Estado, ello no significa que nos encontremos ante

fases evolutivas de modelos en los que unos se anulan a los otros y se superponen. Con relación a los derechos, concretamente los derechos civiles e individuales, se plantean desde la igualdad como equiparación, y la universalidad es una característica que los identifica, teniendo en cuenta el tratamiento igual de todos cualesquiera que sean sus rasgos. Los derechos políticos participan de la estimación de universalidad en el punto de partida y de la igualdad como equiparación, aunque los extranjeros no suelen estar incluidos y se les excluya. Los de naturaleza económica, social y cultural lo que estiman relevante son las diferencias y parten de la discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar instrumentos en forma de derechos a los que están en inferioridad de condiciones. Y, finalmente, los de la cuarta generación se deben a la fase de especificación de los derechos fundamentales de la persona concreta y situada (Peces-Barba, 1999).

Desde este punto de vista, es posible admitir que el paradigma generacional de los derechos fundamentales no es aceptable, ya que los derechos pertenecientes a las distintas generaciones, si bien tienen sus propios caracteres, sus propias técnicas de realización y sus propias finalidades, son complementarios entre sí (Morati, 1972: 48). En consecuencia, cada una de las categorías ha de ser considerada en función de las otras, y viceversa, dentro de una única estructura en la que cada noción ha de modificar al resto.

Con relación al segundo plano indicado, es decir, el que se refiere al derecho de los derechos fundamentales donde la pretensión moral justificada se incorpora a una norma jurídica, en general, hay que tener en cuenta que el derecho positivo puede valerse de varias técnicas: las *protectoras* o *repressivas*, que tienden a imponer deberes jurídicos positivos (obligaciones) o negativos (prohibiciones) bajo la amenaza de que, si se infringen, se aplicará una pena o sanción negativa. Otra clase es la de las *regulativas* y de control público, por ellas se organiza la estructura social y económica, se definen y distribuyen roles sociales, se delimitan y otorgan poderes y competencias, se regula la intervención política en la actividad social y económica con programas intervencionistas de políticas públicas y se redistribuyen los recursos disponibles. Y, finalmente, la técnica *promocional* es la que aspira a conseguir que los individuos realicen comportamientos socialmente necesarios (Bobbio, 1990: 371-372; Peces-Barba *et al.*, 2000: 52-53).

Tradicionalmente se han privilegiado algunas funciones, la de prevenir y reprimir los comportamientos desviados, y la de impedir el nacimiento de conflictos o proveer recursos para su pacífica resolución. Mas las técnicas



jurídicas ponen en evidencia su unidad. Hay derechos económicos, sociales y culturales que emplean la forma de organización de los de libertad, garantizan al ciudadano un ámbito sin interferencias de los poderes públicos ni de los particulares, y sancionan las acciones que invaden ese campo autónomo, este es el caso de los derechos de huelga y de libre sindicación. Existen también derechos económicos, sociales y culturales que adoptan la forma de derechos de crédito con un título a su favor para pretender una prestación de los poderes públicos; y los derechos-deber, en los que el titular de un derecho lleva aparejado el cumplimiento de un deber por la relevancia que revisten, caso del derecho a la educación y de la enseñanza básica obligatoria (Peces-Barba, 1999).

En definitiva, en la línea de la eficacia, el Estado se debe asegurar y promover la iniciativa de los individuos y de los grupos, y el ejercicio de sus derechos y deberes, complementándolos o supliéndolos cuando haya una imposibilidad parcial o absoluta, o no se atiendan debidamente las obligaciones legales que han de ser asumidas. En realidad, las administraciones públicas suelen ser las grandes realizadoras de la política social, pero desde hace algún tiempo, las necesidades cada vez más abundantes y la desproporción de los recursos han inducido a barajar principios de solidaridad e igualdad, valorados según el grado de libertad que posibiliten, y a promover la participación y la vinculación de las personas en los aspectos sociales que les afectan como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales (Donati, 1990). Bajo estas directrices, cobra fuerza un nuevo modelo jurídico-político por el que los individuos y los grupos seguirían siendo los destinatarios de las ayudas, mas su implicación en el desarrollo del servicio público sería mucho mayor, insertándose en una acción diferenciadora y equilibradora de todos los tipos de cooperación concurrentes, con el fin de llegar a obtener una fórmula de armonización.

Para lograr un adecuado desarrollo de la efectividad de los derechos fundamentales, se habrán de desenvolver varios aspectos previos para que la difusión de la cultura de la legalidad tenga efectos satisfactorios, estos son: que la intervención del consenso en la creación de las leyes sea lo más amplia posible para que no sea simplemente la manifestación de la opinión de una mayoría numérica. Que la ley se aplique equitativamente. Que el derecho sea accesible a los ciudadanos de forma lo más sencilla posible. Estas tres condiciones son las que explican la responsabilidad que poseen los Estados en relación con los derechos fundamentales (Laveaga, 2000: 65-66).

### III. EL EJERCICIO DEL PODER Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Siguiendo con la situación descrita en la introducción de este trabajo, la aparición de centros de poder difusos y no necesariamente institucionales han erosionado la realidad territorial del Estado; sin embargo, los Estados nacionales no han desaparecido ni pueden desaparecer dadas las funciones que tienen asignadas de distribución política, sus mecanismos jurídico-políticos y la dimensión de sus funciones de ajuste. Desde este punto de vista, los derechos han entrado en una dinámica de interdependencia con los centros de poder que superan la nacionalidad (Olivas, 2005: 53). Consecuentemente, a tenor de estas cuestiones, es preciso establecer propuestas adecuadas a la situación, y creo que deben dirigirse a superar el vacío de la esfera pública y repensar su estructura. Así pues, siguiendo las propuestas de Ferrajoli, sería recomendable clarificar la distinción entre instituciones de gobierno y de garantía. Dicha separación es requerida por fuentes de legitimación como la representatividad política de las primeras instituciones, ya sean legislativas o ejecutivas; junto a la sujeción de la ley y, muy particularmente, a la universalidad de los derechos fundamentales que en ella se establecen por parte de las instituciones de garantía. En este plano, lo cierto es que lo más destacable ha sido la entrada en acción del Tribunal Penal Internacional por crímenes contra la humanidad (Ferrajoli, 2001; 2005: 44-45).

Así las cosas, resulta importante destacar las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, de 2003, las cuales se adoptaron por la Subcomisión de la ONU para la promoción y protección de los derechos humanos. Las normas se presentaron en 2004 para su ratificación a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y fueron rechazadas. En 2005, J. Ruggie fue nombrado Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para temas de derechos humanos y empresas, renovándose el mandato hasta 2011. En este sentido, Ruggie presentó en 2008 ante el Consejo el informe “Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos”, el cual contenía la perspectiva de las Naciones Unidas sobre este tema.

En la Resolución 8/7, el Consejo acogió este marco y prorrogó el mandato de J. Ruggie de forma que en marzo de 2011 se presentó el Informe del Representante Especial del Secretario General Ruggie para la cuestión

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 779-798.

de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Dicho informe presenta un resumen de la labor realizada entre 2005 y 2011 llamado “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»”, aprobados más tarde por el Consejo de Derechos Humanos en julio de 2011. La esencia de los Principios es la siguiente:

- Los Estados tienen la obligación jurídica de proteger los derechos humanos frente a los abusos que provengan de terceros, donde se incluyen las empresas.
- Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos.
- La necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a los recursos adecuados y efectivos de reparación en caso de incumplimiento (Belloso, 2013: 16-19).

Este Informe ha sufrido críticas en cuanto a que está al servicio del poder económico transnacional y únicamente anima a incorporar a la cultura empresarial una consideración para respetar los derechos humanos. Además, estos Principios no son vinculantes para las empresas ni para los Estados (Belloso, 2013: 20).

La profundización en esos significados revela que los intereses que vienen representados por las empresas que influyen sobre varios gobiernos e instituciones interestatales ejercen un poder incontestable. Se trata de un poder político de naturaleza privada, ya que las decisiones que contienen poseen un significado político con una soberanía limitativa de la soberanía de los Estados y de sus instituciones públicas (Capella, 1999: 20-21; Steger, 2003). Por eso, la propuesta de extrapolar el paradigma del Estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales supone el máximo reto lanzado por la crisis del derecho y del Estado a la razón política; si se logra, obtendremos un grado más satisfactorio a la hora de actuar de los Estados en aras a su responsabilidad (Ferrajoli, 2005: 50).

Retomando el hilo de la argumentación ferrajoliana, el problema más acuciante que se debe tener en cuenta es que la credibilidad del derecho ha entrado en crisis al mostrarse incapaz de dictar normas adecuadas para dar solución a los desafíos en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Ferrajoli describe la situación como “un vacío de Derecho público a

la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un Derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política” (Ferrajoli, 2006: 302). Es obvio que, desde una perspectiva económica, el principio de la soberanía nacional ha hecho imposible la transnacionalización efectiva de los mecanismos jurídicos y de gobierno que conforman la infraestructura imprescindible para un intercambio económico globalizado. En consecuencia, los actores de la economía mundial han encontrado mecanismos jurídicos que evaden los sistemas nacionales. Igualmente, hay instituciones que realizan funciones con relación a la economía mundial con mecanismos pertenecientes al derecho privado para garantizar préstamos e inversiones de empresas en los Estados receptores y para resolver los conflictos que surjan entre ellos (Jessup, 1956; López, 1999: 70-71; Marcilla, 2005a).

El resultado son tres modelos de normatividad, al decir de Faria: una impuesta, otra planificada como voluntaria y otra no planificada, pero que es evolutiva. Ahora bien, no todo queda aquí en el esquema que acabo de trazar porque se han de afrontar una serie de cuestiones adicionales cuando se pone en marcha un engarce de naturaleza estructural entre los distintos sistemas jurídicos que operan en el territorio (Faria, 2004: 247 y ss.; Unger, 1976; 1996).

Además, en el apartado del estudio de los aspectos singulares del derecho, la desregulación es una de sus principales manifestaciones actuales, la cual se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras que se limitan a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que actúan dentro del mercado. En suma, la desregulación no significa una situación de anomia, sino que se identifica con una situación de sustitución de una legislación intervencionista por normas de corte abstencionista, y con la tolerancia o cooperación con la iniciativa normativa privada (Marcilla, 2005b: 240 y 252). De esta forma, hablamos de la retracción de normas de derecho público que se destinan a la protección social o laboral, en beneficio de normas de derecho privado y de la autorregulación de grandes empresas (Marcilla, 2008: 593).

Esta situación viene dada por una serie de causas, como la naturaleza transnacional de los agentes económicos que llevan a cabo los procesos globales, la necesidad de los agentes económicos de un marco normativo

uniforme a escala global, y la alta capacidad de presión e influencia que sobre los poderes públicos estatales poseen los agentes económicos en el contexto global (Capella, 2008: 72 y ss.).

Vinculado a lo anterior, observamos, por ejemplo, que todo lo atinente a los contratos ha cambiado en la actualidad, ya que los contratantes han dejado de buscar “la maximización utilitaria, directamente, a través del desempeño de obligaciones especificadas” (Faria, 2004: 169). Es así la manera en que surgen los contratos relacionales que poseen un carácter entrecruzado. Estos contratos tienen una duración considerable, las cargas y beneficios deben ser compartidos más que divididos, siendo limitada la fuerza vinculante. Pero no olvidemos que son típicos del ámbito de la globalización al implicar amplias y complejas redes de agentes y participantes con una interacción que se remarca por la solidaridad dentro de una organización, por la cooperación y la confianza recíprocas. En la medida en que la complejidad interna de las redes va creciendo, la racionalidad de sus distintas relaciones contractuales se modifica hasta que adquiere rasgos que son crecientemente originales, y los contratos relacionales terminan por convertirse en un *continuum procesal*, viéndose las partes impelidas a la autonegociación de los problemas o conflictos a medida que nacen a lo largo del proceso económico (Faria, 2004: 169-172).

#### IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

La transnacionalidad del proceso de globalización se apoya en las coordenadas clásicas del derecho internacional, que busca fórmulas institucionales alternativas y superadoras de las limitaciones estructurales de los impactos negativos que la aplicación estatal de otros tratados produzca sobre la eficacia de sus disposiciones (Laporta, 2007: 255; Zapatero, 2007: 237-239).

Así, con la creciente sensación de una progresiva ingobernabilidad y de una imputación difusa de la responsabilidad de los Estados, la noción de “seguridad” es cada vez más compleja y no se circunscribe únicamente a los Estados ni se expresa sólo en términos político-militares. Todo esto hace que la realidad social sea cada vez más interdependiente y global, y que haya procesos de dependencia económica, política y cultural que conlleven una pérdida de identidad cultural en los planos estatal y humano. También hay conflictos, muchos de ellos violentos, nacidos de nacio-

nalismos exacerbados y de tensiones interétnicas con grave riesgo para el mantenimiento del equilibrio y la paz internacionales. Dentro del orden internacional, hay tres aspectos que destacan, según indica Carrillo Salcedo: 1) la mundialización de los flujos financieros y la universalización de las imágenes audiovisuales; 2) la extensión geográfica sin precedentes del proceso, y 3) las mutaciones en los instrumentos por medio de los que se prueba la mencionada expansión (Carrillo, 2003: 28-29).

No obstante, siguiendo los argumentos de Laporta, el derecho reside todavía en el Estado nacional; en particular, la referencia se debe hacer al derecho de propiedad y al derecho penal. Claramente, hay una asimetría entre globalización social, económica y jurídica, existiendo un desajuste entre la naturaleza global de una gran cantidad de acciones y actividades económicas con relación al carácter estatal de las normas jurídicas en el que se centra. En esta línea, se aprecian una serie de derivaciones perversas. Una de ellas es que las comunidades nacionales o estatales que no dispongan de un derecho interno eficaz y articulado no participarán en el proceso de globalización, o como meras afectadas pasivas. Así pues, ya que hay un déficit del derecho global, muchas de las actividades exigen apoyarse en el derecho nacional del que nacen y sobre el cual se proyectan y, cuando falta éste, la acción global es imposible. Pero, por otro lado, se impone la paradoja de que, si queremos que las comunidades humanas participen de los potenciales beneficios de la globalización como si pretendemos que no recaigan sus consecuencias negativas, la solución que habría de darse es que tengan un orden jurídico eficaz, con un Estado riguroso y bien articulado e implantado (Laporta, 2007: 247 y ss.; *cf.* Shelton, 2000).

En definitiva, el derecho internacional va defendiendo los intereses privados que revisten la apariencia externa de forma pública. Esto tendría que venir acompañado de una relectura revalorizadora y del planteamiento funcional de la soberanía de los Estados sobre la consideración del interés público universal y del bien común de la comunidad internacional. Igualmente, hay que reconsiderar las obligaciones positivas de los Estados en la realización efectiva de los derechos humanos con la finalidad de poder superar las desigualdades y los efectos nocivos de la globalización (Carrillo, 2003: 35). Además, el derecho internacional ha de ser un mecanismo jurídico apto para establecer una herramienta de garantías efectivas de estos derechos, consumando un nuevo constitucionalismo mundial capaz

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 779-798.

de ofrecer garantías jurisdiccionales, pero más aún, políticas y sociales a las cartas de derechos que ya están reguladas (Mercado, 2005: 151).

En efecto, nos encontramos ante un momento en el que, como dijimos, la soberanía se abre a la sociedad civil, las corporaciones transnacionales y los organismos internacionales. Ello trae consigo que el orden al que nos referimos esté volcado hacia lo transnacional. En este plano, el argumento a favor de la democracia cosmopolita se resuelve en la multiplicidad de redes de poder superpuestas unas a otras. Se da por descontado que todos los grupos y asociaciones tienen la capacidad de la autodeterminación, lo cual puede materializarse en el compromiso con el principio de la autonomía y las constelaciones específicas de derechos y obligaciones (Berriain, 2008: 134).

Dejando a un lado lo dicho y como ejemplo de la complejidad y paradojas imperantes, en el proceso del establecimiento de nuevos sujetos separados de la estructura estatal, también se advierte el aumento en la protección de los derechos y libertades fundamentales, no sólo dada la progresividad de los instrumentos jurídicos que sirven para proclamarlos, sino también dada la mejora de los mecanismos de control y de verificación que emplean los Estados (Rodríguez, 1999: 161-169). Se puede dar de esa manera la responsabilidad internacional de los individuos por las violaciones graves de los derechos humanos, en la que el concepto de jurisdicción universal hace factible que, cualquiera que sea el Estado, éste tenga jurisdicción sobre las personas que hayan cometido un genocidio, tortura o desapariciones forzadas, siendo indiferente el ámbito espacial en el que haya acontecido (Goertz y Diehl, 1992: 634; Rodríguez, 1999: 26-27).

Con relación a las fuentes, los tratados son la modalidad más usual en el ámbito de la creación de obligaciones internacionales, habiéndose transformado las funciones de este derecho y la aplicación de las normas. En lo relativo a la producción de estas obligaciones, hemos de subrayar que, materias que eran tradicionalmente de naturaleza interna ahora precisan del derecho internacional. En ocasiones, ello se puede deber a que se quieren realzar los objetivos de los derechos humanos o a que la acción de los Estados puede ser obviamente insuficiente. Y, en lo atinente a las alteraciones de la rama del derecho analizada y su práctica, nos encontramos con que hay un aumento de las jurisdicciones internacionales, como ejemplo se encuentran los casos de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humana-

nos, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Los intentos de aportar una mayor efectividad a la jurisdicción internacional se pueden ver también en los casos del derecho de autodeterminación y en la emergencia de un derecho de injerencia (Rodríguez, 1999: 173-180).

De otro lado, lo anterior se conjuga con que los Estados son parte de sistemas internacionales de protección que incluyen instancias políticas y jurisdiccionales, por ejemplo, recordemos el supuesto de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. En el mismo sentido, muchos Estados han reforzado sus Constituciones para dar a los convenios internacionales de derechos humanos una jerarquía superior frente al derecho interno (Rodríguez, 1999: 26).

## V. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta ahora se desprende que se debe repensar la función que desempeñan los derechos fundamentales como criterios de legitimidad del derecho y del Estado en cuanto a la exigencia de su responsabilidad, y mantener que tales derechos constituyen sus límites porque el origen democrático de una ley no es garantía suficiente para determinar su justicia (González, 2004: 446-447; Bayón, 2004).

En este contexto, la idea de cambiar de formas políticas de regulación a mecanismos de mercado sirve de fortalecimiento a las políticas neoliberales (Habermas, 2005: 118; *cfr.* Caballero, 2000). Con esta visión, la ambigüedad y la indeterminación se ven incrementadas en función de que el Estado de derecho explicita un modelo político-jurídico, que se manifiesta en el desenvolvimiento de los miembros de la sociedad desde el reconocimiento de su igualdad y la restricción en las atribuciones de los órganos estatales (Cossío, 1989: 30). Se ha producido una progresiva disociación entre decisión y responsabilidad, entre poder y organización democrática, y entre democracia y realidad, surgiendo, en muchos casos, una ficción en lo que respecta a que el pueblo es el último detentador del poder, y a que la participación política es el gobierno del pueblo (Mora, 2004: 21). Por otro lado, si lo público lo entendemos como lo concerniente a los intereses de todos y lo privado se corresponde con lo que incumbe a la decisión personal, en la sociedad moderna hay una permeabilidad entre ambas esferas, posibilitándose que un acto se pueda estimar ambivalentemente.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 779-798.



El abordaje de estas consideraciones muestra que la responsabilidad de los Estados se desenvuelve dentro de una simbólica legitimidad insustancial y formalista, garante de los procedimientos de distribución del poder, así como de su eficacia. Dentro de la que se tienen en cuenta la previsibilidad, las disfunciones y los cálculos de los disensos que se pueden soportar. El discurso de la eficacia en la exigencia de la responsabilidad se erige como espacio único (Olivas, 2004: 85 y ss.)<sup>3</sup> lo cual tiene su coste, ya que evidentemente la democracia demanda algún tipo de unidad política con una autoridad última soberana, y se debería tener cuidado de no admitir una rebaja de los estándares normativos que lleve a un nivel de degradación de los ideales democráticos inadmisibles (Bayón, 2008; Barcellona, 2006: 40 y ss.).

En síntesis, las actuaciones estatales se deben modernizar y mejorar constantemente, ya que, dada la problemática a la hora de determinar el titular de la acción del Estado, la toma de decisiones se hace cada vez más compleja. Más allá de las modalidades de acción jurídico-política descritas al final del apartado cuarto, y que implican una contradicción en muchas ocasiones con la realidad derivada de un mundo globalizado, las cuestiones que se deben tener en cuenta para mejorar su eficacia son: la determinación de un orden de prioridades, que adapte la escasez de recursos a los problemas más graves; la optimización en la combinación de los fondos públicos y privados; la simplificación de los procedimientos; y la aclaración de las responsabilidades de cada parte, ampliando la participación a escala regional y local, involucrando a los interlocutores sociales y manteniendo la flexibilidad para responder a las nuevas situaciones (Eekelaar, 1984: 9 y ss.; Vandamee, 1984).<sup>4</sup>

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAUD, André-Jean, 1991, *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France.
- ATIENZA, Manuel, 2004, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- AUBY, Jean-Bernard, 2002, "Globalisation en droit public", *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 14, núm. 3.

<sup>3</sup> Por otro lado, estas ideas se complementan en Arnaud (1991) y Delmas-Marty (1989).

<sup>4</sup> En concreto, desde el punto de vista del Estado social y democrático de derecho, *cf.* Cascajo (1992).

- BARCELLONA, Pietro, 2006, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2004, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGÓN, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2008, “¿Democracia más allá del Estado?”, *Isonomía*, núm. 28.
- BELLOSO, Nuria, 2013, “Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas transnacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 28.
- BOBBIO, Norberto, 1990, “La función promocional del derecho”, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate.
- BOBBIO, Norberto, 1995, “Justicia, validez y eficacia”, *Teoría general del derecho*, trad. de Roza Acuña, Madrid, Debate.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, 1993, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- BRENNAN, Geoffrey y HAMLIN, Alan, 2000, *Democratic Devices and Desires*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CABALLERO, Francisco Javier, 2000, “Globalización, Estado y derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII.
- CABO, Carlos de, 2000, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta.
- CAPELLA, Juan Ramón, 1999, “Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemas generales”, *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- CAPELLA, Juan Ramón, 2005, “La globalización ante una encrucijada político-jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* “Derecho y justicia en una sociedad global”, vol. 39.
- CAPELLA, Juan Ramón, 2008, *Fruta prohibida. Aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta.
- CARRILLO, Juan Antonio, 2003, “Globalización y orden internacional”, en ORTEGA, J. M. y CUENCA, J. I. (coords.), *Globalización y derecho. Reflexiones desde el Seminario de Estudios Internacionales*, La Mancha, Universidad de Castilla.

- CASCAJO, José Luis, 1992, “La voz «Estado social y democrático de derecho»: materiales para un léxico constitucional español”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12.
- COSSÍO, Juan Ramón, 1989, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DELMAS-MARTY, Mireille, 1989, *Raissonner la raison d’État vers une Europe des droits de l’homme*, París, Presses Universitaires de France.
- DONATI, Pierpaolo, 1990, “I diritti-doveri dei mondi vitali: l’Europa delle famiglie”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXVII, núm. 1.
- EKELAAR, John, 1984, *Family Law and Social Policy*, Londres, Weindenfeld and Nicholson.
- FARIA, José Eduardo, 2004, *El derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2001, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17.
- FERRAJOLI, Luigi, 2004, *Razones jurídicas del pacifismo*, trad. de G. Pisarello, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2005, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez “Derecho y justicia en una sociedad global”*, núm. 39.
- FERRAJOLI, Luigi, 2006, “Criminalidad y globalización”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 39.
- FERRAJOLI, Luigi, 2010, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2016, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, Madrid, Trotta.
- GARRIDO, M. Isabel, 1994, “El principio de autonomía privada en el sistema económico constitucional”, *El sistema económico en la Constitución Española*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia.
- GARRIDO, M. Isabel, 2010, *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- GAXIE, Daniel, 2003, *La démocratie représentative*, París, Montchrestien.
- GOERTZ, Gary y DIEHL, Paul, 1992, “Toward a Theory of International Norms: Some Conceptual and Measurement Issues”, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 36, núm. 4.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, 2004, “Los límites de los derechos fundamentales”, en BETEGÓN, Jesús *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- HABERMAS, Jürgen, 2005, “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez “Derecho y justicia en una sociedad global”*, vol. 39.
- JAYASURIYA, Kanishka, 1999, “Globalization, Law and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 6.
- JESSUP, Philip, 1956, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press.
- LAPORTA, Francisco, 2007, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- LAVEAGA, Gerardo, 2000, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, 1999, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, 2004, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto, 1976, *Law in Modern Society. Towards a Criticism in Social Theory*, Nueva York, The Free Press.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto, 1996, *What Should Legal Analysis Become?*, Nueva York, Verso.
- MARCILLA, Gema, 2005a, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARCILLA, Gema, 2005b, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, núm. 28.
- MARCILLA, Gema, 2008, “Notas sobre globalización y cultura democrática”, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV, Madrid, Dykinson.
- MCGREW, Anthony, 1993, “Global Politics in a Transnational Era”, en MCGREW, Anthony G. y LEWIS, Paul G. (coords.), *Global Politics, Globalization and the Nation-State*, Cambridge, Polity Press.
- MERCADO, Pedro, 1999, “El «Estado comercial abierto»: la forma de gobierno de una economía desterritorializada”, *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- MERCADO, Pedro, 2005, “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en CAPELLA, Juan Ramón (coord.), *Globalización y derecho*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 779-798.

- MIGUEL, Íñigo de, 2008, *El poder en la era de la globalización*, Granada, Comares.
- MORA, Juan José, 2004, “Introducción”, en BARBER, Benjamin, *Democracia fuerte. Política participativa para una nueva época*, Córdoba, Almuzara.
- MORTATI, Constantino, 1972, “Principi fondamentali e strutture dell’ordinamento costituzionale”, *Raccolta di scritti*, Milán, Constantino Morati.
- OLIVAS, Enrique, 2004, *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Madrid, Reus.
- OLIVAS, Enrique, 2005, “Globalización y crisis de legitimación del Estado democrático”, *La globalización y la crisis de los derechos*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, 2000, *Curso de teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- PECES-BARBA, Gregorio, 1999, “Los derechos económicos, sociales y culturales: apunte para la formación histórica y su concepto”, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson.
- PECES-BARBA, Gregorio, 2004, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., 1999, “El nuevo derecho internacional: la cuestión de la indeterminación y la cuestión de la injerencia”, en CAPELLA, Juan Ramón (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, 1999, “Derecho internacional y globalización”, *Isonomía*, núm. 11.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, 1998, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de C. Bernal y M. García Villegas, Bogotá, Siglo del Hombre-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes Ediciones Uniandes.
- SANZ BURGOS, Raúl, 2005, “Notas sobre la política en la era de la globalización”, *La globalización y la crisis de los derechos*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- SHELTON, Dinah L. (ed.), 2000, *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press.
- STEGER, Manfred, 2003, *Globalization: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press.

- VANDAMME, Jacques (dir.), 1984, *Pour une nouvelle politique sociale en Europe*, París, Económica.
- ZAPATERO, Pablo, 2007, “Economía de mercado y derechos humanos. Un estudio sobre la interdependencia de las normas”, *Derechos y Libertades*, núm. 16.

## LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA COMPLEJA RELACIÓN\*

### *BINDING CASE LAW AND PRINCIPLE OF LEGALITY IN MEXICO: A COMPLEX RELATIONSHIP*

Sandra GÓMORA JUÁREZ\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo sostiene que la trascendental reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, a la que se hace referencia como “el cambio de paradigma” en México, es incapaz, por sí misma, de sortear todos los obstáculos de un orden jurídico cuyas prácticas permanecen ancladas al siglo XIX. Por ello, este trabajo analiza nuestra concepción de legalidad en materia administrativa, y sugiere transitar a una legalidad más robusta, al tiempo que invita a repensar la configuración de nuestra jurisprudencia, mecanismos todos ellos para coadyuvar a una efectiva protección de derechos humanos en México.

**ABSTRACT:** *This article argues that the momentous constitutional reform of 2011 in the field of human rights, which is referred to as “the paradigm shift” in Mexico, is unable by itself to overcome all the obstacles of a legal order whose practices remain anchored to the 19th century. Therefore, this paper analyzes our conception of legality in administrative matters and suggests moving to a more robust legality while inviting us to rethink the configuration of binding case law. These mechanisms will contribute to an effective protection of human rights in Mexico.*

**Keywords:** *Principle of Legality, Case Law, Human Rights, Administrative Authority.*

**Palabras clave:** legalidad, jurisprudencia, derechos humanos, autoridad administrativa.

---

\* Artículo recibido el 23 de enero de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de agosto de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-9164-6194. Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el campo de filosofía y teoría del derecho; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) y directora de *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, del propio Instituto. Correo electrónico: [sgomoraj@unam.mx](mailto:sgomoraj@unam.mx).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de legalidad y el sistema jurídico mexicano*. III. *La jurisprudencia mexicana y la naturaleza del precedente judicial*. IV. *Del principio de legalidad administrativa*. V. *Hacia una legalidad robusta*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

En México, en el discurso jurídico solemos identificar las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 como constitutivas de un “cambio de paradigma” en la manera en que se concebían y protegían los derechos humanos. Efectivamente, la llegada de tales reformas constitucionales fue disruptiva y extraordinaria porque, a partir de su irrupción en el orden constitucional mexicano, los derechos humanos comenzaron a ser considerados como parámetros de validez constitucional de toda actuación de autoridad.

No obstante, esta reforma vanguardista y progresista carece de la capacidad de sortear por sí misma todos los obstáculos que plantea un orden jurídico, cuyas prácticas e instituciones jurídicas permanecen ancladas al siglo XIX. A pesar de la modificación constitucional y la progresiva incorporación judicial al orden jurídico de los mandatos constitucionales sobre derechos humanos, no se advierten grandes avances en los órganos de la administración pública en la materia.

Sostendré que la transición plena del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho no podrá concretarse hasta en tanto los operadores y las instituciones con que se ha de materializar el cambio de paradigma en México —como es el caso de la jurisprudencia y el principio de legalidad— se conciben en términos de lo que este modelo requiere, lo cual hasta ahora no ha ocurrido, ya que, a siete años de distancia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, su aplicación, operación e impacto siguen siendo muy limitados.

Sugeriré que, tanto la concepción que mantenemos acerca de la legalidad de las autoridades administrativas, como la configuración actual de nuestra jurisprudencia (creada y pensada como institución del siglo XIX) son insuficientes para afrontar y atender los retos que el país enfrenta hoy en materia de derechos humanos. Esta situación nos plantea la necesidad de repensar nuestra propia concepción de legalidad —para considerar una



concepción más robusta—, así como los elementos formales que caracterizan a la jurisprudencia mexicana —comenzando por su alcance— a la luz de las obligaciones internacionales del Estado mexicano en la materia.

## II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Es innegable que el Estado de derecho ha sido una noción central en la historia moderna del Estado y del derecho mismos, desde su origen —a finales del siglo XVIII— hasta nuestros días ha sido el eje fundamental de configuración de los Estados modernos, que marcó un cambio de paradigma de seguridad y protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad imperante (García Ricci, 2011: 21-22).

En tal sentido, el principio de legalidad está ligado ineludiblemente al Estado moderno y ha desempeñado la importante función, no sólo de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también de limitar la actividad punitiva del Estado (Bergalli, 1998: 59).

En los inicios del Estado de derecho se revalorizó la ley y su papel como el elemento para eliminar las arbitrariedades, de modo que jugó un papel central aun cuando se trataba de una legalidad puramente formal, según la cual nadie está por encima de la ley (García Ricci, 2011: 37; Vignolo, 2011: 788).

Con su surgimiento, a las Constituciones se les concibió como el instrumento para sujetar el Estado al derecho, pero además adoptaron (en su parte dogmática) la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por lo que entre sus tareas se agregó la de garantizar los derechos humanos (García Ricci, 2011: 31 y 36).

Esta configuración permitió brindar certeza al ciudadano al saber que los órganos estatales sólo pueden actuar con fundamento en algún precepto legal. Hans Kelsen explicó claramente la sustancia de esta noción al referirse a la distinción entre un individuo que es parte de la administración pública y uno que no lo es: “Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar” (Kelsen, 1979: 313).

Sin embargo, el Estado liberal de derecho, con su desarrollo de legalidad, no fue suficiente para limitar la arbitrariedad —como atestiguó el siglo XX— ya que las leyes se pueden modificar para permitir legalmente la actuación arbitraria. Se hizo preciso considerar entonces, la posibilidad de que el Estado de derecho incluyera un contenido material complementario, que ordenara la actividad estatal (Vignolo, 2011: 790), de modo que, para evitar las funestas consecuencias de la manipulación del derecho, se encontró una nueva fórmula jurídica en la que todas las leyes debían adaptarse a la Constitución, pasando así, del Estado liberal de derecho al Estado constitucional de derecho (García Ricci, 2011: 40).

El tránsito al Estado constitucional de derecho recogió, como nuevo requisito de validez de las leyes, su adecuación al contenido de la Constitución, que es la ley suprema del propio Estado. Se incorporaron nuevos elementos al Estado constitucional de derecho que le dan su configuración actual: la supremacía de los derechos fundamentales sobre las leyes y actos estatales de autoridad, así como la incorporación de un sistema de justicia constitucional para garantizarlos (Ferrer, 2018: 664; García Ricci, 2011: 40-42).

Con la elaboración de documentos internacionales que recogieran los derechos a manera de estándar internacional con órganos de supervisión y control, dio inicio el proceso de *internacionalización del derecho constitucional* de los derechos humanos (Ferrer, 2018: 665). La incorporación en el ámbito interno de los Estados de ese derecho internacional de los derechos humanos, se ha llevado a cabo de diversas maneras con fórmulas que han permitido ahora el proceso inverso de *constitucionalización del derecho internacional* de los derechos humanos (Ferrer, 2018: 664-671).

Tal ha sido la travesía y configuración de la mayoría de los Estados modernos, y el caso mexicano no es la excepción. Actualmente, la Constitución mexicana recoge de manera formal todas las anteriores características para otorgarle la etiqueta de Estado constitucional de derecho, que a su vez reflejan el principio de legalidad al que se sujeta el Estado.

El contenido de la Constitución mexicana refleja que hay supremacía constitucional (artículo 133); existe división de poderes (artículo 49), el Congreso de la Unión emite las leyes conforme a un procedimiento previamente establecido (artículos 71-73); los actos de autoridad se deben sujetar a la Constitución y el juicio de amparo protege los derechos de los ciudadanos de posibles violaciones (artículos 103 y 107); hay control judi-

cial de la constitucionalidad de los actos de autoridad (artículo 105); está prohibida la retroactividad de la ley; existe el derecho al debido proceso; persiste la exacta aplicación de la ley en materia penal y aplicación conforme a la ley o su interpretación en materia civil (artículo 14) y, finalmente, se contemplan los requisitos de los actos de autoridad (artículo 16) (Salazar, 1998: 201).

Además de contener los derechos antes señalados en la parte dogmática, gracias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Adicionalmente, establece que las normas jurídicas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales y que todas las autoridades locales en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Por ello es que sigue vigente la reflexión que hiciera hace dos décadas Pedro Salazar, cuando sostenía que el aspecto dinámico del sistema legal mexicano no logra ser garantía de seguridad y certeza jurídicas (Salazar, 1998: 200). Si bien, el objetivo de la observación en el momento actual se dirige a llamar la atención en torno a la necesidad de una concepción más amplia del principio de legalidad (inherente al Estado de derecho), que ya desde entonces Salazar vislumbraba, es ineludible que hoy en día la efectiva aplicación de normas jurídicas a casos concretos se mire en un contexto ampliado, distinto y más complejo de aquel en el que se concibió.

### III. LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y LA NATURALEZA DEL PRECEDENTE JUDICIAL

#### 1. *La jurisprudencia mexicana*

En México, hablar de jurisprudencia nos remite a los criterios interpretativos contenidos en las sentencias judiciales de los tribunales autorizados para ello por la Ley de Amparo, pensemos en las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los plenos de circuito y los tribunales colegia-

dos de circuito. Cuando se habla de precedentes, se hace referencia a los criterios interpretativos aislados, contenidos en las sentencias judiciales de los tribunales autorizados para ello, que aún no cumplen el número de reiteraciones necesarias para formar jurisprudencia.

Aunque algunas Constituciones de las entidades federativas facultan al pleno de los tribunales superiores de justicia para crear su propia jurisprudencia sobre legislación local, lo cierto es que los sistemas de creación de jurisprudencia estatales son débiles y sus criterios son poco citados, pues recordemos que los tribunales locales están obligados por la jurisprudencia federal. En lo que sigue, me referiré a *la jurisprudencia* para hablar solamente de aquella que establecen los tribunales federales autorizados.

La jurisprudencia, pues, contiene criterios interpretativos que los tribunales establecen en la aplicación e interpretación del contenido jurídico normativo vigente, que incluye también normas jurídicas convencionales de los que México es parte. Dichos criterios se originan gracias a que los particulares someten sus demandas al examen de los órganos judiciales para que resuelvan, que en los casos parcialmente determinados, requieren un ejercicio interpretativo que permita concretar, delinear y dotar de contenido a ciertos derechos y normas jurídicas en contextos específicos.

Esta labor permite materializar y hacer efectivo el ejercicio de los derechos cuya enunciación permanece en términos abstractos en las diferentes normas jurídicas, además de que su divulgación sistematizada "... responde a la necesidad social de conocerla, y, en esa medida, allegar la información mínima que permita la tarea de fiscalización ciudadana sobre el tribunal constitucional" (Herrera, 2015: 17).

Existen diversos sistemas de creación jurisprudencial en México, es decir, formas a través de las cuales se generan los criterios autoritativos; sin embargo, un rasgo característico de la jurisprudencia que ha permanecido con ella desde su origen es que estos criterios interpretativos son de aplicación obligatoria para las autoridades judiciales federales y locales únicamente.

Este rasgo en sí mismo no debería sorprendernos, dado que se trata de una institución que surgió en el contexto del siglo XIX en el que el principio de "división de poderes" era el centro de atención primario. Lo que sí debería sorprendernos es la falta de reflexión crítica con relación a su configuración, particularmente con su alcance, cuando en pleno siglo XXI, en un contexto distinto que demanda al Estado mexicano resultados par-

ticulares, éste no ha sido capaz de dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos.

## 2. Origen y configuración de la jurisprudencia mexicana

Es sabido que el origen de la jurisprudencia mexicana está ligado al juicio de amparo. El contexto histórico promovió que ambas instituciones se dieran sustento mutuo, pues

... paulatinamente las sentencias constitucionales contribuyeron a moldear y desarrollar el juicio de amparo, aclarando muchísimos de sus aspectos procesales, de tal suerte que, así como la jurisprudencia surge de éste, también incide en él, por lo cual se puede afirmar que estamos en presencia de una evolución donde se dan influencias recíprocas.<sup>1</sup>

Este pasaje permite dimensionar la centralidad e importancia que ambas instituciones tuvieron en el contexto histórico mexicano y cuyo impacto ha trascendido hasta nuestros días.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 4 de octubre de 1824, fue el primer documento con vigencia eficaz en el México independiente, que a su vez revistió una singular importancia, pues fue la primera que estableció de manera efectiva un sistema judicial estructurado constitucionalmente (Fix-Zamudio y Cossío, 2003: 113-114).

Con la Constitución liberal de 1857, se estableció definitivamente en los artículos 101 y 102, el derecho de amparo por un medio de control constitucional contra leyes o actos de las autoridades que violaran las garantías individuales, o bien, restringieran la soberanía de los estados. Es de mencionar que, la aplicación del amparo fue efectiva hasta 1861, debido a los problemas bélicos que enfrentaba el país y a la falta de procedimientos idóneos para su aplicación, principalmente (Acosta, 1998: 22).

---

<sup>1</sup> Lucio Cabrera (2002: 231-233) advierte que el surgimiento de la jurisprudencia en México y sus influencias recíprocas con el juicio de amparo se debieron principalmente a tres circunstancias: 1) que las sentencias federales de amparo gozaban de mayor prestigio que las emitidas por tribunales comunes; 2) que se requería revestir de mayor certidumbre y seguridad jurídicas a las decisiones de los tribunales federales, lo cual se lograría obligándolos a sostener sus criterios, y 3) que se requería remediar los constantes cambios de opinión que generaba la constante movilidad de ministros durante el porfiriato. Así es como la jurisprudencia nació ligada al amparo y a las sentencias constitucionales.

En la práctica judicial y ante la falta de reglas procesales adecuadas, los jueces fueron definiendo los aspectos procesales que, aún hoy, definen al juicio de amparo, pues los propios juzgadores fueron sentando las bases de lo que más adelante configuraría las características esenciales del juicio de amparo (Acosta, 1998: 22-23).

La Constitución de 1857 ya estipulaba que las sentencias se debían publicar en un periódico, mismo que fue creado por el entonces presidente de la República, Benito Juárez García, mediante decreto el 8 de diciembre de 1870. Dicho periódico, creado para la publicación de las sentencias definitivas (de 1867 en adelante) de los tribunales federales, llevó el nombre de *Semanario Judicial de la Federación* (Guerrero, 1984: 12).

Durante la vigencia de la Constitución de 1857, se expidió en noviembre de 1861, la ley orgánica de los artículos 101 y 102 constitucionales, es decir, la primera Ley de Amparo. Ante la necesidad de subsanar las deficiencias de esta Ley —de las que, el maestro Burgoa opina, eran inevitables por tratarse del primer ensayo de organización y reglamentación de una nueva institución (Burgoa, 2004: 137)—, como las imperfectas normas procedimentales, los múltiples criterios de interpretación y los alcances del nuevo juicio. Años después, el 30 de octubre de 1868, Ignacio Mariscal, entonces ministro de Justicia, presentaría una iniciativa de Ley de Amparo.

La iniciativa presentada por Ignacio Mariscal fue aprobada —después de intensos debates— el 19 de enero de 1869, y promulgada el día siguiente con el título de Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo (SCJN, 2005: 58). Dos importantes aportaciones se derivaron de esta Ley con relación a la jurisprudencia: la publicación de las sentencias de amparo y la determinación de la cualidad de que los criterios vertidos en las sentencias se convirtieran en obligatorios para otros órganos jurisdiccionales.

La gran diversidad de criterios surgidos de la interpretación de la Constitución por parte de los jueces de distrito provocó la necesidad de implantar la fórmula (traída del *common law*), según la cual, las decisiones de los órganos superiores se constituyen como obligatorias para los órganos inferiores. Esta medida contribuyó a evitar que la Constitución fuera interpretada en sentidos opuestos y propició la unificación de criterios al erigirse la Suprema Corte como la responsable de la interpretación constitucional (Cabrera, 2002: 238, 239, 241 y 242).

Tiempo después, nuevamente se buscó reformar la Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo de 1869. De las propuestas plantea-

das, se aprobó la iniciativa presentada en 1881, por el ministro de Justicia, Ezequiel Montes, la cual estuvo inspirada por el pensamiento de Ignacio L. Vallarta, e influenciada de manera indirecta por el pensamiento de Ignacio Mariscal.

Mariscal consideraba que las sentencias de amparo alcanzaban un doble propósito: el primero, resolver el caso concreto, y el segundo, interpretar el derecho público y constitucional. Por su parte, Ignacio Vallarta, consideraba que tales fines sólo se podrían alcanzar mediante el pronunciamiento de cinco sentencias consecutivas en el mismo sentido (SCJN, 2005: 63).

Así fue como en la Ley de Amparo de 1882<sup>2</sup> apareció formalmente la jurisprudencia en el derecho positivo, pues en ella se estableció la obligatoriedad de la interpretación fijada por la Corte en cinco ejecutorias, y se estipuló que las sentencias de la Suprema Corte debían estar fundadas. Si bien es cierto que desde 1870 surgió el *Semanario Judicial de la Federación*, también lo es que las sentencias publicadas antes del *Semanario*, no tenían las características propias que la institución tiene actualmente.

Más adelante, la promulgación de la Constitución de 1917 marcó el rumbo de la jurisprudencia, pues al cambiar la norma fundamental, aquella emitida bajo las normas constitucionales de 1857 quedó inoperante. A partir de ese momento, debía comenzar a crearse la jurisprudencia aplicable, bajo las normas constitucionales vigentes.

Con la Constitución de 1917 se expidió una nueva Ley de Amparo (en 1919), que ampliaba el ámbito competencial para emitir jurisprudencia, cuya esfera de obligatoriedad se extendía ahora también a los tribunales de los estados (SCJN, 2005: 47).

La jurisprudencia fue elevada a rango constitucional con las reformas a la ley fundamental del 19 de febrero de 1951, en las que, por primera vez, la Constitución Política la menciona (Acosta, 1998: 48). Además, las reformas incluyeron aspectos relacionados con la resolución de tesis contradictorias y con las modificaciones de los artículos relativos a su formación, modificación y obligatoriedad.

Hubo nuevas reformas constitucionales en 1967, relativas a la concurrencia de la Corte y los tribunales colegiados para conocer asuntos y

---

<sup>2</sup> Aprobada el 8 y 11 de noviembre de 1882 por las cámaras de Diputados y de Senadores, respectivamente (Cabrera, 2002: 246-247).

cuestiones de legalidad; la separación de la competencia por materia, cuantía, grado, trascendencia, entre otros. Aunque resulta importante subrayar que la emisión de jurisprudencia obligatoria seguía siendo facultad sólo de la Suprema Corte y que la interpretación jurisprudencial abarcó tanto leyes como reglamentos locales.<sup>3</sup>

Con el establecimiento de las facultades jurisprudenciales de los tribunales colegiados, terminó la Sexta Época y comenzó la Séptima Época del *Semanario Judicial de la Federación*. En 1987, nuevamente hubo modificaciones a la Ley de Amparo, entrando en vigor en 1988, por las que se concedió el total control de la legalidad a los tribunales colegiados de circuito. Aun así, la Suprema Corte decidió mantener el criterio con relación a la resolución de contradicciones de tesis.

En 1994, la Constitución fue modificada nuevamente sobre aspectos fundamentales como: la estructura de la Corte, régimen de los ministros, nueva competencia constitucional de la Corte y el Consejo de la Judicatura, entre otras (Hernández, 2008: 279; Valencia, 1995: 414). El Pleno de la Corte, se volvió a integrar con once ministros, a fin de facilitar la deliberación y propiciar la interpretación coherente; la duración de su encargo se estableció de quince años máximo (sin perder la inamovilidad); se estableció la competencia exclusiva de la SCJN para conocer de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; y para aliviar la carga de trabajo administrativo del Poder Judicial se creó el Consejo de la Judicatura Federal (Cabrera, 2002: 255-261).

Posteriormente, la Ley de Amparo fue reformada en 1999, habilitando a la Corte para emitir *acuerdos generales* con el propósito de decidir qué asuntos conocería y cuáles remitiría a los tribunales colegiados. Nuevamente, en junio de 2000, se reformó la citada ley en lo relativo a la actual integración de la Suprema Corte, los requisitos para establecer jurisprudencia, determinar su interrupción y la terminación de su obligatoriedad (SCJN, 2005: 88).

La más reciente reforma a la Constitución, en junio de 2011, introdujo modificaciones relacionadas con la jurisprudencia, a saber, se crean los plenos de circuito para establecer criterios interpretativos, junto con los requi-

---

<sup>3</sup> A partir de la reforma aludida, se facultó expresamente a la Suprema Corte para establecer jurisprudencia sobre leyes y reglamentos federales o locales, además de la Constitución Política (Castro, 1971: 40).



sitos de su interrupción y sustitución. No obstante, la “fórmula Otero” tan característica del amparo mexicano, el número de reiteraciones y el alcance de la jurisprudencia nunca han sido revaluados, sino que tales rasgos han sido constantes desde el siglo XIX hasta nuestros días.<sup>4</sup>

### 3. *La naturaleza e importancia del precedente judicial*

El precedente judicial, referido a las sentencias —más propiamente, a los razonamientos contenidos en ella— de tribunales judiciales en un sistema jurídico con fuerza autoritativa que muestra a otros tribunales la forma de resolver controversias en casos semejantes, es una institución central en los sistemas jurídicos contemporáneos.

La práctica de confiar en la labor previa de tribunales autorizados, esto es, en los razonamientos previos que generan soluciones a cuestiones jurídicas que no encontraban una respuesta en el ordenamiento jurídico vigente por la razón que fuera, ha sido constante en diversos países, si bien con diversos matices.

Gradualmente hemos transitado (en los sistemas jurídicos de derecho escrito) hacia una conciencia de que la labor interpretativa judicial permite mantener actualizado al sistema jurídico en las diferentes ramas del derecho, que permite, además, delinear y asignar contenidos que las leyes no especifican o dejan abiertos para su aplicación, y que permite también dotar de significado y alcance a los derechos humanos en el contexto de los sistemas jurídicos particulares, lo cual no es labor fácil.

En ese proceso de descubrimiento, de manera especialmente destacada, ha sido la judicatura la responsable de impulsar los cambios y modificaciones más urgentes y trascendentales en la manera de aproximarse y entender las verdaderas dimensiones de los derechos humanos en el Estado mexicano. Mediante diversas sentencias relevantes la judicatura ha ido marcando la pauta de desarrollos jurisprudenciales cada vez más sólidos y protectores.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Con excepción del actual artículo 107 constitucional que delinea la declaración general de inconstitucionalidad de una norma general.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, el importante desarrollo elaborado en el amparo directo civil 6/2008 y la jurisprudencia derivada en el que la SCJN (de México) tuvo ocasión de analizar la solicitud y características de la rectificación de acta de nacimiento de una persona por cambio de sexo. Hasta ese momento, la legislación aplicable no contemplaba la po-

Desde la sede judicial se ha interpretado gradualmente el derecho mexicano con lecturas cada vez más amplias e incluyentes que permiten ir atendiendo los diversos aspectos de las interacciones sociales que las leyes no contemplan plenamente y que, difícilmente, obtendrán atención efectiva en sede legislativa. Por ello, es de la mayor importancia el desarrollo jurisprudencial, así como el análisis en torno al mismo, pues los órganos jurisdiccionales tienen en sus manos la atribución permanente de asignar significados para casos presentes y futuros en el derecho.

En esa misma línea se reconoce la importancia del papel de los criterios interpretativos autoritativos en el marco de la argumentación en sede judicial ante el conflicto entre derechos. De tal envergadura es la jurisprudencia que se afirma, que incluso el ejercicio de la proporcionalidad en la práctica constitucional no sería plausible sin precedentes (reglas-resultado de la ponderación) (Clérico, 2015: 77).

Al argumentar a favor de un modelo de ponderación orientado por reglas, Laura Clérico establece que la jurisprudencia contiene parte de las reglas que orientan a la ponderación,<sup>6</sup> que se manifiestan como una red de “mandatos de consideración” que ayudan a determinar la intensidad y peso de la restricción de derechos. En concreto, la jurisprudencia proporciona la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes, proporcionando así, soluciones para futuros casos o mostrando el sentido que debe tomar la justificación de la solución (Clérico, 2015: 94).<sup>7</sup>

---

sibilidad de rectificación de acta en esas circunstancias. El tribunal autoritativo hizo una interpretación en la que no sólo analizó las normas jurídicas parcialmente aplicables, sino que incluso avanzó explicaciones y respuestas antes no contempladas por el derecho, como producto del análisis del caso. Además, este análisis se realizó con anterioridad a la reforma de 2011 en materia de derechos humanos (SCJN, 2007, Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la Facultad de atracción 3/2008-PS).

<sup>6</sup> Las reglas extraídas de la conjunción de los siguientes elementos proporcionan previsibilidad procedimental a la práctica argumentativa de la ponderación: *a)* el discurso jurisprudencial concreto sobre resolución de conflictos de derechos; *b)* la dogmática constitucional sobre teoría de los derechos, y *c)* las herramientas argumentativas que surgen de los avances que se dan en la teoría del derecho (Clérico, 2015: 89-90).

<sup>7</sup> Existe una semejanza en las posiciones de Clérico y las mías, en cuanto a la idea de que las interpretaciones posibles, que el tribunal puede intentar, están limitadas por el material jurídico existente, y no son, por tanto, infinitas o arbitrarias. Para un desarrollo más detallado de este argumento, véase Gómora-Juárez (2018).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

Así pues, otra de las valiosas aportaciones de la jurisprudencia se lee desde la solución de casos constitucionales que implican colisiones de derechos; aquí, el marco que provee la determinación del peso abstracto y la intensidad de restricción de los derechos en conflicto está dado precisamente por esta institución.

Es central no perder de vista que la relevancia —llamémosla “interna”— de la jurisprudencia en el proceso de argumentación trasciende la propia esfera judicial ya que, si bien es muy importante en el proceso de solución de controversias en sede judicial, los criterios o soluciones que contiene moldean nuestra práctica jurídica.

En tal sentido, es interesante advertir que la nueva Ley de Amparo reconoce tres sistemas de creación de jurisprudencia:<sup>8</sup> por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución (Ley de Amparo, 2013: artículos 215-230). A través de estos sistemas es posible crearla, por lo que, una vez satisfechos los requisitos formales de creación se cuenta con criterios de aplicación obligatoria que, en el contexto mexicano y dada su publicidad, es posible conocer y aplicar a los casos semejantes. No obstante, esta obligación de “conocer y aplicar” jurisprudencia está restringida a los órganos judiciales, aun cuando ésta se considera una fuente del derecho mexicano.

Al respecto, es evidente que en nuestro sistema jurídico se ha ignorado o demeritado durante mucho tiempo el papel que tiene la jurisprudencia debido a que tenemos un sistema de derecho codificado. Tal afirmación se ha esgrimido como si se tratara de un argumento absoluto e irrefutable de configuración de la institución, a la luz del cual hemos observado el papel de la jurisprudencia y el precedente con la lente del más estricto legalismo, según fue concebido en sus orígenes.

Sin embargo, ya no es posible negar la centralidad que los criterios interpretativos, emanados de los tribunales autorizados, tienen en la actualidad del derecho mexicano en pleno siglo XXI, particularmente en materia constitucional y sobre derechos humanos, de manera transversal. Esta realidad nos urge a repensar el papel de la jurisprudencia mexicana en el contexto jurídico actual.

---

<sup>8</sup> En este trabajo me refiero a la jurisprudencia creada mediante alguno de estos sistemas como resultado de las sentencias de amparo.

#### IV. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

El planteamiento originario del principio de legalidad administrativa postulaba la creación de “la administración”<sup>9</sup> como una entidad abstracta cuyos actos no procedían de un soberano, sino de esta entidad sometida a la ley. En este sentido, la administración no podía actuar con propia autoridad, sino al amparo de la autoridad de la ley como expresión legítima de la voluntad de la comunidad (García de Enterría, 1974: 442-443). De ahí que, históricamente, la creación de la administración y el principio de legalidad significaran un cambio radical en la concepción del sistema jurídico.

Siguiendo la concepción originaria del principio de legalidad de la administración pública, ésta se encuentra sujeta a la ley que establece y acota su actuación. Así, el principio de legalidad implica la sujeción plena de la administración pública a la ley que, al proveerle de un marco jurídico, la habilita para actuar y define los límites de dicha actuación a través de la concesión de potestades (García de Enterría, 1974: 449; Rubio, 1993: 21-22). Los particulares, en contraposición, están sujetos a los efectos jurídicos que producen dichas potestades, que pueden ser ventajosos o desventajosos (García de Enterría, 1974: 451).

Al respecto, si bien es cierto que la legalidad administrativa implica la sujeción de los órganos de la administración pública a la ley, también lo es que la legalidad implica el sometimiento de la propia ley a la Constitución, lo cual determina su propia validez. García de Enterría lo llamó “sometimiento al sistema de valores materiales que la Constitución proclama”, lo cual implica que aquellos postulados explícitos de la Constitución, como principios básicos y derechos humanos, han de impregnar la aplicación de la legislación que abreva de y es portadora de ese sistema de valores (García de Enterría, 1984: 14-15).

De modo que “...la ley no se limita a hacer posible una actuación del gobierno que sin ella no lo sería, sino que incide directamente sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, [y con ello] ha de tener necesariamente una estructura material determinada...” (Rubio, 1993: 33). De lo que se trata es de “volver a una categoría básica del Estado de derecho, cuya sustancia es precisamente la garantía de la libertad” (Rubio, 1993: 33).

<sup>9</sup> Una de las funciones del poder público es la función ejecutiva, que se lleva a cabo a través de la administración pública, entendida como la “organización que tiene a su cargo la dirección y gestión de los negocios estatales ordinarios”, es también la actividad que desarrollan los órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines (Márquez, 2005: 53-54).

En tal sentido, tanto García de Enterría (1984: 20) como Rubio Llorente (1993: 29-30) coinciden al advertir que, en el marco de un sistema constitucional, la ley no puede pensarse sólo en su sentido formal —como una simple autorización a la administración pública concedida por el legislador—, sino también ha de pensarse en su aspecto material, so pena de no cubrir las exigencias constitucionales de un sistema material de valores.

Ahora bien, la labor de la rama administrativa del Estado es central para la ejecución de las normas jurídicas y la conducción del propio Estado, de ahí la importancia de insistir en el análisis de sus actos. Hemos de tener en cuenta que la autoridad administrativa emite actos administrativos que son en sí mismos jurídicos y unilaterales en el ejercicio de su potestad, cuya consecuencia es crear, reconocer, modificar, transmitir o extinguir una situación jurídica subjetiva, pero cuya finalidad última es la satisfacción del interés general (Serra, 1998: 238).

Lo cierto es que, aunque el acto administrativo es unilateral y su emisión goza de una presunción de validez por razones prácticas, ésta no es absoluta y no es razonable admitir —en el contexto constitucional en que nos encontramos— que los actos administrativos descansen en la aplicación ciega de la ley sin tomar en consideración la riqueza de la jurisprudencia que versa sobre esa misma ley (Palomo, 2015: 47-59).

La limitación del actuar de los órganos administrativos tiene una justificación que radica en la protección de la esfera de los particulares de potenciales abusos y arbitrariedades, pero ¿qué ocurre si esa justificación deja de brindar sustento cuando la decisión del órgano administrativo amplía, promueve o fortalece el ejercicio de derechos del particular, mediante la aplicación de jurisprudencia? ¿Sería razonable considerar dicha actuación como una violación al principio de legalidad administrativa? Estos cuestionamientos serán estudiados con mayor detenimiento en las secciones siguientes.

### 1. *La relación principio de legalidad-jurisprudencia*

La revisión histórica acerca de la configuración de la jurisprudencia mexicana da testimonio de la forma en la que la legislación la ha regulado, y la doctrina la ha caracterizado y clasificado, con la tendencia permanente a concebir su vocación orientadora limitada al ámbito jurisdiccional, lo que nos lleva a hablar acerca de su relación con el principio de legalidad.

Podríamos decir que nuestra jurisprudencia no ha experimentado diversas “facetas” formales, sino que se ha mantenido prácticamente inalterada, casi indiferente al proceso de internacionalización del derecho constitucional y posterior constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. Esta circunstancia tiene por supuesto implicaciones importantes.

En México, como en otros países latinoamericanos de origen, se ha concedido, tanto en la legislación como en la doctrina, un papel muy limitado a la jurisprudencia como una fuente secundaria, incluso marginal, de derecho.<sup>10</sup> Tradicionalmente, se entendía la función de los tribunales como la mera aplicación mecánica de la ley, ya que todas las respuestas estaban ya contenidas en ella, con lo cual no se admitía que la actividad jurisdiccional desempeñara un papel distinto a la aplicación.

Sin embargo, tal concepción se fue erosionando y se vio rebasada por una realidad que discurre con una velocidad vertiginosa. El tiempo mostró que el discurso, según el cual las respuestas a todos los problemas están en la ley, era falso, lo que condujo a la necesidad de reconocer abierta, aunque gradualmente, el papel creador de la jurisprudencia, con lo cual en la práctica, “el principio de legalidad tuvo que ensancharse para admitir la llegada del poder complementador e innovador de la jurisprudencia” (López, 2015: 15).<sup>11</sup>

Hablar de la ampliación del principio de legalidad que concedió un papel más central a la jurisprudencia parecería inexacto ya que desde sus orígenes, la Constitución y la ley de amparo mexicana han reconocido la obligatoriedad de la jurisprudencia en el ámbito jurisdiccional, no obstante, en el discurso y la práctica se había negado sistemáticamente esa realidad relegando su papel al mínimo.

Esta ampliación a la noción de legalidad tuvo que operar en el nivel del discurso y la práctica, principalmente, ya que ni constitucional ni legalmente había obstáculo alguno para reconocer la importancia creadora de

---

<sup>10</sup> La experiencia colombiana es también un ejemplo de esto (López, 2015: 14).

<sup>11</sup> Si bien Medina describe así la situación colombiana, la explicación es perfectamente adecuada para el caso mexicano. En el marco de esta discusión resulta por demás interesante advertir el camino de transformación que ha seguido la jurisprudencia colombiana, el que la Corte Constitucional le ha dado tal fuerza que se considera que la jurisprudencia se ha fundido con el sentido de la norma de origen legal, de modo que el desconocimiento jurisprudencial puede ser también tratado como prevaricato en algunos casos (López, 2015: 23-24).

la jurisprudencia. La observación es importante en tanto nos advierte de una transformación fundamental en la comprensión del papel de la jurisprudencia mexicana en el marco del tránsito (y probablemente impulsado por éste) a un Estado constitucional de derecho.

Así pues, a pesar de las resistencias a admitir el papel dinámico de la jurisprudencia, estamos experimentando —en el plano práctico y discursivo, antes que en el legislativo— un cambio sustantivo respecto de la forma en que la concebimos, y su papel en el sistema jurídico, que se ha vuelto más palpable, en mi opinión, por la centralidad de los derechos humanos y la reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos en México.

La incorporación de los derechos humanos en las Constituciones son fuente de legitimidad y justificación de la acción política y jurídica de una comunidad, su reconocimiento a nivel constitucional funge como garantía de la importancia de tales derechos (opuesta al carácter legal ordinario) (Aguiló, 2003: 290). Dicho reconocimiento constitucional como límite condicionante a la interpretación y aplicación del derecho, sumado a la distribución formal de poder de los órganos estatales y los mecanismos de control de la constitucionalidad de leyes, ha dado paso al Estado constitucional de derecho (Atienza, 2004: 75).

Podemos incluso coincidir acerca de la gran importancia del “bloque de constitucionalidad” en México, que en sede judicial ha tenido un desarrollo formidable, dando cuenta así de la incorporación de los derechos humanos, de origen internacional, al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución mexicana, y participando incluso de la ampliación del bloque para recibir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ferrer, 2018: 671).

Sin embargo, el aparente tránsito que en la forma hemos llevado a cabo de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho no se ha concretado en lo sustantivo, pues la suscripción de dicha configuración no ha logrado que los órganos del Estado mexicano protejan y promuevan efectivamente los derechos humanos.<sup>12</sup> ¿Qué es entonces lo que hace falta para que esto ocurra si, en teoría, tenemos todos los elementos formales para consumir el tránsito a un Estado constitucional de derecho?

---

<sup>12</sup> Ya advertía Ferrer Mac-Gregor (2018: 664) que el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos y la posterior aparición del control de convencionalidad en el ámbito interamericano estaba generando repercusiones trascendentales para los Estados nación.

Si bien es cierto que la Constitución mexicana ha experimentado una transformación para recoger los elementos formales necesarios para dicho tránsito, también lo es que, en el sistema jurídico mexicano no ha ocurrido una revisión de otros elementos estructurales del sistema que deberían transitar y acompañar la implementación de estos rasgos del Estado constitucional de derecho.

Tengo en mente a la jurisprudencia de la SCJN<sup>13</sup> como uno de esos elementos estructurales sin el cual se advierte difícil el tránsito exitoso a un estado de cosas distinto. En el marco de esta constatación, cobra relevancia la relación de la jurisprudencia con el principio de legalidad, ya que formalmente y *de facto*, los órganos de la administración pública del Estado mexicano han mantenido y mantienen una adhesión absoluta (al menos en el discurso) a la más estricta legalidad de sus actos.

Esto por supuesto no es algo negativo en sí mismo, habría incluso quizá que celebrarlo; no obstante, dos circunstancias se derivan de la concepción liberal de legalidad que mantenemos:

- 1) Los órganos judiciales tienen una obligación directa y real de aplicar y actuar conforme al contenido de la jurisprudencia.
- 2) Los demás órganos del Estado deben actuar con estricto apego a la ley, por tanto, no están obligados a conocer o a aplicar jurisprudencia en el desempeño de sus funciones cotidianas.<sup>14</sup>

Las dos circunstancias previas nos conducen a preguntarnos acerca de quiénes son los destinatarios de la jurisprudencia. Idealmente, los destinatarios de la regla autoritativa serían todos aquellos cuya esfera se pudiera ver alterada con su aplicación o deban intervenir en la misma: tribunales, funcionarios y particulares, en virtud de que, presumiblemente, uno de los propósitos de la emisión de reglas es regular la conducta en algún aspecto necesario (es decir, no se emiten reglas sobre un tema ya regulado).

---

<sup>13</sup> Concretamente, la derivada de los juicios de amparo, dado que las sentencias dictadas en los juicios de acción de constitucionalidad y controversia constitucional pueden tener efectos generales, según los requisitos establecidos por la Constitución y la ley reglamentaria cuando cuenten con mayoría calificada de ocho votos (Ferrer, 2018: 569).

<sup>14</sup> Aunque, sin lugar a duda, sería deseable que todos y cada uno de los órganos del Estado conocieran y aplicaran la jurisprudencia como la forma más acabada del derecho vigente.



En el caso de la jurisprudencia mexicana, sin embargo, la preeminencia del principio de legalidad limita el alcance de la regla jurisprudencial únicamente a las partes involucradas y a los tribunales, ya que no obliga a los particulares a invocarla en el futuro ni a las demás autoridades a conocerla o aplicarla directamente. Así, en un sentido, el principio de legalidad afecta el alcance de la jurisprudencia, ya que no sólo impide a las autoridades distintas a la judicial seguirlo y aplicarlo de manera directa, sino que incluso desincentiva entre los particulares el uso y recurso a las reglas de precedente fuera de los espacios jurisdiccionales (Gómora, 2018: 221).

Realmente, los destinatarios de la regla contenida en la jurisprudencia desde la Ley de Amparo, de 1882, son únicamente los tribunales, pues la obligación de aplicarla solamente recae en ellos, aunque no dejamos de observar que, desde hace tiempo, voces al interior de la SCJN han manifestado la pertinencia y necesidad de que las autoridades administrativas funden y motiven sus decisiones también en la jurisprudencia.<sup>15</sup>

En México, su alcance y la obligatoriedad están limitados a tribunales federales y órganos de impartición de justicia locales. Sin embargo, los criterios interpretativos del Poder Judicial contienen la concreción última del derecho vigente, de modo que es deseable que sus efectos y soluciones tuvieran un mayor alcance en consonancia con el tránsito efectivo a un Estado constitucional de derecho.

En la jurisprudencia mexicana es particular, pues su alcance está limitado únicamente a las partes involucradas y a los tribunales, ya que no obliga a los particulares a invocarla en el futuro, ni a las demás autoridades a estar al tanto de ella o aplicarla de primera mano, y la razón de ello es que las actividades de las autoridades de la rama administrativa se rigen por el principio de legalidad.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Esta preocupación explícita se manifestó en un artículo académico en 2013, aunque seguramente es una preocupación de tiempo atrás que varios compartimos: “Por lo que se refiere a la obligatoriedad de la jurisprudencia, debe destacarse que todavía las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al fundar y motivar sus resoluciones (cuestión que debería cambiar en el futuro)” (Ferrer, 2018: 343).

<sup>16</sup> En este sentido, la interpretación tradicional, establecida incluso a través de jurisprudencia respecto del contenido de la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 constitucional, refiere que la obligación de la autoridad administrativa de fundar sus actos, no incluye hacerlo según la interpretación que de ella se ha establecido en jurisprudencia, lo cual es muy desafortunado (SCJN, 2002, Tesis 2a./J.38/2002).

Así, aunque la jurisprudencia pretende tener fuerza autoritativa en México y desarrolla la concreción última y más acabada de los derechos, ocurre que el principio de legalidad como lo hemos entendido tiene un efecto limitante en su alcance, pues no sólo limita a las autoridades distintas a la judicial a seguirla de primera intención —debido al estricto apego a la ley—, sino que también evita que los particulares atiendan (fuera del ámbito judicial) las reglas de precedente que proceden de un origen distinto al legislativo.

Es claro que dicha limitante sobre la jurisprudencia afecta de manera general toda función y tarea encomendada a los órganos de la administración pública que presuntamente haya sido objeto de interpretación judicial autoritativa en el pasado. Al ser así, los alcances y consecuencias de esta limitante van más allá de la deficiente protección de los derechos humanos y alcanzan las diversas áreas del derecho que aplican los órganos administrativos. De modo que la eventual remoción de dicha limitante aportaría beneficios a todas esas esferas de acción de la administración, no solamente en materia de derechos humanos.

No obstante, aquí me refiero, de manera particular, a la jurisprudencia en materia de derechos humanos por tratarse de una materia transversal que permea prácticamente todas las esferas del derecho que aplica la administración pública. Dado el carácter transversal y la naturaleza de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, es factible reconocer su aptitud como vehículo de transformación, capaz de impulsar un cambio sustantivo de percepción en torno al papel que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí la centralidad que le atribuyo a la institución jurídica.

Si bien es cierto que un cambio de percepción con relación a la jurisprudencia tendría como efecto su aplicación cuando versara sobre derechos humanos, dicho cambio no ha ocurrido, y se antoja complejo. En mi opinión, la transformación que se requiere para la jurisprudencia ha de venir, en general, de comprender su importancia para el cumplimiento de las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; ha de iniciarse con el impulso que el cambio de paradigma constitucional en derechos humanos ha impreso en diversas dinámicas al interior del sistema jurídico, y de ahí proceder a ampliarse a toda la jurisprudencia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

Un claro ejemplo del efecto limitante de la concepción que mantene-  
mos del principio de legalidad sobre la jurisprudencia mexicana al que nos  
referimos, se encuentra en las labores de las juntas distritales como órganos  
ejecutivos del entonces Instituto Federal Electoral (IFE), ahora INE. Di-  
chas juntas tienen entre sus atribuciones, las vinculadas al Registro Federal  
de Electores, por ejemplo, la expedición y reposición de la credencial para  
votar con fotografía de los ciudadanos mexicanos.

Es así que dichos órganos se encargan de la expedición y reposición  
de tales instrumentos; sin embargo, en año electoral hay un término legal  
para que los ciudadanos la soliciten, a fin de tener actualizado y completa-  
mente integrado el padrón electoral en el momento de la elección.

Durante 2012 (año que fue electoral), aconteció que en la quinta cir-  
cunscripción plurinominal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la  
Federación, integrada por los estados de Colima, Hidalgo, Estado de Mé-  
xico y Michoacán, las juntas distritales comenzaron a negar la reposición  
de la credencial de elector a los ciudadanos, sustentando su resolución en  
el entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales  
(COFIPE), hoy LEGIPE (principio de legalidad).

No obstante lo anterior, en ese momento el Tribunal Electoral del Po-  
der Judicial de la Federación ya había expedido la siguiente jurisprudencia:

CREDECIAL PARA VOTAR. CASOS EN QUE RESULTA PROCEDENTE SU REPO-  
SICIÓN FUERA DEL PLAZO LEGAL. De una interpretación de los artículos 146,  
154, 159 y 164 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electro-  
rales, relativos al plazo en que puede solicitarse la reposición de la credencial  
para votar, se advierte que comprende situaciones ordinarias y no aquellas  
que pudieran resultar extraordinarias, ya que en el caso de éstas debe regir  
el principio pro ciudadano conforme al cual ha de prevalecer la aplicación  
de la disposición legal más favorable. De ahí que si el ciudadano no tuvo la  
oportunidad de solicitar la reposición de la credencial para votar dentro del  
término legal, derivado de situaciones extraordinarias como el robo, extravío  
o deterioro de la referida credencial, acaecidos con posterioridad a dicha tem-  
poralidad, debe reponerse para permitir al ciudadano ejercer su derecho a  
votar en los comicios respectivos (Jurisprudencia 8/2008).

Tal criterio vinculante fue emitido pensando precisamente en los cas-  
os extraordinarios, no atribuibles a los ciudadanos, en los cuales las auto-  
ridades administrativas electorales debían reponer la credencial de elector

fuera de los plazos legales. Se trataba pues de una respuesta adelantada a la cuestión que se suscitó en las juntas distritales y protectora de derechos político-electorales.

Fundamentando su actuar en el principio de legalidad, las autoridades administrativas negaron a los ciudadanos la credencial para votar, obligando a cientos de ellos a interponer juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano a fin de obtener su credencial, mismos que fueron resueltos por la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las sentencias, como era previsible, aplicaron la ya conocida jurisprudencia estable y ordenaron a las autoridades responsables a emitir la credencial respectiva.

Este ejemplo es una muestra del efecto limitante que padece la jurisprudencia que, de otro modo, podría haberse aplicado desde un primer momento por las juntas distritales, dada su existencia previa y el conocimiento de la misma por las propias autoridades administrativas. No obstante, esta posición transfiere la carga de proteger derechos (que corresponde principalmente a la autoridad) al ciudadano, forzándole a judicializarlos a fin de estar en posibilidad de ejercerlos. Esto tratándose de quienes tienen la posibilidad de ir a juicio, por lo que cabe esperar que un buen número de ciudadanos no puedan siquiera ejercer este derecho.

En tal sentido, creo necesario reevaluar los alcances de nuestra jurisprudencia, ya que al hablar de derechos, cuya configuración final se lleva a cabo en los tribunales, su reconocimiento y ejercicio efectivo se supedita a un largo proceso judicial que terminará ordenando a la autoridad administrativa respectiva el respeto y aseguramiento del derecho examinando, sólo después de obligar al ciudadano a gastar recursos económicos, tiempo y esfuerzo, así como procesos judiciales<sup>17</sup> (a mi juicio innecesarios) para que

---

<sup>17</sup> Al respecto, es relevante considerar el estudio cuantitativo efectuado por Héctor Fix-Fierro (2011) respecto del amparo administrativo y la mejora regulatoria, ya que muestra un panorama general de la operación del amparo administrativo promovido contra actos de autoridades administrativas del ámbito federal, local o estatal, mismo que le lleva a confirmar la hipótesis de que una proporción considerable de amparos son innecesarios. El texto expone los altísimos costos públicos y privados, no sólo económicos sino también sociales que se generan por la tramitación de amparos administrativos que podrían haberse evitado con asesoría jurídica preventiva a las autoridades administrativas. Los datos proporcionados son reveladores, pues tan sólo en 2002, los costos públicos y privados que representaron los amparos administrativos resueltos por el Poder Judicial, se estimaron en al menos 3,325 millones de pesos. Y no es menor advertir que los conceptos de violación más frecuentes que llegan al amparo reportados por Fix-Fierro (2011: 1 y 82-83) se refieren a las

el tribunal vuelva a ordenar lo que ya había establecido en jurisprudencia estable previa.

Como éste, hay muchos ejemplos que revelan la redundancia de los procesos y la ineficiencia estatal en la protección de derechos.<sup>18</sup> Por lo que cabe preguntarnos, ¿cuál es el sentido de esta práctica? La respuesta no parece ser otra sino desgastar al ciudadano, obstaculizar el ejercicio de derechos, duplicar esfuerzos y gastar recursos públicos y privados para llegar a un resultado conocido de antemano por las autoridades administrativas y establecido en la jurisprudencia estable. Tal práctica es una muestra de los efectos nocivos que conlleva aferrarse a una noción de legalidad que es insuficiente para el contexto jurídico actual y que no se corresponde con los rasgos de un Estado de derecho constitucional que afirmamos tener.

Es importante observar que, si bien es cierto que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la existencia de un servicio de defensoría pública, también lo es que el recurso a esta institución presenta grandes complejidades como lo constatan las investigaciones recientes (Suárez y Fix-Fierro, 2018). Aunado a lo anterior, la materia penal es la materia por excelencia a la que se destina la defensoría pública, y el estado de cosas que guardan las defensorías públicas en las entidades federativas no es alentador según los diferentes indicadores que muestran las disparidades de las legislaciones locales en el diseño de las mismas (Fix-Fierro, 2015).

En este escenario, la propuesta planteada adopta un enfoque previo de mayor alcance que los resultados que la defensoría pública o la suplencia de la queja en el caso del amparo podrían ofrecer a los ciudadanos. Partimos de la premisa de que el ciudadano debe poder ejercer sus derechos y que éstos sean exigibles a las autoridades sin la necesidad de llevarlos a la arena judicial, por lo cual, el remedio idóneo se encuentra en el ámbito competencial y de intervención inicial de cada autoridad estatal.

En dicho sentido, emplear el principio de legalidad para justificar la actuación “limitada” de los órganos de gobierno aplica igualmente para

---

garantías formales de “fundamentación y motivación”, así como a “formalidades esenciales del procedimiento”.

<sup>18</sup> Véase Palomo Carrasco (2015: 246) para contrastar otros ejemplos en los que ocurre este efecto limitante que pudo haberse evitado con la aplicación oportuna de la jurisprudencia.

limitar el ejercicio concreto de derechos a los ciudadanos cuando tales derechos han sido ya reconocidos en sede jurisdiccional, como en el caso antes mencionado. Se trata, pues, de una discusión que nos concierne y que debemos sostener en aras de fortalecer nuestras instituciones y el sistema jurídico mexicano.

En México, se ha dicho, prevalece el principio de legalidad previsto constitucionalmente, mismo que —en trazos generales— está instituido como un garante cuya función es establecer límites al ejercicio del poder público (encuentra su fundamento en la Constitución y marco de actuación en la propia ley) que busca proteger la esfera personal de los individuos de intervenciones del Estado no previstas en la ley (Londoño, 2010: 765-766).

Ahora bien, dado que es razonable proteger a los ciudadanos de intervenciones arbitrarias del Estado, el objeto podría replicar cuál es el problema con este estado de cosas. El problema surge cuando se advierte que la obligación constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de *todas las autoridades* mexicanas no es realizable o mínimamente alcanzable mientras se mantenga —como hasta ahora— la adhesión a ultranza a una concepción de legalidad anclada en unos presupuestos fundacionales distintos a los que ahora fundamentan nuestra Constitución Política.<sup>19</sup>

Me explico. Al tiempo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —más decididamente con la reforma constitucional de 2011— impone una obligación permanente de protección de los derechos humanos a todos los órganos del Estado,<sup>20</sup> mantiene también una imposición de sujeción al principio de legalidad (según la concepción antes referida), cuya adherencia se ha manifestado históricamente como una adherencia estricta de los órganos administrativos a la letra de la ley. Este rasgo responde a una narrativa específica, como señala Serna (2012: 9-10), acerca del origen, funciones, estructura y justificación del Estado y del derecho presente en el imaginario jurídico-constitucional dominante en México.

---

<sup>19</sup> Gargarella (2017: 211-233) sostiene una tesis que refuerza esta inquietud, la cual estructura teóricamente el problema particular que aquí planteo como traslapes de las etapas del constitucionalismo latinoamericano, como se verá más adelante.

<sup>20</sup> Von Bogdandy (2017: 19) alude a esta reforma como un ejemplo vívido del proceso de “internacionalización del derecho constitucional” referida como una de las manifestaciones-aproximaciones del constitucionalismo en la región latinoamericana, junto con el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Si se mira esta tensión desde la estricta concepción de legalidad de corte liberal<sup>21</sup> fuertemente arraigada en México, ambos mandatos constitucionales se contraponen y la ejecución de uno de ellos impide el cumplimiento del otro, por lo que alguno de esos mandatos no será ejecutado en la práctica, tal como ha ocurrido. En el dilema de “cumplimiento” ha prevalecido la noción más arraigada en nuestro ámbito jurídico, que se ha afianzado por largo tiempo y que no da muestras de alteración alguna: nuestra concepción del principio liberal de legalidad.

Ahora bien, aunque esta tensión no debería sorprendernos, lo cierto es que en realidad no nos hemos percatado plenamente de su existencia (Gargarella, 2017: 233). Roberto Gargarella (2017) ha explicado este problema a nivel latinoamericano desde las cuatro etapas del constitucionalismo que han tenido lugar en la región: 1) el constitucionalismo experimental (1810-1850); 2) el constitucionalismo fundacional (1850-1917); 3) el constitucionalismo social (1917-1980), y 4) el constitucionalismo de derechos humanos (1980-2000).

De acuerdo con esta explicación, las Constituciones latinoamericanas de cada periodo muestran ciertos rasgos característicos que acompañan las incorporaciones normativas que aportaron. No obstante, a pesar de las diversas transformaciones, los dos rasgos característicos contenidos en las Constituciones latinoamericanas actuales (como en el caso de la Constitución mexicana) que las describen son: una estructura de poder y una estructura de derechos (Gargarella, 2017: 216-217).

En este sentido, podemos afirmar que la Constitución mexicana de 1857 sentó unas bases fundacionales, mientras que la de 1917 incorporó la dimensión social de los derechos, pero la estructura de poder o institucional permaneció inalterada. De entre dichas etapas constitucionales, la de mediados del siglo XIX tuvo gran importancia, al delinear la forma de un gran número de instituciones que prevalecen hoy en día, tal es el caso de la jurisprudencia mexicana, que se incorporó de manera formal en la Ley de Amparo de 1882.

En el trasfondo de esta discusión subyace una tesis crítica que indica que existe un traslape y colisión de instituciones que coexisten, propug-

---

<sup>21</sup> Como ocurre en otras discusiones doctrinales de derecho, se ha olvidado el contexto que dio origen a algunas elaboraciones teóricas y puede ser que sus elementos constitutivos hayan cambiado. A propósito de la relación de derecho internacional con el derecho nacional en el Estado nación (Von Bogdandy, 2012: 25).

nando afirmaciones diversas, las cuales pertenecen a diferentes etapas del *constitucionalismo latinoamericano*. Tal estado de cosas ha generado que las viejas estructuras e instituciones bloqueen las nuevas incorporaciones constitucionales o bien impidan su adecuada implementación (Gargarella, 2017: 228-231).

Obsérvese que la tensión que planteo parece un ejemplo de la tensión que se presenta en términos constitucionales entre instituciones y afirmaciones, que pertenecen a distintas etapas constitucionales, en los términos de Gargarella. Así, tanto la concepción de legalidad a la que me he referido como la jurisprudencia, tuvieron su origen en el *constitucionalismo fundacional*, en tanto que la ola de transformación comprometida con los derechos humanos es producto del *constitucionalismo de derechos humanos*; y todos ellos responden, por supuesto, a necesidades e intereses distintos entre sí (Gargarella, 2017: 213 y 223).

La discusión que aquí propongo sugiere modificaciones a esa estructura institucional que impide el pleno desarrollo del llamado *constitucionalismo de derechos humanos*. En este sentido, sugiero que, con la modificación en la concepción y aplicación en la esfera administrativa del principio de legalidad, así como de la jurisprudencia, se puede lograr una alteración de la estructura institucional que permita acompañar, en lugar de obstaculizar, la implementación efectiva de los derechos humanos. Lo que se pretende es superar el traslape de aspiraciones en conflicto mediante su síntesis y conciliación (Gargarella, 2017: 228).

Debemos reconocer la importancia de esta situación, que sugiere que mientras los aspectos orgánico-institucionales de la Constitución permanezcan inalterados y bloqueen la transformación, no podremos hacer efectiva la Constitución, en tanto no se prevea la reacción y ajuste de las estructuras que las llevan a cabo, por lo que los esfuerzos no fructificarán en tanto no nos ocupemos de la parte orgánica.<sup>22</sup>

Así pues, amparados en nociones del *constitucionalismo fundacional* mexicano, se ha promovido un falso dilema, en el cual la aceptación y la aplicación en el ámbito de las autoridades administrativas de las interpretaciones del Poder Judicial federal<sup>23</sup> (lo cual, por cierto, ya ocurre aisladamente) son

<sup>22</sup> Claramente, la modificación aquí sugerida es sólo una pequeña parte de los cambios estructurales necesarios para la plena conciliación y síntesis de instituciones, pero una de gran importancia (Gargarella, 2017: 231).

<sup>23</sup> En ello coincide Palomo Carrasco (2005: 179), al señalar que "...bajo el pretexto de que las sentencias aisladas de los juicios de que conocen los órganos jurisdiccionales del



una amenaza al principio de legalidad (administrativa) o incluso una violación al principio de división de poderes.

Ahora bien, cotidianamente se ha pretendido justificar la falta de compromiso de la rama administrativa con la protección efectiva de los derechos humanos, apelando a las limitaciones que el principio de legalidad impone a la autoridad administrativa que, aunado a la imposibilidad de que la jurisprudencia alcance a otras autoridades fuera del ámbito judicial,<sup>24</sup> dan pie al contexto idóneo para la omisión del cumplimiento de sus propias responsabilidades en materia de derechos humanos. Esta estructura de pensamiento sigue reproduciéndose y afianzándose a sí misma en la rama administrativa del Estado, y es un ejemplo tangible de que "...aunque el derecho es una plataforma para superar la exclusión, también puede ser usada para perpetuarla" (Von Bogdandy, 2017: 6).

En esa concepción y práctica cotidiana de legalidad de la administración pública, por las razones recién expuestas, no tiene cabida (al menos no de manera natural) la maximización de derechos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esta constatación está directamente relacionada con las diversas observaciones que desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han hecho acerca de la falta de cumplimiento de las autoridades mexicanas de los estándares internacionales en materia de derechos humanos en una larga lista de rubros.

Entre los déficits reportados por la Comisión Interamericana (2018: 11) en el informe de país de 2016, sobre la situación de los derechos humanos en México, se encuentra:

[La] profunda brecha entre el andamiaje legislativo y judicial, y la realidad cotidiana que viven millones de personas en el país, en su acceso a la justicia, prevención del delito, y otras iniciativas gubernamentales. Una y otra vez, en

---

Poder Judicial de la Federación no obligan a las autoridades administrativas, éstas puedan emitir reiteradamente, sin pena y sin limitación alguna, actos que se encuentran en contra de jurisprudencia firme emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los tribunales colegiados de circuito...".

<sup>24</sup> Esta preocupación es compartida y analizada por Palomo Carrasco (2015: 179), quien, con argumentos afines, aunque diversos a los aquí expuestos, sostiene también la pertinencia de que la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación vincule a las autoridades administrativas del país.

todo el país, la CIDH escuchó de las víctimas que la procuración de justicia es una “simulación”.

Al respecto, la Comisión Interamericana (2018: 14) está en lo cierto al afirmar que el reto de México es cerrar la “brecha existente entre su marco normativo y su apoyo irrestricto a los derechos humanos con la realidad que experimentan un gran número de habitantes cuando buscan una justicia pronta y efectiva”.

En este contexto, no es sorprendente que la rama administrativa sea la más atrasada en esta implementación de derechos humanos, habida cuenta de que el impulso de su incorporación normativa vino del Legislativo y su aplicación ha sido asumida por el Judicial, sin que haya esfuerzos encaminados a asumir dicha tarea en las esferas de la rama administrativa del Estado,<sup>25</sup> aun cuando dicha responsabilidad les incumbe como órganos del Estado.

## V. HACIA UNA LEGALIDAD ROBUSTA

Como he dicho, la particular concepción liberal del principio de legalidad se ha usado en nuestro contexto como “justificación” para el incumplimiento de las obligaciones de las autoridades administrativas (en general todas las autoridades que pertenecen en el ámbito local o federal a la rama ejecutiva) en materia de derechos humanos. Aún más, pues en el pasado se ha advertido que es, incluso, “«legal» que una autoridad administrativa cometa una violación constitucional al aplicar una ley que haya sido declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Corte o por los tribunales colegiados de circuito...” (Palomo, 2015: 186), lo cual resulta absurdo.

En tal sentido, por insuficientes que puedan ser las lecturas al respecto, lo cierto es que el Poder Judicial se ha consolidado y es actualmente la rama del Estado mexicano que más y mejores resultados ha mostrado en lo que a protección de derechos humanos se refiere. No obstante, la otra dimensión de su función, la de establecer criterios estables para la aplicación

---

<sup>25</sup> Es un tema central que no ha pasado desapercibido en la agenda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los bajos niveles de cumplimiento de ramas de gobierno diversas a la judicial representan una preocupación vigente, como pude constatar en el “V Seminario Internacional de Supervisión, Cumplimiento e Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, celebrado los días 12 y 13 de julio de 2018 en el Instituto Max Planck, en Heidelberg, Alemania.

futura del derecho, no logra aportar todas sus bondades en la protección de derechos más allá del ámbito judicial.

El estado de cosas descrito nos obliga a preguntarnos qué se puede hacer al respecto, dado que deseamos alcanzar una protección efectiva de los derechos humanos sin perder los avances logrados en lo que al Estado de derecho se refiere. Se trata pues de una preocupación que se deriva y se vincula con los procesos de internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional reflejada en la incorporación, en las Constituciones domésticas de normas de derechos humanos, como es el caso mexicano.<sup>26</sup>

Pues bien, cabe pensar en la posibilidad de examinar los límites teóricos de nuestra concepción tradicional de legalidad. Recordemos que la delimitación de nuestros conceptos es un proceso artificial que nos permite representar la realidad de cierta manera con el propósito de emplearla para diferentes fines; sin embargo, es posible advertir las limitaciones de tales límites teóricos cuando contrastamos nuestros conceptos con los contextos prácticos (Del Mar, 2008: 128-131).

Nuestros conceptos son centrales para dar forma al derecho, de modo que el análisis de nuestros conceptos es indispensable para alterarlo: la academia se encarga de cuestionar y refinar los conceptos, tales conceptos integran nuestras construcciones teóricas, las cuales, a su vez, informan los sistemas jurídicos modernos (Von Bogdandy, 2017: 5).

Del Mar (2008: 131-132) ha sostenido que el concepto de legalidad ha estado formado (aunque no determinado) por una concreción espacio-temporal, pero también que la concreción teórica de cualquier concepción de legalidad (incluida la nuestra) tiene límites visibles en contextos particulares, lo que lleva a considerar una perspectiva teórica pluralista al respecto, a fin de concebir los posibles y diversos conceptos de legalidad no como rivales, sino como colaboradores potenciales.<sup>27</sup> Entonces, el objetivo de la pluralidad en este caso, sería emplearla para ofrecer respuestas más robustas a los contextos prácticos.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Para una discusión detallada de las tensiones a las que dichos procesos dan lugar en distintos niveles y ámbitos, véase Capaldo, Sieckmann y Clérico (2012).

<sup>27</sup> Esta posición es compatible con la explicación de los traslapes constitucionales ofrecida por Gargarella (2017).

<sup>28</sup> Afín a esta preocupación, se ha planteado la importancia de cuestionar el papel de los tribunales en el contexto político y social de Latinoamérica en términos de exclusión y debilidad institucional (Von Bogdandy, 2017: 12).

Al respecto, y en el entendido de que la concepción de legalidad que mantenemos en México es una concreción que se dio como resultado del tránsito al Estado liberal de derecho (noción afianzada en el *constitucionalismo fundacional*), cabe la posibilidad de ampliar nuestro concepto con otras posibles notas que le permitan un desdoblamiento adecuado a la luz de la problemática que se viene analizando.

Se trata, pues, de robustecer el concepto del principio de legalidad de la administración pública<sup>29</sup> con elementos que nos permitan conceptualizarlo<sup>30</sup> de manera que se adapte a los requerimientos del Estado constitucional de derecho —que es el momento espacio-temporal en el que nos encontramos—, a fin de que se comprenda la coexistencia de ambos mandatos constitucionales como efectivos y ejecutables.

Al aceptar esta premisa, la construcción teórica de una noción robusta de legalidad permite considerar a la jurisprudencia estable como fuente central del derecho,<sup>31</sup> aplicable para todas las autoridades administrativas, y en todos los casos que ésta ofrezca un desarrollo interpretativo protector de derechos humanos que se desprenda de una ley aplicable.

De este modo, una legalidad robusta le concede un papel primario a la jurisprudencia —que desde siempre se le ha negado en detrimento de la protección de derechos en nuestro sistema jurídico— como una extensión de la ley misma, ya que se trata de su propia interpretación, es decir, la versión más acabada de la ley que las autoridades tienen obligación de aplicar de primera mano (Gudiño, 2001: 148).

En definitiva, robustecer el concepto de legalidad permite ampliar el alcance de la jurisprudencia a todos sus destinatarios naturales, más allá de limitarlos a los órganos judiciales, con lo cual se permite que las virtudes de la doctrina judicial estable beneficien a los ciudadanos y que en ese concepto robusto de “legalidad”, los órganos administrativos encuentren

---

<sup>29</sup> Colombia ha logrado esto, aunque motivado por razones distintas relacionadas con la congestión judicial (López, 2015: 14).

<sup>30</sup> Al respecto, el Primer Tribunal Colegiado del Decimocuarto Circuito sostuvo en una tesis aislada (Tesis XIV.1o.8 K) que la obligación constitucional de fundar y motivar los actos de las autoridades administrativas debe tomar en consideración la jurisprudencia, que es la interpretación reiterada y obligatoria de la ley.

<sup>31</sup> En consonancia con esta idea, Gargarella (2017) ha señalado que las estructuras de poder establecidas a mediados del siglo XIX son un legado muy pesado y negativo para el constitucionalismo actual.

la vía de cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, que es un mandato constitucional.

La vía para materializar esta propuesta apunta a dos momentos: el primero en el ámbito doctrinal, dedicado a robustecer el principio de legalidad administrativa para entenderlo en términos más completos; y el segundo, dedicado a impulsar reformas legislativas para modificar el alcance de la jurisprudencia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Amparo, de modo que las autoridades administrativas adquieran la obligación de aplicar la jurisprudencia estable de primera mano<sup>32</sup> con el carácter de fuente plena del derecho que le corresponde.

Dicha propuesta es perfectamente compatible con la forma constitucional que suscribimos, pues implica robustecer nuestro concepto de “legalidad” para admitir que las reglas jurisprudenciales<sup>33</sup> son interpretaciones de la ley, que forman parte de esa misma legalidad. Tal conceptualización más robusta, me parece, va de la mano con la aspiración de materializar un auténtico Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, para muchos autores parecería algo “natural” aceptar que el principio de legalidad se ha transformado profundamente en el Estado constitucional de derecho y que, dado que las leyes también están sometidas a la Constitución, cabría esperar que la supremacía constitucional y su control, así como el producto de ese control, fuese visto como aquello que compone el imperio de la ley. Desafortunadamente, esa aceptación no es asumida así fuera del ámbito judicial mexicano, o incluso dentro de él (Ferrer, 2018: 679).

En tal sentido, esta propuesta de robustecer la concepción del principio de legalidad sumado a la ampliación del alcance de la jurisprudencia mexicana, bien puede ser entendida en la lógica transformativa del enfoque del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL), partícipe de la orientación metodológica que mantiene en su núcleo la triada de derechos humanos, democracia y Estado de derecho (Von Bogdandy, 2017: 4-8).

El objetivo transformador del ICCAL pasa por eliminar la brecha en el cumplimiento de protección a los derechos humanos y el fortalecimiento

<sup>32</sup> Esto es ya una realidad desde hace varios años con resultados exitosos (López, 2015).

<sup>33</sup> Estoy pensando sólo en la jurisprudencia federal, que es obligatoria en todo el país, ya que para imaginar un escenario óptimo en las entidades federativas sería necesario primero resolver la disparidad e ineficiencias de los sistemas de creación jurisprudencial local, ahí donde los hay.

de las instituciones jurídicas internas, pues como se ha visto, la aceptación estatal de las normas internacionales de derechos humanos, su incorporación en el derecho doméstico y la creación de mecanismos de protección para las personas, no son suficientes para el cumplimiento pleno de dicha obligación (Von Bogdandy, 2017: 10).

Es indispensable tener en cuenta que tanto el *constitucionalismo transformador* impulsado por el ICCAL como el desempeño del *constitucionalismo de derechos humanos*, depositan en la judicatura un papel activo y central para la materialización e implementación efectiva. La judicatura está llamada pues, a desempeñar un rol central en esa transformación (Von Bogdandy, 2017: 10) al estar en sus manos la interpretación del derecho de acuerdo con los principios contenidos en la Constitución, e informar con dichas lecturas el sistema jurídico en su totalidad.

Por ejemplo, la igualdad es uno de esos principios que la judicatura ha ido transformando para hacerlo más completo y funcional, de modo que resuelva en la práctica problemas concretos de exclusión que puedan alcanzar a más personas de manera cotidiana. La rama administrativa puede beneficiarse activamente de los procesos argumentativos de la rama judicial, asumiendo y aplicando la jurisprudencia como parte de la legalidad, permitiendo así que más personas reciban de primera mano sus beneficios como la forma más acabada de los derechos (Aldao, 2017: 95).

Ahora bien, este proceso de robustecer el principio de legalidad es perfectamente compatible con el principio de la división de poderes y la democracia representativa. La propuesta sugerida parte del respeto a la división de poderes, ya que, gracias a ella, el Legislativo emite las leyes que el Judicial aplica y en ocasiones interpreta. Esta descripción es una imagen cotidiana de la interacción entre ambos poderes.

Si bien es innegable que el Estado moderno está anclado en el principio de la separación de poderes, cuya función ha sido siempre limitar al poder para evitar su ejercicio abusivo (García Roca, 2000: 44), en este sentido, la asignación de tareas específicas al Ejecutivo, Legislativo y Judicial explica la manera en que cada uno opera como contrapeso del resto. No obstante, es prudente matizar la lectura del sentido original de este principio, pues ni en la concepción clásica se hablaba de una tajante división del poder, lo cual habría sido inviable (García Roca, 2000: 47).

Algunos constitucionalistas refieren que las estructuras y configuraciones constitucionales actuales han superado la noción clásica del principio

(Fix-Zamudio, 1967: 30 y 64; García Roca, 2000: 56). Dicha superación hace referencia a que nos encontramos en un entorno constitucional mucho más rico y complejo, en el que el principio de división de poderes se ha de entender mejor en clave de cooperación e interdependencia de los diversos órganos del Estado, toda vez que la protección de la libertad hoy en día no depende de manera exclusiva de la división de poderes (García Roca, 2000: 48; Cossío, 2008: 103).

Esta lógica hace eco del marco constitucional de la división de poderes en México, que ilustra los equilibrios que como nación hemos buscado. Así, un dato a tomar en consideración es que, históricamente, la preocupación por controlar los excesos de los poderes ha estado centrada en el Ejecutivo y el Legislativo —como advierte Héctor Fix-Zamudio— ya que, si en la Constitución de 1824 el énfasis y la concentración de poder se inclinaba hacia el Legislativo, la redacción de la Constitución de 1857 como la de 1917 claramente reforzaban de varias formas la posición del Ejecutivo federal (Fix-Zamudio, 1967).<sup>34</sup>

Lo relevante de esta observación es advertir que nuestra historia constitucional no ha registrado al Poder Judicial como un órgano proclive a la acumulación de poder, sino más bien tendiente a conservar (si bien con sus altibajos) cierto grado de autonomía e independencia respecto de los otros poderes; por ejemplo, al fungir como institución protectora de los derechos fundamentales de los particulares durante el porfiriato (Fix-Zamudio, 1967: 44). Dicha observación pone en perspectiva la preocupación de invasión de competencias o violación a la división de poderes local.

Así pues, los elementos de cooperación, interdependencia y protección de derechos como los ejes rectores del principio de división de poderes no se contraponen a una legalidad robusta, sino que refuerzan la idea de que la aplicación de jurisprudencia por los órganos de la administración pública es parte de la legalidad robusta deficitaria del sistema de valores constitucional.

---

<sup>34</sup> Al respecto, es ilustrativa la observación del maestro Fix-Zamudio (1967: 45 y 102-103) acerca de la influencia que tuvieron las ideas de Emilio Rabasa en el Constituyente de 1917, en cuanto a que los tribunales federales no eran un verdadero poder al carecer de iniciativa, unidad y autoridad general. La historia constitucional y esta percepción absorbida por el Constituyente permiten comprender que, en el frágil mantenimiento nacional de la división de poderes, la fórmula más segura haya sido acotar las actividades del Judicial a administrar justicia bajo la “fórmula Otero” para excluir con ello cualquier sospecha de funciones legislativas por parte del Poder Judicial.

El funcionamiento y la actividad de cada rama del poder público continúa dirigida a sus respectivas funciones, con la adición de que en el *constitucionalismo de derechos humanos* es una necesidad y una realidad verificada, el papel interpretativo y aplicativo de los jueces en el contexto local. Podría decirse que son el vehículo para trasladar los avances internacionales en derechos humanos a los ciudadanos de a pie, pero esta noción no adquiere pleno sentido hasta que imaginemos que cada ciudadano puede acceder al ejercicio más pleno de sus derechos, a través de cualquier autoridad y respecto de cualquier petición.

Esta noción equivale a estructurar nuestra institucionalidad en torno a la protección de derechos humanos, no solamente en el ámbito judicial, sino incluso dando pleno cumplimiento al compromiso estatal y constitucional asumido de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos. Así, la propuesta permite una colaboración más cercana de los poderes para acercar a las personas la versión más acabada a la que pueden acceder de sus derechos, unidos en una misma finalidad, que es la protección más efectiva.

En mi opinión, la propia objeción adquiere matices distintos cuando se la mira a la luz del constitucionalismo que México ha abrazado e incorporado. Esto es así porque la idea de invasión de competencias del Poder Judicial con la interpretación del derecho fue una noción igualmente que perteneció a otro constitucionalismo, ajena al tipo de necesidades que el constitucionalismo actual presenta, de modo que invocarla implica negar uno de los rasgos característicos de nuestro propio constitucionalismo.

El *constitucionalismo de los derechos* requiere una nueva institucionalidad, un trabajo colaborativo de los esfuerzos de cada rama del gobierno en ese objetivo común. Se trata pues de una adopción consciente y seria de acciones colaborativas para potenciar y afianzar el ejercicio de los derechos humanos, acciones que se pretende vengan desde la administración pública en ejercicio de la legalidad robusta que les corresponde ejercer en el marco del constitucionalismo señalado.

Las obligaciones en materia de derechos humanos, que ha de asumir la administración pública, son compatibles y realizables desde la concepción de la legalidad robusta de la que hablamos. Si esto es así, al aplicar la jurisprudencia —desde una legalidad robusta— la administración pública daría cumplimiento a su obligación de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos, alineando su actuación al sentido material



de la Constitución, al tiempo que preservaría la justificación originaria del principio de legalidad, a saber, proteger a los particulares de los abusos de la autoridad.

Si el objetivo de un Estado constitucional de derecho es precisamente garantizar y promover los derechos humanos; si el Poder Judicial de la Federación cotidianamente garantiza y promueve los derechos humanos de los justiciables con sus resoluciones, como la Constitución lo mandata, incluso de manera progresiva. Si cada rama del poder público tiene una obligación de protección y promoción de derechos humanos en el desempeño de sus funciones, entonces, al aplicar la concreción más acabada de la ley —que es la jurisprudencia— como parte del mandato constitucional de aplicar el derecho, se está dando un paso adelante en el afianzamiento real del Estado constitucional con lo que éste conlleva.

De modo que, al examinar la viabilidad de la propuesta, vale la pena recordar que, desde 2009, Pedro Salazar hablaba de nuestra etiqueta como un auténtico Estado de derecho en sentido formal pero no en lo que hace a la parte material de aplicación real del derecho (Salazar, 1998: 204). Con esta idea en mente, tantos años después cabe preguntarse si acaso las acciones tomadas hasta ahora nos han conducido efectivamente a un auténtico Estado de derecho constitucional, si queremos serlo y si estamos dispuestos a emprender las acciones que se requieren para serlo. Ésta es una de ellas.

## VI. CONCLUSIONES

El trabajo aquí expuesto ha mostrado el proceso transitado por la jurisprudencia y el principio de legalidad en el contexto mexicano, intentando revelar las tensiones en su interacción y los obstáculos que la actual configuración de estas nociones presenta para el efectivo cumplimiento de la obligación de protección y garantía de los derechos humanos que tiene el Estado mexicano.

Mostré que la concepción de legalidad que mantenemos y que aplican las autoridades administrativas mexicanas, corresponde a una concreción espacio-temporal anterior que no responde a las necesidades de nuestra actual forma constitucional de ser. Por esta razón, conviene discutir y transitar a una forma robusta de legalidad adecuada para un Estado de derecho constitucional.

En tal sentido, sostuve que requerimos implementar acciones concretas en el tránsito hacia un efectivo Estado de derecho constitucional. Sugerí que una de esas acciones concretas es robustecer nuestra concepción del principio de legalidad y ampliar el alcance de la jurisprudencia estable del Poder Judicial de la Federación, a fin de que las autoridades administrativas puedan aplicarla.

Ambas acciones son necesarias para lograr una efectiva protección de derechos humanos también desde el ámbito de la autoridad administrativa, y constituyen un paso contundente en la reingeniería institucional que, sin lugar a dudas, requerimos para lograr que el Estado de derecho constitucional se exprese adecuadamente en México.

Así pues, la idea es que de primera mano todas las autoridades —en el ámbito de sus competencias y materias— apliquen jurisprudencia que proteja, delimite, desarrolle y amplíe el ejercicio de los derechos humanos parece coexistir con un Estado constitucional de derecho. Por lo cual, debe ser una responsabilidad primaria de las autoridades del Estado mexicano el conocer y aplicar la jurisprudencia en su ámbito de competencia como parte de las normas jurídicas que la legalidad demanda.

Esta implementación traería consigo enormes avances, pues permitiría, entre otras cosas:

- Beneficiar a los ciudadanos con la aplicación directa de la jurisprudencia en sus interacciones con los entes de la administración pública.
- Potenciar el ejercicio de derechos, al tiempo que la autoridad administrativa recibe los beneficios de la experiencia judicial mediante el diálogo entre órganos de gobierno.
- Fortalecer la jurisprudencia derivado de potenciar su uso.
- Retirar la gravosa carga impuesta a los ciudadanos de llevar al ámbito judicial asuntos que pueden ser resueltos con ayuda de jurisprudencia estable directamente con la autoridad administrativa.
- Evitar la judicialización innecesaria para garantizar a las personas el ejercicio de los derechos humanos.
- Evitar imponer una carga adicional en los ciudadanos que se ven obligados a gastar recursos para estar en posibilidad de ejercitar un derecho cuando se trata de derechos que ya son plenamente reconocidos por la jurisprudencia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

- Optimizar esfuerzos y recursos del Estado, y así evitar reenvíos innecesarios al prevenir potenciales violaciones a derechos al tiempo que se da coherencia y unidad a la actuación del propio Estado.
- Aprovechar mejor las capacidades del Estado al trabajar conjuntamente y aplicar la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación en los asuntos de la competencia de los órganos del Estado que se trate, que ya han sido ampliamente discutidos, resueltos y reiterados por el Poder Judicial.
- Cumplir adecuadamente con el mandato constitucional de garantizar la protección más amplia a los derechos humanos, partiendo de la presunción de que —de acuerdo con el mandato del artículo 1o. constitucional— el Poder Judicial interpreta las normas relativas a derechos humanos de acuerdo con la propia Constitución y los tratados internacionales. Por lo cual, no hay razón para negar el carácter supremo que la interpretación tiene contenido en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.
- Internalizar y socializar adecuadamente entre los órganos del Estado las implicaciones que conlleva su obligación constitucional y convencional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
- Avanzar como Estado en el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas en materia de protección de los derechos humanos.

Es cierto que robustecer el principio de legalidad puede encontrar resistencias; sin embargo, se debe considerar que esta propuesta no requiere una actuación indebida de la autoridad administrativa, sino sólo aquello que exige la actual configuración constitucional, la cual demanda una actuación administrativa acorde con las responsabilidades estatales en materia de derechos humanos. La buena noticia es que México ya cuenta con una institución de suficiente solidez que puede servir como una herramienta para tales efectos, que es la jurisprudencia, misma que hasta ahora ha sido subutilizada.

En suma, se promueve que todos los niveles de gobierno, y los ciudadanos, se beneficien del alcance protector de la jurisprudencia, permitiendo que ésta despliegue su pleno potencial como una herramienta que, de manera natural, impulsa la protección de derechos al configurar y delinear

su concreción. En mi opinión, éstas son suficientes razones para buscar un cambio de concepción y ampliar el alcance de la jurisprudencia.

Con todo, el Estado mexicano no estaría más que tomando medidas para el efectivo cumplimiento del compromiso internacional contraído con la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que son necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la propia Convención.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel y PÉREZ FONSECA, Alfonso, 1998, *Derecho jurisprudencial mexicano*, México, Porrúa.
- AGUILÓ REGLA, Josep, 2003, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26.
- ALDAO, Martín *et al.*, 2017, “A Multidimensional Approach to Equity in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition and Participatory Parity”, en VON BOGDANDY, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press.
- ATIENZA, Manuel, 2004, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara.
- BERGALLI, Roberto, 1998, “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 32.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, 2004, *El juicio de amparo*, 40a. ed., México, Porrúa.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, 2002, *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación. Una visión del siglo XX*, México, SCJN.
- CASTRO ZAVALA, Salvador, 1971, *Práctica del juicio de amparo: doctrina, formularios y jurisprudencia*, México, Cárdenas.
- CLÉRICO, Laura, 2015, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 31.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, “Situación de Derechos Humanos en México”, Informe de país, OEA/Ser.L/V/II.Doc.44/15.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, 2008, “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 14.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

- DEL MAR, Maksymilian, 2008, “The Spatio-Temporality of Objectification in Legal Theory: Concepts of Legality between Theory and Practice”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 2.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2018, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM.
- FIX-FIERRO, Héctor, 2011, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FIX-FIERRO, Héctor, 2015, “Hacia una defensa pública de calidad. El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 32.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSÍO DÍAZ, José Ramón, 2003, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, 1967, “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 58-59.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 1974, *Curso de derecho administrativo I*, 12a. ed., Madrid, Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 1984, “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 4, núm. 10.
- GARCÍA RICCI, Diego, 2011, *Estado de derecho y principio de legalidad*, México, CNDH.
- GARCÍA ROCA, Javier, 2000, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, 108.
- GARGARELLA, Roberto, 2017, “The «New» Latin American Constitutionalism. Old Wine in New Skins”, en VON BOGDANDY, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra, 2018, “La ejemplaridad y proyección del precedente”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, núm. 12.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra, 2018, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, 2001, *Ingeniería judicial y reforma del Estado*, México, Laguna.
- GUERRERO LARA, Ezequiel y GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique (comps.), 1984, *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1982)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- HERNÁNDEZ, María del Pilar, 2008, “La jurisdicción constitucional. Estudio de macrocomparación”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. III, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, 2015, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, CNDH.
- KELSEN, Hans, 1979, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, 2010, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, núm. 128.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, 2015, “Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho”, *Precedente*, núm. 7.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, 2005, *Función jurídica de control de la administración pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PALOMO CARRASCO, Óscar, 2015, *La observancia obligatoria de la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los tribunales colegiados de circuito en los actos administrativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, 1993, “El principio de legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39.
- SALAZAR, Pedro, 1998, “Una aproximación al principio de legalidad y su vigencia en México”, *Isonomía*, núm. 9.
- SERNA, José María, 2012, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SERRA ROJAS, Andrés, 1998, *Derecho administrativo*, 19a. ed., México, Porrúa.
- SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad y FIX-FIERRO, Héctor, 2018, “El servicio profesional de carrera en la defensoría pública en México”, *Política y Gobierno*, vol. 25, núm. 2.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2005, *La jurisprudencia en México*, 2a. ed., México, SCJN.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, 1995, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa-UNAM.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando, 2011, “La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131.
- VON BOGDANDY, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press.
- VON BOGDANDY, Armin, 2012, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en CAPALDO, Griselda *et al.* (coords.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba.

## LA TRANSPARENCIA COMO PRESUPUESTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BRASIL\*

### *TRANSPARENCY AS AN ASSUMPTION IN THE COMBAT AGAINST CORRUPTION IN PUBLIC BIDDINGS IN BRAZIL*

Carlos Eduardo GONÇALVES DE GODOI\*\*

**RESUMEN:** La corrupción es un fenómeno inherente a la naturaleza social humana y se manifiesta en la sociedad de diversas maneras. Produce efectos muy negativos sobre varias áreas de importancia y su manifestación más popular es la que ocurre en el sector público, especialmente en la contratación pública. La transparencia tiene un rol muy importante en este ámbito. Se inserta como uno de los pilares de la concepción de gobierno abierto; orienta la reformulación de las administraciones públicas para garantizar la rendición de cuentas que, a su vez, abre margen para la participación ciudadana en los asuntos públicos. Sin duda, la transparencia amenaza las prácticas corruptas que buscan desviar los procedimientos de contratación pública, a través del control de la ciudadanía sobre la actividad pública. Lo anterior, sin depreciar otros mecanismos en conjunto.

**Palabras clave:** contratación pública, corrupción, participación ciudadana, transparencia.

**ABSTRACT:** Corruption is a phenomenon inherent to human social nature and it manifests itself in different ways. It produces major negative effects over many important areas, being the most popular the one that occurs in the public sector, especially in public bidding procedures. Transparency has an important role in this field: inserted as one of the cornerstones of the open government's conception, it orients the reformulation of Public Administrations to guarantee accountability which, in turn, makes way to popular participation in public affairs. Undoubtedly, through citizens' control over the public activity, transparency endangers the persistence of corrupt practices seeking to violate public bidding procedures. The foregoing, without neglecting other mechanisms altogether.

**Keywords:** Public Bidding, Corruption, Popular Participation, Transparency.

---

\* Artículo recibido el 3 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 7 de febrero de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-6567-2655. Posgrado *lato sensu* en Gestión de Negocios por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais; licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Juiz de Fora; licenciado en Administración por el Instituto Metodista Granbery. Correo electrónico: [carlosgodoi@me.com](mailto:carlosgodoi@me.com).



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El marco del gobierno abierto y su manifestación en la normativa brasileña*. III. *La corrupción en la contratación pública en Brasil*. IV. *La transparencia como herramienta de combate a la corrupción en Brasil*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno humano íntimamente relacionado con las sociedades, habiendo teorías dedicadas a su comprensión desde los principios de la comunidad griega, con énfasis sobre su manifestación en el sesgo político, destacando las teorías políticas sobre la corrupción de Aristóteles y Polibio. Lo que todas las teorías sobre la corrupción guardan en común es que ninguna encontró una definición basta y unívoca para dicho fenómeno debido a su complejidad y naturaleza mutable en constante seguimiento de la dinámica humana, pero este estudio se orienta por la concepción que le concibe como un conflicto de agencia en que existe un quiebre de la relación de confianza por actitud del agente a quien se ha confiado el ejercicio de determinados poderes con margen de discrecionalidad en contra de los intereses y las preferencias del principal en favor de un tercero a cambio de una recompensa.

Mientras la corrupción ocurra en diversos sectores de la sociedad, y por eso permite distintas aproximaciones, esta producción restringe su campo de investigación al ámbito de lo público, porque su objeto es el análisis de la corrupción en el seno de las contrataciones públicas, donde ocurre la mayor parte de los hechos delictivos. Por esa razón, el combate a la corrupción en el sector público, especialmente en el ámbito de la contratación pública, es importante objeto de preocupación por parte de las administraciones públicas, sobre todo, por estímulo de los organismos internacionales y la academia con sus diversos estudios sobre el tema.

Entre las diversas herramientas y estrategias disponibles a la administración pública para combatir la corrupción en los procedimientos de contratación pública, hay consenso entre los expertos que la transparencia, la participación y la colaboración de la ciudadanía, las cuales son presupuestas de la concepción de gobierno abierto, propagado por diversos organismos internacionales, consisten en importante medida a ser patrocinada por las democracias de derecho, mientras no sean suficientes para el

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

combate a la corrupción, sino que deben ser asociadas a otros mecanismos igualmente importantes.

El presente artículo busca construir un panorama acerca de la trayectoria de garantía de la transparencia, como un derecho subjetivo de los ciudadanos y los esfuerzos intentados por los organismos internacionales y su internalización en el plan jurídico e institucional brasileño. En seguida, se hace un estudio acerca de cómo la corrupción se manifiesta en el ámbito de la contratación pública, identificando los diversos tipos de fraudes y el tratamiento conferido por el ordenamiento jurídico brasileño. Al final, se dedica a comprender cómo la transparencia puede consistir en una herramienta efectiva de lucha contra la corrupción en el sector público.

La metodología de investigación adoptada en el presente trabajo se basa en un análisis exploratorio acerca de las producciones doctrinarias sobre el tema y un análisis descriptivo sobre cómo las teorías se aplican en el plan fáctico en la realidad normativo-política brasileña. Al respecto del delineamiento de la investigación, ésta se desarrolla a través de investigación bibliográfica en las publicaciones tradicionalmente reconocidas y las recientemente producidas, así como la investigación documental en las producciones legislativas domésticas y tratados internacionales sobre el tema de la transparencia y corrupción.

La tesis planteada en este artículo busca responder las siguientes cuestiones: ¿de qué forma la transparencia es acogida por el ordenamiento jurídico brasileño?, ¿cómo la corrupción se manifiesta en el ámbito de la contratación pública?, ¿cómo el ordenamiento jurídico trata los fraudes contra la contratación pública?, ¿la transparencia ha alcanzado la adopción adecuada en plan doméstico?, ¿la transparencia tiene la capacidad de solucionar el problema de la corrupción en la contratación pública?

## II. EL MARCO DEL GOBIERNO ABIERTO Y SU MANIFESTACIÓN EN LA NORMATIVA BRASILEÑA

En los últimos años, tanto la doctrina jurídica como los organismos internacionales y las normativas domésticas han buscado fortalecer y estrechar los lazos entre las administraciones públicas y los ciudadanos a través de la profundización de los ideales de la transparencia pública, la participación popular y la colaboración ciudadana, mediante el intensivo uso de la tec-

nología, como medidas para luchar contra los conflictos de intereses, los favoritismos y la corrupción que asolan la actividad pública, sobre todo en la contratación pública.

Tal como será planteado más adelante, los procedimientos de contratación pública son objetos muy frecuentes de conspiraciones de corrupción, envolviendo a particulares y agentes públicos con poder decisorio sobre el proceso de compras públicas, siendo aún más evidente donde existen amplios márgenes de discrecionalidad y elevado volumen de recursos económicos en juego, lo que es la combinación más atrayente para los actos de corrupción (Filgueiras y Melo, 2011: 353-354).

La corrupción es un fenómeno complejo por su propia naturaleza humana, lo que justifica las innumerables formas por las cuales se puede manifestar en el ambiente social, razón por la cual el campo científico posee aproximaciones diversas, buscando explicarla y, sobre todo, definirla, sea en el sesgo político, social, psicológico, jurídico o económico; observar los estudios de la escuela económica orientados por la teoría de la elección racional con los conceptos de Susan Rose-Ackerman (1996: 3) y de Pranab Bardhan (1997: 1320-1346); los estudios basados en la teoría de la modernización por Samuel Huntington (1975) y Joseph Nye (1967); y los estudios de la teoría de la cultura política de Ronald Inglehart (2009) y Robert Putnam (2006). Todas las tentativas de teorizar la corrupción y explicarla fallaron en encontrar una definición común, que sirviera a todas sus formas de manifestación en los diversos segmentos de la sociedad, por lo que todas son válidas y deben ser sopesadas de acuerdo con el escenario que se la concibe.

Entre los diversos conceptos de corrupción, por tratarse la discusión acerca de ésta, un examen de su manifestación en el ámbito de los procedimientos de contratación pública es que este trabajo aprovecha las bases de la teoría de la corrupción de gobernantes formulada por Rafael Bustos Gisbert (2007: 138) para comprenderla, la cual se vale del modelo agente-principal aplicado en el campo público para explicarla. Así que la corrupción es comprendida como “la violación de un contrato, en virtud del cual se produjo la transmisión del ejercicio de determinados poderes con un cierto margen de discrecionalidad por parte del agente que, contra los intereses y las preferencias de su principal, actúa a favor de un tercero de quien recibe una recompensa”.

Esta teoría originalmente tiene su campo de alcance restringido a las relaciones de elección de políticos en sistemas democráticos de gobierno, pero este trabajo entiende que es perfectamente posible ampliarlo para las

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

demás relaciones públicas y no sólo las de representación directa, sino también a las del servicio público, pues el funcionario público sirve a los ciudadanos orientándose por un interés/finalidad pública. Así que el agente es aquel que desempeña una función pública (por ejemplo, político o servidor público), el principal son los ciudadanos y el contrato está constituido por la relación de representación política o de servicio público basado en la Constitución y en las leyes, por lo que el desvío de ese interés por parte del agente configura la corrupción.

Es verdad que la corrupción ocurre con más frecuencia en el sector público porque los desvíos en éste son más comentados debido al carácter público de las informaciones y procedimientos administrativos que lo integran, pero no se limita a este sector, sino que también alcanza al privado que, al revés, mientras sea campo para la práctica de actos corruptos, éstos son poco conocidos porque las actividades están bajo el manto del sigilo y del frágil control social inherentes a la naturaleza privada de estas relaciones. De las diversas formas por las cuales se puede realizar la corrupción en el sector público, tal como el tráfico de influencia y la prevaricación, por ejemplo, la que más sucede, el desvío de los agentes públicos, ocurre en el seno de las contrataciones públicas sea por medio de sobornos, propinas y otros mecanismos delictivos, en razón de tres importantes factores: 1) las instituciones públicas no desarrollaron lo suficiente para la formación moral de los agentes públicos, tampoco adoptaron mecanismos eficientes de control de la discrecionalidad del administrador público; 2) no se ha reglamentado lo suficiente el conflicto de intereses entre la iniciativa privada y la administración pública con el desarrollo de instrumentos jurídicos y administrativos, destinados a frenar la búsqueda de los empresarios por poder y conquista de mercados y prestigiar el interés público, y 3) la carencia de mecanismos de control perfeccionados, tanto externos del Legislativo sobre la administración pública, cuanto internos del propio Poder Ejecutivo, que tornaron la actividad pública más vulnerable (Albuquerque *et al.*, 2006: 5-13).

Frente al creciente reconocimiento de este panorama en los diversos tratados internacionales firmados por varios países en las últimas décadas, la academia siguió este movimiento y produjo diversos estudios buscando solucionar el problema de la improbidad en los procedimientos administrativos, especialmente lo relacionado al procedimiento de contratación pública.

En esta vertiente surge la concepción de “gobierno abierto”, también conocido como *open government*, que consiste en un conjunto de medidas direccionadas a potenciar el diálogo constante entre los ciudadanos y la administración pública, con el objetivo de que la población, tradicionalmente alejada de las decisiones de los gestores públicos, puedan conocer qué hacen y cómo lo hacen, así como, por otro lado, acercar el poder público de la ciudadanía para que puedan escucharlos y adaptar sus decisiones a las reales preferencias populares (Calderón y Lorenzo, 2010: 9-12).

Es conveniente aclarar que el gobierno abierto no significa un gobierno transparente, sino que la transparencia gubernamental es uno de sus tres pilares, al lado de la accesibilidad a la información pública y la participación ciudadana. Se puede decir que para que un gobierno y/o administración pública sea calificada como abierta es necesario que se contemplen las siguientes características: 1) transparencia: las acciones públicas y los individuos responsables de las mismas en el ejercicio de la función pública estén bajo el escrutinio público, debiendo informar de manera comprensible las informaciones públicas cuando sean requeridas y sujetas a la impugnación; 2) accesibilidad: los servicios públicos y la información sobre los mismos sean fácilmente accesibles por cualquier ciudadano, en cualquier momento y en cualquier lugar, y 3) el gobierno y/o administración pública sean capaces de conferir respuesta a las nuevas demandas, ideas y necesidades que presenta la ciudadanía y la oportunidad de que ésta participe en el proceso decisorio (Ramírez-Alujas, 2011: 109).

Importa señalar que la idea de gobierno abierto tiene una profunda relación con la noción de democracia, eso porque cada uno de los elementos que lo integran sólo se realizan cuando están bajo las garantías inherentes a los sistemas democráticos de gobierno, pues son derechos y prerrogativas conferidas a los ciudadanos porque son los detentores del poder y de la soberanía. La soberanía popular es lo que fundamenta el control de la administración pública por parte de la ciudadanía, por lo que el gobierno abierto no se realiza en regímenes políticos autocráticos u oligárquicos, donde el control de la máquina pública está en las manos de uno o de pocos. Incluso, el gobierno abierto es asociado a la profundización de la democracia, así lo afirma Enrique Conejero Paz (2014: 3):

Gobierno abierto y profundización de la democracia son dos caras de la misma moneda ya que las medidas para implementarlo constituyen una nueva forma de aproximarse a los ciudadanos, una revolución en la forma de utilizar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

la información de las administraciones públicas o, incluso, una plataforma en la que los ciudadanos se convierten en los verdaderos protagonistas de la democracia.

La última década en Brasil ha sido marcada por una serie de conspiraciones de corrupción en el sector público, puestas al conocimiento de los ciudadanos debido a las investigaciones llevadas a cabo por la Policía Federal en conjunto con los otros órganos estatales, cuyos trabajos tomaron mayores proporciones gracias a las garantías fundamentales de la democracia, tal como la libertad de prensa y la transparencia pública, que, aunque ha sido importante para develar actos corruptos, involucrando miembros del gobierno, su desarrollo no ha impedido su desviación en favor de actos delictivos.

Uno de los casos más conocidos de corrupción en el seno de las contrataciones públicas ha sido protagonizado por el grupo empresarial brasileño contratista Odebrecht. La compañía brasileña se ocupaba de sobornar a los altos funcionarios gubernamentales relacionados con empresas estatales, con el objetivo de adjudicarles los principales contratos y ganar determinadas licitaciones con un porcentaje sobre el valor de los contratos. Los pagos eran en forma de soborno para los agentes públicos. La empresa pública en donde se han iniciado las primeras investigaciones de soborno en la Operación Lava Jato ha sido la empresa pública Petróleo Brasileiro S. A., más conocida como Petrobras, la cual ejerce el control mayoritario de la explotación de petróleo en territorio brasileño (Cabral de Vasconcelos, 2017: 9-12).

La publicidad de las informaciones obtenidas por las autoridades conducentes de las investigaciones de la Operación Lava Jato generó un sentimiento de impunidad y clamor por justicia entre los ciudadanos brasileños, estimulados aún más por la prensa independiente. Así las cosas, nuevos hechos delictivos han sido descubiertos debido a delaciones de ejecutivos y agentes públicos, y de los acuerdos de lenidad de las empresas involucradas, que dio a conocer una red de corrupción, que vinculó figuras públicas de varios países y proyectos en Latinoamérica, como en Perú, Colombia, Uruguay, Guatemala, Argentina, Ecuador, Venezuela, República Dominicana, México, Estados Unidos y Suiza.

Buscando hacer frente a los maleficios de la corrupción, que desvían al Estado de sus presupuestos, además de perjudicar toda su eficiencia, ya se

había introducido en Brasil, en la década de los setenta, el modelo administrativo burocrático en el que se basaba en la centralidad de las decisiones —ahora centrada en la jerarquía funcional—, por el profesionalismo, por la legalidad formal y por el control apriorístico del procedimiento administrativo, con la finalidad de sustituir la administración patriarcal y proteger al Estado de su corrupción (Costa, 2008: 832-838).

De acuerdo con la idea de gobierno abierto, este acercamiento entre la administración pública y la ciudadanía se realiza a través de la garantía de la efectividad de sus tres pilares, ya citados tempranamente, que son la transparencia, la participación y la colaboración ciudadana. Sin embargo, tales principios conductores de la actividad pública no se encuentran limitados a los papeles, sino que en los últimos años el gobierno abierto ha sido objeto de gran reconocimiento e impulso por parte de las administraciones públicas de varios países, pero ha conquistado mayor relevancia durante el gobierno de Barack Obama en los Estados Unidos, que adoptó en las primeras horas de su gobierno el Memorándum sobre Transparencia y Gobierno Abierto, en el que afirmó el compromiso de la administración en crear un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno a través de un sistema que contempla los tres pilares ya mencionados (Ramírez-Alujas, 2011: 101).

Es importante señalar que, mientras la idea de gobierno abierto ha ganado gran relevancia en los últimos años, sobre todo por el impulso del gobierno estadounidense bajo la égida de Barack Obama, no se puede olvidar que su concepción no es reciente, pues remonta a la segunda mitad del siglo XX, con su primera mención de manera oficial ocurrida en el espacio político británico en la década de los setenta, aunque ya tenga antecedentes más antiguos a largo de la historia, como en el derecho de acceso a los archivos, que inicia en 1766 con la legislación sueca de libertad de prensa y con la Ley de Acceso a la Información Pública (*Freedom of Information Act-FOIA*) de 1966 en los Estados Unidos (Ramírez-Alujas, 2011: 67-101).

El uso intensivo de la tecnología para garantizar mayor efectividad a tales principios es un destaque de las manifestaciones del gobierno abierto en la práctica de las administraciones públicas de varios países, con especial mención a las tecnologías bajo la etiqueta de la *web 2.0*, también conocido como gobierno 2.0, en que la gestión pública se vale de la tecnología para aproximarse más a los ciudadanos y facilitar la comunicación, la escucha activa y la participación popular para que actúen de forma efectiva

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

en el diseño de políticas y provisión de recursos públicos, en una red que ya es parte de la cotidianidad de las actuales generaciones (Martínez, 2016: 3).

Además de la comunicación entre la administración pública y la ciudadanía, a través del uso de las tecnologías 2.0, también hay un creciente movimiento hacia la apertura de los datos públicos, puestos a disposición de los ciudadanos en portales electrónicos que facilitan el libre acceso y favorece la reutilización de los datos públicos y estimula la participación y la colaboración. Esa transparencia de los datos públicos ha tenido fuerte influencia sobre el procedimiento de contratación pública, sobre todo debido al patrocinio de organismos internacionales, tales como el Banco Mundial y la OCDE.

En el plan normativo internacional, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) se tornó en un marco en materia anticorrupción de gran amplitud y jurídicamente vinculante a los Estados miembros, previendo en su artículo 9o. que las naciones deben adoptar las medidas necesarias para luchar contra la corrupción en la contratación pública, y adoptar procedimientos adecuados con base en los principios de la transparencia y la competencia (Yunkins, 2007: 310). En este mismo sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción (IACAC) realiza en otro esfuerzo de cooperación internacional que, entre otras imposiciones de prevención y combate a la corrupción, en sus diversos ámbitos, demandó a los Estados en su artículo 3o., inciso III, que adopten procedimientos de contratación pública transparentes y eficientes, así como estimular la participación de la ciudadanía (Altamirano, 2007: 491).

Además de los tratados internacionales mencionados, el ámbito internacional aun dispone de otros instrumentos desarrollados con foco en las compras públicas abiertas, estimulando la incorporación de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública y la difusión de los datos para la ciudadanía, permitiendo que ella participe activamente de las licitaciones y ejerza un control del desempeño de la actividad contractual de las administraciones públicas, creando, por consecuencia, dificultades para la operación de conductas corruptas.

Los principios globales para las contrataciones abiertas de la Alianza para la Contratación Abierta es uno de los esfuerzos de organismos internacionales e instituciones no gubernamentales para hacer frente a la corrupción en la contratación pública a través del estímulo a la transparen-



cia proactiva y la participación y supervisión de los ciudadanos (Martínez, 2016: 4-5).

Buscando concretizar los ideales del gobierno abierto, el Estado brasileño asumió acuerdos internacionales en este sentido, y recientemente promulgó la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley 12.527/11, la cual establece la transparencia pública como un derecho de la ciudadanía, imponiendo a la administración pública el deber de responder a los pedidos de información pública formulados por la población, así como a divulgar proactivamente determinadas informaciones en sitios *web*, afectando, entre otros ámbitos, los procedimientos de contratación pública, como será planteado más adelante.

### 1. *Regulación, procedimientos y límites al derecho de acceso a la información pública en Brasil*

La Ley 12.527/11, también llamada de Ley de Acceso a la Información Pública, ha sido promulgada para reglamentar el derecho de acceso a la información pública garantizado en los artículos 5o., inciso XXXIII; 37, § 3o., inciso II, y 216, § 2o., de la Constitución de la República. Establece las restricciones constitucionales a tal derecho, creyendo que no se trata de un derecho absoluto, tal como será planteado en la próxima sección.

Teniendo en cuenta que el derecho de acceso a la información pública es elevado a un derecho de base constitucional y, por lo tanto, elegido como uno de los principios a ser observado por la administración pública, también conocido doctrinariamente como principio de publicidad, y que acompaña a otros como legalidad, moralidad, eficiencia e impersonalidad (Striquer, 2007: 67).

Dicha Ley busca conferir transparencia al Estado tal como lo preconiza la carta magna, garantizada a cualquier ciudadano o persona extranjera que se encuentre en territorio brasileño, según lo indica la Constitución y, por lo tanto, es un derecho fundamental. En Latinoamérica, en virtud de los compromisos internacionales, sobre todo la IACAC, otros países sudamericanos siguen el mismo camino de Brasil, promulgando legislaciones que garantizan el acceso a la información pública a la ciudadanía, como Perú con la Ley 27.806/03 y Chile con la Ley 20.285/08.

El derecho al acceso a la información pública es mirado inicialmente como un derecho subjetivo que, según el jurista alemán Georg Jellinek

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

(1910: 19), “es el poder de la voluntad humana que, protegido y reconocido por el ordenamiento jurídico, tiene por objeto un bien o interés”. De acuerdo con esta premisa inicial, la transparencia es un bien o un interés protegido por el poder de la voluntad perteneciente al individuo, pero esta voluntad es introducida como un medio de realización y defensa del interés; es decir, la voluntad es un elemento servil del interés. Así, el jurista alemán modifica su concepción original para concebir la idea de un derecho público subjetivo en el que se pone el énfasis en la fuerza jurídica puesta al servicio de ese interés, por lo que la transparencia, como un derecho público subjetivo, consiste en un poder de la voluntad dirigido a satisfacer un interés protegido por la ley.

Además de ser un derecho perteneciente a toda persona individualmente, también es un instrumento jurídico de control de la actuación estatal, pues permite a su titular obligar, judicialmente, al Estado a ejecutar su deber (Duarte, 2004: 113). En este sentido, el acceso a la información pública es protegido por el ordenamiento jurídico como un derecho de cada ciudadano, que, por esa razón, puede exigir el cumplimiento de dicho derecho frente al Estado, en virtud del bien jurídico de la efectividad de la democracia.

El artículo 8o. de la Ley de Acceso a la Información Pública determina expresamente el deber que tienen las administraciones públicas para divulgar los documentos de contratación pública, incluyendo el resultado del procedimiento y el contrato firmado, en sitio *web*, de acuerdo con la concepción de informatización de los procedimientos administrativos previstos de la *web 2.0* ya mencionada.

De hecho, tal dispositivo legal es un importante avance en la lucha contra la corrupción en la contratación pública, y garantía de la moralidad en las actividades administrativas, pues la obligatoriedad de publicar los documentos relativos a los procedimientos de contratación pública produce dos efectos considerables, que son: 1) la mayor publicidad de los actos públicos y la facilidad del control del procedimiento administrativo por parte de la ciudadanía, y 2) el mayor compromiso de la administración pública en mantener la legalidad y moralidad en los procedimientos, y así saber que es fiscalizada por los ciudadanos.

La información pública no es divulgada a los ciudadanos solamente mediante el requerimiento de éstos, según una lógica reactiva, sino que el artículo 7o. de dicho ordenamiento legal determina las hipótesis que la

administración pública está obligada a conferir publicidad a sus actos administrativos, llamado por la doctrina jurídica como publicidad activa. Ésta se da cuando la administración pública toma para sí la iniciativa de tornar la información pública a la ciudadanía, independientemente de que sea solicitada, teniendo como su principal canal la red mundial de computadoras (Castro, 2016: 9).

Tanto la Ley 12.527/11 como el Decreto 7.724/12 que lo reglamenta definen elementos que deben constar en los portales *web* de los órganos públicos como indicadores de transparencia activa. El artículo 8o. de la Ley de Acceso a la Información Pública establece el deber de la administración pública en promover, independientemente de requerimientos, la divulgación de informaciones de interés colectivo en un sitio de fácil acceso, que ha sido publicado en la red mundial de computadoras en virtud del artículo 7o. del mismo ordenamiento legal. El artículo 8o. aun prevé una serie de requisitos para la divulgación de las informaciones públicas, así como el decreto que lo reglamenta en el ámbito de la administración pública federal que detalla el dispositivo relativo a la publicidad activa, exponiendo cuáles son las informaciones que deben constar en las páginas *web* de los órganos públicos (Medleg, 2013: 430).

Tal como se verifica por la lectura de los mencionados dispositivos legales, la Ley de Acceso a la Información Pública aumenta la obligación de la administración pública en mantener la transparencia de sus actos, divulgándolos en sitio *web*, y en lo que se refiere a la contratación pública, no sólo la convocatoria pública debe ser divulgada, sino también el contrato firmado y el resultado de la contratación. La transparencia en la contratación pública contribuye para que los administradores observen más los principios de la publicidad y la moralidad; como consecuencia, se protege al principio de la competitividad que debe prevalecer en la disputa por el contrato público.

La no observación del requisito de publicidad de los documentos referentes al procedimiento de contratación pública resulta en violación al requisito de legalidad, que rige a las actividades administrativas, y torna todo el procedimiento nulo; es decir, que los actos administrativos en el ámbito del procedimiento de contratación pública no van a ser convalidados por nulidad absoluta (Santos, 2012). Sin embargo, es válido señalar que la propia Ley 12.527/11 prevé una hipótesis de excepción a la obligación de

publicidad activa, que se refiere a las administraciones públicas de los municipios con población hasta de 10 mil habitantes.

Por otro lado, dicha Ley también prevé el deber de la administración pública de recibir las solicitudes de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía, que según la doctrina jurídica se trata de la publicidad pasiva. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 12.527/11, la administración pública tiene un plazo de veinte días, prorrogables hasta diez más, para contestar a las solicitudes de acceso a la información pública, cuando su ofrecimiento inmediato no es posible.

Sin embargo, el derecho de acceso a la información pública, protegido constitucionalmente como un derecho fundamental y reglamentado por el comentado ordenamiento legal, no es un derecho absoluto, sino que admite restricciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional. El artículo 23 de la Ley de Acceso a la Información Pública prevé ocho hipótesis por las cuales la información pública recibe la clasificación de sigilosa y, por lo tanto, es permitido el acceso restringido. Dicha Ley establece un régimen de sigilo basado en tres grados, los cuales son “reservado”, “secreto” y “ultra secreto”, con un plazo máximo de restricción de 5, 15 y 25 años, respectivamente.

El artículo 24 prevé la restricción a la información pública por motivo de grado de confidencialidad especial, que se refiere a las informaciones que puedan poner en riesgo la seguridad del presidente y del vicepresidente de la República y sus respectivos cónyuges e hijos, y cuya confidencialidad prevalece hasta el fin de su último mandato electivo.

El artículo 24, § 5o., de la Ley 12.527/11 establece los criterios que deben ser observados por la administración pública para determinar el grado de sigilo de la información pública, que son: 1) la gravedad del riesgo o daño a la seguridad de la sociedad y del Estado, y 2) el plazo máximo de restricción de acceso o el evento que defina el término final. Las autoridades competentes para tal clasificación están dispuestas expresamente *numerus clausus* en el artículo 27 del indicado ordenamiento legal y varían de acuerdo con el grado de confidencialidad de la información pública (Condeixa, 2012: 3-4).

Además de las hipótesis de clasificación de sigilo, previstas en el artículo 23 de la Ley de Acceso a la Información Pública, el ordenamiento jurídico brasileño permite la restricción a este acceso, como las informaciones relativas a los datos de carácter personal, que incluso es contemplado por

el artículo 31, § 1o., inciso I, de dicho ordenamiento legal. La Ley en el artículo 7o., § 1o., aun prevé otra hipótesis de restricción al derecho de acceso a la información pública, que está relacionada con las informaciones relativas a los proyectos de investigación y desarrollo científico o tecnológico cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado, lo que alcanza, por ejemplo, las informaciones que exponen secretos nucleares a terroristas, patentes de interés de la defensa nacional de que trata el artículo 75 de la Ley 9.279/96, entre otros.

Las restricciones previstas en los diplomas legales distintos de la Ley de Acceso a la Información Pública en la normativa brasileña están previstas en: *a)* el artículo 5o., inciso XII, de la Constitución Federal, referente al sigilo de las comunicaciones; *b)* el artículo 5o., incisos X y XII, de la Constitución Federal, referente al sigilo de los datos; *c)* el artículo 5o., inciso XIV, de la Constitución Federal, referente al sigilo de la fuente; *d)* los artículos 5o., inciso XXXVIII, letra b; 14; 52, incisos III, IV y XI; 55, § 2o.; 66, § 4o.; 119, inciso I; 120, § 1o., inciso I, y 130-A, § 3o., de la Constitución Federal, referentes al sigilo de las votaciones electorales; *e)* los artículos 154 del Código Penal y 230 del Código Penal Militar, referentes al sigilo profesional; *f)* los artículos 153 del Código Penal y 228 del Código Penal Militar, referentes al sigilo particular; *g)* el artículo 198 del Código Tributario Nacional, referente al sigilo fiscal; *h)* el artículo 9o. de la Ley 9.883/99, referente al sigilo de las actividades de la Agencia Brasileña de Inteligencia Nacional (ABIN); *i)* el artículo 195 de la Ley 9.279/96, referente al sigilo industrial; *j)* el artículo 18 de la Ley 7.492/86, referente al sigilo de operación y servicio prestado por institución financiera, y *k)* el artículo 3o., § 3o., de la Ley 8.666/93, referente al sigilo de la oferta presentada en procedimiento de contratación pública.

En el caso del sigilo de las ofertas presentadas en el procedimiento de contratación pública, si se trata de un sigilo temporal para garantizar la justa competencia, evitando que otro licitador solicite datos de la oferta de su competidor para ofrecer una propuesta más ventajosa en términos de precio o técnica. Todavía, superada la fase de evaluación y selección de la oferta, los datos se tornan públicos, incluso para permitir que un licitador pueda recurrir de la decisión de la administración pública que adjudicó un contrato público.

Sin embargo, el derecho de acceso a la información pública no siempre es respetado en el ámbito de la administración pública, aunque este

derecho esté reglamentado y garantizado por ley, lo que lleva a los ciudadanos a recurrir a los medios administrativos y judiciales disponibles para garantizar su derecho de acceso a la información pública, los cuales están previstos en la legislación y serán planteados en el ítem siguiente.

## *2. Instrumentos jurídicos e institucionales de garantía al derecho de acceso a la información pública en Brasil*

En los casos de publicidad pasiva en que la ciudadanía solicita a la administración pública el acceso a la información pública resguardado por ley, es posible que el órgano público rechace la solicitud, ya sea con base en una justificación basada en una interpretación de la norma, como por deliberado incumplimiento del deber. En esta hipótesis, el artículo 15 de la Ley 12.527/11 permite que el titular del derecho interponga un recurso en ámbito administrativo ante a la autoridad jerárquica superior al administrador público que ha negado la información, en el plazo de diez días.

En el ámbito del Poder Ejecutivo federal, el artículo 16 de dicha Ley aun prevé recurso a la Contraloría General de la Unión (CGU) como tercera instancia, y el § 3o. de tal dispositivo legal prevé la Comisión Mixta de Revaluación de Información como la cuarta instancia de recurso. En los casos de pedido de desclasificación de sigilo de la información pública, donde el ciudadano cuestiona la clasificación de confidencialidad de la información pública, además de las instancias ya mencionadas, hay una quinta instancia para interposición de recurso, que es el ministro de Estado del respectivo órgano.

Tratándose del Poder Judicial y del Ministerio Público, que también poseen actividades administrativas e incluso realizan procedimientos de contratación pública, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y el Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP), ejercen la tercera instancia de recursos, respectivamente.

En el ámbito de los estados y municipios, la Ley de Acceso a la Información Pública deja a cada uno de los miembros de la Federación la competencia para reglamentar los procedimientos de recursos a la negativa de acceso a la información por parte de las administraciones públicas.

Las autoridades administrativas responsables por el juzgamiento de los recursos interpuestos por la ciudadanía, relativos a la negativa de acceso a la información pública por parte de la administración pública, son objeto

de críticas por parte de la academia brasileña debido al hecho de que estos órganos competentes, a ejemplo de la Comisión Mixta de Revaluación, son compuestos exclusivamente por miembros del gobierno, lo que compromete sus decisiones. Además, no hay información pública disponible sobre cuándo serán juzgados los recursos, tampoco existe un estatuto que disponga sobre los parámetros que orientan las decisiones de estas autoridades (Conectas Direitos Humanos, 2014).

Cabe señalar que la organización no gubernamental Conectas Derechos Humanos (CDH) emitió un informe sobre las experiencias obtenidas con las solicitudes públicas de acceso a la información hechas por la entidad ante la administración pública federal en 2014 (CDH, 2014), en cuanto que, por otro lado, la CGU también emitió, sobre el mismo período, un informe de la implementación de la Ley de Acceso a la Información Pública (CGU, 2015). El objetivo de la presentación de los datos divulgados por las dos entidades es contrastar los datos emanados por la administración pública y de un ente no afectado por conflictos de interés en demostrar resultados de transparencia.

De acuerdo con la CDH, solamente 22.2% de los 27 pedidos de acceso a la información pública realizados por la entidad han sido respondidos integralmente, en tanto que 25.9% estuvieron sin respuesta, y 7.4% de las solicitudes tuvieron negado el total acceso por las autoridades. De acuerdo con la CGU, 69% de las solicitudes recibidas han sido respondidas integralmente, en cuanto que 12.95% estuvieron sin respuesta, que, según la entidad, resulta por no tratarse de solicitud de información, o por tratarse de información inexistente, o porque el órgano no tiene competencia para responder, o porque la solicitud estuvo duplicada. De las 232,000 solicitudes de acceso a la información enviadas a los órganos públicos sometidos a la CGU, 10.55% han sido negados.

De acuerdo con un balance hecho por la organización no gubernamental Article 19 sobre los últimos cinco años de la entrada en vigor de la Ley de Acceso a la Información Pública, la implementación de la transparencia en las administraciones públicas brasileñas sigue un camino muy lento y no está en una situación ideal, pues aún no ha sido adoptado por la mayoría de los órganos y entidades públicas. Sin embargo, la entidad señala aspectos considerados urgentes acerca de la diseminación y aplicación de dicha Ley en las administraciones públicas, que son: a) hay una disparidad en el grado de efectividad de aplicación de la ley en los tres poderes en

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

el ámbito federal, siendo aún más crítico en los estados y municipios; *b*) hay ausencia de sitios *web* especializados para la realización de solicitudes de información en algunas esferas y niveles de poder, así como no hay garantía de acceso *offline* a la información, lo que es un limitador del ejercicio del derecho; *c*) en todas las esferas de gobierno, en especial la estatal y municipal, hay imposición de exigencias excesivas relativas a la identificación del solicitante; *d*) aún hay baja publicidad activa de las informaciones públicas con calidad suficiente que viabilicen la participación popular efectiva; *e*) existen dudas e incoherencias en la divulgación del listado de documentos clasificados como sigilosos, y *f*) aunque las respuestas a las solicitudes han mejorado, la calidad e integralidad de las respuestas aún es crítica (Nóbrega, 2017: 8-9).

En términos de publicidad activa, hay una carencia en cuanto a referencias a la participación popular y al listado de documentos clasificados y desclasificados como sigilosos para permitir el conocimiento público acerca de las restricciones de acceso a la información pública. Con relación a la publicidad pasiva, las mayores dificultades se refieren a la calidad de las respuestas y la necesidad de un registro de los recursos.

Con relación a la actuación de las autoridades competentes para hacer cumplir las normas de la Ley de Acceso a la Información Pública, el estudio de Nóbrega (2017: 10-11) verificó que hay pocas informaciones centralizadas en los órganos de control acerca de los documentos que fueron desclasificados y de las solicitudes de desclasificación en el ámbito de los estados y municipios, así como respecto de los agentes públicos responsabilizados por conducta inadecuada a dicha Ley.

Actualmente no existe en Brasil un órgano autónomo destinado a promover y garantizar el acceso a la información pública en todos los niveles y esferas de gobierno, dejándose a cargo de la CGU la tarea de conducir la implementación de la transparencia en los órganos públicos del Poder Ejecutivo federal. Todavía, desde 2016 la CGU se tornó un Ministerio, lo que enflaquece el órgano de control, pues posee el mismo nivel de autonomía que los órganos que investiga, perjudicando no sólo la lucha contra la corrupción, sino también la promoción y garantía de la transparencia en la actividad administrativa.

La Comisión Mixta de Revaluación de las Informaciones es una autoridad con capacidad meramente resolutoria limitada a revisar la clasificación y prórroga de sigilo de informaciones públicas, no poseyendo capaci-



dad sancionadora, la cual pertenece a otras autoridades de acuerdo con el estatuto que rige al agente público infractor.

La negativa a proporcionar información pública solicitada en los términos de la Ley, el injustificado retraso a proporcionar la información o su ofrecimiento de forma incorrecta, incompleta o imprecisa, por dolo del agente público, configura un ilícito administrativo. El artículo 32 de la Ley 12.527/11 enumera una serie de conductas que resultan en responsabilidad administrativa al agente público que frustra el derecho de acceso a la información pública, considerado un acto que atenta contra la transparencia de la actividad pública.

En el caso de que la violación a dicha Ley sea cometida por un agente público militar, podrá resultar como transgresión disciplinar media o grave, de acuerdo con los estatutos de las fuerzas armadas, además de configurar improbidad administrativa. Para los agentes públicos civiles federales se aplicará sanción administrativa de acuerdo con el Estatuto de los Funcionarios Públicos Federales, con pena mínima aplicable de suspensión, siendo posible aun responder por improbidad administrativa.

En caso de que la infracción a la Ley de Acceso a la Información Pública haya sido practicada por una persona privada que, por fuerza de actividad pública ejercida o vínculo con la administración pública, tenga acceso a informaciones públicas, responde de acuerdo con el artículo 33 de la Ley, siendo posible suspender su derecho de contratar con la administración pública hasta por dos años o hasta que se rehabilite con la misma en caso de haber declaración de no idónea.

La crítica acerca de las autoridades sancionadoras de las conductas que violan la Ley de Acceso a la Información Pública por parte de los agentes públicos merece críticas a su debilidad al no establecer una autoridad independiente para aplicar las sanciones, sino que confiere este poder-deber a una comisión de jerarquía superior del mismo órgano que ha recusado la prestación de información, lo que abre margen al conflicto de intereses y la impunidad.

Mientras estos aspectos críticos de la legislación que buscan garantizar la transparencia en la actividad pública, hubo un gran avance en esta materia, especialmente por ser una herramienta muy importante para frenar la corrupción en la contratación pública en Brasil, cuyos casos descubiertos crecen vertiginosamente en la prensa nacional e internacional. Sin embargo, antes que se plantee sobre cómo la transparencia puede impactar en las

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

conductas corruptas en el ámbito de los procedimientos de contratación pública, es importante plantear sobre cómo la corrupción se manifiesta en este escenario, lo que será objeto del apartado siguiente.

### III. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BRASIL

Mientras los estudios históricos sobre la civilización humana consideren que el procedimiento de contratación pública se remonta a los inicios de la organización política de la sociedad como mecanismo utilizado para adquisición de los despojos de guerra y para realización de obras públicas, con un incipiente desarrollo y tímido abordaje en el derecho romano (Fernández, 2010: 212-213), su protagonismo y finalidad con que se le conoce actualmente se remonta a la génesis de la administración pública burócrata.

En el siglo XIX, durante la hegemonía del Estado liberal, surge la administración pública burócrata como respuesta a la antigua administración pública patrimonialista que buscaba mantener los beneficios socioeconómicos del clero y la nobleza, en un Estado absoluto donde prevalecía la figura monárquica como el centro de las decisiones político-administrativas, lo que abrió margen a la corrupción, favoritismo y nepotismo dentro de la administración pública (Bresser, 1996: 4).

Buscando hacer frente a tales maleficios que desviaban al Estado de sus presupuestos, además de perjudicar toda su eficiencia, fue que se introdujo, a través de la administración burócrata, la centralidad de las decisiones, ahora basada en la jerarquía funcional, por el profesionalismo, la legalidad formal y el control apriorístico del procedimiento administrativo con el objetivo de sustituir la administración patriarcal y proteger el Estado de su corrupción (Bresser, 1996: 5).

El modelo administrativo burocrático es la clásica concepción del funcionamiento del Estado basado en relaciones jerarquizadas de subordinación entre órganos y agentes, dirigida hacia una finalidad de mayor grado de intervención para reducir las desigualdades sociales y por eso ocupándose del desarrollo de diversas tareas, además del mínimo esencial. Con el aumento de la máquina pública, este modelo de administración se caracterizó por una autoridad basada no más en el nepotismo, sino en la legalidad; la competencia técnica empezó a ser el criterio de selección personal,

hubo un control de las finalidades de la administración y un énfasis mayor en los procedimientos (Mazza, 2011: 30-31).

En este momento, el procedimiento de contratación pública se tornó más evidente y ganaron las formas basillares por las que se le conoce actualmente. Sin embargo, el mayor énfasis en los procedimientos administrativos han sido objeto de críticas en cuanto a su engrosamiento y por ser demasiado prolijo, con el objetivo de luchar contra la corrupción y la ineficiencia que, al fin y al cabo, no se alcanzaban, pues la máquina pública permanecía sin la debida gerencia, y especialmente los procedimientos de contratación pública estaban llenos de vicios, brechas legales y mala calificación de los entes públicos (Vieira, 2006).

En este contexto, surge la administración gerencial para corregir tales problemas a través de una gestión más eficiente de los gastos públicos, uso de procedimientos más flexibles, descentralización administrativa y responsabilidad del gestor público, donde incluso el procedimiento de contratación pública sufrió cambios a costa de su mejoramiento efectivo, sobre todo en su direccionamiento hacia el control eficiente de los gastos en las compras y contrataciones (Secchi, 2009: 354).

El modelo administrativo gerencial, al revés del burocrático, buscó disminuir la máquina pública por medio de la reducción de las atribuciones del Estado para un mínimo esencial, como el ejercicio del poder de policía, las actividades legislativas y judiciales, y mínimamente algunos aspectos de asistencia social. El alcance de tal finalidad reposa sobre la descentralización política y administrativa, con una estructura organizacional compuesta de pocos niveles jerárquicos, mayor flexibilidad y control de resultados, al contrario del control de los procedimientos, permitiéndose la mayor participación y control democrático por la sociedad civil (Carvalho, 2009).

La mayor diferencia entre estos modelos administrativos con relación a la contratación pública es que en la administración burócrata el control se basa en los procedimientos; es decir, la forma como los actos administrativos son realizados está íntimamente conectada a la rigidez del sistema normativo; al paso que la administración gerencial tiene un control basado en los resultados de tales actos administrativos que, por consecuencia, permitió mayor flexibilidad en la utilización de los recursos que, por tal razón, estimuló una actuación cada vez más intensa de los órganos de fiscalización sobre la utilización de tales recursos en los procedimientos licitatorios.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Mientras haya honrosos esfuerzos de modernización legislativa con el objetivo de frenar el avance de la corrupción en el seno de la contratación pública, se han producido muy pocos efectos prácticos, puesto que la corrupción en este sector continúa, cada vez más frecuente que en otras ramas de la actividad pública. Además de los motivos ya mencionados tempranamente, lo que alimenta esta condición en Brasil es que los fraudes en licitaciones son una herencia transmitida desde las administraciones imperiales, y por esta razón se ha ganado mucha experiencia para tornarlos cada vez más sofisticados. Se suma a eso el hecho de que poco se ha invertido para que los órganos de control y fiscalización fuesen dotados de inteligencia capaz de acompañar este desarrollo por parte de los criminales, así que la disparidad entre la agilidad de los defraudadores y las autoridades fiscales permite que éste sea un campo fértil para la práctica corrupta, mientras que en los últimos años las policías y las fiscalías brasileñas han descubierto muchos casos de fraudes de licitaciones (De Vasconcelos, 2005: 8-21).

Antes de profundizar el estudio de las licitaciones en Brasil, es necesario poner atención a una importante cuestión de orden que es respecto de la naturaleza jurídica de este instituto. La academia jurídica abunda en el debate sobre la materia, ahora concibiendo la oferta como un acto administrativo, y como un procedimiento administrativo, que la doctrina jurídica brasileña referencia como procedimiento y proceso administrativo, respectivamente. Esta observación es importante porque las palabras, mientras sean similares, tienen relación a conceptos distintos que pueden confundir al proceder a la lectura de los estudios en lenguaje hispano luso, pues

...los autores de lengua castellana ya emplean la palabra “procedimiento” en el sentido de proceso administrativo, ahora en el procedimiento administrativo propiamente dicho, lo que exige del lector la debida atención para hacer la distinción necesaria, ya que para nosotros proceso y procedimiento tienen un significado jurídico diverso (Meirelles, 1996: 139).

Respecto del acto administrativo, se han desarrollado muy diversos conceptos formulados con criterios diferentes, siendo posible separarlos en dos grandes grupos, a saber, los elaborados con un criterio orgánico y los planteados con un criterio material. El acto administrativo, según un criterio orgánico, también llamado subjetivo o formal, es aquel realizado

sólo por los órganos administrativos del poder público, excluyendo a los órganos judiciales y legislativos; al paso que el acto administrativo, según un criterio material, también llamado objetivo o sustancial, independientemente de la naturaleza del órgano que lo realiza, sino que importa la sustancia administrativa del acto, es decir, que su contenido sea producto de una actividad materialmente administrativa. El ordenamiento jurídico brasileño adopta la concepción del acto administrativo de acuerdo con el criterio material, pues sabemos que, incluso, los órganos jurisdiccionales y legislativos también realizan licitaciones que son actos administrativos no restringidos a los órganos puramente administrativos.

El acto administrativo puede ser concebido de acuerdo con un sentido lato o amplio, según el cual se considera como todo aquel que es realizado en ejercicio de la función de administración que produce efectos jurídicos (Gordillo, 1969: 40). Sin embargo, buscando una definición más significativa que evite excesivos fraccionamientos y permita la aplicación de mayor número de principios, se formuló la concepción orientada por un sentido restringido, que es la defendida por la mayoría de la academia brasileña, según el cual, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídico directos respecto de casos individuales específicos (Alessi, 1970: 249).

A su vez, la doctrina administrativa también considera el acto administrativo dentro de una sistematización articulada a una finalidad u objetivo común, tal como Héctor Jorge Escola (1984: 503) afirma al decir que "...comúnmente, para dictar un acto administrativo se requiere seguir un procedimiento, una serie de actos y condiciones, previamente establecidos, como vía que debe adoptarse para formar la voluntad administrativa y expresarla en un acto". Así que la ordenación y sistematización del ejercicio de las competencias y facultades de la administración pública consiste en el procedimiento administrativo definido como una serie de actos administrativos sucesivos que deben efectuarse para lograr un fin específico que no podrá alcanzarse si falta alguno o varios de ellos (Carnelutti, 1942: 243).

En el ordenamiento jurídico brasileño (el artículo 37, XXI, de la Constitución Federal y, por consecuencia, la Ley 8.666/93, que es la legislación a nivel federal que reglamenta la licitación en todas las administraciones públicas del territorio nacional) se adopta el entendimiento mayoritario de la academia brasileña que lo concibe como un proceso administrativo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

(procedimiento administrativo), mientras otra parte de los estudiosos brasileños aún lo consideran como un procedimiento (acto administrativo). De hecho, se comprende el procedimiento administrativo como una fase o etapa procesal, siendo así un acto aislado sin principio, medio y fin, al revés del proceso administrativo que es compuesto de varios procedimientos interconectados por un objetivo común. Este es el caso de la licitación, cuya naturaleza jurídica es interpretada como una naturaleza jurídica procesal, compuesta de diversas fases o procedimientos administrativos (Bandeira de Mello, 1991: 346-347).

En Brasil, el procedimiento de contratación pública ha sido objeto de diversas transformaciones a lo largo de las últimas décadas, empezando con el Decreto 2.926/62, que reglamentó el procedimiento y fue complementado por diversas leyes posteriores, y sistematizado en el ámbito federal a través del Decreto-Ley 200/62 y extendido a las otras esferas de poder por medio de la Ley 545/68.

Aunque con las reformas administrativas operadas en el sesgo del procedimiento de contratación pública, operado por tales emanaciones legislativas, dicho procedimiento permanecía lleno de brechas legales, que abrió margen para varias interpretaciones, muchas de ellas de carácter subversivo, en un reflejo de la administración centralizadora y burócrata que dirigía el país durante el período de dictadura militar que llevó veinte años para ser derribado.

Con el advenimiento del proceso de democratización de Brasil, el procedimiento de contratación pública conquistó notoriedad con el Decreto-Ley 2.300/86 y sus siguientes actualizaciones en los Decretos-Ley 2.348/87 y 2.360/87 que establecerán, por primera vez, un estatuto legal con normas generales y específicas destinadas exclusivamente a la materia del procedimiento de contratación pública.

Con el vigor de la Constitución democrática brasileña de 1988, el procedimiento de contratación pública adquirió estatus de principio constitucional, inserto en el artículo 37, inciso XXI, de la carta magna, que posteriormente fue reglamentada por la Unión, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 22, inciso XXVII, a través de la Ley 8.666/93, que ha sido un marco en materia legislativa referente al procedimiento de contratación pública en Brasil.

Toda la administración pública a nivel federal, regional y local, está sometida a la obligatoriedad de observancia de la legislación sobre lici-

tación para proceder a la compra de bienes o contratación de servicios, estando dispensadas de contratar según el procedimiento licitatorio en las hipótesis del artículo 24 de la Ley 8.666/93, y siendo inaplicable cuando se cumple lo dispuesto en el artículo 25 del mismo ordenamiento legal. Están sujetos a este procedimiento los órganos de la administración directa, los fondos sociales, las autarquías, las fundaciones públicas, las empresas públicas, las sociedades de economía mixta y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Unión, estados, Distrito Federal y municipios, así como las corporaciones legislativas, el Poder Judicial y los tribunales de cuentas. Las contrataciones corren a cargo de cada entidad contratante de forma autónoma, respetándose, además de las normas federales, los reglamentos locales y las normas presupuestarias (Di Pietro, 2011: 329).

Aunque el advenimiento de dicha legislación tenga instituido diversas modalidades de procedimiento de contratación pública, que son la competición (artículo 22, I, § 1o. de la Ley 8.666/93), la tomada de precio (artículo 22, II, § 2o. de la Ley 8.666/93), el convite (artículo 22, III, § 3o. de la Ley 8.666/93), el concurso (artículo 22, IV, § 4o. de la Ley 8.666/93) y la subasta (artículo 22, VI, § 5o. de la Ley 8.666/93), los resquicios de la administración burócrata aún permanecieron presentes en el procedimiento a través de los plazos, análisis documental previo, recursos, entre otros requisitos legales que influenciaban en la celeridad del procedimiento. Buscando superar tal problema y conferir mayor celeridad al procedimiento de contratación pública, la Medida Provisoria 2.026/00 introdujo en el ordenamiento jurídico brasileño el pregón como nueva modalidad de contratación pública que, inicialmente se restringió al ámbito federal, posteriormente fue extendido a los estados y municipios por medio de la Ley 10.520/02.

La existencia de las tres primeras modalidades de licitación presentes en el artículo 22 de la Ley 8.666/93 (competición, tomada de precio y convite), componen una modalidad común, porque pueden ser utilizadas por cualquier tipo de contratación previsto en el artículo 45 de dicho ordenamiento legal, diferenciándose entre sí de acuerdo con la estructura de las fases de publicidad, habilitación y proposición. Por otro lado, las últimas modalidades de licitación presentes en el mismo dispositivo legal, el concurso y la subasta, componen modos especiales porque son destinadas a finalidades específicas previstas en la norma. Así que, entre las modali-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

dades comunes, lo que determina la adopción de una u otra es el valor económico estimado para la contratación, siendo permitido a la administración la adopción de modalidad superior al valor económico aplicable debido a la complejidad del objeto de contratación; al paso que para las modalidades especiales la elección está basada en un criterio de finalidad.

La modalidad de pregón, prevista en legislación apartada, no posee límite de valor a ser contratado, pero es restringido a la adquisición de bienes o servicios comunes, entendidos como aquellos cuyos patrones de desempeño y calidad pueden ser objetivamente definidos en convocatoria, conforme a la disposición del párrafo único del artículo 1o. de la Ley 10.520/02. La gran innovación de tal modalidad es que una inversión de las fases de habilitación y análisis de las ofertas, la posibilidad de ofertas verbales y negociaciones de valores, simplificación y reducción del número de recursos y plazos, y la informatización de todo el procedimiento, permite que más ciudadanos puedan hacer ofertas y así aumentar la competencia. Hay que señalar que el rol constante en el artículo 22 de la Ley 8.666/93, por disposición del párrafo octavo, acumulativo con la modalidad de pregón, prevista en la Ley 10.520/02, no permite la combinación de las reglas procedimentales a modo de producir modalidades innovadoras para contratación.

Es importante destacar que las modalidades de licitación consisten en institutos jurídicos distintos de los tipos de licitación, como bien determinó el legislador brasileño. Los tipos de licitación están previstos en el artículo 45 de la Ley 8.666/93 y determinan los criterios de evaluación y elección de la mejor oferta por la administración pública. Los tres tipos básicos son menor precio, mejor técnica y técnica y precio, siendo las dos últimas aplicables a las situaciones especiales del artículo 46 que tienen relación con la contratación de servicios de naturaleza predominantemente intelectual. El cuarto tipo, que es el de mayor lance u oferta, es adoptado específicamente en los casos de venta de bienes o concesión del derecho real de uso.

En virtud de la Copa del Mundo de 2014 y de los Juegos Olímpicos de 2016, el gobierno brasileño buscó conferir mayor celeridad al procedimiento de contratación pública para la adquisición de bienes y servicios relacionados con estos dos eventos y las obras del Programa de Aceleración del Crecimiento, instituido por el Ejecutivo federal, por considerar que los actuales modelos previstos en las leyes 8.666/93 y 10.520/02 estaban alejadas de los preceptos de la administración pública gerencial, pues espe-



cialmente en la fase de evaluación y selección de ofertas, el procedimiento de contratación pública debería empezar con la verificación de documentos que permitían la presentación de recursos que al fin y al cabo retardaban el procedimiento (Heinen, 2013: 3).

Por esa razón, se instituyó a través de la Ley 12.462/11 el Régimen Diferenciado de Contratación (RDC) con el objeto de acortar el tiempo del procedimiento de contratación pública y el costo de los proyectos públicos por medio de una simplificación del modelo tradicional, donde se permite la inversión de la fase de habilitación del licitador y de evaluación y selección de oferta para que primero se evalúe la oferta y se establezca la fase de lances de menor precio para la administración pública, tal como una subasta inversa, y al final la habilitación del licitador, que es una fase más morosa (Heinen, 2013: 4-5).

Sin embargo, parte de la doctrina jurídica brasileña critica dicho ordenamiento legal, poniendo en duda incluso la constitucionalidad, afirmando que, enmascarado por los argumentos de la administración gerencial, el RDC confiere graves problemas a la igualdad y moralidad en la contratación pública de obras y servicios de ingeniería con la llamada contratación integrada, donde la administración pública entrega en las manos del licitador el proyecto básico de la construcción, es decir, las decisiones generales del método constructivo, los materiales y los planes de acción, entre otros, y deja a la administración pública solamente el encargo de hacer un sintético anteproyecto (Rezende, 2011: 45-46).

Lo que pasa es que tal aspecto impide que la administración pública ejerza el cotejo de las ofertas de forma objetiva debido a la falta de criterios objetivos de evaluación que posibilitan un amplio margen para manipulaciones subjetivas del procedimiento en la fase de adjudicación, además de dejar la dimensión de la construcción como dimensión política en las manos del particular, lo que sofoca el control estatal (Carvalho, 2009; véase también Soares *et al.*, 2016: 10). Felipe César Lapa Boselli (2013: 88) aun advierte para la posibilidad de que haya reducción en la calidad de la obra o servicio de ingeniería, pues, orientado por la lógica de reducción de los costos para mayor obtención de lucro en la actividad económica, el licitador, con conocimiento del valor total de la contratación puede realizar el proyecto básico con calidad inferior y aprovecharse de la debilidad de algunas administraciones públicas sin conocimiento técnico suficiente para hacer el anteproyecto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Otro aspecto criticado en dicha norma se refiere al alto grado de subjetividad conferida a la administración pública en poder evaluar las ofertas según el criterio de técnica y precio, pues la variable técnica permite que el agente público manipule fácilmente los resultados de las evaluaciones y ejerza juicios a favor de determinado licitador (Rezende, 2011: 33).

Se debe tener en cuenta que el propósito del procedimiento de contratación pública es evitar la transformación del patrimonio público en privado por impedir, a través de la imposición de reglas y procesos, que ocurra el direccionamiento de los recursos de acuerdo con el interés particular de los gestores públicos, garantizando, al fin y al cabo, la economía en costos para las arcas públicas y la igualdad de oportunidades para los particulares que desean contratar con la administración pública (Meirelles, 2009: 274).

Sin embargo, mientras la legislación contemple una serie de normas que tornan obligatoria la contratación pública con un procedimiento previo que garantiza no sólo la eficiencia, sino también la economía de los recursos públicos, y pone la administración pública dentro de los fines y preceptos constitucionales que dirigen el Estado, tal procedimiento aun es objeto de corrupción, razón por la cual existen innumerables demandas juzgadas y condenas por fraudes en la contratación pública, además de varias investigaciones en curso en las corregidoras y fiscalías del Estado respecto de este tema.

La legislación brasileña prevé los diversos tipos de fraudes contra los procedimientos de contratación pública y les atribuye sanciones de naturaleza jurídica penal, civil y administrativa, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas involucradas en los hechos de corrupción contra la administración pública. Sólo eso no impide que la corrupción en este sesgo acontezca, tal como será planteado adelante, necesitándose de otras medidas por parte del Estado, además de las normas de carácter punitivo, que especialmente con relación al presente trabajo, se propone la garantía de la transparencia, uno de los pilares de la concepción de gobierno abierto, tempranamente planteado como una de las medidas efectivas para luchar contra la corrupción en el procedimiento de contratación pública en Brasil.

### 1. *Fraudes operados en colusión entre licitadores*

Las conspiraciones de corrupción que involucran colusión entre licitadores tienen por objeto contornar los procedimientos legales que rigen la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

contratación pública a través del uso de estrategias de acción fraudulentas para manipular las propuestas al largo proceso de formación del contrato público, creando un ambiente de falsa competencia y frustrando la moralidad pública y la confianza en la administración pública, en una notable lesión a las arcas públicas y a la competencia justa.

De acuerdo con la literatura estadounidense, la corrupción en la contratación pública, involucrando colusión entre licitadores, puede asumir, de forma general, cuatro tipos que utilizan lógicas distintas para alcanzar el objetivo de defraudar el procedimiento administrativo de contratación, los cuales son: 1) la contratación complementaria (*complementary bidding*); 2) la rotación de oferta (*bid rotation*); 3) la supresión de oferta (*bid suppression*), y 4) la división de mercado (*market division*) (Association of Certified Fraud Examiners [ACFE], 2013: 1408-1409).

El fraude de contratación complementario ocurre cuando los licitadores conspiran para seleccionar entre ellos quién será el vencedor del proceso de contratación pública; es decir, hay un acuerdo previo entre oferentes, sin la ciencia y consentimiento de la administración pública, para que las ofertas sean presentadas en la fase de selección del adjudicado de modo que uno de ellos obtenga el contrato público (U.S. Department of Justice, 2007: 2).

Dicho fraude se vale de la presentación de ofertas elevadas en precio o que, aunque sean competitivas en términos de precio, dejan de cumplir con las especificaciones del contrato o poseen condiciones que se sabe que no serán aceptadas por la administración pública.

La Fiscalía del Estado de Río Grande del Sur, a través de la Operación Capibara, descubrió una conspiración de fraudes contra 34 licitaciones promovidas por la administración pública de diversos municipios del estado a través de colusión entre los empresarios de la construcción civil que negociaban entre sí cuáles serían las empresas retiradas de la competición. Con cuantías determinadas con base en el precio presupuestado, las empresas involucradas en la conspiración corrupta frustraban el carácter competitivo de la licitación, ya sea por la ausencia, en la fase de apertura, de sobres u ofertando propuestas con valores superiores al de la empresa elegida por ellos como la vencedora (Ministerio Público del Estado de Río Grande del Sur, 2014).

El fraude de rotación de oferta consiste en el acuerdo entre dos o más licitadores para alternar al adjudicado seleccionado por la administración

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

pública en una lógica de rotación en que los licitadores reparten los contratos públicos, permitiendo que todos contraten con la administración pública a su turno (U.S. Department of Justice, 2007: 3).

La diferencia de este fraude con relación al de contratación complementaria consiste en que, en el primero, existe un acuerdo ilícito de ejecución continua que supone un lapso temporal consistente de mediano a largo plazo, en cuanto que el fraude de contratación complementaria considera el ilícito en, por lo menos, una contratación, lo que no asume necesariamente la necesidad de la continuidad del fraude en una multiplicidad de procesos de contratación, tal cual ocurre en el fraude de rotación de oferta.

En el fraude de rotación de oferta, los licitadores comparten informaciones sobre sus ofertas para garantizar que siempre uno de ellos obtenga un contrato con la administración pública. Además, dicho fraude puede acumular acuerdos entre el adjudicado seleccionado y los otros oferentes involucrados en el fraude para que sean subcontratados con el objeto de compensar la pérdida del contrato, a través de la formación de flujo de caja mientras espera su turno.

En 2016, el Grupo de Acción y Combate al Crimen Organizado (GAECO), a través de las investigaciones de la Operación Remora, develó una conspiración de fraude en licitaciones que abarcaban 23 obras de construcción y reforma de escuelas públicas del estado de Mato Grosso, ocurridas en 2015, en el cual, empresas de construcción civil, en reuniones cerradas, repartían las obras públicas. Las empresas corruptas evitaban la competencia por medio de frustraciones al proceso licitatorio, de modo que cada uno de los miembros del esquema ganara una licitación para obra pública en una lógica de rotación (Rodrigues y Morais, 2016).

La supresión de oferta es otro tipo de fraude que ocurre cuando una multiplicidad de licitadores acuerda que por los menos uno de ellos se abstenga del contrato público o retire su oferta ya sometida a la administración pública, con el objeto de garantizar que el competidor corrupto elegido sea el adjudicado seleccionado (Attorney General of the State of Connecticut [AGSC], 2009: 4).

Este fraude puede asumir formas más agresivas cuando existe la competencia con licitadores fuera de la conspiración corrupta, pues su participación por el contrato público puede crear banderas rojas relacionadas a la gran inflación de precios señalada por la discrepancia con la propuesta dentro de los valores de mercado que no lleva en consideración el costo del

soborno, así como otras sospechas de una probable relación estrecha entre competidores.

Por ese motivo, los oferentes tramposos pueden ofrecer un beneficio al licitador alejado del fraude para que se abstenga de presentar oferta o para que retire la oferta ya presentada. La agresividad de los licitadores corruptos ocurre en la hipótesis de negativa a tal propuesta por parte del oferente externo, lo que estimula a los licitadores corruptos a adoptar medidas más agresivas para neutralizar dicho competidor a través de la fabricación de protestas a su oferta o coacción a proveedores del sector de mercado, para que eviten relaciones comerciales con el licitador externo.

La Policía Civil del estado de Pernambuco coordinó la Operación Castillo de Fariña y develó un fraude contra licitación para suministro de meriendas para escuelas públicas del municipio de Ipojuca, a través de amenazas y coacciones por parte de tres representantes de la empresa Casa de Farinha S/A contra otros tres competidores, para que salieran de la competencia. Las conductas delictivas involucraron abatir un coche conducido por un empleado de una empresa competidora de camino a Ipojuca, así como la toma violenta de documentos de propuesta llevadas por un empleado de otra empresa competidora en la misma fecha de camino hacia dicho municipio, y una amenaza de muerte contra otro empleado de otro competidor (Tavares, 2018).

Otro tipo de fraude es el de división de mercado, el cual consiste en la repartición del mercado entre licitadores de determinada(s) administración(es) pública(s) según distintos criterios como son la zona geográfica o el segmento de mercado. Por medio de ese fraude, cada oferente obtiene exclusividad sobre parte de las contrataciones públicas de acuerdo con la lógica de división acordada entre los conspiradores (AGSC, 2009: 4).

Además, este fraude puede acumular otras estrategias corruptas, tal como la creación de “empresas fachada” para enmascarar el fraude y favorecer una falsa apariencia de competición. El uso de las empresas ficticias para defraudar los procedimientos de contratación pública aún puede disminuir las sospechas sobre la inflación de los precios de las ofertas, porque tales instrumentos son utilizados para presentar ofertas con precios aún más altos (ACFE, 2013: 1409).

En una de las más conocidas investigaciones de corrupción de la actualidad en Brasil, la Operación Lava Jato, descubrió un fraude de la licitación del Centro Administrativo del Distrito Federal, entre 2007 y 2014, a través

del esquema de división de mercado entre las empresas Odebrecht, Via Engenharia, Delta y Manchester, cuyo acuerdo firmado entre los licitadores fue que el consorcio formado por las dos últimas empresas se retiraran de la competencia, y en cambio participaran del 25% de la parte de operación y manutención de la obra pública, conforme delación de los antiguos ejecutivos de Odebrecht a la Fiscalía Federal (Rodrigues, 2017).

Los fraudes contra la contratación pública cometidos en colusión entre licitadores son dañinos para la administración pública, pues falsean todo el procedimiento diseñado para garantizar la equidad y la eficiencia de las relaciones económicas entre la administración pública y los agentes privados, quitando todos los beneficios de una justa y verdadera competencia dictada por las fuerzas económicas normales que, al fin y al cabo, genera un desequilibrio económico-financiero de los contratos públicos celebrados.

## 2. *Fraudes operados en colusión entre licitadores y agentes públicos*

Las conspiraciones de corrupción de las contrataciones públicas también se pueden realizar en colusión entre licitadores y los agentes públicos. El fraude se procesa a través de un *pactum sceleris* entre el licitador y el agente público con influencia sobre el procedimiento de contratación pública; es decir, un ajuste ilícito previo entre un agente público que se vale de su dominio sobre informaciones o decisiones en el procedimiento de contratación pública para colaborar con el oferente privado para que él sea el adjudicado seleccionado por la administración pública.

Es importante señalar que mientras pueda encontrarse con afirmaciones de que la corrupción en la contratación pública es hecha en colusión entre licitadores y administración pública, motivado por la concepción de personalidad jurídica única, por la cual se atribuye a la administración pública una unidad en el sentido de que, sin perjuicio de la competencia propia de sus distintos departamentos ministeriales y órganos, sus actos son atribuidos a la administración pública como una sola e indivisible institución (López, 1981: 62).

Tal concepción de personalidad jurídica única de la administración pública es adoptada pacíficamente en la doctrina jurídica española, en la cual se interpreta el artículo 1o. de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración como una declaración de que la administración del Estado,

constituida por sus órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines como una sola persona jurídica (Santamaria, 1981: 17). La doctrina jurídica brasileña acoge esta misma concepción a través del principio de la impersonalidad, por la cual los actos administrativos ejecutados por órganos y agentes públicos deben ser exclusivamente imputados a la administración pública por la cual se realizan, eliminando las características personales de quien las produce (Di Pietro, 2017: 65).

El uso de esta concepción jurídica para afirmar que el fraude contra la contratación pública puede ser realizado entre licitadores y la administración pública es un error técnico-jurídico, pues el ilícito de corrupción es practicado contra la administración pública a favor única y exclusivamente de los individuos implicados en el acuerdo ilícito. Recorriendo a la doctrina jurídica penal, la teoría general del crimen propone el concepto de sujeto pasivo a la administración pública en los crímenes de corrupción, pues es el ente público el que sufre los daños de la infracción penal (Bitencourt, 2011: 95).

La literatura estadounidense especializada apunta seis formas por las cuales se realiza el fraude en la contratación pública, involucrando la colusión entre licitadores y agentes públicos, los cuales son: 1) los esquemas de reconocimiento de necesidad (*need recognition schemes*); 2) la adecuación de oferta (*bid tailoring*); 3) la manipulación del certamen (*bid manipulation*); 4) la filtración de datos de oferta (*Leaking bid data*); 5) la división de oferta/contrato (*bid splitting*), y 6) los premios injustificados y otros métodos no competitivos (*unjustified sole source awards or other noncompetitive method of procurement tailor the bid*) (ACFE, 2013: 1615-1622).

El fraude de esquema de reconocimiento de necesidad ocurre en la fase de planeación del procedimiento de contratación pública, en el cual la administración pública fija las especificaciones y cantidades de los bienes y/o servicios que van a ser objeto de contrato. En tal fraude, el agente público con potestad discrecional sobre este proceso de la contratación reconoce la necesidad de adquisición de un bien en cantidad excesiva o innecesaria a favor de determinado licitador mediante el pago de soborno (U.S. Agency for International Development, 2010: 26).

La Operación Reboot, conducida por la Policía Federal, develó un esquema de fraude de licitación en la alcaldía de Marília, en el estado de São Paulo, donde fue comprado, con recursos federales del Ministerio de la Salud, equipamiento informático con sobreprecio. El fraude había sido ope-

rado entre un agente público responsable por la compra y la empresa Kao Sistemas de Telecomunicações Ltda, cuyo propietario es cuñado del servidor público. Las investigaciones constataron que el mismo equipo, con las mismas especificaciones técnicas, garantía y soporte, había sido comprado por la misma alcaldía en el mismo año por un precio elevado en más del doble de lo que había sido comprado previamente y que el practicado en el mercado (Cruz, 2018).

Por su parte, el fraude de adecuación de oferta ocurre en las fases de alcance y especificaciones del contrato del procedimiento de contratación pública, en el cual el agente público con toma de decisión sobre el proceso determina especificaciones que ponen a los competidores en desventaja con relación al licitador que le sobornó, confiriéndole una ventaja desleal que le permite ser el seleccionado por la administración pública (ACFE, 2013: 1617).

Dicho fraude puede manifestarse bajo diferentes modos, entre los cuales las tres formas más comunes reconocidas por la literatura especializada son: 1) la elaboración de especificaciones estrechas, aquí, el agente público corrupto adapta las especificaciones del contrato público de modo que acomoda las capacidades del licitador corrupto para ponerlo en ventaja competitiva frente a los demás licitadores; 2) la elaboración de especificaciones generales por parte del agente público corrupto, esto a través de la edición de los criterios de evaluación y selección del licitante adjudicado demasiado amplias para que el licitador en colusión sea el adjudicado seleccionado, que en condiciones normales no atendería las calificaciones regulares, y 3) la elaboración de especificaciones vagas por parte del agente público con el objeto de permitir cambios contractuales posteriores para elevar el precio del contrato (ACFE, 2013: 1617-1618).

La Fiscalía Federal, a través de la Operación Ghost-Writer, reveló una conspiración de fraude en dos licitaciones de compra de mobiliario ocurridas en la Universidad Federal de Juiz de Fora (UFJF), en ésta los agentes públicos responsables por la contratación frustraban su carácter competitivo por medio de cláusulas restrictivas en el concurso en favor de una determinada empresa, exigiendo certificaciones técnicas específicas que solamente este licitante corruptor podía presentar (Arbex, 2018).

El fraude de manipulación del concurso ocurrió en la fase de evaluación y selección del licitador adjudicado, donde el agente público con dominio decisorio, mediante el soborno, manipula el proceso para favorecer



a determinado licitador frente a los otros competidores a través de diversas maniobras, como emitir publicaciones oscuras o en días festivos, aceptar ofertas retrasadas, extender injustificadamente la fecha límite para la presentación de la oferta, liberar informaciones confidenciales del procedimiento al licitador corrupto y descalificar competidores por motivos impropios (ACFE, 2013: 1618).

En 2017, la Fiscalía del Estado de Bahía y la Contraloría General de la Unión, actuando en conjunto en la Operación Lateronis, develaron una conspiración de fraude en licitaciones públicas de varias ciudades del estado de Bahía, operada por políticos, empresarios y servidores públicos. El fraude consistió en realizar ofertas en días de punto facultativo con el objetivo de dificultar o impedir la participación de otros interesados en la contratación pública. Con eso, solamente los representantes de las cooperativas y las empresas involucradas en el fraude competían, resultando en un desvío de más de 45 millones de reales de las arcas públicas (Rede Bahia 2017).

En el fraude de filtración de datos de oferta, al contrario del agente público corrupto, se alteran las especificaciones del contrato público en la fase de planeación, él atenta contra el sigilo de las ofertas, durante el plazo de presentación de las ofertas por los licitadores, filtrando tales informaciones al oferente que le ha sobornado para favorecer que él diseñe su oferta en ventaja a los demás (ACFE, 2013: 1619-1620).

Otra forma de manejo de este tipo de fraude contra el procedimiento de contratación pública consiste en informar al licitador, mediante soborno, sobre la apertura del procedimiento de contratación pública con cierta antelación para que él diseñe su oferta con plazo mayor que los demás competidores que, además, tienen un plazo corto para la adecuada elaboración de sus ofertas (Piper, 2017: 53).

Por su parte, la Operación Pecúlio, conducida por la Policía Federal, en su octava fase bautizada de *Renitência*, develó una conspiración de fraude de licitación de contratación de emergencia, de alquiler de equipos de digitalización de imágenes para el Hospital Municipal de Foz do Iguaçu. En este esquema, el responsable por el sector de radiología informaba al propietario de una empresa licitante informaciones sobre las propuestas de los competidores para que éste diseñara su oferta y ganara la competición a cambio de un soborno (Wurmeister y Bernardi, 2018).

Los ordenamientos jurídicos nacionales, en general, acogen leyes sobre las contrataciones públicas que prevén distintas modalidades de procedimiento con el objeto de garantizar la mayor eficiencia de los actos administrativos de contratación pública. En determinadas modalidades de estos procedimientos la complejidad se ralentiza a un nivel que puede favorecer la conducción de maniobras fraudulentas por parte del agente público.

El escenario en que el agente público se puede encontrar favorecido por la flexibilidad de exigencias legales en determinadas modalidades de procedimientos, consiste en el contexto jurídico favorable para el fraude de división de oferta o contrato, en el cual un agente público reparte un proyecto en varios proyectos menores presupuestados en valores menores que permiten modalidades que relativizan las reglas legales, permitiéndose así evitar determinados requisitos y el escrutinio exigido para los contratos de alto precio, todo en favor del licitador corrupto (World Bank Group, 2009: 10-11).

La Fiscalía Federal en Tocantins denunció una conspiración de fraude de licitaciones para ampliación de dos escuelas infantiles de la ciudad de Palmas en 2008, involucrando las empresas Construtora Lago Azul Ltda y C&A Distribuidora de Materiais de Construção y agentes públicos de la alcaldía responsables por el procedimiento licitatorio. La alcaldía fraccionó el objeto de la contratación en dos licitaciones de menor valor para evitar la modalidad de toma de precios prevista en el artículo 23, inciso b, de la Ley núm. 8.666/93, y realizar el procedimiento de contratación por la modalidad de invitación, prevista en el artículo 22, § 3o., del mismo ordenamiento legal, pues tiene exigencias formales más suaves que la primera (Procuradoria da República no Tocantins, 2010).

El fraude del esquema de premios injustificados y otros métodos no competitivos se realiza en situaciones en que hay expresa excepción a la regla general de competencia en la contratación pública, ahí existe autorizada dispensa del procedimiento, sea en virtud del valor del contrato o de la naturaleza del negocio (ACFE, 2013: 1621-1622).

La Fiscalía Federal, a través de la Operación João de Barro, conducida por la Policía Federal, descubrió un fraude por dispensa de procedimiento licitatorio en la alcaldía de Cachoeiro de Itapemirim, en 2007. De acuerdo con la denuncia, el alcalde de entonces firmó un decreto, declarando situación de emergencia debido a las inundaciones causadas por las lluvias

y, por consiguiente, después de 119 días de la situación de emergencia, el procurador general emitió una opinión legal autorizando la contratación de las empresas Santos Mota Engenharia y Construtora e Incorporadora Araguaia para realizar obras públicas con dispensa de licitación con base en la justificativa de carácter de emergencia. Ocurre que los elementos técnicos necesarios para la contratación ya estaban estipulados desde un año antes, además de la planilla de precios de las empresas contratadas estaban con sobreprecio para cubrir el repase de soborno a los agentes públicos involucrados (Ministerio Público Federal, 2018).

En España, la posibilidad de ayuda en los contratos celebrados por la administración pública del procedimiento de contratación está consolidada en el artículo 4o. de la Ley de Contratos del Sector Público. En Brasil, la dispensa del procedimiento de contratación pública ocurre en las hipótesis previstas en los artículos 24 y 25 de la Ley sobre Licitaciones núm. 8.666/1993.

La dispensa o inexigibilidad del procedimiento de contratación pública permite que la administración pública contrate una fuente única sin competencia, confiriendo condiciones más favorables para manipular la contratación pública contra los principios de la contratación abierta, dirigida por el agente público mediante el pago de soborno por parte del licitador. Tal fraude también puede ocurrir con el incumplimiento al reglamento legal de la contratación pública.

Así como sucede con los fraudes operados en colisión entre licitadores, los fraudes perpetrados en colisión entre licitadores y agentes públicos dañan los presupuestos basilares de la concepción de contratación abierta, perjudicando la libre y justa competición y el equilibrio económico-financiero de los contratos públicos.

### *3. El tratamiento jurídico brasileño de los fraudes en la contratación pública*

Todos los fraudes en el procedimiento de contratación pública explicados previamente guardan en común la frustración del carácter competitivo de dicho procedimiento administrativo, pues el fraude, en todos los casos, burla en alguna fase del procedimiento de contratación pública su regular ejecución por conducta indebida de los particulares interesados en el objeto de la contratación pública con o sin el concurso de un agente público.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Los casos de conspiraciones de corrupción, involucrando la colisión entre licitadores, son más complicados para ser identificados por las autoridades públicas competentes debido a su carácter más oscuro y lejano a la esfera pública, incluso cuando las banderas rojas de estos fraudes se hacen más evidentes, volviéndose más probable el ser descubiertos y la persecución de estos ilícitos. Para eso, es fundamental que la administración pública posea un programa de integridad pública que permita el control de la legalidad del procedimiento de contratación pública, así como la adopción de medidas de transparencia pública para el control, tanto por la fiscalía como por los propios ciudadanos.

Los fraudes operados en colisión entre licitadores son realizados, en general, en la fase de adjudicación y presentación de las proposiciones, donde los licitadores tienen acceso a la publicación oficial de apertura del procedimiento de contratación pública con el alcance y las especificaciones del contrato público y así puedan conspirar contra su legalidad.

Los fraudes operados en colisión entre licitador y agente público son realizados en distintas fases del procedimiento de contratación pública, siendo el fraude de esquemas de reconocimiento de necesidad el que se ejecuta en la fase preparatoria o de planeación; los fraudes de adecuación de oferta y de división de oferta se hacen en la fase de redacción del pliego, donde existe el establecimiento de criterios y prescripciones técnicas de adjudicación, así como la elección del procedimiento y forma de la adjudicación; los fraudes de manipulación de oferta y filtración de datos de oferta ocurren en la fase de adjudicación o de evaluación y selección del licitador.

Especialmente, el fraude de premios injustificados y otros métodos no competitivos no ocurre en ninguna fase del procedimiento de contratación pública, pues tiene por objeto la no realización del propio procedimiento, valiéndose o no de las inexigibilidades previstas en ley.

La legislación brasileña prevé consecuencias legales de orden penal, civil y administrativo tanto a las personas físicas como jurídicas involucradas en tales conspiraciones de corrupción contra el regular procedimiento de contratación pública. En los fraudes operados en colisión entre licitadores no hay configuración del crimen de corrupción, pues en el ordenamiento jurídico penal brasileño no se reconoce aún la corrupción en el sector privado; sin embargo, los individuos privados pueden responder por el crimen de impedimento, perturbación o fraude de competición previsto en los artículos 93 y 95 de la Ley 8.666/93.

En los fraudes operados en colusión entre licitador y agente público, hay conminación de sanción de naturaleza penal por la comisión del crimen de corrupción activa prevista en el artículo 333 del Código Penal, por parte del licitador, y del crimen de corrupción pasiva prevista en el artículo 317 del Código Penal, por parte del agente público.

Una cuestión que es polémica en la doctrina jurídica brasileña consiste en el concurso material entre los crímenes de los artículos 93 y 95 de la Ley 8.666/93 y del artículo 333 del Código Penal, practicados por el licitador en colusión con el agente público. Parte de la doctrina, propuesta por Paulo José da Costa Junior (2004: 26), se posiciona en sentido de que el ilícito de corrupción activa del artículo 333 del Código Penal, absorbe los ilícitos previstos en la Ley de Licitaciones, por ser un ilícito más grave. En este mismo sentido Vicente Greco Filho (2007: 76) afirma que los ilícitos previstos en los artículos 93 y 95 la Ley 8.666/93 son absorbidos por el crimen de corrupción activa, pues el bien jurídico es el mismo, aunque expresados en distintos grados de moralidad y probidad administrativa.

Por el contrario, la otra parte de la doctrina jurídica brasileña, propuesta por Sandro Luiz Nunes (2009: 3), no está de acuerdo con tal posicionamiento, afirmando que, la corrupción activa no es el medio necesario para obtener el resultado del ilícito penal de los artículos 93 y 95 de la Ley de Licitaciones, sino el de defraudar el carácter competitivo del procedimiento de contratación pública, lo que no permite la absorción de tales ilícitos por el crimen del artículo 333 del Código Penal, sino que debe existir el concurso material y la suma de la sanción por los ilícitos cometidos.

El último posicionamiento doctrinario planteado es corroborado por la jurisprudencia brasileña, que cree que los ilícitos en cuestión buscan proteger bienes jurídicos distintos, donde el crimen de corrupción activa protege la moral administrativa de la administración pública y el propio agente público, en cuanto que el ilícito de fraude contra la contratación pública busca proteger solamente el servicio público, como se desprende de la lectura de la Sentencia del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región:

Enquanto no crime de corrupção ativa protege-se a moral administrativa do Serviço Público e do próprio servidor, no crime de frustrar concorrência protege-se tão somente o serviço público e os concorrentes —o servidor público não é atingido diretamente pelo ato de frustração da concorrência... O crime de corrupção ativa não faz parte da linha causal do crime de frustração

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

de concorrência, que poderia ser realizado com ajuste entre os concorrentes, fraudes, mas sem atingir com vantagens indevidas os servidores envolvidos no certame licitatório. Ao fazer oferta de vantagem para frustrar a concorrência, o que se aperfeiçoa, vem a praticar o réu duplo crime: de corrupção ativa e de frustração da concorrência (TRF4, Apelação Criminal, 2002.04.01.004954-7, Sétima Turma, Relator Nêfi Cordeiro, D.E. 11/07/2007).

Aun tratándose de tramas de corrupción realizadas en colusión entre licitadores, el fraude de supresión de oferta, cuando adquiere formas más agresivas para alejar un licitador del procedimiento de contratación, puede resultar en el ilícito penal previsto en el artículo 95 de la Ley 8.666/93. El *caput* del dispositivo legal prevé la sanción a los licitadores que utilizan la violencia, la grave amenaza o el ofrecimiento de ventaja de cualquier tipo a otro particular para que se aleje del procedimiento de contratación pública, mientras que el párrafo único dispone de la aplicación de la misma sanción penal al licitador que se aleje del procedimiento administrativo por aceptar la ventaja indebida.

En las conspiraciones de corrupción entre licitadores y agentes públicos hay el fraude específico llamado por la doctrina estadounidense como “fraude de esquema de premios injustificados y otros métodos no competitivos”, donde el agente público, en el uso de su potestad, dispensa el procedimiento de contratación pública dentro o fuera de las hipótesis previstas en la ley.

La normativa brasileña prevé la sanción penal a los agentes públicos que, en el uso de sus atribuciones, dispensa, o no exige, el procedimiento de contratación pública fuera de las hipótesis legales o que dejan de observar tales formalidades, como está dispuesto en el artículo 89 de la Ley 8.666/93, consubstanciando sanción al licitador que se vea beneficiado con la dispensa ilegal. Todavía, cuando la dispensa o ilegitimidad es adoptada en conformidad con la ley como fruto de un fraccionamiento del contrato para oscurecer un favorecimiento indebido a un licitador, se torna más difícil su detección, pues es más complejo probar el elemento subjetivo de dolo de los individuos implicados en el ilícito, así como los delincuentes no responden por dicho dispositivo legal, ya que el fraude ha sido cometido de conformidad con la ley.

La doctrina destacada por Fernando Capez (2007: 188) comprende que en tal caso hay atipicidad penal, no aplicándose el artículo 89 de la Ley de

Licitaciones, por cuanto existe una causa justificadora dentro de los preceptos legales, aunque no describa los hechos criminosos y sea irregular desde el punto de vista formal, no habrá crimen por perseguir, pero solamente una irregularidad formal lleva a penas de orden administrativo.

El presente artículo disiente de la posición anterior, pues hay solamente una apariencia de legalidad, por cuanto no hay legalidad material, pues la motivación que deben conformar todos los actos administrativos, según los artículos 2o., inciso VII, y el 50, inciso IV, de la Ley 9.784/99, está viciada, ya que los hechos y fundamentos explicados por el agente público no coinciden con la realidad y, además, van en contra de la búsqueda del bien común, de la moralidad y la simplicidad del acto público. En este sentido, de acuerdo con Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011: 200), la falsa motivación equivale a la ausencia de la misma, lo que resulta en una violación a la legalidad del propio acto administrativo. Por lo tanto, la dispensa o ilegitimidad en esta hipótesis permanece ilegal, y cabe la aplicación del artículo 89 de la Ley de Licitaciones, aunque sea más difícil de probar.

La jurisprudencia brasileña corrobora la concepción defendida por el presente estudio, tal como se verifica por el extracto de las sentencias emanadas del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. DISPENSAR OU INEXIGIR LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8666/93. FRACIONAMENTO DA OBRA. FALECIMENTO DO RÉU. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Responde pelo delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 o dirigente que, visando eximir-se da realização de certame, fraciona a realização de serviços de reforma no prédio sede de conselho profissional, mormente quando há previsão orçamentária, naquele ano, para a execução de todo o projeto. 2. Extingue-se a punibilidade com o falecimento do réu, na forma do disposto no art. 107, I, do CP. (TRF4, Apelação Criminal, 2003.71.00.073774-9, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/04/2007).

EMENTA: PENAL. DISPENSA OU INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. PARÁGRAFO ÚNICO. TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLUÇÃO. 1. A elementar típica prevista no delito do parágrafo único do artigo 89 da Lei 8.666/93, consistente na “dispensa ou inexigibilidade ilegal”, também contempla aqueles casos em que o administrador público, em detrimento ao disposto no artigo 26 do mesmo Diploma Legal, deixa de manifes-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

tar os motivos da contratação direta. 2. Considerando que o objeto jurídico tutelado pelo crime estatuído na parte final do caput do artigo 89 da Lei das Licitações —“deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”— é a moralidade/lisura do procedimento licitatório, a sua configuração está a exigir do agente público o dolo específico de beneficiar indevidamente o particular contratado. 3. Em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, impõe-se a absolvição dos réus quando não existem nos autos provas convincentes da sua participação na “consumação da ilegalidade” (artigo 89, parágrafo único, Lei 8.666/93) ou do intuito de favorecer a parte contratada por meio da omissão de formalidades legais para dispensa/inexigibilidade de licitação. (TRF4, Apelação Criminal, 2000.72.00.001156-9, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Penteado, DJ 19/10/2005).

El fraude de esquema de reconocimiento de necesidad puede resultar en ilícitos penales distintos que dependen de la conducta típica operada por el agente público. Cuando el agente público reconoce la supuesta necesidad e instaura procedimiento de contratación pública para la adquisición de una cantidad innecesaria de un bien a favor de un licitador, estará cometiendo el ilícito de abogacía administrativa en licitaciones, presente en el artículo 91 de la Ley 8.666/93, desde que el procedimiento fraudulento sea invalidado en la vía judicial. Sin embargo, cuando se trata del establecimiento de procedimiento de contratación pública para la adquisición de un bien en cantidad excesiva, permanecerá configurado como crimen de defraudación en la competitividad en las licitaciones, dispuesto en el artículo 90 del mismo ordenamiento legal.

El fraude de filtración de datos de oferta ha sido considerado por el legislador brasileño en el momento de editar la Ley de Licitaciones, que dedicó el artículo 94 al crimen de violación de oferta, el cual consiste en punir al agente público que viola el sigilo de las ofertas de un procedimiento de contratación pública o dejar que una tercera persona lo haga. Por lo tanto, el hecho de permitir, dejar o facilitar que un tercero tome conocimiento de la oferta de un licitador, tal como ocurre en dicho fraude, llevará a la sanción penal.

Además de las respuestas penales, el ordenamiento jurídico brasileño dispone de sanciones administrativas a los agentes públicos involucrados en conspiraciones de corrupción contra la administración pública, incluso en el ámbito de procedimientos de contratación pública, en las llamadas improbidades administrativas, previstas en la Ley 8.429/1992.



Tal como se ha planteado previamente, el fraude de adecuación de oferta puede asumir la forma de elaboración de especificaciones vagas por parte del agente público con el objeto de permitir cambios contractuales posteriores para elevar el precio del contrato. En este caso, la consumación del hecho delictivo de reajustar y modificar o prorrogar los contratos públicos sin autorización legal, es decir, fuera de los límites expresos en los artículos 40, inciso XI; 55, inciso III, y 57, de la Ley 8.666/93, constituye acto de improbidad administrativa, de acuerdo con el artículo 10, inciso VIII, de la Ley 8.429/92.

Cuando las elevaciones de precios realizadas por el agente público en el contrato público son muy superiores a los practicados en el mercado, es decir, se alejan del precio promedio comúnmente practicado en el mercado, se configura una superación del contrato público, sancionado como acto de improbidad administrativa en el artículo 10, inciso V, de la Ley de Improbidad. La subfacturación del contrato público, que es la estrategia inicial de este fraude, para una posterior elevación de los precios a favor del licitador, también constituye el mismo ilícito administrativo, no habiendo acumulación de conductas típicas, sino que configuran el mismo tipo administrativo.

El fraude de manipulación de certamen también permite que el agente público incurra en las penas de dicha Ley, cuando libera informaciones confidenciales del procedimiento a un licitador —lo que es diferente de la filtración de oferta, pues en este caso se trata solamente de informaciones relativas al contrato y a los procedimientos administrativos—. En esta hipótesis existe un acto de improbidad que atenta a los principios de la administración pública, donde cabe la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11, inciso III, de la Ley 8.429/92.

Las personas jurídicas privadas que participan de los procedimientos de contratación pública también pueden ser objeto de responsabilidad objetiva de carácter civil y administrativo por los actos lesivos a la administración pública, tal como dispone el artículo 2o. de la Ley 12.846/2013. El artículo 5o., inciso IV, de esta Ley reúne todas las hipótesis en que las personas jurídicas pueden ser castigadas por los actos practicados contra la administración pública en el procedimiento de contratación pública, los cuales alcanzan a todos los tipos de fraude planteados previamente.

El ordenamiento jurídico brasileño dispone de legislaciones penales, civiles y administrativas que posibilitan la sanción tanto de personas físicas, como de personas jurídicas, por la práctica de actos corruptos en el ámbito

de los procedimientos de contratación pública, lo que, de acuerdo con el informe del Noveno Encuentro del Grupo de Trabajo en Recuperación de Activos de las Naciones Unidas, publicado en septiembre de 2015 (United Nations Office on Drugs and Crime, 2015: 1), la existencia de respuestas de diferentes naturalezas para solucionar el problema de la corrupción, se muestra más efectivo en la lucha contra tal fenómeno, principalmente con relación a la recuperación de activos y la cooperación internacional en la persecución de los ilícitos.

#### IV. LA TRANSPARENCIA COMO HERRAMIENTA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN BRASIL

El acceso a la información pública pertinente a los procedimientos de contratación pública es de gran importancia en la garantía de la legalidad y moralidad en tal actividad administrativa, pues permite que la ciudadanía asuma un papel de fiscalía de la actividad pública y torne la práctica corrupta más probable de ser identificada, cohibiendo las prácticas ilícitas de los gestores públicos.

En este sentido, la ONG Article 19 (Mendel, 1999: 1-12), en su trabajo *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*, corrobora tal concepción, al afirmar que

La información es el oxígeno de la democracia. Si las personas no saben lo que se pasa en la sociedad, si las acciones de aquellos que la rigen son ocultas, entonces ellos no pueden ejercer papel significativo en los asuntos de esta sociedad. Sin embargo, la información no es solamente una necesidad para las personas —ella es una parte esencial de un buen gobierno—. Los malos gobiernos necesitan de secreto para sobrevivir. Eso permite que la ineficiencia, el desperdicio y la corrupción prosperen. Tal como Amartya Sen, la ganadora del Premio Nobel de economía ha observado, no ha habido una hambruna sustancial en un país con una forma democrática de gobierno y una prensa relativamente libre. La información permite a la gente escudriñar las acciones de un gobierno y es la base para un debate adecuado e informado de esas acciones [traducción propia].

El propósito de la Ley de Acceso a la Información Pública es empoderar a la ciudadanía con un derecho que le posibilite extraer las informaciones y le permita conocer las contrataciones públicas realizadas, así como

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

el camino transcurrido hasta su celebración, las razones para la elección del contrato, las obligaciones asumidas por las partes y el valor de la contratación.

La lucha contra la corrupción demanda diversas medidas de prevención, detección y mitigación. El ordenamiento jurídico brasileño posee una serie de normativas y la previsión de sanciones para los hechos de corrupción, incluso en el ámbito de la contratación pública; además, ya se sabe que los mecanismos sancionatorios no deben ser la única herramienta estatal de combate a la corrupción, sino que también deben haber instrumentos preventivos.

La exigencia de transparencia es una efectiva herramienta puesta a las manos de los ciudadanos, pues a través del derecho de acceso a la información pública y el deber de publicidad activa por parte de las administraciones públicas, es posible llegar a un escenario de incentivo a la tentativa de los gestores públicos de evitar desvíos comportamentales por saber que están siendo observados.

Además de la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley de Licitaciones en su artículo 3o., inciso V, dispone sobre el deber de observancia del principio de la publicidad en las contrataciones públicas, previendo el refuerzo de las normas de transparencia al exigir la publicidad de todos los actos practicados por la administración pública en todas las fases del procedimiento administrativo. La Ley de Licitaciones aún prevé otras normas de transparencia que incentivan aún más la participación y el control de la ciudadanía, como la publicación de avisos, conteniendo el resumen de las llamadas públicas en la prensa, tal como dispone el artículo 21; la previsión de audiencia pública para las contrataciones que contemplan valores altos, como prevé el artículo 39; entre otros derechos previstos en los artículos 23 y 63 de dicho ordenamiento legal.

En los últimos años, el gobierno brasileño, sobre todo en el ámbito federal, ha invertido significativamente en la implementación de mecanismos para conferir mayor eficiencia y celeridad a los procedimientos de contratación pública, incluso para ampliar la transparencia en los certámenes a través de la modernización de los canales de comunicación y la informatización de los procedimientos en ambientes electrónicos. El pregón electrónico es el mayor ejemplo del uso de recursos de tecnología de la información en la contratación pública en Brasil, donde todo el procedimiento de contratación ocurre a través de Internet, permitiendo que cualquier ciudadano ejerza el control social.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Sin embargo, esta oferta electrónica aún es poco amplia, pues muchas administraciones públicas, sobre todo a nivel regional, utilizan el pregón presencial donde los fraudes son más frecuentes debido a ser difícilmente detectable, especialmente cuando se trata de localidades distantes. Para mayor control del proceso de contratación pública es fundamental un amplio acceso a las informaciones públicas de la licitación, permitiendo el control no sólo de los órganos especializados y de los tribunales de cuentas, sino también por parte de los ciudadanos. Eso se alcanza sólo a través del pregón electrónico que debería ser una exigencia para todas las administraciones públicas, extinguiendo la modalidad presencial de este tipo de licitación.

La realización de contrataciones públicas a través de una plataforma electrónica que permita el acceso y control público de la información es muy importante, especialmente en la actual era de la información y del gobierno electrónico, pues permite el desarrollo de nuevas herramientas y tecnologías que hagan con mayor eficiencia y eficacia el seguimiento y detección de irregularidades y fraudes en licitaciones. Eso ya es una realidad en el ámbito de las licitaciones realizadas a nivel federal, pues el Tribunal de Cuentas de la Unión, con apoyo de la Contraloría General de la Unión y de la Fiscalía y Policía federales, cuenta con la operación de tres robots que identifican fallas e indicios que apuntan a posibles fraudes en contrataciones públicas, pero están limitados a aquellas cuyos datos están hospedados en sitios electrónicos del gobierno.

El robot Alice es un acrónimo para análisis de licitaciones a través de la lectura de convocatorias y actas de registro de precios publicados por la administración federal, algunos órganos públicos estatales y empresas. Esta tecnología colecta informaciones del *Diario Oficial* y del sitio CompraNet donde se registran las compras gubernamentales, apuntando diariamente para los fiscales si hay indicios de desvíos para que se investigue y actúe puntualmente antes que el fraude se concluya. Con el uso del robot Alice, dos convocatorias para contratación de obra pública en el estado de Goiás fueron suspendidas por irregularidades, un órgano público del estado de Roraima tuvo que rehacer su convocatoria de contratación y una convocatoria para reforma con recursos del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN) fue identificada (Simões, 2018).

El robot Sofía, al contrario de hacer sugerencias de investigaciones, apunta errores en los textos de los fiscales, sugiriendo correlaciones de in-

formaciones e indicando otras fuentes de datos y referencias; por ejemplo, establece si hay sanciones contra un licitante o si éste figura en procesos en el tribunal. El robot Mónica, a su vez, es un panel que presenta todas las compras públicas, incluso aquellas que el robot Alice deja pasar, tal como las contrataciones directas y las compras hechas por ilegitimidad de licitación (Simões, 2018).

A partir de la Ley 12.527/11 y la incorporación de la publicidad pasiva en el ámbito de la administración pública, existen muchas solicitudes de información sobre los procedimientos de contratación pública, lo que sirve como mecanismo incentivador para que los gestores públicos corrijan errores practicados desde hace tiempo y se sientan coaccionados para no practicar actos de corrupción, pues a partir de estas solicitudes ha sido posible identificar varias conspiraciones de corrupción (Ribeiro, 2013: 19-20).

En los fraudes realizados en los procedimientos de contratación pública, sobre todo en aquellos practicados en colusión entre agente público y licitador, la ausencia de transparencia es el aspecto que más impacta en el logro de estas conspiraciones de corrupción, pues se valen de la oscuridad y falta de control, de nada sirve que existan leyes y sanciones si no hay riesgo de que estas conspiraciones sean descubiertas.

La transparencia de los actos administrativos de los gestores públicos es una herramienta con efectos significativos sobre el debido y correcto procedimiento de contratación pública. En el fraude de reconocimiento de necesidad, la publicidad pasiva puede hacer que el agente tenga que explicar los motivos por los cuales reconoció la necesidad de adquisición de determinados bienes o servicios y con los datos del presupuesto y de los gastos públicos, la ciudadanía puede identificar banderas rojas y cuestionar a la administración pública, ejerciendo un control social sobre la actividad administrativa.

En el fraude de adecuación de oferta, el conocimiento por parte de la ciudadanía sea por medio de la publicidad activa o pasiva, acerca de los contratos celebrados por la administración pública, puede permitir que se identifique especificaciones siempre favorables a un determinado licitador, pero cuando se trata de una relación no prolongada donde hay una sucesión de licitadores distintos en cada contrato público, se torna más difícil de identificar banderas rojas.

La transparencia, a través de la publicidad activa de los actos administrativos hechos en el ámbito del procedimiento de la contratación pública,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

tiene la capacidad de neutralizar el fraude de manipulación del certamen, pues permite que la ciudadanía identifique ilegalidades u otros actos que resaltan manipulaciones del procedimiento y abre margen para su cuestionamiento hasta el reconocimiento de su nulidad cuando son sometidos al juicio de la autoridad competente.

Tanto la publicidad activa como la publicidad pasiva permiten el conocimiento por parte de la ciudadanía al respecto de los contratos públicos celebrados por la administración, y la identificación de banderas rojas relativas a la existencia de varios pequeños proyectos bajo modalidades más flexibles que podrían ser unificados en un único proyecto con una modalidad más rígida y que, además, sería más ventajoso para la administración pública, poniendo en riesgo el fraude de división de oferta. Lo mismo ocurre en el fraude de premios injustificados y otros métodos no competitivos, donde la transparencia también permite el conocimiento de las dispensas de compras vía procedimiento de contratación, y abre margen para su cuestionamiento por parte de la ciudadanía que ejerce el control social.

Sin embargo, la transparencia se torna ineficaz si los ciudadanos no ejercen su derecho de control de las informaciones y actividades públicas; y si la comunicación con los órganos de fiscalización es burocrática. Es necesario que el gobierno, en conjunto con organizaciones de la sociedad civil, promueva la concientización de los ciudadanos con respecto al deber de transparencia y la importancia del ejercicio del derecho de acceso a la información pública como herramientas de control social y lucha contra la corrupción, acercando a la población a las actividades gubernamentales. Cuando el ciudadano común sabe de su derecho y percibe que puede ejercerlo, controlando los gastos públicos y las actividades de contratación, los espacios para los fraudes son cada vez menores.

De nada sirven estos mecanismos de control social de la contratación pública si los ciudadanos no saben a quién recurrir cuando identifiquen indicios que apuntan a irregularidades. Para eso, la Fiscalía no debe limitar sus acciones de combate a la corrupción a las operaciones de investigación, sino que también debe contar con el apoyo de los ciudadanos en este control, abriendo canales de comunicación con la sociedad para que puedan denunciar irregularidades de forma anónima y que puedan hacer el seguimiento de la denuncia como, por ejemplo, si hubo investigación, si han detectado irregularidades, si los involucrados han sido procesados, si la contratación ha sido suspendida, etcétera.

Es importante señalar que la transparencia de los datos públicos es poco eficaz en el fraude de filtración de datos de oferta y los fraudes en colisión entre licitadores, pues se alejan más de los actos públicos caracterizados por su carácter público, siendo hechos a escondidas del ámbito público a través de relaciones puramente privadas, donde es más difícil de identificar banderas rojas, aún más por medio del acceso a la información pública, pues los hechos corruptos en estos fraudes son muchas de las veces privados. Sin embargo, el seguimiento de las contrataciones públicas puede apuntar hacia patrones de contratación que configuran elementos de estos tipos de fraude como, por ejemplo, la alternancia de licitadores en determinada administración pública, lo que puede ser fácilmente identificado por medio de las inteligencias artificiales, que ya son utilizadas por el gobierno brasileño.

La transparencia no es capaz de neutralizar a todos los fraudes de corrupción que violan el procedimiento de contratación pública, aunque ejerce una importante contribución para disminuir las ocurrencias de conspiración de corrupción en este sesgo. La transparencia es mucho más que una herramienta de combate a la corrupción; es un derecho humano reconocido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que busca empoderar a los ciudadanos y les confiere una arma contra el Estado para forzarlo a garantizar la moralidad, la legalidad, la publicidad, entre otros principios de igual importancia, que deben regir la actividad administrativa para la mejor consecución del interés público y concretar el orden democrático.

## V. CONCLUSIONES

La administración pública ha pasado por diversas transformaciones de orden ideológico y estructural para conferir eficiencia en la consecución de sus fines y frenar la corrupción, entendida como el desvío de las actividades administrativas a favor de los intereses privados de los agentes públicos. La corrupción puede ocurrir de diversas formas en el ámbito de la administración pública. Todavía el sesgo donde el fenómeno es más expresivo y habitual se encuentra en los procedimientos de contratación pública, debido a los grandes montos de dinero que abarcan y a los intereses económicos privados envueltos en él.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

El presente artículo también plantea que las conspiraciones de corrupción involucran fraudes que no se limitan exclusivamente a actos practicados por agentes públicos, sino que pueden operarse en colusión entre licitadores, sin la presencia de cualquier agente del sector público. En todos estos fraudes, con mayor o menor incidencia de las relaciones privadas, la administración pública es la víctima que sufre los daños de las prácticas corruptas y sus consecuencias se extienden a toda la sociedad.

Tanto la literatura política como la jurídica concuerdan en la posición de que la ausencia de transparencia en las actividades públicas es un motor para las prácticas corruptas y deben ser patrocinadas por los gobiernos a través de normas jurídicas y políticas gubernamentales que estimulen la transparencia y rendición de cuentas por parte de la administración pública hacia la ciudadanía. Consecuentemente, los costos de las prácticas corruptas aumentan al paso que la transparencia puede resultar en mayor colaboración y participación de los ciudadanos y colocan en riesgo las conspiraciones corruptas al tornar más probable la identificación de banderas rojas.

En este sentido, los organismos internacionales comparten el consenso de que los gobiernos deben adoptar presupuestos básicos de transparencia, colaboración y participación ciudadana (llamada de gobierno abierto). En los gobiernos democráticos de derecho esto debe ser aún más garantizado, pues la responsabilidad política de los gobernantes es uno de los ideales primordiales que caracteriza este sistema de gobierno.

Brasil es uno de los varios países que asumirán el compromiso de implementar, en el ámbito de las administraciones públicas a través de políticas internas y normas en el ordenamiento jurídico, los presupuestos del gobierno abierto, destacando la adopción de tecnología de la información, conocida como *web 2.0*. La Ley de Acceso a la Información Pública ha sido un importante mecanismo puesto a las manos de los ciudadanos para cumplir con estos compromisos, tornando la transparencia en un deber legal de la administración, por medio de la publicidad activa de determinadas informaciones públicas, y un derecho subjetivo de la ciudadanía, a través de la publicidad pasiva.

Mientras el país tenga un avance significativo en esta materia, a partir de la promulgación de dicha Ley, la administración pública, especialmente las administraciones locales, enfrentan el mal cumplimiento de la norma por incumplimiento de las determinaciones legales, al no ofrecer las in-



formaciones públicas solicitadas por los ciudadanos y por no contar con sitios *web* con la información determinada por la Ley. Además, la ausencia de capacidad sancionadora por parte de las autoridades competentes para solucionar los recursos a las negativas de acceso a la información pública es otro problema que debe ser considerado por los legisladores brasileños.

La transparencia es, sin duda, una herramienta importante en la lucha contra la corrupción en los procedimientos de contratación pública; sin embargo, no debe ser visualizada como el único mecanismo válido o el suficientemente necesario para solucionar este problema, sino que es una importante y válida herramienta que contribuye significativamente para desestimular las prácticas corruptas a través del aumento de los riesgos de detección, y por consecuencia de los costos de la práctica corrupta.

Otro aspecto a considerar es que la transparencia en las actividades públicas tiene efectos muy positivos en los fraudes cometidos en colusión entre licitador y agente público, todavía es poco eficaz cuando se trata de fraudes operados en colusión entre los licitadores en razón de las relaciones fuertemente privadas que se alejan del control público. En estos casos, la responsabilidad con prácticas moralmente adecuadas debe ser compartida con los agentes privados, en este caso con los licitadores, a través de la exigencia de programas de conformidad normativa para la prevención de la corrupción, como es exigido actualmente por la Ley Anticorrupción brasileña desde 2013.

La prevención es la medida más eficiente contra la corrupción en comparación con las medidas sancionadoras. El ordenamiento jurídico brasileño dispone de sanciones para los más diversos tipos de fraudes cometidos en el ámbito de la contratación pública y la garantía de transparencia en el sector público complementa las medidas de combate agregando un mecanismo de prevención al fenómeno indeseable. Hay mucho que hacer en un camino recientemente adoptado por el gobierno brasileño para fortalecer y dar efectividad a los derechos ya garantizados de transparencia e implementar la colaboración y participación de la ciudadanía, que aún es deficiente.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBUQUERQUE, Mário P. *et al.*, 2006, *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no combate à corrupção*, Brasília, Ministério Público Federal.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

- ALESSI, Renato, 1970, *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Prats.
- ALTAMIRANO, Giorleny D., 2007, “The Impact of the Inter-American Convention Against Corruption”, *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 3.
- ARBEX, Daniela y CAPETTI, Pedro, 2018, “Ministério Público denuncia oito pessoas por fraude em licitação da UFJF”, *Tribuna de Minas*. Disponible en: <https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/26-09-2018/oito-pessoas-sao-denunciadas-por-fraude-em-licitacao-na-ufff.html>.
- ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS, 2013, *Fraud Examiners Manual*, Austin, Association of Certified Fraud Examiners.
- ATTORNEY GENERAL OF THE STATE OF CONNECTICUT, 2011, *Price Fixing and Bid Rigging It Can Happen in Connecticut: What are these Violations and What to Look For. An Antitrust Primer for Procurement Professionals*, Hartford, Office of the Attorney General of the State of Connecticut.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 1991, *Direito administrativo na Constituição de 1988. Procedimento administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- BARDHAN, Pranab, 1997, “Corruption and Development: A Review of Issues”, *Journal of Economics Literature*, vol. 3.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011, *Tratado de direito penal. Parte especial*, vol. 5, Dos Crimes Contra a Administração Pública, 5a. ed., São Paulo, Saraiva.
- BOSELLI, Felipe César Lapa, 2013, *O regime diferenciado de contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico* (tesis de máster), Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, 1996, “Da administração pública burocrática à gerencial”, *Revista do Serviço Público*, núm. 1.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, 2007, “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19.
- CABRAL DE VASCONCELOS, Patrícia M., 2017, “A Odebrecht na política externa brasileira: antes e durante a Lava Jato”, artículo presentado en el *Sexto Encontro da Associação Brasileira de Relações Internacionais*, Brasília.
- CALDERÓN, C. y LORENZO, S. (coords.), 2010, *Open Government*, Alcalá la Real, Algón.
- CAPEZ, Fernando, 2007, *Curso de direito penal. Parte geral*, 12a. ed., São Paulo, Saraiva.

- CARNELUTTI, Francesco, 1942, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. de Jaime Guasp, Barcelona, Bosch.
- CARVALHO FILHO, José Dos Santos, 2009, *Manual de direito administrativo*, 21a. ed., Río de Janeiro, Lúmen Juris.
- CASTRO RAUTA, Lucas M., 2016, *Estudo de conformidade com a Lei de Acesso à Informação (LAI). Uma avaliação sobre transparência ativa nos ministérios* (tesis de máster), Río de Janeiro, Universidade Federal do Río de Janeiro.
- CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, 2016, “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 15.
- CONDEIXA, Fábio, 2012, “Comentários à Lei de Acesso à Informação”, *Revista Jus Navigandi*, vol. 17, núm. 3199.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2014, “Lei de Acesso faz 2 anos, sob críticas. Para Conectas, governos blindam sem critério as áreas de segurança e política externa”, *Conectas Direitos Humanos*. Disponible en: <https://www.conectas.org/noticias/lei-de-acesso-faz-2-anos-sob-criticas>.
- CONEJERO PAZ, Enrique, 2014, “Gobierno abierto y democracia participativa”, *3c empresa. Investigación y pensamiento crítico*, vol. 3, núm. 4.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA UNIÓN, 2015, *Relatório sobre a implementação da Lei nº 12.527: lei de acesso à informação*, Brasília, União.
- COSTA, Frederico Lustosa da, 2008, “Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”, *Revista de Administração Pública*, vol. 42, núm. 5.
- CRUZ, Fernanda, 2018, “PF deflagra operação contra compra superfaturada de tablets”, *Agência Brasil*. Disponible en: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/pf-deflagra-operacao-contracompra-superfaturada-de-tablets>.
- DA COSTA JUNIOR, Paulo José, 2004, *Direito penal das licitações. Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva.
- DE VASCONCELOS SOARES, Inaldo, 2005, *Fraudes nas gestões públicas e privadas*, Brasília, Brasília Jurídica.
- DI PIETRO, Maria Sylvia, 2011, *Direito administrativo*, 24a. ed., São Paulo, Atlas.
- DI PIETRO, Maria Sylvia, 2017, *Direito administrativo*, 30a. ed., São Paulo, Atlas.
- DUARTE, Clarice S., 2004, “Direito público subjetivo e políticas educacionais”, *São Paulo em Perspectiva*, núm. 2.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

- ESCOLA, Héctor Jorge, 1984, *Compendio de derecho administrativo*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, 2010, “Hacia un tratado de derecho administrativo romano”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6.
- FILGUEIRAS, Fernando y MELO ARANHA, Ana Luiza, 2011, “Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil”, *Revista de Ciências Sociais*, núm. 2.
- GORDILLO, Augustín A., 1969, *El acto administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- GRECO FILHO, Vicente, 2007, *Dos crimes da lei de licitações*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva.
- HEINEN, Juliano, 2013, “A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, núm. 28.
- HUNTINGTON, Samuel P., 1975, *A ordem política nas sociedades em mudança*, São Paulo, USP.
- INGLEHART, Ronald y WELZEL, Christian, 2009, *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano*, São Paulo, Verbena.
- JELLINEK, Giorgio, 1910, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, Società Editrice Libreria.
- LOPES MEIRELLES, Hely, 1996, *Direito administrativo brasileiro*, 21a. ed., São Paulo, Malheiros.
- LOPES MEIRELLES, Hely, 2009, *Direito administrativo brasileiro*, 35a. ed., São Paulo, Malheiros.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano, 1981, “Personalidad jurídica del Estado en el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11.
- MAZZA, Alexandre, 2011, *Manual de direito administrativo*, São Paulo, Saraiva.
- MEDLEG RODRIGUES, Georgete, 2013, “Indicadores de transparência ativa em instituições públicas. Análise dos portais de universidades públicas federais”, *Liinc em Revista*, núm. 2.
- MENDEL, Toby, 1999, *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*, Article 19, Londres.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2014, “Operação Capivara: Denunciados 67 por cartel, corrupção e fraude em licitações”, *Ministério Público do Estado Do Rio Grande Do Sul*. Disponible en: <https://www.mprs.mp.br/noticias/36515/>.

- MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, 2010, “MPF/TO denuncia involucrados em fraude de licitação de reforma de creches municipais”, *Ministério Público Federal*. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/to/sala-de-imprensa/noticias-to/mpf-to-denuncia-envolvidos-em-fraude-de-licitacao-para-reforma-de-creches-municipais>.
- MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, 2018, “MPF denuncia oito pessoas por fraudes em licitações da Prefeitura de Cachoeiro do Itapemirim”, *Ministério Público Federal*. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/mpf-denuncia-oito-pessoas-por-fraudes-em-licitacoes-da-prefeitura-de-cachoeiro-de-itapemirim>.
- MONTEIRO DE REZENDE, Renato, 2011, *O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei 12.642, de 2011*, Brasília, Senado Federal.
- NÓBREGA, Camila, 2017, *Os 5 anos da lei de acesso à informação: Uma análise de casos de transparência*, São Paulo, Article 19.
- NUNES, Sandro Luiz, 2009, “Advocacia administrativa em licitações”, *Jus Navigandi*, núm. 2113.
- NYE, Joseph S., 1967, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *The American Political Science Review*, núm. 61.
- OFFICE OF INSPECTOR GENERAL OF THE U.S. AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2010, *Fraud Awareness Handbook*, Washington, U.S. Agency for International Development. Disponible en: [https://oig.usaid.gov/sites/default/files/fraud\\_awareness\\_handbook\\_052201.PDF](https://oig.usaid.gov/sites/default/files/fraud_awareness_handbook_052201.PDF)
- PIPER, Charles E., 2017, *Contract and Procurement Fraud Investigations Guidebook*, Nueva York, Routledge.
- PUTNAN, Robert, 2006, *Comunidade e democracia: A experiência italiana moderna*, Río de Janeiro, FGV.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro, 2011, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones similares”, *Enfoques*, núm. 15.
- REDE BAHIA, 2017, “Grupo que fraudava licitações na BA realizava pregoes em dia de ponto facultativo para eliminar concorrentes, aponta CGU”, *G1 globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/grupo-que-fraudava-licitacoes-na-ba-realizava-pregoes-em-dia-de-ponto-facultativo-para-eliminar-concorrentes-aponta-cgu.ghtml>.
- RIBEIRO VIEIRA, Vânia Lucia, 2013, “Efeitos da Lei de Acesso à Informação (Lei no. 12.527/2011) nas compras públicas”, artículo presentado en el Sexto Congreso CONSAD de Gestão Pública, Brasília.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

- RODRIGUES, Lucas y MORAIS, Orlando, 2016, “Empresários se reuniam para «revezar» contratos na Seduc”, *Mídia News*. Disponible en: <http://midianews.com.br/judiciario/empresarios-se-reuniram-para-revezar-contratos-na-seduc/262197>.
- RODRIGUES, Mateus, 2017, “Centro administrativo do DF teve «acordo» em contrato e troca de alvará por caixa 2, diz relator”, *G1 globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/centro-administrativo-do-df-teve-acordo-em-contrato-e-troca-de-alvara-por-caixa-2-diz-delator.ghtml>.
- ROSE ACKERMAN, Susan, 1996, “The Political Economy of Corruption: Causes and Consequences”, *Public Policy for the Private Sector*, núm. 74.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, 1981, “Sobre la personalidad jurídica de las cortes generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9.
- SANTOS MAGALHÃES, Emerson, 2012, “Lei da informação pública e o princípio da publicidade nos processos licitatórios”, *Migalhas*, núm. 1.
- SECCHI, Leonardo, 2009, “Modelos organizacionais e reformas da administração pública”, *Revista de Administração Pública*, núm. 2.
- SIMÕES GOMES, Helton, 2018, “Como as robôs Alice, Sofia e Mônica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações”, *G1 globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>.
- SOARES ROSSET, A. *et al.*, 2016, “O regime diferenciado de contratações públicas: análise da nova modalidade de licitação do governo federal”, artículo presentado en el Primeiro Congresso Nacional de Mestrados Profissionais em Administração Pública, Paraná. Disponible en: <http://www.profiap.org.br/profiap/eventos/2016/i-congresso-nacional-de-mestrados-profissionais-em-administracao-publica/anais-do-congresso/41180.pdf>.
- STRIQUER SOARES, Marcos Antônio, 2007, “O princípio constitucional da publicidade e propaganda do governo”, *Revista Jurídica da UniFil*, núm. 4.
- TAVARES CORREIA, Victor, 2018, “Empresa alvo da Operação Castelo de Farinha intimidava participantes da licitação, diz polícia”, *UOL Notícias*. Disponible en: <https://blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2018/10/11/empresa-alvo-da-operacao-castelo-de-farinha-intimidava-participantes-de-licitacao-diz-policia/>.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2007, *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*, Washington, U.S. Department of Justice.

- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2015, “CAC/COSP/WG.2/2015/CRP.1: Use of Civil and Administrative Proceedings Against Corruption, Including International Cooperation”, documento presentado en la Novena Asamblea del Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, Viena. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2015-September-3-4/VI506218e.pdf>.
- VIEIRA RIBEIRO, Geraldo L., 2006, *A evolução da licitação*, São Paulo, Portal Classe Contábil.
- WORLD BANK GROUP, 2009, *Fraud and Corruption Awareness Handbook: How It Works and What to Look for: A Handbook for Staff*, Washington, The World Bank Group, Integrity Vice Presidency.
- WURMEISTER, Fabiula y BERNARDI, Artur, 2018, “Mensagens revelam esquema de fraude em licitações para contratos do Hospital Municipal de Foz do Iguaçu”, *GI globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/mensagens-revelam-esquema-de-fraude-em-licitacoes-para-contratos-do-hospital-municipal-de-foz-do-iguacu.ghtml>.
- YUKINS, Christopher R., 2007, “Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCTRAL Model of Procurement Law”, *Public Contract Law Journal*, núm. 3.

## PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20.2.B DE LA LEY ORGÁNICA 4/2015, DEL 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA: CONSIDERACIÓN ESPECIAL CUANDO RECAE SOBRE LAS PARTES ÍNTIMAS. POSIBLES SOLUCIONES SEGÚN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL\*

*DOGMATIC PROBLEMS REGARDING THE APPLICATION OF ARTICLE 20.2.B OF THE ORGANIC LAW 4/2015, DATED MARCH 30TH, OF PUBLIC SECURITY PROTECTION: SPECIAL CONSIDERATION WHEN IT INVOLVES INTIMATE PARTS. POSSIBLE SOLUTIONS ACCORDING TO CASE-LAW DOCTRINE*

Valentín GUILLÉN PÉREZ\*\*

RESUMEN: El artículo 20.2.b de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana expresa: "...dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa...". Esto se constituye como una figura de protección corporal que denominamos "desnudo parcial". Dicha figura plantea una problemática que exige delimitar los elementos que la configuran y distinguen de otras conductas afines. En este sentido, entendemos que se trata de una práctica intermedia entre el desnudo integral y el cacheo, y, por lo tanto, la citada expresión no deja de ser vaga e imprecisa, por cuanto pone en escena la posible conculcación del derecho a la intimidad corporal y del principio a la dignidad humana, especialmente si estas ac-

ABSTRACT: Article 20.2.b of Organic Law 4/2015, on the Protection of Citizen Security express: "...exposing body parts normally covered by clothing...". This constitutes a figure of protection body that we call "partial nude". This figure poses a problem that requires delimiting the elements that configure it and distinguish it from other related behaviors. In this sense, we understand that it is an intermediate practice between integral nudity and frisking, and therefore, the aforementioned expression is still vague and imprecise, inasmuch as it stages the possible violation of the right to bodily privacy, and from the beginning to human dignity, especially if these actions are directed towards the intimate parts of the body. This study aims to delimit the most accepted doctrinal and jurisprudential positions in this regard and that, as far as individual rights are concerned, they are less harmful

\* Artículo recibido el 20 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 7 de junio de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0003-4956-7254. Docente en la Escuela de Policías de la Región de Murcia (EFIAP). Doctor en Abogacía y Práctica Jurídica (UCAM). Licenciado en Criminología (UMU). Graduado en Derecho (UCAM). Máster universitario en Derecho Penitenciario. Perito judicial en documentoscopia (UNED). Subinspector de la policía local de San Pedro del Pinatar. Correo electrónico: [pinatar2003@hotmail.com](mailto:pinatar2003@hotmail.com).



tuciones se dirigen hacia las partes íntimas del cuerpo. Este estudio pretende acotar las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más aceptadas a este respecto y que, en cuanto a los derechos individuales se refiere, sean menos lesivas para la persona expuesta a esta legítima práctica policial, siempre y cuando se den las circunstancias y requisitos para ello.

**Palabras clave:** semidesnudo, cacheo, desnudo integral, registro superficial externo, derecho a la intimidad corporal, dignidad humana.

*to the person exposed to this legitimate police practice, as long as the circumstances and requirements for it.*

**Keywords:** *Semi-Nude, Frisking, Total Undressing, External Surface Frisk, Right to Body Privacy, Human Dignity.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derechos fundamentales afectados.* III. *Otros requisitos aceptados por la doctrina jurisprudencial en el estudio de la derogada LOPSC 1/1992.* IV. *Algunas reflexiones dimanantes del derecho a la intimidad y los requisitos esgrimidos en la STC 115/2013, al hilo de la interpretación sobre el desnudo parcial del artículo 20.2.b.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. *Aproximación conceptual*

Por primera vez en España, y en materia de seguridad ciudadana, se regula, bajo la rúbrica del artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en lo sucesivo LOPSC), el “registro corporal externo”, comúnmente conocido como la diligencia del cacheo (Bilbao, 2015).<sup>1</sup> La asunción de dicha práctica de prospección corporal por parte de esta norma con rango de Ley Orgánica, disponiendo las relaciones de sujeción de los ciudadanos a tal tipo de controles, nos parece del todo acertada por la ya extensa y consolidada doctrina jurisprudencial recaída al respecto, con motivo de los más de veinte años de vigencia de la Ley Orgánica 1/1992; y que, con el paso del tiempo, ha ido fijando sus requisitos y garantías, modulando su contenido y límites de actuación. Dicho

<sup>1</sup> Como destacaba el ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (núm. de expediente 121/000105: 25).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 897-938.

lo cual, ambas normas resultan muy dispares entre sí y con un muy diverso grado de afectación de los derechos fundamentales de los sometidos.

Esta facultad novedosa —que la ya derogada Ley Orgánica 1/1992 no incluía— se estima suficiente para satisfacer las previsiones contenidas tanto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR), como también en los artículos 18, 19 y 20 de la referida norma. Todo lo cual, las nuevas formas en que se pone en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadana,<sup>2</sup> así como las demandas sociales (González y González, 2015),<sup>3</sup> han llevado al legislador a incluir dicha figura a fin de proporcionar una cobertura legal y seguridad jurídica con las suficientes garantías que refuerce todas aquellas acciones del Estado que, mediante las fuerzas y cuerpos de seguridad (en adelante FCS), se practiquen, y estén relacionadas con la práctica del cacheo y sus conductas afines frente a los derechos de los ciudadanos que pudieren verse afectados por ello.

Entre los requisitos que desarrolla el artículo 20, se inserta en su apartado 2, inciso b, el cuestionado “desnudo parcial”,<sup>4</sup> objeto de estudio en el presente trabajo, que del tenor literal reza: “y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó”.

Para profundizar sobre el contexto jurídico policivo donde se encuentra esta novedosa figura de prospección corporal, conviene no olvidar que el legislador ha sustituido el término cacheo por el de “registro corporal externo y superficial”, y el título del artículo 20, donde está incluido el desnudo parcial, se denomina como “registro corporal externo”.

Es por ello que tanto la locución “externo” como “superficial”, pueden incidir en una contribución propositiva con respecto al desnudo parcial, al entenderse que va dirigida a todas aquellas partes del cuerpo que no impliquen una afectación íntima corporal, y por lo tanto no afecte a la esfera más recóndita del individuo manifestado en el sentimiento de pudor o recato personal (Díaz Revorio, 2015), como consecuencia de la indagación superficial al que se vea sometido.

<sup>2</sup> Los tratadistas Álvarez Conde y Tur Ausina (2018) establecen que el mantenimiento de la tranquilidad y seguridad ciudadana es considerado por la LOPSC como un requisito indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales.

<sup>3</sup> En términos similares reza la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2015.

<sup>4</sup> Coinciden en aludir dicho término en la figura del artículo 20.2.b tanto Guillén Álvarez (2015: 13), Bilbao Ubillos (2015: 235) y Rivas Montero (2016: 37).

Estos términos coinciden plenamente con respecto a lo circunscrito tanto en la doctrina como en el resto de la jurisprudencia,<sup>5</sup> y que a lo largo de los años han ido fijando criterios en ausencia de una definición legal que recogiese explícitamente la diligencia del cacheo. En este sentido, Gómara Hernández y Agorreta (2011: 487; véase también Díaz Revorio, 2015: 182) exponen que el cacheo por el cual interviene la policía “...va palpando el cuerpo en superficie, de forma ordenada y por encima del vestido, todo el contorno de la persona objeto de la actuación...”; mientras que García Vila (2004: 10) y Gil Hernández (1995: 69) definen el cacheo como un “acto de palpar superficialmente, el tacto manual, el perfil corporal del sospechosos”; por su parte, Toro Lucena (2010) obvia todas las utilidades que genera la práctica del cacheo en el contexto policivo, centrándose en reseñar que éste consiste en una palpación de la silueta humana; Suárez López (2011: 343) arguye en su análisis que el cacheo consiste en la realización de “acciones consistentes en palpar o tocar manualmente la superficie exterior del cuerpo de una persona y de sus ropas” y, continuando la línea argumental de esta tesis, sacamos también a colación a Fernández Acebo (2013), quien refiere con respecto al cacheo que éste son actuaciones que afectan exclusivamente a la parte externa del cuerpo humano o su indumentaria.

Una vez desarrollado dicho aspecto —cuya relevancia tiene un esencialismo explícito en el desarrollo de los siguientes apartados—, nos centraremos en la exegesis del artículo 20.2.b de la LOPSC, concretamente en la frase “dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa”, porque, bajo nuestro punto de vista, carece de precisión (Bilbao, 2015; Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, 2015; Presno, 2017), lo que, a nuestro entender, permite la ejecución de una actuación excesi-

---

<sup>5</sup> Existe una abultada jurisprudencia en este sentido. A modo de ejemplo destacamos la STS 1393/2002, del 24 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5669), que entendió, con ocasión de una intervención de un elemento de Ertzaintza en relación con la interceptación de la droga que un traficante portaba oculta en sus calzoncillos, que “un cacheo no implica la retirada de la vestimenta de los detenidos” (FJ1), y la STS 260/2004, del 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:260), cuando afirma que el cacheo es un examen superficial o preliminar mediante el tacto, por encima de la ropa (FJ2<sup>o</sup>). Se hace constar que el listado de repertorio jurisprudencial utilizado a lo largo del presente trabajo es el del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), del Consejo General del Poder Judicial. Para citar jurisprudencia se han seguido las disposiciones del identificador europeo de jurisprudencia (ECLI) del CENDOJ, del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/>.

vamente discrecional durante el desempeño de las funciones que les son encomendadas a los agentes de la autoridad, y que además, en la actualidad, está originando cierto desconcierto entre los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en lo relativo a su legal tratamiento jurídico.

Nos estamos refiriendo, concretamente, al estudio dirigido a aquellas partes del cuerpo del sometido que se pueden descubrir y dejar a la vista de los agentes actuantes, porque no es lo mismo despojar, por ejemplo, una camiseta, los calcetines o quitar una gorra de un sujeto, que dejar al descubierto sus partes más íntimas, ya que, en este último caso, operaría en su protección el derecho a la intimidad y, más concretamente, a su intimidad corporal.

Sin embargo, nos parece necesario puntualizar de inmediato que, la disposición examinada se colige como una figura intermedia entre el cacheo y el desnudo integral, de modo que en aquellas situaciones en las que no operase la relación especial de sujeción; es decir, que la persona no esté privada de libertad, la realización, en su caso, de un reconocimiento visual del cuerpo totalmente desnudo del afectado, no estaría amparado legalmente por el precepto objeto a estudio que reza el artículo 20.2.

Por último, significar que, al encontrarnos huérfanos de una interpretación jurisprudencial del citado precepto en la actualidad, dado su reciente aprobación, y al no haberse pronunciado todavía, al día de hoy, el Tribunal Constitucional con motivo de la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 20.2, entre otros,<sup>6</sup> nos vemos abocados a realizar su estudio minucioso, teniendo como referencia la doctrina jurisprudencial asentada hasta el momento y dimanante de la norma anterior.

## 2. Cuestiones planteadas

El conflicto o la discrepancia concerniente al artículo 20.2 de la LOPSC se centraría principalmente, en la legitimidad de las partes del cuerpo que puedan dejarse al descubierto en cualquier intervención policial sobre la ocupación de aquellos efectos, instrumentos peligrosos, drogas u otros efectos relacionado con un delito, y susceptibles de ser portadas entre y debajo de la ropa del sometido.

---

<sup>6</sup> El recurso de inconstitucionalidad ostenta un escrito que recoge la inconstitucionalidad de los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23 y 37.1, con relación a los artículos 30.3, 37.3, 37.7, y la disposición final primera de la LOPSC.

La expresión que contempla el tenor literal del artículo cuestionado es: “Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa...”; no describe con claridad el fondo de la cuestión sobre el que pretendemos dilucidar en el presente artículo y, por consiguiente, carece de precisión, al no explicitar, sin ambages, si este reconocimiento corporal, al que se refiere este concepto jurídico, pudiere realizarse sin límites, así como tampoco si legitimaría para registrar las cavidades corporales, o incluso aquellas a las que afecten a las partes más íntimas del cuerpo del sujeto pasivo concernido y que hubiese sido expuesto a dichas diligencias policivas.

En definitiva, este precepto legal “no permite extraer conclusiones lo suficientemente claras sobre el alcance de la habilitación otorgada a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad”. En este sentido, Defensor del Pueblo (2015; véase también Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, 2015; Presno, 2017) admite esta problemática, instando a las entidades públicas para que, con carácter urgente, elaboren otras normas de rango administrativo de entidad inferior, así como instrucciones dirigidas a las FCS que sirvan de protocolo, a fin de evitar atropellos que pudieren afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, simultáneamente, puedan servir de instrumento sólido para la legítima y correcta interpretación del artículo en cuestión.

Coincidimos, sin embargo, con el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (2015: 43), en cuanto que el precepto examinado no puede equipararse a las intervenciones corporales que comporten un desnudo integral, ya que éstas comportan una mayor injerencia dirigidas al propio cuerpo de la persona. No obstante, creemos necesario puntualizar de inmediato que otras conductas de una misma naturaleza han quedado al margen de su regulación, como la palpación de las partes pudientes o íntimas de la persona sin destapar la ropa, por ejemplo,<sup>7</sup> o incluso la introducción de manos u otros objetos, lo que puede suponer un trato más intrusivo que el propio cacheo corporal.

Con respecto a esta última cuestión, la Audiencia Provincial de Bilbao (84/2012, del 2 de junio) ha asentado, en los fundamentos de derecho de

---

<sup>7</sup> La STS 941/2012, del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7979), no realiza ningún reproche en una actuación policial, cuando al tener indicios racionales de portar un envoltorio de plástico, palpa los genitales, actuación que le llevó a *posteriori*, a realizar un desnudo en aras de intervenir dicha droga.

sus respectivas sentencias, unos criterios convincentes, con los que condenó, por una falta de vejaciones injustas, a un agente de la Policía Municipal de Bilbao, por el hecho de haberse puesto unos guantes de látex con la finalidad de introducir sus manos por debajo del pantalón, y tocar de forma intencionada la zona anal o genital para descartar que portara efectos delictivos o peligrosos. El tribunal resolvió que dicho agente había estado guiado por su exclusivo ánimo de humillar a un sujeto, que no estaba privado de libertad, adoleciendo, además, de una justificación racional por los hechos acaecidos.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

La intimidad<sup>8</sup> constituye un concepto completamente contemporáneo que, a su vez, contiene dos modalidades que poseen mucho en común, referidas concretamente a la intimidad personal y corporal. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional (STC 37/1989, del 15 de febrero [ECLI:ES:TC:1989:37]), ha reiterado que el derecho a la intimidad personal forma parte de la intimidad corporal, erigiéndose el primero con un contenido mucho más amplio que el relativo a la intimidad corporal (Pérez, 2016) propiamente dicho,<sup>9</sup> y, por lo tanto, el nivel de afectación de este último se encuentra mucho más acentuado que el propio derecho a la intimidad personal.

Por antonomasia, el derecho más condicionado por la práctica del cacheo, desde el prisma del artículo 20 de la LOPSC, es el referido al derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española.<sup>10</sup> En aras de proteger el citado derecho constitucional, la redac-

---

<sup>8</sup> También en sumo detalle se expresa el tratadista Cabezuelo Arenas (1998). Este autor define la intimidad como “un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo, y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la que la intimidad representa”.

<sup>9</sup> De igual modo coincidimos con Díaz Revorio (2015) y Naranjo de la Cruz (2017) cuando reconocen que la intimidad personal abarca también una de las manifestaciones relativas a la intimidad corporal.

<sup>10</sup> La doctrina se ha pronunciado en esta línea, destacando al tratadista González i Jiménez (2014), quien arguye que tanto el cacheo, como los registros y las pruebas de detección alcohólicas, vulneran el derecho a la intimidad del individuo. Además, la STC 204/2000, del 24 de julio (ECLI:ES:TC:2000:204), afirma que “aparece configurado como un dere-

ción del precepto precisa que el cacheo debe realizarse por un agente del mismo sexo —salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes—, y existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos o efectos que para las funciones de prevención les son encomendadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Ahora bien, uno de los intereses del estudio está condicionado por la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la intimidad corporal. Recordemos que el artículo 20.2.b contiene un abanico amplio de situaciones dispares que, en su conjunto, pueden constituir una amalgama de actuaciones dirigidas hacia el propio cuerpo de la persona que, por su nivel de exigencia, puedan afectar al derecho de la intimidad personal, como levantar la camiseta por si oculta algo bajo ella, descalzarse, quitar los calcetines, bajar parcialmente el pantalón con la misma finalidad, o incluso el derecho a la intimidad corporal; es decir, poner al descubierto partes pudendas o íntimas de las personas, e incluso aquél tipo de indagación de prospección corporal que consista en la introducción de manos u otros objetos en contactos con las mismas, o palpar superficialmente, contingencias concurrentes que bajo el punto de vista del que suscribe quedaría fuera de la LOPSC.<sup>11</sup>

En tal sentido, no se concibe el mismo nivel de intromisión respecto al derecho a la intimidad de un sujeto cuando se le obliga a quitarse un calcetín porque los agentes posean indicios de que éste hubiese introducido un objeto sospechoso dentro de él, que cuando éste deba bajarse sus pantalones hasta las rodillas con el fin de observársele el posible contorno de algún objeto escondido bajo su prenda interior. Ahora bien, consideramos que son mucho más comprometidas y, por tanto, se elevaría el grado de intromisión en cuanto al derecho a la intimidad de las personas se refiere, aquellas actuaciones encaminadas a obligar a un sujeto a despojarse de esta última prenda dejando a la vista sus partes más íntimas.

---

cho fundamental... la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás". Esta afirmación es mencionada por la STS 260/2004, del 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:260), FJ3º, entre otras.

<sup>11</sup> Sobre la cuestión se expresa el tratadista Otamendi Zozaya (2015: 78), al aseverar que el apartado b del citado artículo 20 de la LOPSC "permite afirmar que la ley admite que el cacheo exija que el sujeto sometido a éste se quite determinadas prendas (pantalones, zapatos, camiseta, ropa interior), siempre y cuando existan indicios claros de poder hallar bajo dichas prendas instrumentos, efectos u otros objetos relevantes".

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 897-938.

Bajo nuestro punto de vista, no resultaría ningún problema en el supuesto de que se despojara de la ropa que cubriese aquellas partes del cuerpo que no correspondan a los órganos genitales externos o internos como el ano, el recto, o los pechos de una mujer, pero siempre y cuando se garantice la justificación y protección al derecho de la intimidad personal como se colige de las diferentes resoluciones judiciales.

El principal argumento que esgrimimos deriva del hecho de que, desde la aprobación de la LOPSC, existe una norma con rango de Ley Orgánica que dispone estas relaciones de sujeción de los ciudadanos a tal tipo de controles, y cuyo texto ha fijado requisitos tan importantes como que se dejará constancia escrita de dicha práctica, las causas que lo motivaron, así como la identidad del agente que la adoptó. Todo ello bajo la premisa de efectuarlo en un lugar reservado fuera de la vista de terceros.

No debemos olvidar, en este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto, en cuya resolución hace referencia a los artículos 53.1 y 81.1 de nuestra carta magna cuando recuerda que “todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley” (STC 183/1994, del 20 de junio [ECLI:ES:TC:1994:183], FJ5<sup>o</sup>).<sup>12</sup> Es por ello deseable reseñar que, la práctica de la diligencia del cacheo que consista en descubrir aquellas partes del cuerpo no íntimas, se encuentran reguladas de una forma específica bajo el amparo de todos los requisitos que acabamos de ver. De modo que lo consideramos suficientemente legítimo con relación a las facultades que se les otorga a las FCS. Dicho lo cual, y en virtud del principio de legalidad, es decir, que la “medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley” (STC 115/2013, del 9 de mayo de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:115]),<sup>13</sup> estaríamos en disposición de aseverar que esta acción a la que estamos refiriéndonos cumpliría el requisito exigible por el Tribunal Constitucional, siempre y cuando, eso sí, se respete, además, el principio de proporcionalidad concretado en tres condiciones: que la medida sea idónea, necesaria, así como, la exigencia del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>12</sup> La SAP de Melilla, 24/2008, del 21 de mayo (ECLI:ES:APML:2008:107), entiende que la desnudez impuesta a un sujeto por parte de las FCS, “...sin cobertura legal para ello, al no existir precepto legal...”, constituye una vulneración del derecho a la intimidad personal del artículo 18 de la CE.

<sup>13</sup> En dicha sentencia esgrime que existe una extensa doctrina del Tribunal Constitucional en este sentido.



En cualquier caso, y como se ha tenido ocasión de comprobar en la jurisprudencia, incluso antes de su regulación en la actual LOPSC, no ha existido reproche judicial en una intromisión ilegítima en aquellas actuaciones consistentes en dejar al descubierto partes no pudientes del cuerpo, como calcetines (SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre), dentro del pantalón (STS 156/2013, del 7 de marzo [ECLI:ES: TS:2013:919]), camiseta (SAP de Castellón, 403/ 317, del 28 de septiembre [ECLI:ES:APC S:2007:927]),<sup>14</sup> zapatilla (SAP de Las Palmas de Gran Canaria, 124/2016, del 31 de marzo [ECLI:ES:APGC:2016:1034]), de modo que al amparo de la referida ley, consideramos legítimo dichas actuaciones corporales.

### 1. *El derecho a la intimidad corporal como límite de actuación*

Subscribimos las palabras del tratadista Duart Albiol (2014), cuando arguye que, la exhibición del cuerpo desnudo ante otra persona, puede suponer una vulneración de su derecho a la intimidad corporal como resultado de la exposición de las partes más íntimas de su cuerpo, salvo que esté siendo objeto de una investigación policial mediante resolución judicial motivada; o bien cuando, en todo momento, se respeten los principios de proporcionalidad, según el caso concreto; o bien la persona sometida al desnudo muestre, libre y voluntariamente, su expreso consentimiento.<sup>15</sup>

Es preciso señalar, por otra parte, lo pronunciado por el Dictamen del Estado 557/2014<sup>16</sup> del artículo 20.2.b de la actual LOPSC 4/2015, en cu-

---

<sup>14</sup> En esta causa, los agentes actuantes, cuando realizaban un control de alcoholemia, encontraron una cantidad de droga en el interior de una cartera que portaba el ocupante de un vehículo, circunstancias que motivaron a las FCS a practicarle un examen corporal detrás de unos matorrales, obligándole a quitarse la camisa y bajarse los pantalones. En ningún momento la sentencia refiere sobre la ilicitud del desprendimiento de la camisa, entendiéndose, consecuentemente, que esta acción no afecta tanto a la intimidad como el hecho de haberse despojado del pantalón. En este sentido, aduce (FJ2º) la sentencia que existió una falta de vejaciones por parte del agente de policía, que podría haberse evitado, dado que insiste el Tribunal en aducir que, con haber desabrochado el botón del pantalón del sometido, con el fin de aflojarlo y moverlo ligeramente, hubiera sido suficiente para realizar dicha indagación. Además, refiere que dicha medida policial es mucho más intensa que el simple cacheo en sí mismo.

<sup>15</sup> Para mayor abundamiento, y en el mismo sentido se expresan Azaola Calderón (2010); Díaz Revorio (2015) y Sánchez González (2006).

<sup>16</sup> Dictamen 7/2015, del 4 de junio, sobre la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

yos argumentos se esgrime que se debe redactar a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, como alude la coetánea STC 171/2013, del 7 de octubre (ECLI:ES:TC:2013:171), en la que se afronta la cuestión relativa a los registros corporales con desnudo integral dentro de los centros penitenciarios. De dicha doctrina se puede extraer, con respecto a este precepto, que la fundamentación de la medida debe estar asentada por razones individuales y contrastadas, y con el fin de garantizar la seguridad del centro, en concordancia con la teoría de la relación especial de sujeción, que pretende justificar cierta devaluación de los derechos fundamentales del recluso frente a las Instituciones Penitencias (Cervelló, 2006; Juanatey, 2008; Tamarit, 2005). Por ello alerta de la precaución prevista en el propio artículo 20.2.b de la citada ley, ya que dicho registro afecta a la intimidad corporal.

En este sentido, y aunque no constituya el objeto de este trabajo, no es óbice destacar la dificultad encontrada en su tratamiento jurídico-legal —como se ha tenido ocasión de comprobar—, de modo que incluso los términos “pudor” o “recato” no dejan de ser muy ambiguos y de difícil interpretación,<sup>17</sup> como así lo entendemos conforme a la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

...el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989, del 15 de febrero, [ECLI:ES:TC:1989:37], FJ7°).

Por tanto, conviene traer a colación el problema existente que aborda el artículo 20.2.b, por su manifiesta confrontación con respecto al Tribunal

---

<sup>17</sup> A este respecto señalan, por ejemplo, García Arán y Rebollo Vargas (1994). Asimismo, la tratadista Díaz Revorio (2015) reconoce que existen partes dudosas que pueden afectar al sentimiento de pudor, aunque fija claramente como aquellas que afectan a los órganos genitales, tantos externos como internos: el ano y el recto, así también como los pechos en el supuesto de las mujeres. Incluso Yángüez González (2018) se cuestiona, de igual modo, cuántas partes del cuerpo debe dejarse al descubierto y en qué grado, arguyendo que dicho precepto debería estar tasado y cerrado para evitar interpretaciones erróneas.

Constitucional, con relación a la validez de estas indagaciones que incidan en la privacidad del cuerpo humano. De modo que en la STC 207/1996 del 16 de diciembre (ECLI:TC:1996:207),<sup>18</sup> se sienta como premisa que el desnudo integral puede afectar al derecho fundamental a la intimidad corporal y, por ello, únicamente tiene legitimidad en aquellos supuestos en los que el sujeto se encuentre privado de libertad, y bajo unas premisas legales y racionalmente fundadas.<sup>19</sup>

Ahora bien, no es tarea fácil lo que, con relación al cometido de las FCS, se ha de entender por un “desnudo integral”, ya que adolece de una regulación taxativa o de base legal. En esta línea, podríamos pensar que se está refiriendo a aquellos supuestos en los que un individuo que se encuentre detenido, se desprenda de toda su ropa. Sobre dicho tema y haciéndose eco de toda la doctrina jurisprudencial dirimida hasta la fecha, tanto la Secretaría de Estado y Seguridad en 2005 como el flamante acuerdo mante-

---

<sup>18</sup> La STC 206/1996, del 16 de diciembre (FJ2º) reseña que “dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización: a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etcétera), o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etcétera), o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etcétera), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (artículo 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad”.

<sup>19</sup> Véase los requisitos para la práctica del desnudo integral en ámbito policial: la Instrucción SES 7/1996, del 20 de diciembre, en relación con la práctica de desnudos integrales a detenidos con el fin de averiguar si portan entre sus ropas o en los pliegues de su cuerpo algún objeto peligroso o prueba incriminatoria; la Instrucción SES 19/2005, del 13 de septiembre, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad; la Instrucción SES 12/2007, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FCS del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial; la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y el acuerdo adoptado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, sobre los Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, de abril de 2017.

nido por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, han acuñado, de una forma específica y detallada, la acepción de la práctica del desnudo integral<sup>20</sup> durante los cacheos policiales con el fin de averiguar si un sujeto pasivo, objeto a examen, porta en los pliegues u otras partes de su cuerpo, o entre sus ropas, algún efecto, instrumento u objeto peligroso o prueba incriminatoria. A este respecto señalan, además, que el cacheo o registro corporal apoyado en un desnudo integral consiste en la diligencia policial que pone “al descubierto las partes pudendas o íntimas de una persona, y en caso necesario indagar mediante el contacto directo de manos u otros objetos de exploración con las mismas”.<sup>21</sup>

Según lo indicado en el párrafo anterior, por motivos análogos con respecto a la disposición cuestionada, somos de la opinión que de la *praxis* policiva encaminada al hallazgo de instrumentos u objetos en el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que les son encomendadas a las FCS, quedarían excluidas todas aquellas actuaciones que generen un desnudo integral, entendido éste, por el desprendimiento de la ropa que suponga dejar a la vista las partes más íntimas, o en toda su totalidad, así como, realizar contacto físico con las partes pudientes del sujeto que se someta a éstas.

Por consiguiente, si los agentes intervinientes deciden someter a un sujeto a un desnudo parcial, estaría legitimado si se alcanzan los requisitos y las garantías jurídicas exigibles (Guillén, 2015). A modo ilustrativo, señalamos las más comunes como: descubrir el torso, las piernas, o incluso el cabello cuando estuviera tapado con una gorra. Nos parece sumamente importante destacar que dichas actuaciones no habían estado sujetas a reprobación por parte de la jurisprudencia (como se ha esbozado en el epígrafe anterior); sin embargo, carecían de base jurídica al no estar contemplado en la anterior LOPSC.

---

<sup>20</sup> Nos resulta deseable reseñar que en el ámbito penitenciario esta materia se encuentra regulada de un modo más concreto, en el artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del 26 de septiembre, desarrollándose minuciosamente en los artículos 68 y 93 del Real Decreto 190/1996, del 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario y que contempla, entre las medidas que cabe adoptar, la del desnudo integral.

<sup>21</sup> Instrucción núm. 19/2005, del 13 de septiembre, del secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad, y la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, sobre los Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, de abril de 2017.

Ahora bien, una sentencia de la Audiencia Nacional esgrime una interpretación dispar sobre lo que se debe considerar taxativamente como un desnudo integral. Dicho tribunal emplea esta locución únicamente para indicar que se ha dejado a una persona en ropa interior; es decir, no dejando a la vista sus partes más íntimas o pudientes. Los hechos fácticos del tribunal *a quo* relatan que una persona fue retenida por un vigilante de seguridad de un establecimiento porque una clienta había visto un gesto sospechoso de guardarse un perfume debajo de su ropa. Al llegar la policía, le despojó de su indumentaria, dejándola en ropa interior en el probador del establecimiento. El fallo dictaminó que se “actuó con desproporción y de forma vejatoria, ya que no era preciso un registro corporal sino un simple cacheo superficial. Lo que se había sustraído no era ropa sino objetos cuya presencia puede advertirse con un simple cacheo” (SAN, núm. de recurso 947/2002, del 13 de abril [ECLI:ES:AN:2005:6752]).

De todas estas objeciones que se han ido desarrollando en el presente epígrafe *infra*, nos parece sumamente interesante las argumentaciones esgrimidas por el magistrado Otamendi Zozaya (2015: 78), concretamente en su monografía de investigación llevada a cabo para dilucidar sobre los aspectos controvertidos de los preceptos legislativos de la nueva LOPSC 4/2015. En ella, aduce una solución muy práctica en aras de evitar la práctica del desnudo integral del señalado artículo 20.2.b. La medida expuesta por este magistrado propone que el registro se realice por partes: “esto es, quitando sucesivamente prendas de ropa que podrá ponerse de nuevo el sujeto antes de que tenga que quitarse otras, para que en ningún momento se quede completamente desnudo ante los funcionarios policiales”.

La LOPSC se constituye como una norma de construcción jurisprudencial por cuanto que el legislador incorporó un *plus* de garantías y requisitos que ya habían sido esgrimidos con anterioridad por los tribunales españoles, para salvaguardar aquellas actuaciones indagatorias que operen sobre la legitimidad del artículo 20.2.b. De modo que, en el propio texto, se introdujo que el desnudo parcial debe realizarse en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros,<sup>22</sup> dejando constancia por escrito, tanto de las

---

<sup>22</sup> La jurisprudencia ha admitido el desnudo o semidesnudo de sujetos que no están privados de libertad en zonas como: en el interior de unos matorrales emplazados en la playa (SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre); en el portón de un edificio (SAP de Barcelona, 161/2014, del 24 de febrero [ECLI:ES:APB:2014:1917]); en una zona más reservada entre dos turismos que actúan de pantalla (ATS 1554/2003, del 26 de septiem-

causas que motivaron dicha medida<sup>23</sup> como de la identidad del agente que la adoptó. Todo ello, bajo un estricto cumplimiento de causar el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, obligando a las FCS a informarle inmediatamente de las razones y motivos de su realización.

No obstante, criticamos la imprecisión del precepto examinado, puesto que nos encontramos con figuras de prospección corporal que escapan de la protección constitucional; por ejemplo, el hecho de palpar externamente y sin contacto directo las partes más íntimas de la persona, o bien la realización de un registro bucal.

En el primero de ellos, la doctrina jurisprudencial, con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley Orgánica 4/2015, no había censurado dicha diligencia, considerándola como un simple cacheo,<sup>24</sup> pero siempre y cuando hubiera indicios racionales de que la persona llevase escondida alguna sustancia u objeto prohibido; es decir, una valoración de carácter objetivo producto de un razonamiento obtenido a partir de una base fáctica suficiente, descartando, por tanto, las meras suposiciones.<sup>25</sup> En este sentido nos parece interesante la construcción de los argumentos jurídicos del tribunal supremo al aducir que

---

bre [ECLI:ES: TS:2003:9626A]); en un portal cercano del lugar donde se requirió la actuación (STS 156/2013, del 7 de marzo [ECLI:ES:TS:2013:919]); en el patio interior de un cuartel de la Guardia Civil (STS 941/2012, del 29 de noviembre [ECLI:ES:TS:2012:7979]); almacén de un supermercado (SAP de Tarragona, 219/2014, del 8 de mayo [ECLI:ES:APT:2014:536]), o incluso en unas dependencias aisladas de un establecimiento público (ATS 1474/2005, del 28 de junio [ECLI:ES:TS:2005:8428A]).

<sup>23</sup> Recientemente, la Instrucción 13/2018, del 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, “sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana”, especifica con más detalle, si cabe, como se debe realizar el escrito. Expresa que deberá entregarse a sus superiores en la finalización del servicio, y se deberá hacer constar, incluso, en los supuestos que tengan ocasión de abrir actuaciones penales o un procedimiento administrativo sancionador.

<sup>24</sup> La SAP de Ciudad Real 33/2017, del 19 de diciembre (ECLI:ES:APCR:2017:1327), FJ2º consideró cacheo, el acto de palpar por fuera la zona de los genitales, notando un bulto sospechoso que finalmente fue cocaína.

<sup>25</sup> En detalle, la STS 941/2012, del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7979), relativa en los hechos fácticos, que la Guardia Civil tiene sospechas sobre el tráfico de drogas de un sujeto, al visualizarlo por una zona que se encontraba frente al cuartel, atisbando que en la zona de los genitales llevaba ocultas unas bolas de plástico perceptible al tacto, cuyo resultado derivó en la incautación final de un envoltorio que resultó ser droga.

...la práctica del cacheo de la inculpada por una agente femenina, limitándose a palpar sobre su ropa el cuerpo, aun contorneando la zona pectoral, no puede calificarse como una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la integridad corporal proclamado en el art. 18 de la CE concurriendo en las condiciones concretas de su práctica la adecuación cualitativa y cuantitativa para la obtención del fin perseguido” (STS 1171/1997, del 29 de septiembre [ECLI:ES:TS:1997:5713], FJ1º).

En el segundo orden de cuestiones planteadas, es decir, los registros efectuados dentro de la cavidad bucal, se configuran como aquellos exámenes que, sin afectar al derecho de la integridad física, recaen sobre las partes del cuerpo que no son consideradas íntimas. Al respecto, el propio tribunal supremo esboza que “tampoco se ve afectado el derecho a la intimidad personal que consagra el artículo 18.1 del texto fundamental. Se trata de una denominada intervención corporal... que no puede alcanzar la trascendencia de un registro anal o vaginal” (STS 3/1993, del 15 de abril [ECLI:ES:TS:1993:16], FJ2º). Encontramos de igual modo, en otra sentencia, concretamente en el relato fáctico (referido a la extracción de droga de la cavidad bucal) que

...no refiere propiamente una intervención corporal, sino una actuación policial que, consciente de la existencia de lo que podía ser sustancia tóxica... Se trata, en definitiva de una inspección corporal, en los términos a los que se refirió la STC del 16 de diciembre de 1996, que no afecta a la intimidad en la medida en que la inspección no se realiza sobre partes íntimas, conforme a la STC del 15 de febrero de 1989, por cuanto no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona” (STS 892/2003, del 17 de junio [ECLI:ES:TS:2003:4211], FJ1º).<sup>26</sup>

Esta figura indagatoria —en la que suele ser habitual esconderse o guardar las sustancias estupefacientes—<sup>27</sup> queda fuera del alcance de nin-

<sup>26</sup> En esta línea se expresa también Anadón Jiménez (1980: 16), argumentando, además, que la cavidad natural como es la boca, “no se verá afectado el derecho a la intimidad”; o Canosa Usera (2006), esgrimiendo que la práctica de someter a una persona a un registro bucal, si bien no afecta a la integridad física, sí podría afectar a la integridad moral, si alcanzase la categoría de trato inhumano y degradante.

<sup>27</sup> A modo de ejemplo: la STS 882/2012, del 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7382); la SAP de Madrid 584/2008, del 18 de diciembre (ECLI:ES:APM:2008:19709); la SAP de Barcelona 41/2013, del 10 de mayo (ECLI:ES:APB:2013:4990), FJ2º. Esta última

guna protección de derechos fundamentales, en todo caso, podría quedar afectado el derecho que Díaz Revorio (2015: 50) ha denominado como “inmunidad corporal”. Este término, queda circunscrito en atención a la libertad de disponer el propio cuerpo de la persona, y que en nuestro sistema constitucional se vendría a convertir en la protección de valores como la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. De este modo no implicaría la vulneración de la Constitución —y más a sabiendas de que dicha indagación es jurídicamente tratada por la propia doctrina jurisprudencial como un simple y vulgar cacheo—<sup>28</sup> siempre que se tenga en cuenta la exigencia de ciertos requisitos para su legítima práctica.

## 2. *El consentimiento de la persona inculcado en el principio constitucional de la dignidad como límite de actuación*

Aunque constituya un lugar común, cabría empezar dilucidando sobre el papel que juega la protección de la dignidad de la persona en los desnudos que aduce el artículo 20.2 de la LOPSC, toda vez que nos parece de especial consideración realizar un análisis más profundo para concretar su legitimación. No obstante, el estudio que vamos a llevar a cabo, tiene la pretensión de fijar una posición desde el plano y el contexto consistente en

---

expresa que los funcionarios públicos observan cómo una persona realizaba una transacción de droga, extrayendo de la boca una bola de color verde, conteniendo al parecer droga. Como también reseña en los hechos fácticos, la SAP de Barcelona 1099/2010, del 17 de diciembre (ECLI:ES:APB:2010:9359), dado que los miembros de las FCS observaron al receptor de la supuesta droga, en la misma transacción, una vez comprada la ilícita mercancía, guardársela en su cavidad bucal.

<sup>28</sup> Así lo entiende la STS 3/1993, del 15 de abril (ECLI:ES:TS:1993:16), FJ2º, relatando que, en el transcurso de la vigilancia mediante vehículo camuflado por parte del Cuerpo Nacional de Policía, los agentes observaron a un individuo en el interior de un vehículo, sobre quien tenían sospechas fehacientes de que se dedicaba al tráfico de drogas. Cuando le invitaron a bajarse del automóvil para verificar su identidad, aquél se resistió, y los funcionarios policiales observaron cómo éste se introducía cinco envoltorios de droga en la boca, los cuales expulsó durante el forcejeo que había mantenido con ellos. Pues bien, el Tribunal consideró legítima la actuación policial. Igualmente, así lo considera el Auto del TS 2625/2006, del 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:17755A), FJ3º, respecto a un caso similar al anterior, y mediante el cual sostuvo que dicha actividad se hallaba dentro de las “inspecciones y registros corporales”. Además, el fallo justificó la actuación policial, aduciendo que era aconsejable esta práctica para la propia seguridad e integridad física del inculpado, dado que “de haber ingerido la sustancia que tenía en la cavidad bucal (dos envoltorios termosellados de heroína) habría sufrido, sin duda, una intoxicación”.



dejar al descubierto aquellas partes del cuerpo que afecten a la intimidad corporal de la persona, de modo que, como ya dijimos en su momento, la intervención policial que se centre sobre aquellas zonas que no supongan o impliquen una violación al sentimiento del pudor o recato, se estimará como legítima, siempre y cuando se hubiere ejecutado siguiendo las garantías y requisitos exigibles en el propio precepto.

No es baladí recalcar que, aunque la dignidad humana carece de la condición de derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución Española, no significa ello que no posea una enorme proyección en otros derechos profundamente arraigados en la propia persona, de modo que, los derechos y valores descritos por la Constitución pivotan en torno al concepto de “dignidad de la persona”, como es el caso del derecho a la integridad física y moral (Canosa, 2006; García, 2003) del artículo 15 de la CE; el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen del referido artículo 18.1 constitucional; así como el derecho a la libertad de ideas y creencias (Duart, 2014) que esgrime el artículo 16 CE.

La jurisprudencia ha señalado, en reiteradas ocasiones, el vínculo existente entre la dignidad de la persona y otros derechos constitucionalmente reconocidos. Como se ha podido reseñar, la idea en la que se basa la protección y garantías que dispensa el derecho a la intimidad corporal, concierne al pudor y recato del ser humano. En este sentido, el fundamento último de este derecho está circunscrito a la protección de la dignidad de la persona. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 207/1996, del 16 de diciembre (ECLI:TC:1996:207) (FJ3º), dictamina que, la intimidad corporal corresponde a una derivación o parte de la dignidad de la persona. La referida sentencia la define en su conjunto como “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.<sup>29</sup>

Además, el artículo 10.1 CE nos indica que la dignidad humana forma parte de un principio constitucional (Lombardero, 2012), constituyéndose en su conjunto como un valor constitucional supremo, y concebido como un valor hermenéutico ligado a otros valores superiores como la libertad e igualdad (Díaz Revorio, 2015; García, 2003), lo cual lleva intrín-

---

<sup>29</sup> También a modo de ejemplo, nombramos la STS 97/2015, del 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:823), ya que realiza un estudio de la doctrina jurisprudencial a tal efecto.

seca la protección más absoluta del desarrollo de la personalidad de la propia persona.<sup>30</sup>

Llevado este controvertido tema al lugar indicado, podríamos cuestionarnos qué puede significar el respeto a la dignidad de la persona en la intervención policial consistente en dejar semidesnudo a un sujeto pasivo en virtud del artículo 20.2.b de la LOPSC. No nos cabe duda de que, una respuesta sustancial solventaría la problemática existente al respecto. Bajo nuestro punto de vista puede significar, al menos, dos elementos significativos:

En primer lugar, si la dignidad de la persona comporta la imposibilidad de instrumentalizar al individuo, esto implicaría (en la práctica del semidesnudo) la exigencia de salvaguardarle frente a cualquier intento de cosificación, de forma que, si el individuo se convierte en un medio despojado de su condición de fin, se lesionaría el principio de dignidad de la persona en el supuesto de que la realización de la prospección corporal, mediante la práctica del semidesnudo, se ejecutase de forma degradante. En esta línea se expresa el Auto del Tribunal Supremo (1554/2003, del 26 de septiembre [ECLI:ES: TS:2003:9626A]), en cuyo texto legitima un cacheo con desnudo parcial, dado que el recurrente no fue obligado a adoptar ninguna postura ni colocarse de forma vejatoria.

De igual modo, la postura antagónica de la jurisprudencia ha reconocido también la injerencia que, respecto a la dignidad personal, pueden causar las FCS mediante la ejecución del semidesnudo o desnudo parcial. Un ejemplo sobre ello fue cuando el Tribunal Supremo señaló diferentes resoluciones, como cuando explica que el hecho de obligar a un sujeto a que se quitara el cinturón, se bajara los pantalones, se ahuecara los calzoncillos y se sacara sus genitales y los moviera, mientras era iluminado con una linterna, con la finalidad de comprobar que no ocultaba nada debajo, llegó a convertirse en un trato humillante (130/2014, del 25 de febrero [ECLI:ES:TS:2014:609]).

Otro ejemplo cuando refiere que, de forma abusiva, los funcionarios policiales retuvieron a una persona a fin de proceder a su cacheo y realizar ulteriormente un desnudo durante diez minutos en el interior de un vehículo sin causa justificada, lo que constituyó “un trato degradante en su

---

<sup>30</sup> Aguilera Portales y González Cruz (2012), a la hora de definir la dignidad humana, establecen que está conectada con el desarrollo integral de la persona humana, es decir, el modo como se realiza personalmente.

propia naturaleza” (677/2009, del 16 de junio [ECLI:ES:TS:2009:4471]); así como forzar a una persona a desprenderse de su ropa y efectuar genuflexiones para expulsar un recipiente en forma de huevo que tenía alojado en el recto (874/1998, del 26 de junio [ECLI:ES:TS:1998:4471]).<sup>31</sup> Es decir, y como conclusión a lo expresado, indica Díaz Revorio (2015), que la conculcación de la dignidad incluiría todas aquellas actuaciones que implicasen un *plus* de trato inhumano, vejatorio o degradante.

En segundo lugar, si la dignidad lleva consigo esa capacidad de autodeterminación de la propia conducta y dado que las intervenciones corporales consistentes en los semidesnudos suponen una importante limitación de dicha capacidad autodeterminadora, hemos de plantearnos necesariamente el papel que juega el consentimiento como requisito legitimador de la actuación policial sobre aquellos individuos que no estén sometidos a una modificación de su *status libertatis*.

A pesar de los fallos emitidos por los tribunales que no han reprochado la práctica del desnudo parcial a sujetos que no están privados de su libertad, lo cierto es que, muchas resoluciones han perdido la oportunidad de argumentar sobre su legitimación en los fundamentos de derecho de sus correspondientes sentencias.<sup>32</sup> No obstante, coexiste una línea jurispruden-

---

<sup>31</sup> Nos parece muy interesante lo que el alto tribunal esgrime con respecto al principio constitucional analizado: “[E]l hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad y si además se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante... es incuestionable que se pudieron utilizar métodos alternativos que lesionasen en menor medida la dignidad y la intimidad de la persona” (FJ4<sup>o</sup>). En el mismo sentido refiere una copiosa jurisprudencia, reseñamos a tal efecto, como ejemplo, la STS 446/1996, del 11 de mayo (ECLI:ES:TS:1996:2830), o la STS 1133/2010, del 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7312), FJ4<sup>o</sup>.

<sup>32</sup> Para prueba de ello, véase el acopio de sentencias que avalan el semidesnudo en sujetos no privados de libertad, en cuya justificación adolecen de una elocuente construcción argumental que legitimen dicha práctica: la SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre, aprueba el registro en zona genital, calcetín derecho e izquierdo; la SAP de Barcelona, 161/2014, del 24 de febrero (ECLI:ES:APB:2014:1917), o la SAP de Barcelona, 1014/2014, del 18 de diciembre (ECLI:ES:APB:2014:13501), donde fueron ocupadas unas sustancias estupefacientes en el interior de los calzoncillos; la SAP de Bilbao, 90321/2017, del 29 de noviembre (ECLI:ES:APBI:2017:2179), se le intervino un móvil sustraído del interior de los calzoncillos del acusado, pero no aduce cómo fue el procedimiento para su ocupación; el AAP de Logroño, 192/2011, del 6 de junio (ECLI:ES:APLO:2011:261A), en cuyo caso únicamente esgrime el tribunal que no constituye ninguna invasión corporal en la intervención de droga del interior de los calzoncillos; la SAP de Murcia, 176/2017, del 2 de mayo, esboza únicamente la justificación de encontrar droga entre los calzoncillos del

cial que analiza con profundidad el consentimiento de las personas sometidas al semidesnudo que sí lo legitima. Convirtiéndose éste, en un conducto firme y sólido que instrumentalizaría su validez (Duart, 2014).

En similares premisas se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, puesto que se debe recordar que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto. De tal modo que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que “exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno” (STS 1133/2010, del 21 de diciembre [ECLI:ES:TS:2010:7312], FJ4°),<sup>33</sup> o dicho de otro modo, “el consentimiento, además, puede actuar como fuente legitimadora del acto de injerencia” (STS 1133/2010, del 21 de diciembre [ECLI:ES:TS:2010:7312], FJ4°). Incluso, de forma específica, en las motivaciones de una sentencia del tribunal supremo, con motivo de las sospechas que la Guardia Civil tenía sobre un sujeto que se dedicaba al tráfico de drogas, y al que habían observado que, en la silueta que comprendía su zona genital, llevaba ocultas unas bolsas de plástico, se argumentó que “nada impide que, dadas las circunstancias, un ciudadano que se encuentra en situación de libertad consienta voluntaria y libremente en la realización de un registro corporal con desnudo integral, sin necesidad de esperar la autorización judicial” (STS 941/2012, del 29 de noviembre [ECLI:ES:TS:2012:7979], FJ2°). Y prueba de ello lo podemos constatar en las distintas resoluciones donde se describen diversas formas de percibir un consentimiento; por ejemplo, el hecho de que el propio acusado extraiga la sustancia estupefaciente que ocultaba en la ropa interior (STS 473/2005, del 14 de abril [ECLI:ES:TS:2005:2299], FJ1°), o más concretamente en la zona anal (STS 1393/2002, del 24 de julio, [ECLI:ES:TS:2002:5669], FJ Único) sin que fuera necesario que se quitara o se bajase íntegramente

---

encartado, porque en un *parquing* que habitualmente se trafica con droga, vieron salir a un vehículo al percatarse de la presencia policial, el vehículo giró sospechosamente; y la STS 503/2013, del 19 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3275), esgrimiendo escasamente, que se efectuó un cacheo en el interior del vehículo policial, donde fue descubierto dentro del pantalón, de los calzoncillos y en la zona de los genitales, una sustancia prohibida.

<sup>33</sup> En el texto de la STS 1133/2010, del 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7312), se citan las diferentes sentencias constitucionales que se postulan en este sentido: STC 234/1997, del 18 de diciembre (ECLI:ES:TC:1997:234), FJ9°; 70/2002, del 3 de abril (ECLI:ES:TC:2002:70), FJ10°; 25/2005, del 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:25), FJ6°, y 110/1984, del 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:110), FJ5°.

aquéllos; desabrocharse voluntariamente los pantalones (ATS 1554/2003, del 26 de septiembre [ECLI:ES:TS:2003:9626A]) o realizar un registro que no implicó un desnudo integral sin coacción ni amenazas tras varias advertencias de los agentes, y cuyo resultado fue la entrega espontánea de unas bolsitas con droga (ATS 1474/2005, del 28 de junio [ECLI:ES:TS:2005:8428A], FJ Único).

Concluye el precepto del artículo 20.4 de la LOPSC, que los registros consistentes en el cacheo, como el cuestionado desnudo parcial, podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, dado que el texto faculta a los agentes a adoptar las medidas de compulsión indispensables para llegar al fin perseguido. En este sentido, esgrime Otamendi Zozaya (2015) que incluso podrán ser más intensas las medidas aludidas mientras más indicios existan sobre la presunta tenencia de efectos ilegales.

La verdadera cuestión que suscita el presente precepto se centra principalmente en la legitimidad del uso de la fuerza por parte de los agentes, en caso de ser necesario,<sup>34</sup> cuando efectúen registros que conlleven un desnudo parcial, dejando a la vista las partes íntimas del sujeto pasivo concernido. Como bien reseña el artículo, debemos de acudir a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (desarrollados en los apartados *supra*). Por consiguiente, para realizar un simple cacheo es evidente que su ejecución se ajusta plenamente a derecho, si atendemos a lo manifestado por la Audiencia Provincial (AAP de Madrid, 706/2017 [ECLI:ES:APM:2017:3593A], del 18 de septiembre, FJ1º) mediante un fallo en el que hizo alusión a la norma anteriormente referida, a fin de justificar el sometimiento de un sujeto a un cacheo por sospechas fundadas, al argumentar que los funcionarios policiales le agarraron del brazo “para colocarle en posición de cacheo, realizando aquél un aspaviento con su mano y dando un manotazo al agente en el hombro para evitar el cacheo por lo que se le comunicó que se iba a proceder a su detención, a la que también se resistió, siendo finalmente reducido por los agentes”.

Somos de la opinión de no otorgar a las FCS la facultad de doblegar la voluntad de las personas sometidas al desnudo parcial en virtud del artículo 20.4 de la LOPSC, sin que medie el consentimiento, puesto que, como se ha indicado anteriormente, esto afecta a la dignidad e intimidad corpo-

---

<sup>34</sup> En similares términos se expresa Yángüez González (2018), pero de una forma genérica, sin profundizar en la problemática que surge en el artículo 20.2.b.

ral de la persona. Es por ello que, ante el vacío legal, la jurisprudencia se convierte en el mejor medio para indicarnos y auxiliarnos en la adecuación de los criterios de actuación respecto a esta figura, de modo que, en atención a las circunstancias concurrentes, lo más correcto ante una negativa de esta naturaleza “hubiera sido primero detenerlo, instruirle de sus derechos, ponerlo bajo custodia para evitar que se desprendiera de la sustancia que presumiblemente portaba y dar cuenta a la autoridad judicial para que proveyera lo oportuno sobre el cacheo” (SAP de Melilla, 24/2008, del 21 de mayo, [ECLI:ES:APML:2008:107], FJ2º).<sup>35</sup>

No obstante lo anterior, debemos advertir que una intervención policial en la vía pública, cuando el consentimiento del sujeto pudiera estar fuertemente desvirtuado por el hecho de que, de algún modo, éste se viera compelido a obedecer las indicaciones de los agentes, y que las mismas hubieran sido realizadas de forma caprichosa, aleatoria o arbitraria, adoleciendo de la correspondiente falta de indicios racionales tal y como exige dicha disposición, puede constituir un delito contra la integridad moral o de detención ilegal en atención a nuestro texto punitivo,<sup>36</sup> aun habiendo sido consentidas por el propio sometido (SAP de Barcelona 506/2015, del 25 de junio [ECLI:ES:APB:2015:7726]).<sup>37</sup>

En este orden de ideas, referido en el presente apartado, advertimos que, hasta la fecha, la única doctrina jurisprudencial existente del tema que nos ocupa se basa en resoluciones de casos anteriores a la actual LOPSC 4/2015, por lo que este tipo de prácticas adolecía de la correspondiente cobertura legal, al no haber existido hasta ahora disposición legal que lo tipificara.

---

<sup>35</sup> En un mismo sentido, y ante la constatación de la ocultación de un envoltorio en los genitales se pronuncia la STS 941/2012, del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7979).

<sup>36</sup> En este sentido se pronuncia la STS 677/2009, del 16 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4471), en cuyos hechos fácticos relata que la Guardia Civil somete a un individuo a un desnudo integral durante diez minutos, sin que concurren indicios o sospechas para dicho sometimiento.

<sup>37</sup> En la SAP de Barcelona, 506/2015, del 25 de junio (ECLI:ES:APB:2015:7726), se prueba que por motivo de una infracción de tráfico por no llevar el cinturón de seguridad, tras identificar a los ocupantes del vehículo, solicitaron que se desnudara en el vehículo policial a uno de sus ocupantes. No aceptó desnudarse en el interior del vehículo policial, pero sí aceptó realizarlo en dependencias policiales. Aun así, el fallo condenó a los guardias civiles que practicaron dicha diligencia corporal.

### III. OTROS REQUISITOS ACEPTADOS POR LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN EL ESTUDIO DE LA DEROGADA LOPSC 1/1992

A pesar de que se ha destacado en el apartado dos del presente estudio el desarrollo de la protección del derecho fundamental a la intimidad personal, corporal y a la dignidad humana, configurado este último como un principio constitucional supremo del propio ser humano frente a la indagación de cacheos, que conlleven el llamado desnudo parcial consagrado el artículo 20.2.b de la LOPSC, nos vemos obligados a precisar, aunque de forma esbozada, el cumplimiento de otros requisitos que ha fijado la doctrina jurisprudencial, precisamente para aquellos supuestos donde se ha dirimido sobre la legalidad de dejar a la vista partes del cuerpo que consecuentemente supongan una vulnerabilidad corporal, como consecuencia del ámbito de privacidad a la que se expone el sujeto pasivo en cuestión.

#### 1. *La existencia de un marco legal: la LOPSC como instrumento regulador de los semidesnudos en la vía pública*

Hemos de identificar alguno de los requisitos más elementales que faculte a las FCS a realizar, en su caso, una diligencia de prospección corporal de esta naturaleza. Dicho lo cual, la legitimidad para llevar a cabo indagaciones por las que resulte afectado un derecho fundamental, como es el caso, debe disfrutar de una cobertura legal, o lo que es lo mismo, de un precepto jurídico que lo ampare. La actual Ley Orgánica 4/2015 de Protección de Seguridad Ciudadana, no deja duda a tal respecto, de modo que permite al sector policial desprender ropa de vestir a ciudadanos, dejando a la vista partes de sus cuerpos con el fin de facilitar el descubrimiento de efectos, instrumentos o drogas, en el ejercicio de las funciones encomendadas dentro del campo de la prevención y la indagación. Ahora bien, dicha disposición no refleja cuáles son las partes que pueden ser sometidas a examen.

Según dispone el Tribunal Constitucional referente a los artículos 53.1 y 81.1 de la CE, todo acto limitador que afecte a un derecho fundamental, como es nuestro caso, requiere de la adecuada cobertura de una Ley que la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 897-938.

desarrolle (Fernández, 2013). En esta línea, manifiesta la Audiencia Provincial de Melilla que, en su día, resolvió a favor de una persona que se sometió a un desnudo integral, esgrimiendo el Tribunal que dicha indagación supuso una intromisión ilegítima en el ámbito del derecho a la intimidad personal el artículo 18 CE, porque la desnudez impuesta adolecía de la cobertura legal, “al no existir precepto legal ni resolución judicial que lo amparase” (STC 183/1994, del 20 de junio [ECLI:ES:TC:1994:183], FJ5°).

El hecho de incluirse a esta figura en el referido precepto, además de otorgarles cierta seguridad jurídica a todos aquellos ciudadanos que se vieran sometidos a la práctica del semidesnudo, refuerza aún más, sin duda, su legitimidad. Ahora bien, la doctrina jurisprudencial será la encargada de modular y perfilar, con sumo detalle, aspectos del presente artículo, como ya había pasado con anterioridad en los pronunciamientos de los tribunales referidos, tanto a la *praxis* del cacheo y del desnudo parcial, como también a otras figuras afines.

No obstante, aunque esta figura de prospección corporal carecía de una tipificación específica en la anterior regulación, tal y como hemos tenido la oportunidad de comprobar a lo largo del presente estudio, es cierto que existen numerosos fallos judiciales que han avalado la figura del semidesnudo, cuando concurrieren, eso sí, determinados requisitos que validarán su realización. La susodicha práctica, aunque de modo muy genérico, se amparaba en el artículo 282 de la LECR bajo el título de “la policía judicial”, en el que se aduce que los investigadores o los agentes policiales, en sus funciones de indagación, deberán recoger todos los instrumentos, efectos o pruebas del delito a fin de ponerlos a disposición judicial,<sup>38</sup> los cuales gozarán de valor de prueba preconstituida que se incorporarán al debate procesal como auténticas pruebas en virtud del artículo 730 de la citada ley (Anadón, 1980).

De igual modo, la Ley Orgánica 2/1986, del 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad señala, en su artículo 11, incisos f y g, que la función primordial de las FCS se circunscribe tanto a la prevención de los actos delictivos, como al aseguramiento de los instrumentos, efectos y pruebas del delito, que deberán ser puestos inmediatamente a disposición del juez competente.

<sup>38</sup> Insiste en ello González i Jiménez (2014). Además, en este sentido se pronuncia el FJ2°, la SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre.



## 2. *El indicio racional como requisito básico de actuación*

El redactor de la LOPSC 4/2015, en su artículo 20, ha regulado la diligencia de los “registros corporales externos”, haciéndose eco de la férrea línea jurisprudencial ya existente respecto a la antigua LOPSC 1/1992, con el objetivo de evitar cualquier intervención caprichosa, aleatoria o arbitraria (Alonso y Cabanillas, 2004; Guillén, 2015; Lombardero, 2012). Véase en este sentido el apartado 1 del referido artículo de la Ley Orgánica 4/2015, cuyo tenor literal expresa que “podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer...”.

Para justificar los cacheos y los semidesnudos, el legislador ha utilizado la locución “indicios racionales”, expresión ésta, que dista considerablemente del significado del término de “sospecha”, que, sin embargo, es aceptada por la jurisprudencia (junto a los indicios racionales) para amparar legalmente la práctica de los cacheos. No es baladí destacar que parte de la doctrina científica (Alonso y Cabanillas, 2004; Díaz Arias, 2015; García, 2016; Gómara y Agorreta, 2011; Guillén, 2015; Nieva, 2008) ha confundido ambas locuciones cuando son nombradas en sus trabajos de investigación. Sin embargo, a nuestro modo de ver, esto se debe a la existencia de una diferencia evidente con respecto al sentido jurídico, como veremos a continuación. Incluso, Díaz Cabiale (1996) advierte que tanto la prevención<sup>39</sup> como el caso de los indicios son conceptos jurídicos indeterminados, calificándolos de vagos e imprecisos.

Dicho lo cual, la palabra “sospecha” contiene una valoración de carácter subjetivo (Lombardero, 2012), que se supone que, desde el punto de vista probatorio, se halla en un escalón inferior al indicio. De modo que, incluso podemos utilizar varias circunstancias concurrentes que, convertidas en sospecha y sumadas entre sí, se conviertan en un indicio. La sospecha, por tanto, implica una circunstancia cargada de conjeturas o suposiciones, es decir —y como viene a decir el Tribunal Constitucional—:

...son datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constitu-

---

<sup>39</sup> Mayor profundidad esgrime el tratadista Ruíz Rodríguez (2018: 135), el cual indica que, tanto la prevención como la indagación e investigación policial que expresa dicho artículo, “resulta un exceso absoluto por permitir intromisiones en los espacios de la libertad e intimidad de los ciudadanos”.

yen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la CE” (STC 174/1985, del 17 de diciembre [ECLI:ES:TC:1985:174], FJ5º).

A modo ilustrativo, algunos hechos fácticos que tienen que ver con el término de la citada sospecha con relación a la práctica de la diligencia del cacheo son la realización de movimientos inhabituales como agacharse o esconderse (SAP de Barcelona 161/2014, del 24 de febrero [ECLI:ES:APB:2014:1917]); la manifestación de un estado de nerviosismo impropio durante una identificación policial (ATS 951/2018, del 5 de julio [ECLI:ES:TS:2018:8468A], entre otras tantas); la identificación de personas en zonas donde habitualmente se trafica con droga (SAP de Madrid, 242/1999, del 5 de junio [ECLI:ES:APM:1999:7850]).

Además, la constatación de algunos fallos que enjuician hechos en aplicación a la nueva regulación de la LOPSC nos lleva a deducir que los tribunales seguirán esta misma línea jurisprudencial, de modo que puede generar una evidente controversia en el foro policial —como veremos a continuación con el semidesnudo— dado que los fallos judiciales han ido modelando a lo largo del tiempo ambos términos, llegando a una notable laxitud que ha hecho que ambos sean aparentemente similares. A modo de ejemplo, se ha justificado el cacheo en la LOPSC 4/2015 sobre el hecho de que un sujeto tuviera una actitud huidiza (SAP de Madrid 101/2018, del 7 de febrero [ECLI:ES:APM:2018:1678]) o, incluso, por encontrarse escondido y no dar explicaciones coherentes respecto a su presencia en el lugar de los hechos, durante el curso de una investigación de violencia de género (SAP de Vitoria 153/2018, del 9 de mayo [ECLI:ES:APVI:2018:457]). Acciones todas éstas, con evidentes datos subjetivos, que pueden derivar en la discrecionalidad de la función policial con respecto al tema que nos ocupa.

Sin embargo, el indicio se puede definir como “aquella prueba de cargo, apta para destruir la presunción de inocencia” (Fernández, 2004: 653); es decir, la consideración de restringir derechos fundamentales con motivo de la aportación fehaciente de datos objetivos como resultado de un razonamiento obtenido a partir de una base fáctica suficiente. En tal sentido, tanto el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (2015: 32) como

también el Tribunal Constitucional (STC 174/1985, del 17 de diciembre, FJ6<sup>o</sup>) distinguen sin tapujos ambos términos de la siguiente manera:

...para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito.<sup>40</sup>

Trasladados dichos aspectos al tema que nos ocupa —dado que lo consideramos transcendental para colegir conclusiones sobre el semidesnudo—, debemos considerar lo que ha dirimido tanto la jurisprudencia, como la doctrina científica, en el análisis de esta justificación racional reseñada el artículo 20.2.b.

Advertimos que, hasta la fecha, no existe ninguna sentencia que dilucide sobre el artículo 20.2.b de la LOPSC 4/2015; aun así, tendremos en consideración la postura asentada por los tribunales en el análisis de la anterior regulación. A pesar de esta vicisitud, los fallos se inclinan a aceptar, como justificación racional para llevar a cabo el semidesnudo sobre un sujeto pasivo, la concurrencia de simples sospechas.

A modo ilustrativo, vamos a mencionar algunos supuestos al respecto: a) las sospechas suscitadas sobre alguien que pueda portar droga en el interior de sus calzoncillos por el simple hecho, por ejemplo, de la propia actitud del sujeto que, cuando saca algo del pantalón, se encuentre en actitud vigilante por acercársele la gente (STS 156/2013, del 7 de marzo [ECLI:ES:TS:2013:919]);<sup>41</sup> b) por el nerviosismo del ocupante de un vehículo sin

---

<sup>40</sup> De igual modo, la STC 120/1999, del 28 de junio (ECLI:ES:TC:1999:120), ha soslayado una forma de obtener los llamados “indicios racionales” en la participación de la comisión de un delito. Nos estamos refiriendo a los criterios de lógica: concernientes a la deducción de las FCS en la existencia de un indicio determinante para creer que se ha cometido un hecho delictivo.

<sup>41</sup> Indica la citada sentencia que la droga se hallaba oculta en el interior de su ropa interior (pantalón) distribuida en varias bolsas, concluyendo, que la actuación policial fue proporcionada y ajustada a las circunstancias del hecho delictivo, respetando la intimidad del acusado.

causas aparentes (SAP de Barcelona, 161/2014, del 24 de febrero [ECLI:ES:APB:2014:1917]);<sup>42</sup> *c*) por la realización de un giro inesperado de un vehículo tras haberse percatado el conductor de la presencia de agentes policiales (SAP de Murcia, 176/2017, del 2 de mayo [ECLI:ES:APMU:2017:1010]), o *d*) por el hallazgo de una papelina en la cartera del encartado durante un control rutinario, que haga sospechar a alguno de los agentes de que el acusado porte algo ilícito en el interior de su ropa, y que finalmente entregue voluntariamente. Sobre este último ejemplo un Tribunal razonó, sin ir más lejos, que “aún en el supuesto de que hubiera sido registrado (refiriéndose al semidesnudo) por los agentes, tal actuación estaría amparada por la Ley de Seguridad Ciudadana, como cacheo del detenido” (STS 473/2005, del 14 de abril [ECLI:ES:TS:2005:2299], FJ1<sup>o</sup>).<sup>43</sup>

Como podemos comprobar, existe un acopio de fallos que confirman la justificación del registro en el interior de los calzoncillos, sobre la única base motivadora de disponer aspectos meramente subjetivos. Aun así, para que la práctica del cacheo de esta naturaleza quede legitimada en el nuevo texto de la actual LOPSC, será necesario que se constaten ciertos indicios racionales, dado que el semidesnudo, con respecto al cacheo, conlleva un nivel de afectación superior al derecho a la intimidad, como es la propia intimidad corporal, y es por ello que vemos necesario que se determine dicha práctica con datos razonablemente más objetivos.

El argumento que acabamos de colegir está sustentado, asimismo, por el magistrado Otamendi Zozaya (2015: 78), cuando realiza el estudio de su monografía sobre los semidesnudos acotado en el artículo 20.2.b de la LOPSC 4/2015, aduciendo que “los registros o cacheos sólo podrán realizarse cuando existan indicios racionales (no meras sospechas subjetivas del agente)”.<sup>44</sup> Pero aún es más contundente el dictamen emitido por el Con-

<sup>42</sup> Expresa el fallo (FJ1<sup>o</sup>) que según la experiencia policial les infundo sospechas ante la actitud de nerviosismo, y se le halló la sustancia escondida en sus calzoncillos.

<sup>43</sup> También citamos la SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre, esgrimiendo que la Guardia Urbana de Barcelona encontró droga guardada en la zona de los genitales y de sus calcetines, sin tener evidencias más palpables que las que se sospechen de que ha realizado una transacción de droga; y la SAP de Barcelona, 1014/2014, del 18 de diciembre (ECLI:ES:APB:2014:13501), donde las sospechas se fundamentan en la aceleración brusca del automóvil ante la presencia policial, para evitar ser interceptados.

<sup>44</sup> Es de interés subrayar lo que Díaz Cabiale (1996), al referirse sobre la práctica del cacheo llevada a cabo en la antigua regulación de la LOPSC, expresa de que no puede llevarse a cabo por meras conjeturas o sospechas, sino más bien, por la concurrencia de indicios racionales para su legítima práctica.

sell de Garanties Estatutàries de Catalunya al dilucidar sobre el tema que nos ocupa. El dictamen mismo arguye que los indicios racionales

...deben proporcionar una base real de la que se pueda inferir que se ha perpetrado un delito o que se perpetrará. Por lo tanto, no pueden basarse en valoraciones globales de la persona o en circunstancias anímicas ni en meras hipótesis subjetivas, sino que consisten en buenas razones o fuertes presunciones que las infracciones están a punto de cometerse” (Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, 2015: 30).<sup>45</sup>

Para mayor abundamiento conviene traer a colación los argumentos de la jurisprudencia referidos a la práctica de los desnudos integrales realizados a aquellas personas a las que no se les ha privado de su libertad, durante el transcurso de las labores propias de indagación y prevención del delito por parte de los miembros de las FCS. Según estos argumentos, se exige como imprescindible la constatación de unas pruebas objetivas y con un grado razonable de determinación para cerciorarse de que, incluso, el desnudo va a arrojar algún tipo de resultado.<sup>46</sup> A modo ilustrativo, imaginemos el caso de unos agentes de la autoridad que, durante el ejercicio de sus funciones, observar, sin lugar a dudas, el modo en que un individuo se esconde en el interior de su ropa un objeto, efecto o droga; en este supuesto, evidentemente, se excluiría todo tipo de conjeturas al respecto.

### 3. *Existencia de un interés o exigencia pública que justifique la intervención*

Conviene traer a colación que las conductas o efectos ilícitos habilitan a cualquier agente policial a someter a un sujeto a un desnudo parcial con el fin de intervenirlos, como medida coercitiva del Estado, dado que del tenor literal del artículo 20 expresa que es susceptible el desnudo parcial de lo que “puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros ob-

---

<sup>45</sup> Este argumento que se encuentra en la página 30, cuando lleva a colación los artículos 17 y 18 de la LOPSC, y lo menciona al llevarlo al extremo en su página 45, cuando dilucida sobre el artículo 20.2.b.

<sup>46</sup> Véanse la STS 941/2012, del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7979); la STS 677/2009, del 16 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4471), y la SAP de Barcelona 506/2015, del 25 de junio (ECLI:ES:APB:2015:7726), confirmada esta última por el ATS 682/2016, del 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:3906A).

jetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención”. Por todo lo cual, entendemos que dicha locución puede llevarnos a una interpretación vaga e imprecisa, y, consecuentemente, podría provocar una importante discrecionalidad en las actuaciones propias que les son encomendadas a las FCS, en cuanto que existe una categoría amplísima de objetos que no se especifican taxativamente en dicha norma y podría configurarse como un auténtico cajón de sastre. Nos estamos refiriendo al aspecto formal, tanto por su naturaleza o peligrosidad,<sup>47</sup> como por su finalidad (Ruíz, 2018).

En cualquier caso, esta problemática prolifera aún más si comprobamos lo que también reseña el artículo 19.2 de la LOPSC (precepto insertado bajo la rúbrica “disposiciones comunes de las diligencias de identificación, registro y comprobación”) en cuanto a la facultad concedida a las FCS para la aprehensión de drogas, armas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa. En virtud de ello, nos cuestionamos si es posible someter al desnudo parcial a aquellos ciudadanos que no estén privados de libertad, en aras de perseguir e investigar infracciones penales, o aquellas otras de rango menor como son las infracciones administrativas. Como no existen fallos judiciales que, hasta la fecha, se hayan pronunciado sobre ello, teniendo la nueva LOPSC 4/2015 como referencia, hemos de estudiar cuidadosamente la argumentación esgrimida en el conjunto de sentencias de los tribunales que, sobre la base de la regulación anterior, constituyen un precedente a la hora de clarificar los requisitos necesarios para su debida legitimación.

De acuerdo con esta vicisitud jurídica, podemos confirmar la existencia de una abultada jurisprudencia que se ha pronunciado respecto a la legitimidad de esta modalidad de cacheo, cuando se realice durante el transcurso de investigaciones o evidencias delictivas relevantes para un proceso penal. Por su perspicuidad, nos resulta interesante destacar las valoraciones jurídicas insertadas en el fundamento jurídico 1o. de la Audiencia Provincial de Barcelona, en referencia, a los hechos acaecidos que motivaron el enjuiciamiento de unos agentes de la policía local de Rubí por un delito contra la integridad moral, con motivo de que los mismos, de forma alea-

---

<sup>47</sup> En parecidos términos se pronuncia el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (2015), en cuyos argumentos exige para la práctica del desnudo parcial, además de todo lo expresado anteriormente, que las intervenciones sean excepcionales y se puedan llevar a cabo de forma individualizada.

toria, habían decidido someter a un desnudo integral a una persona en el interior del vehículo policial. Dicho lo cual, arguye el Tribunal que

...su realización (el desnudo integral) solamente vendría justificada en el seno de investigaciones delictivas, y ante evidencias serias de que se trata de registros que han de arrojar algún tipo de resultado en el curso de investigaciones abiertas, porque abriguen sospechas fundadas de que el sometido al registro oculte elementos relacionados con el delito en zonas corporales íntimas a las que, no es posible acceder sin esa modalidad de registro” (SAP de Barcelona 506/2015, del 25 de junio [ECLI:ES:APB:2015:7726], FJ1<sup>o</sup>).<sup>48</sup>

En cualquier caso, y como se ha tenido ocasión de comprobar por todo lo expuesto, consideramos un atropello a los derechos fundamentales del sometido, la realización de un desnudo parcial en atención al artículo 20.2.b, cuando su pretensión sea la mera persecución de infracciones administrativas, sea de la naturaleza que fuere, habida cuenta de que el objeto de sancionar aquellas conductas ilícitas, debe revestir un interés público propio de una investigación de un delito; es decir, que esté considerada de especial gravedad.

No obstante, apreciamos su legitimidad, cuando el reconocimiento de las intervenciones corporales sea especialmente leve, es decir, cuando el sometido se desprenda de su ropa dejando solamente a la vista de los agentes aquellas partes del cuerpo que no sean las íntimas.

#### 4. *El necesario cumplimiento del principio de proporcionalidad*

En este sentido, no se atisba razón alguna para apreciar que, tanto para este último argumento, como para los demás requisitos que se expresan en

---

<sup>48</sup> La SAP de Barcelona, 506/2015, del 25 de junio (ECLI:ES:APB:2015:7726) fue confirmada por el ATS 682/2016, del 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:3906A). Por hechos similares, pero en este supuesto de hecho, el sujeto activo es la Guardia Civil, véase STS 677/2009, del 16 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4471). Asimismo, en un mismo sentido se pronuncia el ATS 1554/2003, del 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:9626A), y la STS 156/2013, del 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:919). La SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre (ECLI:ES:APB:2012:13715), esgrime que en el transcurso de quitarle una camiseta y bajarse los pantalones, conlleva la obligación y exigencia de sospecha por un delito, y el ATS 1474/2005, del 28 de junio (ECLI:ES:TS:2005:8428A), en cuyos argumentos esgrime que resulta proporcional la medida de desnudo en atención a la gravedad del delito que se persigue.

el presente estudio científico, sea necesario el cumplimiento del principio de proporcionalidad (Duart, 2014) concretado en las tres condiciones o exigencias subsumibles en él: que sea idónea, necesaria y cumpla el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>49</sup> Si desgranamos estos tres criterios, nos daremos cuenta de la importancia que tiene su cumplimiento a fin de proteger los derechos fundamentales del sujeto pasivo concernido.

En este sentido, el juicio de idoneidad viene a significar que la medida se ejecute escrupulosa y adecuadamente “para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido”,<sup>50</sup> tanto en el aspecto procedimental del desnudo parcial, como también en todas aquellas medidas cualitativas relacionadas con su intensidad, optándose por la medida más moderada, o, incluso, atendiendo a la duración del propósito perseguido (Duart, 2014). Por ejemplo: someter a alguien a un desnudo integral durante diez minutos detrás del coche policial (STS 677/2009, del 16 de junio [ECLI:ES:TS:2009:4471]); o también, realizándolo con el máximo respeto a la identidad sexual de la persona registrada, especialmente a las personas transexuales, transgénero o intersexuales.<sup>51</sup>

Sin embargo, el juicio de necesidad irá más bien dirigido a escoger el medio más apropiado en aras de alcanzar la efectiva práctica del semidesnudo. Se deberá utilizar, para ello, la medida menos gravosa con el objeto de que no se “lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona” (STC 137/1990, del 19 de julio [ECLI:ES:TC:1989:37], FJ7º). Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP de Barcelona 132/2012, del 5 de diciembre), en los argumentos esgrimidos sobre el principio de proporcionalidad, adujo, en una ocasión, que el juicio de necesidad se había quebrantado porque, los agentes actuantes, debían haber practicado una medida menos gravosa que el sometimiento al desnudo de un sujeto con la

---

<sup>49</sup> Además de venir en el artículo 20 de la LOPSC, existe una abultada jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad con relación a las intervenciones corporales que puedan afectar tanto a la integridad física como a la intimidad. Destacamos la STC 207/1996, del 16 de diciembre (ECLI:TC:1996:207), FJ4º.

<sup>50</sup> Un análisis detenido puede encontrarse en Alonso Pérez y Cabanillas Sánchez (2004), Lombardero Expósito (2012), y en la STC 207/1996, del 16 de diciembre (ECLI:TC:1996:207), FJ4º.

<sup>51</sup> En este sentido citamos la Instrucción 13/2018, del 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, “sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana”.



finalidad de lograr el fin perseguido. La medida consistió en desabrocharle el pantalón, habida cuenta de que le obligaron a quitarse los calcetines, el pantalón y luego la camisa. De igual modo, el tribunal supremo aseveró, en otra ocasión, que constituye “una actuación estrictamente necesaria” (ATS 1554/2003, del 26 de septiembre [ECLI:ES: TS:2003:9626A], FJ2º), para intervenir droga, el hecho de desabrochar los pantalones y extraer con la propia mano la sustancia estupefaciente de la parte superior de los calzoncillos.

Por último, nos referimos al principio de proporcionalidad en sentido estricto, definido como una “relación razonable entre los bienes e intereses en conflicto, de modo que la restricción que se establezca no sea desproporcionada al fin que con ella se pretende obtener” (Banacloche, 1996: 6; Gómara y Agorreta, 2011: 490). Por tanto, debe existir una ponderación de los beneficios obtenidos y los perjuicios al sometido durante la práctica del desnudo parcial. El tribunal supremo argumentó (STS 156/2013, del 7 de marzo [ECLI:ES:TS:2013:919], FJ1º), con ocasión de una persona investigada por la comisión de un delito, al que se le respetó en todo momento y en la medida de lo posible su derecho a la intimidad, que el hecho de extraer droga del interior de su pantalón, oculta concretamente dentro de su ropa interior, no deslegitimó la diligencia del cacheo porque “la actuación policial fue proporcionada y ajustada a las circunstancias del hecho delictivo investigado”.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES DIMANANTES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LOS REQUISITOS ESGRIMIDOS EN LA STC 115/2013, AL HILO DE LA INTERPRETACIÓN SOBRE EL DESNUDO PARCIAL DEL ARTÍCULO 20.2.B

Nos parece interesante la propuesta de introducir en el escenario de este estudio de investigación, una sentencia especialmente relevante y a la vez reciente, procedente del alto Tribunal Constitucional (STC 115/2013, del 9 de mayo [ECLI:ES:TC:2013:115]), donde se dirime la legitimidad o conculcación del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 de la CE, y sus requisitos admisibles en derecho. Si bien los hechos fácticos se circunscriben en actos de otra naturaleza distinta al asunto que nos ocupa, advertimos que, dicha resolución contiene cierto paralelismo empírico con respecto a la protección del derecho a la intimidad corporal y sus requisitos en la práctica

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 897-938.

del desnudo parcial, en sintonía con los argumentos que hemos ido esgrimiendo a lo largo del presente trabajo. Por tal motivo, reiteramos el interés de analizarlo, por cuanto que la doctrina que asienta al respecto es aplicable en el caso de la presente disertación.

Dicho lo cual, el caso en cuestión versaba sobre la actuación de unos agentes de la Policía Nacional que, de forma inesperada, irrumpieron en un invernadero donde hallaron un alijo de droga. Cuando el recurrente fue sorprendido, éste huyó del lugar, cometiendo la imprudencia de olvidarse su teléfono móvil en el lugar de los hechos. Los agentes, gracias a la manipulación del teléfono, observaron entre las llamadas entrantes y salientes el número de teléfono de su madre, elemento éste que fue determinante para la detención y el conocimiento de la identidad del autor de los hechos acaecidos. En la demanda de amparo que interpuso el recurrente, éste alegó una vulneración de su derecho a la intimidad, dado que no existía consentimiento para visualizar la agenda de contactos telefónicos, y alegando, asimismo, que era necesaria la autorización judicial para obtener tal fin.

Las conclusiones del fallo se centraron principalmente en tres puntos que confirmaron la legitimación del derecho a la intimidad:

*a)* la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; *b)* que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad), y *c)* que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto” (STC 115/2013, del 9 de mayo [ECLI:ES:TC:2013:115], FJ5°).

Pues bien, todos estos requisitos los argumentó el alto tribunal para justificar la ausencia de conculcación del derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE que, como bien se ha tenido en cuenta en el desarrollo del presente trabajo, coinciden con los argumentos esgrimidos durante el mismo para justificar el desnudo parcial. No obstante lo anterior, la sentencia

defiende la legalidad de la actuación de los agentes porque estuvo amparada legalmente por razones urgentes y necesarias a fin de conseguir el fin legítimo (conocer la identidad del autor), y avalado por la flagrancia del delito, circunstancia esta última que reforzó la necesidad de la intervención de la Policía Nacional (STC 115/2013, del 9 de mayo [ECLI:ES:TC:2013:115], FJ6<sup>o</sup>).<sup>52</sup> Del mismo modo, opinamos que es motivo suficiente para justificar el procedimiento policial del desnudo parcial, cuando se pretenda evitar la destrucción de la prueba o efecto del hecho delictivo,<sup>53</sup> porque, entendemos, se trataría de una razón urgente y necesaria que lo justificaría legítimamente.

## V. CONCLUSIONES

El artículo 20.2.b de la LOPSC se ha configurado como una nueva herramienta con amparo y base legal, que faculta a las FCS a practicar indagaciones mediante la exploración corporal de diferente naturaleza a los cacheos, sobre aquellos sujetos pasivos que no estén privados de libertad, proporcionándoles a estos últimos una mayor seguridad jurídica frente a dichas actuaciones. Ahora bien, el denominado desnudo parcial, no debe confundirse ni con el cacheo o registro corporal externo, ni tampoco con el denominado desnudo integral, puesto que se trata de una modalidad intermedia entre estas dos últimas figuras señaladas, desde el punto de vista de la conculcación del derecho a la intimidad refrendado por el artículo 18 CE. No obstante lo anterior, nos encontramos en disposición de aseverar que, dejar al descubierto aquellas partes del cuerpo que no afecten a la intimidad corporal del sometido, estará ajustado a derecho siempre y cuando, al individuo sometido, se le apliquen las garantías exigibles que tanto la doctrina jurisprudencial como el artículo 20 de la LOPSC han consolidado al respecto.

El referido artículo incluye la adopción de determinados requisitos, al objeto de garantizar los derechos fundamentales de aquellos ciudadanos expuestos al procedimiento del desnudo parcial. Sin embargo, la exegesis

<sup>52</sup> En el mismo sentido se pronuncia Fernández Acebo (2013).

<sup>53</sup> A este respecto señala, por ejemplo, la STS 92/2004, del 30 de enero (ECLI:ES:TS:2004:507), FJ4<sup>o</sup>, en una actuación dirigida a extraer droga entre sus partes sexuales, o la SAP de Madrid, 359/2013, del 22 de abril (ECLI:ES:APM:2013:7134), FJ4<sup>o</sup>, en cuyos argumentos dirime sobre un desnudo integral.

de la expresión “dejar a la vista partes del cuerpo que normalmente están cubiertas por ropa”, ha dejado de manifiesto que esta práctica chocará frontalmente con lo dictado por el Tribunal Constitucional si ésta se realizara sobre aquellas partes íntimas de los individuos.

En este sentido, y dado su reciente aprobación, carecemos actualmente de una interpretación jurídica consolidada al respecto, como consecuencia del escaso pronunciamiento de la doctrina jurisprudencial en virtud del citado precepto, lo cual puede generar actuaciones excesivamente discrecionales o arbitrarias por parte de miembros de las FCS. Es por ello que sugerimos, encarecidamente, la elaboración de al menos una norma de rango administrativo de entidad menor, o una instrucción, que sirva a los agentes de la autoridad como protocolo de actuación. Ante esta vicisitud, y al objeto de dilucidar sobre los requisitos mínimos exigibles para que una actuación policial se ajuste adecuadamente a derecho, hemos hecho eco de la abundante jurisprudencia que, al respecto, hubo antes de la aprobación de la actual LOPSC.

Por su parte, no se atisba razón alguna para considerar ilegítimo el hecho de dejar al descubierto aquellas partes no pudientes del cuerpo, por ejemplo, al levantar una camiseta, desprender unos calcetines o unos zapatos, pero siempre y cuando, eso sí, concurren los requisitos preceptivos que exige dicho articulado con respecto al registro corporal externo o cacheo. Sin embargo, cuando se deje a la vista otras partes más recónditas del cuerpo humano que afecte al sentimiento del pudor o recato personal del afectado por esta medida, nos encontraremos ante una conculcación del derecho a la intimidad corporal, tal y como ya ha manifestado, en más de una ocasión, el Tribunal Constitucional. En cualquier caso, y como se ha tenido ocasión de comprobar, el desnudo parcial no se debe reputar como un desnudo integral si el registro se realiza únicamente sobre ciertas partes del cuerpo normalmente cubiertas por la ropa, y no sobre la totalidad corporal.

A pesar de todas las reflexiones anteriores, hemos acudido a la abundante jurisprudencia existente al respecto, a fin de alcanzar nuestras conclusiones, dado que todas las sentencias publicadas hasta la fecha, antes de aprobarse la actual LOPSC, carecían, en el fondo, de una base legal que las amparara; sin embargo, conforme a los argumentos aportados por las mismas, se han legitimado infinidad de actuaciones policiales que, por supuesto, habrían respetado ciertos requisitos de actuación, siendo éstos los siguientes:

- Que la medida restrictiva del derecho a la intimidad esté prevista en la ley en atención al principio de legalidad, como es el caso del artículo 20.2.b.
- El respeto al principio constitucional de la dignidad que implica, en primer lugar, la imposibilidad de instrumentalizar y cosificar al sujeto en cuestión; y, en segundo término, el importante papel que juega el propio consentimiento de las personas, como la capacidad de autodeterminación de la propia conducta.
- La anticipación subjetiva a un riesgo o peligro no puede, ni debe ser, de ningún modo, la regla general que motive las intervenciones policiales de esta naturaleza, por lo que será necesaria la concurrencia de “indicios racionales” que justifiquen dichas actuaciones. Asimismo, opinamos que resultan absolutamente inadmisibles las meras sospechas para llevarlas a cabo; de modo que habría de constatarse ciertas pruebas objetivas y disfrutar de cierto grado razonable de determinación de que se obtendrá algún tipo de resultado.
- Cuando se trate de la intervención de aquellos efectos, objetos, instrumentos o drogas durante el transcurso de una investigación relevante para el proceso penal, su práctica estará legitimada; sin embargo, carecerá de amparo legal todo aquel registro que afecte a las partes más íntimas del afectado, cuando el fin perseguido no sea otro que el de sancionar una simple infracción administrativa.
- Habrá que velar, en todo momento, por el necesario respeto al principio de proporcionalidad, como pauta de equilibrio entre los beneficios que, para el bien común, pudieren obtenerse con el procedimiento del desnudo parcial y los posibles perjuicios causados al ciudadano en concreto; exigiéndose, por ende, para su correcta ejecución, el exhaustivo cumplimiento del respeto al juicio de idoneidad, al de necesidad, así como al de proporcionalidad en sentido estricto.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA PORTALES, Rafael y GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín, 2012, “Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 69.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 897-938.

- ALONSO PÉREZ, Francisco y CABANILLAS SÁNCHEZ, José, 2004, *Manual de la policía*, Madrid, La Ley.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, 2018, *Derecho constitucional*, 7a. ed., Madrid, Tecnos.
- ANADÓN JIMÉNEZ, Miguel Ángel, 1980, “La recogida de pruebas en relación al proceso penal por policía judicial”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 5.
- AZAOLA CALDERÓN, Luis, 2010, “Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España”, *Revista del Centro de Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de Monterrey*, núm. 5.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, 1996, *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, 2015, “La llamada Ley Mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de La Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, 1998, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CANOSA USERA, Raúl, 2006, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, 2006, *Derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, 2015, “Dictamen 7/2015, de 4 de junio, sobre La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, Barcelona. Disponible en: <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20160819140755-2.pdf>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, 2016, “Informe anual y detabes en las Cortes Generales”, España. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015/>.
- DÍAZ ARIAS, Ángel, 2015, “Documentación e identificación personal. Identificación de personas”, *Jornadas de formación de formadores sobre la nueva Ley Orgánica 4/2015, de Protección de Seguridad Ciudadana*. Disponible en: <https://studylib.es/doc/8025589/ponencia-cap%C3%ADtulo-ii---ministerio-del-interior>.
- DÍAZ CABIALE, Jose Antonio, 1996, “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objetivo de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etcétera). Medidas restrictivas de derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12.

- DÍAZ REVORIO, Francisco, 2015, *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, México, CNDH. Disponible en: [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib\\_EstudiosDerGarantiasSCE.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_EstudiosDerGarantiasSCE.pdf).
- DUART ALBIOL, Juan José, 2014, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal* (tesis), Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=85333>.
- FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, 2013, *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano. Una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación* (tesis doctoral), La Coruña, Universidad de la Coruña. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/11704>.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (coord.), 2004, *Diccionario jurídico*, Navarra, Aranzadi.
- GARCÍA ALONSO, Daniel, 2016, *Intervención policial en seguridad y protección ciudadana*, Madrid, Neptol.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y REBOLLO VARGAS, Rafael, 1992, “La exploración del cuerpo del sospechoso y la sanción de su infracción”, *Revista del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*, vol. 1, núm. 1.
- GARCÍA GARCÍA, Clemente, 2003, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, España, Universidad de Murcia.
- GARCÍA VILA, Mónica, 2000, “Los cacheos: delimitaciones y clases”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 13.
- GIL HERNÁNDEZ, Ángel, 1995, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, Colex.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis y AGORRETA, David, 2011, *Prontuario de seguridad pública e intervención policial*, Pamplona, DAPP.
- GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, Albert, 2014, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Barcelona, Boch.
- GONZÁLEZ SAQUERO, Pablo y GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, 2015, “La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 18, núm. 1.
- GUILLÉN ÁLVAREZ, Iñigo, 2015, “Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de Protección de Seguridad Ciudadana”, *Diario La Ley*, núm. 8633.

- JUANATEY DORADO, Carmen, 2008, “Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 49.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, Luís Manuel, 2012, “Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial: el caso del cacheo”, *Revista Estudios Jurídicos*, segunda época, núm. 12. Disponible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/832/730>.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, 2017, “Derechos fundamentales”, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos.
- NIEVA FENOLL, Jordi, 2008, “La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 50.
- OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, 2015, “La Nueva Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana: una visión práctica”, *Promoción Interna de Policía Nacional* (blog). Disponible en: [http://www.promocioninterna.es/wp-content/uploads/2019/03/90-VISI%C3%93N-PR%C3%81CTICA-DE-LA-LOPSC-4\\_2015-magistrado-de-Navarra-.pdf](http://www.promocioninterna.es/wp-content/uploads/2019/03/90-VISI%C3%93N-PR%C3%81CTICA-DE-LA-LOPSC-4_2015-magistrado-de-Navarra-.pdf).
- PÉREZ ROYO, Javier, 2016, *Curso de derecho constitucional*, 15a. ed., Madrid, Marcial Pons.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel, 2017, “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario (análisis constitucional de la Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana)”, en USCANGA, Abril y FERNÁNDEZ, Jesús A. (dirs.), *Derechos y obligaciones en el Estado de derecho. Actas del III Coloquio binacional México-España*, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Oviedo-UNAM.
- RIVAS MONTERO, Jon, 2016, *Seguridad ciudadana y derechos fundamentales: luces y sombras de la Ley Orgánica 4/2015* (tesis), España, Universidad del País Vasco. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/20862>.
- RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, 2018, “El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la política criminal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 124.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (coord.), 2006, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SUÁREZ LÓPEZ, Juan Joaquín, 2011, “Propuesta alternativa del grupo de estudios de política criminal sobre el uso de la fuerza: 1a. parte. Actuaciones policiales preventivas”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 105.



- TAMARIT SUMALLA, Josep *et al.*, 2005, *Curso de derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TORO LUCENA, Óscar Augusto, 2010, “Intervenciones corporales y derechos fundamentales. Límites”, *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, núm. 3.
- YÁNGÜEZ GONZÁLEZ, José Manuel, 2018, *La Ley de Seguridad Ciudadana y su impacto en los derechos a la vida, integridad física y moral, y a la libertad religiosa y de culto* (tesis de máster), La Rioja, Universidad Internacional de la Rioja. Disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6357/YANGUEZGONZALEZ%20JOSEMANUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

## EFICACIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL A PARTIR DE SU INCLUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA\*

### *EFFECTIVENESS OF THE AMPARO ACTION IN ENVIRONMENTAL MATTER FROM ITS INCLUSION IN THE NATIONAL ARGENTINE CONSTITUTION*

Cecilia Lucía MANTECÓN\*\*

**RESUMEN:** En la reforma constitucional de 1994, la República Argentina introduce los derechos de tercera generación a su ordenamiento jurídico. El artículo 41 prevé el derecho a un ambiente sano y el artículo 43 establece la acción de amparo para su defensa. El objetivo de este trabajo es evaluar los juicios sobre conflictos ambientales suscitados en las costas de la provincia de Buenos Aires y la participación de la ciudadanía en dichas causas. Para esta investigación, se sistematizó la jurisprudencia que resolvieron conflictos costeros a partir de 1994, año de la reforma constitucional que norma la acción de amparo en materia ambiental, y hasta 2016. Como resultado, se observó que los tribunales resuelven en favor del medio ambiente, utilizando los principios generales del derecho ambiental y sin normativa específica costera. Sin embargo, la falta de normativa específica produce que estas resoluciones sean obtenidas luego de litigar en las diferentes instancias judiciales. Asimismo, se observa el bajo nivel de litigiosidad, el cual es incongruente con el alto deterioro que sufren las zonas costeras.

**Palabras clave:** derecho ambiental, costas bonaerenses, conflictos ambientales, amparo ambiental.

**ABSTRACT:** By the way of the 1994 constitutional amendment, Argentina introduces third generation rights to its legal system. Article 41 sets forth the right to a healthy environment, and article 43 establishes the amparo action for the referred right. The purpose of this work is to assess the judicial cases on environmental conflicts that have arisen in Buenos Aires province's coasts, and the citizens' participation in such cases. As a result, it was noted that courts rule in favor of the environment, using the general principles of environmental law and with no specific coastal regulations. However, the lack of specific regulations causes these resolutions to be obtained after litigating in the different judicial instances. It also shows a low level of litigation, which is inconsistent with the high deterioration suffered by coastal areas.

**Keywords:** Environmental Law, Buenos Aires Coasts, Environmental Conflict, Environmental Amparo.

\* Artículo recibido el 24 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 14 de mayo de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-9026-6499. Abogada, doctora en Derecho, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Instituto de Geología de Costas y del Cuaternario (UNMDP-CIC). Investigadora UBACyT (UBA) y docente (UNMDP-UTN). Correo electrónico: cetecon@hotmail.com.

SUMARIO: I. *Palabras preliminares*. II. *Introducción*. III. *Problemáticas ambientales*. IV. *Reforma constitucional*. V. *Ley General del Ambiente núm. 25675*. VI. *Artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. VII. *Ley Ambiental de la Provincia de Buenos Aires núm. 11.723*. VIII. *Jurisprudencia*. IX. *Resultados*. X. *Principio de responsabilidad*. XI. *Conclusiones*. XII. *Bibliografía*.

## I. PALABRAS PRELIMINARES

Las zonas costeras son de vital importancia para la protección de la biodiversidad y el desarrollo de la industria turística, por su trascendencia en la economía de las poblaciones allí ubicadas. Constituye un recurso incalculable, desde el punto de vista de los servicios ambientales que brinda, producto de sus atributos.

A través del tiempo, en las costas se han asentado poblaciones que han transformado el territorio según su cultura, conocimiento del medio y la conjugación de intereses propios y externos, esto le otorga su propia impronta.

Si bien abarcan aproximadamente el 20% de la superficie terrestre, albergan a una considerable proporción de la población humana. Actualmente, se estima que el 60% de la población del planeta vive en zonas costeras a menos de 100km de la costa (Gorfinkiel, 2012: 5).

El objetivo de este trabajo es valorar la eficacia de la aplicación de los artículos 41 y 43 de la Constitución nacional en la resolución de conflictos ambientales en las zonas costeras de la provincia de Buenos Aires.

Parto de la hipótesis que la reforma constitucional de 1994 que introdujo el artículo 41, normando el derecho a un ambiente sano, y el artículo 43, que instrumentó la acción de amparo para su defensa, son herramientas fundamentales para la protección de este derecho. Sin embargo, la baja litigiosidad y la falta de normativa específica para la protección de las zonas costeras no resuelve el estado de deterioro antrópico existente en la zona de estudio.

A fin de lograr el objetivo propuesto, se relevan las causas ambientales que se han sucintado en las zonas costeras de la provincia de Buenos Aires, abarcando desde 1994 hasta 2016. De esta forma, se analizan como indicadores el bien jurídico protegido, el tipo de acción, el actor, el demandado, la normativa invocada y los principios ambientales receptados en cada fallo.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

## II. INTRODUCCIÓN

La provincia de Buenos Aires se localiza entre las coordenadas 33° 20' y 41° 4' de latitud sur y 63° 23' y 56° 40'30" de longitud oeste, tiene una superficie de 307.571 km<sup>2</sup>. Su territorio se divide en 24 jurisdicciones: 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El área de estudio está confinada a la costa atlántica bonaerense, cuya longitud total es de 1,281 kilómetros de largo y se extiende desde Punta Rasa del cabo de San Antonio hasta la margen norte del Río Negro (Mantobani, 1997).

Actualmente, la mayor parte de la población se concentra en las ciudades ubicadas sobre la zona costera. Según Lasta y Jaureguizar (2006: 71-83), el 50% de la población de la provincia de Buenos Aires vive a no más de 200 km de la costa. Esta densidad es de alrededor de 80 personas por km<sup>2</sup>, es decir, el doble del promedio mundial.

En consecuencia, la presión ejercida sobre los ecosistemas costeros es muy grande. Esta población se distribuye en diferentes ciudades o pueblos, cada uno con su impronta y sus diferentes realidades, pero con un bien natural en común, el mar.

Las actividades predominantes en el área de estudio son el turismo y la actividad portuaria. En sus playas se concentra la corriente turística más importante de Argentina, que disfrutan del turismo de “sol y playa” suministrado por la variada oferta de balnearios con atributos característicos localizados en ciudades balnearias de gran tamaño como Mar del Plata y Necochea; intermedio como es el caso de Santa Teresita, San Bernardo-Mar de Ajo, Pinamar, Villa Gesell, Monte Hermoso, entre otras; y localidades pequeñas o loteos más recientes (Dadón y Matteucci, 2006: 11-35).

## III. PROBLEMÁTICAS AMBIENTALES

Estas características tienen como consecuencia directa la existencia de una presión en estas frágiles zonas, debido a las actividades antrópicas. De esta forma, los elementos naturales y culturales que la conforman, así como la diversidad de actores que están inmersas en ellas, hace apreciar la gran complejidad de la totalidad de su ambiente.

Si bien en este crecimiento de las ciudades costeras, la ubicación de sus puertos ha sido realizado de manera planificada y estratégica, no ha sido así con relación al uso de los recursos y el cuidado del medio ambiente.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

De esta manera se observan diferentes problemáticas relacionadas con el desarrollo urbano, una de las problemáticas más graves son los procesos erosivos.

La erosión es un proceso natural; sin embargo, ha sido acelerada e intensificada por la acción del hombre, por ejemplo, la extracción de áridos en zonas de playa y médano, el incremento de la escorrentía superficial por impermeabilización del suelo, la introducción de drenajes artificiales, la decapitación de médanos o su inmovilización con forestaciones y la construcción de espigones y de escolleras (Schnack *et al.*, 1983: 118-130).

Otros problemas son la modificación del sistema hídrico, debido a la alteración de la infiltración y el escurrimiento del agua como consecuencia de la impermeabilización de las dunas y la intrusión del agua del mar en los acuíferos de agua dulce por sobreexplotación de los mismos. La alimentación de las reservas de agua dulce está directamente relacionada con la infiltración de los excesos de aguas de las precipitaciones. Al producirse la impermeabilización de las zonas urbanas, se reduce la capacidad de infiltración y en consecuencia la cantidad de recarga del acuífero (Kruise y Carretero, 2010: 27-38).

Los aspectos que llevan a esta problemática son: la implementación de áreas forestadas de forma excesiva, que causan un consumo de agua subterránea dulce; la eliminación de dunas; la explotación intensiva del agua subterránea.

#### IV. REFORMA CONSTITUCIONAL

La protección del ambiente está inexorablemente vinculada al bienestar socioeconómico de una nación. Es esencial un desarrollo sustentable en el cual la explotación de los recursos naturales, la dirección de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y los cambios institucionales, estén conjugados armónicamente con el propósito de acrecentar el potencial presente, así como el futuro, para satisfacer las necesidades y las aspiraciones humanas. En esencia, el desarrollo sustentable es un desarrollo no meramente ecológico, sino también económico y social (Krom, 2011).

El desafío es encontrar el equilibrio entre el cuidado del ambiente y el desarrollo de las poblaciones. Para alcanzar esta armonía y evitar conflictos ambientales, la ley fundamental, en su artículo 41, instituye el derecho a “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”.<sup>1</sup> De este modo se consagra el principio de equidad intergeneracional con jerarquía constitucional.

Esta norma fundamental, en primer lugar, le brinda al ambiente la máxima protección que puede tener un bien jurídico dentro de un plexo normativo, y en segundo lugar, crea un sistema de protección ambiental. De esta forma determina, entre otras cosas, un derecho y un deber, estableciendo el derecho a un ambiente sano y a su vez la obligación de protegerlo. Para ello, le brinda al ciudadano herramientas como el acceso a la educación e información ambiental, y el acceso a la justicia.<sup>2</sup>

Es decir que este artículo influye genéricamente sobre el derecho ambiental, atribuye funciones a los tres poderes y distribuye la competencia entre los gobiernos locales y federal (Valls, 1999).

Asimismo, el artículo 41 consagra el principio de desarrollo sustentable, definiendo la protección de un ambiente sano, apto y equilibrado para el desarrollo humano y que esas actividades productivas no perjudiquen a las futuras generaciones. Un desarrollo entendido como el que tiene en cuenta las variables económicas, sociales y ambientales. La nación se ubica temporalmente en un presente que resume afinidades históricas y alberga expectativas de un futuro común. Se vincula con la necesidad de que la sociedad actual no traicione el legado recibido y con la exigencia de que no intente construir cualquier proyecto para el porvenir (Rosatti,

---

<sup>1</sup> Artículo 41. “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

<sup>2</sup> En el Principio 10 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se establecieron tres principios fundamentales para una protección eficaz del ambiente: el acceso a la educación e información ambiental y el acceso a la justicia. Éstos son herramientas vitales para que la sociedad pueda ser partícipe de todos los temas ambientales, y se encuentran establecidos en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional.

2007). En términos medioambientales, la nación, entendida como vinculación inter-generacional respetuosa y responsable, supone evitar contraer en el presente una deuda ambiental que deba ser soportada o sufrida por el porvenir.<sup>3</sup>

En segundo lugar, determina el principio de responsabilidad, al acen-tuar la prioridad de recomponer el daño ambiental, según lo establezca la ley. Si bien no define sobre quien recae la obligación, sí lo hace sobre el cau-sante del daño: el dueño, el Estado, seguro o fondo (Valls, 2008). Se consi-deró que quien provoca el daño es el obligado a recomponer el ambiente en primer lugar o a indemnizar, si es imposible volver al estado anterior, al hecho dañoso. Para aplicar este principio, se debe identificar a los autores, cuantificarse los daños y establecer la relación causal entre contaminador y los daños, dentro del marco de una causa judicial.

En tercer lugar, adopta un concepto amplio de ambiente, además de incluir la protección del patrimonio natural y cultural, y de la diversidad biológica.

Por último, este artículo introduce una nueva distribución de compe-tencias. De esta forma, determina que es obligación de la nación dictar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias; las necesarias para complementarla sin perjuicio de su competencia origi-naria en razón de sus recursos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Bustamante Alsina (1995: 43-44) explicó que “el desarrollo sustentable, es la unión entre el medio y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo sistema de desarrollo, basándose en una sana utilización de los recursos para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para este nuevo modelo, se deben tener en cuenta, cuatro áreas: la ecológica, la social, la cultural y la económica.

El área ecológica, conlleva a mantener los procesos ecológicos que posibiliten la capa-cidad de renovación de plantas, animales, suelos y aguas, así como mantener la diversidad biológica. El área social, permite la igualdad de oportunidades de la sociedad y su integra-ción. El área cultural, preserva la identidad cultural básica y reafirma las formas de relación entre el hombre y su medio. Por último, la económica, implica internalización de costos am-bientales; consideración de todos los valores de los recursos presentes y de oportunidades; equidad entre la generación presente y respeto por la futura”.

<sup>4</sup> En Argentina, y conforme a lo establecido por el artículo 124 de la Constitución nacio-nal, “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Esta no es ni siquiera una facultad concurrente entre el Estado nacional y la provincia, sino que, por el contrario, es una facultad exclusiva de las provincias. Artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental

Los presupuestos mínimos son presupuestos científicos de protección, involucrando tanto a las disciplinas fácticas como blandas (educación, información, etcétera). De esta forma, se legisla sobre presupuestos mínimos de protección para todo el territorio de la República, ya sea materia de fondo o procesal, sin alterar las jurisdicciones locales (Rosatti, 2007). Es decir, que los gobiernos provinciales, conservan todos los poderes que detentan hasta la reforma de 1994, para complementar la legislación de presupuestos mínimos implementada por la nación (Rosatti, 2007).<sup>5</sup>

En el artículo 43 de la Constitución nacional<sup>6</sup> se consagró el tercer principio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo: el acceso a la justicia. Esta es una herramienta fundamental, para que el derecho a un ambiente sano sea prevenido o interrumpido de manera urgente.

Con la inclusión del artículo 43 en el texto constitucional, se elevó la acción de amparo al nivel constitucional, igual que los derechos que se quieren tutelar por medio de esta acción. El primer párrafo corresponde al amparo general; es decir, propende a la protección de todos los derechos y garantías determinados en la Constitución nacional que se encuentren en peligro o lesionados. En cambio, el segundo párrafo refiere a la protección

---

y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”.

<sup>5</sup> Esain (2009) explica que, el resultado final será el de una actividad complementaria del Estado central y de las provincias, una regulación bifronte que no es ni derecho infra-federal, ni derecho común. Será un sistema de legalidad ambiental, que engloba en cada provincia la normativa federal única reguladora de los presupuestos mínimos de protección para todo el territorio de la nación, con aquella normativa complementaria, que sólo será eficaz dentro de los límites de cada provincia. Esto posibilita el ingreso de normas provinciales que construirán estamentos parciales que reflejarán los lineamientos políticos locales, sumados como elementos centrales unificados.

<sup>6</sup> Artículo 43. “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.



de los derechos colectivos; es decir, los derechos de tercera generación, el derecho a un ambiente sano y los derechos de los consumidores.

Respecto a la legitimación activa, la regla general en derecho refiere que los legitimados activos son los titulares de los derechos sobre sus bienes jurídicos individuales. En contraposición para la defensa de los derechos de tercera generación los titulares son el colectivo, por ello se amplía la legitimación procesal; sin embargo, se debió hacer una diferenciación. En principio, el primer párrafo expresa que toda persona puede interponer acción de amparo; es decir, que cualquier habitante podría interponer un amparo cuando el ambiente se encuentre comprometido en concordancia con la doble característica, que tiene el ambiente sano, siendo una herramienta rápida y eficaz de protección.

El párrafo posterior determina que, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente podrá iniciar acción el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a esos fines. Esta legitimación especial planteó la duda de cuál era la extensión de la legitimación para iniciar un amparo ambiental.

De esta forma, si yo amplió la legitimación a “toda persona”, no sería necesario que sea un habitante con domicilio en el lugar donde se encuentra el bien jurídico protegido. En cambio, en una posición más restringida, se podría acotar la legitimación al afectado, al defensor del pueblo y a las organizaciones no gubernamentales (*Pardo, Cecilia vs. PEN*, 1993; *Asociación Benghalensis y otros vs. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado nacional*, 1998).

Esta discusión se resolvió con la sanción de la Ley General del Ambiente núm. 25.675 (2002). En su artículo 30 determina que “toda persona” puede presentar un amparo para el cese de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, esto es debido a la necesidad de impedir que se siga produciendo el daño y se agrave aún más la situación.

Así, una vez producido el daño, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales.

Asimismo, la acción de amparo puede ser interpuesta contra todo acto u omisión. Es decir, entendemos por acto a una acción positiva, un movimiento o una actividad que produce un daño al ambiente; y por omisión, la abstención de actuar, cuando existe una obligación de realizar una acción, y esa inactividad produce un daño al ambiente.

De la misma forma, la acción de amparo procede contra todo acto u omisión de autoridades públicas; es decir, contra el Estado o de particulares, tanto personas de existencia visible como personas de existencia ideal.

Por último, el artículo 43 de la Constitución nacional faculta al juez, que actúa a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

## V. LEY GENERAL DEL AMBIENTE NÚM. 25675

Luego de la reforma de 1994, la cual introdujo el artículo 41, en cumplimiento de la manda constitucional, se comienzan a sancionar las leyes de presupuestos mínimos. En 2002, el legislador norma la Ley General del Ambiente que establece “los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

Esta ley determina los principios ambientales, que sustentan las bases para el desarrollo de una política ambiental sustentable. Estos principios determinan cuáles son los mecanismos de concertación, para poder llevar adelante la manda constitucional, así como hacer efectivos los principios legislados en ella.

De esta forma, el principio de congruencia determina que la legislación provincial y municipal deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en esta ley. En una incongruencia entre dos normas, la Ley General del Ambiente prevalecerá sobre aquella que no se adecue a sus objetivos, principios y normas. Este principio responde a la necesidad de armonizar las normas ambientales e integrar la normativa legal, dentro de un sistema coherente.

El principio de prevención aduce a que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán de forma prioritaria, debiendo prevenirse aquellos efectos que se clasifiquen como negativos, evitando que se produzca un daño en el ambiente.<sup>7</sup> Este principio tiñe en gran parte del sistema de protección ambiental siendo uno de sus principales caracteres.

---

<sup>7</sup> En este sentido, se partió del concepto de “daño ambiental”, normado en el artículo 27 de la Ley General del Ambiente, que lo define como “un hecho o acto jurídico, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva... [Es] toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, a los bienes o valores colectivos”.

Para poder evaluar los posibles cambios, si estos significan daños y establecer cómo prevenirlos, la normativa determina los procedimientos de impacto ambiental.

El principio precautorio se aplica cuando existe una ausencia de información o certeza científica de cuáles serán las consecuencias al realizar una acción en el ambiente, es decir, los efectos son desconocidos e imprevisibles. De esta forma, se presume que puede existir un peligro grave o irreversible, y la norma obliga a adoptar medidas eficaces para evitar la degradación ambiental.<sup>8</sup>

El principio de equidad intergeneracional implica una responsabilidad con las futuras generaciones; es decir, nosotros recibimos un legado y tenemos que velar por un uso y goce apropiado que permita el disfrute para las generaciones venideras.<sup>9</sup>

El principio de progresividad establece que los objetivos consagrados en esta ley deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, para lograr una adaptación armónica y real. Si se obligara a un cambio inmediato, el acatamiento de dichas mandas sería de cumplimiento imposible, sin permitir un involucramiento y concientización en el cuidado del ambiente.<sup>10</sup>

---

Se destacó que no toda alteración del ambiente es negativa. Sería ingenuo pensar que, dentro de un marco de desarrollo, se puede vivir sin producir un cambio al ambiente. Es por esto que todo acto o acción que produzca una modificación significativa requiere de una evaluación en el marco de la teoría de la sustentabilidad.

<sup>8</sup> El principio de prevención y el principio de precaución son dos conceptos íntimamente ligados, “ambos tienden al cuidado y evitación de daños irreversibles en el patrimonio ambiental, implican imponer restricciones y prohibiciones a las actividades riesgosas sobre bases científicas y evaluaciones para proteger al ambiente, sobre beneficios económicos y de desarrollo. Ambos suponen que el dañador o probable dañador tenga a su cargo probar la inocuidad del producto, proceso o actividad (inversión de la carga de la prueba)” (Bestani, 2012: 18).

<sup>9</sup> Este principio, consagrado en la Constitución, fue establecido en las diferentes conferencias mundiales sobre ambiente, así como en la Conferencia de Río de 1992, se expresó que “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollos y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

<sup>10</sup> Colombo (2003) explica que del principio de progresividad derivan dos subprincipios: el de proporcionalidad, referido a la razonabilidad en los tiempos que insumen los cambios impuestos por la normativa, el equilibrio de medios y fines y la equidad, es decir, la viabilidad en el cumplimiento de las exigencias; y el principio de gradualidad, extraído del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

En cumplimiento del principio de subsidiariedad, el Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y participar en forma complementaria en el accionar de los particulares.

Según Colombo (2003), la subsidiariedad posee dos aspectos, uno positivo y otro negativo. El primero significa que el Estado nacional tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad nacional se debe ejercer sólo cuando sea necesario. El segundo aspecto es que la autoridad nacional debe abstenerse de asumir funciones que puedan ser cumplidas eficientemente por los particulares; es decir, este principio se aplica bajo dos criterios, uno de colaboración y otro de necesidad, la participación del Estado es concurrente y residual.

El principio de solidaridad responde a que los efectos negativos de las malas políticas ambientales superan las diferentes jurisdicciones. En ese caso, la nación y los gobiernos provinciales serán responsables de la prevención y mitigación por su propio accionar. También, este principio pone énfasis en la minimización de los riesgos ambientales sobre los recursos compartidos. A la hora de determinar políticas sobre estos recursos, hay que coordinarlas entre todos los involucrados. Para cumplir con este objetivo, la Ley General sienta las bases para poder trabajar dentro de un marco de concertación.

El principio de cooperación está relacionado con el principio anterior. En caso de sistemas ecológicos compartidos, deberán ser utilizados en forma equitativa y racional. Mientras que los efectos transfronterizos, deberán ser tratados y mitigados en forma conjunta.

La Ley General del Ambiente también determina varias herramientas fundamentales para la protección costera, establece instrumentos de política y gestión ambiental.<sup>11</sup> De estos instrumentos se destacaron dos que tienen incumbencia en este análisis. El primero se condice con el principio de prevención, y se refiere a la evaluación de impacto ambiental y el segundo está relacionado con el control de las actividades antrópicas.

Además de destacar este instrumento de prevención, se resaltan las herramientas establecidas para el control de las actividades antrópicas. Éstas

---

<sup>11</sup> En su artículo 8o. establece como instrumento de política y gestión ambiental al ordenamiento territorial, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.

son la educación ambiental, el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana.

La educación ambiental como medio para tomar conciencia de la importancia de proteger el ambiente, generar “valores, comportamientos y actitudes” (artículo 14, Ley General del Ambiente, 2002) para conseguir los objetivos de protección de este bien jurídico.

Otro aspecto fundamental que norma es sobre el ordenamiento ambiental del territorio. Según el maestro Bidart Campos (1998), el derecho ambiental ofrece un ámbito para aplicar el federalismo concertado entre el Estado federal y las provincias, sin excluir dentro de las últimas a sus municipios; después de la reforma de 1994, no ha quedado excluida la viabilidad de la concertación interjurisdiccional, porque, en definitiva, el artículo 41 de la Constitución nacional propone competencias concurrentes, aunque se trate de una categoría especial de competencias.

La evaluación de impacto ambiental también es normada por la ley ambiental. Es el instrumento de control previo más conocido en nuestro ordenamiento jurídico, es un mecanismo legal para prevenir los daños ambientales potenciales. Así, Bestani (2012) explica que consiste en una predicción científica de los cambios probables que una acción, producto, proceso o tecnología, de ejecutarse, producirían sobre los componentes biológicos, físicos y socioeconómicos del ambiente en sí mismo o con relación a un grupo humano cualquiera.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Una figura que no ha sido incluida en la Ley General, es la evaluación ambiental estratégica, que se define como “un procedimiento administrativo establecido en o para la aprobación de los planes, programas, políticas o actos legislativos con incidencia sobre el medio ambiente, con el fin de analizar ambientalmente el ámbito o sector objeto de ordenación, así como las propuestas y sus eventuales efectos, siendo el acto administrativo el que ponga fin al mismo trámite, de naturaleza discrecional, de imperativa observancia, de obligada información y consulta pública e inserción en el acto de aprobación” (Cuyás, 2007: 196). La evaluación de impacto ambiental que norma la Ley General del Ambiente y la Evaluación Ambiental Estratégica tienen un punto en común que es aplicar el principio de prevención en todas las actividades realizadas por el hombre que puedan modificar negativamente al ambiente, pero se diferencian en que el estudio de impacto ambiental es más acotado, se utiliza ante un proyecto concreto, tanto público o privado, y el resultado de aprobación es para ese caso concreto. En cambio, la Evaluación Ambiental Estratégica, permite una valoración integral de un plan, que no sólo tiene en cuenta los aspectos ambientales, sino los sociales, económicos y territoriales, y que va más allá de un plan urbanístico o territorial, significa un cambio en la política ambiental y urbanística de una ciudad.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación, en la causa *Salas Dino y otros c/ Provincia de Salta y otros* (26 de mayo de 2009), aplica el principio precautorio (Ley 25.675, artículo 4o.) y

Otra herramienta para el cuidado que se incluye en la norma es el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. Anteriormente, se explicitó que los derechos colectivos, tenían una doble estructura, como derechos, pero también como deberes; es decir, que todos los ciudadanos tenemos derecho a un ambiente sano, pero la obligación de protegerlo. Para poder alcanzar esta meta, la ley determina dos herramientas fundamentales, la educación ambiental y el acceso a la información.

La educación ambiental responde a la consigna de que el ser humano no puede cuidar y apropiarse en forma positiva lo que desconoce. Es por esto que se apela a un proceso de educación continua, fuera de la formal, en la cual se sensibilice a la ciudadanía con relación al uso y disfrute correcto del ambiente, sus problemáticas y posibles soluciones, para permitir una participación plena.

El sistema de diagnóstico e información ambiental permite al ciudadano ejercer control sobre todas las actividades que puedan impactar negativamente al ambiente. En el artículo 16, la ley lo establece:

Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

Dentro del ordenamiento jurídico se le instrumentó de manera más eficaz, en 2003, cuando se sancionó la ley núm. 25.831 que regula el régimen de libre acceso a la información pública ambiental.<sup>13</sup>

Por último, la Ley General del Ambiente señala la participación ciudadana. Este es un derecho que tiene todo ciudadano de opinar y ser consultado en los procedimientos administrativos. Esta participación está establecida como una etapa obligatoria, en el procedimiento de evaluación

---

exige la evaluación de impacto ambiental estratégico, figura nueva para este ordenamiento jurídico, contemplada solamente en la Ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglaciario (26.639).

<sup>13</sup> Esta norma establece presupuestos mínimos de acceso a la información ambiental. Como ya he explicado, las normas de presupuestos mínimos se aplican en todo el territorio de la República Argentina. Los sujetos pasivos obligados en esta ley son el Estado, tanto nacional, provincial o municipal, como también los entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

de impacto ambiental. También ha sido una herramienta fundamental en la participación en causas judiciales y en cambios de proyectos y políticas estatales, donde se encuentra comprometido el ambiente.

## VI. ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En este sentido, la Constitución provincial, en su artículo 28, establece los lineamientos para la preservación, recuperación y conservación del medio ambiente. Para esto instituye el derecho a gozar de un ambiente sano, el deber de conservarlo para las generaciones presentes y futuras. Establece el dominio exclusivo de los recursos naturales. Prohíbe el ingreso al territorio de residuos tóxicos o radiactivos. Garantiza el derecho a la información y participación en materia ambiental. Asegura políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo. Por último, consagra el principio de precaución en acciones que puedan degradar el ambiente.

## VII. LEY AMBIENTAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES NÚM. 11.723

Por su parte, la Ley 11.723 de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de Los Recursos Naturales y del Ambiente en General, tiene como finalidad “preservar la vida en su sentido más amplio, asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica”. También establece el derecho a la información y en su artículo 6o. obliga al Estado a fiscalizar las acciones antrópicas que pueden producir daño al ambiente, tanto por acción como por omisión. Este artículo es muy importante, ya que obliga al Estado a ejercer mayor control en todas las actividades desplegadas en la costa.

Los objetivos de esta ley son precedentes con los presupuestos mínimos de la Ley General del Ambiente y buscan la implementación del modelo sustentable de desarrollo, consagrado tanto en la Constitución nacional y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, esta norma deberá seguir los presupuestos mínimos, determinados en las leyes sectoriales, como en la Ley de Agua (25.688), la Ley de Acceso a la Información Pública Ambiental (25.831) y la Ley de Glaciares (26.639).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

Es decir, la Ley 11.723 es la que demarca las principales líneas de protección ambiental, pudiendo sus normas ser complementadas por los diferentes municipios de la provincia de Buenos Aires.

Este esquema normativo surge del principio de congruencia, normado en la Ley General del Ambiente, artículo 4o.: “La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga”.

### VIII. JURISPRUDENCIA

Carátula	<i>Sociedad de Fomento Cariló c. municipalidad de Pinamar s/amparo</i>
Materia	Amparo
Órgano que resuelve/ jurisdicción	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
Año	2006
Bien jurídico protegido	Paisaje/ordenamiento territorial
Legitimación activa	Organización no gubernamental
Legitimación pasiva	Gobierno municipal
Hechos	Reglamentación de la evaluación ambiental/participación ciudadana.
Normativa aplicada	11.723 (Ley Ambiental la Prov. de Bs. As.) y 12.099 (declara de interés provincial el paisaje protegido y el desarrollo ecoturístico de la localidad “Parque Cariló”).
Principios que justifican la sentencia	Prevención
Resultado	Se hace lugar al amparo

Carátula	<i>Acebal, Francisco M. c. municipalidad de Villa Gesell s/amparo</i>
Materia	Amparo



Órgano que resuelve	Juzgado en lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Dolores
Año	2006
Bien jurídico protegido	Playa
Legitimación activa	Un particular
Legitimación pasiva	Gobierno municipal
Hechos	Nulidad de la Ordenanza núm. 2.050, que aprueba un plan de manejo costero sin evaluación de impacto ambiental.
Normativa aplicada	Arts. 41 y 43 C.; 28 Constitución de la Prov. de Bs. As/25.675/11.723/12.257 (Código de Aguas Prov. de Buenos Aires).
Principios que justifican la sentencia	Implicítamente ambiental internacional, como en la normativa ambiental nacional y local.
Resultado	Se hace lugar al amparo

Carátula	<i>Werneke Adolfo Guillermo y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo-med. cautelar</i>
Materia	Amparo
Bien jurídico protegido	Biodiversidad
Órgano que resuelve	Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Bahía Blanca, Sala II, Sec. I.
Año	2006
Legitimación activa	Consejo de Desarrollo Turístico de Bahía San Blas (ONG)
Legitimación pasiva	Gobiernos de la provincia de Buenos Aires
Hechos	Autorización para pesca comercial en un área de reserva natural.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

Normativa aplicada	41; 43; 75, incs. 22 y 23; 108, 116, y 119 de la Constitución nacional; art. 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de la UNESCO; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas; Ley provincial 11.723; Ley 24.375 que aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica; Ley 22.344 que ratifica la Convención sobre Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES); Ley 23.815 que aprueba la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Gaborone, Botswana; la Ley 23.821 que aprueba la enmienda a la anterior convención, el Decreto 89.180/41.
Principios que justifican la sentencia	Progresividad, prevención, precaución.
Resultado	Se hace lugar al amparo

Carátula	<i>Carrizo María Ester c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos y otros s/pretensión indemnizatoria</i>
Materia	Amparo
Bien jurídico protegido	Playa/ordenamiento territorial
Órgano que resuelve	Juzgado Contencioso Administrativo núm. 2 de la Ciudad de Mar del Plata; Sentencia Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata
Año	2006 y 2011, respectivamente.
Legitimación activa	Un particular
Legitimación pasiva	Gobiernos de la provincia de Buenos Aires
Hechos	Inacción de obras para evitar erosión costera. Obras realizadas en zonas adyacentes que agravan la situación.

Normativa aplicada	Arts. 41 y 43 C.; art. 28 Cost. Provincial; Ley 25.675; Ley 11.723; Ley 12.122 (declara zona de emergencia al partido de Mar Chiquita por el proceso erosivo).
Principios que justifican la sentencia	Discrecionalidad del Estado en la elección de los lugares para proteger.
Resultado	Se rechaza el amparo

Carátula	<i>Cobo Eduardo Guillermo y otro/a c. Mandalay S. A. y municipalidad de Villa Gesell</i>
Materia	Amparo
Bien jurídico protegido	Playa
Órgano que resuelve	Juzgado Contencioso Administrativo de Dolores
Año	2010
Legitimación activa	Particulares
Legitimación pasiva	Gobierno municipal/empresa privada
Hechos	Construcción de cuatro balnearios sin la realización de la evaluación de estudio ambiental.
Normativa aplicada	Art. 15 Cod. Procesal (Pcial.) (s/legitimación activa); 11.723; Ley 12.257 Código de Aguas (Pcial.).
Principios que justifican la sentencia	Precaución, prevención.
Resultado	Se hace lugar al amparo

Carátula	<i>Ballesteros, Anibal c. municipalidad de Mar Chiquita s/amparo</i>
Materia	Amparo
Bien jurídico protegido	Biodiversidad
Órgano que resuelve	Juzgado Civil y Comercial núm. 12 de la Ciudad de Mar del Plata
Año	2011

Legitimación activa	Particular
Legitimación pasiva	Gobierno municipal
Hechos	Ejecución de un centro de disposición final de residuos dentro de la cuenca hidrológica de la Albufera Mar Chiquita y en zona adyacente a la Reserva Mar Chiquita.
Normativa aplicada	Arts. 41 y 43 de la Constitución nacional; art. 30 de la Ley 25.675; art. 28 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; art. 3 Ley 25.688 Gestión Ambiental Recursos Hídricos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Ley 25676; Ley Áreas Naturales.
Principios que justifican la sentencia	Congruencia, prevención. Derecho a un ambiente sano y derecho a la vivienda de los vecinos circundantes al predio.
Resultado	Se hace lugar al amparo

Carátula	<i>Fundación Reserva Natural Puerto Mar del Plata c. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/amparo ambiental</i>
Materia	Amparo
Bien jurídico protegido	Biodiversidad
Órgano que resuelve	Cámara Federal de Mar del Plata
Año	2001
Legitimación activa	Organización no gubernamental
Legitimación pasiva	Privado; Consorcio Portuario Regional; gobierno de la provincia de Bs. As.; gobierno municipal
Hechos	Construcción de un balneario sin la realización del estudio de impacto ambiental/contaminación.
Normativa aplicada	Arts. 41 y 43 C.; art. 28 Constitución de Bs. As.; Ley 11.723; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; Ley 25.675; Convención sobre Comercio Internacional de Fauna y

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

	Flora Salvaje Amenazadas de Extinción; Convención RAMSAR sobre Humedales de Importancia Internacional; Convención de Naciones Unidas de 1992 sobre Diversidad Biológica.
Principios que justifican la sentencia	Precautorio
Resultado	Se hace lugar al amparo

Carátula	<i>Fundación Reserva Natural Puerto Mar del Plata c. Club Atlético Aldosivi y otros s/sumarísimo</i>
Materia	Amparo
Bien jurídico protegido	Biodiversidad
Órgano que resuelve	Cámara Federal de Mar del Plata; Corte Suprema de Justicia
Año	2013 y 2015, respectivamente
Legitimación activa	Organización no gubernamental
Legitimación pasiva	Asociación deportiva; Consorcio Portuario Regional; gobierno de la provincia de Bs. As.; gobierno municipal
Hechos	Concesión de uso gratuito a un club de fútbol, de un lote adyacente a una zona de reserva con el fin de la construcción de un estadio deportivo; contaminación.
Normativa aplicada	Arts. 41 y 43 C.; art. 28 Constitución de Bs. As.; Ley 11.723; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; Ley 25.675; Convención sobre Comercio Internacional de Fauna y Flora Salvaje Amenazadas de Extinción; Convención RAMSAR sobre Humedales de Importancia Internacional; Convención de Naciones Unidas de 1992 sobre Diversidad Biológica.
Principios que justifican la sentencia	Precautorio
Resultado	Se hace lugar al amparo

## IX. RESULTADOS

### 1. *Acceso a la justicia*

El acceso a la justicia es una herramienta fundamental para la defensa del ambiente, así se observó en la mayoría de las causas anteriormente observadas, de las ocho halladas, en siete se falló a favor del ambiente. Asimismo, el amparo ambiental consagrado en el artículo 43 de la Constitución nacional es eficaz para esta defensa, de las ocho causas encontradas en la provincia de Buenos Aires, la totalidad se encuadran en esta acción, y por lo tanto en dicho artículo.

Respecto a la legitimación activa, cuatro fueron interpuestas por una organización no gubernamental (Fundación Reserva Puerto, Sociedad de Fomento Cariló, Consejo de Desarrollo Turístico de Bahía Blanca), el resto fueron iniciadas por vecinos preocupados por el ambiente, que identifican la zona costera como propia. Este indicador nos demuestra la importancia de la legitimación amplia, determinada en la Constitución nacional y en la Ley General del Ambiente (artículo 32).

Sin embargo, destaco la poca litigiosidad a favor de la protección de las zonas costeras, teniendo en cuenta su deterioro actual. Las escasas causas encontradas en la provincia de Buenos Aires, es una tendencia que se viene repitiendo desde 1994, a pesar de la introducción del artículo 43 constitucional. Para que el acceso a la justicia sea totalmente efectivo, debe conjugarse con el acceso a la educación e información ambiental, para una participación ciudadana comprometida con el cuidado del medio ambiente.<sup>14</sup>

Respecto a la parte demandada, estos amparos fueron iniciados en su mayoría contra el Estado: cuatro contra el gobierno provincial; uno contra el gobierno provincial y municipal; dos contra el municipal, un privado y gobierno municipal; y en dos causas complejas contra un privado, el gobierno provincial, el municipal y el consorcio regional del puerto. De estos

---

<sup>14</sup> En 2006, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, junto a la Asociación Marplatense de Estudios Ambientales, publicaron un informe en el cual relevaron todas las causas ambientales iniciadas desde la reforma constitucional de 1994, con el fin de evaluar la eficacia de la aplicación del artículo 43. En dicho informe, unos de los resultados surgidos fue que existía poca litigiosidad, debiendo hacerse hincapié en el acceso a la información y educación ambiental.

datos se infiere que es el gobierno provincial el que tiene competencia en las costas,<sup>15</sup> que algunas funciones las ha delegado en el gobierno municipal, y que los privados actúan a través de permisos y licitaciones autorizadas y concedidas por el Estado.

Respecto a la normativa aplicada a estas causas, en primer lugar, se observó que se invoca la normativa general sobre el ambiente por no haber normativa específica eficaz para la protección de estas zonas; en segundo lugar, esta normativa general fija los principios de protección ambiental y en estas causas se discute la validez de leyes u ordenanzas que pretenden

---

<sup>15</sup> Un tema complejo es la superposición de jurisdicciones. Así, las provincias tienen jurisdicción hasta las tres millas desde la línea de mareas más bajas (Ley 18.502 de Buenos Aires), sin perjuicio de la que le corresponde al Estado nacional, en toda la extensión del mar territorial (doce millas). La provincia municipaliza funciones en las playas costeras, por lo cual los municipios poseen la responsabilidad de administrar estas zonas directamente o a través de concesiones, ejerciendo el poder de policía sanitaria. Esta distribución de funciones es positiva, ya que son los municipios quienes tienen las problemáticas costeras latentes y la cercanía con la zona y los ciudadanos.

De igual forma, por la Ley 24.922, Federal de Pesca, y la 24.147 de Federalización de Hidrocarburos, se transfiere la explotación de los recursos a las provincias hasta las doce millas, es una jurisdicción federal, pero con dominio sobre los recursos en cabeza de las provincias. Además, el Consejo Federal de Pesca, creado por la Ley Federal de Pesca, es autoridad de aplicación a partir de esas doce millas.

La Prefectura Naval Argentina es la fuerza de seguridad que ejerce el servicio de policía y de seguridad de la navegación, actuando en mares y en puertos sometidos a jurisdicción nacional en las costas y playas marítimas, hasta una distancia de cincuenta metros a contar de la línea de la más alta marea entre otras zonas. De esta forma, la Ley Federal de Pesca le asigna a la Armada Argentina competencia en el ámbito de aplicación de la misma.

Esta complejidad de jurisdicciones se observó en las dos causas iniciadas por la Fundación Reserva Puerto, en la cual se debatieron las funciones de la municipalidad del partido del general Pueyrredón, el Consorcio Regional Portuario de Mar del Plata y el Organismo para el desarrollo sustentable de la Provincia de Buenos Aires. En estas causas, la Cámara Federal de Primera Instancia se declaró incompetente, resolución que fue apelada y en la cual la instancia máxima resolvió a favor de la jurisdicción federal.

En consecuencia, para resolver las dudas sobre la competencia de cada estamento estatal, las leyes de presupuestos mínimos costeros, tanto la general como las sectoriales, permiten una mayor concertación y cooperación entre los diferentes estamentos estatales y en la definición de las competencias en cada temática; debiendo existir una autoridad de aplicación con funciones determinadas que coordine con los diferentes actores.

También las leyes de presupuestos mínimos aportan mayor coordinación en la declaración de reservas naturales costero-marinas, teniendo en cuenta las especies migratorias y que los efectos ambientales traspasan las diferentes jurisdicciones, es de importancia establecer estas zonas en el ámbito de parques nacionales, según la Ley 22.351 de 1980.

gestionar en las zonas costeras, contradiciendo dichas normas generales. Así pues, en el *caso Acebal* se invocan los artículos 41 y 43 de la Constitución nacional, el artículo 28 de la Constitución provincial, la Ley General del Ambiente, la Ley Ambiental de la Provincia de Buenos Aires y el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires. En la causa, se pide la nulidad de la Ordenanza Municipal 2050/06 “Plan de Manejo Costero” que se contrapone a los principios de la normativa ambiental general.

De la misma forma, en el *caso Ballesteros* se invocan los artículos 41 y 43 de la Constitución nacional, el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Ley General del Ambiente, la ley ambiental de la provincia, la Ley de Reservas Naturales (Ley 10907), y la Ley 25.916 de Presupuestos Mínimos para Residuos Domiciliarios contra la Ordenanza, que determina la construcción de un centro de disposición final de residuos adyacente a una reserva natural.

En la causa *Cariló* se impugna la Ordenanza 3031 por no cumplir con los presupuestos mínimos determinados en la Ley General del Ambiente, receptados en la Ley 11.723 y la Ley 12.009 sobre acceso a la información.

En el *caso Cobo* se invocan los artículos 41 y 43 de la Constitución nacional, la Ley General del Ambiente, la Ley 11.723 y la Ordenanza núm. 2051 que norma sobre zonificación para defender la franja costera de emprendimientos violatorios de dichas normas.

Asimismo, en el *caso Carrizo* la parte actora utiliza como argumento de defensa, los principios establecidos en el artículo 41 de la Constitución nacional, el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 25675 y la Ley 12122, que declara zona de emergencia costera a la costa de Mar Chiquita.

Por su parte, en las causas de Fundación Reserva Puerto se invocan la Ley 11.723 y la Convención sobre Protección de Humedales.

Por último, en donde se esgrimen instrumentos internacionales es el *caso Werneke*, en la cual la parte actora funda su derecho en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. También se integró el argumento defensivo con la Ley General del Ambiente y la Ley núm. 10.907, en contra de la Norma 13.666 que permite la pesca comercial en una zona de reserva.

De los párrafos anteriores se determinó que los principios ambientales consagrados en los diferentes instrumentos legales son fundamentales



para la protección del medio ambiente, permitiendo en algunos casos que las sentencias sean a favor del derecho a un ambiente sano; sin embargo, considero que la ausencia de normas específicas sobre la temática costera hace que se lleguen a resultados negativos como, el *caso Carrizo*, donde el juez en su sentencia no dimensiona la importancia de este derecho, los principios que le brinda una máxima protección y la obligación del Estado en propiciarlos.

## 2. *Leyes de presupuestos mínimos*

En la totalidad de las causas incluidas en esta investigación, la Ley General del Ambiente es la única normatividad de presupuestos mínimos alegada para permitir una protección global del ambiente, receptando en su totalidad los preceptos constitucionales de los artículos 41 y 43. De todas formas, para una eficiente protección de los ambientes costeros que normen todos los aspectos específicos de esta temática es necesario contar con una ley de presupuestos mínimos sectorial.

La implementación de presupuestos mínimos nos permite vincular diferentes principios de política ambiental; el afín es el principio de congruencia, el cual alinea los de la normativa provincial y municipal con los presupuestos determinados por la nación. De forma precisa lo divisamos en el *caso Acebal*, donde se pone en evidencia la violación de este principio, cuando el gobierno municipal sanciona una ordenanza en contradicción a ley ambiental de la provincia de Buenos Aires y a la Ley General del Ambiente, respecto a la obligatoriedad de realizar estudios de impacto ambiental, cuando la envergadura de una obra pueda ser susceptible de dañar al ambiente.

De igual forma, en el *caso Werneke*, el Ministerio de Asuntos Pesqueros sanciona una norma, violatoria de la norma provincial, de mayor jerarquía jurídica.

A su vez, la nueva distribución de competencias permite ordenar y actualizar la normativa dispersa que se ha sistematizado en la segunda parte, así, muchas de estas normas de fecha anterior a la reforma de 1994, obligan a una lectura armónica y sistemática, desde el artículo 41 constitucional, la Ley General del Ambiente, y la Ley de Presupuestos Mínimos, cuando se sancione.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

### 3. *Bien jurídicamente protegido*

En tres de las ocho causas estudiadas (causa *Ballesteros* y las dos iniciadas por Fundación Reserva Puerto), la contaminación es una problemática a resolver en la provincia de Buenos Aires, necesitando una normativa más eficiente, desagües cloacales con sistemas de tratamientos y mayor control para evitar desagües clandestinos a lo largo de la costa. Además, se debe cumplir con la normativa existente sobre manejos de residuos y con la obligatoriedad de realizar estudios de impacto ambiental para cada posible emprendimiento en la zona costera.

Respecto a la protección de la biodiversidad, es de resaltar la importancia de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (1971). Si bien en la provincia de Buenos Aires se encontró un solo ejemplo protegido por este instrumento (La reserva de Samborombón), se detectó que un argumento en contra de emprendimientos llevados a cabo en la costa ha sido su característica de humedal.

Así, en la sentencia a favor de Fundación Reserva Puerto Mar del Plata (2015) el juez de Cámara tiene en cuenta que es un ecosistema que aloja en la ciudad de Mar del Plata (provincia de Buenos Aires), el tránsito de aves migratorias que se trasladan desde la desembocadura del Río de la Plata y hasta Tierra del Fuego, donde anidan y descansan numerosas especies de aves migratorias que amplía el espectro espacial. Si tenemos en cuenta que los efectos destructores pueden llegar a propagarse más allá de las áreas de jurisdicción nacional, les da derecho a los damnificados de reclamar por este uso indebido del medio o por la omisión de medidas adecuadas de protección (Convención RAMSAR de 1971 sobre Humedales de Importancia Internacional).

Es primordial la utilización como antecedente de este instrumento en un sitio que no está protegido directamente con esta norma, pero que responde a la aplicación de los principios ambientales, la importancia del respeto de los derechos colectivos y su inclusión en la Constitución nacional; receptando estos principios, se llevó a cabo la reforma del Código Civil, en el cual se constitucionaliza el derecho privado.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Artículo 1o. “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos hu-

De esta misma forma, se debe incluir en este tratado los sitios considerados como humedales, ya que de esta manera las declaraciones de reserva tendrían una mayor protección y se evitaría que se judicialicen estos casos, en los cuales existe una pugna de leyes del mismo rango. Véase que en tres causas judiciales se circunscriben a reservas naturales consideradas humedales que se ponen en peligro, por entrar en conflicto leyes provinciales que se contradicen, siendo las que declaran reserva natural las primeras sancionadas.

De esta manera, la protección de la biodiversidad está directamente relacionada con la constitución de áreas protegidas como forma de conservar áreas frágiles de riqueza natural y, a su vez, facilitar la investigación científica.

---

manos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

De la misma forma, el artículo 2o., expresa las pautas de interpretación: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

El artículo 14, donde el Código, reconoce la existencia, tanto de derechos individuales, como de incidencia colectiva, pero además la norma expresa: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. Protegiendo a los derechos colectivos, del uso abusivo de los derechos individuales.

En concordancia, el artículo 240 norma que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes (inmuebles por su naturaleza-inmuebles por accesión; cosas muebles; cosas divisibles; cosas principales; cosas accesorias; cosas consumibles; cosas fungibles; frutos y productos; frutos industriales; frutos civiles; productos; bienes fuera del comercio; bienes pertenecientes al dominio público) “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Como se observa, se protege a todo el ambiente, con todos sus componentes, definición adoptada en el artículo 41 de la Constitución nacional.

Asimismo, el artículo 241 expresa que “cualquiera que sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”; es decir, siguiendo lo expresado en el artículo 41 de la Constitución nacional, donde se fija un nuevo reparto de competencias, en las relaciones que norma este Código, deben respetarse las normas que determinan los presupuestos ambientales de protección.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

#### 4. *Procedimiento de impacto ambiental*

Los principios de prevención y el de precaución son fundamentales para la protección de los ambientes en la detección de los impactos, tantos positivos como negativos, que permiten tomar todas las medidas necesarias para evitar daños en el ambiente. El instrumento sustancial es el procedimiento de impacto ambiental, ninguna obra o emprendimiento susceptible de provocar daños al ambiente puede ser realizado de manera legal sin su respectiva documentación habilitante.

Este procedimiento está establecido en la Ley General del Ambiente y en la Ley Ambiental de la Provincia de Buenos Aires. De su articulado surge la premisa de que toda actividad iniciada que no tenga su respectiva declaración de impacto ambiental es clandestina, y por ende acarrea como sanción la clausura.

En la mayoría de las causas, la falta de estudios que avalen la inocuidad de la actividad ha resultado en fallos a favor del ambiente y en la suspensión de la obra. Así en el *caso Acebal*, la ordenanza que licitaba los balnearios sin la exigencia de los respectivos estudios fue atacada mediante acción de amparo; en la sentencia se obliga a la municipalidad a complementar con esta manda y a los concesionarios a abstenerse de realizar cualquier actividad hasta que no se finalice con el proceso.

En el expediente *Ballesteros*, ante la imposibilidad por parte de la municipalidad de Mar Chiquita de demostrar la aptitud del terreno elegido para la construcción del predio de disposición final de residuos, el juez paraliza la obra y ordena a recomponer el predio.

En la causa *Cariló*, el decreto que reglamenta para la zona balnearia (perteneciente al municipio de Pinamar) la evaluación de impacto ambiental, no determinaba la obligatoriedad para todas las obras; en consecuencia, se ordena por sentencia judicial a modificar este decreto y cumplir con la manda general.

En *Cobos*, los vecinos solicitan la paralización de obras llevadas a cabo sobre la playa y línea de médanos, que no cumplieran con el procedimiento de impacto ambiental, el juez ordena la inmediata paralización de las obras.

De la misma forma, las dos causas relacionadas con Fundación Reserva Puerto versan sobre este tema, beneficiando en ambas sentencias al ambiente, paralizando las actividades hasta tanto no se cumpla con este

requisito. En el primer caso, el balneario Arenas Blancas cumplimentó este requisito y obtuvo la evaluación de impacto ambiental y actualmente desarrolla sus actividades de manera sustentable.

En cambio, al club Aldosivi se le ha iniciado una causa penal por incumplimiento de sentencia por continuar con sus actividades a pesar de la sentencia firme que recae en su contra.

Por último, en el *caso Carrizo*, el Estado, sujeto obligado a realizar estudios de impactos cuando realiza una obra, provocó el deterioro en la zona subyacente por omitir la realización de los mismos.

Por otro lado, la obligación de realizar estos estudios está relacionado con la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a aquel que realice una obra, sea un particular o el Estado el encargado de probar que su accionar no traerá efectos negativos para la salud del ambiente.

En resumen, el principio de prevención unificado con el de precaución y la obligatoriedad de contar con la declaración de impacto ambiental, son tres herramientas fundamentales en el cuidado de las costas bonaerenses. Es de importancia la participación ciudadana para controlar y conocer si se han cumplido los requisitos legales o no y si la declaración de impacto ambiental cumple con todas las etapas correspondientes a este procedimiento. La etapa de confrontación ciudadana tiene que ser efectivamente cumplida, si bien, la opinión de los vecinos no es vinculante se debe justificar por qué no se consideró a la hora de evaluar el emprendimiento u obra a realizar.

## X. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Otro principio receptado en nuestra normativa es el principio de responsabilidad, consagrado en la Constitución nacional, en la Constitución provincial, en la Ley General del Ambiente y en la ley ambiental de la provincia de Buenos Aires, teniendo el deber de recomponer o resarcir, según corresponda quien ha producido un daño en el ambiente tanto una particular o el Estado.

Asimismo, el Código Civil, en su reforma de 2015, ha excluido la responsabilidad del Estado, siendo normada por una ley nacional (Ley 26.944, 2014), aplicable en jurisdicción nacional. Igualmente, utilizando la normativa ambiental general, el Estado es pasible de sanción si se demostrara ser responsable de un daño ambiental. Sin embargo, esta exclusión del Código

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

Civil y la falta de leyes provinciales que la regulen, sumarían más confusión jurídica e ineficacia como se demostró en la causa *Carrizo*. Es necesario hacer una lectura armónica de las leyes ambientales para determinar la responsabilidad de todo aquel que dañe al ambiente.

## XI. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se vislumbró, en primer lugar, que el amparo ambiental es una herramienta eficaz para la protección del ambiente costero. Sin embargo, la falta de normativa específica en temas costeros da como resultado que los conflictos se prolonguen en las diferentes instancias judiciales. Asimismo, provoca que exista poca litigiosidad, a pesar de que los jueces fallan a favor de una legitimación amplia con base en las normas ambientales.

Otro punto para destacar es la importancia de la realización de estudios de impacto, cuya ausencia provoca el inicio de la mayoría de las causas ambientales relevadas. Es necesario incorporar en la nueva normativa, estudios más profundos en los cuales se tenga en cuenta los aspectos ambientales, junto a los económicos, sociales y culturales, a fin de realizar cambios en las políticas de manejo costero, como son las evaluaciones ambientales estratégicas.

La sanción de normas específicas sobre materia costera, sumada a una ley de presupuestos mínimos de protección de este bien, aportará mayor seguridad jurídica para su defensa ante los tribunales, como claridad a la hora de decidir sobre temas de jurisdicción y competencia.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- BESTANI, Adriana, 2012, *Principio de precaución*, Buenos Aires, Astrea.
- BIDART CAMPOS, Germán J., 1998, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, 1995, *Derecho ambiental. Fundamentación normativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- CHADWICK, George, 1973, *Una visión sistémica del planeamiento*, Barcelona, Gustavo Gill.
- COLOMBO, Carlos José, 2003, "Antecedentes parlamentarios", *La Ley*, Buenos Aires, vol. 10, núm. 4.

- CUYÁS PALAZÓN, María Mercedes, 2007, *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica* (tesis doctoral), Girona, Universitat de Girona. Disponible en: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7687/tmcp.pdf>.
- DADÓN, José R. y MATTEUCCI, Silvia Diana, 2006, “Caracterización de las grandes regiones costeras de la Argentina”, en ISLA, Federico Ignacio y LASTA, Carlos A. (eds.), *Manual de manejo costero para la provincia de Buenos Aires*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- ESAIN, José Alberto, 2009, “Competencias legislativas entre la nación y las provincias en materia ambiental”, *Revista de Derecho Público*, núm. 1.
- GORFINKIEL, Denise, 2012, “Editorial”, *Costas. Revista Iberoamericana de Manejo Costero Integrado*, vol. 1, núm. 1.
- KROM, Beatriz S., 2011, *La nueva minería sustentable*, 2a. ed., Buenos Aires, Estudio.
- KRUSE, Eduardo y CARRETERO, Silvina, 2010, “Aguas subterráneas en el sector norte del partido de la costa”, en ISLA, Federico Ignacio y LASTA, Carlos A. (eds.), *Manual de manejo costero para la provincia de Buenos Aires*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- LASTA, Carlos A. y JAUREGUIZAR, Andrés J., 2006, “Ordenamiento ecosistémico del litoral bonaerense”, en ISLA, Federico Ignacio y LASTA, Carlos A. (eds.), *Manual de manejo costero para la provincia de Buenos Aires*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- MANTOBANI, José María, 1997, “Notas sobre el problema de la creación de los primeros balnearios argentinos a fines del siglo XIX”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, núm. 11. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/sn-11.htm>.
- MERLOTTO, Alejandra y BÉRTOLA, Germán R., 2008, “Evolución urbana y su influencia en la erosión costera en el balneario Parque Mar Chiquita, Argentina”, *Papeles de Geografía*, núm. 47-48.
- ROSATTI, Horacio D., 2007, *Derecho ambiental constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- SCHNACK, Enrique J. *et al.*, 1983, “El carácter erosivo de línea de costa entre Mar Chiquita y Miramar, provincia de Buenos Aires”, *Oscilaciones del nivel del mar durante el último hem ciclo deglacial en la Argentina. Actas*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- VALLS, Mariana, 1999, *Derecho ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- VALLS, Mario F., 2008, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 939-968.

## REPENSAR LA UNIVERSALIDAD Y NEUTRALIDAD DE PENG CHUN CHANG EN LA REDACCIÓN DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS PUESTA A DEBATE POR LAS APORTACIONES DE CHARLES MALIK\*

### *RETHINKING THE UNIVERSALITY AND NEUTRALITY OF PENG CHUN CHANG IN THE DRAFTING OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS IN CONVERSATION WITH THE CONTRIBUTIONS OF CHARLES MALIK*

Pedro PALLARES-YABUR\*\*

**RESUMEN:** En este artículo se explican los presupuestos para concluir el papel esencial de las aportaciones del delegado chino, Peng Chun Chang, al carácter universal e intercultural de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, se explican con más detalle esas premisas para mostrar que no necesariamente hacen de la Declaración un texto interpretable a la luz del consenso entrecruzado de Rawls. Para eso, además, se ofrece una explicación del sentido en que los redactores incorporaron un argumento de fundamentación filosófica en la Declaración, y del papel que el libanés Charles Malik tuvo en ese proceso de composición.

**Palabras clave:** Declaración Universal de Derechos Humanos, Peng Chun Chang, Charles Malik, derechos humanos, fundamentación, dignidad.

**ABSTRACT:** This article explains the ideas behind the conclusion that the contributions of chinese delegate, Peng Chun Chang, were essential to the universal and intercultural nature of the Universal Declaration of Human Rights. At the same time, these premises are explained in more detail to show that they do not necessarily make the Declaration a construable text in the light of Rawls's overlapping consensus. In addition, an explanation is offered for the sense in which the writers of the Declaration incorporated an argument of philosophical foundation, and for the role that lebanese delegate, Charles Malik, had in that process.

**Keywords:** Universal Declaration of Human Rights, Peng Chun Chang, Charles Malik, Human Rights, Foundations, Dignity.

---

\* Artículo recibido el 20 de mayo de 2017 y aceptado para su publicación el 7 de agosto de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0001-7881-4803. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor e investigador de la Universidad Panamericana (México). Miembro del SNI. Correo electrónico: [pedro.pallares@up.edu.mx](mailto:pedro.pallares@up.edu.mx).



SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Peng Chun Chang: universalidad desde el vacío metafísico, la neutralidad cultural y el encuentro entrecruzado*. III. *¿Por qué Peng Chun Chang quedaría en la penumbra al interpretar la Declaración sin su interacción intelectual con Charles Malik?* IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Cualquier estudio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) mostrará que los redactores evitaron la incorporación de un argumento de fundamentación compartida explícita en el documento (Glendon, 2011; Morsink, 1999). De esta conclusión es común inferir que la *universalidad* de la Declaración solo sería válida, gracias a la falta de descripciones metafísico-comprehensivas y de la mayor neutralidad cultural posible de las fórmulas del articulado. Nos encontraríamos ante un auténtico consenso entrecruzado (*overlapping consensus*), del que años después hablaría John Rawls (Krumbein, 2015: 337-339; Morsink, 1999: 284-300; 2009: 176-179; Nussbaum, 2006: 284-306; Roth, 2016: 398-400; Samnøy, 1993: 100-101).

Esta conclusión se suele apoyar en tres premisas: 1) la postura del filósofo católico Jacques Maritain, quien reconoció que se podrían lograr acuerdos prácticos sobre derechos humanos mientras se evitaran los *porqués* (UNESCO, 1948: 1); 2) el esfuerzo continuado por los redactores por evitar adscribir el documento a una filosofía específica, partir de alguna o diseñar un texto demasiado filosófico, y 3) la eliminación de la fórmula “por naturaleza” que se encontraba el artículo 1o. entre las frases “dotados como están” y “razón y conciencia”. Esta eliminación fue parte de la negociación con la que se consiguió que algunos países retiraran su propuesta de incorporar referencias a un ser creador o a “Dios”.

El delegado chino Peng Chun Chang jugó un papel determinante en el desenlace de este tercer presupuesto, un defensor preponderante del segundo y alguien cómodo con la conclusión de Maritain. Por estos motivos, los académicos que defienden la DUDH como un buen ejemplo del *consenso entrecruzado* acuden al discípulo de Dewey como soporte de su conclusión. De este modo, Chang y el proceso de redacción constituye un buen ejemplo de cómo funciona en las sociedades pluralistas actuales la idea de derechos humanos universales.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

En este artículo se plantean dos preguntas tan relacionadas entre sí, que podrían considerarse como una sola y tienen por objeto poner en duda esa conclusión. La primera tiene que ver con el delegado chino: ¿hasta dónde depende de Chang el carácter pluralista y neutral de la DUDH; hasta dónde su deseo de universalidad y apertura equivale al liberalismo político de las explicaciones contemporáneas? ¿Realmente lo que expuso empata con el liberalismo político del siglo XIX? La segunda está centrada en Charles Malik: ¿realmente debe ser descartado como un promotor del pluralismo y la universalidad de los derechos humanos por sus propuestas por incluir expresiones como “por naturaleza” y ser calificado como tomista por sus colegas? En otras palabras, ¿bajo qué argumentos las aportaciones de estos dos delegados deben matizarse para comprender con mayor profundidad tanto el carácter universal del texto como la necesaria justificación racional para lograr ese propósito pluricultural?

Como presentación de los dos actores principales de este artículo se recoge un pasaje del diario de John Humphrey (1984: 23), canadiense, secretario de la Comisión de Derechos Humanos. Así describió a los dos delegados con más identidad filosófica de todos los redactores de la DUDH:

[Chang] era el maestro del acuerdo y, bajo el cobijo de una cita de Confucio, con frecuencia ofrecía la fórmula que liberaba a la Comisión de un callejón sin salida. El relator, Charles Malik, vino de Líbano... Intellectualmente, Chang y Malik dominaban la Comisión, aunque con frecuencia estuvieran en desacuerdo. Ambos eran académicos, Chang era pragmático —se calificaba a sí mismo como pluralista—; Malik creía que su filosofía [la tomista] ofrecía la respuesta de la mayoría, si no es que de todas, las preguntas. Su forma de pensar lo conducía a conclusiones rígidas. Sin embargo, de todas las que formaron parte de la Comisión fue una de las personas más independientes para manifestar sus opiniones. Era un hombre comprometido con los derechos humanos.

Así pues, ha de recordarse, como es lógico, que la Declaración no es un trabajo académico en sí mismo. Además, basta un acercamiento superficial al proceso de redacción de la misma para darse cuenta de que, tanto para los redactores, como el texto en sí mismo, ni partió de una concepción iusfilosófica explícitamente consensuada, ni de un solo autor. Sin embargo, es evidente que, durante el proceso de composición, cuando los delegados

justificaban y clarificaban a qué se referían cuando proponían un derecho determinado, formulaban sus alcances mínimos, explicitaban su contenido esencial o respondían contra a las propuestas de sus colegas. En este sentido, si se estudian los registros de los debates, borradores y propuestas que manifiesten el significado que tenían las fórmulas, las que muestran las nociones básicas subyacentes de la Declaración, es posible articular el significado de los acuerdos logrados.

De acuerdo con Skinner (2002) o Pocock (2011: 19-49), estudiar esos discursos y conversaciones, justificaciones y propuestas, pueden acercar al lector a comprender cuál fue el significado público inteligible que los redactores asignaron a ciertas fórmulas. Incluso, existen esfuerzos historiográficos de la propia Declaración que pretenden aplicar el método usado al proceso de su redacción (Cmiel, 2004; Mazower, 2004; Moyn, 2010a; 2010b; Pendas, 2012). De manera que, en este análisis, primero se estudiará hasta qué punto Chang realmente puede ser un precursor del *consenso entrecruzado* de las sociedades pluralistas actuales. Y, por otro lado, en qué medida, Malik y sus aportaciones pueden recuperarse para iluminar y enriquecer las ideas de Chang.

## II. PENG CHUN CHANG: UNIVERSALIDAD DESDE EL VACÍO METAFÍSICO, LA NEUTRALIDAD CULTURAL Y EL ENCUENTRO ENTRECruzADO

### 1. *La biografía intelectual de Chang y su preferencia por adagios prácticos*

La filosofía del chino es calificada por el profesor Tony Evans (1991: 88-89) como un *positivismo pluralista* (*positivist-pluralist*); es decir, “una aproximación que reconoce las diferencias culturales en la comprensión de los derechos humanos y busca soluciones en la ley positiva”. En cambio, describe la postura de Malik como representativa de un *iusnaturalismo universalista* (*natural rights universalist*), a saber, una “aproximación que parte del reconocimiento de una naturaleza universal de los seres humanos, e intenta definir derechos comunes a toda la humanidad como especie”. Chang era estimado por todos —a decir de Eleanor Roosevelt— “por su sentido del humor, sus obser-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

vaciones filosóficas y su habilidad para citar proverbios chinos que aplicaba adecuadamente ante casi cualquier situación” (Roosevelt, 1958: 77).

A Chang le interesaba integrar el pragmatismo de Dewey con la filosofía de Confucio y su tradición ética, o al menos encontrar algún punto en común entre ambos. Las referencias y citas de proverbios de la sabiduría de Confucio que Chang utilizaba para facilitar acuerdos o explicar un punto, se dirigían a la humanización práctica y concreta de las personas, no a elaborar una teoría que justificara la razonabilidad del adagio. Chang evitaba los debates teóricos, porque su filosofía ética no buscaba fundamentar esas sentencias de sabiduría tradicional. Más aún, de acuerdo con Li, el diplomático chino estaba más influido por el pragmatismo de Dewey que por la sabiduría tradicional de Confucio. En este sentido, daba prioridad a las soluciones prácticas concretas que a la justificación filosófica de la práctica acordada (Li, 2016).

Por su parte, Twiss (2009: 162 y 168) piensa que para Chang bastaba con describir la inquietud espontánea del ser humano para la acción —sus aforismos apuntaban directamente a un modo de actuar concreto—, para una práctica eficaz. En cambio, él consideraba que no le hacía falta elaborar una estructura filosófica para conseguir que muchas personas sencillas o no filósofos, lograran su maduración moral. En definitiva, para el profesor chino la incorporación de referencias filosóficas, si es que se pueden llamar así, se reducían a delinear al tipo de ser humano que él consideraba verdadero; es decir, aquel que, por haber vivido la humanidad en plenitud, la mostraba, la visibilizaba, la hacía reconocible. Por ejemplo, para conocer una flor auténtica, se suele elegir como modelo, aquella que ha logrado su desarrollo propio en plenitud. Ese ejemplar pone en evidencia, genuinamente, lo que esa flor realmente es, con toda su belleza, fuerza y esplendor. Con sus potencialidades inherentes puestas al descubierto gracias a su despliegue adecuado. De forma análoga, para Chang, la comprensión de la persona debía buscarse en las experiencias de una humanidad en plenitud.

Con el horizonte de estas preocupaciones filosóficas, Chang se empeñaba por lograr acuerdos con sus colegas sobre el arte de vivir bien, y conseguir así la incorporación de esas intuiciones a la DUDH. No le interesaba fundamentar filosóficamente sus sentencias éticas, ni clarificar el sustento metafísico, ni la relación entre ambos tipos de argumentos.

## 2. ¿Chang como defensor de universalidad en sentido liberal?

### A. La eliminación de “por naturaleza” y el retiro de la propuesta sobre “Dios”

#### a. La defensa de “Dios” a través del nominalismo

Los redactores se enfrentaron a la dificultad de redactar textos con un amplio contenido, pero que no cayeran en el vacío de significado. De ser así, escribir un texto que declare exigencias indisponibles de la dignidad, carecería de sentido. Por eso, para abrir un espacio al acuerdo, tanto las palabras como su significado deben converger en alguna realidad común.

Pues bien, hacia el final del proceso de redacción de la DUDH, un delegado intentó lograr acuerdos interculturales vaciando de contenido a las palabras. Se trataba del delegado holandés L. J. C. Beaufort, quien, para evitar disputas sobre “Dios”, explicó a sus colegas que un ateo leería esas palabras como un conjunto de letras que no se refería a ninguna realidad. Algo así como encontrar la secuencia *qwerty* del teclado: letras sin un correlato en la realidad que las dote de significado (A/C.3/SR.164, 29 de noviembre de 1948: 755). Al día siguiente, la delegada comunista polaca, Fryderika Kalinowska, señaló con acierto el peligro de esa interpretación en un texto como la DUDH: ¿qué pasaría si aplicamos esa lógica al resto de la Declaración? (A/C.3/SR.165, 30 de noviembre de 1948: 762). ¿Si cada lector asignara el significado e interpretación elemental de esas palabras, por ejemplo, que un sádico policía militar viera la secuencia “tortura” y dejar en sus manos la asignación del significado del término?

Como puede verse, los redactores comprendían esta inevitable tensión. Por una parte, el riesgo de comprometer afirmaciones que podrían adscribirse a una escuela filosófica concreta que las volviera difíciles de comprender para otros. Y, por la otra, la necesidad de afirmar que existe realmente un núcleo indisponible en la persona que puede percibirse racionalmente y señalarse en un texto articulado que lo describiera. Sin embargo, este fue sólo uno de los motivos por los que no prosperó la inclusión de “Dios” o una referencia al creador.

b. Tres sentidos de la expresión de “por naturaleza”

Para seguir avanzando, el argumento requiere de un breve excursu sobre los distintos significados que la fórmula “por naturaleza” adquiría para los distintos delegados. Estas diferencias conceptuales afectaron, sin duda, el sentido del artículo 1o. y, en consecuencia, la propuesta de añadir una referencia a la divinidad o eliminar la invocación a la naturaleza humana.

Unos entendían “por naturaleza” como un término metafísico-abstracto, que designa un ente atemporal, cognoscible intelectualmente en su totalidad por un individuo comprendido como mónada de conocimiento, autonomía y libertad sólo espiritual. A partir de esa naturaleza se deducirían geoméricamente todas las consecuencias necesarias para el actuar social. En esto seguían la línea de pensamiento iniciada por Grocio y popularizada por los filósofos y políticos ilustrados de los siglos XVIII y XIX. Chang entendía la fórmula en este sentido, y como formando parte de una filosofía particular: la occidental.

En segundo lugar, la interpretación del término “por naturaleza” se comprendía como una palabra técnica propia de una filosofía particular: la del *sentido común práctico* (Malik, 1940a; 1940b; 1944a; 1944b; 1956). Significa la interacción —utilizando la explicación articulada por Maritain en 1951— entre *i)* la *normalidad de funcionamiento* de un ser que, conforme a su estructura interna, se orienta a lograr sus fines propios, de acuerdo al tipo de ser que es, a través de su operación, y *ii)* la *connaturalidad para conocer*, o darse cuenta que en una acción cotidiana —por ejemplo “debo leer este texto”—, se construye desde la disposición propia de su razonar. Esa estructura se sostiene sobre la realización implícita de los bienes humanos esenciales que se ponen en juego con la acción: mantenerse en la existencia, los fines elementales de la especie humana, los fines básicos de ser persona, como la racionalidad y la relacionalidad. En el ejemplo anterior, sería como el marco “sé racional para relacionarte mejor como persona humana” donde se sostiene y encuadra el “debo leer este texto en este momento” (Maritain, 1952: 110).

Malik (1949: 394 y 405) entendía así la fórmula “por naturaleza” e intentó, sin éxito, que se mantuviera en el artículo 1o. Pero sí logró que en el artículo 16 se conservaran las palabras “el elemento natural y fundamental” de la sociedad para referirse a la familia. En ese caso, Malik (2000:

161-162) explicó que con esas palabras se señalaba que ni los procesos legislativos, ni las mayorías ni el Estado, determinarían las exigencias y las consecuencias básicas que surgen de la relación padres-hijos. Más aún, al reconocer la existencia de una naturaleza, se lanzaba un salvavidas a la persona ante el riesgo de ser reducida por el Estado o el Mercado (así, con mayúsculas) a un engrane más a disposición de quien detente el poder.

Por último, en el tercer modo de comprender “por naturaleza” que se descubre en los diarios de debates se encuentran aquellos que la entendían como lo orgánico, biológico y material; lo que sigue las leyes del mundo material, darwiniano-evolutivo. En este grupo se encuentran, tanto el delegado soviético Alexandre Bogomolov (E/CN.4/57, 10 de diciembre de 1947: 5) como el brasileño Austregésilo De Athayde (A/C.3/215). Ambos actores clave para comprender la propuesta de solución de Chang al debate sobre la eliminación de las palabras “por naturaleza”. Bajo su lógica, esta fórmula describía la lógica del mundo biológico y empíricamente necesario. En él, lo apropiado lo dicta el fuerte, quien somete al débil. Este sentido se remonta al modo en que algunos políticos griegos comprendían la ley natural. Lo recuerda Tucídides (nd: 89 y 105) en el famoso discurso de la potencia ateniense ante los inofensivos melios:

*-Atenienses:* El contenido del derecho se determina hasta donde sea capaz el fuerte, mientras que a los débiles les corresponde aguantar hasta donde sean capaces... Respecto a los dioses y ciertamente respecto a los hombres, se posee el mando por una imperiosa ley de la naturaleza cuando se es más fuerte. Y no somos nosotros quienes hemos instituido esta ley ni fuimos los primeros en aplicarla una vez establecida, sino que la recibimos cuando ya existía y la dejaremos en vigor para siempre habiéndonos limitado a aplicarla.

### c. Chang y la eliminación de “por naturaleza”

En otoño de 1948, el artículo 1o. que se debatía decía: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados como están por naturaleza de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente” (E/800: 10). De Athayde había sugerido la adición de “Dios” como creador de esa naturaleza, porque pensaba que redactado de esa manera, el artículo giraba en torno a una visión estrechamente *biologicista*; intentaba introducir un contrapeso a una comprensión materialista. Chang combatió la adición de “Dios” sugerida en ese contexto, tanto por la carga

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

occidental de la palabra, como por la dificultad que generaba cualquier referencia teísta (A/C.3/SR.96, 7 de octubre de 1948: 98; A/C.3/SR.98, 9 de octubre de 1948: 114). Comentó a sus colegas que su pueblo creía en valores que exigían respeto por la humanidad, que para ello no tenía necesidad de compartir la explicación cristiano-occidental de los orígenes de esos requerimientos éticos. Además, aunque él vivía y defendía sus valores culturales, no los proponía como el estándar de lo que habría de considerarse como *natural* para todo ser humano. Por eso pensaba que, si se eliminaban las palabras “por naturaleza” y se rechazaba la inclusión de “Dios”, la fórmula presupondría la confianza en la capacidad humana para tomar en cuenta por sí misma, el punto de vista del otro y los deberes éticos hacia él. En este contexto se negoció la supresión de la sección problemática a cambio de que los teístas retiraran sus propuestas. Malik (2000: 162) resumió así este debate:

La eliminación de las palabras *por naturaleza* se debió a una confusión en las traducciones del término al francés y al español de la frase “por naturaleza”... Pero los registros de los debates revelan que, generalmente, se reconocía que las palabras “dotados como están” significaba “dotados por naturaleza”... Puedo concluir, por tanto... que existe un amplio margen para encontrar la doctrina de la ley natural en la fundamentación de la Declaración.

¿A qué *confusión* se refiere? A la que generó los distintos significados de la fórmula —problemática, sin duda— y a la complicación que el intento teísta agregó a ese desacuerdo original. Así pues, ¿la eliminación de “por naturaleza” y el rechazo de “Dios-creador” da motivo suficiente para adscribir a la Declaración a la filosofía neutral y pluricultural liberal al estilo Rawls?

#### B. *El encuentro entrecruzado presupone una parcialidad poco neutral ausente del proceso de redacción*

Si bien es cierto que el consenso no partía de visiones comprensivas de la vida, esto no significa necesariamente que las partes fueron incapaces de comprender el contenido intencional de una acción humana elemental descrita en el catálogo de derechos. Así, entendían que ciertas acciones se encaminaban a realizar el vínculo padre-hijo, a preservar la



salud, a educarse, o a lograr un objetivo común con personas con las que se confía. Los redactores pensaban que la persona común, comprendería esa relación entre el fin al que tiende esa acción con la dignidad humana con las palabras con las que se referían a esos comportamientos. Como la Declaración en su artículo 1o. apunta a esa experiencia humana elemental, de conocimiento prefilosófico pero real, para que la DUDH calificara como un buen ejemplo de consenso entrecruzado se requieren ciertos matices.

El consenso entrecruzado exige a quienes sostienen convicciones comprensivas de la existencia humana —fuertes o débiles—, las traduzcan a un lenguaje inteligible para el resto de sus conciudadanos. Esto se logra por dos vías: por un lado, obligar a quien sostiene cualquier afirmación, a disolver aquello en lo que cree en un argumento neutral —más bien vacío—. Como si se tratara de desocupar una caja de los objetos que la llenan para convertirlo en un continente universal. Tras ese proceso, el ciudadano acudiría al diálogo con otros para que cualquier otro objeto quepa en el contenedor. O, por el otro lado, explicar los valores propios sin diluirlos. Transparentar lo que realmente se piensa, lo que orienta la vida, lo que compromete la existencia para que el vecino sea capaz de entender lo que le explica, lo valore, lo acepte o en su caso argumente lo contrario. Tras ese intercambio, ambos logren —en la mayoría de los casos lo harán— acordar una acción común. En este caso, no se exige al proponente que diluya o niegue los contenidos de sus propias convicciones, sino que, comprometido con ellas, las *ponga en riesgo* al ofrecerlas racionalmente a sus vecinos como buenos modelos de acción compartida; y que acepte y comprenda las que le ofrecen y las reconozca como motivos justificados para su acción.

Si el consenso entrecruzado de Rawls requiere que los miembros del acuerdo transformen sus argumentos en sentencias neutrales, que vacíen el sentido de sus convicciones para abrir espacio a más significados; entonces, ¿bajo qué criterio se valora que una idea ha sido lo suficientemente *neutralizada* como para considerarse *pura, preparada, amplia y adecuada* para presentarse en el *mercado* pluricultural en el que se pretende lograr un acuerdo? Para que un consenso entrecruzado así funcione, ha de aceptarse la existencia de una regla de reconocimiento que otorgue el certificado de neutralidad. Algo así: para servir de pauta no puede ser neutral, ya que, si se trata de una medida avalorativa, no evaluaría nada.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

En el caso de Rawls, la regla de reconocimiento de neutralidad contiene un criterio de medición comprometido con una filosofía particular: su liberalismo. Implica suponer que es posible colocarse —desde un átomo encerrado que supone una libertad como absoluta indeterminación— tras un velo de ignorancia, desde la que se redactan las reglas formales y procedimentales de equidad. Al mismo tiempo, se debe hacer un acto de fe para creerse que se puede imaginar y calcular todas las consecuencias posibles de un argumento utilitario, compararlas entre sí y señalar cuál de todas las opciones resulta más benéfica para el individuo. Por último, una vez que descubre esas reglas, debe imaginar que de pronto conoce un lenguaje y unas palabras para poner por escrito lo que ha descubierto, compartirlo con otros y esperar que ellos comprendan la razonabilidad de lo que propone.

Un proceso así no es intercultural, ni real, ni comunicable, ni vinculatorio. En parte, porque nadie aprende a argumentar, ni el lenguaje para lograrlo, únicamente expresando la estructura necesaria de su autonomía; en parte porque es imposible un cálculo como el pretendido; en parte porque pretende elaborar unas reglas formales de la justicia, que generen un acuerdo intercultural, a partir de una situación imaginada. Porque apelar al vacío neutral implica negar la experiencia básica del conocimiento humano en su realidad cotidiana. Más aún, ¿cómo pueden descubrirse las reglas procedimentales de la justicia sin la experiencia concreta, histórico-cultural de la convivencia con otros?

Sería como intentar escribir las reglas de un deporte. Como Rawls (2008) calificaba el béisbol como el más equitativo de todos, el redactor de estas reglas, si sigue al profesor de Harvard, tendría que renunciar a ciertas experiencias cotidianas para colocarse tras el velo neutral de la ignorancia. Olvidaría el reto que supone golpear una pelota con una vara; negaría su experiencia de perseguir a otro compañero de juegos; no debería tomar en cuenta lo que implica competir por llegar primero de un lugar a otro; omitiría lo que ha aprendido del fracaso y vaciaría de sentido y alegría lo que significa llegar a un sitio seguro como el hogar (*safe in home!*). Todo en aras de la neutralidad y un encuentro entrecruzado e intercultural. ¿Es posible diseñar unas reglas de convivencia en torno al juego desde la neutralidad, desde el funcionamiento formal de la razón, o desde el cálculo utilitario emanado por una autonomía? No es posible. Del mismo

modo, tampoco los derechos humanos ni la DUDH podría adscribirse a la neutralidad que exige el consenso entrecruzado.

D. *Contenidos ontológicos, gnoseológicos y deónticos aceptados por Chang*

El *consenso entrecruzado* tampoco se corresponde adecuadamente a lo que afirma la Declaración misma, tal y como P. C. Chang la comprendía. Para él, la expresión “conciencia” que hacía innecesaria la problemática “por naturaleza” no era un término neutral. Cuando Chang propuso la adición de la palabra “conciencia” en el artículo 1o., explicó que tenía en mente el concepto “*ren*” de la filosofía de Confucio. Éste quiere decir *empatía* o la capacidad ética de conocer a otro ser humano desde él mismo, y al ponerse en sus zapatos, se reconocía el deber de afirmar humanidad compartida que presupone cualquier gesto de empatía (E/CN.4/AC.1/SR.13: 5; Bary, 1988; Lindholm, 1999: 43-44; Roetz, 2008; Rosemont y Ames, 2009: 81-83).

La expresión “*ren*” pertenece al terreno de la acción práctica, no al de la especulación. Aun así, presupone una condición humana similar entre los ejemplares de la especie y una dignidad que los distingue como personas o sujetos dignos en relación. Esa dignidad ha de *brillar* para atraer y ser conocida a través de la empatía. Por último, gracias a la experiencia de humanidad que cualquier razonador práctico ha madurado desde su infancia, se dará cuenta que un tipo de acciones son coherentes con ese descubrimiento interno —desde el otro— de su dignidad, y que otro no lo es. Chang no se mueve en el terreno teórico, pero tampoco utiliza palabras vacías de referencias filosóficas en el sentido señalado hace poco.

De esta manera, en la DUDH especialmente en el primer párrafo del preámbulo, y en los artículos 1o., 16, 29.1, se encuentran expresiones que describen algo que es realmente (ontológicas), como “dignidad intrínseca”, “ideal común”, “nacén”, “dotados como están”, “elemento natural y fundamental”, “sólo en [comunidad] puede”. Además, palabras que significan una operación racional específica (gnoseológicas), como “desconocimiento”, “razón y conciencia”, “cambiar de... pensamiento”. Y, por último, términos deónticos, como “deben comportarse fraternalmente”, “deberes respecto a la comunidad”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

Así pues, si bien es cierto que los redactores evitaron incorporar un argumento de fundamentación y prescindieron de expresiones demasiado teóricas, sí encontraron palabras para lograr acuerdos gracias a su significado compartido. La pluriculturalidad y universalidad que se reconoce en Chang quedaría sin explicación desde la neutralidad *a-metafísica*. Por ello no es exacto referirla como un buen ejemplo del *consenso entrecruzado* de Rawls.

### III. ¿POR QUÉ PENG CHUN CHANG QUEDARÍA EN LA PENUMBRA AL INTERPRETAR LA DECLARACIÓN SIN SU INTERACCIÓN INTELECTUAL CON CHARLES MALIK?

¿Qué tipo de argumento se ha de formular si pretenden fundamentar los derechos humanos de la Declaración? Esta pregunta es crucial para determinar si existe o no dicho discurso en la DUDH. Al menos se pueden distinguir tres tipos de argumentos, cada uno con sus preguntas propias, su profundidad filosófica y su vinculación con el proceso de redacción.

#### 1. *Dos argumentos de fundamentación rechazados explícitamente por los delegados*

El primero apunta a un modelo de argumentación cuya misión consiste en delimitar el concepto abstracto de naturaleza humana —con demarcaciones, contenidos y alcances ya incluidos en ella—. Además de que ese término *metafísico* se encuentre como ya escrito —grabado en el corazón del hombre, sostiene la tradición cristiana— al modo de un código encastrado en la conciencia; a la espera de ser abierto, develado y leído.

En consecuencia, sería *natural* que todos los miembros de la especie deberían llegar a las mismas conclusiones, pues en principio todos partirían de los mismos presupuestos teóricos que descubren en sí mismos. De modo similar al fuego que se comporta de forma idéntica en todos los países y culturas; así, los derechos humanos y su ley natural debían encenderse, conducirse y explicarse de forma predecible, compartida e idéntica —el ejemplo es de Aristóteles—. Si en esto consiste un argumento de fundamentación, entonces los redactores de la Declaración rechazaron una explicación así. En este sentido, la DUDH no contendría el discurso

de fundamentación de los derechos humanos que enuncia. Chang y su comprensión de la expresión *por naturaleza* muestran ese rechazo.

Un segundo *modelo* de fundamentar los derechos humanos, también evitado por los redactores, gravita en torno a tres preguntas. 1) ¿cuál es el argumento que explica definitivamente por qué tenemos derechos humanos?; 2) ¿por qué podemos lograr convenios prácticos sobre exigencias que calificamos como inherentes a la dignidad humana, si todos partimos de presupuestos teóricos distintos?; en otras palabras, ¿no deberíamos llegar a conclusiones prácticas irreconciliables desde presupuestos filosóficos contrarios?, y 3) ¿por qué buscar un argumento de fundamentación si ya se lograron los acuerdos elementales sobre el objeto de esas prácticas, si ya se reconoce la utilidad política de los derechos humanos, o al menos se pueden describir cómo operan en el ámbito político? Además, ¿por qué si se abandona este esfuerzo por fundamentar los derechos humanos pierden el fuelle moral y la capacidad para movilizar personas y sus comunidades a su favor?

Un buen ejemplo de esta tercera forma de fundamentar sería el que lograra explicar estas tres preguntas, una explicación que ofrece Jacques Maritain (1952: 93-116). Este filósofo señalaba que un convenio teórico de los derechos humanos resulta imposible, pero sí un acuerdo en las acciones que realizan la dignidad. Para comprender cómo esto es posible, el francés da un paso atrás e invita a distinguir tres planos: el primero se refiere a la estructura sobre la que se sostiene un razonamiento sobre la acción donde se tome en cuenta únicamente la condición humana de la persona digna y sus fines propios; es decir, cómo *es* esa estructura argumentativa. El segundo plano relata la experiencia histórica y concreta donde una persona advierte esas exigencias humanas elementales; es decir, ese tipo de argumento *en* operación. Y el tercero apunta a la articulación de un discurso que dé cuenta de lo que es, las características, los alcances y el acierto o no de un razonamiento así. El primer plano se trata de lo que la ley natural *es*; el segundo, la *manifestación* de esa regla, y el tercero, la *teoría* sobre esa forma de razonar.

Los últimos dos sólo suceden en el tiempo, desde una cultura y a partir de unas experiencias particulares. Lógicamente acontecen en un ámbito no *universalizable* por estar inmersas en las fronteras de una filosofía, categorías y prácticas específicas a ese *sistema* de vida, lo que compromete un acuerdo sobre esta experiencia y su teoría particular. Sin embargo, sólo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

en el primer plano existe universalidad: en la estructura propia de la razón respecto a los bienes humanos puestos en juego a través de la acción personal que descubre un orden por realizar, como una orden para la acción. Por eso en las fórmulas de la Declaración, cada persona reconoce un eco, como entre sombras y penumbras, de las exigencias de humanidad y dignidad, que ha experimentado en la relatividad de su cultura... y se compromete en ese acuerdo práctico.

## 2. *Una justificación racional posible de los derechos humanos implícita en la Declaración: una primera vuelta de la escalera*

El tercer modelo de argumentación consistiría en resolver preguntas más elementales y de conocimiento básico. Aquellas sin las cuales sería imposible un discurso comprensible, comunicable y viable sobre derechos humanos. Así, las preguntas no serían tanto un argumento de fundamentación en sentido radical, sino mostrar cómo una experiencia de sentido común sobre la dignidad humana incluye, en sí misma, el reconocimiento de un deber. Cuestiones que para encontrar respuesta sólo pueden plantearse en primera persona: ¿cómo sé que tengo derechos humanos? ¿Sobre qué base espero que otro humano comprenda aquello que le presento como un deber a favor de mi dignidad? ¿Cómo justifico mi expectativa de que aquella persona se reconozca obligada por las exigencias de mi dignidad? Y si aquella persona me replica con las mismas preguntas, ¿podría ofrecerle los mismos argumentos con los que ella resolvió estas cuestiones?

Sin atender estas preguntas elementales, los derechos humanos descritos en la Declaración se reducirían a buenas expresiones lingüísticas que, por arte de magia, adquieren obligatoriedad, pues su carácter deóntico sería incomprensible. En este tercer sentido, sí es válido sostener que la DUDH contiene un argumento de justificación racional de los derechos que enuncia. Chang ofreció una respuesta a estas interrogantes cuando propuso la adición del concepto “*ren*” como el deber que nace de la empatía con la que se conoce la dignidad de otra persona. En el conjunto de la Declaración esas preguntas se responden principalmente en el primer párrafo del Preámbulo, el artículo 1o. y el artículo 29.1, ahí se encuentra un argumento de justificación racional (Pallares-Yabur, 2013).

Ahora bien, para evitar malentendidos con lo que se pretende argumentar en estas páginas, se puede recordar lo que sucede en las escaleras

de caracol. El argumento de la Declaración constituye un acuerdo sobre unos *porqués* elementales de la acción a favor de la dignidad. Una primera vuelta completa en la escalera. Se ha logrado un giro total, pero no se ha terminado de llegar a la base que sostiene la escalera. Así, el acuerdo intercultural de la DUDH alcanza sólo para una primera vuelta. A partir de ahí, comenzarán las disputas filosóficas y los desacuerdos serán inevitables e insuperables.

### 3. *El papel de Charles Malik en la elaboración de este tercer modelo de justificación racional de los derechos humanos*

#### A. *Verdades implícitas en cualquier discurso que busque adhesiones*

Malik sabía que la Declaración debía justificar, aunque fuera elementalmente, los derechos que describía. No hacía falta una explicación filosófica completa. Sólo era necesario dotar de sentido básico a una serie de afirmaciones. En enero de 1947, el libanés expuso una serie de principios que debían incorporarse al documento, sin los cuales los acuerdos prácticos sobre derechos humanos carecerían de sentido: la dignidad de la persona, su vocación social, los límites al poder del Estado y la ley. El delegado soviético, Valentín Tepliakov, se opuso a debatir e incorporar *esos* fundamentos teóricos implícitos en las afirmaciones de Malik. Fue entonces cuando Hansa Metha, la delegada de la India, reclamó a sus colegas el uso excesivo de argumentos filosóficos, en una discusión que se presumía que sería sólo sobre acuerdos prácticos.

Malik (2000: 29) le recordó que cualquier afirmación contiene unos “presupuestos ideológicos que se afirman implícitamente. Aunque intente ocultarlos, siempre están presentes. Por lo que, o los esconde o es lo suficientemente valiente como para expresarlos en público, señalarlos y criticarlos”. Por eso era importante que la Comisión de Derechos Humanos, cuando hablaba de Dignidad, se refiriera a un contenido específico con su referente real e inteligible en el mundo. De lo contrario repetirían “frases sólo formales. Lo que es decisivo es determinar el contenido concreto de estas fórmulas” (Malik, 2000: 31).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

## B. *Malik y la fórmula “dotados como están de razón”*

Un estudio detallado de Charles Habib Malik (1937) en los años que pasó enseñando filosofía en la Universidad Americana de Beirut (1939-1944) —una vez que se doctoró en Harvard junto a Alfred Whitehead y Martin Heidegger (Charles Habib Malik 1937)— ofrece luces sobre cómo entendía tanto el concepto de razón como un posible fundamento de las acciones propias y dignas de la existencia de los humanos. Algo que después se popularizaría bajo el término “derechos humanos”. ¿Cómo era esta comprensión de la *razón* que servía de complemento a la idea de *renunciencia* de Chang? Los documentos de esos años académicos no dejan lugar a dudas de la amplitud de culturas y pensadores con los que Malik *dialogaba*. Incluso, sabía que su país, recién independizado, debía ser un puente entre occidente y las filosofías orientales, como el islam, el budismo, el confucionismo y cualquier otra. Sólo por ejemplificar, casi simultáneamente a los inicios de los trabajos de redacción de la DUDH propuso y logró que la Tercera Comisión de la Asamblea General tradujera y publicaran textos clásicos de todas las culturas. En los discursos se presenta un Malik deseoso de fomentar el encuentro entre toda tradición a través de su experiencia vital de vida: su literatura (Malik, 1946).

### a. La incorporación de la palabra “razón” a la DUDH

En esos trabajos académicos previos a su etapa en Naciones Unidas, ¿qué sentidos daba Malik a la razón como potencia inherente a la persona humana? A diferencia de la palabra “conciencia” —donde el delegado que la propuso explicó el sentido que pretendía darle a la palabra—, con el término “razón” no sucede igual. Esta palabra *aparece*, pero sin la discusión del Comité Redactor o de la Comisión de Derechos Humanos donde el promotor de la adición defendía su propuesta.

En junio de 1947 se estableció un grupo de trabajo temporal para revisar el trabajo de reestructuración con el que René Cassin (Francia) resumió y propuso a partir del esquema documentado que había preparado el canadiense John Humphrey, en su calidad de secretario de la Comisión de Derechos Humanos. Este grupo —compuesto por Cassin, Eleanor Roosevelt, Geoffrey Wilson (Reino Unido) y Malik— revisó los primeros seis artículos. Pronto se dieron cuenta de que para presentar a sus colegas del



Comité Redactor un trabajo unificado, Cassin debía examinar su propio trabajo a la luz de las discusiones que durante dos días habían sostenido.

Así que el Comité Redactor revisó los primeros seis artículos, fruto del diálogo entre estos cuatro delegados; y de los artículos 7o. en adelante, la reestructuración del propio Cassin a su borrador inicial. Es en esa versión debatida por el grupo de trabajo, donde aparece por primera vez en el artículo 1o. la expresión “dotados como están de razón” (E/CN.4/AC.1/W.1: 2). El profesor escandinavo Tore Linholm afirma que la adición de esta frase “se atribuyó a Malik” (Lindholm, 1999: 93), pero no ofrece una fuente documental para sustentarlo. Conjeturarlo no es tarea difícil. Se descarta a René Cassin —cuyo trabajo era el estudiado, y quien no incluyó la fórmula en su borrador—, a Wilson —un diplomático con gran experiencia negociadora pero no muy cómodo con argumentos filosóficos— y a Roosevelt —más propicio a un vocabulario divulgativo y no tanto a las minucias técnicas—. Sólo queda Malik, a quien respaldan sus ideas e interpretación del texto, quien incorporara la palabra “razón” a la Declaración.

Como ya se refirió anteriormente, Malik explicó que la expresión “dotados como están” se refiere implícitamente a “dotados por naturaleza”. Además, defendió el artículo 1o. contra su desaparición o su cambio al Preámbulo, apelando a la importancia de la *razón*: “pues ¿acaso existe algo más «razonable» que afirmar explícitamente cuál es la potencialidad esencial gracias a la cual llevamos a la práctica la obligación descrita en el primer artículo y que constituye la base de la protección de los Derechos Humanos que pretende la Comisión?” (E/CN.4/SR.50: 12), dijo. Por último, es conocido el debate que sostuvieron Malik y Chang en el departamento de Roosevelt, donde el libanés propuso inspirarse en la doctrina tomista de la ley natural, y el chino invitó a su colega a no basar el texto en una filosofía particular a costa del resto (Glendon, 2011: 92-93). Pues bien, es creíble que Malik hubiera añadido “dotados como están” tal vez para eludir la difícil fórmula “por naturaleza”, pero incorporando ese significado concreto. Las palabras “por naturaleza” aparecerían en el artículo 1o. cinco meses después.

Este detalle puede parecer una floritura académica. Pero si a la adición de la palabra “*ren*-conciencia” se le asigna una importancia capital para la comprensión multicultural del texto, tal vez haya que reconocerse que Chang propuso esa palabra una vez que vio en el borrador la palabra

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

“razón” colocada como una bisagra entre lo que el hombre es (“nacieron libres e iguales”), con los deberes que se siguen de esa realidad (“debe comportarse...”) (E/CN.4/AC.1/W.1: 2; E/CN.4/AC.1/SR.8: 2). Es en este contexto donde vale la pena acudir al archivo de los años universitarios de Malik para comprender con mayor profundidad qué significaba para él la referencia a la razón.

#### b. Cuatro sentidos malikeanos de la palabra “razón”

En 1939, Charles Malik comenzaba su trabajo como profesor de filosofía en la Universidad Americana de Beirut. Para su curso “Introducción a la filosofía” editó una serie de textos de distintos filósofos clásicos. Desde los presocráticos, Sócrates, Platón, Aristóteles, Agustín, Maimonides, Avicena, Averroes, De Aquino, hasta Descartes, Kant, Locke, Whitehead, Dewey, entre otros. En esa recopilación incluyó una “Introducción” de gran valor para este estudio (Malik, 1939). Ahí explica cuál es el significado de la *razón*, y cómo ésta se apropia de ideas desde filósofos tan diversos como los mencionados, el modo de relacionar esas afirmaciones entre sí, cómo obtener ciertas conclusiones.

Esta actitud permitiría a sus estudiantes no solamente *conocer* lo que cada filósofo había dicho y cuáles serían los contraargumentos entre escuelas filosóficas. Para Malik (1939, xiii-xiv) lo más importante sería colocarse en el sitio desde el cual se colocó el filósofo y procurar ajustar la propia mirada a la del pensador y ver desde esa perspectiva el objeto sobre el que intentaba filosofar: “El «momento» de la mirada filosófica sucede cuando el estudiante reconstruye la multiplicidad de doctrinas que aparecen ante sí, y las unifica personalmente en su voluntad de convertirse en filósofo que asume con responsabilidad las consecuencias de esas doctrinas”.

Así pues, en este sentido, la palabra “razón” se refería a la capacidad humana de filosofar de forma muy particular: colocarse en el lugar de otro, conocer su argumento y asumir responsablemente en la propia vida las consecuencias de la idea que se piensa a partir del filósofo. Razonar es, para Malik, la empatía de quien piensa junto a otro y deja transformar su vida en aquello que piensa. Piensa como vive, vive de lo que piensa y vive junto con quien piensa. Se trataba de expandir la propia razón para *ver*, comprender, entender y dejarse moldear por lo que aquel filósofo *vio* cuando explicó alguna realidad. Describía un pensamiento filosófico y compromiso

vital vinculados en la acción de conocer, razonar y vivir. Si a su vez se toma en cuenta la multiplicidad de épocas, culturas y argumentos a los que enfrentaba a sus alumnos, entonces Malik preparaba filosófica y vitalmente a sus alumnos a *existir* como personas universales, pues habrían desarrollado el carácter que permite integrar en su bagaje filosófico y vida personal, a muchas culturas. Se trata de una *razón empática, filosófica y existencial*.

El segundo sentido de *razón* se puede explicar como la capacidad multidisciplinaria de integrar, relacionar y ubicar lo conocido de acuerdo con la importancia del asunto para la vida humana considerada en su totalidad. De modo que una *razón humana* sería aquella capacidad no sólo de almacenar los datos que articulan las distintas materias —*multiversidad* de la razón, diría Jonh H. Newman—, sino unificar de forma interdisciplinaria y universal los campos de la realidad que se conocen de forma deficiente si sólo se comprendieran encerrados en sus ámbitos particulares del saber. Para Malik, la *razón* sólo opera como tal, cuando se preocupa por conocer el objeto o el área del saber ante sí, y a la vez amplía su visión al comprender su lugar frente otras áreas con relación a la existencia global de la persona. Una vez lograda esta amplitud, se convertirá en una razón capaz de vincular entre sí los saberes adquiridos (Malik, 1942). En este sentido, esta *razón universal* (por su amplitud y profundidad) sería una capacidad dinámica que se amplía mientras acierta, mientras más ámbitos de la realidad conoce, y mientras hace suya la mayor amplitud de argumentaciones vistas desde ellas mismas y en vínculo con otras. Esta forma de entender la razón del *profesor Malik* fue utilizada también en su etapa como *diplomático Malik* cuando expuso al resto de delegados que

Es necesario desarrollar, lo sostengo con firmeza, la sensibilidad intuitiva del poeta, del profeta y del filósofo. Espero que podamos introducirnos en estos modos de pensar y nos ayuden así en esta tarea tan importante. Si solo son juristas, políticos y diplomáticos quienes elaboran este catálogo de derechos, me temo que el documento quedará distorsionado. Le faltará visión y unidad, le faltará la simplicidad de lo que se ha destilado. Una visión y sensibilidad que pertenece preeminentemente al profeta, una unidad que es propia del filósofo y una simplicidad característica del poeta (Malik, 2000: 25).

En tercer lugar, “razón” significa el dinamismo de asumir y decidir la propia existencia de forma tan radical, que incluso orienta totalmente su vida. ¿Y qué decisión más vital encuentra la persona que decidir mante-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

nerse o cambiar de religión o de posturas fundamentales? Esta experiencia la incorporó Malik al artículo 18 sobre libertad religiosa en la frase “cambiar de religión” (Lindkvist, 2014). El libanés la entendía como manifestación vital de la dignidad de la persona, pues no se trataba sólo del derecho a *sostener* creencias de algún tipo sin interferencia de terceros o del Estado —como reconocían los textos de derechos humanos hasta entonces escritos—. No, para Malik, es a través de sus pensamientos y opiniones con los que conoce al mundo, pero es en su conciencia donde asume, toma en sus manos su existencia propia. Pues no se trata sólo de pensar lo que le sucede, sino tomar en sus manos, incluso, su propia naturaleza para existir no nada más como ejemplar de la especie —un *individuo*—, sino convertido en *persona: yo*.

Se trata de una *razón* como *convertirse-en-persona*. Esta idea de *razón* —o pensamiento interior que asume y decide su propio destino (Malik, 2000: 23; E/CN.4/SR.9: 2-3)— aparece en el artículo 1o., y en artículo 18 sobre libertad religiosa. Se trata de una *razón* que reconoce un dato ya dado —el *ser-arrojado-al-mundo*, el *sein* del vocabulario heideggeriano o el “nacidos libres e iguales en dignidad y derechos” del artículo 1o.— para pasar al ámbito de la existencia auténtica de la persona que asume su lugar ante el mundo, los demás y ante sí mismo —*Dasein* o “deben comportarse fraternalmente”—. Los compañeros de Malik comprendieron que este tipo de *razón* apuntaba tanto a la elección del propio destino elegido para la propia existencia (artículo 18), como a un realizar eficazmente la dignidad al pasar de un simple “apareces, sucedes ante mí” a un “eres un tú *desde-con-para* mí” a través de la empatía personalizada y dignificada por la acción (artículo 1o.).

Por último, el cuarto sentido sería la *razón del sentido común* que se vincula con el conocimiento básico, espontáneo y elemental desde el que parte la filosofía de Tomás de Aquino. Quizá algunos académicos se resistan a otorgar el calificativo de *multicultural* al libanés por sus sugerencias para incorporar ideas del aquinatense —*guilty by association*— y defender palabras con un sentido más teórico que práctico. Quizá también el *tomismo* que entendían Humphrey, Chang o Carlos Rómulo —que se tenía a sí mismo como tomista— no significaba lo mismo a lo que Malik entendía por tal. El profesor libanés, por ejemplo, no comprendía la doctrina de la ley natural como una norma fija eterna y heterónomamente, que sólo era leída por la persona para elaborar un sistema de leyes positivas o develar un significado concreto para la acción. Los documentos académicos conservados mues-

tran una más compleja, rica y universal idea del *tomismo malikeano* de lo que habitualmente es reconocido.

Malik no sólo repetía los postulados de un pensador del siglo XII y explicaba su coherencia interna, sus críticas y sus límites. Más bien, describía la filosofía de Tomás —en esto sigue tanto a Maritain como a Gilson y Grabmann— como un entrenamiento de la razón para conocer el mundo ante sí, interactuar con otros y construir una vida que vale la pena vivir. Algo que sólo se logra si se entrena la mirada para comprender la realidad desde lo que otros han logrado comprender. El punto de partida de esa filosofía lo constituyen los datos innegables que todas las personas recogen desde su experiencia básica y elemental: si conoce algo se da cuenta qué es, y si ha de actuar algo que debe realizar lo bueno.

Por eso, cuando Malik se *convirtió* en diplomático, el *profesor* que había sido, lo inclinaba a interpretar los derechos humanos como parte de la experiencia humana de *ese sentido común* captado por la *razón*. Ésta sería, en primer lugar, una facultad cuyo conocimiento espontáneo es innegable, elemental y común entre todos los humanos. Una razón capaz de reconocer que “existe algo ahí diseñado inherentemente de forma teleológica”. Sin este presupuesto, la DUDH y el movimiento de derechos humanos perderían sentido, pues palabras como “inalienables”, “nacen”, “iguales”, “dotados como están” —todas ellas en la Declaración— carecerían de sentido si no señalan la experiencia de que *ahí-existe-alguien-ante mí* cuya presencia no nace de mi libertad, autonomía, o de un proceso formal de justicia procedimental. Tampoco sería lógico que, del hecho de describir en el artículo 1o. que conoce empáticamente la dignidad del otro, no descubra al mismo tiempo que ésta es un fin para su acción y, por tanto, que debe honrarla con su conducta.

### C. *La justificación racional de los derechos humanos que Malik encontraba en la Declaración Universal*

Pero la biografía intelectual de Malik muestra que no sólo aprendió de Heidegger la distinción entre *estar arrojado en el mundo* y *existir como persona*. De Maritain (1946: 431-432) y Tomás de Aquino (1254: lib. 5, núm. 113) aprendió una distinción parecida que encontró descrita vitalmente en las obras de Dostoyevsky. Ellos integraban el captar que *tengo-naturaleza-humana* con el *existo-en-cuanto-persona-gracias-a-mi-toma-de-postura*; comprendían la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

vida humana digna y ajustada, como el esfuerzo por vincular y ajustar la belleza y armonía, percibida en el mundo con el deseo de sentirse y saberse *vivo*.

Así, el artículo 1o., explicado bajo una luz más malikeana, se interpretaría de la siguiente forma: los redactores se fían de un conocimiento de sentido común —espontáneo, asistemático, intuitivo y connatural—, de que se comparte condición y dignidad similar entre todo ser humano. Ambas se captan espontáneamente cuando la acción del primero afectaría la dignidad del segundo. Es en ese momento cuando, mediante una experiencia espontáneamente estética, se encendería una luz sobre el actuar —*qué debo hacer a partir de ese quién soy yo para ti y ante mí mismo*— que permite el conocimiento de los propios derechos humanos. Desde este dinamismo personal, se capta que con su comportamiento puede dañar o hacer florecer el valor inconmensurable de la existencia de alguien frente a sí. Se trata no de una filosofía entendida como un conjunto de afirmaciones dichas por profesionales del pensamiento, sino como el caer en la cuenta —común, elemental y compartido— que se devela cuando alguien se coloca en el sitio del otro para verlo *desde dentro, como alguien y hacia donde su presencia me interpela*. Sólo así, se convierte en una razón que contempla el valor inconmensurable y logra su sentido humano la fórmula “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de *razón* y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

#### IV. CONCLUSIÓN

Por todo ello, si bien es cierto que la universalidad y multiculturalidad de la DUDH se puede explicar con cierta precisión a través de P. C. Chang; estas dos cualidades permanecerían en la opacidad si no reciben la luz de las aportaciones de Malik. Para eso, la neutralidad que exige el encuentro entrecruzado de Rawls, según la cual se ha de explicar la Declaración, debe ponerse en duda. Pues ni Chang partía de la neutralidad absoluta, ni omitió afirmaciones filosóficas o referencias metafísicas —en el sentido de apuntar a realidades que existen extramentalmente, con un *telos* propio, unas potencialidades inherentes para lograr sus fines y el *brillo* que permite su inteligibilidad—.

Al mismo tiempo, la importancia de Chang para lograr un documento universal y multicultural no demerita las aportaciones de Malik, ni vi-

ceversa. En estas páginas se ofrecen las herramientas básicas para explicar un argumento de justificación racional incluida en la Declaración gracias al delegado libanés con la intención de complementar —y quizá poner en duda— una conclusión muy difundida entre los estudiosos de la Declaración, la cual es un ejemplo del consenso entrecruzado de la política liberal del siglo XXI.

Por último, ha de remarcarse que la redacción de la DUDH se asemeja a un río en el que convergen múltiples arroyos. La aportación de Malik es uno de los múltiples afluentes que desembocaron en la redacción del texto. La reivindicación de Malik no pretende demeritar al resto de filosofías y autores que fueron importantes para la composición e interpretación del texto definitivo.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, Tomás de, 1254, *Suma contra gentiles I*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- BARY, William Theodore de, 1988, “Neo-Confucianism and Human Rights”, en ROUNER, Leroy (ed.), *Human Rights and the World's Religions*, South Bend, University of Notre Dame Press.
- CMIEL, Kenneth, 2004, “The Recent History of Human Rights”, *The American Historical Review*, vol. 109, núm. 1.
- EVANS, Tony, 1991, “Human Rights: A reply to Geoffrey Best”, *Review of International Studies*, vol. 17, núm. 1.
- GLENDON, Mary Ann, 2011, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica-CNDH-Universidad Panamericana.
- HUMPHREY, John Peter, 1984, *Human Rights and the United Nations. A Great Adventure*, Nueva York, Transnational.
- KRUMBEIN, Frédéric, 2015, “P. C. Chang: The Chinese Father of Human Rights”, *Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 3.
- LI, Henry, 2016, *Peng Chun Chang, American Pragmatism, and the Universal Declaration on Human Rights* (proyecto de tesis), Harvard College.
- LINDHOLM, Tore, 1999, “Article 1”, en ALFREDSSON, Gudmundur y EIDE, Asbjørn (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of achievement*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

- LINDKVIST, Linde, 2014, *Shrines and Souls. The Reinvention of Religious Liberty and the Genesis of the Universal Declaration of Human Rights*, Malmö, Bokbox.
- MALIK, Charles Habib, 1937, *The Metaphysics of Time in the Philosophies of A. N. Whitehead and M. Heidegger*, Harvard, Harvard University.
- MALIK, Charles Habib, 1939, "Introduction", *Readings in Philosophy: Selection from the Great Masters*, Beirut, American University of Beirut.
- MALIK, Charles Habib, 1940a, "The Synthesis of Saint Thomas Aquinas", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress, caja 116, folder 4.
- MALIK, Charles Habib, 1940b, "The Thomistic Doctrine of Truth", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress, caja 116, folder 4.
- MALIK, Charles Habib, 1942, "Liberal Education and University", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress.
- MALIK, Charles Habib, 1944a, "Freedom of Thought", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress, caja 208, folder 4.
- MALIK, Charles Habib, 1944b, "The Eternal Quest for the Eternal Truth", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress, caja 116, folder 6.
- MALIK, Charles Habib, 1946, "On the Translation and Publication of the Classics", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress, caja 209, folder 1.
- MALIK, Charles Habib, 1949, "Human Rights and Religious Liberty", *The Ecumenical Review*, vol. 1, núm. 4.
- MALIK, Charles Habib, 1956, "Crisis of Reason", Charles Habib Malik papers, Washington, Library of Congress, caja 115, folder 11.
- MALIK, Charles Habib (ed.), 2000, *The Challenge of Human Rights. Charles Malik and the Universal Declaration*, Oxford, Charles Malik Foundation.
- MARITAIN, Jacques, 1946, "The Person and the Common Good", *Review of Politics*, vol. 8, núm. 4.
- MARITAIN, Jacques, 1952, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Limitada.
- MAZOWER, Mark, 2004, "The Strange Triumph of Human Rights 1933-1950", *The Historical Journal*, vol. 47, núm. 2.
- MORSINK, Johannes, 1999, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.



- MORSINK, Johannes, 2009, *Inherent Human Rights. Philosophical Roots of the Universal Declaration*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- MOYN, Samuel, 2010a, "Personalism, Community, and the Origins of Human Rights", en HOFFMANN, Stefan-Ludwig (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Nueva York, Cambridge University Press.
- MOYN, Samuel, 2010b, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.
- NUSSBAUM, Martha C., 2006, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós.
- PALLARES-YABUR, Pedro, 2013, "La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, vol. 68, núm. 1.
- PENDAS, David O., 2012, "Toward a New Politics? On Recent Historiography of Human Rights", *Contemporary European History*, vol. 21, núm. 1.
- POCOCK, John, 2011, *Pensamiento político e historia. Ensayos sobre teoría y método*, Madrid, Akal.
- RAWLS, John, 2008, "The Best of All Games", *Boston Review. A Political and Literary Forum*. Disponible en: <http://bostonreview.net/rawls-the-best-of-all-games>.
- ROETZ, Heiner, 2008, "Mengzi's Political Ethics and the Question of its Modern Relevance", en HUANG, Chun-Chieh et al. (eds.), *The Book of Mencius and its Reception in China and Beyond*, Wiesbaden, Harrassowitz.
- ROOSEVELT, Eleanor, 1958, *On my Own*, Nueva York, Harper & Brothers.
- ROSEMONT, Henry y AMES, Roger T., 2009, *The Chinese Classic of Family Reverence. A Philosophical Translation of the Xiaojing*, Honolulu, University of Hawai'i Press.
- ROTH, Hans Ingvar, 2016, "Peng Chun Chang, Intercultural Ethics and the Universal Declaration of Human Rights", en COLLSTE, Göran (ed.), *Ethics and Communication. Global Perspectives*, Londres, Rowman & Littlefield International.
- SAMNØY, Ashild, 1993, *4 Human Rights as International Consensus. The Making of the Universal Declaration of Human Rights, 1945-1948*, Bergen, Chr. Michelsen Institute.
- SKINNER, Quentin, 2002, *Visions of Politics. Regarding Method*, Reino Unido, Cambridge University Press.
- TUCÍDIDES, 1992, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid, Gredos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 969-995.

- TWISS, Summer, 2009, “Confucian Contributions to the Universal Declaration of Human Rights: A Historical and Philosophical Perspective”, en ARVIND, Sharma (ed.), *The World’s Religions after September 11*, Connecticut, Praeger Perspectives.
- UNESCO, 1948, *Human Rights. Comments and Interpretations*, UNESCO PHS/3 (rev.), París, UNESCO.

## VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO Y SU AMPLIACIÓN A OTROS TÓPICOS\*

### *ADVANTAGES OF MEDIATION IN THE HEALTH FIELD AND ITS EXTENSION TO OTHER TOPICS*

Carolina RIVEROS FERRADA\*\*

Gabriela VILLARROEL TORO\*\*\*

Maximiliano OLIVARES RAMÍREZ\*\*\*\*

**RESUMEN:** La Ley núm. 19.996, también conocida como Ley AUGE, consagró un régimen de garantías de salud y estableció, específicamente en su artículo 43, la mediación obligatoria para poder ejercer acciones de carácter indemnizatorias en contra de prestadores públicos y privados. Es muy interesante evaluar cómo ha funcionado la aplicación de la mediación obligatoria en el ámbito de la salud. Lo anterior, considerando que es un tema muy sensible entre la población y, en concreto, entre el personal de salud que ejerce su actividad, tanto en hospitales públicos como en clínicas privadas. También se evalúa si existen nuevas esferas donde la mediación pudiera ser considerada.

**ABSTRACT:** *Law No. 19.996, also known as AUGE Law, enshrined a system of health guarantees and, specifically in its Article 43, it established mandatory mediation prior to bringing any compensation action against either public or private providers. It is very interesting to evaluate how the application of mandatory mediation in the field of health has worked. The foregoing, considering that it is a very sensitive topic within the population and within the health personnel who work in public hospitals and private clinics. Likewise, we evaluate if there are new areas where mediation could be considered.*

**Keywords:** *Health, Public Policy, Negotiation, Patients, Civil Rights.*

**Palabras clave:** salud, política social, negociación, pacientes, derechos civiles.

---

\* Artículo recibido el 10 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 10 de febrero de 2019. Este artículo de reflexión forma parte de la investigación Proyecto Anillo sobre “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario”, financiado por Conicyt (SOC 1406), Chile, del cual participa la doctora Carolina Riveros Ferrada en la calidad de coinvestigadora.

\*\* ORCID: 0000-0001-8435-3206. Adscrita al Departamento de Derecho Privado y Ciencias del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

\*\*\* ORCID: 0000-0002-3913-7966. Egresada de Derecho, Universidad de Talca, Chile.

\*\*\*\* ORCID: 0000-0003-2858-7299. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 997-1014.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Mediación general*. III. *Mediación en un contexto global y nacional*. IV. *Mediación familiar en el ordenamiento jurídico chileno*. V. *Mediación obligatoria en el ámbito de la salud*. VI. *Realidad de la mediación en el ámbito sanitario*. VII. *¿Ampliación de la mediación obligatoria en el ámbito sanitario?* VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

A propósito del proyecto Anillo SOC 1406 (Conicyt) “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, ha sido posible analizar con mayor detenimiento la mediación obligatoria en materia de salud. La relevancia del estudio es destacar el significado que conlleva la implementación previa y obligatoria de la mediación como un hito importante en el sistema de justicia estatal y sus múltiples beneficios (Esplugues, 2013; Palavecino, 2011), especialmente en el marco de los conflictos que puedan tener los pacientes a causa de diversas problemáticas que se llegan a producir en su atención de salud, o las consecuencias de la inexistencia de ella. El objetivo de este trabajo es estudiar y analizar con mayor profundidad la mediación en el ámbito sanitario chileno, considerando especialmente cómo ha operado en la realidad. La primera hipótesis del presente estudio es que el desconocimiento de la mediación y sus diversas consecuencias lleva a concluir erradamente que, por la inexistencia de acuerdos, la mediación como mecanismo de solución de conflictos es un fracaso. La segunda hipótesis es que la mediación previa y obligatoria en el ámbito de daños en salud desincentiva la judicialización de los conflictos.

Para poder analizar críticamente la implementación de la mediación en el ámbito sanitario se deben responder algunas cuestiones previas. ¿Por qué es relevante la mediación? ¿Cómo ha sido la implementación de la mediación en el ordenamiento jurídico nacional? ¿De qué manera se ha desarrollado la mediación en el ámbito sanitario? ¿Existirían posibilidades de aumentar el campo de aplicación de la mediación en el ámbito de salud? Éstas y otras interrogantes son el resultado del trabajo que se expone en las siguientes líneas. En tal sentido, se presentará la mediación desde su conceptualización, luego se explicará el ámbito de aplicación de la mediación en Europa y algunos países latinoamericanos. Posteriormente, se analizará la mediación familiar chilena como otro caso de mediación obligatoria;

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 997-1014.

en seguida, se revisará la realidad de la mediación en el ámbito sanitario, y, finalmente, se estudiará la posibilidad de extender el ámbito de aplicación a otras temáticas.

## II. MEDIACIÓN GENERAL

Es sabido que respecto al acceso a la justicia y a los tribunales de justicia las críticas no son menores. “[L]a lentitud de los procesos, su excesivo formalismo y su carácter sobradamente adversarial se configuran como características de una justicia, anacrónica, despersonalizada y elitista” (Parra *et al.*, 2018: 129). Por ello, la mediación surge como una herramienta que permite satisfacer las necesidades de los ciudadanos de una manera más democrática y efectiva (Parra *et al.*, 2018: 129), incorporando con un rol protagónico a cada una de las partes del conflicto, permitiéndoles descubrir que la solución eficaz de un conflicto radica principalmente en la capacidad de cada cual en aportar a dicha solución (Gorjón, 2017: 111). De forma genérica, la mediación responde a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; el conflicto, a su vez, “tiene normalmente varios orígenes que giran en muchas ocasiones en torno a la percepción de la verdad que tiene cada una de las partes enfrentadas” (Rodrigues, 2017: 247). Es por ello que “la mediación se presenta, no sólo como un proceso de armonía a través del conflicto, sino también como el medio de establecer puentes entre el Estado y los ciudadanos” (Rodrigues, 2017: 249; Barona, 2011).

La mediación se puede definir como “un sistema para resolver conflictos entre dos o más personas y donde un tercero imparcial, llamado mediador, ayuda a que las partes puedan encontrar por sí mismas una solución al conflicto puntual” (Mediación Chile, n. d.),<sup>1</sup> o bien, dicho de otra forma:

La mediación es un proceso de negociación de tipo colaborativo entre personas que mantienen una diferencia, facilitada por la intervención de un intermediario, quien recibe el nombre de mediador y es el encargado de guiar a las partes durante el proceso de negociación, escuchándolas y ayudándolas a alcanzar un acuerdo exitoso para todas ellas (Gómez, 1999: 385).

---

<sup>1</sup> En torno a la efectividad de la mediación, específicamente respecto del acceso a la justicia y a la tutela judicial, véase Riveros *et al* (2018: 186-190).

De lo anterior se puede desprender que las funciones de la mediación son amplias, y entre ellas están: la resolución y/o manejo de conflictos; la prevención de futuras controversias; la intervención de un mediador que actúa como un tercero imparcial, quien ayuda a las partes para que puedan encontrar por sí mismas una solución, entre otras.

Ahora bien, respecto a los objetivos centrales de la mediación, cabe destacar el modelo tradicional de la Escuela de Harvard, el cual señala los siguientes dos objetivos:

El primer objetivo central de la mediación es lograr el restablecimiento de la comunicación entre las personas conflictuadas, con el fin de promover una interacción colaborativa entre ellos que permita alcanzar acuerdos de solución de sus conflictos que sean satisfactorios para todas las partes.

El segundo objetivo, y como consecuencia de lo anterior, es aportar revalorización y más aceptación o reconocimiento interpersonal, esto es, del ser del otro y de sus particulares cosmovisiones e intereses. Basado en el respeto por el otro, su forma de ser, sus intereses y cosmovisiones particulares, y esperando para uno ese mismo respeto, la mediación pretende revalorizar el reconocimiento del otro y la tolerancia frente a la diferencia como base cultural para una actitud colaborativa frente a los conflictos (Gómez, 1999: 386).

Cabe señalar que este modelo, si bien se erige como uno de los más tradicionales, existen otros a destacar; por ejemplo, el modelo transformativo, el modelo circular y el esquema analítico, en virtud de los cuales, la utilización de éstos, “dependerá de cuál sea el objetivo específico que queramos alcanzar con la práctica del proceso de mediación” (Gómez, 1999: 386).

De lo expuesto, se puede indicar que la mediación se transforma en una “herramienta de responsabilidad y compromiso entre los mediados, en la cual sus razones, angustias y necesidades son atendidas consiguiendo un refuerzo del sentimiento de justicia y una aproximación de ésta a los ciudadanos” (Rodríguez, 2017: 250).

### III. MEDIACIÓN EN UN CONTEXTO GLOBAL Y NACIONAL

Es interesante señalar que en el derecho comparado, y sobre todo en el derecho comunitario europeo, existe desde 2008 la Directiva 2008/52/CE

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 997-1014.

del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Lo que en definitiva, significó un impulso relevante y decisivo para la implementación de la mediación como un mecanismo alternativo de solución de controversias. Vale decir que a partir de dicha Directiva los distintos Estados que componen la Unión Europea han debido adaptar su normativa interna a esta Directiva. De modo ejemplar, Alemania publicó el 21 de julio de 2012 su Ley sobre Mediación. A su vez, en España se implementó el 6 de julio la Ley 5/2012; asimismo, en Francia la mediación se incorporó a través de la Ordenanza núm. 2011-1540.

De acuerdo con el artículo 3o. de la Directiva Europea, la mediación

[E]s un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro.

A diferencia de otros ordenamientos latinoamericanos que ya cuentan con una normativa general relativa a la mediación,<sup>2</sup> como por ejemplo Argentina con la Ley 24.537 que instituye la mediación prejudicial y obligatoria para una amplia gama de casos civiles y comerciales. Costa Rica posee la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 1998.

En particular, en Chile, la incorporación de la mediación se ha efectuado de manera inorgánica en diferentes disciplinas, careciendo de una regulación general. De este modo, considerando los diversos hitos respecto de las iniciativas en torno a la mediación, se puede indicar que lo primero corresponde al área del trabajo, en la cual, en 2001, se generó una Orden del Servicio núm. 1, del 30 de enero de 2002, que establece y regula la mediación a petición de parte y la de oficio. La mediación en materia laboral se reguló por medio de la Ley núm. 20.940 en los artículos 344, 351, 370 y 378 al 384 del Código del Trabajo. En 2004 se incorporó la mediación

---

<sup>2</sup> En Argentina, la Ley 24.537 instituye la mediación prejudicial y es obligatoria para una amplia gama de casos civiles y comerciales (Álvarez, 2005: 32). En Costa Rica existe la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, de 1998.

familiar (Ley 19.968); luego, se integró la mediación en materia de daños por salud a través de la implementación de Unidades de Mediación del Consejo de Defensa del Estado (Ley 19.966 sobre Régimen de Garantías en Salud). Finalmente, han existido programas piloto en materia de mediación comunitaria o vecinal, en 2007 y 2008.

A continuación, se revisará la mediación familiar chilena como ejemplo de mediación obligatoria, y después se analizará críticamente la implementación que se ha efectuado sobre la mediación en el ámbito de salud. La Ley núm. 19.996 sobre el Régimen de Garantías Explícitas en Salud, publicada en el *Diario Oficial* el 3 de septiembre de 2004, también conocida como Ley AUGE, consagró un régimen de garantías de salud (Jordán, 2005: 99). Específicamente en su artículo 43, estableció la mediación obligatoria para poder ejercer acciones de carácter indemnizatorias, tanto en contra de prestadores públicos como privados. Con todo, antes de ello se revisará someramente la mediación familiar en Chile, debido a que es, en ciertas temáticas, obligatoria.

#### IV. MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

En el ordenamiento jurídico chileno existen varios ejemplos de temáticas en las cuales la mediación es obligatoria; por ejemplo, en materia de derecho de familia, en los alimentos que se solicitan a los padres; en la temática de la relación directa y regular, entre otras.

Si nos remontamos a la historia de la Ley, la incorporación normativa de la mediación familiar se produce en 2004, luego de la aprobación de dos cuerpos legales: la Ley núm. 19.947 de Matrimonio Civil, y la Ley núm. 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Respecto a los fundamentos para regular esta materia, de acuerdo con lo señalado en el mensaje del proyecto de Ley núm. 19.968, se indica que “el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto; apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar”. Del mensaje se puede desprender la necesidad jurídica que previó el legislador en materia de familia, en buscar alternativas a la resolución de conflictos (Cobas, 2014).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 997-1014.



Dentro de las ventajas de acceder a un proceso de mediación familiar destacan la rapidez, la confidencialidad, la igualdad entre las partes, el acuerdo es voluntario, es gratuito, entre otros.<sup>3</sup>

## V. MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

Respecto a la mediación en el ámbito de salud, cabe precisar que la salud es un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento jurídico (el chileno) y, por consiguiente, el Estado debe protegerlo, en esta línea, Gutiérrez (2008: 113) ha señalado que

Actualmente nos encontramos frente a un sistema de justicia que se encuentra prácticamente colapsado, lento y que en muchas ocasiones no logra satisfacer los intereses de quienes ponen en marcha estos mecanismos, se ha intentado, por diversas vías, buscar una forma de atender a ciertos reclamos de los particulares por vías alternativas a los tribunales de justicia, que intentan dar solución a los conflictos ocasionados, y que vulneran estos derechos.

Como se ha indicado de manera previa, la mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en materia de salud en el ordenamiento jurídico chileno encontramos las siguientes normativas actualmente vigentes:

- Ley núm. 19.966 de 2004, que establece un régimen de garantías en salud, esta Ley se conoce como AUGE y dentro de su articulado se materializa y regula la mediación sanitaria. Importante es destacar que “esta Ley promueve la utilización de la mediación como un mecanismo de desjudicialización de conflictos por daños en salud, limitando los costes de indemnización y brindando a los afectados un acceso rápido a la justicia desde el Consejo de Defensa del Estado” (Hernández y Munuera, 2015: 53).
- Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

---

<sup>3</sup> A modo ejemplar, véase Correa Camus (2014); Vargas Pavez (2008); Alarcón Cañuta (n. d.) y Valdevenito (2013).

- Decreto Supremo núm. 47 de 2005, que crea el Reglamento de Mediación por Reclamos en contra de Prestadores Institucionales Públicos de Salud o sus Funcionarios y Prestadores Privados de Salud, viene a complementar de manera más profunda la Ley núm. 19.966.
- Decreto Supremo núm. 35 de 2012, que aprueba el Reglamento sobre el Procedimiento de Reclamo, de la Ley núm. 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Del Canto, 2014).
- Resolución núm. 142 exenta, de 2005, que establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la Ley núm. 19.966.

Señalado lo anterior, podemos indicar que la mediación sanitaria, se encuentra definida en el artículo 43, inciso 3, de la Ley núm. 19.966 de 2004, como “un procedimiento no adversarial que tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”, la incorporación del artículo 43 a la Ley 19.966 implica la continuidad de una política pública en pos de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Respecto al procedimiento, el artículo 44 de la Ley núm. 19.966 regula que el interesado deberá presentar su reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, con indicación del nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio, domicilio y demás antecedentes que permitan su identificación y la de su representante legal, en su caso.

En atención al plazo, señala la Ley en su artículo 45 que el plazo total para dicho procedimiento será de 60 días, corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado, pudiendo dicho plazo, previo acuerdo de las partes, ser prorrogado hasta por 120 días, como máximo.

En torno a esta norma, es preciso indicar que es aplicable tanto al ámbito público como privado de la salud, y considera a todo profesional de la salud. Tiene por objetivo proteger al paciente cuando ellos mismos, o su entorno, han sido involucrados en hechos que producen un perjuicio o daños (Candia y Suazo, 2011: 300-303). En el caso de las atenciones en entes

públicos la mediación está a cargo del Consejo de Defensa del Estado, y en el caso de las clínicas privadas, la mediación es efectuada por mediadores privados. Lo interesante de esta mediación de carácter prejudicial es que involucra a todos quienes son partícipes de la prestación de salud. No deja excluido a ningún profesional de la salud, por consiguiente, no se puede circunscribir sólo a la relación médico-paciente.

Al analizar la implementación de la mediación obligatoria, se puede observar —respecto de toda área donde la mediación es obligatoria— que existen una serie de detractores de la existencia de una mediación previa y obligatoria: en términos generales se indica que la mediación, en esencia, debiera ser voluntaria. Con todo, el hecho que la mediación sea prejudicial no significa para algunos autores que exista una obligación de llegar a un acuerdo, por ello, se desecha esta crítica. Es decir, sólo se obliga a participar en esta instancia, los resultados son abiertos y no quedan condicionados a la obligación de la participación (Salazar, 2016: 8-18). En tal sentido, cabe reiterar que con la incorporación de la mediación como obligatoria se busca promover formas alternativas de resolución de conflictos y para ello:

...se ha teniendo en cuenta: *a)* un mayor acceso a la justicia, pues se trata de vías más expeditas que los tribunales; *b)* la descongestión de tribunales que siempre padecen una alta carga de trabajo y el consecuente aumento en los tiempos de tramitación y costos; *c)* una mejor calidad de las decisiones producto de la participación directa de las partes en la resolución de su controversia, y *d)* la mayor eficiencia en la solución de algunos conflictos de menor entidad (Paredes, 2012: 192; Aguirrízabal, 2012; Ibáñez, 1996).

En favor de la mediación, específicamente en el ámbito sanitario, propone Carnero de Blas (2012: 17) que este método de solución alternativa de conflictos es idóneo en cuanto:

Las disputas que se pueden dar en las relaciones laborales de los profesionales del entorno sanitario, aquellas producidas por la convivencia de los pacientes en los que el dolor físico y/o psicológico caracteriza su estancia en estas instituciones, y las producidas entre los familiares y personas allegadas de los mismos, pueden ser solventados desde una vía pacífica y del entendimiento, que mejore la calidad de vida y de trabajo de todos aquellos individuos integrantes del sistema hospitalario.

Los conflictos que puedan surgir a propósito de las acciones u omisiones en materia de salud son tremendamente relevantes para verificar la responsabilidad que se les pueda imputar a los profesionales de la salud y también a los prestadores de salud (Gutiérrez, 2008: 134).

Con respecto a las ventajas del proceso de mediación en salud, Varas (2011: 245 y 246) indica las siguientes: la rapidez en la resolución del conflicto, la posibilidad de conversar directa y personalmente, buscar de manera conjunta una solución y mejorar la relación entre las partes. Si se llega a un acuerdo satisfactorio durante el proceso, las partes firman un Acta de Acuerdo en Mediación, que tiene el valor jurídico de un contrato de transacción, que indica las condiciones del acuerdo y su modalidad de cumplimiento.

Interesante resulta lo que plantea Hernández y Munuera (2015: 55) al indicar que la mediación sanitaria:

Abre un abanico de especialidades dependiendo del tipo de conflicto y la enfermedad que presenten las personas afectadas. Dando lugar a las siguientes especialidades en respuesta a los conflictos que se generan: mediación en la toma de decisiones sobre el tratamiento a seguir, etc.; mediación en organizaciones de salud, para resolver los conflictos internos entre profesionales o servicios; mediación en centros de atención primaria entre los enfermos, familias y profesional sanitario, entre otros.

## VI. REALIDAD DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO

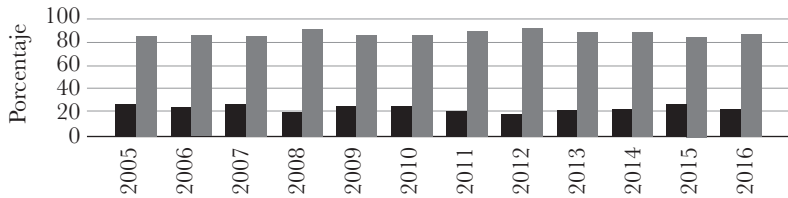
Si se analizan los estudios en este tema, no existe mucha literatura al respecto. Con todo, un estudio de Candía y Suazo (2011) que observa la tasa de éxito del sistema de mediación prejudicial por daños en salud en el periodo entre 2005 y 2009, ésta fue de 15.92%. Las mediaciones efectuadas por el Consejo de Defensa del Estado tienen una tasa de éxito de 17.94% mientras que los procedimientos realizados por mediadores privados tuvieron una tasa de éxito de 10.63%. Si se analizan las cifras actuales del Consejo de Defensa del Estado el 21.1% son causas terminadas con acuerdo y 78.9% terminadas sin él durante 2005 y 2016, y se puede revisar en el siguiente cuadro extraído de los informes del Consejo de Defensa del Estado.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 997-1014.

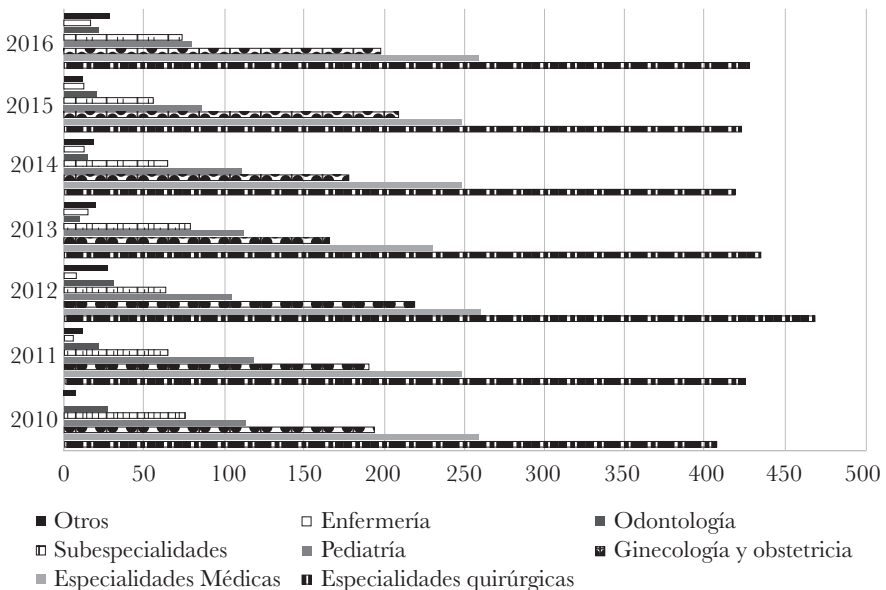
VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO...



	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
■ Con acuerdo	24	22.4	23.7	18	23	23	18.9	17.1	20	20.4	24.8	21.7
■ Sin acuerdo	76	77.6	76.3	82	77	77	81.1	82.9	80	79.6	75.2	78.3

FUENTE: elaboración propia según datos del Consejo de Defensa del Estado de Chile.

En el cuadro 2 se puede observar en qué ámbitos de la atención en salud se solicita mediaciones.



FUENTE: Serie “Especialidades Médicas” Punto “2012”. Valor: 260.

La baja tasa de éxito en la mediación, a primera vista, podría indicar que el mecanismo de solución de conflictos es todo un fracaso, ya que me-

nos del 20% de las personas que asisten a mediación llegan a un acuerdo (Parra *et al.*, 2018: 133). Sin embargo, hay que revisar el tema con mayor detenimiento, porque la falta de acuerdo en la mediación no necesariamente conlleva una acción ante los tribunales de justicia. Esta idea es la hipótesis central del estudio denominado “Mediación y desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)” realizado por la Unidad de Estudios de dicha entidad estatal y presentado por Lagos (2013: 8), la hipótesis es la siguiente: “el proceso de mediación en salud ha contribuido a desincentivar el ejercicio de las acciones judiciales de carácter civil por parte de los reclamantes, que consideran haber sufrido daños con ocasión de una prestación de salud en establecimientos públicos, durante el periodo 2005-2011”. Los resultados de dicho estudio arrojan que, de un total de 4,326 mediaciones terminadas, sólo 731 alcanzaron un acuerdo (16.89%), lo que significa que renuncian a ejercer acciones de carácter civil. Hasta ahora se podría mantener la sensación de fracaso del sistema; sin embargo, de los restantes 3,595 casos que no lograron acuerdo, sólo 386 casos ejercen acciones jurisdiccionales, es decir, acciones civiles. Ello representa 10.7% de las causas sin acuerdo, lo que también implica que al sumar los casos de acuerdo (731) y los de sin acuerdo (3,209), se llega un total de 3,940 casos en los cuales no se han judicializado (Lagos, 2013: 10). Ello sin duda alguna tiene como una de sus causas directas haber sido parte del proceso de mediación.

Carnero de Blas (2012: 17) expresa en torno a la mediación lo siguiente: “La mediación debe mostrarse como una vía de gestión del conflicto, y una vía de prevención del mismo, dado que sus bases se instauran en la cultura del entendimiento y la solución pacífica de las problemáticas surgidas, que de manera inherente se producen en las relaciones interpersonales”. Reafirma esta idea revisar cuáles son los tópicos por los que existen reparaciones, a saber: disculpas y/o explicaciones, y prestaciones asistenciales e indemnizaciones. Aunque en la mayoría de los casos hablar acerca de estos conflictos es un elemento vital, y en muchos casos disuasivo para el ejercicio de acciones judiciales.

Por lo tanto, es posible indicar que la mediación previa y obligatoria en el ámbito de daños en salud ha logrado el objetivo de desincentivar la judicialización de los conflictos. La pregunta que cabe hacerse es si la mediación podría extenderse a otros ámbitos de la salud.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 997-1014.

## VII. ¿AMPLIACIÓN DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN EL ÁMBITO SANITARIO?

En primer lugar, hay que indicar que los conflictos en salud pueden ser clasificados, según la proposición de Carnero de Blas (2012: 17) del siguiente modo:

**Profesional:** conflictos producidos por la discrepancia de funciones, organización y comunicación entre el personal sanitario y la limitación de recursos físicos y temporales de la institución hospitalaria y la demanda asistencial realizada.

**Social:** conflictos derivados de la convivencia entre pacientes y familiares en situación de ingreso.

**Asistencial:** conflictos producidos por la insuficiente y/o ineficaz comunicación entre los/las pacientes y el personal sanitario administrativo, además los producidos por la mala *praxis* médica.

**Legal:** conflictos derivados del desconocimiento de la legalidad en casos “excepcionales” (maltrato, violación, incapacidades, accidentes de tráfico, etcétera) y la inseguridad que ello conlleva en las actuaciones clínicas con repercusiones de tipo legal.

En esta clasificación, los conflictos regulados por la Ley núm. 19.966 quedarían incorporados al grupo de los conflictos asistenciales y legales, en tanto el conflicto sanitario a resolver por la instancia de mediación comprende los daños causados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, sean ellas efectuadas por prestadores institucionales públicos o por prestadores de carácter privado. Entonces, la pregunta que se formula en líneas anteriores en cuanto al nuevo espacio que podría tener la mediación en objetos diferentes a los daños es, al menos, discutible en el ámbito profesional y social. En el ámbito profesional, es preciso discutir si el mecanismo de la mediación es adecuado para la solución de conflictos, debido a que en el mundo sanitario interactúan diversos profesionales de la salud, con formaciones profesionales diversas y con identidades diferentes, así, por ejemplo, kinesiólogos, enfermeras, terapeutas ocupacionales, nutricionistas/nutriólogo, matronas/obstetras, médicos con diferentes especialidades, ingenieros, administrativos, entre otros.

La incorporación del ámbito social tiene relación con los conflictos que se suscitan en la realidad familiar, las diferencias que pueden darse en

razón de tratamientos médicos que no son aceptados por el paciente y dicha decisión conflictúa a la familia del paciente, tratamientos médicos que son rechazados por causas religiosas, etcétera. En este sentido vale la pena considerar los derechos de los pacientes menores de edad que pueden caer en conflicto con sus padres o con el Estado; por ejemplo, aquellos padres que no desean vacunar a sus hijos.

Asimismo, es preciso tener presente los derechos de las personas mayores en torno a la salud (Munduate, 2005). Existe un sinnúmero de conflictos que pueden generarse en razón de materias que no han sido resueltas, cabe precisar que Chile envejece a pasos acelerados y que la población de adultos mayores es cada vez mayor. Por lo mismo, podría ocurrir que el paciente adulto mayor haya comunicado su voluntad respecto de determinados acontecimientos al médico tratante, o a su cuidadora o cuidador, pero no han sido comunicados a sus parientes más cercanos. La situación descrita puede significar un grave conflicto entre el personal sanitario y la familia, que podría incluso entorpecer el bienestar del paciente, en este caso de la persona mayor. En el caso de Chile se publicó, el 7 de octubre de 2017, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por ello en la actualidad el tema cobra mucha relevancia.

En síntesis, la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la mediación como un mecanismo de solución de conflictos en el ámbito sanitario es altamente recomendable.

Reforzando las razones para ampliar a otros ámbitos la mediación en salud es posible indicar que

...su utilización permite la participación directa de los involucrados en el problema y la configuración conjunta de la solución, lo que genera el desarrollo de un sentimiento de satisfacción y aumenta las probabilidades de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Al ser partes directas del problema y gestores de su solución, las personas estarán más propensas a realizar cabalmente lo que hayan acordado (Riveros *et al.*, 2018: 189).

## VIII. CONCLUSIONES

- 1) La utilización de la mediación como mecanismo de solución de controversias es un fenómeno global, impulsado altamente en Europa por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del



Consejo, del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

- 2) En Chile, la mediación ha sido incorporada al ordenamiento de forma inorgánica. Con todo, existen áreas donde la mediación ha sido muy novedosa. Un ejemplo de ello es la mediación en el ámbito de salud, relativa a las prestaciones que pudieran generar daños realizadas por cualquier profesional ligado al área sanitaria, tanto de prestadores públicos como privados.
- 3) De acuerdo con los estudios efectuados, pareciera a primera vista que la mediación no ha cumplido su objetivo, puesto que la tasa de éxito es bastante baja. Sin embargo, en una segunda mirada, la conclusión es diferente. Las personas que presentan acciones judiciales son menos del 12% y, por lo tanto, un objetivo esencial para incorporar a la mediación al ordenamiento jurídico nacional, es decir, desjudicializar los tribunales, se consagra a lo largo de los años de aplicación de este mecanismo alternativo, o si se prefiere se impone la cultura de la paz por sobre la del conflicto. La mediación no sólo debe ser analizada por el porcentaje de acuerdos logrados, sino que incluso su trascendencia en la sociedad deviene por instalar la comunicación frente al escalamiento de conflictos.
- 4) Finalmente, el éxito en la disminución de acciones judiciales permite, al menos, discutir en que otros ámbitos relacionados con la salud de las personas pudiera ser relevante y adecuado el mecanismo de la mediación para la solución de controversias; por un lado, respecto de relaciones profesionales en el ámbito de la salud, así como cuando existan grupos de personas vulnerables, como los menores de edad y adultos mayores.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRÉZABAL, Maite, 2013, “Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 20.
- ALARCÓN CAÑUTA, Miguel, n. d., “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 11, núm. 2.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella, 2005, “Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas: el modelo de la «mediación preju-

- dicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles y comerciales en Argentina». Diez años de experiencia”, en VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (coords.), *Arbitraje y mediación en las Américas*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24544.pdf>.
- BARONA, Silvia, 2011, “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 18, núm. 1.
- CANDIA TAPIA, Paola y SUAZO GALDAMES, Iván, 2011, “Tasa de éxito del Sistema de Mediación Prejudicial por Daño en Salud en Chile entre los años 2005 y 2009”, *International Journal of Odontostomatology*, vol. 5, núm. 3.
- CARNERO DE BLAS, María, 2012, “Mediando en salud: una propuesta de mediación sanitaria en hospitales”, *Revista de Mediación*, vol. 5, núm. 10.
- COBAS, María, 2014, “Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17.
- CORREA CAMUS, Paula, 2014, “La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, núm. 2.
- DEL CANTO HUERTA, Rodrigo, 2014, “El rol de la Superintendencia de Salud en la aplicación y cumplimiento de la Ley núm. 20.584”, *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*, Santiago de Chile, núm. 25.
- ESPLUGUES, Carlos, 2013, “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, del 6 de julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 46, núm. 136.
- GÓMEZ, Paulina, 1999, “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos: su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 20.
- GORJÓN, Francisco Javier, 2017, *Mediación, su valor intangible y efectos operativos. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*, México, Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ ARAQUE, María José, 2008, “La mediación en salud y acceso a la justicia”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, núm. 20.

- HERNÁNDEZ NAVARRO, J. C. y MUNUERA GÓMEZ, Ma. P., 2015, “Mediación: el camino de la resolución de conflictos en Sanidad Militar”, *Sanidad Militar*, Madrid, vol. 71, núm. 1.
- IBÁÑEZ, Perfecto (coord.), 1996, *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?, corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás, 2005, “La Ley núm. 19.966 que crea un Régimen General de Garantías en Salud: sinopsis y análisis desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, núm. 1.
- LAGOS OCHOA, María Soledad, 2013, “Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis en base a la experiencia chilena de mediación por daños de salud”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 18.
- MEDIACIÓN CHILE, n. d., “Mediación”, *Mediación de conflictos familiares: Sistema Nacional de Mediación Familiar*. Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/sitio/med/trabajadores/>, consultado el 14 de noviembre de 2018.
- MÉNDEZ, Claudio A., 2009, “Los recursos humanos de salud en Chile: el desafío pendiente de la reforma”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 26, núm. 3.
- MUNDUATE, Lourdes y MEDINA, Francisco (coords.), 2005, *Gestión del conflicto, negociación y mediación. Intervenciones de mediación*, Madrid, Pirámide.
- PALAVECINO, Adriana, 2011, “Calidad de la mediación familiar licitada: superando el modelo express”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, núm. 2.
- PAREDES, Alejandro, 2012, “La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, núm. 2.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío *et al.*, 2018, “La mediación en el ámbito de salud y su rol en la relación sanitaria”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, vol. 86, núm. 243.
- RIVEROS, Carolina *et al.*, 2018, “Mediación y personas mayores en Chile”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 45.
- RODRIGUES, Catarina, 2017, “La mediación. ¿Una respuesta al nuevo paradigma del derecho?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, núm. 15.

- SALAZAR PÉREZ, Mauricio, 2016, “A 10 años del sistema nacional de mediación familiar en Chile”, *Revista Mediación Familiar Chilena*, Santiago de Chile.
- URRIOLA, Carlos *et al.*, 2016, “La reforma de salud chilena a diez años de su implementación”, *Salud Pública de México*, vol. 58, núm. 5.
- VALDEVENTO, Caterine, 2013, “Presencia de los niños y niñas en la mediación familiar en Chile”, *Rumbos TS*, núm. 7.
- VARAS, Jorge, 2011, “Mediación en el ámbito sanitario”, *Revista Obstetricia y Ginecología-Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse*, vol. 6, núm. 3.
- VARGAS PAVEZ, Macarena, 2008, “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXI, núm. 2.

## EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES. UN ANÁLISIS COMPARADO A LOS TIPOS PENALES ESPAÑOL Y CHILENO\*

### *THE CRIME OF MIGRANT SMUGGLING. A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SPANISH AND CHILEAN CRIMINAL OFFENSES*

Sebastián SALINERO ECHEVERRÍA\*\*

**RESUMEN:** El presente trabajo realiza un análisis jurídico comparado del delito de tráfico de migrantes, previsto y sancionado en el artículo 318 Bis y 411 Bis de los códigos penales español y chileno, respectivamente. En particular, se atiende a poder establecer el bien jurídico tutelado por esta figura, inclinándose a por qué se trata de un delito pluriofensivo en el que están en juego intereses individuales y colectivos. Por otro lado, se ocupa de poder delimitar el sujeto pasivo que es protegido por la norma penal. Finalmente, se reflexiona sobre los verbos rectores de la conducta criminal.

**Palabras clave:** tráfico de migrantes, bien jurídico tutelado, pluriofensividad, sujeto pasivo, verbos rectores, fines de lucro.

**ABSTRACT:** *This work represents a legal comparative analysis of the crime of migrant smuggling, set forth and sanctioned in Articles 318 Bis and 411 Bis of the Spanish and Chilean criminal codes, respectively. In particular, we address the possibility to establish this figure's protected legal interest, thus leaning to why it would be a multi-offense crime, in which both individual and collective interests are at stake. On the other hand, we address the possibility to define the victim protected by the regulation. Finally, we contemplate the criminal conduct's ruling verb.*

**Keywords:** *Migrant Smuggling, Protected Legal Interest, Multi-offense Crime, Victim, Ruling Verbs, Profit Motive.*

---

\* Artículo recibido el 9 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 7 de febrero de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0003-4988-8357. Doctor en derecho por la Universidad de Lérida. Profesor investigador en la Universidad de Talca (Chile). Agradezco la valiosa colaboración de los becarios del Centro de Estudios de Derecho Penal: Sebastián Galleguillos, Patricio Acuña, Alejandra Bustos y Karyn Anléu. Correo electrónico: ssalinero@utalca.cl

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1015-1045.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de migrantes*. III. *El sujeto pasivo de la conducta incriminada*. IV. *Los verbos rectores de la conducta punible*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias bibliográficas*.

## I. INTRODUCCIÓN

El delito de tráfico de migrantes tiene un origen de más larga data en el caso español que en el chileno. Con la aprobación del Código Penal español de 1995, denominado Código penal de la democracia, surge el delito previsto en el artículo 313.1 para castigar el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España. Luego, con la dictación de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, y frente a las lagunas punitivas que generaba el precepto legal original,<sup>1</sup> se crea el delito para sancionar el tráfico de inmigrantes en su artículo 318 bis. Como no existía una ubicación adecuada conforme a su naturaleza jurídica, este ilícito se localiza bajo un nuevo título denominado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” (Pomares Cintas 2015, 2 y 3). Este delito de colaboración a la inmigración ilegal fue objeto de múltiples modificaciones, las que respondieron a la necesidad española de cumplir con las diversas directrices comunitarias emanadas del Consejo Europeo de Tampere, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de octubre de 1999,<sup>2</sup> y los compromisos adquiridos en la Convención contra la De-

<sup>1</sup> Para un detalle del problema que se generaba, véase Pomares Cintas (2015, 1-20).

<sup>2</sup> El delito de tráfico de migrantes tiene su origen en la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, y en una sola disposición penal, se sancionaba con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, a “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”, tipo que era el básico-residual y que se agravaba en mayor o menor medida en función de diversos criterios: ánimo de lucro, empleo de medios comisivos que, limitan o anulan la capacidad de autodeterminación o decisión de la víctima (violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad), minoría de edad, puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, u otras circunstancias relativas al autor —abuso de su condición pública o pertenencia a una organización—.

Posteriormente, se erige la primera modificación por Ley Orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la que no buscaba otra cosa que ampliar el tipo penal y agravarlo. En concreto, la reforma aumentó el marco penal para los que colaboren en la entrada, circulación y estancia irregulares de extranjeros “sean o no trabajadores”. Esto no sólo implicó un incremento punitivo, sino que, también, se amplió ilimitadamente

lincuencia Organizada Transnacional, aprobada el 15 de noviembre de 2000, también conocida como Convención de Palermo, y sus protocolos complementarios (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire), ratificados por España el 21 de febrero de 2002.<sup>3</sup> La última modificación se realizó mediante Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, la cual persiguió, entre otras cosas, tener una mayor claridad a la hora de delimitar las conductas punibles, conforme a las directrices comunitarias (Directiva 2002/90/CE, Decisión Marco 2002/946/JAI), y corregir la desproporcionada reacción punitiva de este delito y la trata de personas, esta última que a todas luces importa un mayor injusto que el tráfico (véase la exposición de motivos de la ley).

---

el tipo básico, abarcando conductas de colaboración “directa o indirecta” en el tráfico ilegal o la “inmigración clandestina” de personas. Con ello, se produce una distorsión entre los artículos 313.1 y 318 bis.

Una nueva reforma se presentó en 2007, mediante la Ley Orgánica 13/2007, del 19 de noviembre, ampliando nuevamente el tipo básico, para describir que la conducta incriminada se extendía a que el destino del inmigrante ilegal no era sólo España, sino cualquier país de la Unión Europea. Ello se consigue sumando a la expresión “desde, en tránsito o con destino a España”, una nueva voz “o con destino a otro país de la Unión Europea”.

Nuevamente se presenta otra modificación en 2010, por medio de Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, la cual vino a terminar el conflicto que, hasta ese momento, existía entre el solapamiento de la norma de los artículos 313.1 y 318 bis; también se termina con la confusión de regular en una misma norma penal dos institutos jurídicos diferentes, como son la trata de personas y el tráfico de migrantes, y finalmente se pretendió dar cumplimiento a los compromisos internacionales existentes, tanto a nivel regional europeo como a nivel internacional. Por ello, la reforma creó el delito de trata de seres humanos en una disposición normativa distinta, en el artículo 177 bis, basado en la ausencia de consentimiento de la víctima y una finalidad de explotación, y, por otro lado, mantuvo en el artículo 318-bis el tráfico de migrantes. Sin embargo, se podría indicar como lo ha sostenido la doctrina, que la reforma empeoró el conflicto terminológico que existía entre ambas disposiciones. Por ejemplo, entre otros errores, se mantuvo los medios comisivos propios de la trata (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima) en el tráfico de migrantes. Tampoco se cumplieron con los compromisos internacionales, particularmente de ajustar la tipificación nacional a aquellos, se sigue equiparando la tentativa con la consumación y la autoría con las formas de participación. Asimismo, las penas previstas excedían de los límites impuestos por las normas europeas (Decisión Marco 2002/946/JAI). Para mayor detalle de las reformas y contenidos de éstas, véase Pomares Cintas (2015, 1-20).

<sup>3</sup> Estos instrumentos, entre otras cosas, se caracterizan por castigar la delincuencia organizada para cometer los delitos de tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas respectivamente.

El Título XV Bis del Código Penal español, que lleva por nombre “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, contempla un único artículo, el 318 bis, que dispone lo siguiente:

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo, de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.



Por otra parte, en el caso chileno el delito de tráfico de migrantes es un ilícito novísimo y su inclusión respondió a la necesidad de cumplir también con los compromisos internacionales (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile 2011),<sup>4</sup> más concretamente con la Convención de Palermo.<sup>5</sup> Con ella, como principal fuente jurídica,<sup>6</sup> se dictó en abril de 2011 la Ley 20.507 que tipificó los delitos de tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, estableciéndose normas para su prevención y más efectiva persecución penal.<sup>7</sup>

Las principales modificaciones introducidas por esta ley fueron, por una parte, la derogación del artículo 367 *bis* del Código Penal chileno que sancionaba la “trata de blancas” y, por otra, la incorporación de dos

---

<sup>4</sup> Conforme se señala en la exposición de motivos de la ley núm. 20.507, el objetivo fue poner a Chile al día en sus obligaciones internacionales, estableciendo los medios institucionales, tanto normativos y de políticas públicas preventivas, para combatir esta fenomenología delictiva.

<sup>5</sup> La Convención y sus Protocolos fueron aprobados por el Congreso Nacional, según consta en los oficios núm. 4.686, del 4 de diciembre de 2003; 5.116 y 5.117 del 19 de agosto de 2004, respectivamente, de la Honorable Cámara de Diputados; los Instrumentos de Ratificación respectivos se depositaron ante el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 2004. Por Decreto núm. 342, del Ministerio de Relaciones Exteriores, se Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. *Diario Oficial*, núm. 38.088, Santiago, Chile, del 16 de febrero de 2005.

<sup>6</sup> También son fuentes relevantes de esta nueva institucionalidad la Convención de los Derechos del Niño, la cual ordena a los Estados parte en su artículo 11: “Adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”, y artículo 32, que obliga a: “Reconocer el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica, y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. Otra fuente por destacar es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, que es un tratado de la ONU, adoptada en diciembre de 1990 y ratificada por Chile en 2005, la cual prohíbe “la aplicación de torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a los trabajadores extranjeros, así como, su sometimiento a esclavitud o servidumbre”.

<sup>7</sup> La ley fue promulgada el 1o. y publicada el 8 de abril de 2011. Tuvo su origen en una moción de la diputada María Antonieta Saa, del 5 de enero de 2005, titulada “Proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y de personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”.

nuevos tipos penales como señala su epígrafe. Estos se encuentran agrupados en el nuevo párrafo 5 *bis* titulado “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”, los que se incorporan en los artículos 411 *bis*, 411 *ter* y 411 *quáter*. Además de crear estos nuevos ilícitos, la ley introduce una serie de modificaciones que escapan al objetivo de este trabajo y tienen relación, en general, con incorporar nuevas técnicas de política criminal para hacer más efectiva la persecución penal de estos delitos.<sup>8</sup>

El delito de tráfico de migrantes, previsto en el artículo 411 *bis* del Código Penal chileno, dispone lo siguiente:

Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funciona-

---

<sup>8</sup> Entre otras cosas, se introduce el artículo 89 *bis*, que faculta a los extranjeros condenados por alguno de los delitos de tráfico y/o trata, a cumplir en el país de origen las penas privativas de libertad que les hubieren sido impuestas. También se agrega el artículo 411 *octies* que dota de nuevas técnicas investigativas, reemplazando las que antes estaban consideradas en el artículo 369 *ter* inciso 1. Por su parte, en la línea de una política criminal eficiente, se incorpora la figura del cooperador eficaz en el artículo 411 *sexies*. A su vez, el artículo 411 *septies* contiene una regla especial para la determinación de la reincidencia específica.

Además del Código Penal, se realizan una serie de modificaciones a otros cuerpos legales, con la finalidad de articular una mejor persecución de estos nuevos tipos penales. Se modifica el artículo 5o. del Decreto Ley 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, otorgando a esta policía la facultad de adoptar todas las medidas conducentes para asegurar la correcta identificación de las personas que salen e ingresan del país, la validez y autenticidad de sus documentos de viaje y la libre voluntad de las personas de ingresar o salir de él. También se modifica la Ley de Extranjería, Decreto Ley 1.094, incorporándose un artículo 33 *bis*, que permite a las víctimas del delito previsto en el artículo 411 *quáter* del Código Penal, que no sean nacionales o residentes permanentes en el país, presentar una solicitud de autorización de una residencia temporal, por un periodo mínimo de seis meses.

rio público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260.

Desde una mirada a las tipificaciones española y chilena se pueden advertir ciertas similitudes. Sin embargo, sólo me centraré en algunas de ellas. Como propuesta de trabajo, con base en un análisis jurídico penal, me abocaré como primer objetivo a poder establecer el bien jurídico tutelado en estas figuras; en segundo término, a poder determinar la singularidad del sujeto pasivo que es protegido por la norma penal, y finalmente reflexionar sobre los verbos rectores de la conducta incriminada.

Con base en lo anterior, a fin de cuentas, propongo, basado en una crítica de la tesis tradicional dominante, delimitar de modo distinto el bien jurídico protegido —el cual se sostiene de mejor manera en el caso chileno que en el español— y, a partir de dicha interpretación, configurar el sujeto pasivo de los delitos y sus conductas típicas.

## II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES

La importancia de determinar el interés jurídicamente protegido por la norma penal no sólo cumple un rol garantista, limitador de la punibilidad estatal, sino que, proporciona los criterios de enjuiciamiento que hay que desarrollar en materia jurídica y que el legislador y el aplicador del derecho tienen que consultar a la hora de crear e interpretar cada norma en concreto (Roxin 2007, 58). Saber cuál es el interés social que tutela la norma, no sólo contribuirá a determinar si en el caso concreto existe la necesaria antijuridicidad material, sino también, entre otras cosas, conocer las formas de aparición del delito y como presupuesto necesario para resolver cuestiones concursales, entre otras importantes cuestiones (Matus Acuña 2011, 11).

### 1. *El caso español*

Desde su aparición, la doctrina española debatió profusamente sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de migrantes. Sin embargo, hoy la cuestión es un tanto más pacífica, pues existe un consenso generalizado de que el interés en controlar los flujos migratorios es el objeto tutelado.

En un comienzo, previo a la reforma impetrada por la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, donde el delito en comento era normativamente regulado en la misma disposición que el delito de trata de personas,<sup>9</sup> la dispersión de posturas se decantó por una serie de intereses que podían ser afectados, tanto de naturaleza individual como colectiva (vida, libertad, salud, integridad, dignidad, control estatal de los flujos migratorios y los derechos de los ciudadanos extranjeros), sumado a la cuestión de determinar si se tutelaba sólo un bien jurídico o bien se trataba de un delito de carácter pluriofensivo.<sup>10</sup>

Con la actual legislación penal española —y más precisamente a partir de la reforma de 2010—,<sup>11</sup> la doctrina mayoritariamente ha entendido al control de los flujos migratorios como el valor social que protege este delito (Villacampa Estiarte 2016, 752; Gómez López y Muñoz Sánchez

---

<sup>9</sup> Previo a la reforma de 2010, se solapaban dos delitos en la misma norma del artículo 318 *bis*, como son los que englobaban conductas de tráfico y de trata de personas. Por ello, independiente de su ubicación sistemática, la doctrina española declaró prácticamente de manera transversal que se trataba de figuras distintas y que su tratamiento unificado generaba confusión y desconcierto (véase Daunis Rodríguez 2013, 10; Pérez Alonso 2008, 218; Pomares Cintas 2015, 7).

<sup>10</sup> La doctrina que indicaba que se protegía sólo un bien jurídico, se dividía entre los que se pronunciaban por la lesión de los derechos de los ciudadanos extranjeros y, por otro lado, los que indicaban que lo perturbado era el interés estatal en controlar y ordenar los flujos migratorios. A propósito de los derechos de los ciudadanos extranjeros se agrupan: Rodríguez Mesa (2001, 55 y ss.); Serrano-Piedecabras (2002, 331 y ss.). Con relación al control de los flujos migratorios encontramos a: Ortubay Fuentes (2002, 447 y ss.); Díaz y García Conlledo (2007, 205); Rodríguez Montañés (2001, 1738 y ss.); Pérez Alonso (2008, 356 y ss.); Daunis Rodríguez (2009, 70 y ss.). Aunque el autor repara que “...no nos encontramos ante un bien jurídico penal, sino ante una prohibición administrativa que se ha elevado a la categoría de ilícito penal”. Por otro lado, los autores que indicaban que se trataba de un tipo pluriofensivo consideraban que se lesionaba mediatamente tanto los derechos individuales de los inmigrantes como colectivos, e inmediatamente el control de los flujos migratorios como un aspecto concreto del orden socioeconómico, sin embargo, otros autores reconocen como protegida la propia dignidad de estas personas. Véase Rodríguez Montañés (2001, 1738); García España y Rodríguez Candela (2002, 732 y ss.) De manera similar se manifiesta Martínez-Buján Pérez (2016, 500); Lorenzo Copello (2003, 63–94).

<sup>11</sup> La exposición de motivos de la citada ley disponía que con el delito en comento se protegía un bien jurídico colectivo, el cuál era el interés del Estado en el control de los flujos migratorios (Villacampa Estiarte 2011, 1211 y ss.). Con la modificación impetrada por la LO 1/2015, del 30 de marzo, la exposición de motivos del delito de tráfico de migrantes, previsto en el artículo 318 *bis*, nada dice en torno al bien jurídico tutelado.

2017, 228 y ss.; Lafont Nicuesa n.d., 10 y ss.; Daunis Rodríguez 2017, 452 y ss.; Monge Fernández 2017, 142; Santana Vega 2015, 1117 y ss.; Muñoz Conde 2017, 321 y ss.).<sup>12</sup> Interés social que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha venido reiterando de manera sistemática, a lo menos desde la última reforma legal (LO 1/ 2015).<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Indica que, aunque a primera vista el bien jurídico protegido parecen ser los derechos de los ciudadanos extranjeros, el verdadero objeto es más bien el conjunto de disposiciones administrativas que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España, principalmente la Ley de Extranjería española, que contiene básicamente restricciones de estos derechos (con ciertas críticas también Pomares Cintas 2015, 11 y ss.; Iglesias Skulj 2015, 942).

<sup>13</sup> Previo a la reforma operada por LO 1/2015, del 30 de marzo, el Tribunal Supremo Español si bien estaba conteste en que el control de los flujos migratorios era el interés relevante, requería además de este incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería, una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. La STS 646/2015, del 20 de octubre, realiza un análisis de la doctrina jurisprudencial referida a la anterior redacción del artículo 318 *bis*, poniendo de relieve que en dicha doctrina jurisprudencial se hacía especial incidencia en la necesidad de que “no basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros” o bien de “que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico. Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV *bis* bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina...”. En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 *bis* no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero o, en su caso, que “no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven, seria y negativamente, afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable”.

Por ejemplo, la STS núm. 536/2016, del 17 de junio, así lo ratifica “...todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios” y la STS núm. 512/2016, del 10 de junio, conforme a la STS núm. 482/2016, del 3 de junio “sancionándose esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE, del 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI)”.

Señalando también el Tribunal Supremo, a modo de resolver cualquier duda y evitar interpretaciones forzadas, que los derechos de los ciudadanos extranjeros sólo se protegen de manera colateral en el caso de grave peligro para la vida o integridad física.

STS núm. 536/2016, del 17 de junio: “Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, y STS núm. 482/2016, del 3 de junio “...sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”.

A modo de epílogo, hay que señalar que, previo a la reforma de 2015, la discusión en torno al bien jurídico protegido en este delito y las intenciones de la doctrina en justificarlo a la luz de los derechos de los ciudadanos extranjeros tenía aparentemente una respuesta dual: por una parte, agregar requisitos de legitimidad de la pena que, recordemos, era bastante desproporcionada al injusto<sup>14</sup> y, por otra parte, devolver acertadamente cierto estatus al derecho penal de ser un recurso de *ultima ratio* que no está para cuestiones o infracciones administrativas (Pomares Cintas 2015, 15). Todo sin perjuicio del errado tratamiento penal unificado —antes de la reforma de 2010— que tenía la trata (donde no mediaba consentimiento de la víctima) y el tráfico de migrantes (el inmigrante consiente), el cual generaba confusión y contribuyó de buena manera a la dispersión de posturas relatadas previamente (Gómez López y Muñoz Sánchez 2017, 226 y ss.).

---

<sup>14</sup> Situación que incluso quedó plasmada en la exposición de motivos de la LO 1/2015, del 30 de marzo.

## 2. *El caso chileno*

En el ámbito chileno, pese a la novedad que supone una disposición penal que sanciona el tráfico ilícito de migrantes, la doctrina se encuentra dividida, pero la mayoría concuerda con que se trata de un delito contra el Estado, una violación a las leyes migratorias (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile 2011, 46).<sup>15</sup> Posiblemente, la razón de aquello es que la doctrina española ha servido de precedente para ello, lo que se nota en las fuentes utilizadas por los pocos trabajos que sobre el tema existen en el caso chileno.

Algunos como Matus Acuña y Ramírez (2014, 195; véase también Lorenzo Copello 2003; Soto Donoso 2009, 172) han manifestado que lo protegido en el delito de tráfico de migrantes no es sólo la afectación de intereses de la víctima —inmigrante—, sino que principalmente es la vulneración de las normas migratorias de los Estados. En forma similar, restando el carácter pluriofensivo al delito, otros autores han indicado que el único interés que subyace a la norma es la tutela del sistema migratorio del Estado (Gajardo Orellana y Torres Figueroa 2011, 239; véase también Carnevali 2017, 241).

En una postura disidente a que el control de los flujos migratorios sea el objeto de tutela, se manifiestan Mardones y Fernández (2015, 14), indicando que además de tratarse de un delito de peligro abstracto, aquí estaríamos frente a un delito que protege la dignidad de las personas. Ésta se ve afectada en el momento que se ponen en marcha procesos de despersonalización, es decir, cuando la persona es asumida como una cosa, un objeto o mercancía (cosificación), anulándose su característica de seres libres.<sup>16</sup>

Por otra parte, aludiendo un carácter pluriofensivo a este delito se manifiesta Maldonado (2012, 103), en su opinión, se encontrarían comprometidos intereses individuales y colectivos. Se decanta porque existe un atentado a la generalidad de los derechos de los extranjeros, por existir

---

<sup>15</sup> La Ley núm. 20.507 tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.

<sup>16</sup> No obstante considerar una afectación a la dignidad humana en el tráfico de migrantes, estiman manejar una interpretación restrictiva dirigida a la tutela de la explotación del extranjero ilegal, por cuanto una interpretación distinta transformaría el bien jurídico en una afectación al principio de determinación del mandato legal.

una reducida posibilidad de obtener amparo o protección jurídica o social. Se trataría de una situación fáctica de menor acceso efectivo al ejercicio de derechos, por la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el extranjero.

La jurisprudencia, por su parte, es escasa y no está representada en sentencias de tribunales superiores, sino solamente inferiores (tribunales orales y de garantía), los que se manifiestan en la línea de que el control de los flujos migratorios sería el interés que subyace al delito.<sup>17</sup> Pero esta visión no es generalizada, puesto que algún tribunal sostiene que se trata de un delito pluriofensivo que protege tanto la seguridad individual como la libertad personal, entendidos estos como derechos que emanan de la dignidad de la persona,<sup>18</sup> y otro sostiene que además del interés estatal, de manera más relevante, se protege la dignidad humana.<sup>19</sup>

### 3. *Crítica a la tesis mayoritaria y presentación de una propuesta alternativa para el caso chileno*

La tesis basada en la defensa del sistema migratorio, de orden y control de los flujos, merece severas críticas, tanto en su aspecto sustantivo como en el orgánico sistemático.

Con respecto al aspecto sustantivo, en España como en Chile existen ordenamientos jurídicos especiales, de carácter administrativo, que de manera exclusiva y excluyente se ocupan del control migratorio dentro de las fronteras de esos Estados. En España, existe la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en Chile, el Decreto Ley 1094, del 14 julio de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Ambos cuerpos normativos contienen disposiciones que sancionan al extranjero, como a otras

---

<sup>17</sup> Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia del 13 de diciembre de 2012, RUC 1001114184-1; Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, sentencia del 12 de marzo de 2013, RUC 1200236968-9; Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, sentencia del 20 de noviembre de 2013, RUC 1300331670-4; Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, sentencia del 8 de junio de 2015, RUC 1110028038-K.

<sup>18</sup> Tribunal Oral en lo Penal de Arica, sentencia del 16 de marzo de 2016, RUC 1500472364-0.

<sup>19</sup> Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, del 11 de julio de 2017, RUC 1600660322-3.



personas, en caso de conductas de entrada, permanencia y egreso ilícito al país (véanse artículos 50 y ss. de la LO 4/2000; artículos 68 y siguientes del D.L. núm. 1094). Así, en el evento de existir dos normativas jurídicas —la ley de extranjería de cada país y el código penal respectivo— abocadas a la protección del mismo interés (control de flujos migratorios), se daría la curiosa dicotomía de coexistir en un mismo ordenamiento jurídico dos fuentes que sancionan similares conductas y tutelan el mismo interés social. Frente a ello, hay que preguntarse —y responder negativamente al mismo tiempo— si desde la óptica jurídico penal, las conductas de colaboración a la inmigración ilegal, punibles en ambos Estados, y que además muchas de ellas son ilícitos administrativos (véase artículo 1o. del D.L. núm. 1094), son compatibles con el principio de subsidiariedad que erige al derecho penal como último recurso frente a un derecho administrativo menos lesivo.<sup>20</sup>

Otra línea de reproche con carácter sustantivo se presenta en la situación de poder determinar si el sistema migratorio, entendido básicamente como el conocimiento cualitativo (quiénes) y cuantitativo (cuántos) de los extranjeros que ingresan, permanecen y egresan de cada Estado, se configura como interés social que represente la necesaria antijuridicidad material que deba importar un ilícito penal.

Un argumento adicional para criticar el sistema migratorio, como interés digno de protección penal, es de índole orgánico sistemático. Pues, tanto el legislador español como el chileno ubican al delito en un lugar que no hace presagiar ese bien jurídico como objeto de tutela. Así, en el caso español el delito se sitúa en el Título XV Bis, del Libro II del Código Penal, denominado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Con el nombre de ese epígrafe es difícil de sostener que lo tutelado, a lo menos directamente, no sea otra cosa que un derecho de un ciudadano extranjero. A su vez, el Código Penal chileno, sitúa este delito en el párrafo 5 bis, del Título VIII, del Libro II del Código penal, referido a los crímenes y simple delitos contra las personas. De esta forma, se trataría de un delito que afectaría intereses de las personas y no del Estado como de suyo implica el sistema migratorio.

---

<sup>20</sup> De una manera parecida, entre otros, se manifiestan: Villacampa Estiarte (2016, 753 y 754); Pomares Cintas (2015, 18).

Terminada la crítica, en los siguientes párrafos expondré una propuesta alternativa de bien jurídico protegido en el delito de tráfico de migrantes, pero sólo para el caso chileno. La razón de porqué aplicar a este caso y no al español obedece particularmente a que tanto el legislador como la doctrina jurisprudencial, en la península, ya se decantaron por el bien jurídico control de los flujos migratorios como objeto tutelado. Además, el caso chileno merece un trato especial, pues la pena prevista para el tipo penal residual es bastante grave (hasta cinco años de prisión), lo que amerita un entramado de bien jurídico más complejo, más allá de una falta administrativa.

La tesis que se propone considera que este delito pone en peligro intereses individuales y colectivos de manera simultánea (Roxin 2007, 58). Particularmente, se trataría de los derechos individuales de los extranjeros inmigrantes como víctimas, y el orden público como bien colectivo, cuyo padecimiento corresponde a la sociedad en su conjunto.

La propia Convención de Palermo, a través de su Protocolo complementario, reconoce expresamente que existe una necesidad de dar un trato humano a los migrantes y proteger sus derechos humanos.<sup>21</sup> Teniendo presente aquello, parece que el tráfico de migrantes se erige como un delito que puede afectar directamente intereses humanos individuales, como serían los derechos de los ciudadanos extranjeros (vida, integridad física, etcétera).<sup>22</sup>

En este sentido, se pueden advertir dos momentos en que estos derechos individuales pudiesen ser afectados. Un primer momento, con la actividad de tráfico propiamente como tal, es decir, cuando los extranjeros son transportados y se puede poner en riesgo su vida, integridad física, salud, u otros bienes jurídicos. La protección de estos bienes tiene un correlato con lo que la evidencia se ha encargado de demostrar. Los valores vida, integridad física y salud del extranjero, son los bienes que son amenazados o lesionados con la actividad de tráfico. Piénsese, verbigracia, en los grandes países receptores de oleadas de inmigrantes, como son Estados

---

<sup>21</sup> Puede consultarse el Preámbulo del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>22</sup> Naciones Unidas, desde el Convenio de la Trata, en 1949, se ha preocupado fundamentalmente de la dramática situación de los derechos humanos de las mujeres y niñas (De León Villalba 2003, 114 y ss.).

Unidos y Europa occidental, y en el *modus operandi* de las organizaciones criminales que trafican inmigrantes. Generalmente, el tráfico se hace en condiciones inhumanas y poco seguras, como lo constituyen las largas caminatas que deben hacer por el árido y agreste desierto texano o el de Arizona en el caso americano, o a través del paso por las aguas del mediterráneo en embarcaciones deficitarias que naufragan de manera recurrente,<sup>23</sup> y que ha llevado incluso al Papa Francisco, con acierto, a calificar este mar como un *cementerio de inmigrantes* (Biles 2014).

En un segundo momento, los derechos de los ciudadanos extranjeros en condiciones de irregularidad se podrían afectar, cuando éstos ingresan al país receptor y permanecen en él. Son los propios extranjeros los que se podrían convertir en víctimas, esto a partir de su propia situación de vulnerabilidad en que podrían verse afectados sus derechos. Se trata de bienes jurídicos individuales de los cuales son propietarios y forman parte de su propio espacio vital, los que en un marco de igualdad jurídica se encuentran libres de abusos por parte de terceros, pero por su especial situación de ilegalidad se verían privados del ejercicio normal (o bien, terceros podrían conculcarlos). Piénsese, por ejemplo, en que los inmigrantes ilegales no pueden acceder a redes básicas de asistencia (hospitales, colegios, etcétera) o son blancos fáciles de la criminalidad. Ello se origina porque su especial situación les impide gozar de los derechos de que son titulares el resto de la población y porque los delitos que los pueden afectar van a formar parte del listado de la cifra negra —delitos no denunciados— por temor a ser expulsados del país por su condición irregular (carecen de tutela judicial efectiva).

En otro aspecto, el delito de tráfico de migrantes amenaza al orden público como interés colectivo, pese a lo alambicado, heterogéneo y discutible que pueda parecer este término. Este es generalmente entendido en términos positivos como la tranquilidad pública, el estado de sosiego general o de paz social (Muñoz Conde 2015, 762), significa el normal y pacífico desenvolvimiento de las actividades ciudadanas (Etcheberry 2010, 261). A esta conclusión se llega luego de un examen del ordenamiento internacional, particularmente la Convención de Palermo y sus

---

<sup>23</sup> En los primeros cuatro meses de 2015, alrededor de 1,700 personas han muerto en el Mediterráneo; 100 veces más que durante el mismo periodo de 2014 (véase Amnistía Internacional, *s. d.*).

protocolos complementarios, y a un análisis de las características actuales de los efectos de la inmigración irregulares en los países receptores como se explicará.

En cuanto al instrumento internacional, si bien el Protocolo Contra el Tráfico de Migrantes reconoce que existe una necesidad de dar un trato humano a los migrantes y proteger sus derechos humanos, lo que pudiese evidenciar que se enfocaría únicamente en intereses individuales de estas personas lo que está tras el delito, no se puede pasar por alto que esa misma normativa declara y reconoce que se trata de delitos que ocasionan un “grave perjuicio a los Estados”.<sup>24</sup> Si bien no se singulariza en qué consisten los perjuicios ni cómo se manifiestan ellos, al respecto es plausible entender que se está haciendo alusión a los efectos del fenómeno y, en este caso, podrían ser los provenientes de una inmigración que es ilegal o irregular.

Ahora, con relación a las características de las migraciones, en estos tiempos, ellas tienen sus raíces en el mismo sistema económico.<sup>25</sup> El fenómeno de la globalización y la concentración de la riqueza en determinados lugares, unidos a los procesos de dominación económica y de mantenimiento del subdesarrollo en otros lugares, favorecen las migraciones de la fuerza de trabajo al servicio de las exigencias del desarrollo de los países.<sup>26</sup> Ante esto, se advierten personas que pretenden comenzar un proceso migratorio de manera legal o irregular (dependiendo de los requisitos y exigencias de los países para permitir el ingreso de extranjeros a su te-

---

<sup>24</sup> Véase el Preámbulo del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>25</sup> Los mecanismos que ponen en marcha las migraciones, alimentadas por la concentración de la riqueza y medios de producción en determinadas áreas, son: *a*) económicos: las expectativas de mejor empleo y mayores ingresos; *b*) culturales: más oportunidades de educación y promoción; *c*) de bienestar social: mayores posibilidades de gozar de más y mejores servicios. Pero, ocurre que estos mecanismos, una vez activados, continúan ejerciendo su función impulsora de los movimientos migratorios independientemente de que la coyuntura económica sea de expansión o de recesión (véase Antón Morales 2011, 21).

<sup>26</sup> Para Ribas Mateos (2002, 26) parece evidente que la desigualdad produzca descontento y violencia en las clases sociales más desfavorecidas y, a su vez, que el mercado requiera y demande seguridad y no inseguridad para su correcto funcionamiento; pero también que el aumento de la brecha entre países ricos y pobres, unido a la globalización de las comunicaciones, produzca el fenómeno de la inmigración, considerada por los expertos como parte de la globalización sumergida (véase también Daunis Rodríguez 2013, 26).

ritorio), pero siempre con la finalidad de buscar una vida en condiciones mejores a las que tenían en su país de origen.

De esta manera, se puede colegir que las migraciones que hoy cubren el mundo responden, en su gran mayoría, a un objetivo económico-laboral de buscar condiciones personales y familiares con estándares superiores a los que se tenía. Sin embargo, esas loables finalidades podrían ser rupturistas de las condiciones de un determinado mercado o área de la sociedad en el país receptor cuando la migración tiene una naturaleza irregular.

En efecto, cuando los inmigrantes se instalan en el país que los recibe sin cumplir con la normativa administrativa sobre extranjería, es en ese momento en que el orden público se ve amenazado. La inmigración ilegal puede producir efectos perniciosos en el normal desarrollo de las actividades sociales de las naciones que la sostienen, que se manifiestan en la erosión de los niveles de bienestar (económico y social) y en la paz y armonía que deben imperar en la convivencia social. Efectos que se presentan, verbigracia, por la economía sumergida que produce la clandestinidad frente a la imposibilidad de acceso al trabajo formal; la erosión del régimen tributario, sanitario y educacional de un país, al existir sujetos que hacen uso gratuito de los mismos y sin contribuciones de ninguna especie. Más grave, por cierto, son los efectos derivados de la relación social que se podría generar entre nacionales y foráneos. Está estudiado que los autóctonos crean estereotipos de los extraños, lo que lleva posteriormente a actitudes prejuiciosas hacia ellos, más cuando ellos compiten en condiciones de desigualdad con los nacionales, como ocurre frente a la posibilidad del trabajo informal —a un menor costo— para algún sector del mercado.<sup>27</sup> A ello se suma que ese pensamiento y actitud que en un comienzo fue peyorativo, que solo forma parte de la intimidad del sujeto, *a posteriori*, se puede exteriorizar en conductas discriminatorias, pudiendo terminar con la conocida xenofobia (Maneri 2010, 34; véase también Dal Lago 2006, 45; Navarro Cardoso 2006, 223–254; Wagman 2002; García España 2001, 81 y 570). Todas actividades que, si bien no se pueden generalizar y pueden ser vistas como sucesos aislados, evidentemente, en caso

---

<sup>27</sup> Un 47.1% de los encuestados (chilenos) cree que “los inmigrantes les quitan el trabajo a los chilenos” (Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile 2017, 25).

de ocurrir alteran la paz social o son una afectación o alteración de ese estado de sosiego que debería imperar en la comunidad.

Para el caso chileno, otra razón que sirve para afirmar que la naturaleza de los bienes jurídicos comprometidos en esta figura es el orden público, el cual es de índole histórico-jurídica. Efectivamente, tanto el anteproyecto de Código penal de 2005 que regulaba la inmigración ilegal, y el proyecto de nuevo Código penal de 2014 que castigaba explícitamente el tráfico de migrantes,<sup>28</sup> contemplaban como bien objeto de tutela “al orden público”.<sup>29</sup> Tampoco está de más decir que el anteproyecto de nuevo Código Penal de 2018, en su Título XII, párrafo 8, explícitamente regula el tráfico de migrantes y reconoce a éste como un delito que afecta el orden público (véase artículo 481 del anteproyecto).

### III. EL SUJETO PASIVO DE LA CONDUCTA INCRIMINADA

En España es complejo poder hablar de extranjero como sujeto pasivo del delito de tráfico de migrantes, en circunstancias que el bien jurídico protegido es el control de los flujos migratorios (Villacampa 2017, 761). Tal afirmación debería llevar a sostener inequívocamente que tal sujeto es el Estado español y no el extranjero.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de la doctrina sigue haciendo referencia al extranjero como sujeto pasivo o también tildándolo como objeto material del delito (Queralt Jiménez 2015, 885; véase también Martínez-Buján Pérez 2016, 500). Por el contrario, Villacampa Estiarte (2016, 761) repara en que el sujeto pasivo no puede ser el extranjero.

---

<sup>28</sup> Véase el artículo 501 del Proyecto: “Tráfico de personas. El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero facilitare la entrada ilegal al territorio chileno de un extranjero que no sea residente permanente, o la salida ilegal de una persona, será sancionado con prisión de 1 a 5 años y multa. El tribunal estimara la concurrencia de una agravante muy calificada: 1. si se pusiere al migrante en peligro para su persona, 2. si se diere al migrante un trato inhumano o degradante. La tentativa del delito previsto en este artículo es punible. Cuenta como tentativa la elaboración de un documento de viaje o de identidad falso con el propósito de realizar la acción señalada en el inciso primero”.

<sup>29</sup> El anteproyecto de 2005 regulaba en el párrafo 4 estos delitos, bajo el Título XIV denominados “Delitos contra el orden público”; mientras que el proyecto de 2014, en el párrafo 9 sobre la migración ilegal, regulado en el Título XII que también lleva por nombre “Delitos contra el orden público”.

Hecha la advertencia, debo mencionar que con la modificación impenetrada por el legislador de 2015 se abandona en el delito de tráfico de migrantes la histórica referencia al sujeto pasivo como “migrante” o “inmigrante”, reemplazándola por el término “persona no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea”. Con ello, se pone término a la histórica discusión que en doctrina se generaba, de saber si sólo se refería a los extranjeros como determinaba la rúbrica del título XV bis, o bien decía relación con todas las personas, cualquiera sea su nacionalidad, incluido los españoles. Problema acentuado por la confusión de encontrarse tratada en la misma disposición legal tanto la inmigración clandestina como la trata de personas.<sup>30</sup>

En la actual legislación, el objeto del delito sólo puede ser un persona que no sea nacional español o de un Estado miembro de la Unión Europea, el que además ha de ser un inmigrante ilegal, porque su entrada o permanencia en España debe vulnerar la legislación administrativa (entrada, tránsito o estancias de extranjeros), lo que implica innegablemente que se debe tratar de un extranjero extracomunitario (Santana Vega 2015, 1119); y, finalmente se requiere que no ostente la condición de trabajador, o estaríamos frente a otro supuesto legal (artículo 311 bis) (Martínez-Buján Pérez 2016, 500).

Para que se dé el tipo básico no es necesario que concurra una pluralidad de extranjeros extracomunitarios. La concurrencia de uno sólo como objeto material del delito tipifica el mismo, incluso aunque haya mediado consentimiento del mismo (Santana Vega 2015, 1119; Martínez-Buján Pérez 2016, 500).

Por su parte, el legislador chileno, sin más, se refiere al sujeto pasivo como “persona que no sea nacional o residente”, lo que implicaría una definición negativa para comprender como objeto material del delito al extranjero. Empero, el título del precepto utiliza el término “migrante”. De ahí que surja la duda de saber a cuál sujeto queda limitada la protección penal.

En atención al problema planteado, el cual no es baladí,<sup>31</sup> puesto que el concepto extranjero es semánticamente más amplio que el de migrante,

---

<sup>30</sup> Para un examen de las diversas posiciones doctrinarias, véase Rodríguez Mesa (2001, 207 y ss.); Díaz y García Conlledo (2007, 230 y ss.).

<sup>31</sup> La interpretación amplia nos llevará al absurdo de entender que el extranjero que

dándose prácticamente una relación de género a especie, se hace necesario determinar el sujeto y resolver el correcto sentido y alcance que se debiese dar a su respecto.

Para comenzar, la individualidad del sujeto pasivo no puede ser otra que la de un extranjero en consideración a la literalidad de la norma,<sup>32</sup> por el que se debe entender conforme al Diccionario de la Real Academia Española (el cual comprende tres acepciones): 1) “*que es o viene de país de otra soberanía*”, 2. o bien como alguien “*natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra*”, y finalmente, 3) la última acepción “*toda nación que no es la propia*”.<sup>33</sup>

Sin embargo, este es un concepto que es extenso todavía, cabiendo en él diversas tipologías de sujetos, tales como: migrantes, inmigrantes, turistas, residentes, transeúntes, refugiados, asilados, exiliados, entre otras (Brandariz García 2011, 6; Wagman 2005, 83; Aebi 2008, 52 y ss.; García España 2001, 137 y ss.). Por ello, se hace necesaria una precisión terminológica, la que se decanta por comprender al sujeto pasivo no sólo como un extranjero, sino también y subyugado al mismo concepto, como migrante. Situación incuestionable por su también mención expresa, y que se posiciona como primer paso en un proceso interpretativo que respeta el principio de legalidad.

Las razones de una interpretación en ese sentido encuentran cabida en el derecho internacional y más concretamente en el pacto internacional que le dio origen a este ilícito penal, el cual permite establecer inequívocamente que el inmigrante es el sujeto pasivo. Así, la Convención de Palermo y particularmente su Protocolo complementario Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, como su propio nombre indi-

---

ingresa a España o Chile en plan turista o incluso a cometer un delito, en forma clandestina o fraudulenta, unida a otros elementos típicos, podría ser considerado sujeto pasivo del delito en cuestión, en circunstancias que estimo que no lo es y no lo puede ser.

<sup>32</sup> Véase el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Chile, la carta fundamental chilena que define quienes son chilenos: “Los nacidos en territorio chileno (salvo excepciones); por derecho de sangre, los nacidos en el extranjero que sean hijos de padre o madre chilenos; los extranjeros que obtuvieran la nacionalidad chilena, y finalmente los extranjeros que obtuvieran por ley la nacionalidad por gracia”.

<sup>33</sup> Para Monclús Masó (2008, 27), la voz extranjero remite al concepto de Estado y de soberanía, porque es el Estado, en uso de su soberanía, el que atribuye la condición de nacional a unas personas, con exclusión de todo el resto, que son considerados extranjeros.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1015-1045.



ca, manifiesta la necesidad de luchar justamente contra el tráfico ilegal de migrantes, situando a este sujeto como víctima del delito.<sup>34</sup>

Una vez asentado que el sujeto pasivo del delito está referido a un *extranjero migrante*, queda por resolver qué se debe entender por migrante al no estar este concepto definido por la ley ni por los instrumentos internacionales que le sirven de fuente. La noción de migrante —bastante utilizada en diversas monografías y artículos sobre la materia— es definida por el Diccionario de la RAE como el “Que migra o emigra”. Por su parte, migrar es sinónimo de “emigrar”<sup>35</sup> e “inmigrar”,<sup>36</sup> respectivamente; referido el primero, en su primera acepción, a: “Dicho de una persona, de una familia o de un pueblo: Dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero”, y el segundo a: “Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas”.

Tras la diferenciación que acabo de evidenciar, la expresión migrante también es genérica, abarca las especies inmigrar (llegar a un país) y emigrar (abandonar el país) respectivamente. Por lo tanto, se puede concluir que en el tipo penal de tráfico la noción migrante adolece de una latente heterogeneidad la cual puede generar dudas al referirse a dos sujetos que corren en direcciones opuestas o incluso antagónicas. En consideración a aquello, la noción apropiada para definir al sujeto es la de “inmigrante” (el cual además debe ser extranjero [diferenciar la inmigración interna] no residente en el país). En ella se designa exclusivamente a la persona

---

<sup>34</sup> Además, entrega un concepto sobre lo que se debe entender por ese tráfico, indicando que “se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona a un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

<sup>35</sup> La expresión emigrar, conforme al Diccionario de la RAE, tiene cuatro acepciones: 1. intr. Dicho de una persona, de una familia o de un pueblo: Dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero; 2. intr. Ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas; 3. intr. Abandonar la residencia habitual dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida; 4. intr. Dicho de algunas especies animales: Cambiar periódicamente de clima o localidad por exigencias de la alimentación o de la reproducción (Real Academia Española 2018).

<sup>36</sup> La expresión inmigrar tiene dos acepciones, conforme al Diccionario de la RAE: 1. intr. Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas; 2. intr. Dicho de un animal: Instalarse en un territorio distinto del suyo originario (Real Academia Española 2018).

de un país, que viene a otro para establecerse ahí y desarrollar su personalidad, entendiéndose por tal la realización de una vida familiar, social, económica, religiosa, etcétera (García España 2001, 138). Desde la óptica geopolítica, esta inmigración que se denomina externa o internacional es la que se ocupa del delito de tráfico (García España, 139).

En este concepto de inmigración menos heterogéneo y más restringido, caben tanto los extranjeros regulares como los irregulares —o ilegales—. Son irregulares o ilegales los que ingresan de manera clandestina (paso fronterizo no habilitado) o fraudulenta (documentación falsa); o permanecen en él una vez vencido el permiso de estancia o residencia; se les ha denominado extranjeros o inmigrantes ilegales o clandestinos o irregulares o peyorativamente los “sin papeles” (Monclús Masó 2008, 31).

La diferencia entre los términos inmigrante y extranjero, viene dada porque el primero es un sujeto que deja su país de origen para desarrollar su personalidad en otro país, en cambio el segundo si bien lo puede hacer con esa intención, también lo puede hacer con un propósito distinto, como sería el turístico, de negocios, o incluso con una finalidad criminal. Dicho de otra forma, lo que caracteriza al inmigrante es su proceso objetivo-subjetivo de migración; siendo el primero la intención de residencia —temporal o permanente— en el país de recepción (García España 2001, 140), y el segundo una motivación de desarrollarse social y económicamente en este nuevo país, para la supervivencia personal y familiar.<sup>37</sup>

Además del inmigrante como sujeto pasivo del delito, también la sociedad, en forma mediata, se puede consolidar como sujeto pasivo del delito cuando se produce la inmigración ilegal que es lo que el ilícito pretende evitar.

A modo de conclusión preliminar, el bien jurídico sistema migratorio, conforme a su propia naturaleza jurídica, sólo puede reconocer como sujeto pasivo al Estado, prescindiendo de la noción de extranjero o migrante, salvo para configurar el tipo (infringir la prohibición de su ingreso). A su vez, el rendimiento que entregan los bienes jurídicos denominados derechos de los ciudadanos extranjeros y orden público, implican respectivamente, entre otras cosas, reconocer como víctima a un extranjero, el

---

<sup>37</sup> El concepto de inmigración económica se contrapone, desde el punto de vista del objeto y las causas, a la inmigración generada por los exiliados políticos.

que además debe ser inmigrante y, por otro lado, evidenciar que potencialmente lo podría llegar a ser la sociedad en su conjunto.

#### IV. LOS VERBOS RECTORES DE LA CONDUCTA PUNIBLE

El legislador español en un comienzo adoptó los verbos rectores promover, favorecer o facilitar, los que actualmente contempla el legislador chileno de cierta forma.<sup>38</sup> Sin embargo, abandonó esa fórmula por ser amplia e imprecisa (Pomares Cintas 2015, 14; véase también Martínez-Buján Pérez 2016, 501), y la sustituyó por la prevista en el artículo 1.1. a) de la Directiva 2002/90/CE, que promueve el verbo “ayudar” (Villacampa Estiarte 2016, 752). Este se define como prestar cooperación intencionada a un no nacional de la Unión Europea a entrar o circular en territorio español de un modo que vulnera la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros (Pomares Cintas 2015, 15), y se ha indicado que este concepto no tiene ninguna dificultad conceptual (Lafont Nicuesa *s. d.*, 11). Asimismo, se incrimina la ayuda intencionada para permanecer en territorio español cuando concorra ánimo de lucro, vulnerando también la legislación sobre extranjería (Villacampa Estiarte, 757). Conforme al Diccionario de la lengua española, ayudar implica “prestar cooperación, auxiliar, poner los medios para el logro de algo”. Esto significa que la acción colaborativa debe ser idónea para posibilitar que el extranjero vulnera la legislación sobre entrada, tránsito y permanencia (Pomares Cintas, 15). Con esta modificación además de transformar la naturaleza del delito a uno de resultado material,<sup>39</sup> se sigue castigando conductas que son claramente de complicidad (Martínez-Buján Pérez, 501; Villacampa Estiarte, 758).

STS núm. 536/2016, del 17 de junio: “Lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, con vulneración de la normativa legal reguladora, así como a su permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro...”.

<sup>38</sup> Estos verbos rectores son originarios de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, y se mantienen hasta la reforma de 2015 en que son derogados.

<sup>39</sup> Alguna doctrina sostiene que se trata de un delito permanente (Queralt Jiménez 2015, 885).

A su vez, el legislador chileno construye el tipo penal con base en dos verbos rectores: “promover” y “facilitar”. Los que han sido interpretados, generalmente, conforme al significado que les reconoce el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.<sup>40</sup> Así, promover se define como “iniciar o adelantar una cosa procurando su logro o tomar la iniciativa para la realización o logro de algo, y facilitar consiste en hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin” (Real Academia Española 2018). No huelga indicar que es la misma interpretación que se ha otorgado en otras figuras penales en que el legislador ocupa semejantes verbos rectores, como ocurre a propósito del delito de favorecimiento de la prostitución.<sup>41</sup>

Estos verbos deben ser entendidos en su sentido natural y obvio, es decir, la facilitación debe hacer posible la consecución de la entrada ilegal al país, y la promoción debe procurar que el extranjero tome la propia iniciativa para la realización de esa entrada ilegal. Ese es el sentido que le ha atribuido mayoritariamente la jurisprudencia.<sup>42</sup>

STOP de Santa Cruz 67/2012, del 12 de marzo de 2013: “...de que efectivamente el acusado facilitó, en el sentido de que cooperó y posibilitó activamente, y también promovió, en cuanto incitó y tomó la iniciativa

---

<sup>40</sup> También alguna doctrina existente tiene una concepción amplia de estos verbos, resumido en ciertas formas de tomar la iniciativa en determinar a otro a ingresar ilegalmente al país o cooperar en esta iniciativa (Mardones y Fernández 2011, 14 y ss.).

<sup>41</sup> Garrido Montt (2007, 308), a propósito del delito de promoción de la prostitución, que utiliza los mismos verbos rectores que el delito que estamos analizando, entiende el verbo *facilitar* como posibilitar el ejercicio de algo, como sería mediante la proporción de los medios para alcanzar un determinado cometido; a su vez comprende el vocablo *promoción* como inducir o inclinar a otros hacia un fin determinado. Por su parte, Politoff, Matus Acuña y Ramírez (2007, 283) en su conocido manual, a propósito del mismo delito sexual, sin hacer mayores disquisiciones hacen sinónimas las locuciones de promoción y facilitación, señalando que significa incitar o mantener lo ya iniciado (véase también Etcheberry 2010, 78). A su vez, el proyecto de ley que modifica el Código Penal, año 2014, abandona el término promoción y se queda sólo con el de facilitar, el que tampoco es definido por el legislador. Consúltese el artículo 502 del Proyecto de Código Penal de 2014; el delito de favorecimiento de la prostitución está previsto en el artículo 367 del código penal chileno.

<sup>42</sup> Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia del 13 de diciembre de 2012, RUC 1001114184-1; Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, sentencia del 12 de marzo de 2013, RUC 1200236968-9; Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Arica, sentencia del 20 de noviembre de 2013, RUC 1300331670-4; Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, sentencia del 8 de junio de 2015, RUC 1110028038-K.

para conseguirlo, el ingreso al país de los 43 ciudadanos peruanos indicados en la acusación”.

En consideración a los verbos rectores, el delito en Chile sanciona, entre otras, conductas de consumación anticipada, en que no es importante o necesario que se llegue a producir un efectivo traspaso de las fronteras para la consumación del delito,<sup>43</sup> sino que basta con una ayuda encaminada a dicho logro, como sería por ejemplo una labor de captación de extranjeros.<sup>44</sup> Respecto de la precisión que debe tener esa colaboración para que sea penalmente relevante, se debe tratar de una conducta orientada a que el extranjero ingrese de manera ilegal al país. Así, por ejemplo, el captador será penalmente responsable cuando sabiendo, incita a un extranjero a que ingrese al país por un paso fronterizo no habilitado o de una forma poco segura para su integridad (transitar por una montaña escarpada, viajar en el estanque de bencina de un vehículo, introducido en un tambor, etcétera), todo acompañado del especial elemento subjetivo del tipo (ánimo de lucro). Pero no basta con una simple ayuda o colaboración, sino que ella debe redundar en actos que de manera directa sirvan para alcanzar el cometido del ingreso ilegal al país. Si bien no se trata de un elemento explícitamente contenido en la norma, sí se infiere de aquella, a propósito de sus verbos rectores, dado que ambos suponen la consecución de un fin, que no es otro que, el ingreso ilegal al país. La promoción ocurre a nivel de fuero interno de la víctima, que resuelve voluntariamente el ingreso ilegal, y la facilitación de forma externa que se produce con la entrega de medios idóneos para alcanzar el fin de poder ingresar al país. Dicho de otro modo, las conductas que son funcionales deben estar dirigidas —como finalidad— al ingreso ilegal al país.

Siguiendo con el caso chileno, actividades indirectas, como las de dar alojamiento o comida en faenas de tráfico implican conductas de favorecimiento, pero no de facilitación, y por ello pareciera descartarse su punición bajo el delito en comento. En efecto, el favorecimiento es una

---

<sup>43</sup> Alguna doctrina chilena considera que se trata de un delito de resultado, el cual se consuma cuando se produce el ingreso ilegal al país, siendo frustrado cuando la detención se realiza antes del traspaso de las fronteras, y finalmente hay tentativa cuando el sujeto ha dado comienzo a la ejecución de los actos de promoción o facilitación, pero falta todavía uno o más para que el inmigrante esté en condiciones de traspasar ilegalmente las fronteras (Matus Acuña y Ramírez 2014, 201).

<sup>44</sup> Cuestión aparte son los problemas de jurisdicción que de ello puedan derivar.

locución más amplia que la facilitación y conlleva, en general, acciones de ayuda o apoyo para el tráfico (la facilitación es una modalidad de favorecimiento, pero no es necesariamente un favorecimiento en el sentido estricto de la expresión). La atipicidad de las conductas descritas se fundaría en que, más allá de los motivos altruistas que puedan implicar, el concepto “facilitar” no abarcaría tales acciones al no tratarse de conductas que harían posible, de manera directa, la consecución del fin previsto en la norma penal como es la entrada ilegal al país.<sup>45</sup> Lo anterior no obsta, a que la participación en dicha forma pueda castigarse como complicidad.

Ahora, tratándose del delito en comento, en España, la situación de conductas indirectas no sigue la misma suerte, ya que semánticamente el verbo ayudar es más amplio y dichas conductas podrían ser subsumidas.

La otra diferencia es que en la legislación chilena sólo se sancionan las acciones que necesariamente están encaminadas a asegurar el ingreso al país y no a permitir la permanencia en él. A su vez, en el caso español el ámbito de aplicación es más amplio porque las acciones no sólo van dirigidas al ingreso, sino también a la permanencia en España o el tránsito hacia otro Estado.

## V. CONCLUSIÓN

El rendimiento que entrega el bien jurídico denominado interés en controlar los flujos migratorios para legitimar el delito de tráfico de migrantes es insuficiente. Por su penalidad, en España —hoy— se puede hacer la vista gorda a su respecto, pero en Chile la consecuencia penal no guarda proporcionalidad con su lesividad. Sin perjuicio que, en ambos casos, transgrede abiertamente el principio de subsidiariedad penal.

Tampoco se puede dejar de advertir que en el caso español el delito de tráfico de migrantes se configura como una mera infracción administrativa que importa una vulneración simple, lisa y llana del control de los flujos migratorios como principal interés social. En cambio, en el caso chileno la situación es más compleja, pues se trata de un delito que requiere más

---

<sup>45</sup> España, previo a la modificación del Código Penal, ocurrida en 2015, además de los verbos reconocidos en nuestra legislación, contemplaba el término favorecer. Con la modificación impetrada por la LO 1/2015, del 30 de marzo, el delito de tráfico de migrantes previsto en el artículo 318 *bis*, sólo utiliza el verbo rector “ayudar”.

que una simple infracción a una norma administrativa. Se precisa, además, una conducta que sea idónea para poner en riesgo los derechos de los ciudadanos extranjeros —inmigrantes— y el orden público.

El sujeto pasivo en España, a la luz del interés social que protege la norma penal, es el Estado y no el extranjero. Éste último se configura como objeto del delito, el que sólo puede ser una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, porque su entrada o permanencia en España debe vulnerar la legislación administrativa (entrada, tránsito o estancias de extranjeros). A su vez, en Chile el sujeto pasivo debe ser interpretado restrictivamente y reducido solamente a un inmigrante inserto en un proceso migratorio y no un simple extranjero.

Para terminar, el verbo rector “ayudar” utilizado para el tipo penal en España, vino a superar los inconvenientes interpretativos suscitados por los verbos actualmente regulados por el legislador chileno que se posicionan en conductas muy acotadas.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEBI, Marcelo F. 2008. *Temas de Criminología*. Madrid: Dykinson.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. s. d., última consulta: 28 de septiembre de 2019. <https://www.es.amnesty.org/temas/refugio-e-inmigracion/sos-europe-migracion-y-refugio-en-europa/victimas-en-el-mediterraneo/>.
- ANTÓN MORALES, José Antonio. 2011. *Criminalidad versus criminalización de la inmigración en España: La eficacia policial en el control de fronteras. Ley de extranjería y Derechos Humanos*. España: Editorial Académica Española.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2011. *Historia de la Ley núm. 20.507*, <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recurso legales/10221.3/35003/1/HL20507.pdf>.
- BILES, Eleanor. 2014. “Papa pide a Europa impedir que Mediterráneo sea cementerio de inmigrantes”. *Reuters*. 25 de noviembre. <https://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESKCNO791HD20141125>.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. 2011. *Sistema penal y control de los migrantes: Gramática del migrante como infractor penal*. Granada: Comares.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. 2017. *Propuesta de redacción Delitos de tráfico ilícito de personas y trata de personas*. Manuscrito no publicado.

- DAL LAGO, Alessandro. 2006. “Esistono davvero i conflitti tra culture?” En *Multiculturalismo: Ideologie e sfide*, ed. Carlo Galli. Bolonia: Il Mulino, 2006.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. 2009. *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada: Comares.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. 2013. *El delito de trata de seres humanos: El artículo 177 BIS CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. 2017. “La inmigración ante la encrucijada: El tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual.” En *Criminalidad organizada transnacional: Una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Laura Zúñiga Rodríguez (dir.), Julio Ballesteros Sánchez (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. 2003. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (dir.). 2007. *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*. Madrid: La Ley.
- ETCHEBERRY, Alfredo. 2010. Tomo IV de *Derecho penal: Parte especial*, 3a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GAJARDO ORELLANA, Tania, y TORRES FIGUEROA, Antonia. 2011. “Los tipos penales del tráfico de migrantes y trata de personas en la ley 20.507”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 47: 231-251.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis. 2002. “Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)”. *Actualidad Penal* 29: 723-751.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa. 2001. *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARRIDO MONTT, Mario. 2007. Tomo III de *Derecho penal: Parte especial*, 3a. ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ LÓPEZ, María Isabel, y Muñoz Sánchez, Esther. 2017. “Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español.” *Cuadernos de política criminal* 123 (III, Época II): 213-246.
- IGLESIAS Skulj, Agustina. 2015. “Artículo 318 Bis: Delitos contra los ciudadanos extranjeros.” En *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2a. ed. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), GORRIZ ROYO, Elena y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (coords.). Valencia: Tirant lo Blanch.



- Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. 2017. *Informe Anual 2017. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago de Chile: INDH.
- LAFONT NICUESA, Luis. s. d. “La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros”. *Ponencias de Formación Continuada, Centro de Estudios Jurídicos, Fiscalía General del Estado*. La Coruña, España.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. 2003. “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros.” *Revista de Derecho Penal y Criminología* 12: 63-93.
- MALDONADO FUENTES, Francisco. 2012. “Acceso a la justicia”. *Seminario internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago: INDH.
- MANERI, Marcello. 2010. “Los medios de comunicaciones y la guerra contra las migraciones.” En *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, PALIDDA, Salvatore y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (dir.). Granada: Comares.
- MARDONES, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. 2011. “Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas”. *Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional* 5. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/5734-2.pdf>
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. 2016. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Derecho penal: Parte especial*, 5a. ed., GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia. 2014. *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*, 3a. ed. Santiago: Thomson Reuters.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. 2011. “Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”. *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MONCLÚS MASÓ, Marta. 2008. *La gestión penal de la inmigración: El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. 2017. “Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015”. *Cuadernos de política criminal* 121 (I, Época II): 17-70.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2015. *Derecho penal: Parte especial*, 20a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2017. *Derecho penal: Parte especial*, 21a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- NAVARRO CARDOSO, Fernando. 2006. “Extranjería, inmigración y sistema penal.” En *Inmigración y sistema penal: Retos y desafíos para el siglo*, 21a. ed., RODRÍGUEZ MESA, María José y RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coords.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTUBAY FUENTES, Miren. 2002. “El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada”. En ECHANO BASALDÚA, Juan (coord.). *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, España: Universidad de Deusto.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. 2008. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- POLITOFF L., Sergio, Jean Pierre Matus A y María Cecilia Ramírez G. 2007. *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*, 2.a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POMARES CINTAS, Esther. 2015. “Reforma del Código Penal Español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la unión europea.” *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 19 (29).
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan (dir.) 2015. “Delito asociado: Tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros” En *Derecho penal español: Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIBAS MATEOS, Natalia. 2002. *El debate sobre la globalización*. Barcelona: Bellaterra.
- RODRÍGUEZ MESA, María José. 2001. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 2001. “Ley de extranjería y derecho penal”. *La Ley* 2: 1736-1743.
- ROXIN, Claus. 2007. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. 2a. ed., trad. de Diego Luzón Peña, España: Civitas Ediciones. t. I.
- SANTANA VEGA, Dulce. 2015. “Título XV Bis, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. En *Comentarios al Código penal Reforma LO 1/2015 Lo 2/2015*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.) y MIR PUIS, Santiago. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SERRANO-PIEDecasas, José Ramón. 2002. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. En LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.). *Inmigración y derecho penal: Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1015-1045.

- SOTO DONOSO, Francisco. 2009. “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3o. del Protocolo de Palermo”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 39.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. 2011. “Comentario Artículo 177 bis”. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.). Navarra: Editorial Aranzadi.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. 2016. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, artículo 318 bis”. En Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), Morales Prats, Fermín. *Comentarios al código penal español*, tomo II, 7a. ed., Navarra: Editorial Aranzadi.
- WAGMAN, Daniel. 2002. “Estadística, delito e inmigrantes”. *Biblioteca Ciudades para un Futuro más Sostenible* 21. <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n21/adwag.html/>.
- WAGMAN, Daniel. 2005. “Población extranjera y minorías étnicas”. En César Manzanos (coord.). *Servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura punitiva*, Vitoria-Gasteiz: Salhaketa.

## EL POPULISMO PENAL EN COLOMBIA: PROPUESTA PARA UN DEBATE INCONCLUSO\*

### CRIMINAL POPULISM IN COLOMBIA: PROPOSAL FOR AN UNFINISHED DISCUSSION

Juan Pablo SARMIENTO E.\*\*

Enith Carolina BULA\*\*\*

Carolina MARIÑO M.\*\*\*\*

**RESUMEN:** El presente documento argumenta que el populismo penal ha sido interpretado y caracterizado de diversas maneras, pero que, en realidad, no se han planteado propuestas para establecer un “umbral” que permita definir cuándo se trata de una reforma penal legítima y necesaria, y cuándo estamos ante una populista o reaccionaria. Este trabajo propone un modelo aplicado a reformas penales que se podrían considerar populistas, y así, ofrecer un test que permita dar un paso hacia la teoría del populismo penal.

**ABSTRACT:** *This paper argues that criminal populism has been interpreted and characterized in many ways, but no proposals have been made to establish a “threshold” to define when a criminal reform is legitimate and necessary, or when it is populist or reactionary. This paper proposes a model applied to penal reforms that could be considered populist, and thus, offer a test that allows to take a step towards the theory of criminal populism.*

**Keywords:** *Criminal populism, legal fetishism, symbolic efficacy of law, criminal law of exception*

**Palabras clave:** populismo penal, fetichismo legal, eficacia simbólica del derecho, derecho penal de excepción.

\* Artículo recibido el 20 de abril de 2017 y aceptado para su publicación el 11 de mayo de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-7303-3300. Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctorado en derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte. Director del Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte. Correo electrónico: [jpsarmiento@uninorte.edu.co](mailto:jpsarmiento@uninorte.edu.co), [jua-sarm@uniandes.edu.co](mailto:jua-sarm@uniandes.edu.co).

\*\*\* ORCID: 0000-0002-5545-4013. Abogada y politóloga de la Universidad del Norte, especialista en derecho penal de la misma institución; estudiante de maestría en derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: [enithb@uninorte.edu.co](mailto:enithb@uninorte.edu.co).

\*\*\*\* ORCID: 0000-0002-5704-8465. Ingeniera industrial por el Politécnico Gran colombiano, magíster en ingeniería industrial de la Universidad del Norte, y estudiante de doctorado en Estadística e Investigación de Operaciones en la Universidad de Valencia España. Correo electrónico: [innaman@alumni.uv.es](mailto:innaman@alumni.uv.es)

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Populismo penal, derecho penal de excepción y enemigos isomórficos: un debate inconcluso*. III. *Una propuesta para releer el populismo punitivo*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencias bibliográficas*.

## I. INTRODUCCIÓN

¿Cómo debería reaccionar el legislador a actos de atrocidad y a la cotidianidad de conductas que cuestionan cualquier dimensión de la convivencia humana? ¿Cuáles son los límites que debería considerar el legislador al momento de crear una nueva conducta penal? En varias oportunidades, ante crímenes atroces o actos contra el patrimonio que se cometen a gran escala, el legislador ha reaccionado creando nuevos delitos o incrementando la punición de los que ya existen, acudiendo a la ficción del poder fáctico de lo normativo y la prevención general y especial de sanciones privativas de la libertad contra conductas que se pueden considerar objetivamente contrarias a la dignidad humana o al patrimonio.

Sin embargo, las frecuentes alteraciones al sistema penal muchas veces conducen a un desquiciado frenesí, que es calificado por muchos como “populismo penal”, “autoritarismo” penal o “fetichismo legal”. Con todo, existe una innegable necesidad de ajustar el sistema jurídico a paradigmas provisionales y transitorios y a direccionar conductas individuales que amenazan la dignidad humana y otros bienes jurídicos. Luego, emergen importantes cuestionamientos, no sólo a un derecho penal que falla sistemática y estructuralmente, sino a la legitimidad de la decisión del legislador de expandir todavía más, un estatuto de conductas típicas, a pesar de contar con un aparato estatal famélico, que no tiene capacidad de desplegar un proceso penal en términos razonables, ni cuenta con espacios de reclusión suficientes. Junto a esta expansión irracional del derecho penal, se han incluido beneficios procesales, que podrían ser observados como parte de la justicia “premieral” o de “apremio” (Restrepo 2015, 232), que raras veces podría beneficiar a la población carcelaria más vulnerable.

Lo antedicho nos conduce a una innegable necesidad de definir o, cuando menos, insinuar un “umbral”, entendiendo que no cualquier reforma penal es populismo, y donde no todas las reformas legales son adversas al sistema penal. Es notable que uno de los factores que parecería permear la genealogía de las reformas penales recientes y capturar rápidamente los debates públicos y políticos es la manera en que las ma-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

yorías reaccionan, desde cualquiera de las orillas ideológicas dominantes, demandando más seguridad, protección al patrimonio privado y a los mercados financieros y la transparencia de negocios con el Estado, o la protección a la familia, el medio ambiente, las mujeres, los niños o minorías raciales, etcétera. En cualquier escenario, como se presentará con posterioridad, el derecho penal se convierte en el protagonista en una arena donde se le reconoce como el portador de todos los males, y a la vez, de todas las soluciones, con mayor razón, cuando ocurren actos atroces o cuando la cotidianidad y frecuencia de delitos y reincidencias producen la certeza de un Estado que carece de elementos suficientes para garantizar la eficacia del aparato represivo.

Es allí donde el populismo punitivo, se expondrá más adelante, es reconocido como un dispositivo utilizado con fines electorales, o como una apelación al “pueblo”, quien definiría los problemas que le conciernen y cómo debe afrontarlos. Con todo, lo que ha resultado es un empobrecimiento significativo del sistema y del debate del derecho penal, una competencia por parecer más “duros contra el crimen” y una muy útil emergencia crónica, que convierten a estatutos que limitan libertades públicas y extienden el derecho penal en legislación permanente y normalizada (González 2015, 67-70).

Existe, además, un efecto bastante nocivo para la eficacia del sistema penal derivado del populismo punitivo. Se trata de la “inflación normativa” (Sarmiento 2013), que conduce a que, dada la expansión del sistema penal, las autoridades encargadas de la investigación y juzgamiento tengan que afrontar un nuevo estatuto y conjunto de delitos, pero cuenten con los mismos recursos para perseguir las nuevas y viejas conductas. Esta situación es prevista por el mismo destinatario de la norma, quien encuentra que la punición de un delito nuevo cuenta con pocas probabilidades de un juzgamiento efectivo, y con ello, la disuasión que se espera del derecho penal se erosiona rápidamente (Kleiman 2015). Inclusive, el modelo propuesto por el profesor Kleiman probaría que la pérdida de capacidad disuasiva del delito no sólo afectaría al nuevo estatuto, sino a las conductas que eran previstas por normas previas a la reforma, y con ello, podría conducir al derrumbamiento de la capacidad preventiva de la pena.

Para ofrecer entonces una visión más completa y robusta de qué se ha entendido por populismo penal, sus huellas y prácticas más frecuentes, se iniciará la presentación de un breve estado del arte y aportes que ofrecen

un marco operacional para descifrar el populismo punitivo (I), para luego, arribar a una propuesta para construir “umbral” sobre el populismo y evaluar la reforma legislativa a la luz de los anteriores aportes (II).

## II. POPULISMO PENAL, DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN Y ENEMIGOS ISOMÓRFICOS: UN DEBATE INCONCLUSO

El derecho penal se ciñe a unos fines declarados como la retribución, la prevención general y especial positiva y negativa y la protección al condenado. Con todo, el derecho penal ha sido incapaz de cumplir con tales finalidades, y, además, ha desarrollado funciones no declaradas, que han sido una muestra evidente de la instrumentalización política del derecho penal. De esa forma, el derecho penal realiza funciones que han implicado una expansión punitiva exacerbada e irracional, como el populismo punitivo, la criminalización de la pobreza, la eliminación del “enemigo”, entre otras.

El populismo punitivo ha sido un tema abordado por distintos autores para intentar explicar la irracionalidad que ha experimentado la política criminal y las tendencias expansionistas del derecho penal en diversos contextos. En Colombia, por ejemplo, tal como lo han reconocido la Comisión Asesora de Política Criminal (2012: 34) y la Corte Constitucional (Sentencia T-762 de 2015), la política criminal ha estado marcada por una tendencia al populismo punitivo.

De acuerdo con Larrauri (2006, 15, citando a Bottoms 1995), el populismo punitivo se refiere al uso del derecho penal por parte de los gobernantes con base en tres presupuestos básicos:

- a) Las penas más elevadas pueden disminuir el delito.
- b) Las penas ayudan a reforzar el consenso moral social.
- c) El uso del derecho penal permite obtener beneficios electorales.

Los dos primeros presupuestos señalados se relacionan directamente con el planteamiento de las teorías de la prevención general negativa y positiva, respectivamente. Aunque tales teorías han sido ampliamente criticadas, constituyen dos fines declarados de la pena que son reconocidos desde el mismo Código Penal en sus principios rectores (artículo 4o.). El

tercer presupuesto permite destacar la manera en que los políticos tratan de explotar el consenso de la ciudadanía por medio de la oferta electoral de seguridad y de erradicación del delito, sin atender a los distintos problemas de carácter social que se han generado a partir de la adopción de modelo económico neoliberal. El debate electoral se centra entonces en explotar el miedo que la población siente frente al delito, proponiendo como solución efectiva la expansión normativa del delito, que implica, entre otros aspectos, el establecimiento de penas elevadas, el cambio del ideal resocializador por la inocuización mediante penas degradantes, la garantía de los derechos de las víctimas, como contrapuestos a los derechos de los “delincuentes”, la privatización de la función de control del delito, entre otros aspectos (Martínez 2008, 184). En ese sentido, el populismo punitivo implica tanto la instrumentalización política, particularmente electoral, de la cuestión penal, como la activa participación de la ciudadanía en la configuración de la política criminal del Estado (Muñoz 2009, 34).

Asimismo, Ferrajoli (2013, 60) considera que el populismo punitivo comprende las estrategias enmarcadas en el área de la seguridad que se orientan a lograr el consenso popular mediante la demagogia, en respuesta al miedo que genera la criminalidad haciendo “un uso coyuntural del derecho penal, tan duramente represivo y antiguarantista, como ineficaz, respecto a las declaradas finalidades de prevención”. En ese sentido, Bas-sombrío y Dammert (2013, 6-7) atribuyen tres características al populismo punitivo: demasiada preocupación de los políticos por los sentimientos del electorado, para establecer un vínculo con la opinión pública; el énfasis de los políticos en presunciones improbadas y simplistas acerca de la criminalidad y la violencia, y la falta de importancia que los políticos dan a los efectos causados por las medidas penales que utilizan.

Además de reconocer la búsqueda del consenso ciudadano a través de la demagogia, Ferrajoli aporta otros elementos a tener en cuenta para efectos de comprender el populismo punitivo. Particularmente, el autor italiano destaca la ineficacia propia de las medidas del derecho penal expansivo, de cara a la prevención de los delitos a los que tanto teme la población. Este hecho, propio del populismo punitivo, está relacionado con la politización de los procesos de decisión legislativa y política, que Garland (2005) explica y que González reitera (2015), en donde es el “sentir



popular” quien impone los márgenes, y extiende y contrae las conductas objeto de sanción.

De ese modo, en los casos de populismo punitivo, la élite política desatiende la voz de los expertos, quienes pueden analizar la verdadera eficacia de las medidas punitivas represivas y su conformidad con los principios limitadores del derecho penal, para atender a la voz de la opinión pública desinformada, de la sociedad atemorizada y de las víctimas que buscan justicia retaliativa.<sup>1</sup> Al actuar de ese modo, los gobernantes y congresistas sacan provecho de lo que, de acuerdo con García (2014, 48), puede denominarse como la función de apaciguamiento del derecho, la cual permite resolver situaciones problemáticas a través de la eficacia simbólica del mismo.

Siguiendo a García (2014), la eficacia simbólica del derecho logra sus fines mediante la difusión de una idea de justicia, de autoridad o de legitimidad (2014:99), puesto que “su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-jurídicas legítimas” (2014, 92).

Ahora bien, Uribe (2012) propone un concepto distinto, conforme al cual el populismo punitivo se da en las sociedades en las cuales: 1) se utilice un derecho penal autoritario, 2) sectores políticos dominantes utilicen el derecho penal para efectos electorales sin importar las consecuencias de efectividad o de daño social de la norma; 3) que exista una particular sensibilidad social producida por la emergencia social inherente al modelo político neoconservador y económico neoliberal propio de la globalización, los problemas de la modernidad y de la gran ciudad; los principales medidores de esta sensación son la desigualdad económica y la inestabilidad laboral; 4) la sociedad debe presentar una escisión interna que permita diferenciar claramente a la mayoría frente a los grupos marginales. Debe existir un enemigo capaz de invitar a la mayoría a cohesionarse en su contra, a identificarse a raíz de la exclusión del “otro” (Uribe 2012, 81).

---

<sup>1</sup> Siguiendo a Díaz (2004), las víctimas han asumido nuevos roles en el derecho penal: son las demandas de las víctimas, muchas veces potenciales o arquetípicas, las que orientan el debate sobre la política criminal y se entiende que la relación entre el delincuente y la víctima es un juego de suma cero.

Partiendo de ese concepto, el autor considera que el populismo punitivo no ha existido en Colombia,<sup>2</sup> pues las particulares condiciones del país, tales como el conflicto armado, las instituciones débiles, la lógica de la emergencia, entre otros factores, han sido los que en realidad han llevado a la implantación de un “derecho penal autoritario”. De ese modo, el autor sostiene que posiblemente habrá algún caso en el que podría hablarse de populismo punitivo, como el recurso a las sensibilidades sociales con relación a los delitos sexuales en menores (véase Vélez 2007), pero que realmente no dan cuenta de transformaciones políticas como las que se dieron en Estados Unidos e Inglaterra como el paso del Estado de bienestar al Estado neoliberal, el cambio del ideal resocializador, etcétera.

Quizá en Colombia no ocurrieron tales transformaciones políticas porque nunca se materializó un Estado de bienestar y jamás se tomó en serio el proceso de resocialización del delincuente; sin embargo, los presupuestos señalados se evidencian en el diseño del sistema penal colombiano. De igual forma, si bien el derecho penal coincide y muchas veces adquiere el carácter autoritario, no es el único marco que explica el populismo punitivo. Los presupuestos que expone el autor se relacionan con otras tendencias de expansión irracional del derecho penal, como el derecho penal del enemigo (Zaffaroni 2011) y la justicia penal de excepción (Iturralde 2010). Ahora bien, estas tendencias no son necesariamente excluyentes con el populismo punitivo, pero tampoco lo explican plenamente.

Así, como se verá más adelante, la lucha contra las drogas es considerada por García (2014, 162) como una clara manifestación de populismo punitivo, que sirve como mecanismo de control contra un grupo determinado de ciudadanos, generalmente lo más pobres, y como aparato simbólico que da lugar a la construcción de un “enemigo” colectivo, en contra de quien la población se une alrededor de sus gobernantes. La lucha contra las drogas también ha sido un ejemplo de derecho penal del enemigo y justicia penal de excepción, como también lo explica Iturralde (2010).

A pesar de las notables diferencias, se debe reconocer que en Colombia, como en otros países latinoamericanos, también han influido el neoliberalismo y neoconservadurismo, y con ello, la exclusión y la desigualdad. Esto, como en los países europeos o norteamericanos, se ha visto reflejado

---

<sup>2</sup> Para el autor, en Colombia ha existido un *populismo hobbesiano*. Para más información, véase Uribe (2012, 97).

en el derecho penal en dos aspectos que se han ido profundizando: una justicia penal ineficaz ante altos niveles de criminalidad y la implementación de medidas penales de carácter represivo para hacer frente a problemas sociales. Ahora bien, no puede desconocerse una diferencia esencial concerniente a la debilidad estatal, la inestabilidad de la democracia y la carencia de legitimidad de los regímenes políticos en los países latinoamericanos, que han terminado por incrementar la violencia mediante acciones del mismo Estado (Iturralde 2007a, 113-116).

El hecho de que sociedades se caractericen por una desigualdad estructural y particularmente arraigada incide en la formación del derecho penal. De acuerdo con Wilkinson y Pickett (2009, 179-180), es posible observar que, en las sociedades más desiguales, la distinción *ellos-nosotros*, la desconfianza y el temor al delito encuentran mayor arraigo en la población. En estos casos, el sistema penal responde a presiones políticas y mediáticas, por lo que el endurecimiento de los castigos constituye una manera de ofrecer “*imagen de firmeza*” frente a la sociedad, en lugar de atender a cuestiones como la efectividad en la prevención del delito o la rehabilitación de quien delinque.

En ese sentido, también son distintas las actitudes que las sociedades, con escisiones o desigualdades notables, asumen hacia la delincuencia. Cavadigno y Dignan (2006) señalan que existe una relación entre la política económica de un Estado y la manera en que funciona el sistema penal (nivel de severidad punitiva, número de personas en prisión, etcétera). Así, en sociedades con una mayor desigualdad económica existe un mayor aumento de la severidad penal, pues las sociedades más igualitarias no sólo son más incluyentes socialmente, además intentan no ubicar al delincuente en un nivel de desigualdad mayor. De ese modo, las sociedades neoliberales, con un *ethos* individualista, tienden a generar más exclusión social, mayor desigualdad y a considerar que el individuo que delinque es totalmente responsable de sus acciones. Mientras tanto, las sociedades socialdemócratas corporativistas, con un *ethos* comunitario, tienden a generar mayor inclusión social, mayor igualdad y a considerar que la comunidad tiene la responsabilidad de resocializar al individuo que delinque. Se desarrollan entonces algunas tendencias a nivel mundial: las sociedades que se orientan hacia el neoliberalismo adoptan un sistema punitivo más severo; las sociedades con tendencia hacia la social democracia o el corporativismo adoptan un sistema penal menos severo.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

Lo antedicho se contrasta con la historia latinoamericana, que está caracterizada por lo que se anticipó, como la “emergencia crónica”, donde el “enemigo” ha mutado constantemente y con ello, ha permitido robustecer el aparato represivo del Estado, usualmente por medio de la utilización nada ponderada de los Estados de excepción. La continua y casi ineludible declaración de emergencia es un factor que se materializa en una justicia penal de excepción, particularmente autoritaria y restrictiva de las garantías y los derechos de los perseguidos penalmente y de la sociedad en general, que llegó a hacer tránsito a la legislación permanente en muchos de los casos (Iturralde 2010).

La justicia penal de excepción desarrollada en Colombia se orientó siempre, en el discurso político declarado, al sometimiento de los criminales que el Gobierno definió como los más peligrosos, como la mayor amenaza social y estatal, permitiendo en algunos casos, limitar la alteridad o penalizar movimientos sociales o algunas demandas populares. La supuesta necesidad imperiosa de proteger la existencia del Estado y la ciudadanía misma de estos criminales justificaba la utilización de mecanismos de control y tecnologías de castigo excepcionales, que implicaban una ruptura tanto con el Estado de derecho, como con los principios esenciales de la democracia liberal. En pocas palabras, la lógica operativa bajo la cual ha funcionado la justicia penal de excepción “es que mientras los enemigos de los órdenes políticos y sociales no sean derrotados no será posible otorgar a los ciudadanos el goce completo de sus derechos y libertades” (Iturralde 2010, 57).<sup>3</sup>

Durante los distintos estados de excepción, se hizo recurrente la utilización de mecanismos restrictivos similares, sin importar la ineficacia instrumental de Estado. Este hecho también obedecía a una lógica distinta, a partir de la cual los gobiernos podían conseguir réditos políticos. Así, las reformas punitivas, además de ser fácilmente implementadas, pues se agotaban en la emisión de una ley y su comunicación, generan un “impacto social y simbólico profundo, es decir, crean la representación en el colectivo de un Estado fuerte que adopta las medidas requeridas para en-

---

<sup>3</sup> Se aplica entonces el modelo del derecho a la seguridad propuesto por Baratta (2001), en el cual se da primacía al derecho a la seguridad de los de los “grupos socialmente fuertes con respecto de riesgos provenientes de grupos carentes del disfrute de derechos fundamentales”, es decir, con respecto a la seguridad de los derechos.

frentar un enemigo todopoderoso, que varía de una época a otra, según las circunstancias” (Iturralde 2010, 58). De ese modo, el sistema penal de excepción no sólo respondía a la crisis ocasionada por la violencia, también constituye un instrumento político que le ayuda a la élite política a disminuir la presión que recae sobre sí, y a legitimar su dominio (Iturralde 2010, 58).

El recurso al populismo del miedo, como lo denomina Chevigny (2003, 83 y 91), ha trasladado la atención y la agenda legislativa hacia la preocupación por la criminalidad y por la seguridad, y ha permitido dejar a un lado otras demandas sociales. Sin embargo, los mecanismos punitivos utilizados en los estados de excepción eran similares, aunque el enemigo era un factor dinámico, construido por el discurso político dominante. Así, Iturralde (2010) identifica los orígenes de la justicia penal de excepción en el gobierno de Rafael Nuñez (1886), en el cual el enemigo era la oposición al régimen, en el gobierno de Miguel Abadía Méndez (1928), el enemigo eran los huelguistas que protagonizaron conflictos laborales con la United Fruit Company. Con la instauración del Frente Nacional, la justicia penal de excepción se consolidó en torno a un enemigo distinto, los cuales serían los movimientos obreros, estudiantiles y sociales que organizaban las distintas protestas sociales por la precariedad de las condiciones de vida de las clases menos favorecidas en el país. Con el surgimiento y expansión de los grupos armados, estos también pasaron a ser objeto de la persecución penal de excepción. Al finalizar el Frente Nacional, el narcotráfico cobra fuerza como el enemigo central en torno al cual se estructura el discurso penal de excepción por décadas.

En el caso de la guerra contra las drogas, se hace particularmente visible el populismo punitivo en el marco de la justicia penal de excepción. El propósito no era la derrota del narcotráfico, pero la reforma legal se tomó como medio para comunicar un valor, simbolizar una meta, y crear una representación en la opinión pública (García 2014, 170).<sup>4</sup>

Paradójicamente, durante el gobierno siguiente a la guerra contra las drogas, no sólo se creó la Constitución de 1991, cargada de derechos y garantías, sino que, también, se dio la integración del sistema penal de

---

<sup>4</sup> La criminalización de la dosis personal en el marco de la lucha contra las drogas también puede ser considerada como un ejemplo de populismo punitivo (Londoño y Restrepo 2011).

excepción en el nuevo ordenamiento jurídico. La normalización de la justicia penal de excepción obedecía a varias causas, entre ellas, la necesidad transmitir una “imagen engañosa de poder” con el fin de “difuminar y encubrir las crisis políticas producto de su incapacidad práctica de reducir la violencia y retomar el control del orden público” (Iturralde 2010, 149).

Durante el gobierno de Gaviria y el de Samper, el enemigo principal continuó siendo el narcotráfico, y junto a él, los grupos armados ilegales. Durante el gobierno del conservador Andrés Pastrana, los esfuerzos se centraron también en el narcotráfico, con el *apoyo* de los Estados Unidos mediante el Plan Colombia, y se desarrolló el proceso de paz con las FARC.<sup>5</sup> Ante el fracaso de este proceso, el gobierno de derecha de Álvaro Uribe elaboró un discurso alrededor de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) como principal enemigo, el cual fue categorizado como terrorista y narcotraficante, y desarrolló el proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con quien manejó un discurso menos intenso y negoció la Ley de Justicia y Paz, “como imagen invertida de las formas del sistema penal de excepción” (Iturralde 2010). Así, la seguridad democrática fue una política de doble vía, que ofrecía un tratamiento diferenciado para las guerrillas y los paramilitares. Para las primeras, se negó la existencia del conflicto armado y la condición de delincuentes políticos, por lo cual se restringieron sus condiciones de negociación; a los segundos, se les reconoció estatus político y se les brindó un trato legal favorable (Iturralde, 2010).

En ese periodo, la justicia penal de excepción sirvió para cubrir los vínculos entre las elites políticas y económicas del país y el paramilitarismo, protegiendo el *statu quo*: un modelo autoritario y excluyente (Iturralde 2010, 295). En definitiva, el sistema penal de excepción, siguiendo a Schmitt, funcionó bajo la lógica amigo/enemigo, en la que prevalecen los intereses de los poderosos, bajo el ejercicio de una política que busca eliminar a los indeseables y mantener el orden vigente. El gobierno autoritario aprovechó el temor social, el miedo irracional que el mismo Estado creó a través del uso ilegítimo y expansivo de la violencia, y que sirve

---

<sup>5</sup> Sobre la justicia penal de excepción en los gobiernos de Pastrana y Uribe, véase también Iturralde (2007b).

como soporte para garantizar la obediencia social y la cohesión en contra del enemigo construido<sup>6</sup> (Iturralde 2003).

### III. UNA PROPUESTA PARA RELEER EL POPULISMO PUNITIVO

Como se evidenció, el expansionismo penal se explica a partir de múltiples causas, propias y particulares de su contexto, entre las cuales se puede destacar la concurrencia con el derecho penal del enemigo y la reforma penal de excepción. El populismo punitivo, en el marco teórico abordado, ha sido caracterizado por: *a*) la expansión irracional del derecho penal (sea a través la creación de nuevos delitos, el aumento de las penas, la creación de agravantes, la exclusión de beneficios y subrogados, etcétera), *b*) mediante procesos de creación de normas jurídicas altamente politizados —en los cuales no hay lugar para los conceptos e investigaciones empíricas de grupos de expertos o especialistas en el área, y no se tiene en cuenta la verdadera efectividad que las normas puedan tener para cumplir con el fin que dicen buscar (la prevención de los delitos)—, *c*) que dicen responder a la necesidad de prevenir la comisión de delitos, pero que en realidad obedecen a lo que demanda la opinión pública, a la “necesidad” de reivindicar a las víctimas o a la satisfacción de los sentimientos de algunos sectores de la sociedad, como el miedo, la sed de retaliación, etcétera, con la posibilidad de sacar provecho político de los efectos simbólicos de la pena, con la finalidad de generar un doble beneficio para el gobernante: el efecto simbólico de apaciguamiento de la población y la posible obtención de réditos políticos.

A la luz de los aportes previamente citados, a continuación, presentaremos la siguiente propuesta, tomando como ejemplos de populismo punitivo el feminicidio, el aborto, las quemaduras con ácido y la penalización de conductores en estado de embriaguez. Así, se encontrarán varios insumos que anticiparon los autores citados, y se propondrá su medición, a partir de la propuesta anunciada. De este modo, se establecerá en una

---

<sup>6</sup> En ese sentido, Zaffaroni (2011, 13 y 150) señala que “el *enemigo de la sociedad o extraño*, es decir, el ser humano considerado como *ente peligroso o dañino* y no como *persona con autonomía ética*, desde la teoría política, sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total”. Siguiendo a Schmitt, reitera que “el enemigo no viene ónticamente impuesto, no es un dato de hecho que se impone al derecho, sino que es políticamente señalado. Aunque existan mitos anteriores, se reconoce que se señala al *enemigo* porque conviene señalarlo”.

calificación binaria de 0 a 1 o una escala de indicadores, si el delito —o el intento para consagrarlo— fue el resultado de alguno de los siguientes factores: 1) expansión irracional del sistema penal, 2) de la politización del proceso legislativo, 3) desatendieron la voz de expertos, 4) explotaron la sensibilidad social producida por la desigualdad, 5) revelan una escisión social interna y 6) son normas con una alta ineficacia.

*Factor 1. Desatiende la voz de expertos*

Para medir el factor se propone un indicador de eficacia que se calcule como el número de propuestas atendidas sobre el número de propuestas planteadas por el Consejo de Política Criminal, así:

$$F_1 = \frac{PA}{PP}$$

Donde:

***PA = # de propuestas atendidas***

***PP = # de propuestas planteadas por el Consejo de Política Criminal***

Para medir este factor se propone la siguiente escala:

TABLA 1  
ESCALA DE CALIFICACIÓN DEL FACTOR 1

<i>Proporción</i>	<i>Puntaje</i>	<i>Nivel de populismo</i>
[0; 0,25)	1	Alto
[0,25; 0,5)	0,75	Medio
[0,5; 0,75)	0,5	Bajo
[0,75; 1)	0	Nulo

FUENTE: elaborado por los autores.

Valores bajos resultantes en  $F_1$  representan niveles altos de populismo en este factor.



### *Factor 2. Alta ineficacia de la norma*

Para medir el factor se propone un indicador de eficacia que se calcula como el número de condenas sobre el número de ocurrencias del delito, así:

$$F_2 = \frac{C}{O}$$

Donde:

***C = # de condenas por este delito***

***O = # de ocurrencias del delito***

Para medir este factor se propone la siguiente escala:

TABLA 2  
ESCALA DE CALIFICACIÓN DEL FACTOR 2

<i>Proporción</i>	<i>Puntaje</i>	<i>Nivel de populismo</i>
[0; 0,25)	1	Alto
[0,25; 0,5)	0,75	Medio
[0,5; 0,75)	0,5	Bajo
[0,75; 1)	0	Nulo

NOTA: elaborado por los autores.

Valores bajos resultantes en  $F_2$  representan niveles altos de populismo en ese factor.

### *Factor 3. Expansión irracional del derecho penal*

Para medir este factor se deben revisar los siguientes elementos que evidencian populismo, en los contenidos de la norma:

- 1) Creación de nuevo delito.
- 2) Aumento de penas.
- 3) Creación de agravantes.
- 4) Exclusión de beneficios y subrogados.

Cada uno de estos elementos será comprendido como una variable binaria así:

$$E_i \left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si el elemento } i \text{ está presente} \\ 0 \text{ en el caso contrario} \end{array} \right\}$$

Donde:

$E_1$  = Creación de nuevo delito.

$E_2$  = Aumento de penas.

$E_3$  = Creación de agravantes.

$E_4$  = Exclusión de beneficios y subrogados.

Para medir este factor se propone un indicador de eficacia que se calcula como el número de condenas sobre el número de ocurrencias del delito, así:

$$F_3 = \frac{\sum_{i=1}^4 E_i}{4}$$

Donde:

$$E_i \left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si el elemento } i \text{ está presente} \\ 0 \text{ en el caso contrario} \end{array} \right\} \text{ con } i = \{1; 2; 3; 4\}$$

Para medir este factor se propone la siguiente escala:

TABLA 3  
ESCALA DE CALIFICACIÓN DEL FACTOR 3

<i>Puntaje</i>	<i>Nivel de populismo</i>
1	Alto
0,75	Medio
0,5	Bajo
0,25	Nulo

FUENTE: elaborado por los autores.

Valores altos resultantes en  $F_3$  representan niveles altos de populismo en ese factor.

#### *Factor 4. Politización del proceso legislativo*

Para medir este factor se deben revisar los siguientes elementos sociales que evidencian populismo:

- 1) Existe una víctima o victimario emblemático.
- 2) Se han realizado marchas o movilizaciones (recolección de firmas).
- 3) Amplio cubrimiento de noticias.

Cada uno de estos elementos será comprendido como una variable binaria así:

$$S_i \left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si el elemento } i \text{ está presente} \\ 0 \text{ en el caso contrario} \end{array} \right\}$$

Donde:

$S_1$  = Existe una víctima o victimario emblemático.

$S_2$  = Se han realizado marchas o movilizaciones (recolección de firmas).

$S_3$  = Amplio cubrimiento de noticias.

Para medir este factor se propone la siguiente escala:

TABLA 4  
PONDERACIÓN DE LOS ELEMENTOS SOCIALES QUE DEMUESTRAN  
UNA POLITIZACIÓN DEL PROCESO LEGISLATIVO

<i>Elemento</i>	<i>Peso (w)</i>
$S_1$	0,25
$S_2$	0,5
$S_3$	0,25
Total	1

FUENTE: elaborado por los autores.

Para medir este factor se propone un indicador de eficacia que se calcula como la suma de productos de la existencia del elemento social por su peso, así:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

$$F_4 = \sum_{i=1}^3 S_i * W_i$$

Donde:

$$S_i \left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si el elemento } i \text{ está presente} \\ 0 \text{ en el caso contrario} \end{array} \right\} \text{ con } i = \{1; 2; 3\} \text{ y}$$

$$W_i = \text{Peso del elemento } i; \text{ con } i = \{1; 2; 3\}$$

Para medir este factor se propone la siguiente escala:

TABLA 5  
ESCALA DE CALIFICACIÓN DEL FACTOR 4

<i>Puntaje</i>	<i>Nivel de populismo</i>
$\geq 0,75$	Alto
0,5	Medio
0,25	Bajo
0	Nulo

FUENTE: elaborado por los autores.

Valores altos resultantes en  $F_4$  representan niveles altos de populismo en ese factor.

#### *Factor 5. Sensibilidad social producida por desigualdad*

Para medir este factor se debe contestar la siguiente pregunta: ¿hay evidencia de desigualdad y escisión social reflejada en la reforma penal?

La respuesta a esta pregunta es tomada como una variable binaria así:

$$F_5 \left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si hay evidencia de desigualdad} \\ 0 \text{ en el caso contrario} \end{array} \right\}$$

El valor 1 resultantes en  $F_5$  representa populismo en ese factor.

### Factor 6. *Escisión social interna*

Para medir este factor se debe contestar la siguiente pregunta: ¿existe un enemigo común identificado en la reforma penal?

La respuesta a esta pregunta es tomada como una variable binaria así:

$$F_6 \begin{cases} 1 \text{ si existe un enemigo común} \\ 0 \text{ en el caso contrario} \end{cases}$$

El valor 1 resultantes en  $F_6$  representa populismo en ese factor

### *Operacionalización de los factores*

El nivel de populismo penal se estima como la sumatoria de los seis factores de populismo, así:

$$PP = \sum_{i=1}^6 F_i$$

Para identificar el nivel de populismo, se propone la siguiente escala:

TABLA 6  
ESCALA DE CALIFICACIÓN

<i>Valor de PP</i>	<i>Nivel de populismo</i>
(4,5;6]	Alto
(3;4,5]	Medio
(1,5;3]	Bajo
[0;1,5]	Nulo

FUENTE: elaborado por los autores.

A continuación, se presentarán los resultados de la aplicación de estos factores a los delitos de feminicidio, el aborto, las quemaduras con ácido y la penalización de conductores en estado de embriaguez, y demostrar de esta forma, la utilidad del modelo utilizado. El primer caso seleccionado, el tipo penal de feminicidio (artículo 104A del Código Penal colombiano) fue creado mediante la Ley 1761 de 2015, también conocida como la Ley

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

Rosa Elvira Cely. La ley recibió el nombre de una mujer que fue víctima de un homicidio extremadamente violento, cuya atrocidad lo llevó a ser mediatizado (Semana 2012) y a conmocionar a amplios sectores del país. Los hechos ocurrieron el 24 de mayo de 2012, a menos de un mes de que acabara la legislatura; pero para el 1o. de agosto ya se presentaba en el Congreso una iniciativa (proyecto de ley 49/12)<sup>7</sup> para penalizar el feminicidio. Este primer proyecto fue archivado por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2013. Posteriormente, el 25 de octubre de 2013 se presentó un nuevo proyecto de ley (107/13 Senado, 217/14 Cámara), que fue sancionado como ley el 7 de julio de 2015.

Este delito revela la expansión irrazonable del derecho penal, pues antes de la creación del tipo penal, los casos en que se ocasionaba la muerte a una mujer, por el hecho de ser mujer, constituían homicidio agravado y tenían una pena entre 400 y 600 meses (artículo 103, Numeral 11 del Código Penal colombiano). Esta causal de agravación es derogada y en su lugar se crea el tipo penal de feminicidio con una pena entre 200 y 500 meses, y con sus propias causales de agravación (entre ellas se incluyen algunas de las causales de agravación para el homicidio) para las cuales se establece una pena entre 500 y 600 meses. También se añadió una causal de agravación a las lesiones personales, entre otros cambios. La redacción misma del delito permite constatar la irrazonabilidad de la expansión del derecho penal, pues el tipo que alcanza a cobijar una gran cantidad de conductas, incluso algunas que no se cometen contra la mujer por el hecho de serlo.

Este delito también da cuenta de un proceso politizado y que desconoció las voces de expertos. En efecto, con la Ley 1761 de 2015, el Congreso desconoció el concepto desfavorable del Consejo Superior de Política Criminal, en el cual no sólo reiteró que se debían adoptar medidas no penales para poder reducir de manera efectiva la violencia de género,

---

<sup>7</sup> En la exposición de motivos del proyecto destacaba el caso de Rosa Elvira Cely como argumento a favor de la penalización del feminicidio: “Hechos de luto nacional como el cruel feminicidio, violación, tortura y empalamiento de Rosa Elvira Cely recientemente ocurrido, visibilizan y ponen en evidencia las formas más crueles de violencia basada en género, que compelen a que el Congreso de la República adopte una ley que penalice ejemplarmente el feminicidio y todas las formas de violencia contra las mujeres, por el hecho de ser mujeres” (Congreso de la República de Colombia, 2012, Gaceta 488 del 3 de agosto).

sino que además se señalaron los problemas de redacción que tenían las disposiciones normativas.<sup>8</sup>

La creación del delito del feminicidio también revela una explotación de sensibilidades sociales derivadas de desigualdades, en particular, el acto de atrocidad cometido contra Rosa Elvira Cely, que levantaron sus voces para apoyar el proyecto, para reclamar justicia y para agradecer una vez que éste fue sancionado.<sup>9</sup>

En este sentido, el mismo Consejo Superior de Política Criminal opinó: “La regulación propuesta está llamada a cumplir con una función simbólica, que no propone una respuesta eficiente a la violencia contra la mujer...” (Congreso de la República, 2014, Gaceta 693 del 10 de noviembre), una función de apaciguamiento de las masas que demandaban acciones estatales para prevenir nuevas víctimas.

La implementación de este delito también da cuenta de una profunda escisión social interna, derivada por la notable desigualdad económica y diversos imaginarios machistas que trazan una diferencia entre hombres y mujeres. Por otra parte, la ineficacia instrumental en este caso resulta notoria, teniendo en cuenta que, a diciembre de 2016, sólo se habían impuesto ocho sentencias condenatorias y se han decretado 46 medidas

---

<sup>8</sup> El ente asesor de la política criminal colombiano advirtió que: “La problemática de la violencia de género de la que resultan víctimas las mujeres, merece especial atención por parte del Estado colombiano. Sin embargo, enfocar la intervención del mismo en una respuesta netamente penal, además de exonerar a otros gestores de las políticas públicas, buscaría reprimir este tipo de comportamientos solo cuando lleguen a su máxima expresión, es decir, cuando se cause la muerte de una mujer, olvidando que, la violencia que se ejerce contra ellas no es solo la feminicida, y que respecto de ese otro tipo de violencias las cifras revelan un panorama mucho más preocupante. El Código Penal, por su parte, además del referido numeral undécimo del artículo 104, consagra disposiciones, en la parte general, que están llamadas a condicionar la parte especial, en las que se entienden introducidas perspectivas de protección de género, o se identifican algunas situaciones con las que pretende incluir con el proyecto de ley... Por lo anterior no es cierto que exista un panorama de desprotección penal a las mujeres como grupo vulnerables dentro de la sociedad. Debe tenerse en cuenta que la redacción de la propuesta legislativa vulnera los principios de legalidad, taxatividad, tipicidad y que, de quererse incluir la conducta de feminicidio de manera autónoma, la misma se debería reformular, pues, tal como se consagra, se incluyen conductas ajenas a la violencia de género, reduce la pena, elimina una causal de agravación para las lesiones personales y reduce el grado de protección constitucional” (Congreso de la República, 2014, Gaceta 693 del 10 de noviembre).

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, *El Espectador* (2012) y *El Tiempo* (2015).

preventivas en procesos penales abiertos, aún pendientes de resolución definitiva, frente a más de 4,700 casos estimados de feminicidio (véase, por ejemplo, Fiscalía General de la Nación 2017, en adelante FGN).

La misma suerte “populista” seguiría la creación del tipo penal sobre quemaduras y lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares (artículo 116A del Código Penal), que fue creado mediante la Ley 1773 del 2016. Esta ley también lleva el nombre de Natalia Ponce, una mujer que fue víctima de un ataque con ácido el 27 de marzo de 2014. Se trató de un caso altamente mediatizado, en el que el país ha estado al tanto de los distintos progresos que ha tenido la salud de esta víctima emblemática y rechazado vehementemente los ataques de esta naturaleza. Antes de que el caso tuviera lugar, el último intento para penalizar ese tipo de conducta de manera autónoma había sido en 2012, mediante el proyecto 197 de 2012 Senado, aunque en febrero de 2013 se había sancionado la Ley 1639 de 2013, por medio de la cual se añadió un inciso a la disposición que regula la pena de lesiones personales por deformidad, en el cual se agravaba la pena cuando ésta fuese ocasionada mediante “cualquier tipo de ácidos; álcalis; sustancias similares o corrosivas”.

Durante el mes que siguió al caso de Natalia Ponce, en el Congreso se presentaron los tres proyectos de ley que buscaban penalizar la conducta mediante un tipo autónomo: 183 de 2014 Senado; 191 de 2014 Senado, y 66 de 2014 Cámara. También se presentó un proyecto, que buscaba considerar la conducta como parte del tipo penal de tortura (proyecto 185 de 2014 Senado). Esa legislatura acabó sin que ninguno de los proyectos se aprobara, pero el 20 de julio, al inicio de la siguiente legislatura, se presentaba una iniciativa que culminaría en la aprobación de la Ley 1773 de 2016.

Como se mencionó, las lesiones personales ocasionadas por ácido y sustancias químicas supone una inflación irracional del sistema penal, que crea el tipo penal especial, a pesar de que dicha conducta se encuadraba en el tipo penal de lesiones personales, agravadas por el uso de ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas, que dañan o destruyen el tejido humano al entrar en contacto con él, cuya pena era de 72 a 126 meses (artículo 113 del Código Penal, inciso derogado por la Ley 1773 de 2016),<sup>10</sup> y

---

<sup>10</sup> El inciso derogado fue creado mediante la Ley 1639 de 2013, cuyo proceso legislativo también permite ejemplificar el populismo punitivo, tal como lo explica Díaz (2014).



que con la citada norma, pasó a tener una pena de 150 a 240 meses, agravada si llegara a causar deformidad o daño permanente —de 251 a 360 meses—; todo esto con la posibilidad de aumentar en una tercera parte si el daño afecta la cara, lo que implicaría un máximo de pena de hasta 470 meses. De ese modo, el delito podría llegar a tener una pena mayor que el homicidio. Además, la conducta tipificada fue incluida en el listado de delitos a los cuales se les excluye beneficios y subrogados penales (artículo 68A del Código Penal).

En el proceso legislativo también se ignoraron las voces expertas, en la medida en que el Congreso desconoció el concepto desfavorable del Consejo Superior de Política Criminal (2015), que propuso revisar previamente los resultados que ha arrojado la legislación vigente en materia de reducción del delito y protección de los derechos fundamentales de las víctimas, entre otros argumentos.

Este proyecto de ley fue politizado, y como se señaló, emerge a partir de una “víctima emblemática”, el caso de Natalia Ponce, que contó con un seguimiento notable por parte de la opinión pública, lo cual permitió que la ciudadanía conociera el proceso de recuperación de la víctima, al tiempo que apoyaba el proceso legislativo (véase, por ejemplo, *El Tiempo* 2014). Adicionalmente, el mismo Congreso, en la exposición de motivos del proyecto, reivindicó a las víctimas y declaró la necesidad de “[rechazar] este tipo de crímenes que afectan de manera especial a la mujer, y estipule fuertes sanciones para quienes se atreven a llevar a cabo la violencia con ácido” (Congreso, 2014, Gaceta 366 del 24 de julio).

Posteriormente, frente al concepto desfavorable del Consejo Superior de Política Criminal, el Congreso centró su argumento en una apelación al pueblo, afirmando incluso que el sistema penal “está privilegiando los derechos de quienes cometen crímenes en detrimento de sus propios derechos y libertades, de su seguridad personal y la de su familia” (Congreso de la República de Colombia, 2015, Gaceta 859 del 28 de octubre).

Este proyecto de ley también da cuenta de una profunda escisión social interna, producto de la estructural violencia de género. En efecto, de la mano de la ineficacia instrumental que ha tenido este delito, se puede constatar un abismo entre el número de víctimas denunciadas y el número efectivo de condenados, pues se estima que, en Colombia, entre 2004 y 2016, hay más de 954 mujeres víctimas de quemaduras con ácido, y sólo ha habido ocho personas condenadas a la fecha (FGN 2017).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

El tercer ejemplo que se ha utilizado en este documento es la aprobación de la Ley 1696 de 2013, resultado de varios proyectos, que pretendían regular penalmente la conducción en estado de embriaguez. El proyecto 28 de 2012 Cámara (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 465 de 2012), que se acumuló en el 80 de 2012 Cámara/ 28 de 2012 Senado (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 518 de 2012), fue archivado por tránsito de legislatura en junio de 2013.

Sin embargo, el 12 de julio de 2013, Fabio Andrés Salamanca, un joven que conducía en estado de embriaguez una camioneta de lujo, ocasionó la muerte de dos jóvenes y dejó paralítico a un taxista. Los hechos fueron mediatizados y conmocionaron al país (Semana 2013). El 20 de julio de 2013, al inicio de la legislatura, se radicó en el Congreso el proyecto 16 de 2013 Senado que, irracionalmente, proponía tipificar el homicidio doloso por conducir en estado de embriaguez estableciendo una presunción objetiva del dolo<sup>11</sup> (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 573 de 2013).

A los pocos días, el 8 de agosto de 2013, se radicó un nuevo proyecto —el 47 de 2013 Senado— que buscaba establecer una medida policiva consistente en arresto entre 1 y 10 días para los conductores en estado de embriaguez (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 599 de 2013). Finalmente, ambos proyectos fueron acumulados en el proyecto de ley 117 del 2013 Cámara/90 de 2013, Senado (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 749 de 2013), radicado el 16 de septiembre de ese año. Este último culminaría con la aprobación de la Ley 1696 de 2013 en diciembre del mismo año, cuatro meses después de que se presentara la iniciativa.<sup>12</sup> La mencionada ley añadió una nueva circunstancia de agravación al tipo penal de homicidio culposo (artículo 110, numeral

---

<sup>11</sup> Específicamente, el proyecto establecía que “se entenderá que incurre en homicidio doloso todo agente que al conducir vehículo automotor bajo el influjo de bebidas embriagantes, o sustancias psicotrópicas, ocasione siniestro de tránsito que tenga como resultado la muerte de personas, si hecha la prueba para medir el nivel de las bebidas embriagantes, o sustancias psicotrópicas en el organismo se establece tercer grado” (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 573 de 2013).

<sup>12</sup> De acuerdo con Díaz (2004), los actores encargados de crear el derecho brindan un acceso privilegiado a las demandas de la opinión pública, las víctimas y la sociedad, evadiendo los controles burocráticos democráticos. En ese sentido, se acelera el proceso legiferante y se le quita importancia al debate parlamentario; aludiendo a la urgencia de la alarma social o al consenso social se dejan de lado los espacios en los cuales podían opinar

6 del Código Penal), consistente en un aumento de la pena en los casos en que la persona comete el homicidio culposo “conduciendo en estado de alcoholemia mayor o igual a 1 grado o bajo el efecto de alguna droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante” para la ocurrencia del hecho.

En este caso constatamos un aumento irracional del sistema penal, debido a que se incluía un agravante en el delito. El texto previo a la reforma establecía una pena que se encuentra entre los 32 y los 108 meses (artículo 109 del Código Penal colombiano), mientras que, con la agravante consagrada en la mencionada ley, la pena se aumenta de las dos terceras partes al doble (artículo 110 del Código Penal colombiano), lo cual supondría una pena entre 64 y 180 meses. De igual forma, el proceso de creación de la Ley 1696 de 2013 desconoció las voces de expertos, pues ignoró el concepto desfavorable del Consejo Superior de Política Criminal. Durante uno de los debates en el Congreso, varios senadores se refirieron al concepto negativo del ente asesor, y expresaron lo siguiente:

Claro, aquí nosotros nos las damos de juristas y claro que el concepto del Consejo de Política Criminal y nos critica que porque nosotros estamos legislando de acuerdo a los acontecimientos y que hay que legislar en este país como diga el consejo de política criminal. Yo les pregunto, señores, fuera de los parlamentarios que hacen hoy parte de ese consejo de política criminal, ¿quién ha sido elegido popularmente? Si son unos juristas muy eminentes que yo respeto mucho, pero ellos lo único que hacen es emitir conceptos, conceptos, ayudas acá para que tomemos decisiones desde el punto de vista jurídico adecuadas, pero no son de carácter obligatorio y vinculante (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 19 de 2014).

En el mismo sentido, el proceso legislativo se vio politizado, y los congresistas argumentaron, durante el debate, que la reforma penal respondía a la opinión pública, las víctimas, la ciudadanía, y que la importancia de la ley radicaba en su efecto simbólico.<sup>13</sup>

---

los expertos. De ese modo, los políticos establecen una relación inmediata entre lo que busca la población y la creación del derecho penal, mientras acumulan réditos políticos.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, el Senador Juan Carlos Vélez Uribe, dejando de lado el concepto del Consejo Superior de Política Criminal, señaló: “A mí me puede decir el consejo de política criminal mire, yo le recomiendo esto, y yo le puedo decir si me pareció, no me parece; yo interpreto es a mis electores y a los ciudadanos, a la gente de la calle, y la gente de la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

## En definitiva, el Congreso desconoció el carácter de *última ratio* del de-

calle no está interpretando hoy lo que ese concepto dice; la gente de la calle está pensando otra cosa diferente, los medios de comunicación, la opinión pública, el país entero está pensando muy distinto a como está pensando hoy el consejo de política criminal.

Claro y podemos incluir esa recomendación renueva absolutamente ningún problema en que la incluyamos, pero esa no debe ser la decisión de esta comisión conjunta; nosotros no podemos salir mañana a decirle al país que la decisión que tomamos fue esa, porque no nos la van a perdonar, no la van a perdonar, el país está pidiendo sanciones eficaces para controlar a los conductores embriagados y allí están las víctimas, las víctimas de los conductores embriagados pidiendo y exigiendo decisiones fuertes, decisiones eficaces. Es que nosotros cada fin de semana vemos la cantidad de situaciones en las cuales se ven enfascados conductores embriagados donde hay lesionados, donde hay muertos, o miren el caso de este muchacho Salamanca” (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 19 de 2014).

A su vez, el representante a la Cámara, Orlando Velandía Sepúlveda, adujo que “uno ve el documento que ha hecho llegar a estas Comisiones Conjuntas el viceministro, sobre un pronunciamiento del Consejo Superior de Política Criminal, obviamente sin haber leído este documento ya varios compañeros lo habían manifestado sobre una inexistencia de política criminal en Colombia, sobre el uso inadecuado que se le esté dando al derecho penal como primera medida por la carencia de una política real de resocialización en las cárceles.

En fin, por todos esos buenos argumentos que se han traído, obviamente uno no los puede soslayar, ignorar o desconocer; lo que sí necesitamos, señores congresistas y estimados compañeros que escuchan a esta hora este debate, es que esta ciudadanía que está esperando a que este Congreso haga algo, que avancemos en el camino de ir solucionando un problema ya trágico en la sociedad colombiana.

Si miramos cómo ha evolucionado el proyecto, es todo y se ha reducido simplemente a que busquemos a través de unas circunstancias de agravación punitiva lo establecido en el artículo 109 del Código Penal sobre el homicidio culposo, claro que tendrá dificultades, claro que buscaremos medidas más integrales como las que bien explicaba el doctor Alfredo Deluque, pero es necesario que este Congreso dé una señal al pueblo colombiano de que sí estamos buscando una solución” (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 19 de 2014).

Algunos congresistas expresaron su desacuerdo frente a posturas como las anteriores. Así, por ejemplo, el representante Alfredo Rafael Deluque sostuvo:

“Yo soy miembro del Consejo de Política Criminal, yo me opuse al proyecto de ley tal y como se aprobó en las Comisiones, han tenido unos avances, creo que hay que trabajar más en el tema de la prevención, lo que nosotros necesitamos es que no suban conductores ebrios, que haya conciencia colectiva aquí no se habla nada de la prevención tampoco se habla nada de fortalecer a las autoridades para que los controles sean aun superiores.

De manera tal que creo que es un proyecto cojo, aunque está tal y como lo dice, no en palabras mías sino el Consejo de Política Criminal haciendo alusión al concepto de populismo punitivo y al final del camino no vamos a lograr que en el país haya menos conductores ebrios haciendo daños a los habitantes de nuestro territorio. Así que dejo esa

recho penal, y la necesidad de implementar otras medidas efectivas para la reducción significativa de la cantidad de víctimas de accidentes de tránsito por conducción en estado de embriaguez (Vargas y Castillo 2014, 79), pero logró dar “una señal” al pueblo colombiano, que tenía como propósito, obtener réditos políticos y electorales.

Con todo, entre 2015 y 2016, ha habido aproximadamente 517 muertes y lesiones atribuidas a los conductores en estado de embriaguez. Sin embargo, sólo se han presentado cuatro sentencias definitivas sobre esta conducta, entre 2013 y 2016, incluido Fabio Andrés Salamanca, quien aceptó cargos en 2014, por homicidio culposo (FGN 2017), y a quien no se le aplicaba la ley 1696 de 2013, por ser ésta posterior a los hechos.

Otro de los delitos, que se han puesto a prueba en el modelo anunciado corresponde a la penalización del aborto, que ha trascendido la reforma legislativa y ha llegado a discutirse en reformas constitucionales. Por tanto, se trata de un caso en el cual convergen el populismo punitivo y el populismo constitucional. Este último puede entenderse como una práctica política en la cual la Constitución es instrumentalizada para conseguir objetivos electorales y coyunturales específicos en el marco de agendas políticas individuales, con fundamento en hechos de gran connotación social, en los cuales el conglomerado centra su atención, permitiendo así una apropiación simbólica de la Constitución y la generación de capital político (Sarmiento 2013, 81).

Aunque los intentos por volver a criminalizar los casos de aborto despenalizados por la Corte Constitucional, no han sido exitosos, en las tentativas de reforma constitucional se puede evidenciar el populismo penal. En este caso, la razón de ser del debate constitucional recae en una decisión de la Corte Constitucional —la Sentencia C-355 de 2006—, que despenalizó el aborto en tres supuestos de hecho. Sin embargo, después de este avance de la jurisprudencia, se presentó un proyecto de Acto Legislativo (06 de 2011), para reformar el artículo 11 de la Constitución de modo que se protegiese el derecho a la vida, desde el momento de la fecundación. Este proyecto fue archivado en debate el 12 de octubre de 2011 (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 5 de 2012). Tras ese intento fallido, “Unidos por la Vida”, una plataforma ciudadana, inició el proceso de recolección de firmas y movilización social para convo-

---

constancia señor Presidente, debido a que considero que no hemos resuelto el tema de fondo” (Congreso de la República, Gaceta 75 de 2014).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

car un referendo en contra del aborto. Sin embargo, una vez presentadas las firmas, la Registraduría decidió anular casi un millón de éstas y la posibilidad del referendo se derrumbó.

Aunado a la movilización, las propuestas de reforma dejaron de lado los múltiples estudios que han señalado que no es posible cambiar la cifra de abortos realizados mediante modificaciones al régimen penal; el aborto, aún penalizado, constituye una conducta frecuente, cobijada por la ineficacia instrumental del Estado (Sarmiento 2013, 104). A su vez, los proyectos de acto legislativo mencionados buscaban ocasionar una regresión respecto a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El debate en torno al proyecto de Acto Legislativo, el cual intentó prohibir el aborto, permitió constatar un abuso discursivo, que acudía a afirmaciones éticas o morales difíciles de eludir y de debatir racionalmente. Como señala García (2014, 262), para los conservadores lo importante es que exista la prohibición al aborto, sin tener en cuenta si la población continúa abortando con mayor o igual frecuencia, y en condiciones aún peores a raíz de la prohibición impuesta. Así, “vencer en el papel, obtener una victoria simbólica, un triunfo moral, es algo que muchas veces preferimos a vencer en los hechos y quedar derrotados en el papel... Haber ganado la batalla de las palabras es lo que cuenta para ellos”.

En el caso del referendo se observa cómo la ciudadanía, actuando guiada en gran parte por motivos religiosos, intenta incidir de manera directa en la política criminal de un Estado laico, para penalizar totalmente el aborto. Se trataría de la traducción inmediata de los intereses de un sector de la sociedad en la criminalización de una conducta en la cual se encuentran en juego el ejercicio de distintos derechos, que han sido reconocidos por la Corte Constitucional.

Vale la pena señalar que, posteriormente, surgieron iniciativas opuestas, con tendencia hacia la despenalización del aborto. Por un lado, se presentó el proyecto de Acto Legislativo 16 de 2012 Cámara, que pretendía adicionar a la Constitución una disposición que permitiese la interrupción del embarazo en los casos señalados por la ley. Sin embargo, fue archivado sin generar un debate serio sobre la materia (Congreso de la República de Colombia, Gaceta 912 de 2012). Por otro lado, se presentó un proyecto de ley que pretendía avanzar en la materia, proyecto 209 de 2016 Cámara, mediante la despenalización del aborto durante las primeras 24 semanas de gestación, que fue archivado por tránsito de legislatura el 21 de junio de 2016.

La ineficacia de la norma, en todo caso, resulta más que notable. En el país se realizan entre 43,000 y 130,000 abortos al año,<sup>14</sup> mientras que sólo ha habido 129 condenas sobre la mujer que se ha practicado el aborto (FGN 2017 y El Espectador 2012).

A continuación, se expondrán los resultados de la aplicación del modelo propuesto a las conductas antes descritas, para, con posterioridad, expresarlas gráficamente.

TABLA 7  
 OPERACIONALIZACIÓN DE LOS FACTORES

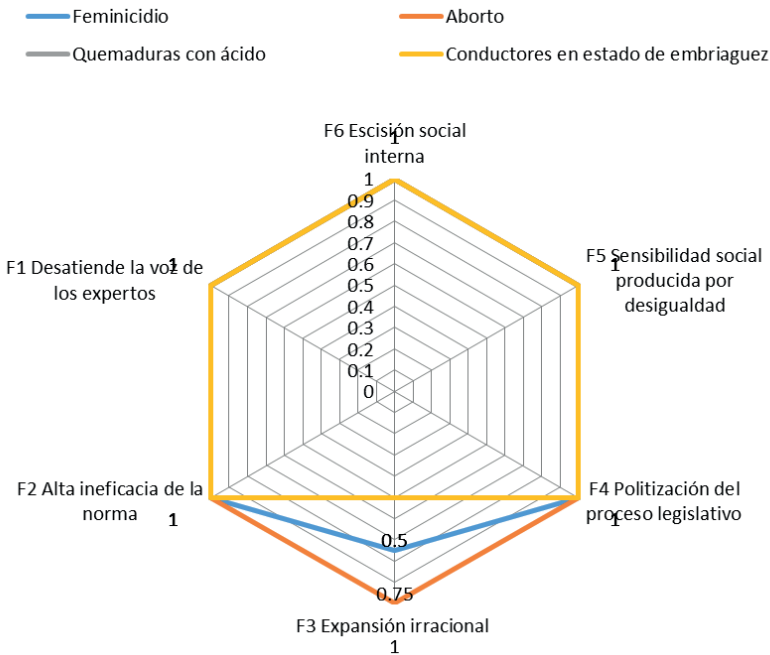
<i>Delito</i>		<i>Feminicidio</i>					
Factores	Factor 1	Factor 2	Factor 3	Factor 4	Factor 5	Factor 6	Total
	$F_1 = \frac{0}{2}$ $F_1 = 0$	$F_2 = \frac{8}{4700}$ $F_2 = 0.0017$	$F_3 = \frac{1+1+1+0}{4}$ $F_3 = 0.75$	$F_4 = 0.25+0.5+0.25$ $F_4 = 1$	$F_5 = 1$	$F_6 = 1$	$PP = \sum_{i=1}^6 F_i$
Puntaje	1	1	0.75	1	1	1	5.75
Nivel de populismo	Alto	Alto	Alto	Alto			Alto
<i>Delito</i>		<i>Quemaduras y lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares</i>					
Factores	Factor 1	Factor 2	Factor 3	Factor 4	Factor 5	Factor 6	Total
	$F_1 = \frac{0}{3}$ $F_1 = 0$	$F_2 = \frac{8}{954}$ $F_2 = 0.0084$	$F_3 = \frac{1+1+1+1}{4}$ $F_3 = 1$	$F_4 = 0.25+0.5+0.25$ $F_4 = 1$	$F_5 = 1$	$F_6 = 1$	$PP = \sum_{i=1}^6 F_i$
Puntaje	1	1	1	1	1	1	6
Nivel de populismo	Alto	Alto	Alto	Alto			Alto
<i>Delito</i>		<i>Conducción en estado de embriaguez</i>					
Factores	Factor 1	Factor 2	Factor 3	Factor 4	Factor 5	Factor 6	Total
	$F_1 = \frac{0}{5}$ $F_1 = 0$	$F_2 = \frac{4}{517}$ $F_2 = 0.008$	$F_3 = \frac{0+1+1+0}{4}$ $F_3 = 0.5$	$F_4 = 0.25+0.5+0.25$ $F_4 = 1$	$F_5 = 1$	$F_6 = 1$	$PP = \sum_{i=1}^6 F_i$
Puntaje	1	1	0.5	1	1	1	5.5
Nivel de populismo	Alto	Alto	Bajo	Alto			Alto
<i>Delito</i>		<i>Aborto</i>					
Factores	Factor 1	Factor 2	Factor 3	Factor 4	Factor 5	Factor 6	Total
	$F_1 = \frac{0}{3}$ $F_1 = 0$	$F_2 = \frac{129}{43.000}$ $F_2 = 0.003$	$F_3 = \frac{0+1+0+1}{4}$ $F_3 = 0.5$	$F_4 = 0.25+0.5+0.25$ $F_4 = 1$	$F_5 = 1$	$F_6 = 1$	$PP = \sum_{i=1}^6 F_i$
Puntaje	1	1	0.5	1	1	1	5.5
Nivel de populismo	Alto	Alto	Bajo	Alto			Alto

FUENTE: elaborado por los autores.

<sup>14</sup> Las cifras sobre abortos en Colombia son inciertas y existen múltiples inconsistencias sobre el número de abortos clandestinos realizados en el país, por su misma naturaleza oculta. Véase Rubio (2015).

Los anteriores resultados se ilustran en la siguiente figura:

ILUSTRACIÓN 1



FUENTE: elaborado por los autores.

#### IV. CONCLUSIONES

Durante los estados de excepción en Colombia, constantemente declarados desde la segunda mitad del siglo XX, el derecho penal autoritario construyó una justicia penal de excepción que fue ejemplo claro de populismo punitivo y derecho penal del enemigo en el país. En tiempos de legislación ordinaria, el legislador colombiano ha mostrado una tendencia a la hora de responder ante hechos coyunturales, presión mediática y demandas sociales en materia de prevención de delitos, como sucedió en los casos del feminicidio, las quemaduras con ácido, la conducción en estado de embriaguez y el aborto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.



En estos casos, el populismo punitivo permitió a gobernantes y legisladores colombianos aprovechar los efectos simbólicos del derecho penal para apaciguar a las masas, a la opinión pública y a las víctimas de distintas conductas, que reaccionaban ante la ineficacia estatal para evitar los delitos. Los actores estatales utilizaron el derecho penal para enviar una señal de que estaban haciendo algo para solucionar las distintas problemáticas que agobiaban al país y prevenir delitos, implementando medidas penales represivas cuya eficacia no era comprobada, puesto que ni siquiera eran tenidos en cuenta los conceptos de los expertos, y, a su vez, dejaron de lado las verdaderas causas de la realización de ciertas conductas y las medidas que realmente podían conducir a resultados positivos en materia de prevención. De ese modo, se ahorraron la implementación de políticas públicas destinadas a mejorar las condiciones sociales, económicas y culturales, mientras la ciudadanía temerosa se preocupaba más por la *seguridad* que por la precariedad de sus condiciones de vida, dejando que la desigualdad creciera.

Estas conclusiones estuvieron acompañadas de un modelo que, como propuesta, presenta indicadores que ofrecen algún medio para evaluar reformas legales en Colombia, que puedan ser acusadas de populistas. La frontera, en algunas ocasiones, no parece clara, y por ello, este modelo plantea que, más allá de los argumentos que presente una comisión de expertos sobre la materia, exista una evidencia empírica que dé cuenta de un umbral de populismo.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATA, Alessandro. 2004. "Seguridad". En *Criminología y Sistema Penal*, dir. Carlos Elbert y coord. Laura Belloqui. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- BASSOMBRÍO, Carlos y DAMMERT, Lucía. 2013. *Seguridad y populismo en América Latina: lecciones, constataciones novedosas y temas emergentes*. Washington: Woodrow Wilson Center Update on the Americas.
- CAVADINO, Michael y DIGAN, James. 2006. "Penal policy and political economy". *Criminology and Criminal Justice* 6 (4): 435-456.
- CHEVIGNY, Paul. 2003. "The populism of fear: politics of crime in the Americas". *Punishment and Society* 5(1): 77-96.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1047-1079.

- COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. 2012. *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf).
- DÍAZ, Carlos. 2014. “Lesiones personales causadas con ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas, una reforma del 2013”. *Revista de Derecho Público* 33 (julio-diciembre).
- DÍEZ, José. 2004. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6 (03): 1-34
- DURÁN, Diana. 2012. “Promoverán la ley Rosa Elvira”, *El Espectador*, 10 de julio, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/promoveran-ley-rosa-elvira-articulo-358764>.
- EL TIEMPO. 2014. “En video: diez momentos clave de la vida del caso Natalia Ponce de León”, 5 de septiembre, <http://www.eltiempo.com/bogota/momentos-clave-del-caso-natalia-ponce-de-leon/14421718>.
- EL TIEMPO. 2015. “Han sido años de dolor y de fortaleza: hermana de Rosa Elvira Cely”, 3 de junio, <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/penalizacion-del-feminicidio/15884275>.
- FERRAJOLI, Luigi. 2013. “El populismo penal en la sociedad del miedo”. En *La emergencia del miedo*, ZAFFARONI, Eugenio; FERRAJOLI, Luigi; TORRES, Sergio y BASÍLICO, Ricardo. Buenos Aires: Ediar.
- GARCÍA, Mauricio. 2014. *La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América Latina*, 2a. ed. Bogotá: IEPRI.
- GARLAND, David. 2005. *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- GONZÁLEZ, Julio. 2015. “Reformar o abolir el sistema Penal ¿Cómo?”. *¿Reformar o abolir el sistema penal?*, ed. D. Arias. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ITURRALDE, Manuel. 2010. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ITURRALDE, Manuel. 2007a. “La sociología del castigo de David Garland: El control del crimen en las sociedades modernas tardías”. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, David Garland. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ITURRALDE, Manuel. 2007b. “Order first, justice later: Emergency criminal policy as a path towards development. The Colombian Case. *Sortuz. Oñati*”. *Journal of Emergent Socio-legal Studies* 1 (2): 55-76.

- ITURRALDE, Manuel. 2003, “Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia”, *Revista Estudios Sociales* 15: 29-46.
- KLEIMAN, Mark. 2015. *Cuando la fuerza bruta fracasa. Cómo lograr que haya menos crimen y menos castigo*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes.
- LARRAURI, Elena. 2006. “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la democracia* 55, [https://www.academia.edu/9812655/Populism-o\\_Punitivo](https://www.academia.edu/9812655/Populism-o_Punitivo).
- LODOÑO, Hernando y RESTREPO, Adrián. 2011. “Guerra contra las drogas, populismo punitivo y criminalización de la dosis personal”. *Estudios Políticos* 39: 141-167.
- MARTÍNEZ, Mauricio. 2008. “Populismo punitivo, mayoría y víctimas”. *Nomos*, 2: 183-199.
- MUÑOZ, Julián. 2009. “Populismo punitivo y una «verdad» construida”. *Revista Nuevo Foro Penal* 72: 13-42.
- RESTREPO, Diana. 2015. “¿Puede ser la mediación una vía de escape?”. *¿Reformar o abolir el sistema penal?*, ed. D. Arias. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- SEMANA. 2013. “El joven borracho que conducía por Bogotá a 160 kph”, 14 de julio <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-joven-borracho-conducia-bogota-160-kph/350869-3>.
- RUBIO, Mauricio. 2015. “El mito de los 400 mil abortos en Colombia”. *Revista de Economía Institucional* 17 (33): 253-274.
- SARMIENTO, Juan. 2013. “El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos”. *Estudios Socio-Jurídicos* 15 (2): 75-109.
- SOTOMAYOR, Juan. 2007. “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”. *Revista Nuevo Foro Penal* 71: 13-66.
- URIBE, Juan. 2012. “¿Puede hablarse de populismo punitivo en Colombia?”, *Revista Nuevo Foro Penal* 8 (78).
- URREGO, Rodrigo. 2013. “El tema del aborto se moverá en un referendo” *Semana*, 4 de febrero, <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-tema-del-aborto-movera-referendo/332000-3>.

- VARGAS, Renato y CASTILLO, Laura. 2014. “La sanción penal de los conductores ebrios en Colombia: entre las dificultades dogmáticas y la ausencia de una política criminal coherente”. *Civilizar* 14 (26): 67-86.
- VÉLEZ, Luis. 2007. “¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?”. *Nuevo Foro Penal* 71: 92-114.
- WACQUANT, Loïc. 2004. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.
- WILKINSON, Richard y PICKETT, Kate. 2009. *Desigualdad. Un análisis de la (in)felicidad colectiva*. Madrid: Turner Publications.
- ZAFFARONI, Eugenio R. 2011. *El enemigo en el derecho penal*, 2ª edición. México: Coyoacán.

---

## **ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

---

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN CUBA\*

Lainiep Irina CABRERA GUERRA\*\*  
Eliannys Bárbara INFANTE BAZÁN\*\*\*

SUMARIO: I. *Constitución y acto administrativo. Apuntes en torno a su tratamiento teórico y jurídico.* II. *El acto administrativo. Hacia una adecuada regulación jurídico-constitucional en Cuba.* III. *Conclusiones.* IV. *Referencias bibliográficas.*

### I. CONSTITUCIÓN Y ACTO ADMINISTRATIVO. APUNTES EN TORNO A SU TRATAMIENTO TEÓRICO Y JURÍDICO

El derecho constitucional y el derecho administrativo son disciplinas que no pueden ser tratadas con total independencia, como si una no necesitara de la otra para ser mejor aplicada. Por ende, existe una estrecha relación<sup>1</sup> interdisciplinaria, ya que el derecho administrativo no puede constituirse científicamente si no se identifican sus bases constitucionales (Brewer-Carías 1983, 5).

---

\* Artículo recibido el 10 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 31 de mayo de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-7915-3514. Profesora auxiliar de Derecho Administrativo en la Universidad de Granma, Cuba. Especialista en derecho civil y familia. Aspirante en el doctorado de Ciencias Jurídicas, Cuba.

\*\*\* ORCID: 0000-0001-8533-0380. Fiscal municipal de Granma, Cuba. Imparte la asignatura de Derecho Administrativo en la Universidad de Granma, Cuba.

<sup>1</sup> Brewer-Carías (1983, 3) expresa que entre el derecho constitucional y el derecho administrativo existe un vínculo de subordinación, siendo la primera la dominante y la segunda la subordinada; radicando como principal fundamento de este criterio que el derecho constitucional es el marco fuera del cual el derecho administrativo no podría operar. Desde una visión opuesta se sostiene que ambas materias son ramas autónomas del derecho que se interrelacionan en un plano de igualdad, sin conexión jerárquica, compartiendo temas u ocupándose cada una de un aspecto diferente de la misma realidad.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

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

## 1. *Constitución y acto administrativo*

La Constitución contiene preceptos que constituyen, en varios casos, verdaderas normas de organización o de comportamiento de la administración pública, además brinda los elementos cardinales sobre los que se erigirá el esquema orgánico de la misma, es decir, regula cuáles serían los más importantes órganos de la administración pública con las facultades y potestades que le facilita la función ejecutiva; siendo esta la parte legitimadora o autorizadora fundamental de una específica forma de actuar de la administración pública; convirtiéndose la “Ley de leyes” en la norma básica que traza el carácter de la actividad administrativa, la que se exterioriza y manifiesta a través de los actos administrativos.

El acto administrativo refleja la parte dinámica, contundente y decisiva de los órganos y autoridades administrativas, por lo que el contenido u objeto del mismo, debe estar en plena conexión, sumisión y obediencia con las atribuciones y autorizaciones que les brinda el texto constitucional. Es la Constitución la que revalida legalmente la actuación administrativa y la eficiencia de cada uno de sus actos, en pos de cumplimentar los intereses más generales de los ciudadanos y ofrecerles el pleno goce de sus derechos.

De tal manera, señala los principios fundamentales sobre los que se debe asentar la estructura y funcionamiento de los órganos administrativos, ya que los principios constitucionales constituyen las reglas básicas que guían el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un Estado determinado (Quisrbet, Ermo 2006), permitiendo garantizar la vigencia, estabilidad y respeto de la misma.

Entre estos principios constitucionales se destacan aquellos que desempeñan la condición de límite jurídico de la actividad administrativa, el conocido por limitación al poder público (*cf.* Quisrbet, Ermo 2006, 20; Ivanega, 2003), donde se delimitan las potestades y funciones de cada autoridad administrativa; el de funcionalidad, que sirve como medio para equilibrar mediante la división y distribución, las funciones de cada órgano administrativo; el de supremacía<sup>2</sup> para significar la subordinación de

---

<sup>2</sup> Este principio de supremacía está integrado por los principios de unidad, razonabilidad y control (véase Quisbert 2006, 32-35).

las demás leyes del ordenamiento jurídico y las propias de la administración pública, a la Constitución.

Otro de los principios es el de control constitucional, mediante el cual se acepta la aplicabilidad de la Constitución y se restablece todo aquello que no esté conforme a ella, destacando el control judicial como vía idónea y garantista para preservar los derechos e intereses de los ciudadanos vinculados con las decisiones de la administración pública; relacionados todos estos con los principios de estabilidad y efectividad.<sup>3</sup>

Por tanto, los actos administrativos como materialización de la actividad administrativa que ejerce la administración pública deben estar en consonancia con los preceptos constitucionales, sus principios e incluso con los aspectos que aunque no estén recogidos formalmente en el texto constitucional tienen ese rango, es decir, que deben estar en correspondencia con el bloque de constitucionalidad;<sup>4</sup> constituyendo una herramienta insoslayable de la juridicidad que caracteriza el actuar administrativo.

Siendo así que, cuando se indica que una de las fuentes del derecho administrativo es la Constitución, ello significa que la administración pública debe, ante todo, respetar las normas y principios constitucionales, propiciando de esta manera que la violación de los mismos podría dar lugar a la inconstitucionalidad o nulidad por contrariedad a derecho, aspecto que redundaría también en la legalidad o principio de legalidad.

El derecho administrativo está articulado sobre el principio de legalidad, de manera que los órganos del Estado que conforman la administración pública están sometidos al derecho. Dicho principio ha sido constitu-

---

<sup>3</sup> El principio de estabilidad indica la base para asegurar la vigencia y perdurabilidad en el tiempo de los contenidos del texto constitucional; de igual forma, el éxito de los demás principios constitucionales está en el de efectividad, ya que éste es el fundamento que asegura el cumplimiento de cada disposición constitucional.

<sup>4</sup> Uprimny Yepes (2005) señala que el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos suprale-gales, pueden ser más numerosas que aquellas que se pueden encontrar en el articulado de la Constitución escrita. Es necesario tener en cuenta que las Constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios que, sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional.



cionalizado como consecuencia de la concepción del Estado como Estado de derecho, que implica la necesaria sumisión de sus órganos al ordenamiento jurídico (Brewer-Carías 2006, 2) compuesto éste por la propia Constitución, las leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas.

De ahí se invoca la legalidad administrativa, como eje de acción, propio de la administración pública en cumplimiento de sus funciones y en ejecución de las distintas formas que tiene de manifestarse, pues no sólo la Constitución es fuente del derecho administrativo, sino que también lo es de la legalidad administrativa, ya que los principios del ordenamiento jurídico administrativo encuentran su consagración en el texto constitucional.

Cabe destacar entonces que la Constitución como fenómeno jurídico, como norma suprema que delimita la estructura orgánica del Estado, dotando a cada una de ellas de las potestades, atribuciones y funciones con las que han de operar para satisfacer los intereses primordiales de la sociedad, tenga la impronta y el reto de asegurar sus disposiciones; en pos de lograr que la administración pública cuando centra su actuación en la emisión de actos administrativos, se desarrolle en un ámbito de estrecha conexas con la Constitución, sus principios y las leyes que jerárquicamente se subordinan a ella.

Lo que se colige con el principio de constitucionalidad, precisamente, por ser el principio que permite

definir el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y sus diversos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, tanto en cuanto al fondo como a la forma. Vale decir, que conecta o une la Constitución, con las diversas normativas que integran el sistema jurídico del país, en orden a su coherencia y unidad (Blume Fortini 2002, 39).

Lográndose con este principio el total respeto y la más absoluta concordancia que deben poseer las normas jurídicas con respecto a la Constitución, lo que involucra no sólo a los legisladores, sino también a los funcionarios que llevan a cabo la ejecución de estas leyes.

Cuando no se logra ese total respeto, ya sea porque los agentes, las autoridades del Estado, en su actuar no lo tienen en cuenta, o porque los encargados de elaborar las normas infraconstitucionales, muchas veces, no están lo suficientemente preparados, o abusan de sus facultades, es que surge entonces la acción de inconstitucionalidad, como mecanismos para

combatirla, y eliminar así, lo que pudiera ser o convertirse en arbitrariedad e inobservancia del más importante freno jurídico al poder, con que cuentan los ciudadanos de cualquier Estado.

Conviene precisar que la inconstitucionalidad, trata de fiscalizar la constitucionalidad del acto administrativo, velando que la decisión o disposición de la administración pública no viole los mandamientos constitucionales, porque estos son la base para cualquier determinación que esta asuma en el ejercicio de su actividad administrativa.

Por lo que, para un mayor entendimiento de esa relación indisoluble, es preciso se analicen los fundamentos teóricos del acto administrativo, dirigiéndose de esta forma la atención a su devenir histórico, las posiciones con respecto a su definición, elementos y características, así como los presupuestos de validez y eficacia de esta figura administrativa.

## 2. *Fundamentos históricos y teóricos del acto administrativo*

El término acto administrativo se debe circunscribir al derecho administrativo, por contraposición al acto jurídico que define el derecho civil. Sin embargo, la teoría del acto administrativo específicamente, resulta ser del desarrollo doctrinal especializado y autónomo de la definición genérica acto jurídico, el cual, nutrido con las ideas y experiencias de la Revolución de 1789 (concretamente aquellas referidas a la necesidad de establecer linderos entre la justicia contenciosa administrativa y la justicia ordinaria), era aplicado al ejercicio de la función administrativa, teniendo siempre presente que a esta (función administrativa) no la orientaba el principio de la autonomía privada, sino, por el contrario, la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado (Santofimio 1994).

Citando algunos administrativistas que han abordado sobre el tema, se encuentran Guido Zanolini y Roberto Dromi,<sup>5</sup> ambos coinciden en que el acto administrativo es una manifestación o declaración de voluntad de

---

<sup>5</sup> Zanolini (1954) sostiene que el acto administrativo es un acto de manifestación de voluntad, deseo, conocimiento o de declaración de juicio, realizado por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad reglamentaria. Dromi (1983) dice que es toda declaración unilateral efectuada por un órgano en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa o inmediata.

la administración pública como resultado de la potestad y la función administrativas, destacándose como elementos esenciales, el subjetivo y la manifestación de voluntad; siendo Dromi el que hace alusión a la producción de efectos jurídicos, como nota distintiva en el criterio que sostiene.

Dentro de las más relevantes posturas al respecto, se encuentran la de los argentinos Manuel María Díez (1961) y Rafael Bielsa (1929), el primero de ellos entiende que el acto administrativo supone el ejercicio de una actividad concreta;<sup>6</sup> y el segundo define al acto administrativo como una decisión general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones y que se refieren a derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ella, debe ser siempre una decisión, una expresión de voluntad de la autoridad manifestada, expresa o tácitamente y dirigida a un fin o propósito concreto.

Otro de los argentinos es Agustín Gordillo, quien basa su definición en la función administrativa, por ser la institución productora del acto administrativo. De ahí que califica a la función administrativa y al acto administrativo esencialmente en dos nociones:

- a) La orgánica, subjetiva o formal: función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos.
- b) El material, sustancial u objetiva: función administrativa es la actuación concreta, práctica, del Estado, realizada por cualquiera de sus órganos (Gordillo 2004).

Ambos conceptos son incompletos, debe adoptarse un tipo de definición mixta que involucre a la vez elementos de tipo orgánico material; es decir, que aúne aspectos objetivos y orgánicos para arribar a la noción final. No se debe circunscribir el acto administrativo solamente a que sea producto de un órgano administrativo, sino que independientemente del órgano que lo emite, el contenido y la materia del mismo sea expresión de la actividad administrativa.

En España también existen expositores que han profundizado sobre la institución del acto administrativo tales como Ramón Parada (1992), Eduardo García de Enterría (2006), Tomás Ramón Fernández (García de

---

<sup>6</sup> Díez (1961, 107) define que “el acto administrativo puro es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración activa en ejercicio de la potestad administrativa”.

Enterría 2006) y Jaime Rodríguez Arana (2009), quienes concuerdan que el acto administrativo es una declaración de la administración pública en el ejercicio de las potestades administrativas, con excepción en esta idea del último exponente, que incluye como puntos de vista para su definición, la pertinencia del acto administrativo a la categoría general de los actos jurídicos, el criterio procesal, la jurisprudencia y las diferencias entre norma y acto administrativo (Rodríguez Arana 2009).

En este sentido, existen dos vertientes doctrinales, una de origen italiana que sostiene un concepto amplio de que el acto administrativo es una declaración, una manifestación de voluntad, donde lo esencial es que la administración se exprese hacia el mundo exterior, y otra de origen germánica con un sentido estricto, donde plantea el carácter regulador del acto administrativo, tratando de demostrar que lo fundamental en el acto administrativo es su capacidad de incidir sobre la realidad en un caso particular, es decir, que toda la manifestación de la administración pública está dirigida a crear, modificar o extinguir una relación jurídica administrativa.

De ahí que se puede definir al acto administrativo como un acto de voluntad destinado a introducir un cambio en las relaciones de derecho que existen en el momento en que él interviene, o mejor, a modificar el ordenamiento jurídico. El cual hace nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente derechos en provecho de terceros sin su consentimiento.

Su peculiaridad viene dada por dos notas:

- *Elemento subjetivo*: el acto administrativo lo realiza la administración pública.
- *Elemento objetivo*: está sometido al derecho administrativo (finalidad pública).

Por lo que el acto administrativo es aquella exteriorización de la voluntad administrativa, sea expresa o presunta con el objetivo de producir efectos jurídicos en relación con determinadas personas.

#### A. *Elementos constitutivos*

La línea más frecuente en abordar la cuestión de los elementos del acto administrativo es la que parte de los elementos de los actos jurídicos

(subjetivo, objetivo y causal). Siendo esta la dirección que sigue mayoritariamente la doctrina española, como es el caso de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2006),<sup>7</sup> Ramón Parada (2012),<sup>8</sup> Jaime Rodríguez Arana (2009)<sup>9</sup> y Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del

---

<sup>7</sup> García de Enterría y Fernández (2006) hacen la distinción de los elementos de la forma antes descrita. Dentro de los elementos subjetivos señalan a la propia administración pública, el órgano, la competencia y la investidura del titular del órgano; como elementos objetivos incluyen el presupuesto de hecho, el fin, la causa, el motivo, la declaración, el contenido (perseguido por el requisito de la motivación) y el objeto, y como elementos formales marcan el procedimiento y la forma.

<sup>8</sup> Parada (1992) identifica, asimismo, como elementos esenciales el sujeto, el objeto, la voluntad, la causa, el contenido, la forma, refiriéndose a estos como los requisitos imprescindibles para la existencia y validez del acto administrativo y los accidentales que son los que condicionan y gravan el acto administrativo, tales como, el término, la condición y el modo.

<sup>9</sup> Rodríguez Arana y Sendín (2009) sostienen que para que un acto administrativo tenga plena validez debe reunir los requisitos necesarios, identificando de tal manera como elementos del mismo, el subjetivo, el objetivo, el formal o causal, refiriéndose este último a las condiciones formales (competencia, procedimiento y forma) y materiales (contenido). En tal sentido, el elemento subjetivo se representa con el sujeto que emite el acto administrativo, es decir, el órgano administrativo del cual emana, pero para que pueda ser válido, ese sujeto jurídico público debe tener poder y ser competente, estar apto y legitimado por el ordenamiento jurídico; por tanto, los actos administrativos han de dictarse por el órgano en quien recaiga la idoneidad, la aptitud, la competencia precisa para producir tales actos. Para que un órgano administrativo le sea posible dictar un acto administrativo es menester que la competencia esté atribuida expresamente, de forma clara, de manera que no quepa duda alguna acerca de la naturaleza de la manifestación de la actividad administrativa. La competencia es, pues, la medida del poder o potestad de un determinado órgano, y no se presume, pues ha de estar expresamente prevista en la norma que define el estatuto, el régimen jurídico, del órgano administrativo de que se trate. Además de ser competente el órgano administrativo, ha de estar correcta y legalmente investido, es decir, que ha de estar legalmente adscrito por disponer de título suficiente y nombramiento adecuado.

Con relación al procedimiento, Arana sostiene que los actos administrativos han de producirse de acuerdo con los procederes y trámites administrativos establecidos en la norma, cuya razón de ser no es otra que garantizar la legalidad, la oportunidad y el acierto de la decisión del titular del órgano emisor de dicho acto. En materia de forma de los actos administrativos, indica que la regla general es la forma escrita de estos actos, ya que mediante la escritura se deja constancia de la decisión administrativa, la ejecución del acto es más sencilla, el o los destinatarios pueden conocer los argumentos en que se funda la administración pública para la emisión del acto en caso que desee recurrirlo y es más fácil su notificación, requisito necesario para que el acto administrativo sea eficaz, es decir, que la forma escrita constituye una garantía de seriedad y certeza y seguridad jurídica.

No obstante, esa regla general admite excepciones, puesto que existen órganos administrativos que manifiestan su actividad mediante la expresión oral o verbal, cuando se tra-

Castillo (2015),<sup>10</sup> coligiéndose que existe coincidencia de forma general en

ta de situaciones emergentes o accidentales, y otros actos administrativos que se expresan a través de los signos convencionales, es el caso de las señales de tránsito.

Al tratar la forma de los actos administrativos, no se ubica únicamente en si son escritos o verbales, sino que también se refiere a los requisitos formales, es decir, el contenido formal del escrito donde es plasmado el acto administrativo; esto es, que aparezca expresamente el órgano administrativo emisor del acto, el encabezamiento, los fundamentos normativos seguidos de la motivación, la parte dispositiva en la que se concreta el contenido real, el lugar, la fecha, la firma, las instrucciones para recurrir el acto administrativo en vía administrativa o judicial, en caso de inconformidad.

Cuestión ésta en la que Arana se realiza para defender la importancia de la motivación como requisito formal que incide en el fondo de la decisión administrativa, pues para él “la motivación consiste en una operación jurídica dirigida a revelar, manifestar, por parte de la administración pública autora del acto, las razones de la adecuación del acto al fin del servicio objetivo al interés público que lo justifica. Por lo que la motivación de los actos administrativos refuerza los principios de objetividad, transparencia de la actuación administrativa y de seguridad jurídica; posibilitando la plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Este requisito permite colegir los argumentos lógicos de la administración pública, ya que tendría que exponer las razones de hecho y de derecho que fundamenta su decisión; y es necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posible defensa, garantizando de esta manera los derechos de los particulares”.

Desde el punto de vista del contenido del acto administrativo, este ha de tener un contenido concreto, real, realizable y adecuado al interés general previsto en la norma que define la potestad de su confección; pues el objeto de los actos administrativos debe ser posible, es decir, que se pueda realizar y ejecutar, ya que la imposibilidad de su objeto implicaría la inexistencia del acto, determinado porque lo emitido por el órgano administrativo ha de ser concluyente, definitivo, concreto, y lícito en correspondencia con su adecuación al ordenamiento jurídico.

Junto a los requisitos subjetivo y objetivo de los actos administrativos, se encuentra la causa y el fin, pues como dice Arana “la causa de los actos administrativos se presenta como el interés público a satisfacer en el caso concreto y representa el fin objetivo hacia el que ha de actuar la Administración Pública en cada una de sus concretas determinaciones. Causa e interés público concreto se identifican, de forma y manera que desde la teoría de la causa en el acto administrativo o desde la perspectiva teleológica o finalista, de lo que se trata es de garantizar que, en efecto, en todo acto administrativo exista una tendencia o misión encaminada a satisfacer el interés público en la concreta realidad sobre la que se proyecta el correspondiente acto administrativo”.

<sup>10</sup> Sobre esta misma directriz de los elementos del acto administrativo, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2015) brinda su criterio en pos de sistematizar en la cuestión y ver las particularidades de esta institución jurídica administrativa. En consecuencia, el autor se afilia a la distinción entre elementos subjetivos, objetivos y formales, destacando que uno de los aspectos subjetivos más importantes es el de la competencia.

Por otro lado, el elemento objetivo lo identifica con el contenido distinguiendo entre el contenido principal y las cláusulas accesorias; siendo estas últimas las que condicionan,

invocar como elementos esenciales del acto administrativo al sujeto, objeto, causa, competencia, motivación, procedimiento y finalidad.

Además de los elementos, se analiza la impugnabilidad, como una de las características del acto administrativo, pues aunque se presume que el acto ha de ser legítimo, no siempre es así, no obstante se le debe dar al ciudadano la posibilidad de impugnar los mismo, en el sentido de una tutela efectiva de un derecho que ostenta; por lo que la mencionada característica favorece el carácter protagónico de los ciudadanos como sujetos pasivos y receptores del mismo, permitiendo el control por parte de los mismos en las decisiones de la administración pública, garantizando la eficacia de sus derechos e intereses y brindando la seguridad jurídica necesaria para la consumación y ejecución de lo dispuesto.

### B. *Validez y eficacia*

Para lograr la validez de estos, deben existir los elementos presupuestarios de dicha validez; aquí estarían los presupuestos de legitimidad, referido a la conformidad a derecho que deben tener los actos administrativos; la competencia, como el conjunto de atribuciones y facultades expresas que le da el orden jurídico a cada órgano administrativo para la realización de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones públicas.

La eficacia del acto administrativo consiste en la capacidad de que estos produzcan los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la concreta función administrativa que se ejerce. El acto administrativo adquiere eficacia luego del cumplimiento de ciertos requisitos fijados por el mismo acto o por el ordenamiento jurídico.

---

limitan, restringen o agravan la decisión real y concreta objeto del acto. Es decir, que la determinación de la administración pública, su consideración, declaración y decisión resultan ser el contenido primordial donde se satisface un interés general y se constituye o altera la relación jurídica administrativa, y que, a la vez, puede estar ceñida por la condición, el modo y el término.

Entre los elementos formales se encuentra la congruencia, que obliga a decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y que cada cuestión sea sometida a las partes. Tienen también una dimensión sustancial la motivación expresa del acto administrativo, que supone la exteriorización de las razones que sirven de justificación o fundamento a la concreta solución jurídica adoptada por la administración pública. Este requisito se justifica desde la perspectiva de la defensa del administrado ya que es la explicitación o exteriorización de las razones de la decisión administrativa la que le permita articular los concretos medios y argumentos defensivos que a su derecho interese.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

La figura de la eficacia no tiene una relación directa con la validez del acto administrativo, sino, más bien, con las condiciones que el ordenamiento jurídico establece como presupuesto para que éste pueda surtir los efectos programados (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo 2015). Resultando que la eficacia complementa la validez del acto en cuestión (Orlando Santofimio 1994, 234).<sup>11</sup> Los vicios que puedan entorpecer su validez, afectan de manera directa el logro de los fines del acto; esto es la eficacia; lo que colige la variedad de causales y motivos que atentan contra la misma.<sup>12</sup>

Derivándose de ello la nulidad<sup>13</sup> y anulabilidad,<sup>14</sup> aunque no todos los administrativistas coinciden de esta manera. Lo que sí queda claro es que un acto legalmente producido e integralmente válido, engendra una eficacia perfecta e indiscutiblemente apta para lograr los fines que persigue la expedición del mismo, por el contrario, un acto viciado en su validez, puede hacer ineficaz el cumplimiento de lo estipulado en el acto respectivo, razón por la cual un acto que efectivamente produce efectos es eficaz, aún en el caso en que los efectos producidos estén contaminados con el vicio que afecta la estructura del acto inválido.

Por lo trascendente que resulta ser la fundamentación del acto administrativo, desde su concepción teórica, que lo particularizan y que permiten valorar el quehacer administrativo y brindar las garantías a los ciudadanos en cuanto a su posible impugnación, debido a los vicios que

---

<sup>11</sup> Para este autor, el fenómeno de la validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagrados en las normas superiores. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecua perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho.

<sup>12</sup> Con relación a la teoría de los vicios del acto administrativo, muchas son las posturas que se toman, como la de vicios de forma y de fondo, vicios por inconstitucionalidad, vicios por violación de los principios generales del derecho y vicios por la violación de la legalidad formal, entre otras.

<sup>13</sup> Referente a esto la tesis de la tripartición sostiene que “La nulidad absoluta se caracteriza por que los actos así viciados no pueden nunca producir efectos jurídicos, cualquiera que sea el momento en que efectivamente se haga uso de la acción de nulidad ante los Tribunales”.

<sup>14</sup> En cuanto a esta cuestión se expresa que “La nulidad relativa o anulabilidad que supone la existencia de un negocio jurídico que, aunque viciado, produce efectos jurídicos en tanto no se utilice con éxito contra el mismo la acción correspondiente ante los Tribunales”.



pueda tener, incluso de su inconstitucionalidad; resulta necesario constitucionalizar la aludida institución jurídica administrativa, ya que la misma constituye un punto de partida de la actividad administrativa dirigida a cumplimentar el interés público. En este sentido, es dable realizar un análisis de la referida institución del acto administrativo desde la óptica del derecho comparado.

### 3. *Consideraciones en torno a los fundamentos constitucionales del acto administrativo en el derecho comparado*

Para darle continuidad al tema de la investigación se parte del estudio de diferentes documentos que refrendan la base teórica del acto administrativo y los textos constitucionales del ámbito extranjero, comparando diversas concepciones teóricas y disposiciones legales sobre la base de las convergencias y divergencias en cuanto a la regulación constitucional del acto administrativo.

Se toman como parámetros diferentes países, en el caso de España debido a su referencia para Cuba en materia de derecho; Italia, Portugal, Costa Rica, Uruguay y México por regular elementos importantes en torno al acto administrativo, y Venezuela, Colombia y Ecuador por formar parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

#### A. *España*

“La Constitución se proyecta con fuerza sobre la Teoría del Acto Administrativo... Otro tanto de lo mismo se puede decir acerca del requisito de la audiencia establecido en la misma Norma Fundamental en su artículo 105<sup>15</sup> en el marco de la teoría del procedimiento administrativo en general” (Rodríguez Arana y Sendín 2009, prólogo).

---

<sup>15</sup> El mencionado precepto 105 expresa lo siguiente:

La ley regulará, que:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

### B. *Italia*

El artículo 125 de la Constitución italiana reconoce el control de legitimidad a los actos administrativos cuando decide que el control de legitimidad sobre los actos administrativos de la Región será ejercido en forma descentralizada por un órgano del Estado del modo y con los límites establecidos por leyes de la República.

### C. *Portugal*

En el precepto 269<sup>16</sup> apartado 2 de la Ley Fundamental de Portugal se emplea el término acto administrativo, destacándose varios aspectos con relación a las características de impugnabilidad, firmeza y ejecutividad de éste, la legalidad como presupuesto de validez, y las garantías que se le ofrecen a los administrados.

### D. *Costa Rica*

Bajo esta misma línea analítica, la “Norma Superior” de Costa Rica imbrica los fundamentos constitucionales del acto administrativo en el precepto 49<sup>17</sup> donde queda reflejado uno de los motivos de impugnación del acto administrativo, estableciéndose la jurisdicción contenciosa administrativa como garantía de los ciudadanos, otro aspecto relevante en este mandamiento constitucional es el referido a la legalidad de la función administrativa, lo que resulta también objeto de esa jurisdicción.

---

<sup>16</sup> Artículo 269:

1. Los ciudadanos tendrán derecho a ser informados por la Administración, siempre que lo soliciten, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, así como a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular.

2. Se garantiza a los interesados el recurso contencioso, por razón de ilegalidad, contra todo acto administrativo definitivo y de fuerza ejecutiva.

<sup>17</sup> Artículo 49: Establécele la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

### E. Uruguay

La Constitución de Uruguay reconoce expresamente el acto administrativo, dándole un matiz diferente en cuanto a las características, los efectos y las garantías jurisdiccionales de la mencionada institución.

Todos los preceptos constitucionales invocan la impugnabilidad del acto administrativo mediante la nulidad de los mismos; en el caso del artículo 309<sup>18</sup> se dispone que la acción de nulidad (aclara que son para los actos administrativos definitivos) sólo procederá por el titular del derecho que se ha violado por el acto administrativo, en los casos de contrariedad a derecho o desviación de poder; e incluso se establece el requerimiento de cuatro votos conformes para declarar la nulidad del acto.<sup>19</sup>

De igual forma, se ilustran las garantías que le brinda al ciudadano impugnar el acto administrativo, pues la Ley de leyes en su precepto 311<sup>20</sup> determina los efectos que traerían consigo la declaración de nulidad y la acción que podría interponer para reparar los daños causados por dicho acto.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Artículo 309: El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados. La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.

<sup>19</sup> Artículo 310: El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo. Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo. En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto, se requerirán cuatro votos conformes.

<sup>20</sup> Artículo 311: Cuando el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.

<sup>21</sup> Artículo 312: La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que se refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare. El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado. En el primer caso y si obtuviere una sentencia

Es factible apreciar cómo la Constitución uruguaya establece además los recursos que se pueden utilizar para impugnar los actos administrativos en las diferentes instancias (administrativas y judiciales) en su artículo 317,<sup>22</sup> y en 318<sup>23</sup> queda sentado el derecho de petición que tiene el sujeto receptor del acto administrativo para controlar o verificar su ejecución.

De ello se aprecia la adecuada regulación de la mencionada institución, lo que favorece a la justicia administrativa y emprende el buen funcionamiento de la administración pública.

### F. México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refrenda la institución jurídica del acto administrativo, al establecer un mecanismo de protección a los derechos relacionados con la emisión de los actos ad-

---

anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado el primero por la acción reparatoria, cualquier fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarará suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación.

<sup>22</sup> Artículo 317: Los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial. Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria, al recurso de revocación. Cuando el acto administrativo provenga de una autoridad que según su estatuto jurídico esté sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado por las mismas causas de nulidad previstas en el artículo 309, mediante recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación. Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar con los recursos de reposición y apelación en la forma que determine la ley.

<sup>23</sup> Artículo 318: Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previo los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable. Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado.

ministrativos, así lo regula el artículo 102;<sup>24</sup> de igual manera, queda establecida la jurisdicción que acomete en caso de constitucionalidad del acto, cuestión que recogen los preceptos 105<sup>25</sup> y 107.<sup>26</sup>

### G. Venezuela

El artículo 259 autoriza que la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

---

<sup>24</sup> Artículo 102: El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

<sup>25</sup> En el artículo 105 apartado uno, incisos *h*, *i* y *j* se dispone que: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación” conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales...

<sup>26</sup> Artículo 107, apartado VII: El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecte a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia.

Esta disposición constitucional instituye que el fundamento de toda impugnación del acto administrativo será, siempre, la contrariedad a derecho, expresión que debe ser utilizada de la forma más amplia posible, es decir, como toda violación del ordenamiento jurídico constitucional y legal.

#### H. *Colombia*

La Constitución colombiana dispone en el artículo 87 que “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Destacándose en esta disposición constitucional lo referente a la impugnabilidad del acto administrativo como una de sus características más importantes y como garantía que, le permite a los administrados poder acudir a vía judicial con el fin de que se cumpla efectivamente lo dispuesto. Esto implica en varios aspectos:

- 1) La sujeción de la administración pública al principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa.
- 2) El acto administrativo trae consigo un cumplimiento efectivo, y para ello esa decisión administrativa debe ser válida y eficaz.

Las normas constitucionales (tanto las determinantes de principios y garantías como las estipulantes de competencias) deben ser obedecidas y respetadas por las autoridades administrativas en todo instante, procurando que sus actuaciones y manifestaciones se ajusten a los mandatos por ellas determinados. La observancia de la Constitución siempre y en todos los casos debe ser directa.

No constituye justificación válida, para la Administración Pública, el proferir un acto administrativo violatorio de la Constitución... La Constitución política, por ende, debe ser la primera instancia de observancia por parte de las autoridades al proferir un acto administrativo. Cualquier actuación que desconozca su sustento doctrinal, no cumpla sus preceptos o desvíe sus competencias, está viciada de inconstitucionalidad y consecuentemente, debe ser declarada nula (Ojeda de Iijja 2012, 278).

- 3) En Colombia se invoca a la Constitución como norma suprema para dirimir los asuntos, por lo menos en sede administrativa, dándole un tratamiento práctico y jurisprudencial adecuado al tema del acto administrativo y todo con respecto al funcionamiento de la administración pública.

### I. Ecuador

La Constitución ecuatoriana vigente, estipula en el artículo 173 que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial”.

De aquí se deduce que se ha usado el concepto material del acto administrativo, ya que no especifica autoridad administrativa que lo emite, sino dice que, de cualquier autoridad estadual, es decir, que este acto no tiene que ser exclusivamente de un órgano administrativo; sin embargo, aclara que debe ser un acto administrativo, es decir, que su materia, contenido y sustanciación pertenece al ámbito administrativo. Otra idea es la relacionada con el derecho y el afianzamiento de que estos actos sean impugnados ante vía administrativa y judicial.

El artículo 436.4 determina que

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

Aduciéndose que la “ley de leyes” avala la constitucionalidad como requisito de validez de los actos administrativos, encontrándose en estrecha vinculación con la supremacía constitucional que decreta esta norma jurídica superior y el valor de la misma como punto de partida para la solución de situaciones jurídicas determinadas.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Artículo 424: La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica...

Por tanto, el acto administrativo como expresión de la actividad administrativa y como fuente productora de las garantías jurídicas administrativas, debe ser legítimo, de obligatorio cumplimiento, eficaz, válido y estable, para que pueda satisfacer los fines públicos de toda una sociedad; razón por la cual debe acogerse al bloque de legalidad, y enfáticamente a la Constitución como primicia para la impugnabilidad del mismo.

Cuestión esta última que tiene gran éxito en los ordenamientos constitucionales de España, Italia, Portugal, Costa Rica, Uruguay, México, Colombia, Venezuela y Ecuador; ya que las Constituciones de esos países regulan la institución del acto administrativo, fortaleciendo la legalidad administrativa como paradigma de actuación de la administración pública y la justicia administrativa, mediante la cual, se consolida la jurisdicción contenciosa administrativa, pues en estas Constituciones es común la regulación sobre la impugnabilidad de los actos administrativos, y en especial las que integran el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Esta razón obliga a dar una mirada al ordenamiento jurídico nacional y sentar las bases que sustentan la adecuada regulación constitucional del acto administrativo en Cuba, en aras de proteger a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, como integrantes del Estado de derecho.

## II. EL ACTO ADMINISTRATIVO. HACIA UNA ADECUADA REGULACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EN CUBA

El reconocimiento y activación, desde la Constitución, de mecanismos para la defensa por los ciudadanos de sus derechos e intereses legítimos ante del poder, ocupa hoy un lugar común en los sistemas jurídicos contemporáneos. Entre ellos, resultan particularmente relevantes las garantías de control jurisdiccional de la función administrativa, ya que hoy la justicia administrativa en Cuba es ese instrumento garante de los derechos de los ciudadanos y del interés general frente al actuar lesionador de la administración pública que cabe predicar de ella (Marcheco Acuña 2015).

---

Artículo 425: El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.



Ello es debido, en gran parte, a la falta de argumentos constitucionales con el acto administrativo, pues de esta institución deviene la justicia administrativa, ya que ambas no han encontrado en el texto fundamental un asidero sólido para su despliegue y desarrollo hasta la Constitución de 1976, siendo regulada con otro matiz en la actual Constitución de 2019. Lo que significa que, para lograr una verdadera justicia administrativa, la máxima expresión de la actividad administrativa debe tener una fundamentación constitucional; cuestión que será analizada en las Constituciones cubanas, para significar la importancia de la adecuada regulación del acto administrativo en el texto constitucional cubano.

## 1. *El acto administrativo: enfoque constitucional en Cuba*

### A. *Etapas coloniales*

El orden jurídico-administrativo cubano fue construido desde el poder colonial externo para garantizar los intereses que dicho poder encarnaba. Frente a una atmósfera de ausencia de libertad e independencia como nación en la que vivía la Cuba de mediados del siglo XIX, poco abonado estaba el terreno en el país para que naciera un movimiento que se introdujera plenamente por los caminos del desarrollo científico del derecho cubano. Y menos aún, si se trata de los aspectos que atañen a los asuntos públicos enfocados desde los matices y los anhelos que el nuevo orden estatal moderno estaba poniendo al descubierto (Matilla Correa 2011, 158).

Lo anteriormente aludido trasciende al ámbito del derecho constitucional, y por ende a la regulación del acto administrativo, aún y cuando ya la institución había surgido al unísono del derecho administrativo en los albores de la Revolución francesa de 1789. Sin embargo, las Constituciones de este periodo se erigieron para darle organización a la guerra, siendo este su principal objetivo, en aras de lograr la independencia del yugo colonial.

Las Constituciones mambisas, además de su gran trascendencia histórica, por ser imperantes en la efervescencia de la lucha por la independencia de la patria, marcaron un paso importante dentro de la tradición constitucional cubana, sentando las bases para el ulterior desarrollo del constitucionalismo en Cuba y las Constituciones venideras. Solo que,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

con respecto al reconocimiento del acto administrativo, sostuvieron una regulación atenuada.

La primera de ellas, la Constitución de Guáimaro del 10 de abril de 1869, constituye simiente del derecho constitucional cubano, normando la estructura del aparato de dirección de la naciente República de Cuba, estableciendo la división burguesa clásica de tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (Torres Cueva y Loyola Vega 2007, 243).

El Ejecutivo atravesó difíciles circunstancias, propiciando la poca influencia de la labor legislativa en el desarrollo de los acontecimientos. Con respecto a la institución del acto administrativo hace referencia, a partir del nombramiento de los miembros del Poder Ejecutivo, los ministros, cónsules, embajadores, secretarios, entre otros.<sup>28</sup>

En ese mismo sentido se muestra la Constitución de Baraguá,<sup>29</sup> del 23 marzo de 1878, la que refrendaría el gobierno provisional, como factor militar predominante en la misma. Resaltando con respecto a la regulación de dicha institución, la Constitución de Jimaguayú<sup>30</sup> del 16 de septiembre de 1895, cuando delimita las atribuciones del Consejo de Gobierno de designar el nombramiento del general en jefe y del lugarteniente general y resolver las reclamaciones presentadas por los ciudadanos. Con similar alcance se refrenda el acto administrativo en la Constitución de la Yaya<sup>31</sup> del 29 de octubre de 1897.

---

<sup>28</sup> *Cfr.* artículo 7: La Cámara de Representantes nombrará el Presidente encargado del Poder Ejecutivo, el General en Jefe, el Presidente de sus sesiones y demás empleados suyos. El General en Jefe está subordinado al Ejecutivo y debe darle cuenta de sus operaciones.

Artículo 19: Designará los embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules de la República en los países extranjeros.

Artículo 21: Los secretarios del despacho serán nombrados por la Cámara a propuesta del Presidente.

<sup>29</sup> Artículo 2: El gobierno provisional nombrará un General en Jefe que dirija las operaciones militares.

<sup>30</sup> Véase artículo 3o.: Serán atribuciones del Consejo de Gobierno:

5. Resolver las reclamaciones de toda índole, excepto judicial, que tienen derecho a presentarle todos los hombres de la Revolución.

7. Conferir los grados militares de Coronel en adelante, previos informes del Jefe Superior inmediato y del General en Jefe y designar el nombramiento de este último y del Lugar Teniente General, en caso de vacante de ambos.

<sup>31</sup> Véase artículo 9o: Los cubanos pueden dirigir libremente peticiones a las autoridades con derecho a obtener resolución oportuna. Las fuerzas armadas deberán ajustarse en el ejercicio de este derecho a lo que prevengan las Ordenanzas y la Ley de Organización

En general estos textos constitucionales brindan elementos que permiten se infiera la existencia de una regulación constitucional del acto administrativo, tal es el caso del nombramiento y la acción de dar respuesta y resolver las peticiones de los individuos, lo que demuestra el deber de los órganos ejecutivos de cumplir el objetivo general de la sociedad; destacándose en este último aspecto las Constituciones de Jimaguayú y la Yaya.

### B. *Etapa neocolonial*

Las Constituciones de este periodo respondieron y reflejaron momentos históricos diferentes, consagraron un modelo distinto del Estado cubano, a partir de las circunstancias peculiares en las que emergieron, como sus procesos de elaboración y vigencia.

Una vez concluida la guerra, y con la firma del Tratado de Paz entre España y Estados Unidos, en París, el 10 de diciembre de 1898, el poder quedó en manos de un gobierno militar estadounidense; ya los cubanos contaban con una Constitución, la de la Yaya; sin embargo, en 1901 se reunió una Convención Constituyente a fin de elaborar la “Ley Fundamental” que regiría en las condiciones de “Estado independiente”.

Con relación a la regulación del acto administrativo, la Constitución de 1901 adopta una posición similar a las Constituciones anteriores con respecto al nombramiento;<sup>32</sup> sin embargo, marca una diferencia al regular

---

Militar.

Artículo 20: El Consejo de Gobierno nombrará su Secretario, que podrá separar libremente.

Artículo 22: Son atribuciones del Consejo de Gobierno, además de las estatuidas por otros artículos de esta Constitución:

4. Nombrar Secretarios y Vicesecretarios para el desempeño de un Despacho cuando ambos cargos estuvieren vacantes durante dos meses.

5. Nombrar y separar los funcionarios públicos de todo orden en la forma que las Leyes determinen, disponiendo sean sometidos a los tribunales de justicia en los casos que proceda.

12. Determinar la política exterior y nombrar y separar agentes Representantes y Delegados de todas categorías.

<sup>32</sup> Con respecto al nombramiento como acto administrativo, los siguientes artículos de la Constitución de 1901 regulan:

Artículo 47, apartado 4: Son atribuciones propias del Senado: aprobar los nombramientos que haga el Presidente de la República, del Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de los Representantes diplomáticos y Agentes consulares de la Na-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

la suspensión de los acuerdos del Ayuntamiento y el Consejo Provincial; lo que podría constituir un acto administrativo, ya que estos órganos representan el régimen local con funciones ejecutivas y administrativas (en este caso la de suspender) atribuidas por la propia norma superior que al manifestar su actividad adopta la forma de un acuerdo. Por lo que a continuación se ilustrarán los preceptos que permiten entender esta acotación:

El artículo 68 apartado 12, dispone que son atribuciones del presidente de la República: “Suspender los acuerdos de los Consejos Provinciales y de los Ayuntamientos, en los casos y en la forma que determina esta Constitución”.

El artículo 10<sup>33</sup> establece que los cubanos y extranjeros debían sumisión a las potestades y resoluciones del Tribunal y de cualquier otra autoridad, lo que indica esta última parte en torno a la autoridad que puedan ser actos administrativos por emanar del ejercicio de una potestad que autoriza el propio texto constitucional, aun cuando no especifique que sea de una autoridad administrativa. Igual ocurre con aquellas resoluciones, que como establece el precepto pueden ser de las demás “autoridades de la República”.

---

ción, y de los demás funcionarios, cuyo nombramiento requiera su aprobación, según las leyes.

Artículo 68: Corresponde al Presidente de la República:

8. Nombrar y remover libremente a los Secretarios del Despacho, dando cuenta al Congreso.

9. Nombrar, con la aprobación del Senado, al Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y a los Representantes diplomáticos y Agentes consulares de la República; pudiendo hacer nombramientos interinos de dichos funcionarios, cuando en caso de vacante, no esté el Senado.

10. Nombrar, para el desempeño de los demás cargos instituidos por la Ley, a los funcionarios correspondientes, cuyo nombramiento no esté atribuido a otras Autoridades.

Artículo 93: Corresponde a los Consejos Provinciales: Nombrar y remover los empleados provinciales con arreglo a lo que establezcan las leyes.

Artículo 105: Corresponde a los Ayuntamientos: Nombrar y remover los empleados municipales conforme a lo que establezcan las leyes.

Artículo 110: Corresponde a los Alcaldes: Nombrar y remover los empleados de su despacho, conforme a lo que establezcan las leyes.

<sup>33</sup> Artículo 10: Los extranjeros residentes en el territorio de la República, se equiparán a los cubanos en cuanto a la sumisión a la potestad y a las resoluciones de los Tribunales y demás Autoridades de la República.

En este mismo sentido, el artículo 27 estipula que “toda persona tiene el derecho de dirigir peticiones a las autoridades; de que sus peticiones sean resueltas y de que se le comunique la resolución que a ellas recaiga”. Significando que la resolución que daría respuesta a la reclamación o petición pueda constituir un acto administrativo. Lo que también se infiere en el artículo 98<sup>34</sup> cuando expresa que los Consejeros Provinciales deben responder por los actos ejecutados en sus funciones.

De lo antes expuesto se corrobora el no reconocimiento expreso del acto administrativo, sólo se regulan aspectos relacionados con la forma que pueden adoptar (resoluciones, acuerdos), la competencia de aquellos órganos que ostentan potestades administrativas (Consejo Provincial y de Ayuntamiento como órganos correspondientes del régimen provincial y municipal de la Administración) y el nombramiento.

Los años que transcurrieron desde 1933 a 1939 se caracterizaron por ser de gran inestabilidad política y de agitación interna para los que habían vivido la República hasta aquel entonces. Después que la dictadura de Gerardo Machado se desplomara de forma estrepitosa, Cuba se sumergiría en una crisis institucional matizada, entre otras cosas, por una intermitencia constitucional. En estos años se fue forjando, paso a paso, el nuevo orden constitucional, edificado en 1940, en detrimento del añejo modelo liberal, que, poco a poco, fue quedando rezagado hasta ser finalmente desechado por completo (Mulet Martínez 2018, 1).

La Constitución de 1940 tuvo gran relevancia jurídica para el momento histórico en el que se promulgó, y para tiempos posteriores, resulta ser una de las más avanzadas, porque con ella se refleja uno de los segmentos históricos de la marcha vital de la nación cubana y consagra un modelo distinto de pensamiento y acción del Estado cubano; además de ampliar el contenido técnico jurídico y plasmar importantes reclamos populares en el orden económico, político y social; razones que permiten catalogarla como uno de los más altos puntos de referencia en la vida jurídica de Cuba (Matilla Correa 2011, 8).

Este texto constitucional adopta diferentes posiciones, de las cuales se puede inferir un reconocimiento del acto administrativo, utilizando los

---

<sup>34</sup> Artículo 98: Los Consejeros Provinciales serán personalmente responsables, ante los Tribunales, en la forma que las leyes prescriban, de los actos que ejecuten en el ejercicio de sus funciones.

términos “acuerdos”, “resoluciones” y “actos” para referirse a las atribuciones de los órganos ejecutivos del Estado<sup>35</sup> y el recurso de inconstitucionalidad que puede definirse como el medio extraordinario de defensa de la Constitución que otorga el Poder Constituyente al Poder Judicial (Álvarez Tabío 1966, 12).

Una muestra de ello es el artículo 219 inciso a) que, establece como garantía de los habitantes del municipio respecto a sus gobernantes locales que

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, *cf.* artículo 174, inciso *d*: El Tribunal Supremo de Justicia tendrá, además de las otras atribuciones que esta Constitución y la Ley le señalen, las siguientes: Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario...

Artículo 217, inciso *b*: Como garantía de la autonomía municipal, queda establecido lo siguiente: Los acuerdos del Ayuntamiento o de la Comisión, o las resoluciones del alcalde o de cualquier otra autoridad municipal no podrán ser suspendidas por el Presidente de la República, el Gobernador de la Provincia ni por otra autoridad gubernativa. Los referidos acuerdos o resoluciones sólo podrán ser impugnados por las autoridades gubernativas cuando éstas los estimen ilegales, ante los Tribunales de Justicia, que serán los únicos competentes para declarar, mediante el procedimiento sumario que establezca la Ley, si el organismo o las autoridades municipales los han tomado o no, dentro de la esfera de su competencia, de acuerdo con las facultades concedidas a los mismos por la Constitución...

Artículo 221: De los acuerdos municipales serán responsables los que votaren a favor de ellos y los que no habiendo asistido a la sesión en que se tomaron, sin estar en uso de licencia oficial entonces, dejaren transcurrir las dos sesiones siguientes sin salvar su voto. Estas salvedades, no afectarán, en ningún caso, a la eficacia de los acuerdos definitivamente adoptados.

Artículo 238, incisos *b* y *c*: Corresponde al Gobernador de la provincia: Publicar los acuerdos del Consejo Provincial que tengan fuerza obligatoria, ejecutándolos y haciéndolos ejecutar, determinando las penalidades, correspondientes a las infracciones cuando no hayan sido fijadas por el Consejo; Expedir órdenes y dictar además las instrucciones y reglamentos para la mejor ejecución de los acuerdos del Consejo cuando éste no lo hubiere hecho...

Artículo 245: Ningún miembro del Consejo Provincial podrá ser suspendido ni destituido por autoridad gubernativa. Tampoco podrán ser suspendidos ni anulados por dicha autoridad los acuerdos y decisiones del Consejo, los que podrán ser impugnados ante los tribunales de justicia, mediante procedimiento sumario especial que la Ley regulará, por las autoridades gubernativas municipales o nacionales, por cualquier vecino que resulte perjudicado por el acuerdo o resolución, o estime que éstos lesionan un interés público. Los acuerdos de los Consejos Provinciales serán tomados en sesiones públicas...

Artículo 249: Los consejeros provinciales y el gobernador serán responsables ante los Tribunales de Justicia, en la forma que la Ley prescriba de los actos que realicen en el ejercicio de sus funciones...

En caso de que las resoluciones o acuerdos de las autoridades u organismos municipales lesionen algún interés privado o social, el perjudicado o cualquier habitante del municipio que considere que el acuerdo o resolución lesiona un interés público, podrá solicitar su nulidad y la reparación del daño ante los Tribunales de Justicia, mediante un procedimiento sumario establecido por la Ley. El Municipio responderá subsidiariamente y tendrá el derecho de repetir, cuando fuere condenado al pago, contra el funcionario culpable de haber ocasionado el daño en los términos que disponga la Ley.

De igual manera, el artículo 182,<sup>36</sup> inciso *a*, dispone sobre la inconstitucionalidad que declara el Tribunal de Garantías Constitucionales de los actos y resoluciones de los diferentes organismos, lo que pudiera indicar que dichos actos y resoluciones constituyen actos administrativos.

En otro sentido, cuando la Constitución menciona los nombramientos y designaciones de los funcionarios públicos y los miembros de los órganos representantes de la Administración Pública, se deduce que son actos administrativos.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Artículo 182: El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es competente para conocer los siguientes asuntos: “Los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado”.

<sup>37</sup> *Cfr.* artículo 52: ...La designación, ascensos, traslados y separación de los maestros y profesores públicos, inspectores, técnicos y demás funcionarios escolares se regulará de modo que en ello no influyan consideraciones ajenas a las estrictamente técnicas, sin perjuicio de la vigilancia sobre las condiciones morales que deban concurrir en tales funcionarios...

Artículo 105: Son funcionarios, empleados y obreros públicos los que, previa demostración de capacidad y cumplimiento de los demás requisitos y formalidades establecidas por la Ley, sean designados por autoridad competente para el desempeño de funciones o servicios públicos y perciban o no, sueldo o jornal con cargo a los presupuestos del Estado, la Provincia o el Municipio, o de entidades autónomas.

Artículo 116: Para resolver las cuestiones relativas a los servicios públicos, se crea un organismo de carácter autónomo que se denominará Tribunal de Oficios Públicos y que estará integrado por siete miembros designados en la siguiente forma:... Uno, designado por el Presidente de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros, y que deberá tener reconocida experiencia en cuestiones administrativas. Uno, designado por el Congreso que deberá poseer título académico expedido por entidad oficial. Uno, designado por el Consejo Universitario, previa la terna elevada al efecto por la Facultad de Ciencias Sociales, de la cual deberá ser graduado. Uno, por los empleados del Estado.

Por lo que la Constitución de 1940 no reconoce expresamente el acto administrativo, pues sus preceptos indican tal reconocimiento cuando emplean los términos actos de administración, acuerdos, resoluciones en los casos de suspensión, ejecución, control e impugnación por parte de los ciudadanos y los propios órganos de la administración pública (Consejo de Ministros, Consejos Provinciales, los Ayuntamientos y el Gobierno Municipal); así mismo, cuando revalida el nombramiento de cada uno de los miembros y representantes de las diferentes autoridades y organismos.

### *C. Etapa de 1959 hasta la actualidad*

Con el nefasto golpe de Estado de Fulgencio Batista en 1952, Batista suspendió las garantías constitucionales, disolvió el Congreso, canceló las elecciones que debían celebrarse el 1o. de junio, y se proclamó jefe de Estado y primer ministro. El 4 de abril de 1952 proclamó los llamados Esta-

---

Artículo 122: Son atribuciones propias del Senado:... inciso d) Aprobar los nombramientos que haga el Presidente de la República, asistido del Consejo de Ministros, de los Jefes de Misión Diplomática permanente y de los demás funcionarios cuyo nombramiento requiera su aprobación según la Ley.

Inciso e) Aprobar los nombramientos de miembros del Tribunal de Cuentas del Estado.

Inciso f) Nombrar comisiones de investigación. Estas tendrán el número de miembros que acuerde el Senado el derecho de citar tanto a los particulares como a los funcionarios y autoridades para que concurran a informar ante ellas y el de solicitar los datos y documentos que estimen necesarios para los fines de la investigación...

Artículo 142: Corresponde al Presidente de la República, asistido del Consejo de Ministros: inciso h) Nombrar, con la aprobación del Senado, al Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en la forma que dispone esta Constitución, así como a los jefes de misiones diplomáticas. Inciso i) Nombrar, para el desempeño de los demás cargos instituidos por la Ley, a los funcionarios correspondientes cuya designación no esté atribuida a otras autoridades.

Artículo 151:... Uno de estos Ministros tendrá la categoría de primer Ministro por designación del Presidente de la República y podrá desempeñar el cargo con o sin cartera.

Artículo 167:... Los ministros que hayan sido nombrados por haber sido removidos sus antecesores en una crisis parcial, sólo podrán ser sometidos a un voto de no confianza seis meses después de su designación, salvo que se trate de una crisis total...

Artículo 177: Los nombramientos de Jueces se harán en dos turnos...

Artículo 180: Los Magistrados del Tribunal Supremo serán nombrados por el Presidente de la República de una terna propuesta por un colegio electoral de nueve miembros. Estos serán designados...

Artículo 225:... Una vez nombrado el Gerente por el Ayuntamiento...



tutos Constitucionales que derogaban la Constitución de 1940. Esta situación política detonó la lucha revolucionaria que se produjo en el periodo de 1953 a 1959, aspectos que trascendieron para la promulgación de la Ley Fundamental de 1959, la que marcó un nuevo rumbo a la realidad sociopolítica y económica de la isla, y por supuesto, al constitucionalismo cubano.

El 7 de febrero de 1959 fue promulgado un nuevo texto constitucional denominado “Ley Fundamental de la República” que se presentaba como continuador de la Constitución de 1940 aunque realmente no lo fuera, puesto que la nueva ley fundamental, aun cuando reproducía en gran medida el articulado de aquella Constitución, introducía importantes modificaciones y difería de ella en lo relativo a las estructuras de gobierno (Rodríguez Grillo *s. d.*, 39).

La Ley Fundamental de 1959 utiliza el término de disposiciones, incluso las delimita en disposiciones legales, gubernativas, relativas a la administración, que de alguna manera podrían ilustrar un acto administrativo, lo que se colige en el artículo 40<sup>38</sup> imbricado en el Título Cuarto de los Derechos Fundamentales, específicamente en la Sección Primera de los Derechos Individuales.

Por otro lado, el artículo 19, inciso *f*, dispone que los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparan a los cubanos: “En la sumisión y la jurisdicción y resoluciones de los Tribunales de Justicia y autoridades de la República”, propiciando que esas resoluciones podrían provenir de autoridades administrativas y por lo tanto constituirían actos administrativos. De igual forma, se establece en el artículo 152,<sup>39</sup> inciso

---

<sup>38</sup> Artículo 40: Las disposiciones legales, gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos, que esta Ley Fundamental garantiza, serán nulas si los disminuyen, restringen o adulteran. Es legítima la resistencia adecuada para la protección de los derechos individuales garantizados anteriormente. La acción para perseguir las infracciones de este título es pública, sin caución ni formalidad de ninguna especie y por simple denuncia. La enumeración de los derechos garantizados en este Título no excluye los demás que esta Ley Fundamental establezca ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

<sup>39</sup> En correspondencia a esta disposición se encuentra el artículo 172 que regula los casos de declaración de inconstitucionalidad: “Por la persona a quien afecte la disposición que se estime inconstitucional. Los jueces y tribunales están obligados a resolver los conflictos entre las leyes vigentes y la Ley Fundamental, ajustándose al principio de que ésta prevalezca siempre sobre aquéllas. Cuando un juez o tribunal considere inaplicable cual-

d), donde se orienta que el Tribunal Supremo de Justicia, además de las atribuciones que esa ley fundamental y la ley le señalen, debe: “Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario”. Coligiéndose que dicho precepto constitucional da una configuración distinta del acto administrativo con respecto a los demás, ya que hace alusión a la regla de constitucionalidad y los sujetos jurídicos que declaran el acto, aun cuando no especifique la función administrativa de esos órganos (los ministros, órganos ejecutivos, las provincias y municipios).

El artículo 195, inciso a), del Título Decimotercero correspondiente al Régimen Municipal y en la Segunda Sección de las Garantías de la Autonomía Municipal se establece que

Los acuerdos y las resoluciones de los gobernantes locales o de cualquier otra autoridad municipal no podrán ser suspendidas por el Presidente de la República, los gobernantes provinciales o por ninguna autoridad gubernativa. Solamente podrán serlo por acuerdo del Consejo de Ministros previa audiencia de los gobernantes municipales que hubieren dictado la resolución o acuer-

---

quier ley, decreto-ley, decreto o disposición porque estime que viola la Ley Fundamental, suspenderá el procedimiento y elevará el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales a fin de que declare o niegue la constitucionalidad del precepto en cuestión y devuelva el asunto al remitente para que continúe el procedimiento, dictando las medidas de seguridad que sean pertinentes. En los expedientes administrativos podrá plantearse el recurso de inconstitucionalidad al acudir a la vía contencioso-administrativo. Si las leyes no franquearen esta vía, podrá interponerse el recurso de inconstitucionalidad directamente contra la resolución administrativa. Los recursos de inconstitucionalidad, en los casos enumerados en los artículos ciento cincuenta y dos, incisos a), b), c), d), y e); ciento sesenta y ciento sesenta y cuatro de esta Ley Fundamental, se interpondrán directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. En todo recurso de inconstitucionalidad los Tribunales resolverán siempre el fondo de la reclamación. Si el recurso adoleciera de algún defecto de forma, concederá un plazo al recurrente para que lo subsane. No podrá aplicarse, en ningún caso ni forma, una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida que haya sido declarada inconstitucional, bajo pena de inhabilitación para el desempeño de cargo público. La sentencia en que se declare la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una medida o acuerdo gubernativo, obligará al organismo, autoridad o un funcionario que haya dictado la disposición anulada, a derogarla inmediatamente. En todo caso la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se considerará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal”.

do. También los referidos acuerdos o resoluciones podrán ser impugnados por las autoridades gubernativas cuando éstas los estimen ilegales, ante los Tribunales de Justicia, que declararán mediante el procedimiento sumario que establezca la Ley, si las autoridades municipales los han tomado o no, dentro de la esfera de competencia, de acuerdo con las facultades concedidas a los mismos por la Ley Fundamental.

En consecuencia, la ley fundamental de 1959 carece de ese reconocimiento expreso del acto administrativo. Al igual que la Constitución de 1940, se infiere de forma indirecta el empleo de la institución jurídica administrativa traída a colación; ya que se puede contactar la misma al hacer alusión a las atribuciones, poderes y funciones de órganos ejecutivos y locales, representantes de la administración pública.

Al largo periodo de provisionalidad del Gobierno implantado en 1959 le sucedería un denominado “proceso de institucionalización” del país. Éste se inició en 1974 con la promulgación de las Leyes de Organización del Sistema Judicial, de Procedimiento Penal y la de Procedimiento Civil y Administrativo. Dentro de este proceso se dictó la nueva Constitución inspirada en los principios del marxismo-leninismo (Rodríguez Grillo *s. d.*, 44).

La Constitución del 24 de febrero de 1976 es uno de los más notables cuerpos constitucionales que han imperado en la “Mayor de las Antillas”, cuya vigencia ha palpado dos siglos, el XX y XXI. Adoptando desde su elaboración y promulgación una forma *sui generis* y original, ya que no nació de un proceso constituyente (asamblea o convención constituyente) convocado y elegido al efecto (Matilla Correa 2011, 8-9).<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Matilla Correa (2011, 9) dice: “Para la redacción de lo que hubo de constituir su Anteproyecto se nombró una Comisión Mixta —comisión redactora ad hoc— del Partido y el Gobierno por Acuerdo Conjunto entre el Buró Político del Partido Comunista de Cuba y del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, con fecha 22 de octubre de 1974; acuerdo donde se indicaban además determinadas orientaciones y aspectos que debían ser guiados o tomados en cuenta por la Comisión Mixta”. El Anteproyecto de Constitución, obra de la comisión redactora fue sometido a discusión pública y popular; fue moldeado y aprobado después como Proyecto de Constitución de la República (así como el Proyecto de Ley de Tránsito Constitucional) en el Primer Congreso del Partido Comunista (1975). Y en voto universal, directo, libre y secreto, en los marcos de un referéndum nacional al efecto (15 de febrero de 1976), fue aprobado popularmente como la Constitución socialista de 1976, así como la Ley de Tránsito Constitucional.

Su impronta en la tradición constitucionalista cubana ha sido consecuencia de la plena madurez que alcanzó la misma, debido a que esta “Ley Suprema” desmontó el Estado burgués y consagró el Estado socialista, inauguró la democracia socialista y constituyó el documento cierre del institucionalismo (Matilla Correa 2011, 10), pues operó como culminación de una etapa político- jurídica dentro de su evolución, pero a su vez, como inicio de otra.

Con relación al reconocimiento constitucional del acto administrativo la “Norma Suprema” ya enunciada es omisa, pues tal institución jurídica administrativa no es regulada expresamente, ni se hace mención directa a la misma; problemática que persiste incluso en las reformas constitucionales de 1978, 1992 y 2002. Su regulación se infiere a partir de lo dispuesto en el artículo 34<sup>41</sup> de la sumisión de los cubanos y los extranjeros a las resoluciones de las autoridades; en lo referente al derecho de todo ciudadano de formular quejas y peticiones a las autoridades y recibir las respuestas en el término fijado por la ley<sup>42</sup> y en lo articulado sobre la organización y el funcionamiento de los órganos estatales.

Sobre este último elemento resultan de interés el análisis de los siguientes preceptos constitucionales: el artículo 75<sup>43</sup> donde se determina como una de las funciones del órgano legislativo la de revocar o modificar los acuerdos o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que infrinjan la Constitución y demás leyes; lo que indica que uno de esos acuerdos o disposiciones constituyan actos administrativos, ya que según lo dispuesto en este artículo, el objeto de la revocación o modificación es producto de una decisión de un órgano administrativo representante de la administración pública (órganos locales del Poder Popular) y que le es atribuible para tal efecto la violación de las normas y la afectación de los

---

<sup>41</sup> Artículo 34: Los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparan a los cubanos:... en la sumisión a la jurisdicción y resoluciones de los tribunales de justicia y autoridades de la República.

<sup>42</sup> Artículo 63: Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley.

<sup>43</sup> Artículo 75: Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular:... s) revocar o modificar los acuerdos o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que violen la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía a los mismos; o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país.

intereses generales de determinada demarcación territorial, aspecto relevante y distintivo de los actos administrativos, el fin general y público que persiguen los mismos.

En esta misma dirección el artículo 90<sup>44</sup> estipula sobre la suspensión y revocación de las disposiciones y acuerdos de las administraciones locales por quebrantar las leyes y falsear los intereses generales de las localidades, pero en este caso como una atribución del Consejo de Estado.

Por otra parte, el artículo 98 regula las facultades del Consejo de Ministros de:

- I) Revocar las decisiones de las administraciones subordinadas a las asambleas provinciales o municipales del Poder Popular, adoptadas en función de las facultades delegadas por los organismos de la administración central del Estado, cuando contravengan las normas superiores que le sean de obligatorio cumplimiento;
- II) proponer a las asambleas provinciales y municipales del Poder Popular revocar las disposiciones que sean adoptadas en su actividad específica, por las administraciones provinciales y municipales a ellas subordinadas, cuando contravengan las normas aprobadas por los organismos de la administración central del Estado, en el ejercicio de sus atribuciones;
- m) revocar las disposiciones de los jefes de organismos de la administración central del Estado, cuando contravengan las normas superiores que les sean de obligatorio cumplimiento;
- n) proponer a la Asamblea Nacional del Poder Popular o al Consejo de Estado la suspensión de los acuerdos de las Asambleas Locales del Poder Popular que contravengan las leyes y demás disposicio-

---

<sup>44</sup> Artículo 90: Son atribuciones del Consejo de Estado:

ñ) suspender las disposiciones del Consejo de Ministros y los acuerdos y disposiciones de las Asambleas Locales del Poder Popular que no se ajusten a la Constitución o a las leyes, o cuando afecten los intereses de otras localidades o los generales del país, dando cuenta a la Asamblea Nacional del Poder Popular en la primera sesión que celebre después de acordada dicha suspensión;

o) revocar los acuerdos y disposiciones de las Administraciones Locales del Poder Popular que contravengan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía, o cuando afecten los intereses de otras localidades o los generales del país;

nes vigentes, o que afecten los intereses de otras comunidades o los generales del país;

En tal sentido, en el artículo 100<sup>45</sup> también se infiere la regulación del acto administrativo mediante el empleo del término resoluciones y disposiciones para referirse a la función de adoptar decisiones de los miembros del Consejo de Ministro como el máximo órgano administrativo del Estado.

Estas cuestiones se reflejan también en los preceptos que reglamenta la Constitución en relación con las atribuciones de los órganos locales, es el caso de los artículos 105,<sup>46</sup> 106<sup>47</sup> y 109,<sup>48</sup> acotando en este sentido

---

<sup>45</sup> Son atribuciones de los miembros del Consejo de Ministros:

a) dirigir los asuntos y tareas del Ministerio u organismo a su cargo, dictando las resoluciones y disposiciones necesarias a ese fin...

<sup>46</sup> Artículo 105: Dentro de los límites de su competencia las Asambleas Provinciales del Poder Popular tienen las atribuciones siguientes:...

h) adoptar acuerdos sobre los asuntos de administración concernientes a su demarcación territorial y que, según la ley, no correspondan a la competencia general de la Administración Central del Estado o a la de los órganos municipales de poder estatal;

j) revocar, en el marco de su competencia, las decisiones adoptadas por el órgano de Administración de la provincia, o proponer su revocación al Consejo de Ministros, cuando hayan sido adoptadas en función de facultades delegadas por los organismos de la Administración Central del Estado...

<sup>47</sup> Artículo 106: Dentro de los límites de su competencia, las Asambleas Municipales del Poder Popular tiene las atribuciones siguientes:...

d) revocar o modificar los acuerdos y disposiciones de los órganos o autoridades subordinados a ella, que infrinjan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos, resoluciones y otras disposiciones dictadas por los órganos superiores del Estado o que afecten los intereses de la comunidad, de otros territorios, o los generales del país, o proponer su revocación al Consejo de Ministros, cuando hayan sido adoptados en función de facultades delegadas por los organismos de la Administración Central del Estado;

adoptar acuerdos y dictar disposiciones dentro del marco de la Constitución y de las leyes vigentes, sobre asuntos de interés municipal y controlar su aplicación;

l) conocer y evaluar los informes de rendición de cuenta que le presente su órgano de administración y adoptar las decisiones pertinentes sobre ellos...

<sup>48</sup> Artículo 109: Las entidades que se organizan para la satisfacción de las necesidades locales a fin de cumplir sus objetivos específicos, se rigen por las leyes, decretos-leyes y decretos; por acuerdos del Consejo de Ministros; por disposiciones que dicten los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado en asuntos de su competencia, que sean de interés general y que requieran ser regulados nacionalmente; y por los acuerdos de los órganos locales a los que se subordinan.

que la mayoría de las decisiones tomadas de estos órganos son ejecutadas a partir de lo que se dirime en el Consejo de la Administración a los diferentes niveles, los cuales representan a la administración pública en Cuba y por ende pudiera refrendarse el acto administrativo a partir de la utilización de los términos “acuerdos” y “disposiciones” para referirse a la revocación y modificación de los mismos, sustentados en los elementos subjetivos (Consejos de Ministros, órganos provinciales y municipales), en la competencia, el fin y la satisfacción general de los ciudadanos, todos estos en estrecha relación con el principio de legalidad.

Otro de los aspectos que permite inferir el reconocimiento del acto administrativo, es cuando se hace alusión a la designación y nombramiento de los funcionarios y miembros de cada uno de los órganos estatales.<sup>49</sup>

Por consiguiente, en la vigente Constitución cubana del 24 febrero de 1976 no existe una referencia expresa al término acto administrativo, sino se aborda de manera sistémica, pudiendo inferirse a través de lo regulado en el artículo 63 citado anteriormente, del texto constitucional y lo referido a las potestades administrativas<sup>50</sup> de cada órgano, en concomitancia con el principio de legalidad,<sup>51</sup> responsabilidad<sup>52</sup> y competencia

---

<sup>49</sup> Véase *supra* artículo 75, inciso ll, designar, a propuesta del Presidente del Consejo de Estado, al Primer Vicepresidente, a los Vicepresidentes y demás miembros del Consejo de Ministros; artículo 90 inciso j) designar y remover, a propuesta de su Presidente, a los representantes diplomáticos de Cuba ante otros Estados; artículo 98 inciso o) designar y remover funcionarios de acuerdo con las facultades que le confiere la ley; artículo 100 inciso ch) nombrar, conforme a la ley, los funcionarios que les corresponden; artículo 105 inciso ch) designar y sustituir al Secretario de la Asamblea; f) designar y sustituir a los miembros del órgano de Administración provincial, a propuesta de su Presidente; artículo 106 inciso c) designar y sustituir al Secretario de la Asamblea; f) designar y sustituir a los miembros de su órgano de Administración a propuesta de su Presidente...

<sup>50</sup> En este sentido pudiera deducirse tal reconocimiento en lo concerniente a la potestad expropiatoria (artículo 25); la tributaria que tampoco se reconoce expresamente, pero se infiere en el artículo 34, cuando se establece que los extranjeros y cubanos se equiparan en la contribución a los gastos públicos del país; la revocatoria cuando se enuncian las atribuciones de los órganos estatales, véase *supra* los artículos 75, 90, 98, 105 y 106.

<sup>51</sup> Artículo 10: Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad.

Artículo 66: El cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos.

<sup>52</sup> Artículo 26: Toda persona que sufiere daño o perjuicio causado indebidamente por

administrativa,<sup>53</sup> esto genera que el contenido del acto administrativo, el ámbito de aplicación y los efectos jurídicos del mismo no queden establecidos, al igual que los motivos de impugnación que inciden en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. De ahí la necesidad de constitucionalizar dicha institución jurídica administrativa.

De esta manera, la Constitución que fuera refrendada el 24 de febrero de 2019 y proclamada el 10 de abril de este propio año, establece de forma explícita la impugnación del acto administrativo a partir del reconocimiento del debido proceso,<sup>54</sup> lo que constituye un paso de avance y una garantía para los ciudadanos, no acotando como en los ordenamientos jurídicos analizados los motivos de impugnación de los mismos. También, resultado válido de destacar otros preceptos que hacen alusión a la institución del acto administrativo y que le dan basamento a la tesis de la autora de la importancia de la constitucionalización de la referida institución como es el caso de los artículos 133 y 137 con respecto al Consejo de Ministros y sus atribuciones, el 134, 179, 184 y 203 sobre las atribuciones del primer ministro, el gobernador, el consejo provincial y el Consejo de la Administración Municipal respectivamente.

## 2. *Elementos que sustentan la necesidad de reconocimiento constitucional del acto administrativo*

El “acto administrativo” como forma de materialización de la actividad administrativa reviste gran importancia, pues no sólo involucra a la administración pública como sujeto activo del mismo, sino también a los

---

funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.

Artículo 68: Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes: e) los órganos estatales inferiores responden ante los superiores y les rinden cuenta de su gestión.

<sup>53</sup> La competencia de los órganos administrativos se refleja a partir de las atribuciones que da la Constitución a cada uno de estos, véase supra los artículos 90, 98, 105 y 106.

<sup>54</sup> En este sentido el artículo 94 regula que “ Toda persona como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes: f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan”.



ciudadanos en general, por ser la parte donde se ejecuta y tiene validez y eficacia la actuación administrativa.

Por lo que cada decisión de la administración pública propicia consecuencias reales y objetivas para los receptores de la misma y sólo esta decisión se podría refrendar como acto administrativo, si se auxilia de la Constitución y las demás disposiciones normativas. El éxito de que se materialice el fin primordial de la administración pública está en darle juridicidad y constitucionalidad a su actuación, ya que la adecuación de la actividad administrativa al interés general es una obligación constitucionalmente impuesta a la administración pública, pues ésta ha de servir con objetividad los intereses generales.

En este sentido, resulta necesario que se regule de manera adecuada en el texto constitucional cubano el acto administrativo, para que así:

- Se defina el acto administrativo y se puedan identificar sus elementos configurativos, para diferenciarlos con otros actos y no dar lugar a confusiones terminológicas; es decir, no es suficiente con que aparezca el término como tal, sino que se deben establecer los órganos competentes para emitirlos, la forma y los efectos jurídicos, que son precisamente los elementos que los diferencian de otros actos.
- Brinde seguridad jurídica y queden establecidas las garantías jurisdiccionales de los administrados, a partir de la regulación de los elementos mencionados anteriormente y de las características, como es el caso de la obligatoriedad, ejecutividad, legitimidad e impugnabilidad, que es lo que permite defender los derechos e intereses que han sido vulnerados a los ciudadanos.
- Tengan validez los actos administrativos, pues la legitimidad, la competencia propician que el procedimiento y la forma con que se emita el acto administrativo sea válido.
- Se cumpla con las características del mismo (obligatoriedad, legitimidad, estabilidad, ejecutoriedad, ejecutividad e impugnabilidad), ya que las características del acto administrativo conforman su definición como tal; no se pueden ver aisladas una de otra, pues estas son quienes delimitan y distinguen al acto administrativo.
- Delimite el contenido, el ámbito de aplicación y los principales efectos jurídicos, es decir, a quienes van dirigidos y de qué forma. Esto significa que al estar regulado en la Constitución de forma expresa

el acto administrativo, quede claro quiénes son los sujetos que recibirían la decisión y las consecuencias que traerían para ellos.

- Asegure la juridicidad del quehacer de la administración pública, facilitando el control efectivo de la legitimidad y oportunidad en su funcionamiento; ya que la “Ley de leyes” enarbola la constitucionalidad como forma de control de las disposiciones normativas, judiciales, gubernativas y administrativas, garantizando el ejercicio eficaz de las potestades administrativas.
- Coadyuve a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales, y a su vez, obligue a la administración pública a cumplimentar sus fines con apego inexcusable de las normas, ya que este principio general del derecho es constitucionalizado para que alcance fuerza vinculante y la supremacía que le brinda la Constitución.
- Proteja los derechos individuales de los ciudadanos, ya que de su reconocimiento constitucional depende que éste pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifican la emisión de un acto administrativo. Esto constituiría una herramienta efectiva para saber la motivación y los fundamentos legales, así como el sustento constitucional de la emisión del acto, propiciando que el ciudadano ostente todos los medios necesarios para refutarlo.
- Constituya un elemento condición para la vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto del Estado de derecho, donde toda decisión administrativa que afecte derechos a los ciudadanos debe responder a motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, para que se aseguren las garantías constitucionales.
- Asegure el buen orden y la regularidad en el funcionamiento de la administración pública, en la determinación de la responsabilidad de los funcionarios y en la protección de terceros que pudieran estar afectados por el acto administrativo. Pues la Constitución es la fuente también de la legalidad administrativa, delimitando las funciones, potestades, competencias y responsabilidades de los órganos administrativos; es decir, que la “norma suprema” constituye el marco dentro del cual debe operar la administración pública.

- Exprese la forma de legitimación del ejercicio de un poder y de las potestades administrativas que responde a:
  - Legitimidad legal-racional: ejecución de la ley.
  - Legitimidad-eficiencia: exigencia de la motivación desde el orden constitucional, como parte de las relaciones administración pública-ciudadano.
- Constituya una garantía de los ciudadanos, al relacionarse con la presunción de legitimidad, el principio de seguridad jurídica y como medio de control de la arbitrariedad administrativa. Esto implicaría que el ciudadano conociera el estado procedimental y la medida en la que ha actuado la administración pública, asegurando que estos cuenten con las condiciones jurídicas necesarias para garantizar sus derechos e intereses.
- Constituya un medio de afianzar las instituciones jurídico-administrativo, siendo un instrumento pedagógico al ciudadano, al persuadir al destinatario del acto administrativo y prever las impugnaciones sobre el mismo.
- Aclare y facilite la interpretación del sentido y alcance del acto administrativo.
- Posibilite un control judicial más adecuado del obrar administrativo; ya que constituiría un elemento clave para determinar un asunto que se encamine en la vía contenciosa administrativa, pues la Constitución ha de ser la norma aplicable de primera invocación para el órgano jurisdiccional. De ella se debe partir para dirimir cualquier asunto, y más si se trata de relaciones jurídicas administrativas, donde predomina el interés general de la sociedad.
- Permita al Estado sentar criterios generales que pueden servir de base para la emisión de los actos administrativos.
- Permita el control indirecto de la opinión pública, junto a la acción popular y el control social que deberán posibilitar que la ciudadanía individual y colectiva ejerza tuición sobre las labores estatales y en la convivencia planteada en la Constitución, al poder conocer las razones del obrar administrativo y las formas y límites en las que la población participe para saber de los procedimientos posteriores que han de efectuar.

- Coadyuve a la consolidación del control constitucional, a partir del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, pues esta representa un control posterior, que se genera una vez impugnado el acto administrativo, constituyendo un mecanismo procesal para la tutela de los derechos fundamentales.
- Determine las bases de la justicia administrativa, pues el acto administrativo es el requisito necesario para llevar a vía de hecho el equilibrio entre las prerrogativas de la administración pública y los derechos e intereses de los ciudadanos. Siendo este el primer paso para corroborar el control jurisdiccional de la función administrativa.

En este sentido, las Constituciones imperantes en Cuba, a pesar de su arsenal histórico, político, jurídico y cultural, son omisas al incluir expresamente en su contenido la institución jurídica del acto administrativo. Aun cuando la Constitución de 1940 y la Ley Fundamental de 1959 brinden elementos claves, básicos e insoslayables del acto administrativo, su reconocimiento no está regulado de forma expresa; sin embargo, ameritan aspectos necesarios para la configuración, validez y eficacia de los actos administrativos, tales como la inconstitucionalidad, la impugnabilidad, la nulidad y las garantías jurisdiccionales de los “acuerdos”, “resoluciones” y “disposiciones” de las autoridades administrativas, que es como aparece regulado el acto administrativo.

Por otra parte, la vigente “Ley Superior” de 1976, cuenta con una inadecuada regulación del acto administrativo; sus cuatro décadas de vida y los cambios socioeconómicos que ha habido en la sociedad cubana, conllevan a la necesaria contextualización de la misma, pues la Constitución como “norma suprema” debe atemperarse a las transformaciones de la sociedad, su perdurabilidad y eficacia dependen de la sintonía entre la realidad objetiva y cambiante y letra viva de los mandamientos constitucionales. Resultando oportuno la constitucionalización del acto administrativo, no sólo porque incide en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, al no poder determinar sus elementos y por ende los motivos de impugnación; sino por la nueva tendencia del constitucionalismo latinoamericano, debiendo en este caso traer a colación diferentes cuerpos legales, que en el ordenamiento jurídico cubano hacen referencia a la institución jurídica del acto administrativo. Siendo de esta manera importante que ha existido pronunciamiento de ello a partir de la Constitución de 2019, por lo que

este texto es muy avanzado al reconocer de manera explícita la institución, una vez que se infiere de la interpretación del artículo 94 donde es posible la impugnación de resoluciones administrativas, las que son contentivas de actos administrativos.

El acto administrativo en Cuba se expresa en algunas normas como en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, a partir del artículo 655, como los actos impugnables en la vía judicial con respecto a la materia administrativa. En el caso de la Ley 116 del 17 de junio de 2014 “Código de Trabajo” se alude en el artículo 117, inciso *a*, a la referida institución, pero con el término decisiones, lo que es posible inferir de la interpretación de dicho precepto. En materia contravencional, el Decreto Ley 200 del 22 de diciembre de 1999 “De las Contravenciones en materia Medioambiental”, estipula en el artículo 2.1.2 que la responsabilidad es exigible como consecuencia de un acto administrativo. En el Decreto 141 del 24 de marzo de 1988 “Contravenciones del Orden Interior” se establece el término acto cuando se impone una medida por parte de la autoridad o funcionario administrativo correspondiente, indicándose en este sentido que se está haciendo referencia a un acto administrativo. El Decreto 211, del 9 de agosto de 1996 “Contravenciones de las regulaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado”, en el precepto 3 dispone sobre la competencia de las autoridades para resolver recurso de apelación contra los actos administrativos. También en el Decreto 308 del 31 de octubre del 2012 “Reglamento de las Normas Generales y de los Procedimientos Tributarios”, en el Capítulo XIII, referente a la nulidad de los actos firmes, se alude al acto administrativo y la aplicación del procedimiento de lesividad. Se toman como referencia estas normas, atendiendo a dos criterios fundamentales: jerarquía normativa y la materia que regulan las mismas. Resultando, en este aspecto, señalar que sobre todo las normas contravencionales no permiten en algunos casos ulterior recurso ni administrativo ni judicial, siendo solventado por la Constitución de 2019, no obstante el perfeccionamiento legislativo que conlleva este particular, pero esto asegura la importancia de la constitucionalización del acto administrativo como institución, aunque no se delimiten sus elementos.

De todo lo razonado anteriormente se colige que existen contradicciones con respecto a la institución abordada, desde varias aristas: en cuanto a lo jurídico su inadecuada regulación desde el orden constitucional con-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

lleva a confusiones terminológicas y limita el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, al no poder determinarse los motivos para su impugnación, en vistas de que no se delimitan sus elementos constitutivos; repercutiendo esta propia situación en lo social y por ende en la participación del ciudadano en la toma de decisiones.

En este sentido se enmarca la importancia que reviste el tema, ya que la administración pública en Cuba en la actualidad tiene un rol preponderante en la edificación de las variaciones y modificaciones que se implementan, en pos de fortalecer la sociedad socialista. Cada institución, organismo, entidad debe realizar su objeto social en bienestar de los individuos, como sujetos taxativos en las decisiones tomadas por ellos. De ahí que estos han de tener bien definidos y claros los medios para defenderse de la lesividad, la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las determinaciones de los órganos que llevan a cabo las disímiles funciones ejecutivas y administrativas.

El reconocimiento expreso del acto administrativo en la Constitución cubana, coadyuvaría a la observancia del control constitucional, estando a tono con las nuevas tendencias del constitucionalismo latinoamericano que tiene que ver con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, debiendo, en este sentido regularse de manera expresa la institución del acto administrativo, que es desarrollada en otras normas; lo que contribuiría a tener una Constitución extremadamente invasora, previsiva, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales, que deben sustentarse en los principios de constitucionalidad, legalidad e interés público, como rectores en el actuar de la administración pública en Cuba.

### III. CONCLUSIONES

*Primera.* El acto administrativo desde su devenir histórico se ha enmarcado en el ejercicio de la función administrativa, constituyendo el interés público su fin primordial, cuestión que lo particulariza de otros tipos de actos; así como lo establecido en la teoría referente al mismo, con relación a su definición, elementos, características, clasificación, validez y eficacia, que lo determinan como una institución jurídico-administrativa.

*Segunda.* La constitucionalización del acto administrativo tiene expresión en las Constituciones de España, Italia, Portugal, Costa Rica, Uruguay, México, Venezuela, Colombia y Ecuador, a partir de los siguientes elementos comunes:

- Definición.
- Elementos constitutivos.
- Impugnabilidad.

La Constitución española es *sui generis* en el sentido de que regula lo concerniente al procedimiento y el texto constitucional de Uruguay establece los recursos con los que el ciudadano puede impugnar las decisiones de la administración pública ante las diferentes autoridades que lo emitieron, de igual forma, regula lo referente a la obligación de los órganos administrativos de verificar la ejecución del acto administrativo una vez emitido por estos.

*Tercera.* En Cuba la institución del acto administrativo no se encuentra regulada de forma expresa, debiendo inferirse a partir de las competencias y potestades de cada órgano o autoridad administrativa, lo que es reflejo del devenir histórico en el que han regido las Constituciones cubanas; sin embargo, ha sido estipulado en otras disposiciones normativas, con relación a la forma en la que se expresan las decisiones de la administración pública y la impugnabilidad del mismo; lo que incide en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, a partir de que no se definen los elementos constitutivos del acto administrativo y, por ende, los posibles motivos de impugnación.

*Cuarta.* El reconocimiento adecuado del acto administrativo en el texto constitucional cubano coadyuvaría a:

- Definir el acto administrativo, elementos constitutivos (sujetos, objeto, producción de efectos jurídicos, manifestación de voluntad, forma, motivación, fin); validez y características (obligatoriedad, legitimidad, estabilidad, ejecutoriedad, ejecutividad e impugnabilidad), para diferenciarlos con otros actos.
- Asegurar la juridicidad del quehacer de la administración pública, facilitando el control efectivo de la legitimidad y oportunidad en su funcionamiento.

- Coadyuvar a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, y a su vez, obligue a la administración pública a cumplimentar sus fines con apego inexcusable de las normas, constituyendo esto un elemento condición y un presupuesto del Estado de derecho.
- Asegurar el buen orden y la regularidad en el funcionamiento de la administración pública, en la determinación de la responsabilidad de los funcionarios y en la protección de terceros que pudieran estar afectados por el acto administrativo.
- Expresar la forma de legitimación del ejercicio de un poder y de las potestades administrativas que responde a:
  - Legitimidad legal: ejecución de la ley
  - Legitimidad-eficiencia: exigencia de la motivación desde el orden constitucional, como parte de las relaciones administración pública-ciudadano.
- Constituir un medio para afianzar las instituciones jurídico-administrativo, siendo un instrumento pedagógico al ciudadano, que le permite conocer de manera efectiva las razones, motivación y fundamentos legales que justifican la emisión del acto administrativo, facilitando la interpretación del sentido y alcance del mismo, logrando prever las impugnaciones, en virtud del ejercicio de sus derechos.
- Posibilitar un control judicial más adecuado del obrar administrativo; ya que constituiría un elemento clave para determinar un asunto que se encamine en la vía contenciosa administrativa, pues la Constitución ha de ser la norma aplicable de primera invocación para el órgano jurisdiccional.
- Permitir el control indirecto de la opinión pública, junto a la acción popular y el control social, que deberán facilitar que los ciudadanos ejerzan tuición sobre las labores estatales, al poder conocer las razones del obrar administrativo y las formas y límites en las que participen para saber de los procedimientos posteriores que han de efectuar.



*Recomendaciones:*

A LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR:

*Primera.* Que dentro del plan legislativo anual estudie, analice y examine la necesidad de modificar la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en lo referente a la inclusión de los posibles motivos de impugnación del acto administrativo, en concordancia con los elementos que se reconozcan constitucionalmente.

AL CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

*Segunda.* Que se pronuncie con respecto a los posibles motivos de impugnación del acto administrativo para lograr un efectivo actuar judicial, a partir de la función revisora que ejerce el tribunal en los procesos administrativos.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. 1996. *El Constitucionalismo en Cuba*. Unidad de Impresión Ligera.
- BADENI, Gregorio. 2006. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I. 2a. ed. Buenos Aires: La Ley.
- BIELSA, Rafael. 1929. *Derecho administrativo y ciencia de la administración: Legislación administrativa argentina.*, t. I. Buenos Aires: Lajouane & Cía. Editores.
- BLUME FORTINI, Ernest. 2002. *La reforma del Tribunal Constitucional peruano: Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BREWER-CARÍAS, Allan B. 1983. “Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela”. *Revista de Derecho Público* 16.
- CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando; CASTANEDO ABAY, Armando; LANZA LÓPEZ, María Teresa; DÍAZ SÁNCHEZ, Sirce; LEZCANO CALCINES, José Ramón; MATILLA CORREA, Andry y REYES PARET, Yanila. 2002. *Temas de derecho administrativo cubano: reflexiones acerca del acto administrativo*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- DÍEZ, Manuel María. 1961. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1083-1128.

- DROMI, José Roberto. 1983. *Instituciones del derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea.
- DROMI, José Roberto. 1998. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. 2015. “Los actos administrativos, conceptos, clases y elementos”, <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-actividad-aapp/materiales-de-clase/OCW-OAAP-Leccion-8.pdf/view>.
- GALLO DE POMPONE, Celia E. 1975. “La voluntad en el acto administrativo”. En *Acto y procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. 2006. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, parte I, La Habana: Civitas Ediciones S. L.
- GARCINI GUERRA, Héctor. 1986. *Derecho administrativo*. La Habana: pueblo y educación.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. 2005. *El derecho administrativo iberoamericano*. España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- GORDILLO, Agustín. 1976. *El acto administrativo*, Buenos Aires: Librería Editorial Temis.
- GORDILLO, Agustín. 2004. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3: “El Acto Administrativo”. 8a. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- MACÍAS SALAZAR, Ismael. 2009. “El término acto administrativo”, <http://www.monografias.com/Derecho/>.
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín. 2015. “Constitución y justicia administrativa en Cuba. ¿Una relación imposible?”. *Estudios constitucionales*, Año 13 (2): 273-300.
- MATILLA CORREA, Andry (coord.). 2016. *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*. La Habana: UNIJURIS.
- MAURER, Hartmut. 2012. *Derecho administrativo alemán*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- MOLES CAUBET, Antonio. 1974. “El principio de legalidad y sus implicaciones”. *Publicaciones del Instituto de Derecho Público*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho.
- MULET MARTÍNEZ, Fabricio. 2018. *El desarrollo constitucional cubano 1933-1939*. La Habana: UNIJURIS.

- OJEDA DE ILIJA, Raiza. 2012. “Actos administrativos, aporte jurisprudencial”, *Anuario de Derecho* Año 29 (29): 165 y ss.
- PARADA, Ramón. 1992. *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S. A.
- QUISBERT, Ermo. 2006. “Principios constitucionales”. <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime y SENDÍN, Miguel Ángel. 2009. *Derecho administrativo español*, t. 2. Gesgiblo S.L. España.
- RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. s. d. “Panorama constitucional cubano siglos XIX a XXI”. Facultad de Derecho de Ciudad de la Habana.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. 1994. *Acto administrativo procedimiento, eficacia y validez*. 2a. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- TORRES CUEVA, Eduardo y LOYOLA VEGA, Oscar. 2007. *Historia de Cuba: formación y liberación de la nación 1492-1898*. La Habana: Félix Varela.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo. 2005. “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, <http://medcontent.metapress.com/index/A65RM03P4874243N.pdf> \n [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque\\_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf).
- VERGOTTINI, Giuseppe. 2004. *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera de la 6a. ed. italiana. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- ZANOBINI, Guido. 1954. *Curso de derecho administrativo*, t. 1, trad. de Héctor Masnata, actualizada por Francisco Alberto Picone. Bueno Aires: Ediciones Arayú.

## RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUDITORAS CERTIFICADORAS DE MODELOS DE PREVENCIÓN EN CHILE\*

Mabel CÁNDANO PÉREZ\*\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Parámetros del modelo chileno. III. Comentarios en torno a las circunstancias modificatorias de responsabilidad. IV. Norma de carácter general núm. 302. V. ¿Existe un deber de veracidad en la certificación de un modelo de prevención en la empresa auditora? VI. Conclusiones y balance. VII. Referencias bibliográficas*

### I. INTRODUCCIÓN

En una sociedad del riesgo, el crecimiento exponencial de la actividad empresarial e industrial conlleva la realización de acciones que tienen impacto a gran escala en los consumidores. La mirada tradicional del derecho penal, centrada en la persona natural, dificulta la persecución de estas actividades delictivas. Sin embargo, el modelo moderno permite imputar directamente responsabilidad penal a las personas jurídicas, ante la dificultad de la persecución de este tipo de comportamientos en el seno de las organizaciones (Van Weezel 2010; Hernández Basualto 2007).

La responsabilidad penal colectiva, unida a un rechazo cada vez más intenso de una individual, ofrece al legislador chileno, en la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una mirada ajustada al ordenamiento norteamericano, italiano y español. Estos presentan

---

\* Artículo recibido el 24 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de mayo de 2019.

Artículo de investigación que se enmarca en los resultados del curso optativo “Derecho penal económico”, del Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes, Chile

\*\* ORCID: 0000-0002-1406-5134. Profesora de derecho comercial de la Universidad Autónoma de Chile. Candidata a doctora de la Universidad de Los Andes, Chile. Correo electrónico: [mabel.candano@uautonoma.cl](mailto:mabel.candano@uautonoma.cl).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

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

una regulación que pone en cuestionamiento el principio *societas delinquere non potest*. De ahí que la Ley 20.393 (en adelante la Ley), promulgada el 25 de noviembre de 2009, en Chile y su entrada en vigor, con fecha 2 de diciembre, materialice la responsabilidad penal de las personas jurídicas, específicamente, en lo que concierne a cuatro figuras delictivas: lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho nacional e internacional y, recientemente, receptación.<sup>1</sup>

La ley incentiva a las empresas a adoptar modelos de prevención, que pueden ser certificados por clasificadoras de riesgo, auditoras u otras entidades, que cumplan con las exigencias y la autorización de la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS). Estas entidades certificadoras tienen una función relevante al tener acceso a las unidades de negocio de las empresas que, por medio de una revisión y estudio acucioso de sus estados financieros, entre otros factores, determinan cuáles son los procesos más riesgosos para la comisión de estas figuras delictivas.

El propósito de esta investigación es reflexionar en torno a la responsabilidad penal de las entidades certificadoras, en el supuesto que certifiquen, dolosamente, la adopción e implementación de un modelo de prevención. Por ello, se analizará, específicamente, la regulación de la ley, con el objeto de establecer bajo qué parámetros, aparentemente, se podría generar una responsabilidad penal.

Así, estudiaremos qué función cumple la certificación y si estos certificados pueden ser objeto de una falsificación ideológica que, en concordancia con los parámetros de la regulación chilena, derive en una responsabilidad para las personas naturales que, con relación al artículo 4o., inciso *b*, de la ley, participen en dicho proceso.

En todo caso, estas reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las entidades certificadoras, sobre la función que cumplen en la implementación y certificación de modelos, todavía no se observa en la jurisprudencia chilena. Este trabajo de interpretación, por lo demás, tiene en cuenta que si bien pueden existir irregularidades en la certificación, es necesario realizar un tratamiento teleológico para determinar si existe un deber especial de veracidad respecto de aquellos que participan en estos

---

<sup>1</sup> Ley núm. 20.393 modificada por la Ley núm. 20.931, el 5 de julio de 2016, la cual incorpora el delito de receptación.

procesos, en atención a la correlación del artículo 4o., inciso b, de la ley con el artículo 260 del Código Penal (en adelante CP).

## II. PARÁMETROS DEL MODELO CHILENO

La ley establece un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el cual los sujetos activos únicamente pueden ser las personas de derecho privado y las empresas en que tenga participación el Estado. Es necesario recordar que, en Chile, con anterioridad a la ley, existían diversas maneras de hacer responsables a las personas jurídicas, a través de sanciones de derecho civil y administrativo, por hechos ilícitos realizados por sus empleados y directivos. Sin embargo, estas sanciones —desde el punto de vista del Grupo de Anticorrupción de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE)— no eran lo suficientemente eficaces, proporcionales, ni disuasivas para lograr esta función (Matus Acuña 2009, 49-50).

En este contexto, el Grupo de Trabajo de Anticorrupción de la OCDE, realizó el análisis del sistema jurídico chileno:

[en el] ámbito de su incumbencia, a saber: la Convención para combatir el cohecho a los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobada por este Congreso nacional y promulgada mediante Decreto Supremo N<sup>o</sup> 496 de 18 de junio de 2001, y cuyo documento de ratificación fue depositado por el Gobierno de Chile el 18 de abril de ese año (Matus Acuña 2009, 50).

Por ello, se comienza a tramitar en el Congreso Nacional el Proyecto de ley que, contenido en el Mensaje núm. 018-357, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es necesario señalar que los antecedentes y fundamentos de la propuesta contenida en el mensaje pretenden: “i) la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile; ii) el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, para situarlo al nivel de los países desarrollados; y iii) el establecimiento de mecanismos que incentiven a las empresas para que... adopten medidas de autorregulación” (Matus Acuña 2009, 55). Así pues, el mensaje de este proyecto, según Matus Acuña (2009, 55), “efectivamente recoge las actuales tendencias del derecho comparado e

internacional y se plantea objetivos que son en sí mismos valiosos en una política criminal orientada principalmente a la prevención de la comisión de delitos más que al mero castigo de quienes, como personas naturales, los cometen”.

Ahora bien, la responsabilidad penal de la persona jurídica nace en Chile por la propuesta dogmática del magistrado Pedro Silva en 1938. Si bien la materia adquiere relevancia en Chile en 2009, con el objeto de ingresar a la OCDE, se evidencia una falta de interés del legislador en regular sobre la materia” (Hernández Basualto 2010, 208-209). El nuevo paradigma que plantea la incorporación de la Ley núm. 20.393:

...vino a zanjar una cuestión crucial para la configuración del ordenamiento penal chileno en un contexto de urgencia, con poco espacio para una reflexión académica profunda al respecto, tanto sobre el hecho mismo del paso hacia el *societas delinquere potest* como, sobre todo, una vez adoptada la decisión política en ese sentido, sobre los términos más adecuados para expresar dicha decisión (Hernández Basualto 2010, 211).

Así pues, la adopción de un modelo de responsabilidad más eficiente en la persecución de delitos al interior de las organizaciones, fue uno de los requisitos que debió cumplir Chile para ingresar a la OCDE.

En esta línea, si bien Chile decidió adoptar un modelo de responsabilidad penal, en modelos comparados como el alemán se contempla uno de características administrativas. Último modelo que no tiene parangón con uno de carácter penal, porque tanto el concepto de culpabilidad como el desarrollo de la teoría del delito se centran en la persona natural. El modelo chileno presenta un número cerrado de figuras delictivas en el artículo 1o. de la ley. Sin embargo, otros modelos, a modo de ejemplo el australiano, contemplan todos los delitos del Código Penal.

A pesar de ello, nuestro modelo visto como mixto, en el artículo 3o. establece una responsabilidad heterónoma, es decir, que trasfiere responsabilidad penal a la persona jurídica en la medida que exista una persona natural que cometa el delito. No obstante, el artículo 5o. presenta un modelo autónomo que, si bien parece responder a casos meramente procesales, en su inciso final es sugestivo en torno a la propuesta de considerar una vertiente material. Es decir, un modelo de responsabilidad que no requiere determinar directamente quienes han sido las personas naturales que han participado en la realización del ilícito.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

Hernández Basualto (2010, 224-225) es categórico en que:

...la ley chilena no conoce nada que merezca llamarse... responsabilidad autónoma... de las personas jurídicas. Más bien al contrario, cabe preguntarse si esta subordinación tan marcada a la condena del sujeto individual, desconocida en los modelos de referencia e inconveniente desde el punto de vista político-criminal, puede considerarse satisfactoria desde la perspectiva del cumplimiento de los compromisos internacionales de Chile, más si se tiene en cuenta la preocupación especial de los órganos de la OCDE por el punto.

Por ende, esta responsabilidad penal, según la perspectiva de Hernández Basualto, se configura cuando una de las personas naturales, contempladas en el artículo 3o. de la ley, con facultades de dirección al interior de la empresa, algún subordinado de ella o algún funcionario que tenga facultades de administración y supervisión, cometa alguno de los delitos mencionados, en el artículo 1o. de la ley, a favor de la empresa y esta no haya adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir estos delitos o, habiéndolos implementado, estos hayan sido insuficientes.

El sistema chileno también regula los contenidos mínimos de un modelo de prevención, cuya adopción e implementación en la empresa permite eximirla de responsabilidad. En este sentido, no se trata de una prevención formal y aparente, debe ser un sistema capaz de evitar el delito (Szczeranski Cerda 2010,127). Esta responsabilidad por defecto de organización se considera un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que busca a través de la autorregulación la generación de estos protocolos.

Uno de los primeros requisitos del artículo 3o., en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la conexión del hecho delictivo de la persona natural con la persona jurídica. Persona natural que es parte de un núcleo duro de sujetos, que puede estar compuesta por la cúpula empresarial o los individuos que se encuentran bajo la dirección o supervisión directa de los directivos o controladores de la empresa. De esta forma, la ley “establece un círculo amplio de sujetos relacionados, no circunscrito a los órganos directivos, en tanto que, si bien hace la distinción entre éstos y el personal subordinado, no establece un régimen diferente para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos” (Hernández Basualto 2010, 220).



Si bien estos modelos de prevención colocan a las empresas frente a la tarea obligatoria de prevenir y detectar aquellos procesos que puedan ser más riesgoso, también las obliga a revisar todas aquellas empresas con las que se fusionen, transformen, absorban, disuelvan o dividan, porque podrían llegar a ser responsables penalmente por la posibilidad de transferencia de responsabilidad. Así,

...si algún empleado de esas compañías (por ejemplo, absorbidas) hubiere cometido el delito de cohecho y ella no contare con un modelo que le pudiera garantizar impunidad, puede hacerse responsable penalmente a la sucesora por ese hecho. Evidentemente esta información resulta crítica tanto para la evaluación jurídica de la compañía como para la evaluación comercial y valoración de esas contingencias (Piña Rochefort 2012, 484).

Finalmente, cabe agregar que no existe un modelo estándar para la prevención de delitos para las empresas. Los modelos de prevención deben crearse en atención a las condiciones particulares de cada una. Pues bien, la ley contempla sólo las exigencias mínimas en su artículo 4o.; la ley chilena —siguiendo la experiencia internacional— establece que uno de los grandes riesgos para las empresas es la adopción de modelos preventivos que no tengan una aplicación real.

### III. COMENTARIOS EN TORNO A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD

En el modelo chileno se regulan circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad, las penas aplicables y el procedimiento judicial para la persecución de esta responsabilidad. La primera atenuante, contemplada en el artículo 6o., núm. 1, hace referencia a si se ha procurado con celo reparar el mal causado o impedido sus ulteriores consecuencias. Esta parece que no tendría una aplicación clara, hasta definir “cómo entender cumplida esta atenuante cuando se trata de daños presentes y futuros” (Gómez-Jara Díez 2010, 498) dentro del ámbito empresarial económico. Por ello, enfrentamos una interpretación compleja en la reparación de los daños, porque se deben considerar cómo estos inciden en el mercado o terceros.

La segunda atenuante, consagrada en el artículo 6o., núm. 2, consiste en la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos. En la interpretación de esta atenuante, se entenderá que la persona jurídica tiene conocimiento desde que ha sido formalizada. Por ello, cualquier colaboración sustancial antes de este momento, deberá ser considerada para determinar la aplicación de esta. La notificación que se haga contra cualquier empleado de la persona jurídica no resulta suficiente a efectos de generar un conocimiento acabado en torno al procedimiento que se sigue en su contra. Así, la notificación debe ser realizada al representante legal de la empresa, en los términos que establece el artículo 22, inciso primero, o contra la persona natural o física que pudiese comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sin omitir en el requerimiento la individualización del representante legal de la empresa, en conformidad al inciso segundo del artículo 22.

Asimismo, consideramos que debe entenderse como colaboración sustancial, la declaración a las autoridades administrativas de la existencia de un delito al interior de la empresa. Dicha declaración, en el caso del lavado de dinero, podría ser entregada a la Unidad de Análisis Financiero (Gómez-Jara Díez 2009, 497). También la declaración de la existencia de indicios de la comisión de un delito, realizada por parte del representante legal de la misma, en el marco de una investigación no formalizada, debería considerarse válida para estos efectos.

El colaborar con la autoridad, entregando pruebas para definir la falla organizacional en los hechos, constituye una de las máximas expresiones de autorregulación empresarial, al ejercer la empresa un rol activo en la determinación de esta responsabilidad (Gómez-Jara Díez 2010, 496-497). La experiencia comparada muestra que producto de este tipo de atenuantes “se producen graves conflictos de intereses entre persona jurídica y persona física, incluso con posible vulneración de los derechos fundamentales de esta última” (Gómez-Jara Díez 2010, 496-497). Por ello, será fundamental que la jurisprudencia y la dogmática den respuesta a los límites de intervención en estos casos.

En este orden de ideas, la vulneración de garantías fundamentales se puede producir en la colaboración sustancial con el éxito de la investigación. Así, las investigaciones realizadas al interior de la empresa, por parte de mismos encargados de prevención, al proporcionar a las autoridades toda aquella información que requieran durante un proceso de

investigación, pueden estar vulnerando una serie de deberes. Por ello, será relevante contar con una orden del juez de garantía, para autorizar este tipo de investigaciones al interior de una organización (Gómez-Jara Díez 2010, 496-497).

Por otra parte, en el modelo chileno se contempla una tercera atenuante de responsabilidad que, conforme a la regulación del artículo 6o., núm. 3, indica: “La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación”. El haber adoptado estas medidas, que la propia ley califica de eficaces para prevenir la reiteración de delitos, constituye una manifestación de lo que se conoce como “*corporate compliance*, cuya existencia resulta sumamente conocida para personas jurídicas de organización compleja” (Gómez-Jara Díez 2010, 498). Por lo que, si la implementación de dichas medidas se produce al inicio del procedimiento penal, se produce entonces la atenuante de responsabilidad. Ahora bien, cosa distinta se produce al adoptar con antelación un modelo de prevención, porque éste debería excluir la responsabilidad de la persona jurídica, el que tendrá mayor respaldo al estar certificado, ante los tribunales o el sistema, ya sea por una auditoría o clasificadora de riesgo (artículo 4 *b*) inciso segundo de la Ley).

En caso de no contar con un modelo de prevención certificado, será la empresa la que deberá probar el ejercicio de los deberes de dirección y supervisión. Así pues, según Hernández Basualto (2010, 227):

Si bien en principio puede verse en esto una *inversión de la carga de la prueba*, no puede desconocerse que cuando un sujeto especialmente relacionado con una persona jurídica comete un delito directa e inmediatamente en interés de ella o para su provecho es muy probablemente porque algo no está funcionando bien en la entidad, de modo que el delito es un indicio fuerte de incumplimiento de deberes que pesan sobre la misma.

En síntesis, estas atenuantes de responsabilidad dan cuenta de la tarea de detectar y prevenir delitos al interior de las empresas y, a su vez, facultan a las empresas para implementar programas de prevención, que sean capaces de identificar los riesgos específicos dentro de su organización.

A consecuencia de ello, la importancia de estos programas radica en un punto esencial: una cultura empresarial de la inobservancia, conforme a la sociología de la organización, de los deberes de prevención, afecta la

vigencia de la norma y la importancia de las organizaciones en la sociedad. Por ello, a las empresas se les confiere una nueva entidad, es decir, la de un ciudadano corporativo (Gómez-Jara Díez 2010, 499).

A continuación, analizaremos las normas que establecen las pautas de certificación en las auditoras y estudiaremos los deberes de veracidad a los cuales se encuentran sujetos.

#### IV. NORMA DE CARÁCTER GENERAL NÚM. 302

En la sociedad chilena, al poco tiempo de dictada la ley, el 73% de los empleados desconoce el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que sanciona a las empresas que se involucren en lavado de activos, terrorismo y cohecho, de acuerdo con la encuesta de Sondeo de Generación Empresarial a 43 empresas nacionales publicada en el *Diario el Mercurio de Santiago* el 11 de octubre de 2010. Sin embargo, pese al desconocimiento por parte de los empleados, podemos decir que esta materia comenzó a adquirir relevancia, en las empresas auditoras por medio del oficio circular 638 del 13 de octubre de 2010 de la SVS que tiene por objeto “la creación de un flujo de información con relación a las funciones de los auditores externos a la luz de la Ley 20.393”.<sup>2</sup>

Este oficio solicitó información a las auditoras respecto de todas las acciones desarrolladas, en su esfera de organización, con relación a: a) programas de inducción y capacitación de personal asociado a las funciones y roles de los auditores externos en el sistema de prevención y detección de los delitos en las empresas auditadas; b) implementación de buenas

---

<sup>2</sup> La respuesta a la consulta en línea a las Superintendencia de Valores y Seguros, en la Plataforma de Atención a Clientes, en cuanto a interpretación Oficio Circular 638 fue la siguiente: “El Oficio Circular 638 del 13 de octubre de 2010 tiene por objeto la creación de un flujo de información con relación a las funciones de los auditores externos a la luz de la Ley 20.393, no siendo necesario que se incorporen materialmente propuestas de modelos preventivos. Con todo, de existir dicha información debe ser comunicada a los fiscalizados y, de ser requerida por estos o esta Superintendencia, esta deberá ser puesta a disposición del solicitante a la brevedad posible. En el evento de que el auditor no contemple realizar la actividad de institución de prevención, igualmente deberá informar al tenor de lo solicitado en el mentado Oficio Circular, enviando información relativa a la existencia o no de Programas de Inducción, Capacitación de Personal, Implementación de Buenas Prácticas, Existencia de Manuales o Procedimientos Evaluativos, etcétera. Si la institución no ha tomado ninguna medida al respecto, deberá informar a este Servicio en tal sentido”.

nas prácticas o adopción de estándares internacionales sobre la materia; *c*) existencia de manuales y/o procedimientos destinados a evaluar la pertinencia de reportar ilícitos a las gerencias de las compañías y a las auditoras competentes, y *d*) cualesquiera otras medidas que haya adoptado la dirección de la entidad auditora destinada al cumplimiento efectivo de las funciones en comento.<sup>3</sup>

La norma de carácter general núm. 302 prohíbe que presten sus servicios de certificación a las siguientes personas jurídicas: *a*) a la misma persona jurídica a la que la entidad certificadora, o una relacionada a esta, le prestó servicios de asesoramiento o consultoría para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos, *b*) a las personas jurídicas que integran el grupo empresarial al que pertenece la persona jurídica a la que la entidad certificadora prestó servicios de asesoramiento o consultoría para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos, y *c*) a las personas jurídicas integrantes del grupo empresarial al que la entidad certificadora pertenece. Para estos efectos, el artículo 96 de la Ley 18.045 define “grupo empresarial”. Asimismo, según los términos del artículo 100, también se establece la limitación de certificar a una sociedad relacionada con la auditoría (Piña Rochefort 2012, 94).

Por ende, las entidades certificadoras, en atención a la prohibición de asesorar a una misma empresa del grupo empresarial, previo al inicio de sus actividades de certificación, también deberán contar con una reglamentación interna, debidamente aprobada por la administración superior de la entidad. Esta reglamentación debe contener la identificación de las personas a cargo de la elaboración, aprobación, mantención y supervisión de las normas contenidas en dicho reglamento interno. Asimismo, las normas, políticas y procedimientos que regulen el actuar de quienes desempeñen funciones relacionadas con el proceso de certificación, con la garantía que estos ejercerán correctamente las tareas que les son encomendadas.

Por último, estas entidades deben tener clara la metodología que se aplicará para certificar los modelos de prevención, para efectos de determinar si los modelos están ajustados a los parámetros del artículo 4o. de la

---

<sup>3</sup> En este sentido, para denotar el movimiento institucional en esta materia, véase Superintendencia de Valores y Seguros, normativa núm. 302 del 25 de enero de 2011; véase también Delloite (2009).

ley, con relación al tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de cada organización. Además, toda reglamentación de prevención deberá estar actualizada y a disposición de las autoridades que la requieran. Por último, se debe dejar constancia en el contrato laboral de cada trabajador el conocimiento de los protocolos de prevención.

#### V. ¿EXISTE UN DEBER DE VERACIDAD EN LA CERTIFICACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN EN LA EMPRESA AUDITORA?

Con el objeto de determinar cuáles son los factores para que una empresa certificadora responda penalmente, se debe analizar si dicha entidad se encuentra sujeta a los parámetros de una responsabilidad autónoma o heterónoma. Pues bien, resuelta esta problemática, nos centraremos en la siguiente pregunta: ¿las personas naturales que participan dolosamente en el proceso de certificación pueden cometer una falsificación ideológica? Es decir, ¿existe un deber especial de veracidad respecto de los particulares que participan en estos procesos? Asimismo, ¿sería posible observar en la certificación dolosa de un modelo de prevención, que incide en la fusión de dos empresas una falta al artículo 59 a) de la Ley de Mercado de Valores?

Todas estas preguntas serán a tratadas a continuación. Por ello, en el apartado 5.1., primeramente, nos centraremos en los parámetros de imputación de responsabilidad a una persona jurídica, y con posterioridad en el análisis de la responsabilidad penal individual de aquellos que participen en la certificación dolosa de modelos, que no cumplen con el ejercicio de control y vigilancia que exige la ley.

##### 1. *Hecho propio (modelo autónomo) y derivado (modelo heterónomo) en la entidad certificadora*

La ley ha establecido parámetros generales para adoptar un modelo de prevención en una empresa certificadora. De ahí que el modelo de prevención sea una herramienta para impedir defectos de organización que permitan la comisión de ilícitos en estas empresas, conforme a los parámetros del artículo 2o. de la ley. Este artículo establece que: “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado”.

Así, son dos los modelos que permiten atribuir responsabilidad a estas personas jurídicas: el heterónimo y el autónomo. El primero requiere identificar a la persona natural que, dentro de la organización, comete el delito en beneficio de la empresa. Este ilícito debe ser producto de un defecto de organización, es decir, del no ejercicio de los deberes de supervisión, dirección y vigilancia que establece el artículo 3o. de la ley. El segundo modelo establece la responsabilidad cuando no haya sido posible determinar la participación de él o los responsables naturales, es decir, que procede ante la presencia de indicios que acreditan fehacientemente —dentro del ámbito de funciones de los sujetos enunciados en el artículo 3o.— la comisión de alguno de los delitos que contempla la Ley.

Estos modelos fomentan que las empresas ejerzan un control sobre sus integrantes. Por ello, es que “el fundamento del autocontrol vendría explicitado en la exposición de motivos: se trataría de que las personas jurídicas controlen su ámbito de organización de tal manera que *determinados hechos relacionados con su actividad empresarial* sean conforme a derecho” (Gómez-Jara Díez, 2010, 492). La responsabilidad se centra en la falta del ejercicio de los deberes de dirección y supervisión, porque la empresa es garante de los mismos. Hernández Basualto (2010, 217) sostiene que

...la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por... defecto de organización.

Conforme con lo anterior, la Ley establece un modelo de autorregulación en el ejercicio de los deberes de vigilancia, que se manifiesta en la adopción de protocolos y procedimientos en la prevención de delitos, en atención al contenido mínimo que establece el artículo 4o., mediante la adopción e implementación de dichos modelos. El artículo 3o. exige un “factor de conexión del hecho con la persona jurídica” (Hernández Basualto 2010, 220), donde el hecho ha sido cometido por una persona natural que pertenezca al círculo de sujetos que indica dicha disposición. En este círculo se observa tanto a los directivos de la empresa, dueños o controladores como a toda persona natural que esté bajo la supervisión directa de estos. De ahí que el modelo chileno no realice una diferencia-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

ción en la forma de acreditar o atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, en lo que concierne al comportamiento individual de los sujetos enunciados en el artículo 3o.

El segundo factor está vinculado a que la acción delictual sea cometida en provecho o interés de la propia persona jurídica, “exigencia con la que en el derecho comparado sólo se quiere excluir que actuaciones que no son susceptibles de reportarle ningún beneficio, especialmente aquéllas *contrarias a los intereses* de la organización, le acarreen adicionalmente responsabilidad penal” (Hernández Basualto 2010, 217). Esta exigencia subjetiva no deberá reportar un beneficio ostensible a la entidad, imputación que, según Hernández Basualto (2010, 221), únicamente podrá declinar, posiblemente, en casos de error de tipo o prohibición.

Por su parte, se van a producir problemas de determinación de la responsabilidad, cuando algún sujeto integrante de la empresa —motivado por su propio interés— decida delinquir para subir en la jerarquía de la empresa, ya que dicha motivación podría ser interpretada en beneficio de la entidad, cuestiones que deberán ser resueltas por la jurisprudencia (Gómez-Jara Díez 2010, 487).

El tercer y último factor es que la comisión del ilícito sea producto de la inobservancia, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión. Sin embargo, se puede enfrentar la inobservancia de dichos deberes, mediante la implementación de un modelo de prevención de delitos. Deber de supervisión que refleja que el control recae en los directivos. Por ello, uno de los problemas claves que, deberá enfrentar la jurisprudencia será determinar cuándo se han infringido estos deberes por parte de los superiores.<sup>4</sup> Así las cosas, la responsabilidad de las personas

---

<sup>4</sup> Lo anterior da lugar a dos cuestiones primordiales a tratar: *a)* los modelos de *compliance* y *b)* al desarrollo dogmático de la imprudencia. Los modelos de *compliance* se fundamentan en el hecho de velar porque el cumplimiento genérico de que las actividades o procesos de la empresa estén en conformidad con la normativa vigente, por lo cual, si una acción de un empleado es aprobada por su superior y es informada al director de *compliance* y éste no ejerce su función de control de manera adecuada, de conformidad con los protocolos del modelo preventivo de la empresa, la persona jurídica puede ser penalmente responsable. La falta de control por parte de los directivos de la empresa lleva a la producción de conductas del tipo imprudentes. Por ello, es fundamental que la “relación debe establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo a cuya autoridad se encuentra sometido. La mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica no debe ser suficiente. Entre ambos elementos



naturales únicamente son un supuesto “de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no... su fundamento” (Gómez-Jara Díez 2010, 490). Pues bien, resulta reconocido en la jurisprudencia y dogmática penal que se prohíbe la responsabilidad por el hecho ajeno, porque la exigencia de un hecho propio para atribuir responsabilidad a una persona física debe ser la misma respecto de la persona jurídica.

Por su parte, el modelo autónomo, en el campo de una noción constructivista de culpabilidad, introduce el concepto de los equivalentes funcionales, para resolver aquellos “problemas de responsabilidad penal empresarial... [que] se plantean cuando no se puede localizar a esta persona física en concreto [,] cuyo dolo [se puede] imputar a la persona jurídica” (Gómez-Jara Díez 2010, 60) donde la doctrina no da soluciones al respecto. Pues bien, resulta importante para el modelo constructivista que el sistema norteamericano comprenda al dolo como un conocimiento grupal. Es así que, gracias a la teoría del conocimiento colectivo del sistema norteamericano, es posible imputar responsabilidad penal a la empresa por la suma de los conocimientos de sus integrantes.

El dolo empresarial es una representación del peligro concreto de producción del resultado. La atención debe centrarse en los actos empresariales que generen un mayor riesgo del permitido, porque las acciones que manifiesten un mayor desvalor objetivo facilitarán una imputación dolosa y las acciones que denoten una menor lesividad objetiva proveerán una imputación culposa. La concepción colectiva de una organización, en la comisión de un ilícito, es suficiente para determinar la presencia del dolo empresarial. En este sentido, el conocimiento diseminado a través de toda la organización es apto para imputar responsabilidad penal a la empresa (Gómez-Jara Díez 2010, 61).

Ahora bien, el modelo constructivista diferencia el dolo empresarial del dolo de la persona natural. De esta manera, la empresa, como sistema autopoietico, es independiente del conocimiento de los individuos de la misma. Por ende, la empresa dispone de un conocimiento organizativo propio, que se traduce en un dolo caracterizado por el “conocimiento

---

debe establecerse una relación de imputación objetiva, de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado —y no otro—. El mero incremento del riesgo no debería ser suficiente para el establecimiento de responsabilidad a estos efectos” (Gómez-Jara Díez 2010, 487).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

organizativo del concreto riesgo empresarial —en los delitos de peligro— que se realiza en el resultado típico —en los delitos de resultado—” (Gómez-Jara Díez 2010, 62). Esta concepción se hace posible gracias a una gradual normativización del dolo, en consideración del elemento cognoscitivo por medio del concepto de *riesgo*. Por su parte, la aparición de diversas teorías de la organización, modelan la materialización de un conocimiento propio de la organización.

En el modelo autónomo “el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas... *sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento*” (Gómez-Jara Díez 2010, 62). Por ello, aunque el modelo chileno se presente como moderado, nos parece razonable pensar que se podría desprender del artículo 5o., inciso final, de la Ley. De lo contrario, el cuerpo normativo carecería de sentido y coherencia, por razones de interpretación sistemática, si estuviera construido sólo en los términos de una responsabilidad por defecto de organización por el hecho ajeno. Ello, frente a una supuesta primacía lógica del artículo 3o. sobre el artículo 5o., porque el inciso final de esta última disposición indica que “también podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1o. y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3o., no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales”.

Por otra parte, en la *Historia de la ley 20.393* (Biblioteca del Congreso Nacional 2009, 423, en adelante BCN) se plantea que el modelo más apropiado es el “sistema de la responsabilidad por el hecho propio que, por lo demás, parecía ser el que acogía el proyecto al aplicar en sus artículos 3o. y 4o. el mecanismo del defecto de organización” porque frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por atribución, transferencia o hecho propio, la primera de estas conlleva una responsabilidad puramente objetiva. Pues bien, en el primer modelo únicamente basta acreditar la responsabilidad penal en la persona física para que repercuta en la persona jurídica, ya que ésta quedaba acreditada por transferencia (BCN 2009, 423).

También se denota la contradicción existente en nuestro modelo legislativo, en referencia a “la enumeración de personas que hace el artículo 3o., responsables de delitos cometidos en interés de la empresa y que

darían lugar a su responsabilidad en circunstancias que de acuerdo con el artículo 4o. se adopta un modelo de responsabilidad por el hecho propio, por defecto de organización” (BCN 2009, 42). Por ello, “le pareció preferible establecer que si la persona jurídica se veía comprometida en una actividad criminal que cedía en su provecho por defecto de organización, se podría establecer su responsabilidad. Ello era preferible a una enumeración que podría pecar de excesiva o de exigüa” (BCN 2009, 42). Además, “si el modelo de responsabilidad penal adoptado era el del hecho propio de la persona jurídica, debería suprimirse el inciso final del artículo 5o., que excluye de responsabilidad a la persona jurídica por la inculpabilidad de la persona natural, porque si la base de responsabilidad estaba en el defecto de organización, dicha responsabilidad no podría desaparecer si tal defecto subsistía” (BCN 2009, 42).

Concordamos en que se incurriría en un error si se relaciona la sanción impuesta a la empresa con la de la persona física por un mismo delito, pues si se trata de la propia responsabilidad de la persona jurídica “deberían serlo con independencia de las que corresponden a la persona natural” (BCN 2009, 43).

Ahora bien, no podemos desconocer que algunos autores observan en nuestra legislación el reconocimiento de un modelo de la responsabilidad por el hecho ajeno, esto es, un *modelo de heterorresponsabilidad* sobre la base de un hecho de conexión, donde no sería posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el hecho y la culpabilidad propia de la misma. Sin embargo, pese al tenor literal del precepto del artículo 3o., hay ciertos elementos del resto del cuerpo legislativo, que nos permitirían establecer la existencia de un modelo de responsabilidad por el hecho propio, en atención al inciso final del artículo 5o. de la ley.

Asimismo, la opción de adoptar por parte del legislador un modelo de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio, permite lograr una coherencia constitucional con los parámetros de un derecho penal moderno. Por ello, las futuras modificaciones a la ley no deberían desarrollarse en miras a un modelo de *heterorresponsabilidad* por el hecho ajeno, constituidos sobre un hecho de conexión respecto de la persona natural, sino sobre un modelo de responsabilidad por el hecho propio o por el hecho. Es decir, que no deben establecerse penas respecto de la persona jurídica sin determinar la culpabilidad de la misma (Gómez-Jara Díez 2010, 435).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

Por otra parte, no puede dejarse sin consideración “la circunstancia de que la posibilidad de realizar interpretaciones tendientes hacia la autorresponsabilidad en modelos iniciales de *heterorresponsabilidad* es una constante en el derecho comparado” (Gómez-Jara Díez 2010, 433).

Ahora bien, cabe preguntarnos qué permitiría justificar la extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas de un modelo de *heterorresponsabilidad* por el hecho ajeno a uno por el hecho propio. Una alternativa sería “considerar que la propia persona jurídica ostenta una *posición de garante* sobre las actuaciones de sus empleados; en concreto, que se constituye en una suerte de *garante de supervisión*” (Gómez-Jara Díez 2010, 436).

Esta forma de entender la responsabilidad de la persona jurídica nos parece la más correcta desde el punto de vista jurídico-penal, debido a que es la propia empresa la que ejerce las funciones de vigilancia y de selección de los mecanismos de control al interior de la empresa, por medio de sus administradores, al ostentar una posición de garante respecto de las actuaciones de sus empleados en el desarrollo de sus funciones.

Por otra parte, respecto al hecho propio de la persona jurídica, se debe señalar que la discusión sobre esta materia es relativamente reciente, “puesto que, por lo general, los modelos de responsabilidad penal empresarial hasta ahora —modelos de *heterorresponsabilidad*— han tomado como hecho propio de la persona jurídica el hecho de la persona física: el ya mencionado hecho de conexión”. (Gómez-Jara Díez 2010, 439).

En esta línea, “la exigencia constitucional de un hecho propio, amén de las importantes críticas que se han alzado contra esta construcción, obliga a adoptar otra perspectiva” (Gómez-Jara Díez 2010, 434). Por ello, al considerar las exigencias del artículo 19 núm. 3 de la Constitución Política de Chile, debemos replantearnos, desde otras perspectivas teóricas, cómo debe ser considerado el hecho de la persona jurídica en Chile.

Pues bien, es necesario definir el actuar empresarial como un hecho propio de la persona jurídica, dentro de “la configuración normativa de su propio ámbito de organización” (Gómez-Jara Díez 2010, 440). La persona jurídica en su posición de garante de supervisión, respecto de los actos de sus administradores, está facultada para configurar su organización de una forma idónea, con el objeto de evitar la actuación delictiva de sus miembros (Gómez-Jara Díez 2010, 440-441).

Si bien la discusión sobre el concepto de culpabilidad de la persona jurídica es reciente —y seguirá evolucionando en los próximos años en

Chile—, la opción que nos parece más adecuada es la del concepto constructivista de culpabilidad empresarial, porque establece que

...la culpabilidad de la persona jurídica está dada por la institucionalización de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho —de infidelidad al Derecho—. Es decir, se considera que en la sociedad moderna la organización empresarial se ha convertido en un ciudadano corporativo fiel al Derecho, que debe contribuir al mantenimiento de la vigencia de las normas mediante la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Cuando no lleva a cabo dicha institucionalización o lo hace de manera defectuosa, infringe su rol de ciudadano fiel al Derecho reflejando así su propia culpabilidad (Gómez-Jara Díez 2010, 440-441).

En consecuencia, la interpretación que se realiza por necesidad de compatibilizar el artículo 3o. de la Ley, con el mínimo constitucional exigido para imponer sanciones penales a las personas jurídicas, pasaría por comprender este artículo en concordancia con el 4o. de la ley. En este sentido, no es la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1o. lo que se busca sancionar, sino el hecho de haber infringido la propia persona jurídica el deber de supervisión en la prevención de delitos y la no adopción de un modelo que sea eficiente en esta tarea.

Finalmente, nuestro modelo legislativo señala, en el inciso primero del artículo 3o., que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1o.:

...siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Sin embargo, la misma disposición agrega en el inciso tercero que se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, lo cual podría ser considerado como una causal de exclusión de culpabilidad, aunque no lo diga expresamente la Ley, de aceptar la posibilidad de aplicación del modelo constructivista.

## 2. Responsabilidad de la persona natural en el proceso de certificación: calidad de funcionario público

La ley establece que las personas naturales que participan en las actividades de certificación cumplen una función pública. La ley indica, ex-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

presamente, en su artículo 4o., letra c), que: “Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal”.

En esta línea, el Código Penal<sup>5</sup> define que un empleado público:

Es todo aquel que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado, siendo irrelevante además si el cargo es o no de elección popular.

La función pública a la que alude la norma, que se instituye como núcleo central para la comprensión de ésta en el campo de la certificación, no puede desconocer que este término genera controversia. Así, un sector de la doctrina chilena se adhiere a un concepto restringido orgánico-formal. Sin embargo, otro sector considera la posibilidad de concebir un concepto funcional-amplio (Rodríguez Collao y Ossandon Widow 2008, 321).<sup>6</sup> De ahí que el funcionario, en esta última perspectiva, sea considerado un sujeto especial en atención a la función que desempeña.

En cambio, desde una perspectiva formalista, lo determinante es el cumplimiento de los requisitos de elección en el cargo, según el Estatuto Administrativo (en adelante EA) (Videla Bustillos 2009, 60). Pues bien, el legislador, aparentemente, adhiere a un concepto amplio en lo que concierne a las personas naturales que participan en la certificación, porque el legislador, en el artículo 4o., letra c), de la Ley es enfático en indicar que las personas naturales que participan cumplen una función pública, no designada en el EA.

---

<sup>5</sup> Ley 18.742, Código Penal, de fecha 12 de noviembre de 1874, última versión 13-8-2011, Ley 20.526.

<sup>6</sup> En este contexto, existe un reconocimiento de un concepto amplio de funcionario público en materia penal, en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema en Chile. Pues bien, la Corte en sentencia Rol núm. 2.321-2007 señala, en su considerando cuadragésimo quinto, que “no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una «función pública» y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz «funcionario público»”.

Ahora bien, el artículo 260 del CP indica que, “para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III”, se reputa funcionario público a la persona natural que participa en la certificación. Pues bien, esto podría llevarnos a indicar que sólo se contempla una responsabilidad penal en los delitos contemplados en los respectivos títulos. Sin embargo, se dejaría fuera el Título IV, propio de los crimines y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio, que contempla la falsificación de instrumentos públicos y privados.

Lo expuesto, nos lleva a preguntarnos lo siguiente: ¿Es posible observar una falsificación ideológica de instrumento privado en la certificación de un modelo de prevención? En esta línea, ¿recae un deber de veracidad en la persona natural que participa en la certificación de estos modelos? De conformidad con una perspectiva sistémica sería difícil argumentar la falsificación ideológica de un instrumento privado en la certificación. Esto, en atención a la restricción objetiva del artículo 260 del CP. Sin embargo, si se considera la posibilidad de argumentar teleológicamente desde los deberes institucionales, sería, aparentemente, admisible esta alternativa. En lo que se refiere a esta posibilidad de apertura, con el objeto de considerar falsedades ideológicas, existe en dogmática la teoría de las instituciones económicas. Teoría que pretende pesquisar la relación de intereses entre las personas y las instituciones según el concepto de confianza.<sup>7</sup>

Esta lectura extensiva de los deberes institucionales, en la certificación de los modelos de prevención, nos permitiría desde la teoría de la organización, incorporar el delito de falsedad ideológica en el caso de los certificados. Esta falsedad no se manifiesta en la materialidad del documento, sino en el contenido de la declaración del certificado.<sup>8</sup> Ahora bien, esta se rechaza en la dogmática si recae en instrumentos privados, porque se entiende que un particular no está obligado a decir la verdad a diferencia del funcionario público.<sup>9</sup> Sin embargo, respecto de las personas naturales que participan en estos procesos el legislador les atribuye dicha función.

---

<sup>7</sup> En este contexto, existen diversas posiciones dentro de la teoría en torno al constructo del concepto confianza. Así las cosas, para observar las diferencias que se presentan en lo que concierne a los delitos del mercado de valores, véase García Palominos (2013, 56).

<sup>8</sup> Respecto de la definición de la falsedad ideológica, véase Vargas Pinto (2013, 65).

<sup>9</sup> Con relación a este punto, véase STOP de Chillán, 31 de marzo de 2010, Ruc: 0810000713-5; STOP de Antofagasta, 27 de junio de 2008, Ruc: 0600808137-7; STOP de Quillota, 22 de junio de 2005, Ruc: 0400383857-4.

De este modo, por ejemplo, se puede destacar la capacidad organizativa de las empresas auditoras, por un lado, y, por otro, la configuración de la certificación de modelos de prevención válidos en el mercado. Así, digna de protección legal sería la confianza en las instituciones económicas, cuando existe una relativa al cumplimiento de los deberes de prevención. El incumplimiento de estos produce una responsabilidad social cuya afectación puede lesionar la confianza de los ciudadanos.<sup>10</sup>

Por ende, la responsabilidad se configurará, cuando, encargados de realizar la certificación de un modelo, tengan control y conocimiento de la infracción de los deberes de dirección y vigilancia en una organización. La persona natural que participa en este proceso de auditoría debe tener la facultad de impedir la certificación de la empresa y conocer de la infracción del cumplimiento de estos deberes para responder penalmente. Así, la falsedad ideológica se traduce en faltar a la verdad en el ejercicio de estos deberes.<sup>11</sup>

Ahora bien, en el caso que nos ocupa podemos observar que existe cierta equiparación en el documento privado de certificación con el público, porque la persona natural en este proceso actúa sometido a obligaciones definidas por el legislador. El deber de ser veraz se encuentra correlacionado a los deberes que se desprenden de la función de certificación que establece el legislador. En la jurisprudencia chilena se puede observar que estas últimas consideraciones se aplicaron en un certificado médico de defunción, porque el médico tiene el deber de manifestar la verdad en un documento de gran repercusión en la realidad jurídica.

Si bien para nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria la falsedad ideológica que comete un particular no es punible, nos parece que el caso de un certificado de prevención sí es posible, porque el contenido falaz de ésta no sólo afecta la fe pública, sino también a los accionistas o toda persona que invierte o se relaciona con la organización certificada. Así pues, certificar un hecho contrario a la realidad que produce efectos jurídicos, en perjuicio de terceros, es sancionable desde la perspectiva del 197 en correlación al 198 del CP (Vargas Pinto 2013, 67).

---

<sup>10</sup> Esta idea en especial adquiere fuerza en la corruptibilidad de los empleados públicos, entre otras figuras inherentes a la idea rectora de la institución (García Palominos 2013, 56).

<sup>11</sup> Pues bien, en la doctrina nacional tradicional se reconoce esta perspectiva genéricamente tanto en un documento público como privado (Etcheberry 1997, 173).



En esta línea, más que la asimilación del certificado de un modelo de prevención a un documento público, el hecho radica en el deber de veracidad de las personas naturales en el ejercicio de su función, la cual puede repercutir grave y jurídicamente en terceros. Así pues, el deber de veracidad de los certificadores existe a diferencia del resto de los particulares (Vargas Pinto 2013, 67).

Conforme con lo anterior, ¿puede existir un deber de veracidad en las personas naturales que participan en los procesos de certificación? En esta línea, ¿cuáles pueden ser los efectos de certificar un modelo de prevención respecto de terceros? Asimismo, ¿la certificación de un modelo de prevención resguarda la fe pública o sólo los intereses de un grupo particular que interactúan con una organización? Pues bien, nos parece que en este caso estas preguntas se responden a través de una afirmación: la certificación de un modelo resguarda la fe pública. Esta es una señal al mercado de que la empresa ejerce los deberes de dirección, supervisión y vigilancia, que exige el artículo 3o. de la ley. De ahí que, incluso en los procesos de *due diligence*, se previene la transmisión de responsabilidad, contemplada en el artículo 18 de la ley, a través de la solicitud de la documentación de prevención de la empresa adquirida.

Con todo, si bien existe una discusión en torno a la falsificación ideológica de documentos, debemos indicar que la doctrina más reciente sostiene que, en atención a las normas de los artículos 197 y 198, “se trata de la protección de la autenticidad y de la verdad del documento... intereses [que] pueden verse lesionados cuando otro sujeto, v.g. el receptor del documento, adquiere conocimiento del documento... por ser inauténtico o por ser no verdadero, respectivamente” (Rojas 2017, 60). Así las cosas, “este interés solo puede verse lesionado cuando el receptor del documento privado o mercantil adquiere conocimiento del carácter falso por inauténtico del documento” (Rojas 2017, 160).

Pues bien, en esta última interpretación no sería necesario hacerse cargo de la acreditación de una especial falsedad ideológica, en el caso de los particulares, aunque sea necesaria “la realización de otra conducta posterior a la falsificación del documento” (Rojas 2017, 161), es decir, hacer uso del documento en el caso del artículo 198 del CP. Así, el artículo 197 se posiciona como un delito de peligro a los intereses protegidos, que serán la autenticidad del documento privado. En cambio, en el caso del artículo 198 estamos frente a una figura de lesión, que requiere el uso del docu-

mento falso. Por ello, materialmente “exige al menos que el receptor del documento falso adquiriera conocimiento de este” (Rojas 2017, 162).

Por último, podemos observar que las personas naturales que interviene en los procesos de certificación tienen un deber especial. Pues bien, se les reconoce la calidad de funcionario público para efectos de la certificación del cumplimiento de los deberes del artículo 3o. de la ley. Este deber especial podría incidir en el mercado e incluso en las decisiones de los accionistas. Es importante recordar que uno de los hitos importantes del *compliance* en materia penal recae en el caso Enron, a partir del cual se dicta la *SOX Act*, donde se pretende resguardar a los accionistas de la información fraudulenta entregada por las auditoras, con relación a los balances financieros de las empresas. De este modo, queda la pregunta de si la información entregada por las empresas certificadoras incide en las operaciones del mercado.

Por ello, consideramos que son sujetos especialmente obligados por la existencia de deberes especiales de información. Por tanto, deberíamos también dar aplicación a la disposición del artículo 59 a) o al 61 de la Ley 18.045.<sup>12</sup> Sin embargo, esto requiere un estudio más detallado en torno a la existencia de un especial deber de veracidad en las personas naturales que participan en la certificación, sin desconocer la discusión doctrinal que se puede observar en torno a la aplicación de las disposiciones en comento, frente a la existencia o ausencia de esta clase de deberes (Hernández Basualto 2017, 111).

## VI. CONCLUSIONES Y BALANCE

El presupuesto para atribuir responsabilidad a las empresas auditoras y para el desarrollo de una imputación específica, por concepto de falsedad ideológica en la certificación de modelos de prevención, es que la dogmática acepte la atribución de deberes institucionales a las personas naturales que participan en estos procesos. Esto depende de si las características del concepto de funcionario público pueden predicarse como manifestaciones jurídicas que van más allá de las restricciones del artículo 260 del CP.

---

<sup>12</sup> Ello, excluyendo la letra *d*) de la Ley 18.045 relativa exclusivamente a las auditorías propias del estado financiero de la empresa (véase Varela Ventura 2016, 288).

Las características generales del concepto amplio de funcionario público son directrices de orden y estabilidad en la certificación. Tiene su correspondencia en la idea de una coherencia interna propia de los deberes de supervisión y vigilancia en el artículo 3o. de la ley. Estos deberes no sólo son presupuestos inevitables de una comprensión sistemática de la problemática, y premisas ciertas de un método de interpretación jurídicamente coherente con la teoría de la organización de las instituciones económicas, sino consecuencia también del principio de responsabilidad en la autonomía de organización de las empresas y, con ello, de modo directo, efecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En consonancia, la función pública que cumplen las personas naturales en los procesos de certificación consiste en exhibir y ejecutar la conexión valorativa de una cultura de la prevención en la organización y la unidad interna de los deberes de prevención. Así, una cultura de fidelidad al derecho en la empresa obtiene su justificación que, de este modo, puede derivar en una exigencia alta para los particulares que participan en estos procesos, en atención a los perjuicios que se pueden derivar del incumplimiento de dichos deberes. En suma, es posible establecer responsabilidad penal por falsificaciones ideológicas en los certificados de modelos de prevención.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). 2009. "Historia de la Ley 20.393". <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4785/>.
- DELLOITTE. 2009. "Ley 20.393. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", [http://oportunidades.deloitte.cl/marketing/AI/reu2/resp\\_penal\\_empresas.pdf](http://oportunidades.deloitte.cl/marketing/AI/reu2/resp_penal_empresas.pdf).
- ETCHEVERRY, Alfredo. 1997. *Derecho Penal*. t. IV. 3a. ed. Chile: Nacional Gabriela Mistral Impresores.
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. "Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena". *Política Criminal*. 15(8): 23-63.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. 2009. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*. Santiago de Chile: Jurídicas de Santiago.

- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. 2010. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires: B de F.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. 2007. “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”. *Revista de Estudios de la Justicia* 9(1):101-120.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. 2010. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Revista Polít. Crim*, 9(5): 107-154.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. 2017 “La necesaria relevancia para el precio de los valores de la información falsa del art. 59 letra a) de la Ley de Mercado de Valores”, *Revista de Derecho (Valparaíso)* (48): 105-131.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. 2009. “Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados”. *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado* 21: 47-68.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. 2012. *Modelos de prevención de delitos en la Empresa, Chile* :Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y Magdalena Ossandon Widow. 2008. *Delitos contra la Función Pública*. 2da edición. Chile: Jurídica de Chile.
- ROJAS, Luis Emilio. 2017. *Teoría funcionalista de la falsedad documental*. Madrid: Marcial Pons.
- SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. 2010. *Un asunto criminal contemporáneo, Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*. Santiago-Chile: Jurídica de Chile.
- VAN WEEZEL, Alex. 2010. “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política Criminal* 9(5): 114-142.
- VARELA VENTURA, Luis. 2016. “Delitos contables mercantiles en el Derecho penal económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes”, *Política criminal* 21(11): 264-306.
- VARGAS PINTO, Tatiana. 2013. *Falsificación de instrumento privado*. Santiago-Chile: Thomson Reuters.
- VIDELA BUSTILLOS, Lino Gustavo. 2009. “Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios: malversación de caudales públicos y fraude al fisco”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 22(1): 55-98.

## ENSAIO CRÍTICO SOBRE OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS\*

Eugênio FACCHINI NETO\*\*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Origem do movimento. Objetivos e Ideologia*. III. *A experiência europeia*. IV. *O caso norte-americano. As primeiras experiências*. V. *Tipologia básica das ADR*. VI. *Dimensão subjetiva das ADR. Quem são os atores?* VII. *Técnicas de ARD endoprocessuais e extraprocessuais*. VIII. *Alterações legislativas mais recentes*. IX. *Argumentos favoráveis ao movimento das ADR*. X. *Críticas ao movimento das ADR*. XI. *Considerações finais*. XII. *Referências bibliográficas*.

### I. INTRODUÇÃO

Uma das queixas mais comum, frente à justiça tradicional, numa escala quase que planetária, é no sentido de ser demasiadamente cara e lenta para poder fazer frente ao aumento das demandas judiciais. Isso explica porque boa parte dos conflitos nem mesmo chega ao sistema judiciário formal. Ou as demandas simplesmente não são ajuizadas, ou as partes procuram outras formas de dirimir seus conflitos.

Permanência e generalização das queixas fizeram com que surgisse um interesse crescente nas últimas décadas pela busca de alternativas ao modelo judicial tradicional. Embora universal, o fenômeno é mais nítido e perceptível no cenário norte-americano. Lá, mais do que em qualquer ou-

---

\* Artículo recibido el 10 de enero de 2017 y aceptado para su publicación el 10 de enero de 2019. Este texto é amplamente baseado em duas publicações anteriores do autor: Harzheim e Facchini (2016) e Facchini (2014).

\*\* ORCID: 0000-0001-9978-886X. Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze/Itália; Professor titular dos cursos de graduação, Mestrado e Doutorado da Escola de Direito da PUC/RS, em Porto Alegre/Brasil; Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil. Correo electrónico: [facchini@tjrs.jus.br](mailto:facchini@tjrs.jus.br), [eugenio.facchini@puers.br](mailto:eugenio.facchini@puers.br).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1155-1187.

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

tro país, é acentuada a tendência de se implementar meios alternativos de resolução de litígios, denominados genericamente de *A.D.R. – Alternative Dispute Resolution*, expressão cujo sentido pode ser traduzido como “meios alternativos de resolução de conflitos”.

Este ensaio tem por objetivo expor algumas experiências que vêm sendo vivenciadas em diversos países, com destaque especial aos Estados Unidos, e que não são tão difundidas entre nós. Advirta-se que o estudo não é laudatório. Procura-se a neutralidade na exposição, buscando-se a descrição de uma situação, com a menção aos seus resultados positivos, mas também com referência às críticas que se fazem a tal sistema.

Nos próximos capítulos, discorrerei sobre a origem do movimento, seus objetivos, a ideologia subjacente, a experiência europeia, a norte-americana, os principais tipos de meios alternativos em uso nos Estados Unidos, os argumentos favoráveis e a crítica que se faz a essa tendência.

Ao final, dedicarei algumas reflexões sobre a experiência brasileira nessa área, discorrendo sobre a arbitragem e a mediação, bem como sobre o impacto do novo código de processo civil sobre o tema.

## II. ORIGEM DE MOVIMENTO. OBJETIVOS E IDEOLOGIA

Em 2003, a Universidade de Florença promoveu um seminário internacional sobre meios alternativos de resolução de conflitos. Dos relatórios nacionais então apresentados, extraiu-se a conclusão de que havia uma “crescente incapacidade dos sistemas institucionais de administração da justiça civil para fazer frente à demanda de justiça proveniente dos mais diversos sujeitos, sobre matérias diversificadas e novas, incapacidade essa devida aos limites da justiça estatal, normalmente ineficiente, custosa e incerta, e talvez não apta, em alguns setores, a garantir uma satisfatória composição das lides” (Varano 2007, XI/XII).

Dentre os fatores principais que explicam a expansão do movimento em direção a formas conciliadoras de solução de controvérsias, lembrados por D. Smith (1978, 412), destacamos dois:

- 1) A dificuldade de acesso à justiça ordinária pelos mais carentes, e o custo e duração do processo ordinário para aqueles que podem pagar por tal acesso.

- 2) Uma crescente insatisfação com o formalismo e tecnicismo imperante no ambiente judiciário, conjuntamente com a valorização de um papel mais ativo das próprias partes na tomada de decisões que dizem respeito à sua vida privada.

Esta espécie de ‘fuga da jurisdição’ em direção a formas alternativas de resolução de conflitos não segue um paradigma único. Ao contrário, são diversificadas as experiências em curso.

Frequentemente estas iniciativas são descritas com expressões diversas. Cada uma delas tende a por em evidência um ou outro aspecto que se entende mais relevante; fala-se, assim, em A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) como técnica de “justiça informal” (para sublinhar sua simplicidade), ou então se fala em “procedimentos sumários” (para destacar sua celeridade), ou então de procedimentos que facilitam o “acesso à justiça” (para realçar sua reduzida onerosidade ou até a sua gratuidade), ou então como uma espécie de “justiça menor” (apontando para o fato de que esses meios alternativos se ocupam de questões de módico valor).

O que unifica todas essas experiências é o objetivo comum: trata-se de resolver litígios com o uso de técnicas processuais simplificadas, menos custosas e mais céleres (Alpa 1997, 291-292).

Vittorio Denti (1980, 492) identifica duas tendências relativamente ao movimento em direção a formas alternativas de resolução de litígios: uma tendência à *desformalização* e outra tendente à *deslegalização*.

Quanto à primeira tendência —no sentido de uma *desformalização*—, funda-se ela na tomada de consciência no sentido de que a acentuação das garantias formais no direito processual civil contemporâneo conduziu a um aumento do custo e da duração do processo, “tornando-o um instrumento inadequado para certos tipos de lide que exigem uma rápida intervenção na composição dos conflitos”. Por outro lado, também é consensual a constatação de que é “impossível resolver o problema do acesso à justiça dos jurisdicionados carentes através do aumento generalizado de assistência judiciária gratuita”, por causa do seu custo intolerável. Além disso, segundo Denti, o aumento quantitativo e a maior complexidade do trabalho do juiz moderno não podem ser enfrentados mediante o simplório aumento constante do quadro de magistrados. Há limites orçamentários não ultrapassáveis, diante da necessidade do Estado social contemporâneo direcionar os recursos limitados para obras sociais que aliviem

o presente e transformem o futuro (educação, saúde, saneamento básico, obras de infraestrutura, etc), em vez de aumentar ilimitadamente a verba direcionada a um setor do Estado que se ocupa em dirimir conflitos passados. Ou seja, exige-se que haja ganho de eficiência, fazendo-se mais e melhor com a verba orçamentária disponível. Essa é outra razão pela qual se sustenta que a diminuição do volume de trabalho dos magistrados deve passar também pela composição extrajudicial de lides de menor complexidade, reservando-se o recurso à justiça tradicional, com suas inerentes garantias, às causas de maior importância e complexidade (Harzheim e Facchini 2016).

A outra tendência apontada por Denti (1980, 422) —aquela referente à *delegalizzazione* das controvérsias— não é um fenômeno propriamente novo. Realmente, diz ele, “na origem da criação dos ‘escritórios de paz e de conciliação’ (*bureaux de paix et de conciliation*), logo após a Revolução francesa, encontrava-se a fé iluminista na razão natural do homem em desfavor da *artificial reason* dos juristas e dos juízes”, bem como uma desconfiança em relação à profissão forense e ao mundo dos juristas. Deslegalização significa, nesse contexto, desde as origens históricas do fenômeno, a busca de uma solução não legalista das controvérsias, e, portanto, com maior ênfase na prevalência da composição da lide do que na definição do certo e do errado (Alpa 1980, 426-427; Harzheim e Facchini 2016).

Em suma, como afirma E. Silvestri (1999b, 327-328):

A difusão dos métodos alternativos do tipo conciliatório representa uma evidente rejeição da ‘cultura da decisão’ em proveito daquela que se poderia definir como uma ‘cultura do compromisso’. A tendência em direção à *de-regulation* atinge também a administração da justiça: ao processo visto como instrumento através do qual são implementados os valores incorporados nas normas do ordenamento, prefere-se uma ‘gestão privada’ da solução das controvérsias. Isto significa que é reconhecida às partes uma substancial liberdade para escolher seja o procedimento tido como o mais adequado para atingir um acordo, seja o conteúdo em si do acordo. Nesse contexto, a autonomia privada pode permitir às partes a definição da controvérsia de acordo com critérios mais flexíveis, não suscetíveis de serem adotados por um juiz, vinculado que está ao princípio da legalidade.

Se é um menor rigorismo e formalismo que se deseja, então se poderia pensar seriamente em uma reforma processual que concedesse uma maior



flexibilidade ao juiz para conduzir o processo, adotando-se efetivamente um modelo de tutela diferenciada de resolução de litígios. Além disso, poder-se-ia permitir ao juiz faculdades mais amplas de uso da equidade (o Código Civil brasileiro de 2002 acolheu essa tendência),<sup>1</sup> além de incentivá-lo a aplicar a lei com maior liberdade interpretativa, não só quanto à resolução do conflito mas igualmente em relação ao próprio procedimento, com a adoção de mecanismos adequados de materialização do processo e sumarização da jurisdição.

Outro campo propício à expansão de um modo consensual de resolução de conflitos é aquele que os sociólogos chamam de “*total institutions*”, isto é, instituições como escolas, hospitais, grandes empresas, órgãos burocráticos, condomínios, nas quais as pessoas são compelidas a conviver juntas e a manter contato diário com seus colegas, vizinhos, etc. Em tais situações, a técnica da chamada *avoidance* (*to avoid* = evitar), ou seja, o afastamento daqueles ambientes quando surge um conflito importante, é mais difícil, às vezes impossível, pois envolveria a necessidade de mudar de trabalho, profissão, escola, cidade ou bairro, etc. — alternativas essas que não se podem adotar tão facilmente. Nestes casos, torna-se evidente que uma solução em moldes tradicionais do conflito, no sentido de examinar retrospectivamente o litígio e indicar qual das partes tem razão e quem está errado, em vez de resolver o conflito, acaba por exacerbá-lo ainda mais. A solução melhor, em tais condições, é a que olhe o conflito em termos prospectivos, mirando o futuro, buscando manter as relações pessoais e serenar os espíritos por meio de uma conciliação.

Um dos meios alternativos de resolução de conflitos mais em voga no direito comparado é a mediação.<sup>2</sup> Cornu e Foyer (1996, 54) explicam que a mediação representa um ‘apelo à participação’, no sentido que o media-

---

<sup>1</sup> No campo da responsabilidade civil, por exemplo, o Código Civil de 2002 expressamente autorizou o julgamento por equidade, em inúmeras situações. No novel estatuto, o julgamento equitativo comparece às vezes como exceção ao princípio da reparação integral (como nos casos de responsabilidade extracontratual previstos nos arts. 928; 944, parágrafo único; 952, parágrafo único; bem como, no plano contratual, nos arts. 413; 738, parágrafo único), e às vezes como princípio autônomo (como é o caso do art. 953, parágrafo único; art. 954; e em todos os demais casos de arbitramento dos danos não patrimoniais) (Facchini 2014).

<sup>2</sup> Essa tendência também é válida para a Inglaterra, segundo Neil Andrews (2012, 50): “A discussão sobre os meios alternativos para resolução de conflitos tem mostrado certa tendência a considerar mediação como uma forma ligeiramente mais aconselhável”.

dor não tem nem o poder, nem o dever de resolver o conflito. Sua tarefa é aquela de auxiliar as partes a elaborar um projeto próprio de solução do conflito, ou, no máximo, ajudá-las a identificar os pontos de desacordo insuperáveis. Evidentemente que isso pressupõe que as partes estejam dispostas a encontrar uma solução para seu conflito em bases cooperativas.

De acordo com Christopher W. Moore (1998, 324), numa perspectiva internacional, “sistemas que utilizam a mediação têm sido desenvolvidos para lidar com grandes números de disputas de emprego, acusações de discriminação, queixas de consumidores e controvérsias ambientais”.

O sucesso da mediação depende muito da posição do mediador relativamente às partes. Quanto maior for sua autoridade, tanto maior será a probabilidade de êxito da composição amigável. Por outro lado, se é verdadeiro que o conhecimento das normas jurídicas não é tão relevante quanto no sistema tradicional de justiça, permanece o fato de que as regras jurídicas desempenham um grande papel para o esclarecimento da matéria controvertida. Da conjugação destes dois fatores resulta que o juiz é considerado quase sempre como o melhor mediador (Cappelletti 1993, 54), desde que tenha uma preparação adequada para desempenhar tal papel (Harzheim e Facchini 2016).

De fato, as experiências norte-americana e alemã mostram que as perspectivas de uma resolução consensual são muito mais favoráveis quando é o próprio juiz encarregado de resolver o conflito que indica às partes os possíveis desenlaces para o conflito (Shlosser 1995, 1021).

A seguir, veremos algumas experiências em curso no direito comparado.

### III. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

Observa-se uma preocupação específica com a proteção do consumidor no âmbito da União Europeia (Chiarloni 1995, 135), como se percebe do *memorandum* apresentado pela Comissão europeia ao Conselho da Europa, em 4 de janeiro de 1985 (“A proteção jurídica dos consumidores”, suplemento 2/75 do Boletim da Comissão Europeia, Luxemburgo, 1985). Parte-se da premissa que se deve garantir aos consumidores uma eficiente tutela de seus direitos fundamentais conexos a relações de consumo, com especial ênfase à proteção da saúde. Ressaltou-se, em tal documento, que o reconhecimento de tais direitos não é pleno se não for efetivo,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1155-1187.

e que a efetividade só é alcançada se for facilitado o acesso à justiça. O memorando divide a matéria em quatro perspectivas: a disponibilização de procedimentos judiciais simplificados, o reconhecimento de legitimação processual a entidades representativas de interesses difusos e coletivos, maior uso de técnicas de conciliação e arbitragem, e criação de centros de assessoria jurídica. As propostas do conhecido memorando foram acolhidas pelo Conselho da Europa com a resolução de 25 de junho de 1987. Mais tarde, em 1993, a Comissão europeia aprovou o chamado “Livro Verde” dispondo sobre o acesso dos consumidores à justiça, prevendo o uso harmônico e não excludente de procedimentos judiciais e extrajudiciais (Alpa 1997, 299).

Em 1999, na reunião de Tampere, o Conselho da Europa convidou os países membros a instituir procedimentos extrajudiciais para garantir um melhor acesso à justiça. Em razão disso, a Comissão da União Europeia apresentou, em 2004, uma proposta de diretiva a esse respeito, com ênfase no mecanismo da mediação. Tal proposta foi aprovada em março de 2007, pelo Parlamento Europeu e resultou na Diretiva n. 52, de 21 de maio de 2008, que define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Ainda no âmbito internacional, os *Principles of Transnational Civil Procedure*, aprovados em conjunto pela *American Law Institute* e pelo *UNIDROIT*, em 2004, que pretendem ser um modelo para as legislações nacionais, também tratam do tema. O *principle* 24.2 dispõe que: “*The court should facilitate parties’s participation in nonbinding alternative dispute-resolution procedures at any stage of the proceeding*” (em tradução livre: “o juízo deverá facilitar a participação das partes em procedimentos alternativos de resolução de conflitos, de natureza facultativa, em qualquer estágio do procedimento”).

A partir de uma análise de direito comparado, constata-se que todos os ordenamentos contemporâneos procuraram resolver o problema da chamada ‘*informal justice*’. Todavia, os caminhos escolhidos nem sempre foram iguais. Nos sistemas romano-germânicos predominou a tentativa de enfrentar o problema com reformas processuais tendentes a simplificar o procedimento, encorajar soluções consensuais, ampliar tutelas cautelares e antecipatórias, aumentar os poderes do juiz para que ele possa agir no sentido de uma mais rápida solução do litígio e buscar o reequilíbrio

processual de partes materialmente desiguais. Esses mecanismos endo-processuais foram adotados com o intuito de manter sob o controle do judiciário o sistema de composição dos litígios, afastando-se do modelo norte-americano, que tendencialmente rompe com o modelo estatal de monopólio da jurisdição. Como variável, constata-se a uma revalorização do instituto da arbitragem.<sup>3</sup>

Inúmeros fatores atuam para frear o desenvolvimento de sistemas de *informal justice* na Europa. Antes de tudo, o peso de uma tradição milenar a favor da justiça togada. Em segundo lugar, o conexo mito da unidade da jurisdição, que faz ver com extrema desconfiança qualquer tentativa de erosão do monopólio atribuído aos juízes estatais. Um ulterior motivo, provavelmente o mais significativo, é o fato de que o procedimento formal regular dos sistemas judiciários europeus ocasiona menos problemas relativamente a custos e complexidade técnica, do que aquilo que acontece com o *adversary system* (Visintini 1996, 699) norte-americano (Harzheim e Facchini 2016).

P. Schlosser (1989, 1006-1008) refere que o movimento em direção a alternativas ao processo judicial é mais forte nos Estados Unidos do que na Europa porque aquele país, desde o final da segunda guerra mundial, é o principal mercado para as novas idéias, inclusive no campo jurídico. Além disso, o direito processual norte-americano, por causa da *pretrial discovery*, é bem mais custoso e demorado do que o congênera europeu. Em terceiro lugar, o fato de que, salvo exceções expressamente previstas em lei, não há previsão de ressarcimento de despesas processuais, ou seja, não é adotado o instituto da sucumbência em solo norte-americano. Ainda que vencendo a causa, a parte vencedora gasta ingentes somas que normalmente não lhe são reembolsadas. Em quarto e último lugar, o juiz de *common law* não está habituado a se envolver ativamente no processo. Em seu papel clássico, ele comporta-se como um árbitro neutro, somente levando em consideração o que as partes lhe apresentam. É verdade, porém, que as reformas mais recentes, especialmente nos últimos 25 anos,

---

<sup>3</sup> Na Inglaterra, a lei de arbitragem é de 1996 (*Arbitration Act*). Segundo Andrews (2012, 50), as principais razões pelas quais as partes de um litígio comercial — onde ela é mais frequente — optam pela arbitragem, além da sua maior celeridade, é a confidencialidade e controle das partes (que envolve a possibilidade de escolher o árbitro, ao contrário da justiça formal em que não se escolhe o juiz, bem como a possibilidade escolha das regras de fundo e do procedimento mais adequado ao caso).

vêm sendo no sentido de tornar o juiz processualmente mais ativo, inclusive conferindo-lhe poderes conciliatórios. Mas também isso, porém, lá é visto como uma forma de *alternative dispute resolution* (endoprocessual, no caso) (Facchini 2014).

Por outro lado, não se pode esquecer que, nos Estados Unidos, aproximadamente 95% das causas são compostas diretamente pelas partes (ou melhor, por seus advogados), antes da sentença final. Assim, em realidade, o movimento em direção às ADR não significa tanto uma tentativa de “afastar as partes do ambiente forense, mas sim de compeli-las a uma mais precoce tentativa de resolução do litígio” já no início do processo. E isso para tentar evitar que o acordo seja alcançado apenas “*on the courthouse steps*” (nas escadarias do tribunal), somente depois que elevadas somas já tenham sido gastas na fase do *pretrial* (Varano 2007, IX). Este elevado índice de extinção de processos por acordo alcançado pelas partes, antes da sentença, não se verifica em outros sistemas judiciários. Este contexto não pode ser desconsiderado em qualquer tentativa de imitar formas de ADR fora dos Estados Unidos (Harzheim e Facchini 2016).

No continente europeu o ritmo do desenvolvimento de sistemas de *informal justice* é muito mais lento e restrito a situações particulares, embora dando sinais de aceleração nos últimos tempos, como resultado de imitação da experiência norte-americana. Conflitos familiares, tutela dos trabalhadores e especialmente dos consumidores parece ser o setor em que o fenômeno é mais evidente (Facchini 2014).

Na Inglaterra, houve um recente impulso às formas alternativas à jurisdição. Inúmeras organizações envolvidas com procedimentos extrajudiciais foram criadas, como o *Centre for Dispute Resolution (CEDR)*, o *British Academy of Experts*, a *Chartered Institute of Arbitrators*, o *IDR Europe Limited* (especializada em mediação), o *Royal Institute of Chartered Surveyors*, a *Society for Construction Arbitrators*, o *Forum for Initiatives in Reparations and Mediation (FIRM)*, etc. (Cappelletti 1993, 293-294)

Ulterior impulso ocorreu após a grande reforma processual de 1998, que revolucionou o processo civil inglês com as *Civil Procedure Rules* (que substituíram as *Rules of the Supreme Court*, de 1965, e as *County Court Rules*, de 1981). Uma das alterações consistiu na introdução dos chamados “*pre-action protocols*”, com o declarado propósito de forçar as partes a tentarem acordos antes de proporem uma ação.

Na Alemanha, o aumento do volume de processos fez com que os Secretários de Justiça dos Estados (*Länder*), que são os responsáveis pela organização administrativa do sistema judiciário, buscassem estratégias para convencer os jurisdicionados a tentarem resolver suas disputas *out of court*. Segundo as estatísticas, tiveram sucesso na empreitada. Estima-se, por exemplo, que mais de 70% de todo o potencial contencioso civil relativo a seguros vem sendo resolvido fora do sistema ordinário de justiça, principalmente por atuação dos advogados e das companhias de seguro. Os modelos mais utilizados seriam aqueles da tradicional arbitragem e da conciliação extrajudicial. Na esfera judicial, a difusão do chamado *Stuttgart Model* permitiu uma sensível redução do tempo de tramitação dos processos, pois já em 1997 uma causa padrão estava sendo decidida numa média de seis a nove meses junto às cortes estaduais (Gottwald 1997).<sup>4</sup> Interessante notar que a arbitragem, na Alemanha, está regulada amplamente no próprio Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung-ZPO*), entre os parágrafos (como lá são denominados os artigos do código) 1.025 e 1.066. Merece destaque seu parágrafo 1.030, segunda seção, que refere ser nulo o acordo de arbitragem relativo a locações residenciais.

Uma área em que ocorreu um notável deslocamento em direção à mediação é aquela relativa aos conflitos familiares. Sirva de exemplo a figura do *médiateur* francês, que integra associações especializadas em tal setor, recebe uma preparação multidisciplinar específica e está submetido a um código deontológico próprio (Harzheim e Facchini 2016).

Segundo Loïc Cadiet (2007, 70), na França os *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits-MARC*, como são lá chamados, começaram a surgir na

---

<sup>4</sup> Sobre o chamado *Stuttgart Model* veja-se Bender, (1979, 431 e segs.) Esse modelo procura combinar os modelos opostos do procedimento oral e do procedimento escrito. Baseia-se na premissa de que o papel do conciliador (no caso, o juiz), é bastante facilitado quando ele conhece os fatos da causa. Assim, na primeira fase, segue-se o procedimento escrito: à introdução da demanda segue-se a resposta e uma réplica. Depois, os autos são conclusos ao juiz, que marca uma audiência em curto prazo. Nesta audiência, o juiz monocrático (ou colegiado), que já conhece os fatos e os pontos controvertidos, propõe uma solução. As partes se afastam para falar com seus advogados e em seguida voltam para manifestar-se sobre a proposta. Se a conciliação não ocorre, parte-se para a instrução do feito. Depois de ouvir as testemunhas, o juízo novamente propõe um acordo, que, desta vez, reveste o caráter de uma “proposta do juízo”, ou seja, a corte manifesta às partes qual será o possível êxito da causa. Em vista desta proposta, muitas vezes as partes resolvem conciliar (Facchini 2014).

metade da década de noventa e “são menos uma categoria jurídica e mais um estado de espírito” a designar “o conjunto de procedimentos dirigidos a uma solução amigável dos conflitos”. Explica o professor da Sorbonne que também na França dividem-se os *MARCs* em judiciais e extrajudiciais. Os judiciais abrangeriam a conciliação judicial, a mediação judiciária e a amigável composição judiciária. Já os *MARCs* extrajudiciais envolveriam a conciliação extrajudicial e a mediação extrajudicial, sendo que esta se subdividiria em mediação espontânea, mediação institucional e mediação instituída. Esta última sofreria uma ulterior subdivisão em mediação em matéria pública e mediação em matéria privada (com as variáveis: mediação individual e mediação coletiva).

Interessante notar que a lei francesa sobre mediação, que prevê que tal atividade deverá se desenvolver em ambientes criados apropriadamente para isso, denominados de “*Maison de justice et du droit*”, refere, em seu artigo 1º, que “*La Maison de justice et du droit tend à revaloriser le droit et à faciliter son accès*”, ou seja, através da mediação pretende-se a revalorização do próprio direito!

Em razão da Diretiva 58 da União Europeia, a Itália editou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que autorizou o autorizou o Governo a emitir Decreto Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, observando as prescrições emanadas do Direito Comunitário.

Tal Regulamento foi publicado o Decreto Legislativo nº 28/2010, que traz os seguintes conceitos:

Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o piu’ soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione

Para manter o foco, deixarei de analisar a situação na América Latina, limitando-me a referir que a Argentina dispõe, desde outubro de 1995,

de uma interessante Ley de Mediación y Conciliación Civil y Comercial (Ley 24573), cujo art. 1º impõe genericamente a obrigação das partes submeterem-se à mediação prévia (‘con carácter obligatorio’) antes de ajuizaram uma ação. No art. 2º, porém, excetuam-se doze tipos de procedimentos (causas penais, pretensões não patrimoniais de direito de família, causas sucessórias, e outras) (Facchini 2014).

Como a experiência norte-americana é incomparavelmente mais rica do que a europeia, a ela agora dedicarei maior atenção.

#### IV. O CASO NORTE-AMERICANO. AS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS

A complexidade, o tecnicismo, além dos custos elevados, do tradicional processo judicial norte-americano, inspiraram diversas tentativas orientadas a encontrar um modo mais econômico e rápido de solução dos litígios. Muitos são os defensores de tal orientação. O último Presidente da Suprema Corte americana, por exemplo, avalia positivamente esse movimento, no qual vê um antídoto aos excessos do denominado *adversary procedure* (sistema processual acusatório, utilizado na *common law*). Partindo da premissa de que nem todas as causas necessariamente precisam ser veiculadas e discutidas no âmbito de um procedimento formal e completo, ele percebe no juiz uma espécie de *manager* (administrador, gerente, dirigente) processual, que teria, além de suas tradicionais atribuições, a função de encaminhar as demandas ao tipo de procedimento (alternativo) mais adaptado às suas peculiaridades (Rehnquist 1993; Facchini 2014).

Nos Estados Unidos costuma-se referir que o início do movimento a favor dos modelos alternativos ao processo clássico coincide com um simpósio jurídico ocorrido em 1976, para celebrar o septuagésimo aniversário do conhecido discurso de Roscoe Pound, um dos maiores juristas da primeira metade do século XX, sobre o tema “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” (“As causas da insatisfação popular com a administração da justiça”). Observou-se, naquele evento, que a despeito de todos os aperfeiçoamentos introduzidos no sistema judiciário e inobstante as inúmeras alterações e inovações no âmbito do processo civil, nos setenta anos transcorridos desde o discurso de R. Pound, persistia o baixíssimo índice de aprovação popular em relação ao funcionamento do poder judiciário e ao serviço por ele prestado. Diante de tal percepção, defendeu-se, no referido simpósio, que talvez pouco adiantasse reformar o

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1155-1187.



processo civil tradicional. A coisa correta a fazer, foi então sustentado, seria “afastar do judiciário algumas espécies de controvérsias, que deveriam ser desviadas para órgãos alheios ao aparato judicial, de natureza particular, e que operassem segundo um procedimento mais flexível e informal” (Silvestri 1999, 323). Com isso, seria mantido o processo civil clássico da *Common Law* para as demandas mais complexas, de maior valor econômico e envolvendo partes capazes de enfrentar o custo mais elevado de tais demandas.<sup>5</sup>

As primeiras tentativas nesse sentido surgiram no final dos anos 70, de modo empírico. O juiz federal T. Lambros, do Distrito Norte do Estado de Ohio, criou o *summary jury trial*, enquanto os seus colegas do Distrito Norte da Califórnia implantaram a *early neutral evaluation (ENE)*, sobre os quais falaremos mais adiante.

Em 1985, o Congresso decidiu financiar oito programas ‘pilotos’ de arbitragem endoprocessual obrigatória. Posteriormente, em 1988, o *Judicial Improvements and Access to Justice Act* (Lei sobre aperfeiçoamento judicial e acesso à justiça) não somente autorizou o prosseguimento das experimentações, mas inclusive as incentivou e ampliou (Harzheim e Facchini 2016).

Dois anos depois, o *Civil Justice Reform Act* (Lei sobre a reforma da justiça civil), de 1990, favoreceu enormemente a afirmação e o desenvolvimento das *ADRs* dentro da justiça federal (De Palo y Guidi 1999, 19).

O conceito formal das *ADR* foi assim formulado pela lei federal conhecida como *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*: “*For purposes of this*

---

<sup>5</sup> Apoiado em Jerold Auerbach (Justice Without Law), Oscar G. Chase lembra, porém, uma profunda raiz histórica para o fenômeno, pois “a existência de formas alternativas de resolução de disputas é um traço constante em toda a evolução norte-americana”, remontando à época da colonização britânica. De fato, “os colonos se pautavam por uma utopia religiosa em cuja composição ideológica se conferia papel central à comunidade... Em seu espírito... estava a religião... o estilo era consensual, e não adversarial. Nesse contexto, o litígio era explicitamente desencorajado e se esperava que as disputas fossem solucionadas pela comunidade, preferentemente mediante mediação”. Raízes diversas, mas igualmente antigas, teria a arbitragem. “Sua aceitação se deu inicialmente no âmbito de outra comunidade – a classe dos comerciantes”. Os colonizadores holandeses, que inicialmente fundaram e colonizaram a “Nova Amsterdam”, que depois viria a ser conquistada pelos ingleses, dando origem a Nova Iorque, “estabeleceram a arbitragem como uma alternativa à litigância e os seus benefícios se tornaram tema comum no contexto empresarial” (Chase 2014, 143-144).

*chapter, an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial, and arbitration...”.<sup>6</sup>*

Uma área em que já há muito tempo os serviços de mediação vinham sendo utilizados envolve a de conflitos familiares. Informa Cappelletti (1993, 290)<sup>7</sup> que uma *National Family Conciliation Council (NFCC)* foi instituída em 1982, sem fins lucrativos. Dez anos depois, a essa associação já haviam se filiado mais de cinquenta organizações. Em 1986 foi criada a *Family Mediators Association (FMA)*, voltada especificamente à mediação de conflitos familiares. Ambas as organizações fornecem um curso de treinamento aos seus mediadores.

A crescente importância do tema relativo às *A.D.R* nos Estados Unidos pode ser percebida também pelo fato de que com certa frequência casos envolvendo *A.D.R* chegam até à mais alta corte de justiça do país. Exemplificativamente, somente no ano judiciário 1994-95 (o ano judiciário americano inicia em setembro e vai até junho do ano seguinte), a Suprema Corte decidiu nada menos do que quatro casos relativos a *ADR* (o que, diante do escasso volume de processos julgados a cada ano, representa em torno de 4% dos casos apreciados naquele período), e em todos eles reafirmou sua posição favorável a essa técnica (de acordo com Guill 1997).

Os meios alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos não seguem um padrão único. Há uma grande variedade de “modelos”, que se encaixam em algumas classificações elementares. É o que veremos a seguir.

---

<sup>6</sup> Em tradução livre: “Para os fins desse capítulo, um processo de resolução alternativa de litígios abrange qualquer processo ou procedimento, não presidido nem julgado por um juiz togado, em que uma terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução de questões controvertidas, através de procedimentos como análise precoce e neutra, mediação, mini-julgamento, e arbitragem...”.

<sup>7</sup> Cappelletti (1993, 291) refere que também no Canadá foi desenvolvida uma técnica de mediação especificamente destinada aos conflitos familiares. Esta mediação ocorre tanto em bases voluntárias, como de forma obrigatória para as partes, desenvolvendo-se junto a mediadores judiciais que integram o *staff* do juízo, ou através de mediadores particulares.

## V. TIPOLOGIA BÁSICA DAS ADR

Alguns dos procedimentos de ADR possuem caráter obrigatório,<sup>8</sup> enquanto outros —a maioria— são facultativos. Ressalte-se, todavia, que ainda quando obrigatória a ativação de algumas formas de ADR, o seu resultado nunca é vinculante, pois a parte interessada pode sempre requerer um novo julgamento pela justiça ordinária. Trata-se substancialmente de uma simples “condição de procedibilidade da ação civil” (De Palo y Guidi 1999,7).

Além da classificação das ADR em obrigatórias/facultativas, uma diversa classificação permite distinguir os modelos conciliatórios (*consensual-oriented model*) dos modelos decisoriais (*decision-oriented model*).

O primeiro deles—modelo conciliatório—visa a compor a controvérsia através de uma solução acordada entre as partes. Várias técnicas inserem-se nesse modelo, como é o caso da *mediation*, da *early neutral evaluation* e do *summary jury trial*.

Já o modelo decisoriais (*decision-oriented*) procura a solução dos conflitos através de uma decisão emanada de um terceiro, que não o juiz estatal. O arquétipo desse último modelo é a arbitragem.

O modelo dito conciliatório foi o que obteve muito maior sucesso na nação norte-americana.

A *summa divisio* que se pode traçar a respeito da ADR, porém, distingue, de um lado, uma “justiça alternativa privada”, reconhecendo-se a autonomia das partes em litúgio para dirigirem-se a qualquer uma das numerosas organizações privadas que fornecem esse tipo de serviço nos Estados Unidos e, por outro lado, uma “*court-annexed ADR*” (também denominada de *court-ordered*, *court-sponsored*, ou ainda *court-managed ADR*). Trata-se de uma “justiça alternativa pública” (De Palo y Guidi 1999; Harzheim e Facchini 2016).

À guisa de demonstração do interesse sobre o tema, refira-se que todas as Faculdades de Direito norte-americanas vêm introduzindo em seus currículos regulares disciplinas e cursos relativos à negociação de causas e outras técnicas necessárias ou convenientes para uma resolução alterna-

---

<sup>8</sup> Ressaltando que a lei federal de 1998, antes citada, excluiu a hipótese de arbitragem endoprocessual obrigatória na justiça federal, em virtude das observações contidas no relatório Rand de 1996 (que será referido mais adiante) e no parecer da *Judicial Conference* sobre a sua escassa eficácia (Facchini 2014).

tiva das controvérsias (Re 1986, 316), principalmente as de natureza consensual. E isso ocorre porque a expansão da utilização dos procedimentos de ADR mudará também o paradigma profissional do advogado americano, que passará de *'adversarial advocate'* a *'legal counselor'* (Guill 1997, 1313) (de “advogado litigioso” a “conselheiro jurídico”). Isso significa que, nesse novo paradigma, exige-se um advogado que não esteja preparado somente para o modelo *“the winner takes all”* (“o vencedor leva tudo”), mas que esteja também capacitado para analisar globalmente a situação de ambos os contendores (e não somente os interesses do seu cliente) de modo a poder identificar uma solução que seja razoável para ambos, evitando o conflito ou superando-o com menor custo, tempo e desgaste (Facchini 2014).

Algumas das ADR são vinculadas à própria justiça estatal. Outras são dela independentes. É que veremos a seguir.

## VI. DIMENSÃO SUBJETIVA DAS ADR. QUEM SÃO OS ATORES?

É praticamente impossível fazer um inventário de todas as formas de ADR em uso nos Estados Unidos, uma vez que, além daquelas que de alguma maneira estão vinculadas ao poder judiciário, existem inúmeras outras que são desprovidas de qualquer ligação. Segundo um recente levantamento, contam-se mais de mil *ADR brokers* (corretores de ADR), os quais buscam oferecer um ‘produto’ diferenciado, levando em conta o tipo de controvérsia que as partes pretendem definir (Facchini 2014).

Além dos serviços de arbitragem, conciliação e mediações oferecidas pela *American Arbitration Association* (a mais antiga e potente associação operante no setor dos métodos alternativos) e pelo seu mais agressivo concorrente, o *JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services* - uma sociedade de capital privado que detém o monopólio das ADR em alguns dos Estados), existe uma miríade de associações, organizações, entidades e profissionais que oferecem seus serviços nessa verdadeira ‘indústria’ dos métodos alternativos (Silvestri 1997, 325).

Não por acaso, precisamente no auge do liberalismo anti-estatizante da era Reagan, foi fundada, nos Estados Unidos, a empresa *“Judicate, Inc.”*, instituindo e administrando o “Sistema Nacional de Cortes<sup>9</sup> Privada

---

<sup>9</sup> Esclareça-se que o vocábulo “Court”, nos sistemas que integram a Common Law, tem o amplo significado de unidade jurisdicional, seja de que instância for. Conforme o

das” (*The National Private Court System*). Trata-se de uma organização integralmente privada, que se dispõe a decidir as controvérsias, com base na legislação estatal e não simplesmente por equidade, desde que as partes interessadas estejam de acordo e se comprometam a aceitar a decisão final. Trata-se de verdadeiras unidades de arbitragem, normalmente presididas por juízes aposentados<sup>10</sup> (em 1996 já alcançavam o número de 725), que usam togas, ouvem testemunhas sob juramento e atuam sob o princípio do contraditório – ou seja, vestem-se como juízes, agem como juízes, decidem como juízes, mas não são (ou não são mais) juízes. Esses “juízes particulares” são relativamente bem remunerados - de US\$150 a US\$300 a hora de trabalho (Abraham 1998, 156).<sup>11</sup>

Todavia, afora essa experiência, que posteriormente foi expandida, a maior parte dos modelos alternativos de justiça atualmente em uso nos Estados Unidos possui ligação com o aparato Judiciário. É o modelo chamado “endoprocessual” (Facchini 2014).

## VII. TÉCNICAS DE ARD ENDOPROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

J. Resnik (1997, 699) indica as seguintes mais conhecidas técnicas alternativas de resolução de conflitos nos Estados Unidos, que serão analisadas mais abaixo: a *court-annexed arbitration*, a *mediation*, o *summary jury trial*, o *minitrial*, a *early neutral evaluation*, e as *judicial settlement conferences*.

A esses procedimentos O. Chase (1988, 942-943) acrescenta ainda a “*final-offer arbitration*” (no qual o árbitro deve escolher entre uma das hipóteses de composição do litúgio proposta por cada uma das partes. Isso

---

contexto, seu significado, no caso concreto, poderia ser traduzido, em linguagem adaptada ao nosso sistema, por juízo, juizado, vara, tribunal, turma ou câmara julgadora, etc (Facchini 2014).

<sup>10</sup> Interessante notar que em agosto de 2014 a Escola Nacional da Magistratura (ENM), da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entidade que congrega a quase totalidade dos magistrados brasileiros promoveu o primeiro curso de “Mediação e Conciliação para Magistrados Aposentados”, visando capacitá-los para essas novas funções. Ou seja, trata-se de mais um exemplo de circulação de modelos ou de transplante jurídico, no jargão dos comparatistas (Facchini 2014).

<sup>11</sup> Para os padrões brasileiros, seria uma boa remuneração. Todavia, para os padrões norte-americanos, seria apenas uma razoável remuneração, quando se lembra que os melhores advogados norte-americanos já ultrapassaram a barreira dos mil dólares a hora de trabalho (Facchini 2014).

estimula ambas as partes a propor soluções razoáveis, pois se uma delas apresentar uma proposta exorbitante ou desarrazoada, o árbitro poderá escolher a proposta ofertada pela parte contrária), e a “*one-way arbitration*” (onde somente uma das partes fica vinculada ao laudo arbitral. Por exemplo, nos litígios envolvendo consumidores, o comerciante pode assumir o compromisso de se submeter à decisão de um árbitro, ainda que o consumidor não faça o mesmo) (Facchini 2014).

Além dessa diversidade, a legislação em vigor ainda autoriza os juizados federais distritais a implementarem as variações que se fizerem necessárias para adaptá-las às peculiaridades locais, de modo que nas *local rules* editadas pelas *district courts* encontram-se diferentes versões de modelos como a os modelos<sup>12</sup> como a *court-annexed arbitration*, a *court-annexed mediation*, o *summary jury trial*, o *minitrial*, a *early neutral evaluation – ENE*, a *settlement conference* e a *appellate mediation*. Diante da limitação de espaço, deixamos de aprofundar cada um desses modelos.

### VIII. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS MAIS RECENTES

Nos últimos anos, as regras que disciplinam o uso das *Alternative Dispute Resolution* foram novamente revistas. Em 1993, por exemplo, a *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure* sofreu nova alteração, buscando fixar, com maior precisão, o papel do juiz na condução do procedimento na fase do *pre-trial*, no controle da *Discovery*,<sup>13</sup> e no auxílio que deve prestar às partes

---

<sup>12</sup> Essa liberdade de experimentação integra um mais amplo programa de *litigation management* (gerenciamento processual ou de litígios), concedendo-se também mais amplos poderes processuais ao juiz, no sentido de poder ele adaptar o procedimento às peculiaridades específicas do litígio *sub judice* - sobre a questão v. Silvestri (1997). Para uma informação mais detalhada dessas modificações locais, consulte-se as diversas tabelas que se encontram no livro de De Palo e Guidi (1999, 81-90) *Risoluzione alternativa delle controversie (ADR)*..., especialmente a tabela V (“Altre pratiche e procedure di ADR”) (Facchini 2014).

<sup>13</sup> Tecnicamente, *discovery* significa a “disclosure by a party to an action, at the other party’s instance, of facts or documents relevant to the lawsuit” (vocábulo “discovery”, no *Dictionary of Modern Legal Usage*. Em vernáculo: “revelação feita por uma parte no processo, a pedido da outra, sobre fatos ou documentos relevantes para o litígio judicial”. No glossário fornecido por Neil Andrews (2012, 21), no início de sua obra, refere-se ao *Discovery* ou *Disclosure*, como uma “atividade consistente em as partes exibirem, uma à outra, as provas e as informações de que dispõem e que usariam em um futuro eventual *trial* – em *O moderno processo civil*”. Trata-se de uma peculiaridade do sistema processual norte-americano, em

para se alcançar a resolução consensual dos litígios. Essas alterações, em seu conjunto, foram no sentido de se atribuir um papel muito mais ativo ao juiz. Isso porque o modelo clássico de juiz da *common law*, na condução do processo, era aquele de um juiz substancialmente passivo na condução do processo. No modelo antigo, protagonistas do processo eram apenas os advogados, não o juiz. Esse era visto como um árbitro que agia no processo apenas quando solicitado expressamente pelas partes, para fazer observar as “regras do jogo” e que no final limitava-se a proclamar o vencedor.

Além disso, as alterações levadas a efeito na reforma processual de 1993 redefiniram o conceito de *ADR*, que uma década antes fora qualificada como conjunto de ‘procedimentos extrajudiciais’. A reforma de 1993 definiu as técnicas de *ADR* como ‘procedimentos especiais para a assistência na resolução das controvérsias, nos casos autorizados pela lei ou pelas normas locais’.

Em 30 de outubro de 1998 entrou em vigor a *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, que pôs fim à fase de experimentação em matéria de *ADR*. Cada um dos juizados federais foi instado a integrar dentro do sistema processual, de modo estável e permanente, os procedimentos de resolução alternativa dos litígios. Essa lei federal destacou a importância da conciliação dentre os demais modelos de *ADR*. No caso da arbitragem, eliminou a possibilidade de imposição de pena à parte que viesse a requerer o *trial de novo*, ainda que não obtivesse uma sentença mais vantajosa do que o resultado indicado no laudo arbitral endoprocessual” (De Palo y Guidi 1999, 122).

Passada, assim, a fase de experimentações, ficou definitivamente afirmada a *ADR* no âmbito da justiça federal, estando atualmente institucionizada e disciplinada legalmente (Resnik 1997, 704-706).

## IX. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MOVIMENTO DAS ADR

Embora o *locus natural* para solução de conflitos sociais em um sistema como o nosso seja o processo judicial, não se pode deixar de reconhecer

---

que uma das partes pode exigir que a outra lhe apresente (diretamente, sem a mediação do juiz) todos os fatos e documentos de que dispõe sobre o caso, antes da audiência de instrução, pois a parte tem o direito de não ser surpreendida por provas ou documentos novos, por ocasião do *day in court* (Facchini 2014).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1155-1187.

que esse instrumento não mais tem a aptidão de outrora para atingir os resultados a que sua criação visou alcançar: a composição justa e tempestiva dos conflitos (Lima 2003, 246). Daí a busca de alternativas à jurisdição.

São de duas espécies os argumentos esgrimidos a favor do movimento das ADR, uma de natureza quantitativa, outra de natureza qualitativa.

O argumento de natureza quantitativa é o mais invocado. Segundo ele, a ADR deveria ser incentivada porque é uma maneira mais eficiente de solução das disputas, de menor custo e muito mais rápida. Invocando-se a experiência inglesa, desde 1999 (quando entraram em vigor as reformas introduzidas pelo novo ‘código de processo civil’ (*Civil Procedure Rules – CPR*, que estimula o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos bem como o uso de procedimentos sumários para causas de menor valor) e até 2010, a maior utilização das ADR acarretou a diminuição de 21% do volume de causas judicializadas (Andrews 2012, 348).

O segundo argumento, ‘qualitativo’, parte de uma abordagem segundo a qual a ADR possibilita uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo e permite a elas um maior controle sobre o resultado do processo —final, são elas que definem esse resultado—, bem como permite manter em sigilo certos fatos que, eventualmente, um processo regular tenderia a publicizar. Além disso, sustenta-se que a ADR oferece uma maior possibilidade de reconciliação entre as partes, garantindo uma melhor comunicação entre elas, aumentando assim a probabilidade de manutenção ou recuperação das relações interpessoais (Menkel-Meadow 1997, 1871-1872). Segundo esta visão, enquanto o processo judicial ordinário “olha para o passado” da relação litigiosa, a ADR “olha para o futuro”, ficando mais próxima da idéia de justiça coexistencial de que falava Cappelletti.

Uma outra e importante vantagem é a possibilidade de se alcançar soluções dificilmente alcançáveis pela via de um processo regular. Uma ilustração dessa possibilidade é dada por Neil Andrews (2012), envolvendo uma ação de reparação de danos movida pelos genitores de uma criança falecida, cujos órgãos internos haviam sido retirados para fins de transplante, sem conhecimento e autorização dos pais. A ação fora movida contra o hospital. Após uma longa tramitação, o juiz que presidia o processo recomendou que as partes fossem submetidas a uma mediação, que resultou exitosa. As partes chegaram a um acordo que estabelecia uma indenização modesta, mas que também previa que o hospital construiria

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1155-1187.



um memorial para o filho dos autores e outras crianças com as quais também havia ocorrido o mesmo, além de um formal pedido de desculpas por parte dos médicos envolvidos, e outras obrigações acessórias. Alcançou-se, assim, uma solução mais satisfatória para os pais, do que a simples transferência de um valor econômico que nem sempre representa o que as partes efetivamente buscam (Harzheim e Facchini 2016).

## X. CRÍTICAS AO MOVIMENTO DAS ADR

Mesmo nos Estados Unidos, onde o fenômeno surgiu há cerca de 40 anos, aparentemente já foi superada a fase de máxima expansão. Segundo alguns doutrinadores, a abordagem, atualmente, é mais crítica do que laudatória.<sup>14</sup>

Alguns são mais cautelosos e moderados nas críticas, como é o caso de Mauro Cappelletti (1993, 282-295), abordando o tema em escala internacional. O processualista italiano, como é sabido, foi um pioneiro ao sustentar a idéia de uma justiça *coesistenziale*, fundada mais sobre a conciliação dos espíritos e sobre a preservação das relações, do que sobre a perspectiva do *right-or-wrong* ou do tudo ou nada. O mesmo saudosos professor enquadrava o movimento da *ADR* na terceira onda do seu conhecido projeto de acesso à justiça, revelando também a tendência de certa privatização da justiça e um maior recurso à equidade. Porém, também ele alerta para o risco de uma justiça de segunda classe, por causa da falta de garantia de independência do juiz que opera naqueles sistemas, pelo seu menor preparo técnico e pela redução das garantias processuais. Tudo isso, porém, deve servir de alerta, segundo ele, e não de desencorajamento.

Também Andrews (2012,355), embora entendendo que os meios alternativos devem ser incentivados e produzem bons resultados, numa apreciação global, refere que há situações em que as A.D.R. não são convenientes. É o caso, por exemplo, de quando uma das partes realmente tem um claro direito a respeito de algo – nesse caso, tal direito não deve

---

<sup>14</sup> Esta é a opinião de E. Silvestri (1999, 323) ressaltando, porém, que “tudo leva a prever que, nos próximos anos, a multibilionária indústria dos métodos alternativos continuará a proliferar, pelo menos até que os consumidores se conscientizem que o produto oferecido a um preço de “hard discount” não é necessariamente o que de melhor se pode obter no mercado”.

ser ‘neutralizado’ por meio de um acordo em que ele abra mão de tal direito. Além disso, a opção pelo processo formal deve ser usada no caso de ‘ilícitos graves’.

Já outros são mais céticos e contundentes em suas críticas. Estes costumam ressaltar dois outros motivos que contribuiriam para explicar o entusiasmo dos defensores da ADR, ainda que não abertamente sustentados por esses.

Primeiramente, haveria o interesse de liberar os órgãos regulares de justiça dos chamados *garbage cases* (casos-lixo), ou seja, daqueles casos de modesto valor econômico, escassa relevância jurídica, tendentes a serem repetitivos e pouco úteis para o progresso da ciência jurídica. Com isso, a justiça ordinária ficaria liberada para tratar dos casos mais importantes, de interesse para a elite política e econômica (*establishment*) (Facchini 2014).

Em segundo lugar, haveria o desejo de frear o ativismo judicial que vinha se manifestando em certas áreas muito importantes para o *establishment*, como exemplificativamente aquela concernente à tutela do consumidor (Silvestri 1999, 324). De fato, um acordo realizado entre duas partes em conflito tem muito menos impacto social do que uma decisão proferida por um juiz togado. Esta tem muito maior potencial de alteração da realidade social, quer chamando a atenção da imprensa, quer através da técnica dos precedentes vinculantes, caso emanada por um tribunal superior. Assim, quando certos grupos econômicos percebem que os juízes perfilham uma orientação desfavorável aos seus interesses, procuram eles afastar o conhecimento de tais demandas pela justiça ordinária.

Na Europa, como já assinalado, a adesão às formas de ADR é menos entusiástica do que nos Estados Unidos, em razão da consciência das peculiaridades do ambiente originário, o que significa no mínimo ser inoportuno um simples ‘transplante’ de alguns mecanismos alternativos de solução das controvérsias (Harzheim e Facchini 2016).

Realmente, a premissa básica de muitos defensores das ADR consiste em ver o acordo obtido pelas partes como uma antecipação do resultado final que seria obtido através de um processo judicial, com notável economia de tempo e dinheiro. Ou seja, parte-se da idéia que o único objetivo da jurisdição seja o de compor a lide. Porém, sabe-se que este não é o único objetivo visado pela administração da justiça (Silvestri 1999, 328). Segundo C. Dinamarco (1987, 206), a jurisdição possui *objetivos sociais* (a pacificação das partes em conflito, mediante a aplicação de critérios de

justiça) *escopos políticos* (a participação da parte interessada, atuando processualmente, na resolução da controvérsia; afirmação da autoridade do Estado; educação do cidadão relativamente aos seus direitos), além daquele *jurídico* de atuação da “vontade concreta do direito”.

Além disso, lembra E. Silvestri (1997, 328) que a difusão dos procedimentos de *informal justice* fez com que ressurgissem algumas preocupações que o modelo judicial clássico já havia enfrentado e resolvido. Pergunta-se, por exemplo, se a ausência de formalidades, característica de muitos procedimentos alternativos, não possa significar também ausência de garantias para a mais débil das partes em litúgio. Isto porque o processo clássico e garantista pode propiciar à parte mais fraca certa proteção, ao atribuir ao juiz uma série de poderes cujo exercício teria por fim assegurar uma efetiva paridade de armas entre as partes (Facchini 2014).

O prof. Owen Fiss (1984) em seu conhecido ensaio intitulado emblematicamente “*Against Settlement*” (Contra o Acordo),<sup>15</sup> afirma que o encorajamento da conciliação é particularmente prejudicial no caso das controvérsias envolvendo *public law*, e que os tribunais deveriam preocupar-se em articular e implementar princípios de justiça, e não de impelir as partes a aceitar qualquer acordo apenas para pôr fim ao litúgio.

Outros argumentos contrários ao uso intenso das ADR são referidos nos já citados ensaios de J. Resnik (1997, 713) e Oscar G. Chase (1988, 940), onde se referem também outros autores que são reticentes a respeito de tal movimento, por considerá-lo “politicamente conservador”, já que “se propõe reservar as cortes regulares para as controvérsias empresariais impedindo o acesso ao juiz ordinário às classes sociais mais débeis”.

Também sob o perfil da eficiência existem objeções às *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Em 1992, a *Judicial Conference*<sup>16</sup> encomendou à RAND

---

<sup>15</sup> Uma tradução desse artigo foi incluída na coletânea da produção acadêmica do prof. Owen Fiss, traduzida em português e editado entre nós sob a coordenação do prof. Carlos Alberto de Salles, com o título: *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade* (2004).

<sup>16</sup> Criada em 1922, a *Judicial Conference of the United States* é o órgão máximo da administração judiciária federal norte-americana. É presidido pelo Presidente da Suprema Corte e é composto por todos os presidentes (*Chief Judges*) das *Federal Court of Appeals* (13), da *Court of International Trade*, e por um *District Judge* para cada um dos 13 *Federal Circuits*, eleitos pelos seus pares para um mandato de três anos. A *Judicial Conference* desempenha suas atividades principalmente através de numerosas comissões internas (em número aproximado de 25), as quais se reúnem assiduamente. Duas vezes ao ano são realizadas sessões plenárias.

*Corporation* um estudo para avaliar os efeitos das iniciativas adotadas pelos vários órgãos da justiça federal no campo da ADR. Após quatro anos de análises e pesquisas de campo, a RAND Corporation apresentou, em 1996, o resultado de seus estudos, que a muitos pareceu desencorajante. De fato, ainda que não sinalizasse efeitos negativos, o estudo exclui a existência de motivos que justificassem recomendações em favor da adoção de programas de ADR no âmbito da justiça federal, porque os projetos-pilotos experimentados até então não teriam tido um grande impacto na economia de tempo e dinheiro (De Palo y Guidi, 1999 113).

Apesar disso, contudo, a *Judicial Conference*, baseando-se nos dados fornecidos por um estudo independente do *Federal Judicial*,<sup>17</sup> reconheceu os efeitos positivos de alguns aspectos do programa experimental das ADR e acabou por adotar uma via intermediária: nem estender a obrigatoriedade da adoção de programas de ADR para todas as 94 cortes federais de primeira instância, nem tampouco eliminar a ADR endoprocessual. Baseado nessa orientação é que foi encaminhada e aprovada a lei sobre resolução alternativa das controvérsias (ADR) de 1998.

O *Circuit Judge* H. T. Edwards pensa ter encontrado um ponto de equilíbrio ideal entre o espaço próprio da justiça ordinária e aquele adequado às diversas ADR:

---

Compete a ela não somente providenciar no provimento e transferência dos servidores da justiça federal, como também resolver problemas administrativos da justiça federal, fazer recomendações ao Congresso relativamente à legislação de interesse do sistema judiciário federal, bem como preparar as regras processuais para a justiça federal. Desempenha ainda funções de orientação em matéria administrativa, relativamente aos órgãos judiciários de primeiro e segundo grau. Também é competente para aprovar o orçamento anual do sistema judiciário federal, com exceção da Suprema Corte. Além disso, a *Conference* também tem competência disciplinar em relação aos juízes. Sobre tal órgão, consulte-se “Bureaucratization of the Federal Judiciary” (Hall 2005, 103) e Bassiouni (1983).

<sup>17</sup> O *Federal Judicial Center* (Centro da Justiça Federal), foi criado em 1967 com o propósito, dentre outros, de “*educating and training Federal judges and court personnel*” (instruir e treinar juízes federais e serventários da justiça). O Centro organiza seminários para juízes recém-nomeados e cursos de atualização para juízes veteranos. Esse *Centro* também funciona como órgão de pesquisa sobre aspectos práticos da jurisdição, elaborando, por exemplo, sugestões práticas aos juízes em atividade sobre como otimizar recursos, racionalizar procedimentos, ganhar produtividade, etc. Sirva de exemplo a edição das *standardized procedures for handling mass tort cases* (trad. livre: “procedimentos padrões para direção processual de casos de responsabilidade civil de massa”), ou o *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, editado originariamente em 2001. Mais informações sobre o funcionamento de tal órgão podem ser obtidas na obra de Bassiouni (1983, 445) e McGovern (1997, 1857).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1155-1187.

Some would respond that judges are generalists and yet we trust our state and federal judiciary to resolve a broad range of disputes. This argument, however, is deceptive because judges are specialists in resolving issues of law. Law aims to resolve disputes on the basis of rules, whereas alternative dispute resolution mechanisms turn to nonlegal values. If disputes are to be resolved by rules of law, the legal experts designated by our state and federal constitutions - that is, the judges - should resolve them. If nonlegal values are to resolve disputes, we should recognize the need for substantive expertise (Edwards 1986, 683-684).<sup>18</sup>

Além disso, olvida-se que nem sempre é suficiente a obtenção de um acordo para que a harmonia e concórdia entre as partes sejam definitivamente restabelecidas. Isso porque frequentemente surgem problemas e discordâncias na fase de execução do acordo. No caso norte-americano, por exemplo, costuma-se referir que muitas das atividades do lá chamado *managerial judge* (juiz-gerente ou juiz-dirigente – no sentido de juiz que se envolve efetiva e ativamente na condução do processo) são desempenhadas exatamente na fase do *post-trial* (fase subsequente ao julgamento, não ainda necessariamente em fase de cumprimento da sentença propriamente dita) (Silvestri 1999, 328-329).

Não se pode, por isso, considerar os procedimentos alternativos de resolução de controvérsias (ADR) como se fossem uma panacéia. Ao contrário, os analistas têm chamado a atenção para os seguintes aspectos:

- 1) *do ponto de vista social e filosófico*, justificou-se o surgimento das ADR a partir de uma dimensão quase que idílica e utópica de justiça, onde se realça o mecanismo da “conversação-negociação” entre os interessados, em busca da resolução consensual do conflito. Acontece,

---

<sup>18</sup> Tradução livre: “Alguns diriam que os juízes são generalistas e apesar disso nós atribuímos ao judiciário estadual e federal [a decisão sobre] um amplo espectro de controvérsias. Esse argumento, porém, é falho, porque os juízes são especialistas em decidir problemas jurídicos. O judiciário busca resolver litígios com base em regras, ao passo que os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias voltam-se a valores não jurídicos. Assim, se os litígios devem ser resolvidos com base em critérios legais, [então] os especialistas jurídicos indicados pelas nossas constituições estaduais e federal — isto é, os juízes— é que deverão decidi-los. Se, ao contrário, for conveniente que os litígios sejam resolvidos mediante aplicação de valores não jurídicos, então devemos reconhecer a necessidade de conhecimento específico sobre o tema.”

- porém, que as ADR —tanto quanto a justiça ordinária— encontram-se a operar no âmago de uma realidade não simples nem harmônica, mas complexa e fortemente caracterizada pela explosão da litigiosidade, animosidade e desconfianças recíprocas;
- 2) *do ponto de vista de justiça social*, algumas das suas técnicas podem contribuir para a manutenção das desigualdades socioeconômicas, quando envolvem partes econômica e socialmente desiguais (Campelletti 1993, 419). Exemplo desta possibilidade nos é fornecido por M. H. Lazerson (1984, 119-160), no ensaio em que descreve o funcionamento da *Housing Court* de New York, instituída com o objetivo de resolver informalmente os conflitos entre inquilinos e locadores. Segundo este autor, o movimento dos inquilinos era fraco e desorganizado e por isto não conseguia obter melhorias substanciais de sua situação, via legislação. A composição informal dos conflitos individuais, por outro lado, não criava as condições necessárias para fazer avançar a situação global da categoria. Uma melhoria efetiva desta situação tornou-se possível somente quando a atuação mais crítica e politicamente orientada dos membros dos *Legal Services* (categoria que abrange, dentre outros, tanto os defensores públicos quanto os profissionais que se dedicam a uma advocacia *pro bono*) deslocou a arena de luta para a justiça ordinária, com todo o seu formalismo e garantismo processual. Só nessa sede o conflito social subjacente às controvérsias individuais pode eventualmente se revelar e ser levado em consideração. Em virtude da técnica do precedente, utilizada nos Estados Unidos, as decisões judiciais não só resolvem os conflitos individuais mas também estabelecem parâmetros jurídicos a serem observados nas relações sociais futuras e indeterminadas, além de orientar mudanças na legislação.
  - 3) Além disso, a “justiça particular” naturalmente acaba seguindo a lógica e as regras de mercado. A “justiça pública”, porém, tem força, condições e competência para fundamentar suas decisões em valores diversos, desempenhando uma função mais em conformidade com os princípios constitucionais e com as expectativas dos cidadãos (Alpa 1986, 623).

Richard Abel (1982, 307), avaliando e referendando as conclusões de um seminário sobre sistemas informais de justiça, por ele organizado nos Estados Unidos, mostrou-se bastante cético em relação a tais sistemas. Ele tem dúvidas, por exemplo, se os sistemas informais de justiça podem efetivamente ajudar a desonerar o orçamento público. Segundo ele, esses sistemas complementam — e não substituem — os sistemas ordinários de justiça. Trata-se, portanto, de um gasto adicional e não de uma efetiva alternativa mais econômica. Além disso, como o custo operacional de uma unidade de justiça informal é menor (fundamentalmente porque o pessoal que ali atua tem uma qualificação profissional mais baixa e recebe, portanto, uma remuneração menor), fatalmente o sistema tenderá a multiplicar-se, anulando, assim, as economias obtidas.

Outro aspecto evidenciado por R. Abel consiste em que os sistemas informais de justiça, ao contrário do que se possa imaginar, não diminuem, mas sim aumentam, os controles estatais sobre a sociedade. Segundo ele, esses sistemas informais, por tenderem a estar disseminados por todas as camadas sociais, tendem a abranger conflitos que de outra forma jamais seriam submetidos a um aparato estatal formal (como a polícia e as cortes de justiça). Além disso, tais sistemas não estão sujeitos a muitos daqueles controles formais que ao longo do tempo surgiram, como decorrência do aumento das garantias dos direitos dos cidadãos frente ao aparato estatal.

Um dos principais motivos de preocupação consiste no fato de que os sistemas informais de justiça tendem a tornar triviais as queixas individuais, frustrando, assim, as respostas coletivas. A mensagem oculta desse sistema, sempre segundo R. Abel, consiste em convencer o cidadão comum de que pequenos problemas sociais podem ser resolvidos dentro do próprio sistema, sem que haja necessidade de colocar em discussão as estruturas sociais básicas. Em outras palavras, cada cidadão deve estar em condições de resolver sozinho (com a ajuda do sistema) o seu problema individual, não havendo necessidade de respostas globais. Assim, esses sistemas não percebem-ou fingem não perceber - que muitos litígios individuais, na verdade, nada mais são do que concretizações atomizadas de disfunções ínsitas a certas estruturas sociais.

Desta forma, tais disfunções existentes no campo macro, tendem a se manter e a se multiplicar no campo micro. Uma justiça que vise somente a compor amigavelmente os litígios individuais corre o risco de deixar intactas e incontroversas essas estruturas. Em certas hipóteses, é necessário

o exercício da autoridade formal do juiz para evidenciar a existência de conflitos sociais latentes subjacentes ao litígio individual, trazê-los à tona, discuti-los e procurar remediá-lo à luz dos princípios e valores da justiça, individual e social (Harzheim e Facchini 2016).

Nesse sentido, citando Jean-Pierre Bonafé-Schimitt, Bolzan de Moraes (Moraes 1999, 109) refere que “a justiça deve prevalecer antes que a paz” e que “considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional a mera resolução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça”.

Atualmente, portanto, o debate doutrinário sobre as alternativas ao processo judicial concentra-se sobre o problema de como conciliar a busca de formas procedimentais que assegurem uma justiça mais rápida e mais acessível que a ordinária, com a exigência de salvaguardar as garantias da defesa (Facchini 2014).

## XI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu do presente ensaio, o movimento das *Alternative Dispute Resolution* ainda não está completamente sedimentado, embora se perceba claramente que se está avançando nessa direção.

As avaliações que se fazem quanto à sua operacionalidade e aos resultados obtidos não são unânimes. Ao lado dos seus defensores encontram-se muitos críticos.

No direito comparado, reconhece-se que a justiça informal oferece flanco a críticas, mas também é portadora de valores positivos: a preferência pela harmonia ao conflito; mecanismos que oferecem igualdade de acesso a muitos, em vez de custosos privilégios a poucos; mecanismos que funcionam de forma célere e econômica, permitindo aos jurisdicionados participar diretamente do processo de tomada de decisão, em vez de simplesmente entregar a solução do caso aos profissionais do direito; alternativas que buscam alcançar a justiça substancial, em vez de frustrá-la em nome das formas.

A questão, portanto, não deve ser encarada de forma maniqueísta. O problema é complexo e não exige soluções extremadas de adesão integral ou de franca repulsa. Talvez o mais conveniente seja identificar os setores



nos quais é indispensável a intervenção de uma magistratura profissional, pública, organizada de forma independente, que opere mediante procedimentos formalizados. A esta forma de exercício de jurisdição, que necessariamente tem um custo orçamentário mais imponente, deveria ser encarregada de resolver somente os conflitos que não podem ou não devem ser solucionados mediante controles administrativos prévios (com atuação de agências regulatórias autônomas e que efetivamente se comportem como agentes da sociedade, e não como defensoras de grupos de interesses), ou mediante procedimentos de mediação e de resolução alternativa de conflitos, por árbitros/mediadores não estatais. Esses outros agiriam como uma espécie de justiça complementar, alternativa, talvez “menor”, mas não necessariamente contraposta à justiça togada.

Afinal, um dos motivos principais que pode levar um potencial usuário do sistema de justiça a procurar sistemas mais informais reside na preferência por uma justiça mais econômica e célere. Todavia, também é verdade que, muitas vezes, o fator “justiça” é mais importante que o fator “celeridade” - e o cidadão, muitas vezes, está disposto a pagar o preço.

O fato é que a ADR não veio para substituir o processo judicial tradicional, mas sim para colocar-se como opção ao seu lado. Pode também haver uma interação, no sentido que o deslocamento momentâneo de certas causas para as técnicas de ADR acabará por diminuir o fluxo das demandas judiciais. Com uma menor carga de trabalho, os juízes tenderão a resolver mais rapidamente os processos ao seu encargo. E uma maior celeridade da justiça comum tornará novamente atraente a via judicial, chegando-se, destarte, a um novo ponto de equilíbrio (Facchini 2014).

## XII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL, Richard L. 1982. *The Politics of Informal Justice. The American Experience*. Vol. 1. New York: Academic Press.
- ABRAHAM, J. Henry. 1998. *The Judicial Process—An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*. 7<sup>th</sup> edition. New York—Oxford: Oxford University Press.
- ALPA, Piero Guido. 1986. “Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile”. *Politica del Diritto* XVII.

- ALPA, Piero Guido. 1997. “Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di diritto civile”. In *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Org. Mario Bessone. Torino: Giappichelli.
- ANDREWS H., Neil. 2012. *O moderno processo civil—formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª edição. São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. 1983. “The Judicial System of the United States, An Overview”. In *L'ordinamento giudiziario, Documentazione comparativa*, org. Nicola Piccardi e Alessandro Giuliani, vol. II. Rimini: Maggioli Ed.
- BENDER, R. 1979. “The Stuttgart Model”. In *Access to Justice*, eds. Mauro Cappelletti and John Weisner, vol. II, book 2. Milano: Giuffrè.
- BIERBRAUER, G. J. Falke and KOCH, K. F. 1978. “Conflict and its Settlement: An Interdisciplinary Study Concerning the Legal Basis, Function and Performance of the Institution of the Schiedsmann”. In *Access to Justice*, org. Mauro Cappelletti, book 1. v. II. Milano: Giuffrè.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis y SPENGLER, Fabiana Marion. 1999. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- CADIET, Loïc. 2007. “I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità”. In *L'Altra Giustizia*, org. Vincenzo Varano, Milano: Giuffrè.
- CAPPELLETTI, Mauro. 1993. “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”. *Modern Law Review* 32 (56): 280-296.
- CHASE, Oscar. 1988. “Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1 (47): 939-943.
- CHASE, Oscar. 2014. *Direito, cultura e ritual. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, Coleção Processo e Direito. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons.
- CHIARLONI, Sergio. 1994. “Nuovi modelli processuali”. In: *Il diritto dei nuovi mondi*, Visintini, org. Giovanna. Padova: Cedam.
- CHIARLONI, Sergio. 1995. “Avvocature e ordinamento giudiziario”. *Rassegna Forense* 153 (2): 246-261

- CHIARLONI, Sergio. 1996. “La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute”. *Rivista di Diritto processuale*, 3 (51): 694-702.
- CORNU, Gérard e FOYER, Jean. 1997. *Procédure civile*, 3 éd., *Revue Internationale de Droit Comparé*. Janvier-mars. 49(1): 264-265.
- DENTI, Vittorio. 1980. “I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative”. *Rivista di Diritto Processuale* 2 (1):410-423.
- DINAMARCO, Cândido R. 1987. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros.
- EDWARDS, H. T. 1986. “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?”. *Harvard Law Review*, 7 (99): 668-684.
- FACCHINI Neto, Eugênio. 2014. “Fuga da jurisdição? Refl exões sobre a busca de alternativas à jurisdição”. Em *Práticas Inovadoras na Jurisdição: A Experiência dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, ed. Núcleo de Inovação e Administração Judiciária. Porto Alegre: Tribunal di Justiça Poder Judiciário Estado do Rio Grande do Sul.
- FISS, Owen, PORTO GODINHO DA SILVA, Daniel e MEDEIROS RÓS, Melina de. 2004. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, org. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- FISS, Owen. 1984. “Against Settlement”. Faculty Scholarship Series 1215, Yale Law School Legal Scholarship Repository, [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215).
- GARNER, Bryan A.1995. *Dictionary of Modern Legal Usage*. Oxfordshire: Oxford University Press.
- GOTTWALD, P. 1997. “Civil Procedure Reform in Germany”. *American Journal of Comparative Law*. 1 (45): 753-766.
- GUILL, Terenia U. 1997. “A Framework for Understanding and Using ADR”. *Tulane Law Review* 4 (71): 317-334
- HALL, Kermit L. (ed). 2005. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2nd edition. Oxford University Press.
- HARZHEIM MACEDO, Elaine e FACCHINI NETO, Eugênio. 2016. “Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição / Escaping jurisdiction? Reflections on the search for alternatives to jurisdiction”. *Quaestio Iuris* 9(1): 5010-544

- LAZERSON, Mark H. 1982. "In the Halls of Justice, the Only Justice Is in the Halls". In *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, ed. Abel Richard L. v. 1. New York: Academic Press.
- LIMA Filho, Francisco das Chagas. 2003. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio.
- MCGOVERN, F. E. 1997. "Rethinking Cooperation Among Judges in Mass Tort Litigation". *UCLA Law Review*, Vol. 44: 1851-1870.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. 1997. "When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals". *UCLA Law Review* 6 (46): 1871-1930.
- MOROE, Christopher W. 1998. *O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed.
- NIEMIC, Robert, STIENSTRA, Donna y RAVITZ, Randall E. 2001. *Guide Do Judicial Management Of Cases In ADR*. Washington: FJC.
- PALO, Giuseppe de e GUIDI, Guido. 1999. *Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti*. Milano: Giuffrè.
- RE, Edward D. 1986. "Sovraccarico, Lentezza, e Costi del Processo in U.S.A." *Rivista di Diritto Civile XXXII* (I).
- REHNQUIST, William H. 1993. "Glass Darkly: The Future of the Federal Courts". *Wisconsin Law Review*. 1 (1993).
- RESNIK, J. 1997. "Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2 (51): 165-186.
- SCHLOSSER, Peter. 1989. "Alternative Dispute Resolution (uno stimolo alla riforma per l'Europa)?" *Rivista di Diritto Processuale*. 2 (44): 1005-1022.
- SILVA GENACÉIA, Alberton da. 2014. "III Jornada de Mediação e o marco de transformação do Judiciário". En *Jornal O Sul*, Caderno Colunistas. Porto Alegre: Pede Pampa.
- SILVESTRI, Elisabetta. 1997. "La 'court-annexed arbitration': un nuovo rimedio per un vecchio problema". In *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*. org. Mario Bessone. Torino: Giappichelli.
- SILVESTRI, Elisabetta. 1999 "Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1: 321-337.

- SMITH, David Nathan. 1978. "A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation". *Suplemento do American Journal of Comparative Law in the USA in the Bicentennial* 26: 205-216.
- VARANO, Vincenzo (org.). 2007. *L'Altra Giustizia*. Milano: Giuffrè.
- VISINTINI, Giovanna. 1994. "Il diritto dei nuovi mondi", *Rivista di Diritto processuale*. 5 (7): 695-731.

## CINCO AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ENERGÉTICA: EN CAMINO A UN MANEJO EFICIENTE DEL GAS NATURAL ASOCIADO A LA EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS\*

Gaspar FRANCO HERNÁNDEZ\*\*

Samuel Isai VELÁZQUEZ PAREDES\*\*\*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Antecedentes*. III. *Contexto actual*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencias bibliográficas*.

### I. INTRODUCCIÓN

El manejo eficiente del gas natural asociado al petróleo en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en México comenzó a regularse por la Comisión Nacional de Hidrocarburos a partir de 2009 con la entrada en vigor de las disposiciones técnicas para evitar o reducir la quema y el venteo de gas natural asociado.

Más adelante, en 2016 el panorama regulatorio cambió, ya que no se buscaba minimizar la quema y el venteo de gas natural sino aprovechar al máximo dicho hidrocarburo y es por ello que entran en vigor las disposiciones técnicas para el aprovechamiento del gas natural asociado en la exploración y extracción de hidrocarburos.

---

\* Artículo recibido el 15 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2019.

\*\* ORCID: 0003-0602-8226. Profesor de la Facultad de Ingeniería de la UNAM y estudiante de Doctorado en Economía y Regulación Energética en la Universidad Panamericana. Correo electrónico: [gasfraher2010@gmail.com](mailto:gasfraher2010@gmail.com).

\*\*\* ORCID: 0000-0002-4496-3883. Adscrito a la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Correo electrónico: [isai.vempa@outlook.com](mailto:isai.vempa@outlook.com).

Así que, a partir de ese año, pudieron apreciarse por primera vez porcentajes de aprovechamiento de gas natural asociado aquí en el país, pues los operadores petroleros, tanto asignatarios como contratistas, se encuentran obligados a involucrar dicho aprovechamiento en sus actividades; por lo que tuvieron que someter a aprobación de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) programas de aprovechamiento correspondientes a los planes de exploración y de desarrollo para la extracción de hidrocarburos, en cada una de sus áreas de asignación o áreas contractuales, según correspondiera.

Evaluando distintas alternativas para el aprovechamiento de gas y tomando en cuenta consideraciones como composición del gas natural asociado; volumen del gas asociado al petróleo que están produciendo; distancia entre el punto de extracción y los centros de proceso del gas; valor económico del gas y los montos de inversión necesarios para procesar, transportar, almacenar, desarrollar y mantener de la continuidad operativa.

Además, calcularon y reportaron la meta de aprovechamiento de gas natural asociado y su seguimiento a través de la estimación de una fórmula que contempla las formas en que se puede aprovechar el gas natural asociado (autoconsumo, bombeo neumático, conservación y transferencia), el volumen de gas natural asociado que se produce en el área de asignación o área contractual y el volumen de gas natural asociado adicional que no fue producido dentro de las áreas; por lo que ya se pueden observar los resultados de los porcentajes de aprovechamiento y además se podrá contemplar si están cumpliendo con dicha meta.

El 7 de enero de 2016, la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) emitió las Disposiciones Técnicas para el Aprovechamiento de Gas Natural Asociado en la Exploración y Extracción de Hidrocarburos, cuyos objetivos son:

- 1) Establecer los elementos técnicos y operativos que definirán la meta, con base en la cual se estructurarán los programas de aprovechamiento de gas natural asociado. Lo anterior, dentro del proceso de aprobación de los planes de exploración y de desarrollo para la extracción de hidrocarburos.
- 2) Establecer los procedimientos, requisitos y criterios para la evaluación del cumplimiento de la meta y de los programas de aprovechamiento de gas natural asociado, y

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1189-1220.

- 3) Establecer los procedimientos administrativos para la supervisión del cumplimiento de las metas y programas de aprovechamiento de gas natural asociado, dentro del desarrollo de las actividades de exploración y extracción (CNH 2009, 24).

Asimismo, las disposiciones establecen una meta de aprovechamiento de gas natural asociado para las actividades de extracción, en la que todos los operadores petroleros deben alcanzar y sostener un nivel de aprovechamiento del 98% en cada una de las áreas de asignación o áreas contractuales, en un plazo de tres años posterior al inicio de sus actividades.

En el caso específico de Petróleos Mexicanos (Pemex), se estableció un plan de trabajo para que, durante 2016, la empresa productiva del Estado presentara los programas de aprovechamiento de gas natural para cada una de sus asignaciones vigentes. A medio año que de por terminado el plazo iniciado a partir de 2016, ¿Pemex se encontraría en la condición de alcanzar dicho porcentaje?

En diciembre de 2017 la producción de Pemex a nivel nacional de gas natural fue en promedio de 4,810.9 millones de pies cúbicos diarios (mmpcd), de los cuales 3,852.5 mmpcd se derivaron del gas asociado al aceite (Pemex 2014, 1). Aprovechándose solo 3,663.2 mmpcd de gas natural asociado (CNH 2016, 2). En porcentaje, hubo un aprovechamiento del 95.1% de manera general, pero habría que observar si la empresa productiva del Estado alcanzará el 98% en cada una de sus áreas, lo cual es una tarea complicada.

A través del presente documento se planea realizar un análisis técnico y normativo del aprovechamiento de gas natural asociado en las actividades de extracción de hidrocarburos y con ello dar certeza jurídica y técnica a los operadores petroleros.

En función de lo mencionado hasta aquí, la estructura del presente artículo es la siguiente: antecedentes, contexto actual, conclusiones y bibliografía.

## II. ANTECEDENTES

Antes de que entrara en vigor la reforma constitucional, diciembre de 2013, la regulación del sector energético estaba en manos de la Secretaría



de Energía (Sener) a través de sus órganos desconcentrados, la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la CNH.

Entre las atribuciones de la CNH, plasmadas en la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, estaba aportar los elementos técnicos a la política de hidrocarburos, establecer disposiciones técnicas, expedir y evaluar normas oficiales, de igual forma supervisar, verificar y certificar el cumplimiento de disposiciones, entre otras cosas; por tal motivo, en 2009, la CNH emitió las “disposiciones técnicas para evitar o reducir la quema y el venteo de gas en los trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos”.

Dichas disposiciones técnicas regulaban algunos aspectos operativos del proceso de extracción de gas y su objetivo era que Pemex y sus organismos subsidiarios realizaran la planificación sobre la forma en la que debían conservar el valor económico del gas presente en los yacimientos objeto de trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto que es patrimonio de la nación; buscando siempre la maximización de su valor económico una vez que sea producido, y atendiendo a los principios y bases siguientes:

I. La Comisión dará prioridad a las inversiones para evitar o reducir al mínimo la quema y el venteo de gas. De la misma manera, la Comisión considera como prioritarias las inversiones en materia de seguridad industrial, a efecto de disminuir los riesgos que las actividades de la industria petrolera puedan causar al medio ambiente y a la salud de los trabajadores;

II. Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios deberán sujetarse al marco normativo y procedimental establecido en las presentes disposiciones técnicas, a fin de evitar, salvo causa grave, o reducir al mínimo la quema o el venteo de gas que pudiera resultar prudente realizar, como consecuencia de sus actividades de exploración y explotación de hidrocarburos;

III. Las presentes disposiciones establecen las metodologías que Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios deberán seguir en el diseño de los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos, conforme lo establecido en el capítulo II de las presentes disposiciones técnicas, en lo relativo a la evaluación de las alternativas para evitar extraer, aprovechar, conservar o transferir el gas natural que se debe obtener de un yacimiento, y a través de dichas medidas, evitar su destrucción;

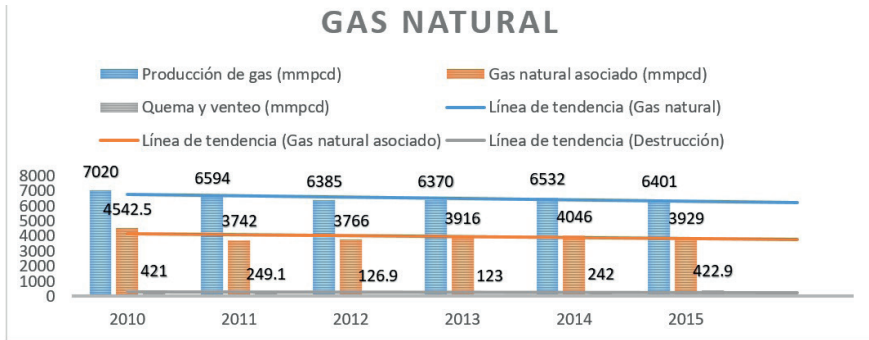
IV. Se establecen las bases para el diseño y ejecución de un programa de inversión, construcción, operación y mantenimiento de instalaciones, cuyo propósito sea reducir al mínimo los volúmenes de gas que pudiesen resultar

prudente destruir, y que en tal programa Petróleos Mexicanos se compromete a cumplir con lo establecido en los capítulos II a V de las presentes disposiciones técnicas.

V. Se establecen los procedimientos que Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios deberán seguir para presentar a la Comisión un programa de cumplimiento obligatorio que incluya los objetivos, medidas, inversiones, cronogramas y otras informaciones o compromisos que resulten necesarios para reducir la quema o el venteo de gas al menor volumen y nivel técnica y económicamente viable de alcanzar. Lo anterior, como consecuencia de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos de proyectos actualmente en explotación y en términos de lo establecido en el capítulo IX de las presentes disposiciones.

VI. Se establecen las bases para realizar la verificación del cumplimiento del programa referido en las fracciones tercera, cuarta y quinta de este artículo, así como los procedimientos y avances en los programas de inversión para garantizar el cumplimiento de los objetivos planteados en materia de reducción de quema y venteo de gas, en el marco del desarrollo de los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos. Lo anterior, conforme lo establecido en los capítulos VI, VII y VIII de las presentes disposiciones (CNH 2016, 1-2).

Con dichas disposiciones, el volumen de quema y venteo de gas a nivel nacional estaba sujeto al cálculo de un límite máximo, que era calculado por Pemex anualmente. Para esto tenía que realizar una planeación integral de todos los campos, yacimientos y pozos, en las actividades de extracción o en proceso de abandono, donde se estuviera realizando la quema y el venteo de gas natural. Lo que llevó a que las disposiciones viabilizaran a Pemex el logro de la reducción del porcentaje de quema y venteo de gas de 2010 a 2013, pero a partir de 2014 ese porcentaje aumentó significativamente debido al incremento de la producción de varios de los activos, accidentes e incidentes, entre otras cosas. Como se muestra en el siguiente gráfico:



FUENTE: Petróleos Mexicanos (2014), Base de Datos Institucional, Producción de gas natural por región y activo. Comisión Nacional de Hidrocarburos. (2010-2016). Información Estadística, Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado.

Como se menciona anteriormente, a partir de la publicación de las disposiciones en 2009, Pemex se comprometió a reducir los índices de quema y venteo de gas, por ello, en 2010 comenzó a invertir en sus activos de producción.

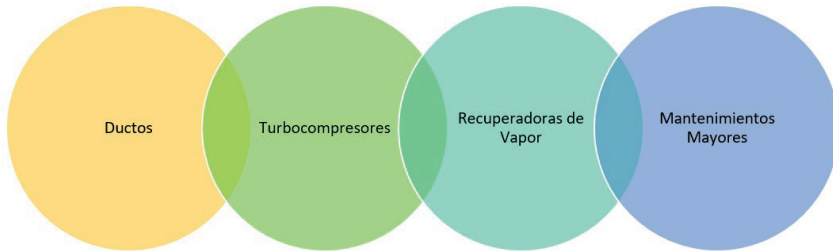
Los primeros activos en invertir en la región marina noreste fueron Cantarell y Ku-Maloob-Zaap; en la región norte, Aceite Terciario del Golfo y Poza Rica-Altamira y en la región Sur, Bellota-Jujo, Cinco Presidentes y Samaria Luna (Pemex 4to informe, enero-diciembre de 2010, 3).<sup>1</sup> Sucesivamente, los demás activos se fueron sumando a la inversión y en tres años lograron reducir la quema y el venteo de gas natural asociado en un 70% a nivel nacional (como se muestra en el gráfico anterior).

En los años posteriores, aunque la inversión en los activos de producción continuó, los índices de quema y venteo comenzaron a aumentar nuevamente hasta alcanzar en 2015 un volumen de quema de 422.9 mmpcd, cifra mayor a la de 2010 (CNH 2016, 1-2). El total de la inversión de los activos de producción para reducir la quema y el venteo de gas de 2010 hasta 2015 fue de aproximadamente 49 mil millones de pesos (4to informe 2010-2015, 3).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Activos integrales de Producción: Cantarell, Ku Maloob, Zaap, Abkatún, Bellota-Jujo, Samaria Luna, Cinco Presidentes, Aceite Terciario del Golfo, Poza Rica-Altamira.

<sup>2</sup> Activos integrales de Producción: Cantarell, Ku Maloob, Zaap, Abkatún, Litoral de Tabasco, Abkatun Pol Chuc, Macuspana-Muspac, Bellota-Jujo, Samaria Luna, Cinco Presidentes, Aceite Terciario del Golfo, Poza Rica-Altamira y Veracruz.

Entre las principales acciones en las que se invirtieron se encuentran:



FUENTE: Petróleos Mexicanos (2010-2015), Informes trimestrales de proyectos en ejecución para evitar o reducir la quema y el venteo de gas.

### III. CONTEXTO ACTUAL

Hoy se vive un periodo de transición del sector energético en México, debido a la entrada de la reforma constitucional en materia energética, que dio inicio el 20 de diciembre de 2013, con la que se busca, entre otras cosas, modernizar el sector energético y maximizar el aprovechamiento de hidrocarburos.

Con la reforma energética la reducción de quema y venteo de gas natural asociado pasa a manos de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA), quien se encargará de supervisar el cumplimiento de los estándares, condiciones, normas de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente por parte de los operadores petroleros en relación con la quema y venteo de gas natural.

La CNH, como parte de sus atribuciones de regular y supervisar técnicamente, emitió los lineamientos que comprenden la materia de “aprovechamiento de gas natural asociado”, con la que se debe asegurar del cumplimiento técnico por parte de asignatarios, contratistas y autorizados.

Para este tema, la CNH emitió las “Disposiciones Técnicas para el aprovechamiento de gas natural asociado, en la exploración y extracción de hidrocarburos”, que entraron en vigor a partir de 2016, con las que se busca cumplir los siguientes objetivos:

I. Establecer los elementos técnicos y operativos que definirán la Meta, con base en la cual, se estructurarán los programas de aprovechamiento de Gas Natural Asociado. Lo anterior, dentro del proceso de aprobación de los Planes de Exploración y de Desarrollo para la Extracción de Hidrocarburos;

II. Establecer los procedimientos, requisitos y criterios para la evaluación del cumplimiento de la Meta y de los Programas de Aprovechamiento de Gas Natural Asociado, y

III. Establecer los procedimientos administrativos para la supervisión del cumplimiento de las Metas y Programas de Aprovechamiento de Gas Natural Asociado, dentro del desarrollo de las actividades de exploración y extracción (CNH 2016, 1-2).

Las disposiciones precisan cómo los operadores petroleros deben planificar y realizar acciones e inversiones para contar con la capacidad técnica y operativa para obtener el máximo aprovechamiento de gas natural asociado.

Para ello, tienen que atender lo siguiente:

I. Desde la elaboración y proyección de los Planes de Exploración y de Planes de Desarrollo para la Extracción de Hidrocarburos, los operadores petroleros deberán realizar una planeación que permita proyectar la capacidad instalada que se requerirá a lo largo del ciclo de vida de los yacimientos, para el Manejo del Gas Natural Asociado. Con base en dicha capacidad de Manejo del Gas Natural Asociado, el operador petrolero determinará la meta y las acciones e inversiones a desarrollar, para mantener una política de mejora continua en la optimización del Aprovechamiento y disminución de los volúmenes de Gas Natural No Aprovechado;

II. Con base en la Meta establecida, los Operadores Petroleros deberán presentar a la Comisión sus proyectos de Programas de Aprovechamiento de Gas Natural Asociado a los que hace referencia en el artículo 10 de las disposiciones técnicas. Dichos proyectos deberán estar alineados a los Planes de Exploración y a los Planes de Desarrollo para la Extracción de Hidrocarburos, en lo relativo a la evaluación de las alternativas para llevar a cabo el Aprovechamiento, Conservación o Transferencia del Gas Natural Asociado;

III. Realizar las inversiones que sean necesarias en el tiempo para incrementar o mantener el Aprovechamiento del Gas Natural Asociado a lo largo del ciclo de vida del yacimiento, así como para evitar o reducir la Destrucción de este Hidrocarburo. Lo anterior, conforme al Programa de Aprovechamiento aprobado por la Comisión en los Planes correspondientes y definida con base en la propuesta realizada por el Operador Petrolero;

IV. Promover los esfuerzos para desarrollar proyectos que incrementen el Aprovechamiento de Gas Natural Asociado, hasta alcanzar y mantener los niveles de las Mejores Prácticas durante las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos. Lo anterior, de conformidad con las disposiciones técnicas.

V. Privilegiar la Incineración sobre la Quema y sólo por cuestiones de seguridad, se permitirá el Venteo. Lo anterior, conforme a las disposiciones establecidas por la Agencia (CNH 2016, 4).

Ahora bien, específicamente para el caso de las actividades de extracción se define una “meta” conforme a ciertas bases y criterios, en dicha “meta” se tiene que alcanzar y mantener un nivel de aprovechamiento del 98% anual para yacimientos convencionales, dentro de los tres años posteriores al inicio de las actividades.

Como se sabe, la mayoría de los campos que se le asignaron a Pemex, en ronda cero, son convencionales, maduros y muchos de ellos se encuentran en la etapa de extracción, para esta sección en particular la CNH propone alternativas de aprovechamiento para los operadores petroleros, dentro de las que se encuentran: autoconsumo, sistemas artificiales de producción, conservación y transferencia.

### 1. *Autoconsumo*

La utilización del gas natural que se está extrayendo en las áreas asignadas o contractuales, utilizándolo como combustible para los distintos tipos de maquinaria que se encuentra operando dentro de las instalaciones, como: turbinas, compresores, motores; de igual forma utilizándolo en dispositivos neumáticos para medir y controlar parámetros como la temperatura, presión y los niveles de líquidos; también utilizándolo en la generación o cogeneración de energía eléctrica, suministrando energía a equipos, instalaciones, entre otros usos.

### 2. *Bombeo neumático*

Es un sistema artificial de producción que proporciona energía adicional a los pozos, inyectando gas a altas presiones, para poder vencer la contrapresión ejercida por la columna de fluidos sobre la formación, y así poder restablecer o incrementar la producción de hidrocarburos.

### 3. *Conservación*

Consta de mantener el gas en su yacimiento de origen, en otros yacimientos o almacenes para aprovecharlo o usarlo de manera posterior en alguna otra alternativa o para la venta del mismo.

### 4. *Transferencia*

Trasladar el gas producido de un área de asignación o contractual en donde no se tenga la capacidad de manejo suficiente, a otra en donde la capacidad de manejo sea mayor a través de una transacción comercial.

No obstante, para alcanzar el mayor potencial de aprovechamiento de gas natural asociado, se requiere que, desde la etapa exploratoria y dentro del diseño de los planes de desarrollo, se contemple la capacidad de manejo a lo largo del ciclo de vida del yacimiento.

Buscando reducir gastos, mejorando la producción y extendiendo la vida productiva del área de asignación o área contractual, para mejorar su rentabilidad y maximizar su recuperación. “El manejo eficiente del gas puede marcar la diferencia entre retener un área o abandonarla”.

Ahora bien, la meta de aprovechamiento de gas se realiza con base en la siguiente fórmula:

$$MAG_t = \left[ \frac{A + B + C + T}{G_p + G_A} \right] * 100$$

En donde:

MAG = Meta de Aprovechamiento Anual

t = Año de cálculo

A = Autoconsumo (volumen/año)

B = Uso en bombeo neumático (volumen/año)

C = Conservación (volumen/año)

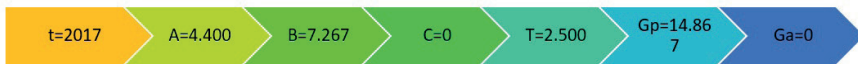
T = Transferencia (volumen/año)

$G_p$  = Gas natural asociado producido (volumen/año)

$G_A$  = Gas natural asociado adicional no producido en el área de asignación o contractual (volumen/año)

Con base en la fórmula anterior y al realizar un análisis de la información que se presenta en los Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado, entregados por Pemex a CNH, se llegó a la conclusión de que, a la fecha de este trabajo, existen tres escenarios o situaciones principales en las actividades de extracción que se presentan en la actualidad, a continuación, se muestran:

Asignación o contrato en donde no hubo gas natural asociado adicional no producido en el área de asignación o contractual. El cálculo fue realizado de la siguiente manera:



Aprovechamiento

$$= \left[ \frac{\text{Autoconsumo} + \text{Bombeo Neumático} + \text{Conservación} + \text{Transferencia}}{\text{Gas Producido} + \text{Bombeo Neumático}} \right] * 100 =$$

$$\text{Aprovechamiento} = \left[ \frac{4.400 + 7.267 + 0.000 + 2.500}{14.867 + 0.000} \right] * 100 = \left[ \frac{14.167}{14.867} \right] * 100$$

**Aprovechamiento = 95.29 %**

Asignación o contrato en donde hubo gas natural asociado adicional no producido en el área de asignación o contractual y existe recirculación. El cálculo fue realizado de la siguiente manera:



Aprovechamiento

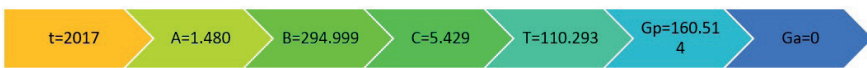
$$= \left[ \frac{\text{Autoconsumo} + \text{Bombeo Neumático} + \text{Conservación} + \text{Transferencia}}{\text{Gas Producido} + \text{Bombeo Neumático}} \right] * 100 =$$



$$\text{Aprovechamiento} = \left[ \frac{176.500 + 2.800 + 397.500 + 99.600}{541.800 + 200.200} \right] * 100 = \left[ \frac{676.400}{742.000} \right] * 100$$

$$\text{Aprovechamiento} = 91.16 \%$$

Asignación o contrato en donde no hubo gas natural asociado adicional no producido en el área de asignación o contractual y existe recirculación. El cálculo fue realizado de la siguiente manera:



$$\text{Aprovechamiento} = \left[ \frac{\text{Autoconsumo} + \text{Bombeo Neumático} + \text{Conservación} + \text{Transferencia}}{\text{Gas Producido} + \text{Bombeo Neumático}} \right] * 100 =$$

$$\text{Aprovechamiento} = \left[ \frac{1.480 + 294.999 + 5.429 + 110.293}{160.514 + 294.999} \right] * 100 = \left[ \frac{412.201}{455.513} \right] * 100$$

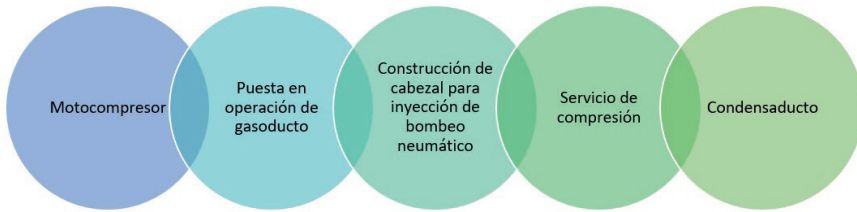
$$\text{Aprovechamiento} = 90.49 \%$$

Cabe señalar que se pueden presentar otros tipos de escenarios o situaciones durante las actividades de extracción y que dependerán de la actividad petrolera realizada en el momento.

Como resultado de aplicar las disposiciones técnicas a partir de 2016, por primera vez en México se pudieron observar porcentajes de aprovechamiento de gas natural asociado, dejando atrás los volúmenes de quemado y venteo de gas.

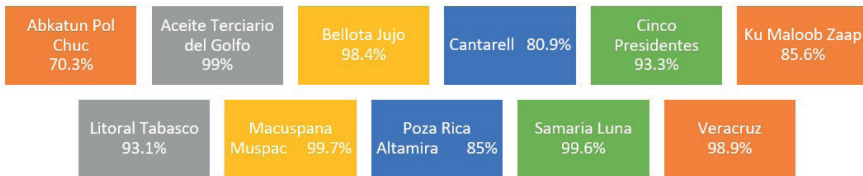
Y los primeros activos en poner manos a la obra en acciones e inversiones para el aprovechamiento de gas natural asociado fueron ATG y Cinco Presidentes (Pemex 2016, 1er informe, página 3).

Las acciones e inversiones que realizaron principalmente los activos de producción en 2016 fueron las siguientes:



FUENTE: Petróleos Mexicanos (2016), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

A continuación, se muestra el promedio de porcentajes de aprovechamiento de gas, por activo en 2016:



FUENTE: Petróleos Mexicanos (2016), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

El total de la inversión de los activos de producción para aprovechar el gas natural asociado a las actividades de exploración y extracción en 2016 fue de aproximadamente 659 millones de pesos (Pemex, informes enero-diciembre 2016,4).<sup>3</sup>

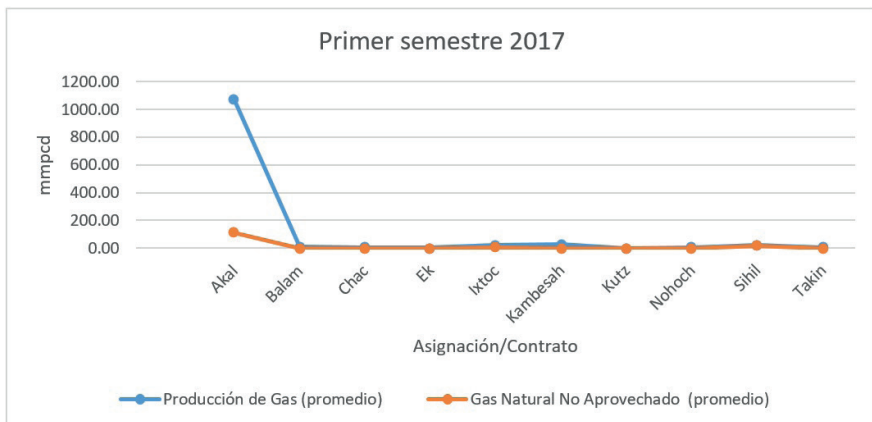
El volumen de gas natural no aprovechado en las actividades de exploración y extracción a nivel nacional en 2016 fue en promedio de 503.8 mmpcd, cifra superior a cualquiera de los años anteriores desde que se empezó a regular la quema y el venteo en 2009 (CNH 2010, 2). Pero, si lo miramos con mayor detenimiento, es lógico encontrarnos con ese volumen de gas no aprovechado, debido a que desde 2015 se venían mostrando cifras similares.

<sup>3</sup> Activos integrales de Producción: Cantarell, Ku Maloob Zaap, Cinco Presidentes, Abkatun Pol Chuc, Litoral Tabasco, Samaria Luna, Macuspana-Muspac, Bellota-Jujo, Poza Rica-Altamira, Veracruz y Aceite Terciario del Golfo.

Ahora bien, es importante señalar que recientemente los activos integrales de producción cambiaron de nombre, quedando de la siguiente manera: Bloque AS01-01 (Cantarell), Bloque AS01-02 (Ku Maloob Zaap), Bloque AS02-03 (Abkatun Pol Chuc), Bloque AS02-04, (Litoral Tabasco), Bloque N02 (Aceite Terciario del Golfo y Poza Rica Altamira), Bloque N03 (Veracruz), Bloque S01 (Macuspana Muspac), Bloque S02 (Samaría Luna), Bloque S03 (Bellota Jujo) y Bloque S04 (Cinco Presidentes).

A continuación, se presentan gráficos de cada uno de los bloques en donde se muestra la producción promedio y el volumen de gas no aprovechado del primer semestre de 2017.

### BLOQUE AS01-01



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado

Se puede observar en el primer semestre de 2017 que, dentro del bloque AS01-01 (Cantarell), la producción de gas se dio principalmente en el campo Akal, con una producción que rondaba en promedio los 1100 mmpcd, mientras que en las demás asignaciones y contratos las producciones se mantuvieron en promedio por debajo de los 30 mmpcd.

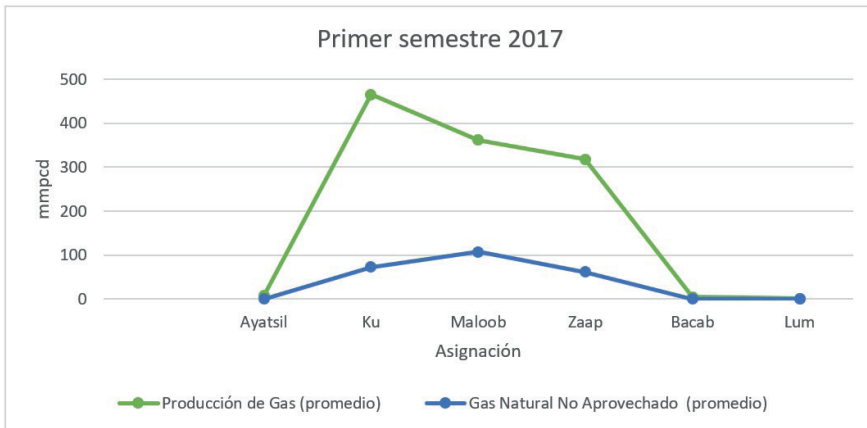
El mayor volumen de gas natural no aprovechado se concentró dentro del campo Akal con un volumen promedio de 110 mmpcd, y en el resto de las áreas por debajo de los 20 mmpcd. Por lo que los porcentajes de

aprovechamiento variaron entre el 83 y 97 por ciento, como se muestra en la siguiente tabla:

<i>Asignación/ Contrato</i>	<i>% promedio de aprovechamiento 1er semestre 2017</i>
Akal	92.61
Balam	93.88
Chac	83.77
Ek	93.44
Ixtoc	97.43
Kambesah	97.91
Kutz	97.32
Nohoch	97.90
Sihil	91.34
Takin	84.23

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

### BLOQUE AS01-02



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

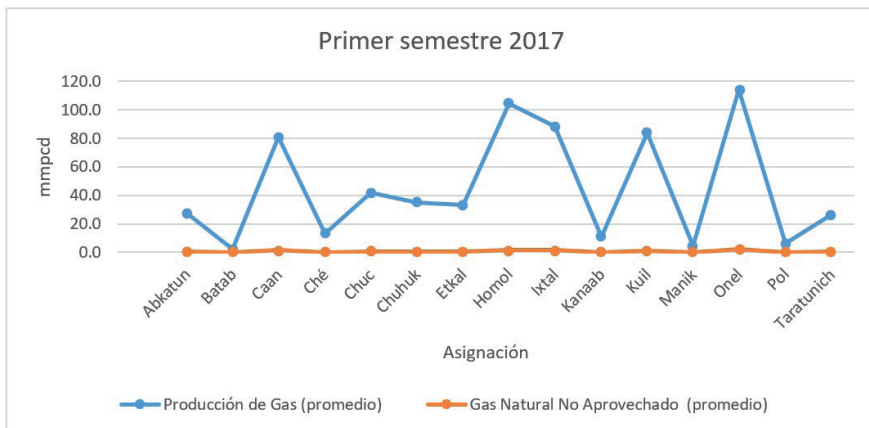
Para el bloque AS01-02 (Ku Maloob Zaap), se puede observar que, las asignaciones con mayor volumen de producción de gas natural como Ku con un promedio de producción de gas que ronda los 465 mmpcd, Maloob con un promedio de 362 mmpcd y Zaap con un aproximado de 319 mmpcd son los que manejan un menor porcentaje de aprovechamiento, pues sus volúmenes de gas natural no aprovechado se encuentran entre los 60 y 110 mmpcd.

Arrojando porcentajes de aprovechamiento de gas como los que se muestran en la siguiente tabla:

Asignación	% promedio de aprovechamiento 1er semestre 2017
Ayatsil	100.00
Ku	88.11
Maloob	90.67
Zaap	93.14
Bacab	100.00
Lum	100.00

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

### BLOQUE AS02-03



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

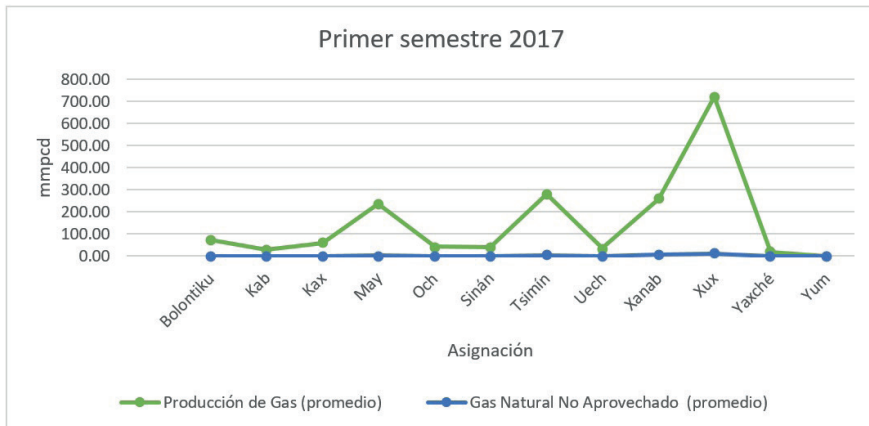
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1189-1220.

Se contempla que, en el bloque AS02-03 (Abkatun Pol Chuc), los volúmenes de producción son muy variables, pues van desde un promedio de 2 hasta los 114 mmpcd entre sus asignaciones, pero de manera sorprendente no ocurre lo mismo en sus volúmenes de gas natural no aprovechado, ya que casi no varían y los cuales son bajos, por lo que se puede observar que todos cumplen con la meta del 98% de aprovechamiento de gas natural asociado, como se muestra en la siguiente tabla.

<i>Asignación</i>	<i>% promedio de aprovechamiento 1er semestre 2017</i>
Abkatun	98.41
Batab	99.53
Caan	98.12
Ché	98.40
Chuc	99.17
Chuhuk	98.38
Etkal	98.40
Homol	98.41
Ixtal	98.14
Kanaab	98.99
Kuil	98.44
Manik	99.16
Onel	98.12
Pol	98.32
Taratunich	98.50

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

BLOQUE AS02-04



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

En el gráfico anterior se muestra el bloque AS02-04 (Litoral de Tabasco), donde se puede observar, que los volúmenes de gas no aprovechado en la mayoría de las áreas son mínimos comparados con los volúmenes de producción, los cuales van variando entre sí.

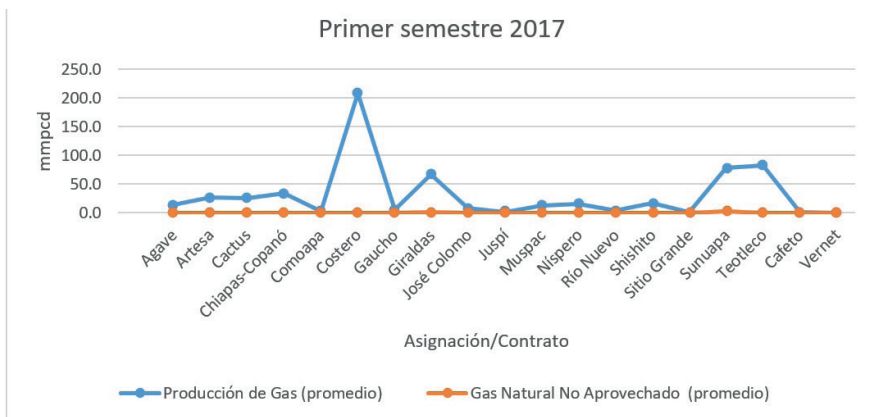
Encontrando desde el campo Yum con el volumen de producción más bajo del bloque de 1.67 mmpcd y con un volumen de gas no aprovechado de 0.17 mmpcd, hasta el campo Xux con el volumen de producción más alto de 720 mmpcd y un volumen de gas no aprovechado de 11 mmpcd, dando como resultado los porcentajes mostrados en la tabla siguiente:

Asignación	% promedio de aprovechamiento 1er semestre 2017
Bolontiku	98.85
Kab	98.75
Kax	98.89
May	98.91
Och	98.83
Sinán	98.69

Tsimín	98.42
Uech	98.67
Xanab	96.52
Xux	98.44
Yaxché	96.80
Yum	89.98

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

### BLOQUE S01



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

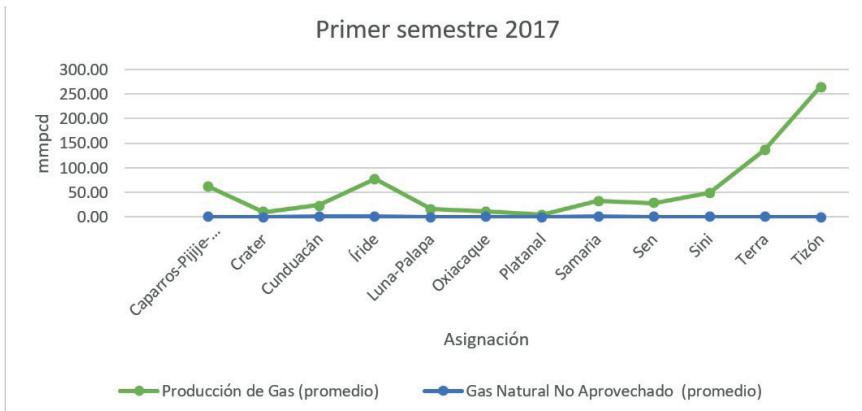
En el bloque S01 (Macuspana Muspac), se puede observar que la producción de gas se da fundamentalmente en cuatro áreas que son: Costero, Giraldas, Sunuapa y Teotleco, quienes manejan volúmenes bajos de gas natural no aprovechado comparados con sus volúmenes de producción, es un bloque con porcentajes muy positivos de aprovechamiento de gas, pues solo tres de las 17 asignaciones y contratos aún no habían alcanzado la meta del 98%, como se muestra en la siguiente tabla:



<i>Asignación/ contrato</i>	<i>% promedio de aprovechamiento 1er semestre 2017</i>
Agave	97.38
Artesa	98.90
Chiapas Copanó	99.60
Costero	100.00
Gaucho	99.82
Giraldas	98.05
José Colomo	98.70
Juspí	100.00
Muspac	97.07
Nispero	99.74
Río Nuevo	100.00
Shishito	99.91
Sitio Grande	99.20
Sunuapa	96.39
Teotleco	99.66
Cafeto	100.00
Vernet	100.00

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

### BLOQUE S02



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

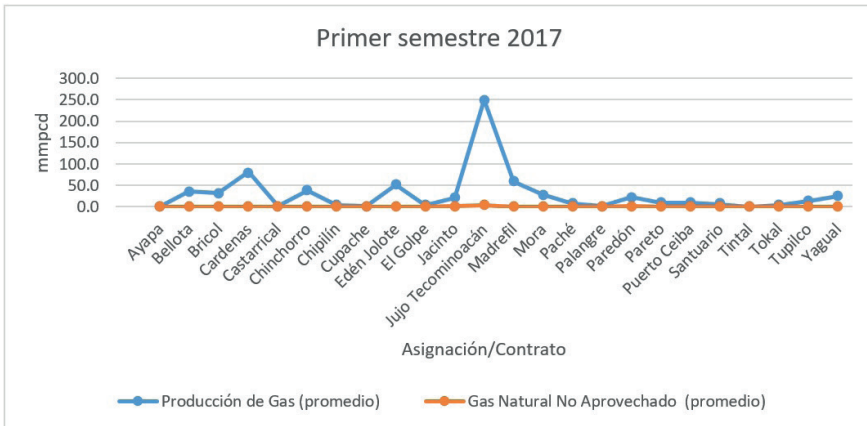
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1189-1220.

En el gráfico se muestra el bloque S02 (Samaria Luna) y se observa que maneja volúmenes importantes de producción, en donde el área con el mayor volumen promedio de producción es la de Tizón, la que le sigue es Terra y de ahí continúa con Íride y así sucesivamente hasta llegar al campo Platanal, también se pueden observar volúmenes bajos de gas natural no aprovechado, lo que contribuye a generar porcentajes altos de aprovechamiento, como se muestra en la siguiente tabla:

<i>Asignación</i>	<i>% promedio de aprovechamiento 1er semestre 2017</i>
Caparros Pijije Escuintle	99.84
Cráter	100.00
Cunduacán	98.21
Íride	98.97
Luna Palapa	100.00
Oxiacaque	99.88
Platanal	100.00
Samaria	99.41
Sen	99.99
Sini	99.86
Terra	99.99
Tizón	100.00

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

BLOQUE S03



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

En el gráfico anterior se pueden apreciar las asignaciones y contratos del bloque S03 (Bellota Jujo), en donde el volumen de gas natural no aprovechado más alto que presenta el bloque es el del campo Jujo-Tecminoacán con 3.8 mmpcd y ese mismo campo es el produce el mayor volumen de gas.

Los volúmenes de gas natural no aprovechado son bajos en todo el bloque, pero sí impactan en los porcentajes de aprovechamiento debido a que los volúmenes de producción también son bajos.

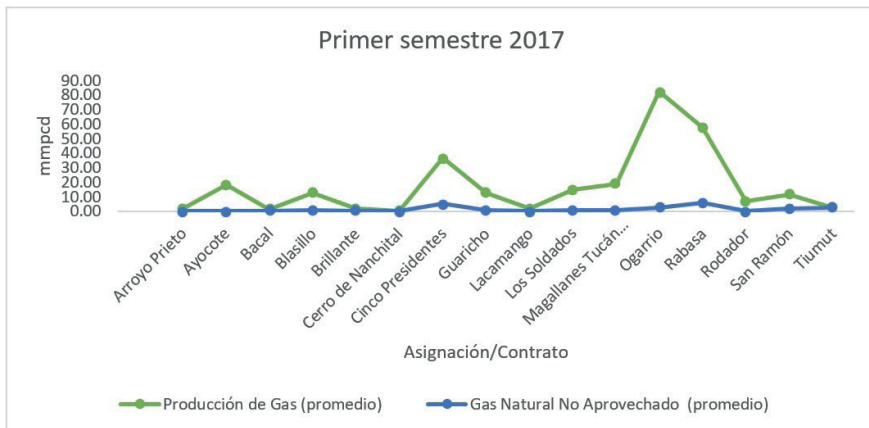
Asignación/ Contrato	% promedio 1er semestre 2017
Ayapa	60.99
Bellota	99.79
Bricol	99.87
Cardenas	99.85
Castarrical	100.00
Chinchorro	99.81
Chipilín	99.88
Cupache	100.00
Edén Jolote	99.58

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
 Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.  
 Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1189-1220.

El Golpe	96.44
Jacinto	92.90
Jujo Tecominoacán	98.47
Madrefil	99.40
Mora	99.97
Paché	99.69
Palangre	99.84
Paredón	96.23
Pareto	99.96
Puerto Ceiba	100.00
Santuario	95.20
Tintal	10.58
Tokal	100.00
Tupilco	98.86
Yagual	99.74

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

### BLOQUE S04



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

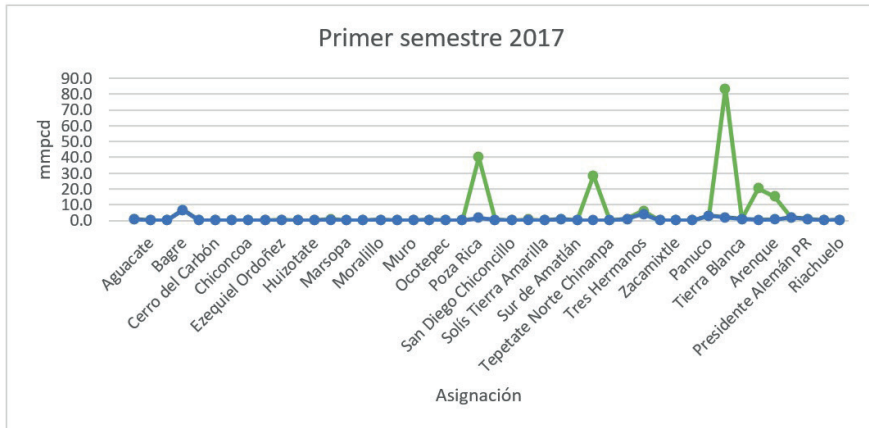
Se puede apreciar en este gráfico el bloque S04 (Cinco Presidentes), en donde la mayoría de las asignaciones y contratos presenta volúmenes de gas natural no aprovechado considerables comparados con los volúmenes de producción, por lo que, al calcular los porcentajes de aprovechamiento los afecta por el bajo manejo de gas natural que existe en dicho bloque.

La mayor producción de gas se dio fundamentalmente en las áreas de Ogarrio, Rabasa y Cinco Presidentes y el mayor volumen de gas no aprovechado se dio en las mismas áreas.

<i>Asignación/contrato</i>	<i>% promedio 1er semestre 2017</i>
Arroyo Prieto	100.00
Ayocote	100.00
Bacal	90.82
Blasillo	92.93
Brillante	94.83
Cerro de Nanchital	100.00
Cinco Presidentes	86.42
Guaricho	93.03
Lacamango	100.00
Los Soldados	95.15
Magallanes Tucán Pajonal	95.67
Ogarrio	96.94
Rabasa	89.93
Rodador	100.00
San Ramón	86.09
Tiumut	0.00

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

BLOQUE N02



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

Estos dos gráficos anteriormente representaban a los activos integrales de producción Aceite Terciario del Golfo y Poza Rica-Altamira, con la restructuración pasan a ser el bloque N02. El activo ATG maneja volúmenes bajos de producción, por lo que al existir volúmenes de gas natural no aprovechado inmediatamente se ve reflejado. Por lo que el cálculo de sus porcentajes se ven afectados.

El activo Poza Rica-Altamira es de los que más problemas de aprovechamiento tienen, debido a que es un activo que tiene asignaciones maduras, con volúmenes de producción de gas bajas y volúmenes de gas no aprovechado altos, por lo que sus porcentajes de aprovechamiento son muy bajos.

Asignación	% promedio 1er semestre 2017
Agua Fría	99.81
Humapa	95.60
Pitepec	67.25
Soledad	92.38

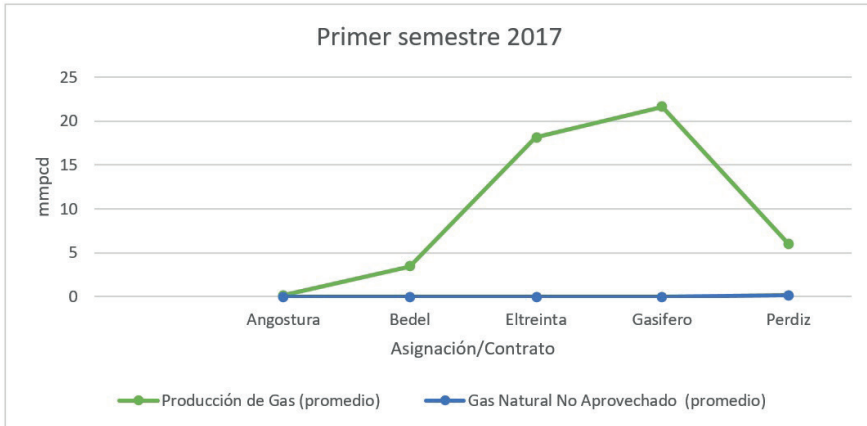
Miahuapan	75.83
Miquetla	87.20
Coapechaca	99.72
Coralillo	96.47
Coyula	99.65
Escobal	99.65
Gallo	100.00
Palo Blanco	100.00
Tajín	99.63
Agua Nacida	99.29
Coyotes	98.87
Coyol	99.03
Furbero	97.40
Presidente Alemán	99.35
Remolino	99.26
Acuatempa	0.00
Aguacate	0.00
Álamo San Isidro	0.00
Bagre	0.00
Carpa	0.00
Cerro del Carbón	95.24
Chichimantla	0.00
Chiconcoa	0.00
Copal	0.00
Ezequiel Ordoñez	70.99
Horcón	0.00
Huizotate	0.00
Jiliapa	71.77
Marsopa	0.00
Mesa Cerrada	0.00
Moralillo	0.00
Mozutla	0.00
Muro	0.00
Nuevo Progreso	12.93

Ocotepc	0.00
Papantla	0.00
Poza Rica	95.36
Rancho Nuevo	0.00
San Diego Chiconcillo	0.00
Santa Águeda	68.58
Solís Tierra Amarilla	0.00
Sur Chinanpa Norte de Amatlán	0.00
Sur de Amatlán	0.00
Tamaulipas Constituciones	99.39
Tepetate Norte Chinanpa	0.00
Toteco Cerro Azul	0.00
Tres Hermanos	34.95
Xocotla	0.00
Zacamixtle	0.00
Altamira	0.00
Panuco	0.00
San Andrés	97.57
Tierra Blanca	0.00
Hallazgo	97.89
Arenque	94.41
Ébano Chapacao	0.00
Presidente Alemán PR	12.09
Remolino	0.00
Riachuelo	0.00

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de Aprovechamiento de gas natural asociado.



BLOQUE N03



FUENTE: Petróleos Mexicanos (enero-junio de 2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

Se puede observar que los volúmenes de producción de gas son bajos y que los volúmenes de gas natural no aprovechado están en cero, excepto en un área, pero no afecta para el cálculo del porcentaje.

En este último gráfico se puede apreciar que, con base en las disposiciones técnicas de aprovechamiento de gas el bloque N03 cumple con la meta de aprovechamiento de gas natural asociado, promediando entre todas sus asignaciones y contratos un porcentaje de 99.31%. A excepción de una asignación todas aprovechan el cien por ciento del gas natural asociado que producen.

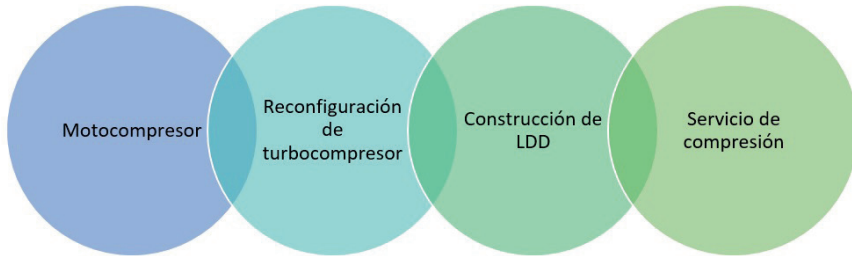
Asignación/ Contrato	% promedio 1er semestre 2017
Angostura	100.00
Bedel	100.00
Eltreinta	100.00
Gasífero	100.00
Perdiz	96.53

FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1189-1220.

El volumen de gas natural no aprovechado en las actividades de exploración y extracción a nivel nacional anual fue en promedio de 210.4 mmpcd en el año 2017.

Las acciones e inversiones que realizaron principalmente los activos de producción en 2017 fueron las siguientes:



FUENTE: Petróleos Mexicanos (2017), Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado.

El total de la inversión de los bloques para aprovechar el gas natural asociado a las actividades de exploración y extracción en el primer semestre de 2017 fue de aproximadamente 133.5 millones de pesos (Pemex 2017, 4).<sup>4</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

A través del presente artículo se ha venido revisando cronológicamente la regulación del aprovechamiento de gas natural asociado, desde la publicación de las disposiciones de quema y venteo, hasta la transición de la reforma energética en el país, y con ella la derogación de las disposiciones de quema y venteo y la entrada en vigor de las disposiciones técnicas de aprovechamiento. Pudiendo observar muy buenos resultados en la disminución del gas que no se aprovecha, presentando formas más eficientes en el manejo del gas natural y trayendo mayores beneficios al país.

<sup>4</sup> Activos integrales de Producción: Cantarell, Ku Maloob Zaap, Cinco Presidentes, Abkatun Pol Chuc, Litoral Tabasco, Samaria Luna, Macuspana-Muspac, Bellota-Jujo, Poza Rica-Altamira, Veracruz y Aceite Terciario del Golfo.

Las disposiciones técnicas para el aprovechamiento buscan que los operadores petroleros tengan un manejo eficiente del gas natural, para así poder reducir los volúmenes de gas natural asociado no aprovechado, en donde antes de inicien sus operaciones e incluso ya iniciadas cuenten con la capacidad para manejar el gas natural asociado al petróleo, al igual que el gas que no se encuentra asociado a él.

Por lo que, al revisar los volúmenes de gas no aprovechado que Petróleos Mexicanos reporta a la Comisión, en 2016 se tiene registrado un volumen promedio anual de 503.8 mmpcd, mientras que, en 2017, se registró un volumen promedio anual de 210.4 mmpcd.

Esto sin duda alguna representa una gran disminución del volumen de gas natural que no se aprovecha en las actividades de exploración y de desarrollo, el cual es un logro importante para nuestro país.

Pero, aunque el volumen de gas no aprovechado haya disminuido, es necesario señalar cómo se han venido manejando los porcentajes de aprovechamiento dentro de las áreas de asignación y contractuales de Petróleos Mexicanos y si es que han alcanzado y sostenido la meta de aprovechamiento del 98%.

Analizando los porcentajes que resultaron del primer semestre de 2017 podemos observar que fueron muy variables, pues, aun cuando en el primer trimestre algunas asignaciones y contratos alcanzaron la meta, para el segundo trimestre no pudieron sostenerla y viceversa pues algunas áreas que no habían alcanzado la meta en el primer trimestre de ese año, para el segundo trimestre pudieron alcanzarla.

También hubo áreas en donde desde el primer trimestre alcanzaron la meta y pudieron sostenerla para el siguiente trimestre y asignaciones y contratos en donde en ninguno de los dos trimestres pudieron alcanzarla.

A medio año de que dé por terminado el plazo señalado en las disposiciones técnicas de aprovechamiento de gas para alcanzar y sostener la meta, Petróleos Mexicanos tiene una gran área de oportunidad, pero le es posible alcanzar la meta de aprovechamiento en casi todas sus áreas de asignación y contractuales; no en la totalidad de sus áreas pues existen varias que se encuentran en el declive de su producción, debido a que son campos maduros en donde seguramente Petróleos Mexicanos optará por no invertir más en ellos y posiblemente abandonar dichas áreas.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2009. “Disposiciones técnicas para evitar o reducir la quema y el venteo de gas en los trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos”. [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5122914/](http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5122914/).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2010. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. [http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Indicadores\\_de\\_Quema\\_y\\_Venteo\\_Dic\\_10.pdf](http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Indicadores_de_Quema_y_Venteo_Dic_10.pdf).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2011. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. [http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte\\_Quema\\_y\\_venteo\\_2011\\_12.pdf](http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte_Quema_y_venteo_2011_12.pdf).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2012. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. [http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte\\_Quema\\_y\\_venteo\\_2012\\_12.pdf](http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte_Quema_y_venteo_2012_12.pdf).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2013. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. [http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte\\_Quema\\_y\\_venteo\\_Dic\\_2013.pdf](http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte_Quema_y_venteo_Dic_2013.pdf).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2014. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. [http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte\\_Quema\\_y\\_venteo\\_Diciembre\\_2014.pdf](http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte_Quema_y_venteo_Diciembre_2014.pdf).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2015. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. [http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte%20Quema%20y%20venteo%202015\\_12.pdf](http://cnh.gob.mx/informacion/docs/Reporte%20Quema%20y%20venteo%202015_12.pdf).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2016. “Disposiciones técnicas para el aprovechamiento de gas natural asociado, en la exploración y extracción de hidrocarburos”. [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5422286&fecha=07/01/2016](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5422286&fecha=07/01/2016).
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2016. “Seguimiento a los programas de quema y venteo de gas natural asociado”. <http://cnh.gob.mx/informacion/docs/7%20Quema%20y%20venteo%20de%20gas%20Agosto%202016.pdf>.
- COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. 2016. “Reporte de Producción de Gas Natural en México”. <http://cnh.gob.mx/informacion/docs/4%20Producci%C3%B3n%20de%20gas%20natural%20Agosto%202016.pdf>.

- GOBIERNO DE LA REPUBLICA. 2014. “Reforma Energética: Resumen Ejecutivo”. [http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/10239/Resumen\\_de\\_la\\_explicacion\\_de\\_la\\_Reforma\\_Energetica11.pdf](http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/10239/Resumen_de_la_explicacion_de_la_Reforma_Energetica11.pdf).
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2004. “Reporte de resultados financieros de Pemex al 31 de diciembre de 2003 de conformidad con el boletín B-10”. [http://www.pemex.com/ri/finanzas/Resultados%20anuales/031231\\_reporte\\_e.pdf](http://www.pemex.com/ri/finanzas/Resultados%20anuales/031231_reporte_e.pdf).
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2011. “Informe Anual 2010”. [http://www.pemex.com/acerca/informes\\_publicaciones/Documents/informes\\_art70/Informe\\_anual\\_2010\\_art70.pdf](http://www.pemex.com/acerca/informes_publicaciones/Documents/informes_art70/Informe_anual_2010_art70.pdf).
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2014. “Base de Datos Institucional, Producción de gas natural por región y activo”. <http://ebdi.pemex.com/bdi/bdiControllor.do?action=cuadro&cvequa=EGASRAI>.
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2016. “Informes Trimestrales de proyectos en ejecución para evitar o reducir la quema y el venteo de gas por activo integral de Producción (2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015)”. [https://www.pemex.com/transparencia/Documents/2018mdylb/29\\_LB\\_PEP-ProducciondeHidrocarburos.pdf](https://www.pemex.com/transparencia/Documents/2018mdylb/29_LB_PEP-ProducciondeHidrocarburos.pdf).
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2016. “Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado por activo integral de producción / Informes trimestrales de aprovechamiento del gas natural asociado, 1er, 2do, 3er y 4to informes, enero-diciembre de 2016”. <https://www.pemex.com/ri/finanzas/Paginas/resultados.aspx>.
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2017. “Indicadores Petroleros: Producción de gas natural”, *PEMEX: Estadísticas petroleras*, 8 de octubre. [http://www.pemex.com/ri/Publicaciones/Indicadores%20Petroleros/eprodcrudo\\_esp.pdf](http://www.pemex.com/ri/Publicaciones/Indicadores%20Petroleros/eprodcrudo_esp.pdf).
- PETRÓLEOS MEXICANOS. 2017. “Informes trimestrales de aprovechamiento de gas natural asociado por bloque y por asignación”. <https://www.pemex.com/ri/finanzas/Paginas/resultados.aspx>.

## MUJER MIGRANTE: ESTUDIO CONVENCIONAL DEL MARCO DE DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN AL TEMA\*

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El sistema convencional de protección de los derechos de las mujeres migrantes.* III. *Obligaciones de los Estados parte en materia de mujer migrante.* IV. *Avance.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Referencias.*

### I. INTRODUCCIÓN

El tema de la protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes, es un tema vigente, que exige ser estudiado y trabajado ahora más que nunca ante los constantes movimientos sociales, migratorios y legislativos en la materia, lo que hace una prioridad destacar la visibilidad de la problemática que viven; ya que si bien a estas mujeres las alcanzan algunas de las medidas tomadas para prevenir, sancionar, atender y erradicar la discriminación y la violencia en el ejercicio de sus derechos, también lo es que hay una particular preocupación por responder a las necesidades concretas de este grupo vulnerable, garantizando sus derechos fundamentales en atención a sus propias circunstancias y condiciones garantizando la dignidad humana.

La Organización de las Naciones Unidas, preocupada por la situación de los migrantes, aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990, A/RES/45/158) como único instrumento vinculatorio

---

\* Artículo recibido el 30 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de diciembre de 2018.

\*\* ORCID: 0000-0001-7623-7416. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; licenciada en derecho por la Universidad Intercontinental. Doctora y maestra en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Temas de interés: derecho de familia, estudios de género, infancia y grupos vulnerables. Correo electrónico: [montsepc@unam.mx](mailto:montsepc@unam.mx).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1221-1258.

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

concreto, así como la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes (2016, A/RES/71/1) que, de la mano de otros instrumentos, que abordaremos en seguida, abonan las estrategias necesarias para garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer migrante.

Por su parte, el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),<sup>1</sup> en particular sobre el caso de las mujeres migrantes, señaló: "...la urgencia de garantizar los derechos de poblaciones en mayor riesgo de vulneración tales como la población LGBTI, las mujeres indígenas y afrodescendientes, las defensoras de derechos humanos, las periodistas y las mujeres migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas".

Se señala que las razones por las que las mujeres se encuentran migrando, por todo el mundo, tienen su origen en la pobreza en la que viven, en la necesidad de superar su calidad de vida y oportunidades, así como a otros de índole política y bélica que las obligan al igual que a sus familias a abandonar sus países de origen.

Existe preocupación en el sentido de que se ha visibilizado a una gran cantidad de mujeres, especialmente en los países emergentes, que se movilizan a través de las fronteras: "Las mujeres representan casi la mitad de los 244 millones de migrantes y la mitad de los 19,6 millones de personas refugiadas del mundo" (ONU-Mujeres *s.d.* a). Igualmente, a la ausencia de programas de acción y en general políticas de protección y apoyo para este grupo vulnerable de mujeres: "Sin embargo, las necesidades, las prioridades y las voces de las mujeres refugiadas y migrantes suelen estar ausentes de las políticas destinadas a protegerlas y darles asistencia" (ONU-Mujeres *s.d.* a).

El papel de las mujeres migrantes a los ojos de los representantes de la comunidad internacional, y de los propios estudios realizados por los órganos de las Naciones Unidas, ha sido definido como sigue:

---

<sup>1</sup> Que como es sabido, es el órgano establecido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para vigilar el cumplimiento de la Convención, el que examina los informes de los Estados parte y el que como consecuencia de ello formula observaciones finales con el fin de apoyar al Estado que presenta el informe a lograr aplicar las disposiciones de la Convención. También es el que elabora observaciones generales en las que señala los principales temas de preocupación y las recomendaciones sobre cómo abordar los retos que enfrentan los Estados parte en la aplicación de la Convención (véase ACNUDH *s. d.a.*).

En todo el mundo, las mujeres refugiadas y migrantes desempeñan un papel central como sostén de las comunidades y economías. Por esta razón, los compromisos mundiales deben incluir el logro de la igualdad de género, el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas, y el cumplimiento de sus derechos humanos como principios subyacentes. Asimismo, deben abordar las necesidades propias de las mujeres y las niñas, incluir sus voces, y prever la rendición de cuentas ante ellas (ONU 2019).

ONU-Mujeres da cuenta de la vulnerabilidad específica de la mujer migrante la cual se refleja por conductas de discriminación, sobre la base del sexo, agravadas por factores como la pobreza, bajos niveles de educación, prejuicios culturales:

En todo el mundo, nunca antes había habido tantas mujeres migrando para mejorar su trabajo y sus vidas. Para muchas, la migración aporta estas ventajas, pero, para otras, incluye correr riesgos peligrosos, como la explotación en trabajos domésticos y la vulnerabilidad ante la violencia y la discriminación. Las políticas y prácticas de migración no han sabido reconocer a tiempo estos riesgos y adoptar medidas para que el proceso resulte seguro para las mujeres (ONU-Mujeres *s.d.* b).

Así es como resulta una parte fundamental de la agenda vigente de los derechos humanos de la mujer conocer sobre la situación actual que guardan los relativos a la mujer migrante (ONU-Mujeres México 2018). En virtud de lo anterior, este trabajo tiene como objetivo hacer una reseña de las Convenciones que protegen los derechos de las mujeres migrantes, una aproximación a las obligaciones de los Estados parte que resultan de ellas y a su aplicabilidad.

## II. EL SISTEMA CONVENCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES MIGRANTES

Resulta fundamental comprender que la problemática de las mujeres migrantes encuentra protección y seguimiento a través de diversos instrumentos internacionales por la dinámica del fenómeno.

Dentro del sistema universal y regional de derechos humanos podemos señalar como un marco de protección para las mujeres migrantes el que incluye a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pac-



to Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos, o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo; los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos al Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (núm. 189), los Trabajadores Migrantes (núm. 97), y sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes (núm. 143); la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, incluido el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, y otros instrumentos regionales e internacionales en la materia como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por mencionar los que consideramos fundamentales.

1. *Convenciones internacionales universales de derechos humanos relacionados con mujer migrante*

Los Estados que conforman la comunidad internacional al ratificar estos instrumentos internacionales vinculatorios de derechos humanos han asumido la obligación de reconocer, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de las y los migrantes, es decir, sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, condenando cualquier forma de discriminación en su ejercicio y tomando todas las medidas que sean necesarias para el desarrollo y aplicación de políticas migratorias que garanticen el pleno desarrollo, la paz y una vida digna, en este caso, para las mujeres migrantes y sus familias.

A. *Declaración Universal de los Derechos Humanos [1948, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General]*<sup>2</sup>

La Declaración es producto de los trabajos realizados después de la Segunda Guerra Mundial, su objetivo fue crear los estándares de derechos humanos que los Estados deben garantizar a todos sus habitantes tomando como presupuesto la dignidad humana:

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda dis-

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

criminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

B. *El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*  
[1966, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General]<sup>3</sup>

Este Pacto es el compromiso vinculatorio o convencional que formaliza la obligatoriedad de los países ratificantes de dar cumplimiento a lo establecido en la Declaración Internacional de Derechos Humanos, es decir, el Pacto es la forma en que se positivizó la Declaración. En términos generales, los derechos protegidos en este instrumento son: derecho a la vida, la condena de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud, derecho a la seguridad de la persona: protección contra el arresto y la detención arbitraria, derecho a la equidad procesal y al debido proceso, derecho a la libertad de expresión y religión.

En particular aplica a nuestro caso el artículo 2o. que establece la obligación del Estado parte a garantizar la igualdad y la no discriminación, por condición alguna, en el ejercicio, goce y disfrute de los derechos civiles y políticos:

Artículo 2o.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su terri-

---

<sup>3</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, adhesión de México el 24 de marzo de 1981, publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

torio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Con una perspectiva sobre la defensa de la igualdad del hombre y la mujer en y ante la ley podemos señalar:

#### Artículo 3o.

Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

#### Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El hecho de estar bajo la calidad de migrante ya sea regular o irregular, impone al Estado parte la obligación de, ya sea durante el tránsito o en el estado de recepción, proteger la vida y la integridad física, psicológica, sexual y en sus más amplios sentidos:

#### Artículo 6o.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

#### Artículo 7o.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

#### Artículo 8o.

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por cuanto hace al derecho de tránsito de las personas en su país de origen o en el de recepción, que es el tema que nos ocupa, en el caso de las mujeres migrantes, el Pacto señala:

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho de entrar en su propio país.

Con respecto a la protección de las migrantes y sus familias, específicamente sobre el cuidado de los hijos, así como de las menores de edad no acompañadas, aplican los artículos:

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Finalmente, podemos hacer referencia importante a la libertad de culto y pensamiento en su más amplio sentido, que queda protegido, independientemente de cualquier condición o circunstancia en que se encuentre la mujer migrante y su familia:

#### Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

#### C. *El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales* [1966, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General]<sup>4</sup>

El Pacto tiene como objetivo reconocer y declarar que, una vida digna sólo se puede vivir y disfrutar si se permite a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, al igual que de los civiles y políticos.

Como disposición mínima indispensable nuevamente se establece la igualdad, en las mismas condiciones, al hombre y la mujer respecto al ejercicio, goce y disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto: “Artículo 3o. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

En aras de evitar la explotación económica y/o laboral en su forma más amplia el acto establece las condiciones en que reconoce y se deben ejercer estos derechos:

#### Artículo 6o.

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar; que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

---

<sup>4</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

### Artículo 7

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

El pacto reconoce a la unidad familiar como el núcleo base de la sociedad y por ello mandata la protección más amplia para la mujer migrante, en este nuestro caso, y su familia, entre lo que se encuentra el acceso a un nivel adecuado de vida, el derecho a la salud, la protección contra la explotación en cualquiera de sus formas y el derecho a la educación:

### Artículo 10

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes

contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

#### Artículo 11

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

#### Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

#### Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:



- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

D. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990, A/RES/45/158)*<sup>5</sup>

Esta Convención tiene un claro interés, su objetivo primordial es la protección de los migrantes como consecuencia de que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias no han sido debidamente reconocidos por todos los Estados parte y sus habitantes y, por tanto, es fundamental que se les provea de una protección apropiada:

Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 1990, Preámbulo).

Disposición fundamental, en la que se establece un principio de no discriminación y de igualdad de trato y oportunidades, independientemente del género, femenino o masculino al que pertenezca la persona migrante, o de cualquier otra condición o circunstancia, es el artículo 1o. de la Convención:

1. La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad,

---

<sup>5</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990, ratificada el 8 de marzo de 1999, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de agosto de 1999.

edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

El acceso a la movilidad de las personas migrantes es un presupuesto del acceso a una calidad de vida digna para ellos y sus familias:

Artículo 8o.

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente Parte de la Convención.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

Otro artículo que aplica a la mujer migrante es el 9o., el cual establece la protección del derecho a la vida, en condiciones de igualdad, en y ante la ley de los trabajadores migrantes: “El derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley”.

Estos dos últimos artículos establecen el reconocimiento de los derechos a la identidad personal y nacional formal, así como el derecho a la educación de los hijos de las y los trabajadores migrantes:

Artículo 29

Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

Artículo 30

Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.

Otro artículo que aplica a la mujer migrante es el que, en el mismo sentido, se refiere a la igualdad de trato, pero con relación a aspectos específicos relacionados con el derecho a la educación, la formación

profesional y capacitación, al derecho a la vivienda, a la asistencia social y servicios de salud y los derechos a la posibilidad de instalar viviendas o servicios sociales o culturales para los migrantes, con el único requisito de que se cumpla, en su caso, con los requerimientos locales que establezca su legislación para todos los habitantes:

#### Artículo 43

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

- a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate;
- b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación;
- c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento;
- d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;
- e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;
- f) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados;
- g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

2. Los Estados Parte promoverán condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los derechos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes.

3. Los Estados de empleo no impedirán que un empleador de trabajadores migratorios instale viviendas o servicios sociales o culturales para ellos. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 70 de la presente Convención, el Estado de empleo podrá subordinar la instalación de esos servicios a los requisitos generalmente exigidos en ese Estado en relación con su instalación.

La Convención también sostiene que los migrantes deben tener derecho a mantener contacto con su país de origen, esto incluye el garantizar que ellas puedan regresar a su país de origen, la participación política de

las migrantes en el país de origen y el derecho a transferir sus ingresos a su país de origen (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes 2005).

E. *La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979, A/RES/34/180)*<sup>6</sup>

La Convención tiene como objetivo principal reafirmar la igualdad de derechos del hombre y la mujer, ya que, como personas humanas, nacemos iguales en dignidad y derecho sin distinción del sexo o la identidad genérica. Sin embargo, frente a la realidad en la que se visibilizan, prácticas de discriminación contra la mujer en el reconocimiento, ejercicio y goce de sus derechos humanos y, de la certeza de que la igualdad del hombre y la mujer es un presupuesto indispensable para el desarrollo de la sociedad y la familia, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Convención y sus medidas de acción y, la comunidad internacional se compromete mediante la firma y ratificación a prevenir, sancionar y erradicar la discriminación contra la mujer.

Aun cuando la Convención no hace una referencia específica a la mujer migrante, de conformidad con los apartados que la integran aplica a su caso el lograr una adecuada calidad de vida, lo que implica una vida libre de toda forma de discriminación, independientemente de su calidad migratoria. Por ello la Convención tiene un papel fundamental para el logro del reconocimiento y la protección de los derechos de la mujer migrante.

La Convención en su artículo 1o. define a la discriminación contra las mujeres:

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

---

<sup>6</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, ratificada el 23 de marzo de 1981 y Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

Esta definición aplica indiscutiblemente a las mujeres migrantes en todo lo que atañe a los roles y al ejercicio de derechos que estos le otorgan tanto en lo público como en lo privado en cuanto a sus derechos económicos, sociales, culturales y civiles.

El artículo 2o. de la Convención resulta fundamental en la protección integral de los derechos humanos de la mujer migrante, en cuanto a que plantea las acciones para erradicar la discriminación contra la mujer en cualquier esfera y/o actividad de su vida y desarrollo:

Artículo 2o. Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

La Convención obliga a los Estados parte a establecer todas las medidas que sean necesarias para lograr la igualdad, el desarrollo y la paz de las mujeres, en este caso de las mujeres migrantes en el mundo:

Artículo 3o. Los Estados Parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Un aspecto de primordial importancia para garantizar los derechos de la mujer migrante es la protección que se haga para prevenir, sancionar y erradicar la trata de personas y la explotación sexual: “Artículo 6o. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

Por cuanto a la identidad nacional de la mujer migrante y de sus hijos la convención señala:

Artículo 9o.

1. Los Estados Parte otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Parte otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Establece diversas disposiciones con medidas dirigidas a garantizar el acceso a la mujer, y en nuestro caso a la mujer migrante y su familia, con arreglo a la ley a diversos derechos que ya se enunciaron en los instrumentos anteriores, como a la educación, empleo y capacitación, para evitar desventajas y prácticas como explotación y abuso derivadas de la calidad migratoria cuando así no deba ser conforme a la ley:

Artículo 10. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

...

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Artículo 11. 1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

...

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

...

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Del mismo modo, aplica el reconocimiento del derecho de la mujer migrante a la igualdad en y ante la ley, especialmente en lo que se refiere al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir residencia y domicilio:

Artículo 15. 1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

F. *La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial [1965, Resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General]*<sup>7</sup>

En esta Convención el objetivo principal es prevenir, erradicar y tomar todas las medidas que sean necesarias contra la discriminación racial, que tiene su origen en la raza, color u origen étnico o nacional, la que es condenada y considerada injusta y peligrosa para la vida, el desarrollo, la paz y la calidad de vida de la persona humana. En su artículo primero nos define que se debe entender por discriminación racial y sus características:

Artículo 1.- 1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.

3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que puede ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia,

---

<sup>7</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965 entrando en vigor el 4 de enero de 1969 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1975.



al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

En el artículo 5o. se establece un catálogo de derechos que deben ser reconocidos y garantizados en su ejercicio y goce para todos independientemente de la raza, color, origen étnico o nacional:

Artículo 5.- En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;
- b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;
- c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;
- d) Otros derechos civiles, en particular:
  - i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
  - ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;
  - iii) El derecho a una nacionalidad;
  - iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;
  - ...
  - vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
  - viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;
  - xi) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;
- e) Los derechos económicos, sociales y culturales...

### G. *La Convención sobre los Derechos del Niño (1989, A/RES/44/25)*<sup>8</sup>

Esta convención está dirigida a promover y establecer las acciones necesarias para garantizar el desarrollo integral y la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes, y para ello, reconoce el papel fundamental de la familia en un ambiente libre de violencia. Resulta importante tanto la formación formal como la informal, rigiéndose sobre la base de la educación para la paz, del reconocimiento y respeto a la dignidad humana, la libertad y la igualdad; en la tolerancia y en el entendimiento del bien común. Para lograr lo anterior se requiere de una protección particular o específica, que es la que provee esta Convención, que les permita alcanzar su bienestar.

La protección al derecho a la identidad personal y nacional, así como a la convivencia con sus progenitores y/o las relaciones con su familia se establece de la siguiente forma:

#### Artículo 7o.

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

#### Artículo 8o.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

#### Artículo 9o.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés

---

<sup>8</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, ratificada el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

#### Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Parte respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

H. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951, Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, vol. 189)*<sup>9</sup>

Este tema es relevante para la Organización de las Naciones Unidas, tanto así, que tiene un órgano encargado de este tema, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

El organismo se encarga de trabajar para alcanzar el reconocimiento, goce y ejercicio eficaz, para los refugiados, de sus derechos humanos con la participación y compromiso de la comunidad internacional.

En este sentido, establece en sus contenidos la forma en que se protegerá a las personas que solicitan refugio, y cómo será que se garantizará su derecho a la identidad y su derecho de tránsito y residencia en el país receptor:

Artículo 26. Libertad de circulación Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.

Artículo 27. Documentos de identidad Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje.

I. *Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949, A/RES/317)*<sup>10</sup>

Los trabajos continuos de Naciones Unidas, así como el interés y preocupación permanentes de los Estados Parte, desde varias décadas atrás, por condenar y promover acciones para prevenir, sancionar y erradicar la prostitución y sus consecuencias al igual que la trata de personas para fines de prostitución llevan a la creación y adopción de esta convención,

---

<sup>9</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 28 de julio de 1951, adhesión de México el 7 de junio de 2000, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 2000.

<sup>10</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 21 de marzo de 1950, adhesión de México el 21 de febrero de 1956 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 1956.

en tanto que constituyen conductas que lleven implícitas violaciones a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y a los objetivos de desarrollo, igualdad y paz para las mujeres y en nuestro caso para las mujeres migrantes:

#### Artículo 1

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

- 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;
- 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

#### Artículo 2

Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que:

- 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento;
- 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de estos, para explotar la prostitución ajena.

#### Artículo 3

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales serán también castigadas toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión.

#### Artículo 4

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, será también punible la participación intencional en cualquiera de los actos delictuosos mencionados en los artículos 1 y 2.

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, los actos de participación serán considerados como infracciones distintas en todos los casos en que ello sea necesario para evitar la impunidad.

Es importante enfatizar que estas conductas son incompatibles con la dignidad de la persona humana y atentan contra la familia y la comunidad, como se desprende de instrumentos no convencionales como la resolución sobre la trata de mujeres y niñas (2004, A/RES/59/166).

## 2. *Convenciones internacionales regionales de derechos humanos relacionados con mujer migrante*

La Organización de los Estados Americanos, organismo regional de derechos humanos, ha realizado un arduo trabajo por la defensa de éstos y en particular por los de las mujeres, especialmente los relativos a una vida libre de violencia y que aplican, en nuestro caso a la mujer migrante.

### A. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969)*<sup>11</sup>

La Convención es un instrumento general sobre derechos humanos y libertades fundamentales de carácter regional para el continente americano, incluyendo el Caribe. Es aprobada por la Organización de los Estados Americanos, por la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, que se llevó a cabo en San José, Costa Rica. Los artículos relacionados con el tema de mujer migrante son los siguientes:

#### Artículo 4o. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En Ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gestación.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en

---

<sup>11</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos, ratificada el 2 de marzo de 1981, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

todos los casos. No se puede aplicar la Pena de muerte mientras la solicitud este pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede, asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

B. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para, 1994)*<sup>12</sup>

La Comisión Interamericana de Mujeres es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Convención que tiene como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ya que eliminarla es un requisito necesario para garantizar el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales y así alcanzar su desarrollo individual y social. Esta Convención es la primera que se aprueba para trabajar sobre el tema y por ello un referente en la materia.

Para efectos de la protección de los derechos de las mujeres migrantes los artículos importantes a considerar son:

Artículo 3o.

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4o.

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

<sup>12</sup> Adoptada el 9 de junio de 1994 en Belem Do Para, ratificada el 19 de junio de 1998 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.



h. el derecho a libertad de asociación;

Artículo 6o.

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

### III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTE EN MATERIA DE MUJER MIGRANTE

Los Estados deben establecer una política migratoria que esté dirigida a garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales de las y los migrantes y sus familias, considerando las posibilidades regulatorias que se reconocen a los Estados, siempre que se tenga como marco los estándares fijados por la legislación convencional en el sistema universal y regional de derechos humanos, lo que queda plasmado en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) OC-18/03 sección 1.2. “Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos”.

También, se establece la obligación de protección de los migrantes, especialmente en condiciones de vulnerabilidad, particularmente los que están en situación irregular, contra las formas de violencia, racismo y de otras formas de discriminación y maltrato, especialmente las mujeres y los niños, que se sustenta en la opinión consultiva OC-18/03 sección 1.3 “Situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes”.

Es obligación del Estado garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en y ante la ley, es decir, tanto en el aspecto normativo como en el de procuración y administración de justicia, como se plantea en la opinión consultiva OC-18/03 sección 1.3.1 “No discriminación e igual protección ante la ley”, fundamental protección, ya que sobre este supuesto “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional” (párrafo 101).

Es obligación de los Estados proveer la protección de los derechos de los migrantes trabajadores, especialmente los que se encuentran en situación irregular, entendiendo que cualquier persona que realice o haya

realizado una actividad remunerada adquiere la condición de trabajador y como resultado los derechos inherentes a un trabajador, independientemente de que se encuentre en situación de migración regular o irregular, como se señala en la opinión consultiva OC-18/03 sección 1.3.2, y además:

La calidad de migrante no es una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular; estos derechos son consecuencia de la relación laboral (Corte IDH 2017, 20).

La obligación de proteger el derecho a la integridad personal, que consiste en la responsabilidad del Estado de proveer atención médica sin discriminación a personas migrantes, especialmente en situación irregular, en casos de emergencia; por ello resulta fundamental la información y atención sanitaria integral, haciéndolos accesibles y sin prácticas de discriminación, en los términos de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos (Corte IDH 2017, 40).

El derecho a la libertad personal, que lleva implícito garantizar el principio de legalidad a los migrantes, así como el principio de no arbitrariedad en la privación de la libertad de los migrantes; la obligación de informar las razones de la detención o privación de la libertad a los migrantes; de igual forma, es una obligación poner al migrante detenido o privado de la libertad a disposición de autoridad judicial o administrativa competente; la obligación de revisar las medidas de detención y recursos efectivos (Corte IDH 2017, 43-57; CDHDF 2011, 5-8).

También la obligación de acceso a la justicia, ya que se ha visto que existe una real necesidad de garantizar a las y los migrantes, independientemente de su situación migratoria, el acceso a ésta sin discriminación alguna para amparar sus derechos. Igualmente garantizar el acceso al debido proceso, incluyendo aquellos casos en que se encuentren involucrados niñas, niños y adolescentes migrantes tanto por autoridades administrativas como judiciales y relacionadas con todo esto el acceso a la defensa técnica y a la asistencia consular y a los recursos contra las resoluciones que los afectan (Corte IDH 2017, 57-70).

La obligación de proteger a la familia de las y los migrantes, independientemente de su situación migratoria, así como los derechos de niñas, niños y adolescentes, sobre todo para prevenir en todo lo posible la separación familiar, especialmente cuando esto afecta directamente la estabilidad y bienestar de los hijos (Corte IDH 2017, 73-82).

La obligación de garantizar el derecho a la nacionalidad en el caso de los hijos de las y los migrantes sin discriminación debido a la calidad migratoria de sus madres y/o sus padres (Corte IDH 2017, 83).

También se debe reconocer el derecho a la circulación y la residencia, así como las garantías que se deben establecer y aplicar en el procedimiento de expulsión de las y los migrantes y sus familias, evitando los riesgos que ponen en peligro su vida y su libertad. Igualmente, reconocer y aplicar las garantías mínimas del migrante sujeto a expulsión o deportación y prohibición de expulsión masiva (Corte IDH 2017, 87-93).

Obligación de regular y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la vida, que incluye el “deber de prevención frente a actos que vulneren los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de los migrantes, así como la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata” (Corte IDH 2013, 161).

Se ha observado la vulnerabilidad de la mujer migrante en el hecho de que son víctimas frecuentes de diversas formas de violencia y discriminación (Inmujeres 2007, 54-56, 86-89 y 100-106).

Es obligación de los Estados, como garantes de los derechos humanos, tomar las medidas, jurídicas, legislativas, administrativas, educativo-culturales, económicas y todas las que sean necesarias para proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas que se encuentren en su territorio independientemente de su situación migratoria y así prevenir, sancionar y erradicar prácticas que constituyan violaciones a derechos humanos. La debida investigación de los actos que atenten contra la vida, integridad y libertad personales de las y los migrantes, así como, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de estos.

#### IV. AVANCE

*Uno de los objetivos del desarrollo del milenio planteados y al que se da seguimiento hasta 2030, fecha en que se revisarán los avances, es el de combatir la discriminación*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1221-1258.

*contra la mujer, en este caso de la mujer migrante (ONU-Mujeres 2017), garantizar el ejercicio y goce de sus derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales, lo que tiene relación directa y fundamental con la lucha contra todas las formas de violencia, así como promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer (CINU México s. d.).*

*Sobre el tema de la mujer migrante y su familia, se dedica en la Declaración del Milenio (ONU 2000, A/RES/55/2) un numeral específico para fijar la preocupación y el desarrollo de programas de acción para garantizar todos sus derechos y su protección:*

#### V. Derechos humanos, democracia y buen gobierno

...

Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades...

La organización de las Naciones Unidas desde su estructura y funciones, a través de la Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer y del Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes, ha informado sobre el avance en la aplicación de las convenciones y el alcance de las metas en la efectividad de los derechos, que se refleja en la eficacia y efectividad en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo las mujeres migrantes.

Respecto al tema específico de la violencia y la discriminación contra la mujer, se informa que

Los derechos de la mujer ya se reconocen como derechos humanos fundamentales. La discriminación y los actos de violencia contra la mujer están en la vanguardia del discurso sobre los derechos humanos.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 reconoció los derechos de la mujer como derechos humanos.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) entró en vigor en 1981 y el Comité correspondiente se estableció en 1982. La Convención, que con frecuencia se ha descrito como una declaración internacional de derechos de la mujer, ha logrado una ratificación casi universal. En 1999 se aprobó un Protocolo Facultativo de la Convención.

En 2011 se estableció un Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra la Mujer en la Legislación y en la Práctica. Se trata del hito más reciente en la larga vía hacia la igualdad entre las mujeres y los hombres.

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, aprobada en diciembre de 1993, indica las medidas que deberían adoptar los Estados y los organismos internacionales para velar por la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto en la esfera pública como en la privada (ACNUDH 2013).

*Por cuanto al tema de la mujer migrante, el relator señala la particular atención que se ha prestado al tema de los migrantes, sus familias y el reconocimiento y la protección de sus derechos, especialmente en el caso de los irregulares:*

*Ahora existe un marco internacional que reconoce los desafíos a los que se enfrentan los migrantes y sus familiares, y garantiza sus derechos y los de los migrantes indocumentados.*

Se calcula que 214 millones de personas viven actualmente fuera de su país de origen y muchos se han trasladado por diversos motivos, entre los cuales la búsqueda de protección y la búsqueda de oportunidades están estrechamente unidas.

Los migrantes con frecuencia ejercen trabajos sucios, peligrosos y degradantes. Aunque para algunos, la migración es una experiencia positiva y de potenciación, demasiados han de soportar violaciones de los derechos humanos, discriminación y explotación.

Los mecanismos de derechos humanos, como el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, establecido en 1999, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que entró en vigor en 2003, han afirmado con claridad que, aunque los países tienen el derecho soberano de determinar las condiciones para la entrada y la permanencia en su territorio, también tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad u origen, y de su situación en materia de inmigración (ACNUDH 2013).

Otras acciones que dan cuenta del avance y aplicabilidad de las convenciones son las resoluciones emitidas para vigilar, hacer eficaz y dar seguimiento al cumplimiento a los compromisos establecidos en las mismas y, adquiridos con su firma y ratificación, entre las que podemos señalar las más recientes que reflejan el trabajo, conforme a los objetivos hacia 2030

para el desarrollo sostenible, que reconocen y refuerzan las acciones para la protección de los derechos laborales y la promoción de un ambiente de trabajo seguro para las y los trabajadores migratorios, en particular las mujeres migrantes: la resolución Violencia contra las trabajadoras migratorias (Asamblea General 2006, A/RES/60/139), que tiene como función generar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres migratorias y la eliminación de la violencia que contra ellas se ejerce, estableciendo programas de acción que incluyen medidas para garantizar la inclusión y la protección social y jurídica de las mujeres migrantes durante todo su trayecto, es decir, en los países de origen, tránsito y destino, promoviendo el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos y la protección tanto contra la violencia como contra la explotación.

La resolución sobre la trata de mujeres y niñas (Asamblea General 2016, A/RES/71/167), señala que la trata de personas para la prostitución de mujeres, en particular, y como grupo vulnerable el de mujeres migrantes, y para el tráfico de órganos, se considera un delito y una grave violación a la dignidad humana, a los derechos humanos y libertades fundamentales, que impiden el desarrollo sostenible, es decir, alcanzar los objetivos de la agenda para 2030, entre ellos alcanzar las metas del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas. Por ello, se establece, en este instrumento, la importancia de implementar todo tipo de medidas y de acciones para prevenir, investigar y sancionar la trata de personas y prestar la atención debida a las víctimas de trata, considerando las múltiples causas económicas, sociales, políticas y culturales que ponen en riesgo a las mujeres, y en particular a las migrantes, de ilícitos de trata.

La resolución Protección de los migrantes (Asamblea General 2005, A/RES/60/169), señala la preocupación que existe por el trato injusto y discriminatorio que se ejerce contra las y los migrantes y sus familias, y fija el deber de los Estados pertenecientes a la comunidad internacional de promover, reconocer y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las y los migrantes y sus familias, independientemente de su situación migratoria, previniendo y eliminando las prácticas racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia, discriminación y esclavitud análogas que se ejercen contra las y los migrantes; así como de establecer mecanismos para que ante estos casos ellos puedan tener acceso a la justicia y a un procedimiento con los requisitos de ley. Para

esto señala que los Estados, independientemente de su libertad para establecer sus políticas y legislación migratorias y la protección de sus fronteras, deben tomar en cuenta, respetar y aplicar el derecho internacional de derechos humanos, y así trabajar para el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de las y los migrantes y sus familias. Cabe resaltar que en esta resolución se indica la importancia de los Estados al firmar y ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

La Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes establece una serie de compromisos que llevan a trabajar por mejorar la condición de las y los migrantes y sus familias, así como, para alcanzar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales por estos grupos vulnerables.

La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes expresa la voluntad política de los dirigentes mundiales de salvar vidas, proteger derechos y compartir la responsabilidad a escala mundial. En la Cumbre de las Naciones Unidas que se celebró el 19 de septiembre, los dirigentes mundiales manifestaron la forma en que cada país cumplirá estos compromisos, lo cual beneficiará a los refugiados, los migrantes, las personas que les ayudan y los países y las comunidades de acogida.

La Declaración de Nueva York contiene compromisos audaces destinados a resolver los problemas que afrontamos en la actualidad y preparar al mundo para hacer frente a los futuros retos. Entre ellos se incluyen:

Proteger los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes, independientemente de su condición. Esto incluye los derechos de las mujeres y las niñas, así como promover su participación plena, fructífera e igualitaria en la búsqueda de soluciones.

Asegurar que todos los niños refugiados y migrantes estén estudiando en un plazo de unos meses después de su llegada.

Prevenir la violencia sexual y por razón de género, y responder ante ella.

Prestar apoyo a los países que rescaten, reciban y acojan a un gran número de refugiados y migrantes.

Trabajar para poner fin a la práctica de detener a los niños a los efectos de determinar su estatus migratorio.

Condenar enérgicamente la xenofobia contra los refugiados y los migrantes, y respaldar una campaña mundial para combatirla.

Reforzar la contribución positiva de los migrantes al desarrollo económico y social de los países de acogida.

Mejorar la prestación de asistencia humanitaria y para el desarrollo en los países más afectados, en particular mediante modalidades innovadoras de soluciones financieras multilaterales, con el objetivo de subsanar todos los déficits de financiación.

Aplicar una respuesta integral para los refugiados, sobre la base de un nuevo marco que establezca la responsabilidad de los Estados Miembros, los asociados de la sociedad civil y el sistema de las Naciones Unidas, cuando se produzca un gran desplazamiento de refugiados o exista una situación prolongada de refugiados.

Encontrar nuevas viviendas para todos los refugiados que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados haya considerado que necesitan reasentamiento; y ampliar las oportunidades de los refugiados para reasentarse en otros países mediante, por ejemplo, planes de movilidad de la mano de obra o programas educativos.

Fortalecer la gobernanza mundial de la migración incorporando a la Organización Internacional para las Migraciones en el sistema de las Naciones Unidas.

Las recomendaciones para abordar los derechos humanos de las mujeres en el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, elaboradas por un grupo de expertos que se reunieron en Ginebra del 21 y 22 de noviembre de 2016, son un documento fundamental para el avance y mejoramiento de la situación de la mujer migrante:

Las recomendaciones siguientes destacan la necesidad de aplicar un enfoque basado en los derechos humanos y con perspectiva de género a la gobernanza de la migración, el cual respete la dignidad de todas las personas migrantes durante todas las etapas de la migración y proteja sus derechos de acuerdo con la legislación internacional, incluidos los principios de igualdad y no discriminación. Estas recomendaciones se fundamentan en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que a su vez se basa en la legislación internacional sobre derechos humanos y reconoce que incorporar de manera sistemática la perspectiva de género en la implementación de la Agenda 2030 resulta fundamental, e incluye en el Objetivo 5.c el compromiso de aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles (ONU-Mujeres 2017, 1-2).



## V. REFLEXIONES FINALES

Como se puede observar, en el sistema convencional protector de las y los migrantes y sus familias, no se observa una perspectiva de género, por ello la situación de vulnerabilidad que vive la mujer migrante se trata en instrumentos generales, aun cuando las mujeres, en lo particular, viven circunstancias de violencia y explotación que se presentan por el hecho de ser mujeres y, en este sentido, es importante considerar para su protección que constituyen una gran parte de la población migrante:

...la mayoría de las disposiciones y políticas migratorias aún carecen de un enfoque de género, ya que, tradicionalmente se consideraba a la migración como un fenómeno masculino y solo hace menos de diez años se viene reconociendo que las mujeres siempre han representado una parte significativa de la población migrante, ya sea como acompañante de los hombres o bien, como migrantes individuales (ONU Mujeres 2014).

Los instrumentos convencionales de protección de los derechos de las y los trabajadores migrantes tienen como finalidad establecer un marco de estándares que garanticen la dignidad de este grupo vulnerable, entre ellos, prevenir condiciones de vida y de trabajo inhumanas, abuso físico y sexual y trato degradante, a garantizar los derechos de los migrantes a la libertad de pensamiento, de expresión y de religión; igualmente, el acceso a la información sobre sus derechos, a asegurar su derecho a la igualdad en y ante la ley, así como el acceso a los servicios educativos y sociales para su adelanto y desarrollo (ONU 2005, 7-8). De la misma forma, dar seguimiento al cumplimiento a la efectividad del goce y ejercicio de sus derechos de sus derechos civiles, culturales, económicos y sociales, pero aún hace falta fortalecer los esfuerzos por garantizar a la mujer migrante, en lo particular, a una vida libre de discriminación y violencia (ACNUDH *s.d.* b)

## VI. REFERENCIAS

CINU MÉXICO (Centro de información de la ONU). *s. d.* “Los 8 Obetivos del Milenio” última consulta: 30 de septiembre de 2019, [http://www.cinu.mx/minisitio/ODM8/los\\_8\\_objetivos\\_del\\_milenio/](http://www.cinu.mx/minisitio/ODM8/los_8_objetivos_del_milenio/)

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1221-1258.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). 2013. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre. México: Corte IDH.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). 2017. “Personas situación de migración o refugio”. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 2. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>.
- INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (INMUJERES). 2007. *Memoria: Mujeres afectadas por el fenómeno migratorio en México. Una aproximación desde la perspectiva de género*. México: Inmujeres
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH). s.d. a. “Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Nota informativa preparada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la participación de ONGs”, última consulta: 30 de septiembre de 2019. [https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/NGO\\_Participation.\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/NGO_Participation._sp.pdf).
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH). s.d. b. “Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias”, última consulta: 30 de septiembre de 2019, <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx>.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH). 2013. “20 años Trabajando Por Tus Derechos Humanos”, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/OHC/HR20/Pages/Achievements.aspx>.
- UNESCO. 2005. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, Colección Informativo Kit. Francia: UNESCO
- ONU MUJERES MÉXICO 2018. “Buenas prácticas del proyecto «Promoción y protección de los derechos de las trabajadoras migrantes»”, última consulta: 30 de septiembre de 2019, <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/abril-2018/abril/buenas-practicas-mujeres-migrantes>
- ONU MUJERES. 2014. “Guía para Desarrollar Legislación Migratoria con Perspectiva de Género en México”, <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2014/8/guia-para-desarrollar-legislacion-migratoria-con-perspectiva-de-genero-en-mexico>.

- ONU MUJERES. 2017. *Recomendaciones para abordar los derechos humanos de las mujeres en el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*. Nueva York: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres.
- ONU MUJERES. s.d. a. “Mujeres refugiadas y migrantes”, última consulta: 30 de septiembre de 2019, <http://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-refugees-and-migrants>
- ONU MUJERES. s.d. b. “Empleo y migración”, última consulta: 30 de septiembre de 2019, <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/economic-empowerment/employment-and-migration>.
- ONU. 2019. “Declaración de Nueva York”, <https://refugeesmigrants.un.org/es/declaration>
- Relatoría Especial Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CDHDF). 2011. *Informe sobre los derechos de las personas migrantes en la Ciudad de México*. México: CDHDF.

## COMENTARIO LEGISLATIVO AL DECRETO POR EL QUE SE DEJAN SIN EFECTOS LOS PROGRAMAS DE CONDONACIÓN DE DEUDAS FISCALES\*

Israel SANTOS FLORES\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El decreto presidencial que deja sin efectos los programas de condonación de deudas fiscales.* III. *La condonación como forma de extinción de la deuda tributaria.* IV. *Algunos comentarios sobre las condonaciones fiscales en México.* V. *A modo de conclusión.* VI. *Referencias.*

### I. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el denominado “Decreto por el que se dejan sin efectos los decretos y diversas disposiciones de carácter general emitidos en términos del artículo 39, fracción I del Código Fiscal de la Federación, por virtud de los cuales se condonaron deudas fiscales”. Como su nombre lo indica, este Decreto tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico vigente los programas de condonación fiscal promovidos en sexenios pasados; además de que establece la promesa del Ejecutivo federal de no continuar con el otorgamiento periódico de programas generalizados y masivos de condonación de deudas tributarias, comprometiéndose con ello a no emitir más decretos en este sentido ni promover este tipo de prácticas.

En síntesis, el Decreto establece que el Ejecutivo federal únicamente hará uso de su facultad potestativa para condonar o eximir del pago de contribuciones, conforme los supuestos de excepción establecidos por las leyes fiscales. Pero ¿cuáles son esos supuestos de excepción? ¿Qué signi-

---

\* Artículo recibido el 26 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0003-1512-3057. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: [israel.santos@unam.mx](mailto:israel.santos@unam.mx)

fica la condonación de deudas tributarias? ¿Qué importancia tiene este Decreto en el panorama tributario actual? Las respuestas a estas y otras interrogantes serán abordadas en las siguientes líneas.

## II. EL DECRETO PRESIDENCIAL QUE DEJA SIN EFECTOS LOS PROGRAMAS DE CONDONACIÓN DE DEUDAS FISCALES

El Decreto en comentose fundamenta en diversos preceptos constitucionales, especialmente en los artículos 25 (rectoría económica del Estado)<sup>1</sup> y 31, fracción IV (deber constitucional de contribuir a los gastos públicos),<sup>2</sup> así como en el artículo 39, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, que otorga al Ejecutivo Federal la facultad de condonar o eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios, autorizar su pago a plazo, diferido o en parcialidades, conforme los supuestos establecidos por la ley.

Sin embargo, el Decreto señala que en los últimos sexenios, la finalidad de ofrecer al contribuyente tales facilidades fiscales “se ha ido distorsionando hasta llegar al punto de condonaciones generalizadas prácticamente lisas y llanas, sin una visión de política pública y que sí causan un quebranto en las finanzas públicas, además de que desequilibran la carga fiscal de la sociedad en detrimento de los contribuyentes cumplidos”.

Por lo anterior, el Decreto deja sin efectos los decretos o disposiciones de carácter general emitidos por el titular del Ejecutivo federal mediante los cuales se otorgaron condonaciones a deudores fiscales, con excepción de los siguientes:

- Decreto que otorga facilidades para el pago de los impuestos sobre la renta y al valor agregado y condona parcialmente el primero de

---

<sup>1</sup> El artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mandata al Estado mexicano velar por la estabilidad de las finanzas públicas; planificar, conducir, coordinar y orientar la economía; regular y fomentar las actividades económicas y organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

<sup>2</sup> El artículo 31, fracción IV, de nuestra carta magna dispone que son obligaciones de los mexicanos, entre otras, contribuir para los gastos públicos, así como, de la Federación, como de los estados, de la Ciudad de México y del municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

ellos, que causen las personas dedicadas a las artes plásticas, con obras de su producción, y que facilita el pago de los impuestos por la enajenación de obras artísticas y antigüedades propiedad de particulares, publicado en el *DOF* el 31 de octubre de 1994 y sus modificaciones publicadas en el *DOF* el 28 de noviembre de 2006 y el 5 de noviembre de 2007.

- Decreto por el que se otorgan beneficios fiscales en materia de vivienda, publicado en el *Diario Oficial* el 22 de enero de 2015 (que a grandes rasgos condona el pago del IVA y sus accesorios que hayan causado los contribuyentes hasta el 31 de diciembre de 2014 por la prestación de servicios parciales de construcción destinados a casa habitación).

Por otro lado, el Ejecutivo federal se compromete a no otorgar mediante decretos presidenciales o cualquiera otra disposición legal o administrativa, condonaciones o a eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios a grandes contribuyentes y deudores fiscales, salvo en las situaciones o casos extraordinarios siguientes:

- Aquellos que hayan afectado o traten de impedir que se afecte la situación de algún lugar o región del país, una rama de actividad, la producción o venta de productos, o la realización de una actividad.
- Catástrofes sufridas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias, caso en el cual se ejercerá dicha facultad en beneficio de la población afectada.

Por último, en su artículo transitorio único, se señala que el Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación —esto es, el 21 de mayo de 2019— y estará vigente hasta 2024.

### III. LA CONDONACIÓN COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA

La condonación es un tema que suele estudiarse dentro las formas de extinción de la deuda tributaria en la parte general de los manuales de derecho financiero y tributario.

Antes de adentrarnos a explicar en qué consiste esta forma de extinción de las obligaciones tributarias, debemos preguntarnos primero qué significa *condonar*, atendiendo a su significado etimológico y gramatical.

Pues bien, en su significado etimológico, la palabra *condonación* proviene del latín *condonatio* y del verbo *condono-are*, que significa “hacer donación, gratificar, conceder, regalar” (Alvarado Esquivel 2008, 275). Como se puede observar, el castellano hizo una recepción de la palabra *condonar* sin mayores cambios ni variaciones de modo que en la actualidad se emplea como sinónimo de perdón, favor o regalo (Alvarado Esquivel 2008).

Ahora bien, de acuerdo con su sentido común o gramatical, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos dice que *condonar* significa “perdonar o remitir una pena de muerte o una deuda” (RAE 2017). Es interesante que *condonación* hace también alusión al verbo “remitir”, el cual significa, entre otras acepciones reconocidas, “perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación”, “dejar, diferir o suspender” y “dicho de una cosa: ceder o perder en parte de su intensidad”.

Por tanto, además de significar el perdón liso y llano (de una deuda, de una obligación, de una pena, etcétera), *condonar* también alude a remisión, que además de entrañar la idea de perdonar, representa también una forma de suspender o dejar sin efectos algo.

De este modo, la *condonación* implica el acto por el cual el acreedor perdona o remite a su deudor una obligación de pago. Extrapolando esta noción al ámbito del derecho tributario, la *condonación* de la deuda tributaria representa el proceso por virtud del cual el Estado perdona o remite a su deudor el cumplimiento de una obligación para con la Hacienda Pública (Alvarado Esquivel 2008, 267).

En este sentido, la doctrina es pacífica en definir a la *condonación* tributaria como la extinción, total o parcial y sin cumplimiento, de la deuda tributaria y/o sus accesorios, que otorga el Estado por ministerio de ley o por medio de autoridades administrativas en ejercicio de las facultades que la ley le otorga y en los supuestos que ésta señala (Cordero García 1999, 59).

En el caso mexicano, la *condonación* tributaria se prevé en el artículo 31, fracción I, del Código Fiscal de la Federación (CFF),<sup>3</sup> que establece

---

<sup>3</sup> Artículo 39, fracción I, CFF: “El Ejecutivo Federal mediante resoluciones de carácter general podrá:

facultades de emergencia al Ejecutivo federal para condonar el pago de contribuciones y sus accesorios, y en el artículo 74 del CFF,<sup>4</sup> para el caso de la condonación de multas por infracción a las disposiciones fiscales y aduaneras, conforme las reglas de carácter general que al efecto emita el Servicio de Administración Tributaria.<sup>5</sup>

Tratándose de la condonación del pago de contribuciones y sus accesorios, es el titular del Ejecutivo federal quien ostenta esta facultad potestativa, siempre que se actualice alguno de los supuestos para su procedencia, como cuando se haya afectado o se trate de evitar que se afecte la situación de algún lugar o región del país, una rama de la actividad, la producción o venta de productos, así como en casos de catástrofes producidas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias.

Como se puede ver, las facultades de emergencia contenidas en el artículo 39, fracción I, del CFF, persiguen la finalidad de normalizar la actividad económica en regiones y sectores cuando se considera necesario mediante el otorgamiento del perdón o remisión de la deuda tributaria.

En cualquiera de estos casos, la condonación puede ser total o parcial. En el primer caso, el perdón de la deuda extinguirá la obligación tributaria en su totalidad, junto con sus accesorios (recargos, intereses, multas, etcétera); mientras que en el segundo caso únicamente implicará la extinción de los accesorios, subsistiendo la suerte principal de la deuda tributaria.

---

I. Condonar o eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios, autorizar su pago a plazo, diferido o en parcialidades, cuando se haya afectado o trate de impedir que se afecte la situación de algún lugar o región del país, una rama de actividad, la producción o venta de productos, o la realización de una actividad, así como en casos de catástrofes sufridas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias.

Sin que las facultades otorgadas en esta fracción puedan entenderse referidas a los casos en que la afectación o posible afectación a una determinada rama de la industria obedezca a lo dispuesto en una Ley Tributaria Federal o Tratado Internacional”.

<sup>4</sup> Artículo 74, CFF: “La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá condonar hasta el 100% las multas por infracción a las disposiciones fiscales y aduaneras, inclusive las determinadas por el propio contribuyente, para lo cual el Servicio de Administración Tributaria establecerá, mediante reglas de carácter general, los requisitos y supuestos por los cuales procederá la condonación, así como la forma y plazos para el pago de la parte no condonada”.

<sup>5</sup> Cabe señalar que, hasta antes de 2014, la condonación de multas era una facultad discrecional de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Para un estudio al respecto se recomienda Bernal, Santos Flores y Manzanilla Melgar (2014).



Ahora bien, cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre con la condonación en el derecho civil, en el ámbito tributario el perdón de la deuda se perfecciona con la sola manifestación expresa del acreedor de la obligación, no siendo necesaria la aceptación por el obligado tributario. Asimismo, al tratarse de un acto de mera liberalidad, el perdón de la deuda tributaria implica su gratuidad absoluta, de modo que el acreedor no obtiene beneficio alguno derivado de la deuda extinguida (Alvarado Esquivel 2008, 269).

Como se puede ver, la condonación fiscal representa un modo de excepción para la extinción de deudas tributarias —recuérdese que por regla general el pago es la forma natural de extinción de toda obligación pecuniaria—, que libera al obligado tributario de hacer frente a su deber constitucional de contribuir a los gastos públicos en virtud del perdón que le es concedido.

#### IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS CONDONACIONES FISCALES EN MÉXICO

Los programas de condonación fiscal no están exentos de debate en ningún lugar del mundo, especialmente porque, como se ha dicho, constituyen una forma excepcional de liberación de la deuda tributaria, y por ello, su utilización debe hacerse de forma especialmente cautelosa, racional y transparente, estableciendo garantías o cautelas que limiten su uso indiscriminado y discrecional. De no contar con estas cautelas de igualdad, seguridad jurídica y transparencia, se corre el riesgo de generar externalidades negativas en la percepción de cumplimiento de los contribuyentes, mermando en consecuencia la cultura contributiva y el cumplimiento voluntario y espontáneo de las obligaciones fiscales.

En este sentido, un uso indebido de los programas de condonación fiscal puede advertirse entonces como una quiebra al deber constitucional de pago de contribuciones y una abdicación de la Hacienda Pública en sus facultades de gestión y cobro de tributos.

Bajo esta línea de pensamiento se inserta el Decreto en comento, según el cual, en los últimos sexenios, la finalidad de ofrecer al contribuyente facilidades fiscales “se ha ido distorsionando hasta llegar al punto de condonaciones generalizadas prácticamente lisas y llanas, sin una visión de política pública y que sí causan un quebranto en las finanzas públicas,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1259-1268.

además de que desequilibran la carga fiscal de la sociedad en detrimento de los contribuyentes cumplidos”.

El Decreto prosigue con una crítica a los programas de condonación de los años 2000, 2006 y 2012, las cuales califica como “condonaciones a ciegas” “ordenadas” y “generalizadas” que no tomaron en cuenta el principio fiscal y de justicia tributaria que las regula; esto es, permitir la condonación exclusivamente en los casos en que se haya afectado o trate de impedir que se afecte la situación de algún lugar o región del país, una rama de actividad, la producción o venta de productos, o la realización de una actividad, así como en casos de catástrofes sufridas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias.

En suma, el Decreto señala que en México la condonación se ha convertido en una práctica nociva que ha pervertido

el mandato constitucional de que todos los mexicanos contribuyan a los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que fijan las leyes; y también pervirtiéndose la condonación de contribuciones como una política pública que, bien utilizada, debe fomentar la actividad económica y ayudar a normalizar situaciones y sectores en desventaja.

Como se puede advertir, las consideraciones del Decreto (que si bien pueden ser objeto de crítica en aspectos varios)<sup>6</sup> parten de una realidad en la que el uso indebido y opaco de la condonación fiscal (junto con otras medidas, como la cancelación de créditos fiscales por incobrabilidad e incosteabilidad) propició desencuentros entre autoridades fiscales, obligados tributarios, abogados, asesores fiscales, instituciones financieras y académicos.

Hasta ahora en México ha sido imposible conocer quiénes han sido beneficiados con este tipo de medidas,<sup>7</sup> aun cuando el Instituto Nacional

---

<sup>6</sup> No podemos dejar de mencionar, por ejemplo, lo curioso que resulta que un Decreto de 2019 decida “dejar sin efectos” una norma de 1994 (a saber, el “Decreto que otorga facilidades para el pago de los impuestos sobre la renta y al valor agregado y condona parcialmente el primero de ellos, que causen las personas dedicadas a las artes plásticas, con obras de su producción, y que facilita el pago de los impuestos por la enajenación de obras artísticas y antigüedades propiedad de particulares”, publicado en el *DOF* el 31 de octubre de 1994).

<sup>7</sup> La pugna por la transparencia y el acceso a la información en esta materia se gestó en el seno del ámbito académico por Gabriela Ríos Granados e Issa Luna Pla (2010), quienes

de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y organizaciones civiles como FUNDAR han pugnado por la transparencia y la rendición de cuentas en esta materia, dando pie a sendos procesos judiciales para obligar a las autoridades fiscales a revelar los nombres de los beneficiarios, sin obtener éxito hasta ahora.

Cabe apuntar que la reticencia de las autoridades fiscales no es exclusiva del caso mexicano. En muchos países en los que se han implementado este tipo de programas de condonación, regularización o amnistías fiscales, parece haber una resistencia natural de las autoridades a la rendición de cuentas que incluso suele ser convalidada por las autoridades judiciales (aunque en el derecho comparado se puedan encontrar algunos casos de excepción). El último caso sobre el que se tiene registro es el de Indonesia, cuyo programa de amnistía (Law 11/2016 on Tax Amnesty) fue objeto de revisión por la Corte Constitucional Indonesia, con motivo de diversos recursos interpuestos por la sociedad civil y organizaciones de trabajadores. Sin embargo, los recursos fueron negados en su totalidad (Dwi Nugroho 2017, 5).

Por otro lado, aunque los programas de condonación contribuyen a aumentar los índices de recaudación en el corto plazo, su implementación habitual e indiscriminada perjudica gravemente a la Hacienda Pública.

De acuerdo con información proporcionada por el SAT, durante el periodo 2007-2018 fueron condonados 400 mil millones de pesos a un total de 153,530 contribuyentes, de los cuales 45 concentraron un 33% del total del monto condonado (FUNDAR 2019). Datos que reflejan lo perjudicial que puede resultar para las finanzas de un país pasar por alto las cautelas y garantías señaladas líneas arriba y que hace sugerir que hubiese sido más provechoso que el titular del Ejecutivo federal ordenara al órgano recaudador a desglosar con mayores niveles de profundidad estos datos.

Por lo anterior, es importante insistir, tal como lo señala algún sector de la doctrina (Memon 2015), que el diseño de un programa de condonación o amnistía fiscal debe pasar por un análisis calibrado en el que se estudie el comportamiento y percepción de los contribuyentes, el nivel de

---

fueron pioneras en cuestionar el dogma del secreto fiscal en los programas de condonación y cancelación masiva de créditos fiscales.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1259-1268.

cultura contributiva del país en su conjunto, los niveles de informalidad y la detección de evasores fiscales por las autoridades fiscales.

En este sentido, lo aconsejable es que los programas de condonación no se implementen de forma habitual o rutinaria, se transparente su uso en todo momento y se refuerce su aplicación con medidas administrativas y sancionadoras que garanticen el cumplimiento efectivo de las obligaciones tributarias.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La condonación fiscal representa un modo de excepción para la extinción de deuda tributaria que libera al sujeto pasivo de hacer frente a su deber constitucional de contribuir a los gastos públicos en virtud del perdón que le es concedido por la autoridad fiscal.

El Decreto por el que se dejan sin efectos los programas para la condonación de deudas fiscales tiene por objetivo eliminar ciertos privilegios fiscales concedidos años atrás, además de que cristaliza el compromiso del presidente de la República de no otorgar condonaciones o eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios a grandes contribuyentes y deudores fiscales.

Aunque en el corto plazo los programas de condonación contribuyen a aumentar los índices de recaudación, su implementación habitual e indiscriminada perjudican a la Hacienda Pública, especialmente en países en desarrollo como México, en donde los niveles de informalidad son muy altos y los de cumplimiento tributario muy bajos. Por ello, la utilización de este tipo de medidas debe hacerse de forma especialmente cautelosa, racional y transparente.

## VI. REFERENCIAS

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. 2008. *Manual de Derecho tributario: Extinción de la deuda tributaria*. México: Porrúa.

BERNAL LADRÓN DE GUEVARA, Diana, FLORES SANTOS, Israel y MELGAR MANZANILLA, Pastora. 2014. *Hacia una mayor seguridad y certeza jurídica: Evolución de la facultad de la Administración tributaria en condonación de multas fiscales (artículo 74 CFF)*. Serie Cuadernos de Prodecon. núm. XV. México: Prodecon.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1259-1268.

- CORDERO GARCÍA, Antonio José. 1999. *La condonación en el ámbito tributario*. Madrid: Marcial Pons.
- DWI NUGROHO, Adrianto. 2017. “The 2016 Tax Amnesty Law: Unveiling Beneficial Owners?” *Asia Pacific Tax Buletin* 2 (23): 1-10.
- Fundar. 2019. *Prohibir la condonación de impuestos, un paso fundamental contra la desigualdad*. México. <https://fundar.org.mx/el-presidente-prohibe-la-condonacion-de-impuestos/>.
- LUNA PLÁ, Issa y RÍOS GRANADOS, Gabriela. 2012. *Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal: Desafíos en México*. México: Juridica Grijley.
- MEMON, Najeeb. 2015. “Designing a Tax Amnesty. ONE Size does not Fit All”. *Asia Pacific Tax Buletin* 1(21): 2-16.

---

---

## **BIBLIOGRAFÍA**

---

---

VILAR GONZÁLEZ, Silvia. 2018. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Madrid: Bosch-Wolters Kluwer.

Como afirma Silvia Vilar González en su monografía, la gestación subrogada es una práctica a la que cada vez más personas recurren, en la mayoría de los casos como última opción para formar sus propias familias. Se trata de un tema polémico, complejo y ambiguo, de máxima actualidad tanto en nuestro panorama nacional como en el ámbito internacional, con múltiples connotaciones sociales, políticas y religiosas, y sobre el que todos parecemos tener una opinión y postura, más o menos formada, pese a desconocer, en la mayoría de los casos, en qué consiste exactamente su práctica y qué modalidades existen en torno a ella.

En su estudio, Vilar González pretende dotar al lector de las herramientas intelectuales necesarias que le permitan conocer qué es realmente la gestación subrogada, cuáles son sus orígenes —mucho más remotos de lo que creemos—, cómo se lleva a cabo, sus principales características, tratar de comprender la motivación de las personas que recurren a ella, así como identificar la problemática que la rodea, para que, con todo ello, pueda replantearse su visión con respecto a este tema, más cercano y razonable de lo que parece.

Razones por las cuales ha tratado de abordar su enfoque desde una perspectiva más descriptiva que dogmática con la finalidad de evitar planteamientos apriorísticos fácilmente sostenibles desde determinados puntos de vista ideológicamente definidos.

El trabajo se estructura en tres grandes bloques: en el primero, se comienza con cuestiones preliminares, como precisiones conceptuales en torno a esta figura, sus distintas modalidades o las posturas doctrinales a favor y en contra, necesarias todas ellas para hacer posible la comprensión de la parte más técnica del estudio.

En el siguiente bloque, la autora ahonda en la regulación española que afecta a la materia y parte de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con base en el cual todos los contratos que tengan por objeto esta práctica llevarán

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1271-1273.

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

aparejada la nulidad de pleno derecho. No obstante, no se prevén sanciones adicionales que pudieran ser de aplicación a los padres intencionales o a la gestante, salvo en el caso de que se tratara de alterar fraudulentamente la filiación, estado o condición del menor, o se incurriese en el delito de suposición del parto, en cuyo caso serían de aplicación los tipos correspondientes del Código Penal español. Tal y como señala Vilar González, dicha situación supone que la figura de la gestación por sustitución ostente en nuestro país una posición de alegalidad, pero no de ilegalidad. Se menciona también, dentro de este bloque, los mecanismos legales que hacen posible que, las familias españolas que recurran a esta práctica en países extranjeros, consigan regresar a España en compañía de sus hijos y que puedan lograr, sin demasiadas complicaciones, alcanzar la finalidad última del contrato, es decir, la inscripción del nacimiento y el establecimiento de la filiación a su favor en el Registro Civil competente, e incluso llegar a obtener las prestaciones del ámbito laboral asociadas a la maternidad y a la paternidad, con la incongruencia jurídica que todo ello supone. Asimismo, profundiza en la jurisprudencia más relevante en la materia, tanto del orden civil como laboral, de los órganos jurisdiccionales y comunitarios, así como los distintos avances e iniciativas que se han producido durante los últimos años, dirigidos hacia una regulación favorable de la subrogación. En el tercer y último bloque del trabajo, Vilar González estudia la regulación legal de la cuestión que nos ocupa en más de veinte países del mundo, tanto favorables como desfavorables a la subrogación, puesto que considera fundamental conocer las tendencias y rasgos básicos de las distintas legislaciones en esta cuestión, para poder determinar con ello los aspectos que pudiera interesar extrapolar a nuestro ordenamiento jurídico de cara a una futura regulación.

En definitiva, la autora pretende demostrar en esta obra “la necesidad de contar en España, tan pronto como sea posible, con una regulación legal en esta materia que fije claramente los parámetros y límites por los que su práctica deberá discurrir, velando especialmente por el interés superior de los menores que nacerán como consecuencia de estos acuerdos, pero sin olvidar tampoco los derechos y obligaciones de los restantes intervinientes en estos procesos, como son, la gestante y los padres de intención”, ya que, como afirma, el panorama legal español existente actualmente en la materia no evita que las personas que desean ser padres por esta vía recurran a ella,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1271-1273.



ni que logren los resultados esperados, ya sea dentro o fuera de las fronteras españolas, y mucho más cuando en nuestro propio país se han habilitado mecanismos legales que permiten alcanzar los efectos últimos del contrato.

Elena ATIENZA MACÍAS\*

---

\* ORCID: 0000-0002-4275-7170. Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto e investigadora postdoctoral “Juan de la Cierva” en la Universidad del País Vasco UPV/EHU. Facultad de Derecho - Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano (Bilbao, España). Correo electrónico: [elena.atienza@ehu.eus](mailto:elena.atienza@ehu.eus).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1271-1273.

DEL GRANADO, Juan Javier. 2018. *De iure civile in artem redigendo. Nuevo proyecto de recodificación del derecho privado para el siglo XXI en Latinoamérica y el Caribe (desde el análisis económico del derecho)*, México: UNAM.

Para la recensión de esta obra comenzaré con una descripción, seguiré con un breve planteamiento de lo que en mi opinión la motiva y terminaré con una revisión y juicio de sus contenidos.

Este libro se compone de una parte preliminar y del proyecto propiamente dicho. En la parte preliminar se encuentran el proemio, escrito por el eminente romanista colombiano-hispalense Fernando Betancourt Serna, autor de uno de los mejores libros de texto de derecho romano disponibles en lengua castellana (2010), además de un novedoso estudio sobre el libro *De interdictis* (1997) en el cual recupera la metodología planteada por Ernst Levy para el estudio *ad hoc* de las *Pauli Sententiae* y lo aplica a esta otra fuente de derecho romano. Aquí, el prologuista se ocupa de la tradición de la enseñanza del derecho romano y de la sistematización del derecho civil en la forma de Código. El texto es breve, pero claro y erudito.

Siguen los agradecimientos, y luego la nota introductoria (en realidad llamada “Estudio introductorio en donde se explican su naturaleza y los propósitos del autor”). En ésta se plantea una historia de los estudios de *L&E* (*Law & Economics*, o AED, esto es análisis económico del derecho), y con ello en buena medida el basamento teórico en el que se funda el proyecto. Indica, asimismo, posibles adaptaciones, celebra la eficiencia del derecho romano y señala los antecedentes del proyecto concreto.

En la segunda parte, la del proyecto en sí, se plantea el articulado concreto. Como se advierte por el propio título de la obra, *De iure civile in artem redigendo. Nuevo proyecto de recodificación del derecho privado para el siglo XXI en Latinoamérica y el Caribe (desde el análisis económico del derecho)*, principalmente en la parte final, el contenido mismo está visto y ajustado conforme a los postulados del análisis económico del derecho (AED), pero con un sustrato importante de derecho romano. La exposición recupera *numéricamente* la tripartición, pues se divide en tres libros, a saber: libro I *De las personas y el*

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1275-1282.

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

*patrimonio*, libro II *De la propiedad y sus cambios* y libro III *De las obligaciones y de la intermediación comercial, financiera y bursátil*.

Para valorar adecuadamente esta obra, creo menester señalar que se inscribe directamente en el seno de la discusión de la crisis por la que atraviesa el derecho civil, misma que fue denunciada (como recuerda Fernando Betancourt en el proemio que abre la obra) por Álvaro D'Ors (1952; 1973). Por ello, son forzosas reflexiones de diversos niveles.

Dicha crisis se presenta de manera amplia. Se advierte, lo mismo como síntoma que como una casi espontánea manera de solucionarlo, a través del fenómeno de la hiperconstitucionalización. En el contexto mexicano, y por las características propias del juicio de amparo, pero acentuadas con las reformas de 2011, se comienza a advertir una veta creativa en los tribunales que reajustan y reinterpretan el derecho civil desde los conceptos y categorías que son propias del derecho constitucional o que son por lo menos ajenas al arsenal conceptual propio del derecho privado. En el mismo sentido, tribunales de otras partes amplían y a veces distorsionan categorías aparentemente consolidadas del derecho civil, dando lugar a nuevas instituciones o subcategorías que aíslan e independizan los (sub) sistemas jurídicos, u obligan a replantear el sentido de otras instituciones, ora por el contacto y asimilación de figuras procedentes de otros sistemas jurídicos, ora por buscar dar una solución novedosa a hipótesis anteriormente no contempladas.

Otra manifestación de la crisis se advierte en las propuestas, en buena medida aún pendientes de realización, sobre la denominada “justicia cotidiana”. Se trata de un modo provisorio y que ataca un aspecto administrativo, pero que en mi opinión no concreta una solución sustancial, y que aún está pendiente en muchos aspectos.

Para enfrentar los retos que supone esta crisis, me parece que, adicional a lo señalado, existen dos propuestas con miras de completitud que pueden identificarse: por una parte, el neopandectismo, que recupera la experiencia jurídica romana y la aprovecha para reconstruir las bases interpretativas del derecho presente, procediendo cautelosamente; por la otra, el análisis económico del derecho (AED) o *Law & Economics (L&E)*, que supone un método (o un conjunto de métodos) y el uso de herramientas económicas para reinterpretar el derecho, desde una base que llamaríamos “formal”. Dicha formalidad determinó que los estudios de

AED tuvieran un enfoque ahistórico,<sup>1</sup> o incluso, dada la generalización implícita, necesitara prescindir de los contextos y de la complejidad y particularidades materiales de las sociedades estudiadas, en buena medida determinado esto por su raíz universalista en los presupuestos liberales de microeconomía.

Acercarse a los estudios del AED supone una doble dificultad. Por una parte, supone una literatura bastante desarrollada, tanto en cantidad como en complejidad (ya que si bien en sus desarrollos iniciales, y quizá en los cuales tuvo mayor impacto, hacen uso de las matemáticas usuales de la microeconomía, desarrollos posteriores hacen uso de matemáticas más sofisticadas, por ejemplo, la teoría de juegos); por la otra, los principales desarrollos de este enfoque han sido realizados en los Estados Unidos, y lo han hecho sobre instituciones y problemáticas del *Common Law*, por lo cual resulta fundamental tener un conocimiento adecuado del sistema jurídico de referencia.<sup>2</sup> No obstante la penetración que desde hace algunos años los estudios de AED han tenido en los países de tradición jurídica romanística,<sup>3</sup> en muchas ocasiones la aplicación suele ser meramente instrumental y señaladamente parcelada o parcializada.<sup>4</sup> Para tener una visión global y sustantiva que permitiera ver una adecuada integración de los postulados del AED en un orden normativo, no había una obra adecuadamente comprensiva.<sup>5</sup> En todo caso, desde una perspectiva cercana pero con significativas diferencias, lo cual la hace solo analógica y margi-

---

<sup>1</sup> Pero sólo “tuvieran”, ya que hay una moderna tendencia a acercar los estudios de *L&E* a derechos históricos y a la historia misma de derechos antiguos. Una revisión interesante de la progresión y cambio de los estudios del *L&E* y de su incursión en el estudio de los derechos de la antigüedad se encuentra en Maganzani (2018).

<sup>2</sup> El “AED al nacer en el commonlaw (*sic.*) no puede ser utilizado en un sistema de derecho continental...”, señala, por ejemplo, Rodolfo Armando Román Benites (2012).

<sup>3</sup> “(El) movimiento AED se ha fortalecido, tanto en su país de nacimiento, como en otros países” señala Pierluigi Chiassoni (2013, 9) e indica “Véase por ejemplo los ensayos dedicados al AED en diferentes países de Europa que se encuentran en la *Encyclopedia of Law & Economics*, dirigida por B. Bouckaert y G. De Geest de la Universidad de Gand (<http://encyclo.findlaw.com/>)”. Allí, efectivamente, pueden encontrarse artículos como *L&E* en Italia, *L&E* en Serbia, etcétera. A ello se pueden agregar muchos trabajos, de los cuales refero los de Jesús Antonio Bejarano (1999) y de Eleonora Rodríguez Lozano (2016).

<sup>4</sup> Pienso, por ejemplo, en la tesis de Camilo Bernal García (2003), también a Hugo A. Acciarri (2006); Diego M Papayannis (2009); J. Verón y F. Roldán Bulnes (2005); Francisco Marcos (2015).

<sup>5</sup> Salvo que se considere Germán Coloma (1999).

nalmente equiparable, diversos escritos de Hayek y la obra de Bruno Leoni servían para establecer de una manera cabal el rediseño del derecho que supone el enfoque microeconómico supraordinado al derecho. Pero faltaba una visión concretizada, una “traducción” de los cálculos y de los presupuestos teóricos al plano normativo: un aterrizaje en el lenguaje mismo del derecho. Esto es, en buena medida, *De iure civili in artem redigendo*.

El lector que se acerque a esta obra encontrará un proyecto ambicioso y provocador. Lo sabe el autor y de ello previene en el “Estudio introductorio”. Cabe decir que, tratándose de un código, requiere de una lectura peculiar.

Así, puede ser leído sin más como código, según lo manifiesta en el título: esto es como uno que podría ser adoptado tal cual. La valoración individual que se realice, en consecuencia, dependería de estimar su articulado desde una interpretación sistemática. Posteriormente señala que podría ser tomado como “código modelo”. En esta última vertiente convendría considerarlo no alejado de esfuerzos semejantes de integración o de unificación del derecho civil, concretamente destinado a la región señalada en el título. Pero, en virtud de las grandes modificaciones que presenta respecto de la sistemática misma, es también posible verlo como un “modelo de código”, esto es una estructura desde la cual reentender y reconsiderar las instituciones mismas y su pertinencia dentro del sistema de derecho privado en la perspectiva de *L&E*. De ahí, pues, el título: *de iure civili in artem redigendo*, recordando a Cicerón, a la obra perdida de Cicerón que sistematizaba el *ius civile*.<sup>6</sup> El punto no deja de ser interesante. La romanística ha insistido, por ejemplo, en la importancia que tuvo la ordenación muciana y luego la gayana, que toman como punto de partida en la ordenación de las materias (*prima pars potissima pars*), el primero la sucesión, y el segundo la persona. El orden es también sentido, y si se considera que el cambio de paradigma es tal que dicho orden es ya inoperante, deficiente o insuficiente, es también necesario que entre en consideración.

Por ello, creo que comprensivamente en buena medida puede estimarse como una labor de traducción, no lingüística, sino de una “lógica operativa” a otra. Ello depende, desde luego, de una inversión de términos a los que ordinariamente estamos acostumbrados: esto es, que la finalidad de eficiencia económica no sea acogida en términos instrumentales

<sup>6</sup> La noticia de esta obra es tomada de Gelio *N.A.* 1.22.7

sino fundamentales; diríase, pues, retomando a Polinsky, que la norma eficiente es necesariamente justa.

Había dicho anteriormente que el lector que se acerque a esta obra ha de enfrentarse con una pieza ambiciosa y provocadora. Lo primero porque, como señalaba, se propone dar una visión global no ya de las instituciones del derecho civil sino del conjunto —que se antoja inasible— del derecho privado;<sup>7</sup> lo segundo, porque en la presentación de las materias hay continuas sorpresas. Llama la atención que se establezca el código complementado con el *Corpus Juris Civilis* y con la opinión de los especialistas del AED como el ordenamiento privado en sí.<sup>8</sup> No es sorpre-

---

<sup>7</sup> Esto nos lleva ya a considerar los contenidos mismos del proyecto. Por una parte, sigue la tendencia de recodificación, esta vez reabsorbiendo radicalmente las materias de derecho privado; en este punto, si se toma como modelo el Nuevo código civil y comercial de la nación argentina que reintegra el derecho comercial y el civil, la propuesta del autor hace lo mismo, pero incorporando el bursátil y el financiero. La aspiración común de la escuela del *L&E* por un derecho mínimo en tanto derecho de orden exógeno, se representa bien en el reducido número de páginas y la gran amplitud de materias comprendidas (a menos, claro, que se contabilicen también las del CJC).

<sup>8</sup> Pues en el tema de la integración del derecho, el autor considera que el orden jurídico de derecho privado se integra por el Código (*i. e.* el código modelo *De iure civile in artem redigendo*) y se complementa por el *Corpus Juris Civilis*, la determinación de la interpretación de la norma queda determinada por lo que señalan los estudiosos del *L&E*.

Conviene pensar con cuidado que en ello hay de algún modo una inspiración, pero también una modificación del esquema romano, en la dicotomía *ius-lex/auctoritas-potes-tas*... En buena medida la distinción romana *ius-lex* parecería “análoga” (¿forzadamente análoga?) a la distinción establecida por Hayek (1994, 72) entre *kosmos* y *taxis*, esto es entre los órdenes espontáneos y los órdenes artificiales: “El orden creado que hemos denominado exógeno u ordenación puede también ser calificado de estructura, orden artificial u organización, término este último especialmente adecuado cuando se trata de un orden social dirigido. Por su parte, el orden autógeno o endógeno queda debidamente especificado mediante la expresión orden espontáneo. El griego clásico tuvo la fortuna de disponer de vocablos diferentes para designar estos dos tipos de orden *taxis* para el creado (por ejemplo, el orden de batalla), y *kosmos* para el espontáneo (término que originalmente aludía al adecuado orden de un Estado o de una comunidad)”. A dicho esquema dicotómico puede posteriormente encontrarse reinterpretado en las obras de Oakeshott (telecracia-nomocracia) y, con mayor precisión de Leoni (derecho-legislación), como bien advierte Fernando Escalante (2015) en su *Historia mínima del Neoliberalismo*. Aquí pues el código, como se lo entiende tradicionalmente, tendría que ser ejemplo de orden artificial, y los dictados del *L&E* como la visión del orden natural. Solo que este código es ya una traducción de dicho orden natural, y en todo caso aparece como presupuesto que el derecho romano de alguna manera lo sigue también. En consecuencia, pareciera que existen órdenes naturales distintos y de distinto valor, que pueden entrar en conflicto. La prevalencia en todo

sa, por ejemplo, el amplio espacio dedicado a la propiedad, en proporción con otras materias. Sin embargo, cuando las materias se encuentran fuera del ámbito considerado habitualmente como mercado, su tratamiento es mínimo: familia, sucesiones, por ejemplo. En el título de familia, por decir, algunas instituciones son contractualizadas. Y los contratos en sí tienen un tratamiento peculiar: se rescata y reinterpreta la buena fe en clave de AED, se reincorpora al sistema la *stipulatio* como una herramienta para dar certeza y publicidad a lo contratado y se elimina el principio *rebus sic stantibus*. La función registral queda restringida a una plataforma digital en buena medida operada por el notariado, que ve así ampliado su margen de acción. El proceso, todo el proceso, es reemplazado por el arbitraje.

Son muchas las modificaciones, reducciones y cambios como para ser tratados en una reseña, o siquiera enlistados.

En general, como decía, *De iure civili in artem redigendo* creo que en buena medida se trata de una “traducción”, una traducción académica, lógica, rigurosa, de un sistema a otro sistema. Ello implica que hay términos —y una sintaxis peculiar— que rigen la redacción. Ello también implica que hay conceptos clave que subyacen: reducción del estado, idea de un orden espontáneo natural, eliminación de lo social o su interpretación como composición de individuos. Corresponde a un debate académico y profesional concretar señalamientos, realizar ajustes, sugerir modificaciones: profundizar, en suma. Yo, de momento, celebro la provocación del autor, y la ambición de este trabajo que, espero, consiga avivar inteligentemente una discusión necesaria y aún pendiente entre nuestros enfoques, nuestras disciplinas, nuestros sistemas, y, por qué no, nuestros prejuicios, en aras de lograr conjuntamente el propósito común: un derecho civil justo y eficiente.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIARRI, Hugo A. 2006. “El análisis económico del derecho de daños. Elementos para una aproximación”. *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*. Número especial sobre Derecho y Economía [http://works.bepress.com/hugo\\_alejandro\\_acciarri/20/](http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/20/).

---

caso es la perspectiva del economista, que quizá en cierta manera sustituye la *auctoritas* del jurista.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1275-1282.

- BEJARANO, Jesús Antonio. 1999. “El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”. *Revista de Economía Institucional* 1 (1): 155-167.
- BERNAL GARCÍA, Camilo. 2003. En *Teoría de juegos y derecho, una aplicación a la liquidación de la sociedad conyugal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- BETANCOURT SERNA, Fernando. 1997. *El Libro Anónimo “de Interdictis”. Codex Vaticanus Latinus N° 5766*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- BETANCOURT SERNA, Fernando. 2010. En *Derecho romano clásico*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- CHIASSONI, Pierluigi. 2013. *El Análisis Económico del Derecho Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.* trad. Félix Morales Luna. Lima: Palestra.
- COLOMA, Germán. 1999. *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino*. CEMA Working Papers: Serie Documentos de Trabajo núm. 156. Buenos Aires: Universidad del CEMA.
- D’ORS, Álvaro. 1973. “Los romanistas ante la actual crisis de la ley”. En *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español núm. 23. Madrid: Ateneo.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando. 2015. *Historia mínima del neoliberalismo*. México: El Colegio de México.
- HAYEK, Friederich. 1994. *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. I: Normas y Orden, trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial.
- LOZANO RODRÍGUEZ, Eleonora (coord.) 2016. *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*. Colombia: Universidad de los Andes.
- MAGANZANI, Loretta. 2018. “«Law and Economics» e diritto romano”. En *Antología jurídica romanística e antiquaria*. ed. Lorenzo Gagliardi. Vol. 2. Milán: Giuffrè.
- MARCOS, Francisco. 2015. “Contribuciones del análisis económico del derecho Contribuciones del análisis económico del derecho de sociedades en España”. Número especial dedicado al Análisis económico del derecho, *Economía industrial* 398: 31-40.
- PAPAYANNIS, Diego M. 2011. “El enfoque económico del derecho de daños”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 32: 459-496.



- ROMÁN BENITES, Rodolfo Armando. 2012. “Sobre Hari Seldon, el análisis económico del derecho y la teoría de juegos”. *Ius 360*. <http://ius360.com/otro/analisis-economico-del-derecho/sobre-hari-seldon-el-analisis-economico-del-derecho-y-la-teoria-de-juegos/>.
- VERÓN, J. y ROLDÁN BULNES, F. 2005. “Análisis económico del derecho sobre el proyecto de reforma de la Dra. Cecilia Grosman al Artículo 255 del Código Civil”. *Revista Jurídica* 9: 302-308.

Horacio HEREDIA VÁZQUEZ\*

---

<sup>9</sup> ORCID: 0000-0002-9192-2216. Investigador titular “A” de TC, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: [llastre@gmail.com](mailto:llastre@gmail.com).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1275-1282.

TELLES DE MIRANDA, Adriana Augusta. 2016. *Adoção de embriões excedentários à luz do direito brasileiro*. São Paulo: Método

Perpassando por reflexões que contemplan searas vastas do direito, Adriana Augusta Telles de Miranda, em *Adoção de embriões excedentários à luz do direito brasileiro*, propõe nortear o leitor como a destacada temática vem evoluindo e sendo discutida, seja na doutrina, na jurisprudência dos tribunais ou na legislação brasileira. Para tanto, aponta preliminarmente um esboço histórico, marcando assento nos momentos greco-latino clássico, medieval e iluminista, para assim situar o seu objeto no tocante aos direitos da pessoa ao longo do tempo a partir de *Os direitos da pessoa na evolução histórica: breve esboço*, e estabelecer o atual estado da arte na realidade contemporânea.

Em segundo momento, agora denominado *A dignidade humana no Direito Civil Constitucional*, passa a elencar os fundamentos dessa nova perspectiva analítica do Direito Civil e dos seus institutos e elementos mais clássicos agora sob a ótica do constitucionalismo garantista, marcado precisamente na tutela da pessoa humana. Ainda nessa etapa, destaca ponderações sobre princípios e normas, mas destaca esforços em abordar o princípio que vem nortear essa resignificação das relações privadas no direito brasileiro, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana. A principiologia constitucional agora invade as relações civilísticas para atribuir valor e função não mais na órbita da propriedade, mas sim na vida e bem-estar dos indivíduos que essas relações privadas geram impactos.

Ao abordar direitos da personalidade, elementares como pessoa natural, nascituro —e as teorias que o envolvem— e embriões passam a compor a sua narrativa de análise, o que faz a autora adentrar ao foco da discussão proposta no título de sua publicação. *A dignidade no Direito da Pessoa* passa assim a focar na figura do embrião, desde em relação ao seu direito à vida, até mesmo ao direito à filiação. Embriões excedentários, como bem é enfatizado por Miranda, correspondem àqueles que não se encontram na órbita do desejo daqueles que participaram de processos de fecundação *in vitro*, sendo assim passíveis de descon sideração em procedimento específico.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1283-1285.

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

Em *Da adoção ou doação de embriões excedentários*, apresentada é a condição de adoção de nascituros e embriões, a partir das disposições impressas no nosso ordenamento jurídico, bem como das orientações depreendidas das decisões dos nossos tribunais. Além desse tópico, o capítulo ainda problematiza a escolha do pré-embrião, pontuando resolução do Conselho Federal de Medicina e o Estatuto da Criança e do Adolescente, este como trâmite a ser observado e seguido para a correta adoção. Nesse quesito, se faz necessária a voz da autora quando assim analisou o procedimento de adoção: “Percebe-se que, na adoção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, as características da criança são previamente escolhidas pelos adotantes. O objetivo é favorecer maior semelhança do adotado com a nova família adotante” (Telles de Miranda 2016, 160). Mais a frente, ainda discutindo a eleição possível das características da criança, a autora evoca estudiosos como Flávio Tartuce e Maria Helena Diniz para problematizar a faculdade dirigida aos pais adotantes e frisar que a ocorrência de manipulação genética corresponde a uma ofensa ao sistema constitucional pátrio que, no seu todo, protege a dignidade da pessoa humana.

*Das consequências da adoção de embriões excedentários*, destaca Miranda a gestação unilateral e o respectivo diálogo com o princípio da paternidade responsável, posto que a maternidade unilateral corresponde a um direito da mulher, conforme apontamento legislativo e jurisprudencial. Em contrapartida, um fato social merece atenção em particular: da possibilidade do filho conhecer os pais biológicos. Corresponde a um direito do indivíduo conhecer e reconhecer os seus antepassados, mas aqui complementa a autora com os seguintes dizeres “...isso não implica o reconhecimento da filiação, mesmo porque pai, entende-se, é aquele que busca a paternidade, como ocorre na hipótese da filiação socioafetiva” (Telles de Miranda 2016, 174). Mais à frente, analisando o Enunciado 111 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, elaborado na I Jornada de Direito Civil, aduz que “é possível o filho reconhecer os pais biológicos, mas não se estende a esse filho o direito de buscar estabelecer o vínculo de parentesco” (Telles de Miranda 2016, 177). Esse conhecimento, como enfatiza Miranda, é relevante para o conhecimento de possível doença hereditária presente e ou futura trazida pela condição genética e também para o evitar de núpcias entre irmãos, geneticamente falando.

Ainda no capítulo, mas agora tratando das implicações no Direito de Família, a autora pontua uma gama de princípios que bebem da compreensão

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1283-1285.

da nossa Carta Constitucional e influenciam as novas diretrizes sobre os direitos das famílias: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade, princípio da igualdade e de respeito à diferença, princípio da solidariedade familiar, princípio da proteção da proteção integral à criança e ao adolescente, princípio da proibição de retrocesso social, princípio da afetividade e princípio da função social da família. Tal arcabouço principiológico embasa as novas definições de famílias, não mais no singular, mas sim na pluralidade, como se constituem os milhões de lares brasileiros e mundiais. Detém espaço para discussão o status da filiação, da investigação de paternidade e a possibilidade de requisição de alimentos face os pais genéticos. Finalizando a obra e abordando Direito Sucessório junto à problemática trazida, Miranda reconhece a possibilidade do “...doador genético, por meio do testamento — ato de disposição de última vontade —, beneficie o filho genético, tratando-se, no caso, de sucessão não legítima, mas testamentária” (Telles de Miranda 2016, 207).

A pós-modernidade imprime no direito a necessidade cada vez mais urgente de dinamismo e de conexão com a sociedade humana. Temáticas ligadas ao biodireito se constituem como caras ao ordenamento jurídico pátrio, sendo necessária total atenção do parlamento brasileiro para geração de disposições legais que regulamentem a temática. Como ressaltamos, legislações nacionais e regulamentações do próprio Conselho Federal de Medicina existem, todavia, a ação continua da ciência obriga uma atenção precisa da sociedade e dos operadores do direito, e eis a qualidade do proposto por Miranda: o destacar de uma realidade que promove inquietações e ressignificações de institutos e elementares até então compreendidos como solidificados na doutrina nacional, mas que, pela relação de interdisciplinaridade, precisamente com a Medicina, necessitam de atualização e atenção frequentes.

Adaylson WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS\*

---

<sup>1</sup> ORCID: 0000-0002-5472-8879. Advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Doutor e mestre em Letras (UEPB), especialista em Direitos Humanos (UFMG), em Direito Civil Constitucional (UEPB), em Prática Judicante (UEPB) e em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa (UEPB), licenciado em Letras – habilitação Português (UEPB) e bacharel em Direito (UNJPÊ), João Pessoa, PB, Brasil. Correo electrónico: [avsvasconcelos@gmail.com](mailto:avsvasconcelos@gmail.com).