



BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 156

Nueva Serie Año LI Núm. 156 Septiembre-Diciembre 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, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 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*. Editor responsable: Ma Carmen Macías Vázquez. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN electrónico 2448-4873. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz

Apoyo editorial: Ilayali G. Labrada Gutiérrez y Gilda Bautista Ravelo

Formación en computadora: Javier Mendoza Villegas.

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

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directora

Ma Carmen Macías Vázquez

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero
Wendy Vanesa 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 Kozolchik (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 Parceró (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM); Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (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).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 6 de noviembre de 2020

2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN electrónico: 2448-4873

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

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

CONTENIDO

ARTÍCULOS

Germana AGUIAR
RIBEIRO DO
NASCIMENTO

Les droits des femmes en France: une
longue route vers l'égalité.1301

Kahina MERZELKAD

*Women's Rights in France: A Long Road to
Equality*

Enrique CAMACHO
BELTRÁN

Cuando la corrupción es cultural: explo-
rando conceptos de corrupción morales,
institucionales y basados en reglas . 1325

Francisco GARCÍA
GONZÁLEZ

*When Corruption is Cultural: Exploring Mor-
al, Institutional and Rule-Based Concepts of
Corruption*

Regina Ingrid DÍAZ
TOLOSA

El estatuto de responsabilidad civil en
los Convenios de Ginebra y su apli-
cación por los tribunales de justicia
chilenos1361

*The Civil Liability Statute in the Geneva Con-
ventions and its Application by the Chilean
courts of Justice*

Francisca FERNÁNDEZ
PROL

Sonia FERNÁNDEZ
SÁNCHEZ

Trabajadores inmersos en procesos de subcontratación transnacional: ¿qué protección desde el plano internacional?1383

Workers in Transnational Outsourcing Processes: what is the Protection at the International Level?

Aida FIGUEROA BELLO
Gerhard NIEDRIST

Algunas aproximaciones a las sentencias relevantes emitidas por el tribunal de Luxemburgo en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el derecho comunitario europeo1407

Some Approximations to the Relevant Judgments in the Law of the European Union Issued by the European Court of Justice on Equality Between Men and Women in European Community Law

Ana Cristina GONZÁLEZ
RINCÓN

Aproximación a la configuración jurídica del derecho al olvido en Internet: un análisis a partir de la sentencia del TJUE vs Google1449

An Approach to the Legal Configuration of the Right to be Forgotten on the Internet. An Analysis from the Judgment of the CJEU vs Google

Daniel GONZÁLEZ URIEL

La protección penal de los sentimientos religiosos: el caso español1477

Legal Protection of Religious Feelings: the Spanish Case

Carlos ISLER SOTO

¿Qué papel juega la *consideration* en la teoría del contrato de Thomas Hobbes?1523

What Role Does The Consideration Play in Thomas Hobbes's Contract Theory?

Liliana Damaris PABÓN
GIRALDO

Implicaciones de una codificación procesal constitucional para Colombia . 1551

Andrés Gustavo
MAZUERA ZULUAGA

Implications of a Constitutional Procedural Codification in Colombia

Carolina RIVEROS
FERRADA

La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico chileno1575

Maximiliano OLIVARES
RAMÍREZ

Gabriela VILLARROEL
TORO

Health Medical Civil Responsibility in the Chilean Legal System

Eduardo ROJAS VALDEZ

El control de convencionalidad como instrumento para integrar tipos penales: su viabilidad a partir del principio de legalidad.1599

Control of Conventionality as an Instrument to Integrate Criminal Offenses: its Viability Considering the Principle of Legality

Jorge Alberto SILVA

El enfoque epistémico en el tratamiento de las relaciones entre entidades federativas 1637

The Epistemic Approach in the Treatment of Federal States

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Germana AGUIAR
RIBEIRO DO
NASCIMENTO

El derecho humano al agua en España: Reconocimiento y accesibilidad económica como elementos clave para su efectividad 1671

Miguel CARBONELL

Algunos aspectos de la audiencia inicial en el Código Nacional de Procedimientos Penales 1693

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia 1709

BIBLIOGRAFÍA

Alina CACHO ROBLEDO
VEGA

HERZOG, Tamar. 2019. *Una breve historia del derecho europeo: los últimos 2500 años*, Madrid, Alianza Editorial 1731

Jaime CÁRDENAS
GRACIA

VALLESPÍN, Fernando y BASCUÑÁN, Má-
riam M., 2017, *Populismos*, Madrid, Alian-
za Editorial 1737

Silvio CUNEO

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1998. *En busca
de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmáti-
ca jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar . 1751

José Manuel LASTRA
LASTRA

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia.
2019. *Conflictos individuales de seguridad social.
Interposición y resolución conforme a la Ley Fede-
ral del Trabajo*, México, Trillas. 1757

ARTÍCULOS

LES DROITS DES FEMMES EN FRANCE: UNE LONGUE ROUTE VERS L'ÉGALITÉ*

WOMEN'S RIGHTS IN FRANCE: A LONG ROAD TO EQUALITY

Germana AGUIAR RIBEIRO DO NASCIMENTO**

Kahina MERZELKAD***

RESUME: L'histoire des institutions juridiques françaises démontre une exclusion flagrante des femmes de la vie politique et citoyenne. Des luttes ont été nécessaires pour que la situation des femmes changeât. Des initiatives de garantis des droits des femmes ont ainsi petit à petit été entreprises par le législateur français à travers l'adoption de lois. L'une des premières de ces lois est celle sur l'égal accès des filles à l'enseignement primaire en 1801. La reconnaissance des droits des femmes se fait, ainsi, de manière progressive. Il serait intéressant de se demander dans qu'elle mesure existe-t-il des droits des femmes dans les normes légis-

ABSTRACT: French legal institutions' history demonstrates a blatant exclusion of women from political and civic life. Women had to struggle for their rights for this situation to change. Legal initiatives to grant women's rights have thus been taken petit à petit by French legislators. One of the first of these laws is the one that grants equal access to primary education to girls in 1801. The recognition of women's rights happens gradually. Thus, it would be interesting to analyse in which measure there are women's rights in French Law. Indeed, women's rights are protected generally but also specifically. However, the persistence of inequalities in society and the emergence of non categorical rights question the utility of using measures of positive discrimina

* Artículo recibido el 10 de octubre de 2017 y aprobado para su publicación el 2 de diciembre de 2019. Este artículo fue realizado en el marco del proyecto "Transformaciones de la justicia: autonomía, inequidad y ejercicio de derechos", DER2016-78356-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español y del programa de investigación Grisolia (Ref. 2016/098), financiado por la Generalitat Valenciana.

** ORCID: 0000-0002-2942-3803. Abogada y antropóloga. Máster en Derechos Humanos en la Universidad Católica de Lyon-Francia (Contrato Fondation de France). Doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional en la Universidad de Valencia-España (Contrato Santiago Grisolia). Correo electrónico: germana_aguiar@hotmail.fr, germana.aguiar@uv.es.

*** ORCID: 0000-0002-9464-3749 Abogada. Master en Derechos Humanos en la Universidad Católica de Lyon-Francia (Contrato Fondation de France). Doctoranda en Derecho Internacional de la Université Pierre-Mendès France – Grenoble II. Corre electrónico: merzkelkahina@yahoo.fr.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1301-1324.

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

latives françaises. En effet, les femmes bénéficient d'une protection générale mais aussi spécifique. Cependant, la persistance d'inégalités dans la société et l'apparition de droits non catégoriels remettent en cause l'utilité du recours à ces mesures de discrimination positive, ce que démontre que les luttes pour l'égalité doivent continuer. La méthodologie qualitative sera utilisée. La recherche documentaire, l'étude de la jurisprudence et de la législation permettront de regrouper les renseignements relatifs au sujet.

tion. This comes to show that the fight for equality must continue. The qualitative methodology will be used. Documentary research, the study of jurisprudence and legislation will support the information relating to the subject.

Mots-clés: Droits des femmes, égalité, législation française.

Keywords: *Women's rights, equality, french law.*

RÉSUMÉ: I. *Introduction.* II. *La consécration d'une législation protectrice à l'égard des femmes.* III. *Les repercussions du recours à la discrimination positive à l'égard des femmes.* IV. *Conclusion.* V. *Références.*

I. INTRODUCTION

L'article premier de la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne de septembre 1791 d'Olympe de Gouge affirme que la femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits et que les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. Il s'agit d'un manifeste qui revendiquait la reconnaissance aux femmes de droits civils et politiques ignorés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 08 août 1789.

En effet, cette dernière excluait totalement les femmes de toute participation à la vie civique et politique, ce qui remettait en cause le caractère universel de la Déclaration et marquait ses limites. Le manifeste d'Olympe de Gouge est, donc, un cri de révolte et de dénonciation à l'encontre d'un texte discriminatoire garantissant des droits naturels uniquement aux hommes. Ces revendications n'ont pas eues d'échos tangibles auprès des autorités de l'époque. Cependant, il annonce l'avènement de multiples actions de contestations des femmes face au refus du législateur français de leur accorder en droit un statut de citoyenne à part entière.

En effet, l'histoire des institutions juridiques françaises démontre une exclusion flagrante des femmes de la vie politique et citoyenne. En effet, elles étaient reléguées au rang de mineur et soumises à la tutelle d'un chef de famille. Le code civil du 21 mars 1804 de Napoléon en est l'illustration parfaite en disposant que «la femme est donnée à l'homme pour qu'elle fasse des enfants. Elle est donc sa propriété comme l'arbre fruitier est celle du jardinier». La femme est ainsi, privée de toute capacité juridique et ne peut par conséquent disposer librement de sa personne ou de ses biens sans l'autorisation préalable de son époux. Néanmoins, des initiatives de garantis des droits des femmes ont été entreprises par le législateur français à travers l'adoption de lois notamment sur l'égal accès des filles à l'enseignement primaire en 1801, la libre disposition des femmes mariées de leur salaire en 1907 et la nomination de femmes au gouvernement en 1936 (Martinetti 2007,10). La reconnaissance des droits des femmes se fait, ainsi, de manière progressive. L'avènement des guerres mondiales et la participation active des femmes à la résistance va être un élément incitateur à la reconnaissance du statut de citoyenne aux femmes à travers l'obtention du droit de vote

En effet, l'ordonnance du 21 mars 1944 «affirme que la femme est électrice et éligible».¹ Cette affirmation représente l'entrée effective des femmes dans la vie politique et civile. La reconnaissance du droit de vote de la femme va être une époque charnière pour les mouvements féministes, car c'est à partir de là, que va se poser dans la société la question s'il existe des droits des femmes en France.

Les droits des femmes sont définis comme étant les règles juridiques de protection des femmes contre toute forme de discrimination. Cette protection s'effectue à travers la réaffirmation du principe d'égalité entre les sexes et la mise en œuvre de normes spécifiques de garantie de leurs droits. L'intérêt de ce sujet est d'observer les droits qui ont trait au statut des femmes et d'en rechercher leur nature générale ou spécifique. Ce sujet incite, aussi, à reconsidérer le recours à la discrimination positive² comme moyen de correction des inégalités dans la société dans les textes.

¹ France, Ordonnance du 21 avril 1944, J.O du 22 avril 1944.

² Inspirée par le modèle américain d'*affirmative action*, politique mise en place dans les années soixante en revendication des civil rights aux Etats-Unis, la France commence à entreprendre des mesures de discrimination positive. Le terme *affirmative action* est ainsi

En effet, la Constitution du 27 octobre 1946 consacre dans son préambule, alinéa 3, l'égalité des droits entre les femmes et les hommes en disposant que «la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme». Ce préambule sera repris et réintégré dans la Constitution de 1958, donnant ainsi à l'égalité des sexes une valeur constitutionnelle.

D'autres textes de protections spécifiques, telle que la loi sur le congé de maternité ou bien la loi sur la parité, ont été consacrés par le législateur afin d'élargir «le champ d'application de l'égalité en droit» (Martinetti 2007, 10) à l'égard des femmes en introduisant une égalité par le droit. Cette dernière forme d'égalité plus communément désignée par le terme de discrimination positive a pour objectif d'apporter un traitement favorable à l'égard des femmes afin de palier aux inégalités.

Cependant, le rétablissement de l'égalité en ayant recours à la discrimination positive peut créer des inégalités à l'égard des hommes. En effet, ces derniers revendiquent de plus en plus des droits qui leurs attribuent les mêmes avantages que les femmes, notamment en matière de congé de paternité ou d'égal attribution de cotisations de retraite. Ainsi, il apparaît que la discrimination positive n'a plus lieu d'être dans la société française, puisqu'il y a un dépassement des droits attachés aux femmes vers des droits asexués liés à des situations données.

A travers ce qui vient d'être mentionné, il serait intéressant de se demander dans qu'elle mesure existe-t-il des droits des femmes dans les normes législatives françaises. En effet, les femmes bénéficient d'une protection générale mais aussi spécifique. Cependant, la persistance d'inégalités dans la société et l'apparition de droits non catégoriels remettent en cause l'utilité du recours à ces mesures spécifiques. Il est donc intéressant d'approfondir le sujet en se penchant sur les normes de consécration des droits des femmes et sur le dépassement de la nature catégorielle de certains droits spécifiques.

généralement traduit en France par le terme discrimination positive et pour cela c'est le terme utilisé dans cet article. Malgré cela, plusieurs auteurs critiquent cette traduction. C'est le cas de Pierre Bonjour (2005) qui se demande comment une discrimination pourrait être positive dans une démocratie soucieuse de l'égalité des droits.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1301-1324.

II. LA CONSÉCRATION D'UNE LÉGISLATION PROTECTRICE À L'ÉGARD DES FEMMES

Victor Hugo (1875) affirmait que «une moitié de l'espèce humaine est hors de l'égalité, il faut l'y faire rentrer: donner pour contrepoids au droit de l'homme le droit de la femme». Ces paroles illustrent assez bien les revendications des mouvements féministes français. La reconnaissance des droits des femmes passent par la consécration constitutionnelle de leurs droits civiques et l'affirmation législative de normes protectrices.

1. *Une égalité constitutionnelle octroyant aux femmes un statut de citoyenne*

La reconnaissance de la citoyenneté des femmes dans la société française, s'est matérialisée par la consécration constitutionnelle de l'égalité entre les hommes et les femmes et par la reconnaissance du droit de vote à ces dernières.

L'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 08 août 1789 dispose que: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune». Cet article est une disposition phare de la Déclaration, car il consacre le principe de l'égalité en droit comme norme fondatrice de la société. Il ne cite pas expressément l'égalité entre les hommes et les femmes. Cependant, l'esprit de cet article pose indéniablement les premiers jalons de l'égalité des sexes en droits français.

En effet, l'égalité entre les femmes et les hommes va être clairement consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui dispose dans son alinéa 3 que: «La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme». Ce préambule ainsi que la Déclaration vont être confirmés par la Constitution du 04 octobre 1958 et obtiendront une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel le 16 juillet 1971 (Décision n° 71- 44). Cette consécration donne une dimension supra législative à l'égalité entre les femmes et les hommes et la rend ainsi, impossible aux individus et opposable à l'Etat.

Ainsi, l'égalité entre les sexes est totale et est exigée dans tous les domaines notamment l'accès à l'enseignement ou le recrutement au travail. En effet, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que "Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également ad-

missibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents”.

Cet article pose comme postulat de départ l'égalité entre tous les citoyens en matière d'accès à la fonction publique sans discrimination. Il sera confirmé par le Conseil d'Etat (2 / 6 SSR) qui précisera dans sa décision du 21 avril 1972 que

Le gouvernement ne pouvait, sans, méconnaître le principe d'égalité des sexes, établir, pour les conditions de diplôme ou de services donnant accès à des concours de recrutement d'un corps ouvert aux candidats du sexe féminin, une distinction entre les candidats appartenant au sexe masculin ou féminin. Cette discrimination est entachée d'excès de pouvoir.

Ainsi, le Conseil d'Etat réaffirme le principe d'égalité dans la fonction publique. Toute violation de ce principe est considérée comme un excès de pouvoir, qui porte atteinte à la valeur constitutionnelle de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 08 août 1789.

A la suite de cette décision, des nombreuses lois favorisant l'égalité en matière d'emplois entre les hommes et les femmes, vont être mises en œuvre par le législateur. En effet, l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983, portant sur les droits et obligations des fonctionnaires dispose que: «Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe». Cet article exprime la volonté du législateur de consacrer l'égalité des sexes dans le domaine du travail et dans tous les corps de métiers notamment l'institution militaire, qui excluait le recrutement des femmes de certaines fonctions.³ C'est ainsi, que le Décret n° 98-86 du 16 février 1998⁴ précise que «l'ensemble des corps des trois armées est ouvert aux femmes, les quotas des statuts particuliers des corps d'officiers de carrière sont supprimés» (Martinetti 2007,120).

Le législateur va plus loin en adoptant la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JORF n°267

³ L'article 5-1 du Décret n° 74-515 du 15 mai 1974 portant sur le statut particulier des corps militaires des médecins, des pharmaciens chimistes, des vétérinaires biologistes et des chirurgiens-dentistes des armées, dispose que: «Un arrêté du ministre chargé des armées fixe la liste des emplois qui ne peuvent être tenus que par des hommes».

⁴ Modifiant divers décrets portant sur les statuts particuliers de certains corps d'officiers et de sous-officiers et officiers mariniers des armées, de la gendarmerie et de la direction générale de l'armement.

2001, 18311).⁵ Cette loi pose le principe de non discrimination comme corollaire du principe constitutionnel de l'égalité entre les sexes et condamne toute atteinte à ce principe.

Ainsi, il apparaît que le droit interne français consacre de manière claire le principe d'égalité entre les femmes et les hommes, octroyant par conséquent à la femme le statut de citoyenne. Cette consécration de la citoyenneté des femmes est encore renforcée par la reconnaissance du droit de vote à ces dernières.

Le droit de vote est défini comme étant un droit accordé à tout citoyen d'un Etat de prendre part à un scrutin (Guilien 2001). Ce droit a été pendant très longtemps réservé exclusivement aux hommes et excluait les femmes, faisant d'elles des citoyennes inachevées. Ce n'est qu'avec l'adoption de l'ordonnance du 21 avril 1944, que le droit de vote va être officiellement reconnu aux femmes en disposant que «les femmes seront électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes».

Le contenu de cette ordonnance sera confirmé par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 1946 et la Constitution de 1958, susmentionnées, ce qui donnera à ce texte une valeur constitutionnelle avérée. La femme a désormais un statut de citoyenne à part entière, qui lui octroie le droit de vote et d'éligibilité.

A partir de là, le législateur va mettre en œuvre une politique de discrimination positive à l'égard des femmes, afin de favoriser la parité électorale notamment à travers la loi n° 82-974 du 19 novembre 1982,⁶ qui fait référence de manière claire à la politique de quotas en matière de candidature électorale, ce qui a été contesté par de nombreux parlementaires de droite et finira par faire l'objet d'une saisine devant le Conseil constitutionnel.

C'est ainsi, que dans la décision n° 82-146 du 18 novembre 1982, le Conseil constitutionnel va estimer que

⁵ L'article 1 de cette loi dispose que: «Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte en raison de son sexe».

⁶ Modifiant le code électoral et le code des communes relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des français établis hors de France sur les listes. JORF du 20 novembre 1982, page 3487. L'article L 260 bis affirme que: «Les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 pour 100 de personnes du même sexe».

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés; qu'ainsi, l'article L. 260 bis du code électoral tel qu'il résulte de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel doit être déclaré contraire à la Constitution.

Cette décision des juges relève un désaccord flagrant avec le pouvoir législatif concernant la question de la parité électorale (Conseil Constitutionnel 2004). Néanmoins, le Parlement réunit en congrès a adopté une loi constitutionnelle du n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes. L'article premier de cette loi complétait l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 en disposant que: «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives». Cette nouvelle disposition de la Constitution attribut au principe de parité une valeur constitutionnelle.

Cependant, cette loi fera, elle aussi, l'objet d'une saisine devant le Conseil constitutionnel, qui se prononcera sur sa constitutionnalité. En effet, dans la Décision n° 2000-429 du 30 mai 2000, les juges constitutionnels ont estimé que

...le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives; qu'à cette fin, il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant; qu'il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger.

Ainsi, le contenu de cette décision démontre que la position des juges constitutionnels n'est plus aussi catégorique que dans la décision du 18 novembre 1982 susmentionnée, mais reste tout de même très nuancée. Le Conseil constitutionnel admet que cette révision constitutionnelle a pour objectif de garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux. Cependant, il considère

...que l'intention claire du constituant, telle qu'elle ressortait des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, était non sans doute d'obliger, mais assurément d'autoriser le législateur à instaurer des règles contraignantes quant au sexe des candidats aux élections politiques dont le mode de scrutin se prêtait à une telle réglementation.⁷

Ainsi, les juges constitutionnels permettent le recours à la discrimination positive en politique dans la limite du respect des valeurs constitutionnelles. Cette position de la jurisprudence constitutionnelle va s'élargir avec l'adoption de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, qui complète l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 par un alinéa en disposant que «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales». Cet article autorise, ainsi, le «recours à des quotas pour permettre un égal accès des femmes aux postes de décision» (Ben 2010) dans d'autres domaines que la politique et met fin à la limitation jurisprudentielle.

Il apparaît, à travers tout ce qui vient d'être mentionné, que les normes constitutionnelles françaises garantissent l'égalité entre les hommes et les femmes. Ces dernières ont acquis le statut de citoyennes, leur permettant de participer de manière effective à la gestion de la vie publique. Cette protection s'étend aussi à la sphère privée et qui a pour but d'interdire toute atteinte à l'intégrité physique des femmes ou toute discrimination due à leurs sexes.

2. *La garantie de droits individuels aux femmes*

Les femmes jouissent d'un nombre de mesures spécifiques de protection de leurs droits individuels. Cette protection se matérialise par le recours à une discrimination positive, qui a pour vocation de corriger les inégalités sociales, auxquelles elles peuvent faire face. Il s'agit de mieux promouvoir l'égalité en accordant à certains un traitement préférentiel (Levade 2004). Ces mesures interviennent dans le cadre de la défense de l'intégrité physique des femmes et de la garantie de leurs droits sociaux.

⁷ Conseil Constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2000-429 du 30 mai 2000, Les cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n° 9.

L'article 16-1 du code civil français dispose que: «Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable». Cet article consacre le droit à l'intégrité physique et l'inaliénabilité de sa protection. Cette dernière est réaffirmée par le code pénal et renforcée particulièrement à l'égard des femmes, qui sont plus souvent victimes de violences à l'intérieur de la sphère privée.

En effet, l'article 222-13° 6 du code pénal⁸ intègre dans sa liste de circonstances aggravantes des faits de violence, les violences conjugales. Cette intégration est considérable sur le plan judiciaire, car dorénavant ces types de violences relèvent de la compétence du tribunal correctionnel au lieu du tribunal de police, ce qui rend la peine encourue plus rigoureuse (Cador 2005). Le législateur va aussi éléger le champ d'application de la situation aggravante, dans l'article 132-80, à de nouveaux auteurs qui sont «les partenaires liés à la victime par un acte civil de solidarité».⁹ Ce renforcement souligne la volonté du législateur d'apporter une réelle protection des femmes à l'égard de violences dont elles pourraient être la victime.

Cette répression accrue des violences est aussi perceptible dans la position de la jurisprudence, qui va reconnaître l'existence du viol conjugal et le condamner dans son arrêt du 5 septembre 1990. En effet, dans cette décision, les juges ont considéré que: «l'article 332 du code pénal,¹⁰ qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration entre les personnes unies par le lien du mariage».¹¹ Cette jurisprudence sera confirmée par l'arrêt du 11 juin 1992 (Bull crim 92 N° 232), ou les juges vont estimer que: «La présomption de

⁸ «Les violences n'ayant pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300000 F d'amende lorsqu'elles sont commises: Par le conjoint ou le concubin de la victime».

⁹ L'article 132-80 du code pénal dispose que: «les peines encourues pour un délit ou un crime sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité».

¹⁰ L'article disposait que: «Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise, constitue un viol». L'article 222-3 modifiera l'article 332 qui dispose que: «Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle».

¹¹ Cour de Cassation, Cass. crim., 5 septembre 1990: JCP1990, II, 21629 note M.-L. RASSAT.

consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire».

En conformité avec cette décision jurisprudentielle, le législateur a adopté le 09 septembre 2010 une loi relative aux violences faites aux femmes.¹² Cette loi est un ensemble de normes qui renforcent la protection, la prévention et la répression des violences conjugales. Elle introduit des procédures nouvelles dans la protection des femmes contre les violences telles que la création du délit de violence conjugale ou la mise en œuvre de l'ordonnance de protection prononcée par le juge des affaires familiales, afin de mettre rapidement en sécurité les victimes (Hogrel 2010).

Cette protection s'étend aussi à l'harcèlement sexuel dont les femmes peuvent être victimes dans le domaine du travail. En effet, la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel¹³ procède à une définition plus significative de l'harcèlement sexuel, avec un durcissement des peines maximales encourues et à la condamnation de toutes discriminations à l'égard des victimes de harcèlement sexuel (Suis-je concernée 2012). A travers cette loi, le législateur a pour objectif de vulgariser la répression de ce type de délit, de garantir une protection plus rigoureuse et d'instaurer un climat de confiance favorisant le dépôt de plainte des victimes.

Ainsi, le législateur a mis en œuvre tout un arsenal juridique afin de lutter contre les violences faites aux femmes et de garantir leur intégrité physique. Cette garantie passe aussi par le libre choix des femmes de disposer de leur corps à travers la reconnaissance du droit d'interruption volontaire de grossesse.

En effet, jusqu'en 1975, l'avortement était passible de prison (Militantes et Sympathisants des sections de la IV^e Internationale 1979). La loi Veil du 17 janvier 1975¹⁴ suspend ainsi la loi de 1920 que pénalisait l'avortement et autorise les femmes enceintes, qui sont dans une situation

¹² Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (JORF n° 0158 du 10 juillet 2010 page 12762).

¹³ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (JORF n° 0182 du 7 août 2012 page 12921).

¹⁴ Loi n° 75-17 du 17, relative à l'interruption volontaire de la grossesse (1975, 739). Cette loi a été intégrée au code de sécurité sociale conformément à son article 3, qui dispose que: «Après le chapitre III du titre Ier du livre II du code de la santé publique, il est inséré au chapitre III bis intitulé "interruption volontaire de grossesse"».

de détresse d'interrompre leur grossesse dans la limite des dix semaines (période prolongée à douze semaines de gestation en 2001) et dans un cadre médical légalement assisté.¹⁵ Cette loi fut confirmée par le Conseil constitutionnel qui a considéré dans sa décision du 15 janvier 1975 qu'elle n'était pas contraire aux valeurs constitutionnelles.¹⁶ L'interruption de grossesse est donc légalisée et même remboursée par la caisse de sécurité sociale conformément à la loi dite Roudy du 31 décembre 1982¹⁷. Ainsi, la protection de l'intégrité physique des femmes passe aussi par le droit des femmes de disposer de leur corps dans les limites de la loi. Ces normes spécifiques de protections régissent d'autres domaines notamment en matière sociale. Le constituant ainsi que le législateur, tel qu'il a été démontré plus haut, ont mis en œuvre des mécanismes de garanti du principe d'égalité entre les hommes et les femmes en matière de travail. Cependant, la survenance d'une grossesse peut être à l'origine du motif de refus d'embauche, de licenciement ou de rétrogradation des femmes par leurs employeurs. Pour palier à ce type de discrimination, le code du travail consacre tout un dispositif de protection de la grossesse et de la maternité.

En effet, l'article L 1225-1 du code du travail dispose que

L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9 et L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi.

Cet article est très explicite et interdit toute discrimination basée sur l'état de grossesse des femmes. Le code du travail reconnaît même le droit

¹⁵ Article L162-1 du code de sécurité sociale, qui dispose que: «La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse».

¹⁶ «Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution» (Décision N° 74-54 DC du 15 janvier 1975 du Conseil constitutionnel).

¹⁷ Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure.

de la candidate à l'embauche de ne pas communiquer son état de grossesse, conformément à l'article 1225-2¹⁸ du code. De plus, le législateur renforce cette protection en disposant dans l'article L1225-5 que

...le licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, dans des conditions déterminées par voie réglementaire, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte.

La jurisprudence de la Cour de cassation¹⁹ confirme le contenu de cet article et va plus loin dans la garantie de la protection des femmes enceintes en considérant dans un de ses arrêts

...il est interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et / ou de la naissance d'un enfant pendant la période de protection visée à l'article L. 122-25-2, devenu L. 1225-4 du Code du travail, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision, telles que le remplacement définitif de l'employée concernée avant l'échéance de cette période.

Les juges ont ainsi élargi le champ d'application de la loi, en ne l'a limitant pas seulement à l'interdiction de l'action matérielle de licenciement mais aussi à sa préméditation. Cet élargissement a pour objectif de favoriser une protection plus effective des droits des femmes contre toute tentative de discrimination à leur égard. Cette protection est aussi applicable par l'attribution aux salariées d'un congé de maternité accompagné d'une indemnité salariale journalière, «avant et après l'accouchement, pendant lequel leur contrat de travail est suspendu» conformément à l'article L331-3²⁰ du code de sécurité sociale. Cette période peut être

¹⁸ Article 1225-2: «La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte».

¹⁹ Cour de Cassation, Cassation sociale. 15 septembre 2010, n° 08-43.299, *www.editions-tissot.fr/droit-travail/jurisprudence-sociale*.

²⁰ Article L331-3 du code de sécurité sociale: «Pendant une période qui débute six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après celui-ci, l'assurée reçoit une indemnité journalière de repos à condition de cesser tout travail salarié durant la période d'indemnisation et au moins pendant huit semaines».

rallongée en cas de grossesse multiple,²¹ la prise en charge d'en moins trois enfants en plus²² ou la maladie du nouveau née. La fin du congé de maternité implique la réintégration de la salariée à son poste avec les mêmes indemnités. Le législateur apporte aussi une protection particulière aux femmes enceintes, qui travaillent de nuit, conformément à l'article L1225-9 du code du travail en leur permettant de demander leur affectation à un poste de jour «pendant la durée de leur grossesse et pendant la période du congé».²³

Ainsi, il apparaît que les femmes bénéficient d'une protection spécifique, qui les met à l'abri de toute tentative de discrimination à leur égard. Cependant, cette attention particulière s'étend de plus en plus aux hommes, qui revendiquent eux aussi des droits similaires notamment en matière de congé de paternité. Il y a donc un dépassement des droits attachés proprement aux femmes vers des droits à portée générale.

III. LES REPERCUSSIONS DU RECOURS À LA DISCRIMINATION POSITIVE À L'ÉGARD DES FEMMES

La revendication exclusive des féministes françaises, en passant d'Olympe de Gouge jusqu'à Simone Veil, a toujours été d'exiger l'application du principe révolutionnaire d'égalité entre les femmes et les hommes. La concrète

²¹ Article L331-3: «Lorsque des naissances multiples sont prévues, cette période commence douze semaines avant la date présumée de l'accouchement, vingt-quatre semaines en cas de naissance de plus de deux enfants et se termine vingt-deux semaines après la date de l'accouchement. En cas de naissance de deux enfants, la période d'indemnisation antérieure à la date présumée de l'accouchement peut être augmentée d'une durée maximale de quatre semaines; la période d'indemnisation de vingt-deux semaines postérieure à l'accouchement est alors réduite d'autant».

²² Article L331-4: «La période d'indemnisation prévue au premier alinéa de l'article L. 331-3 est portée à huit semaines avant la date présumée de l'accouchement et à dix-huit semaines après celui-ci, lorsque l'assurée elle-même ou le ménage assume déjà la charge d'au moins deux enfants dans les conditions prévues aux premier et quatrième alinéas de l'article L. 521-2, ou lorsque l'assurée a déjà mis au monde au moins deux enfants nés viables».

²³ L'article L1225-9 du code du travail dispose que: «La salariée en état de grossesse médicalement constaté ou ayant accouché, qui travaille de nuit dans les conditions déterminées à l'article L. 3122-31, est affectée sur sa demande à un poste de jour pendant la durée de sa grossesse et pendant la période du congé postnatal».

tisation de ce principe s'est faite par la consécration normative de l'égalité entre les sexes, mais aussi par la mise en œuvre d'une politique de discrimination positive à l'égard des femmes. Cependant, cette dernière approche est de plus en plus remise en question, à cause des inégalités préjudiciables qu'elle génère à l'égard des hommes, mais aussi parce que l'effectivité de cette approche reste altérée par des réalités sociales qui l'a dépassent.

1 *Une égalité affirmée par l'autre sexe*

La discrimination positive a l'égard des femmes a pour objet de créer une égalité par le droit, pour faire face à toute forme d'inégalité. Cependant, l'évolution de la société, l'abolition de certaines barrières de séparations et la remise en cause des stéréotypes d'affectations des tâches entre les hommes et les femmes, pose la question d'un nécessaire dépassement des droits attachés exclusivement aux femmes vers des droits non catégoriels.

Le schéma de la famille française traditionnelle est en permanente mutation. Les femmes sont plus impliquées dans leur carrière professionnelle et les hommes souhaitent consacrer davantage de temps à leurs enfants. Les pères demandent à bénéficier de certains droits, qui étaient auparavant l'apanage des femmes tel que le droit au congé de maternité ou le droit à une bonification de retraite égale à celle des mères.

C'est la prise en compte de ces revendications masculines par le législateur, qui a été à l'origine de l'adoption, le 21 décembre 2001, par l'Assemblée nationale, de la loi relative au financement de la sécurité sociale.²⁴ Cette loi a introduit le droit au congé de paternité dans le code du travail avant sa modification en 2012. En effet, l'article 1225-35 du code du travail reconnaissait aux pères le droit au congé de paternité, d'une durée de onze jours et de dix huit jours pour les grossesses multiples. Les pères salariés bénéficient durant cette période d'une indemnité journalière versée par la caisse d'assurance. L'obtention de ce congé se limite à un dépôt de demande au près de l'employeur et consiste dans la suppression momentanée du contrat de travail. Tous comme les femmes, les hommes sont protégés par la loi durant cette période et ne peuvent faire l'objet d'un

²⁴ Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002.

quelconque licenciement, conformément à l'arrêt de la Cour de cassation de la section sociale du 31 mai 2012²⁵ qui considèrerait que

Et attendu qu'ayant constaté que le salarié avait, le 6 août 2007, régulièrement fait part à la société Côté Fjord, de la naissance de son enfant et informé l'employeur de son absence pour congé de paternité de onze jours à compter du 6 septembre 2007, la cour d'appel en a exactement déduit qu'en prenant effectivement son congé à la date choisie malgré l'opposition de son employeur, le salarié n'avait commis aucune faute de sorte que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La jurisprudence est claire en rappelant l'immunité des salariés lors de leur période de congé parental légalement garantie. Le congé de paternité n'est pas reconnu uniquement aux pères salariés, mais touche aussi les pères au chômage et les pères des enfants adoptés, qui bénéficient d'indemnités journalières durant toute cette période. Ainsi, le congé de paternité est devenu un droit affirmé par les hommes au même titre que les femmes. La revendication de ce droit s'étend, d'ailleurs, au delà des pères biologiques.

En effet, l'article 94 de la loi du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 modifie les dispositions de l'article 1225-35²⁶ du code du travail, susmentionné, en remplaçant le terme de «congé de paternité» par «congé de paternité et d'accueil de l'enfant». Les bénéficiaires de ce congé sont désormais le conjoint salarié de la mère, ou la personne liée à elle par un acte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle par un pacte civil de solidarité, que ce soit un homme ou une femme. Le but de cette modification est de garantir les droits des parents qu'ils soient biologiques ou pas.

Cette extension des droits des femmes aux hommes, s'est faite aussi en matière de droits de bonification de retraite. En effet, dans l'affaire

²⁵ Cour de Cassation, Cassation sociale, 31 mai 2012, n° 11-10.282, M.X...c/ Société Côté Fjord.

²⁶ Article 1225-35 modifié du code du travail dispose que: «Après la naissance de l'enfant et dans un délai déterminé par décret, le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficient d'un congé de paternité et d'accueil de l'enfant de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples. Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant entraîne la suspension du contrat de travail».

Griesmar devant le Conseil d'Etat, un père de trois enfants à demandé de bénéficiaire des avantages de la bonification de retraite anticipée, au même titre que les mères, en se basant sur le principe d'égalité entre les sexes. Le Conseil d'Etat²⁷ dans sa décision du 22 juillet 2000 s'est prononcé sur la question en considérant qu'il "en résulte que la décision par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a refusé à M. Griesmar le bénéfice de la bonification d'ancienneté prévue par ce texte, alors même qu'il établirait avoir assuré l'éducation de ses enfants, est entachée d'illégalité".

Cet arrêt de principe aura pour conséquence le réaménagement de la loi en faveur de l'égalité entre les sexes. En effet

...la loi du 21 août 2003²⁸ portant réforme des retraites, dite loi Fillon, a conduit à une nouvelle rédaction de l'article L 12 du code des pensions civiles et militaires de retraite, permettant aux hommes fonctionnaires de bénéficier de bonification, le terme «femme» se trouve remplacé par le terme générique de «fonctionnaires» sans préciser quant au sexe (Gouin-Poirier *s.d.*).

Ainsi, au travers de ces modifications le législateur a procédé à une extension d'un droit spécifique accordé aux femmes aux hommes et aux homosexuels. Cet allongement dénote une forme de dépassement du principe de l'égalité par le droit vers une égalité en droit, qui se focalise principalement sur la mise en œuvre de normes répondant à une nécessité sociale.

L'article 1 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen consacre le principe d'égalité entre les personnes. Parallèlement à cela, l'article 3 alinéa 1 de la Constitution, avant sa révision par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, consacre le principe de parité entre les sexes dans le domaine politique. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle reste parfois distante vis-à-vis de l'application de cette politique en toute circonstance.

En effet, dans la décision n° 2001-445 du 19 juin 2001 se rapportant à l'examen de la constitutionnalité de la loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature,²⁹ les juges consti-

²⁷ Conseil d'Etat, 29 juillet 2002, n° 141112, M. Griesmar.

²⁸ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (JO du 22 août 2003).

²⁹ Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature (J.O. du 26 juin 2001).

tutionnels se sont prononcés sur la légalité du recours à la politique de quota en faveur de candidat masculin. En effet, le Conseil constitutionnel a considéré que “les dispositions de l’article 33 de la loi organique, qui introduisent une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats aux élections au Conseil supérieur de la magistrature, sont contraires à la Constitution” (Décision 2001-445 du 19 juin 2001).

Cette décision sera confirmée dans la décision du 11 juillet 2001, concernant la constitutionnalité de la parité dans la composition des jurys de validation des acquis de l’expérience. Les juges vont estimer que les normes de représentation égale entre les hommes et les femmes «n’ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications». ³⁰ Ainsi, la position des juges constitutionnels est très claire et exclue le recours à la discrimination positive à l’égard des femmes dans le domaine professionnel ou éducatif.

La jurisprudence constitutionnelle incite, d’ailleurs, à ce que le recrutement des candidats des facultés notamment celles de sciences politique repose «sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l’exigence constitutionnelle d’égal accès à l’instruction». ³¹ Ainsi, l’examen de ces décisions jurisprudentielles démontre, que ce qui est mis en exergue par les juges est la primauté du principe d’égalité entre les femmes et les hommes, en favorisant la mise en œuvre de droits non catégoriels. La discrimination positive reste un recours possible, mais qui ne doit pas entraver l’effectivité du principe d’égalité entre les sexes. De plus, la pratique de la discrimination positive comme moyen de régulation sociale révèle des carences flagrantes, qui se manifestent par la persistance de pratiques inégalitaires entre les femmes et les hommes.

2 *Les insuffisances de la pratique de la discrimination positive*

Le recours à la discrimination positive comme moyen de régulation des inégalités sociales n’a pas obtenu une approbation unanime. En effet,

³⁰ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale.

³¹ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-450 DC - 11 juillet 2001, Loi portant sur les diverses dispositions d’ordre social, éducatif et culturel.

la discrimination positive crée parfois un effet pervers, car, d'une part, elle participe à générer une stigmatisation de la catégorie de personnes protégées. D'autre part, malgré la mise en œuvre d'un dispositif normatif, les inégalités subsistent. Ce constat a suscité l'adoption d'une nouvelle stratégie de régulation sociale, qui a pour vocation d'apporter une égalité plus concrète.

L'égalité entre les femmes et les hommes est une valeur républicaine fortement affirmée par la Constitution et les textes de loi en France, tel qu'il a été précédemment exposé. Cependant, la persistance de stéréotypes sexistes à l'égard des femmes remet en question l'effectivité de ces garanties normatives dans certains domaines de la vie. Cette constance de la discrimination est plus effarante sur le marché du travail.

En effet, des multiples lois³² ont été adoptées par le législateur afin de garantir l'égalité rémunération entre les femmes et les hommes sous la formulation «à travail égal, salaire égal». Cette formule est reprise dans l'article 3221-2 du code du travail, qui dispose que «tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes». Cette disposition législative fut confirmée par les décisions de la jurisprudence, notamment celle du 10 avril 2002.³³ En effet, dans cet arrêt les juges ont considéré que «tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, et, par rémunération, il faut entendre le salaire brut de base et tous les autres avantages et accessoires payé directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur».

La jurisprudence réaffirme les dispositions du code du travail et donne une définition plus large de la rémunération afin de lever tout équivoque sur l'emploi des termes. Allant dans le même sens que la jurisprudence, le législateur va adopter le 23 mars 2006 une loi relative à l'égalité salariale

³² La loi du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, la «loi Roudy» du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la «loi Génisson» du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

³³ Cour de Cassation, Chambre sociale pourvoi n° 00-42 935, décision du mercredi 10 avril 2002.

entres les femmes et les hommes.³⁴ Cette loi a pour objet de supprimer tous les écarts de rémunération entre les salariés et à favoriser l'accès des femmes à la formation professionnelle ainsi qu'à des instances délibératives et juridictionnelles.³⁵

Ainsi, le législateur a mis en place tout un arsenal juridique, afin de garantir une meilleure intégration de la femme dans le milieu du travail. Cependant, les statistiques sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes démontrent une toute autre réalité. En effet, l'enquête menée par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) en 2009 (Rieu *et al.* 2011) révèle la persistance d'inégalités flagrantes entre les femmes et les hommes, «il y a un moindre accès des femmes aux postes les plus qualifiés, 9% pour les femmes contre 13,4% pour les hommes. Les femmes sont souvent présentes sur des postes mal qualifiés et peu rémunérés (Loi n° 2006-340 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes)», avec un pourcentage de 80% de femmes, qui travaillent à temps partiel.

Ces tendances restent inexplicables, puisque le taux de femmes diplômées de l'enseignement supérieur est de 23% contre 13% pour les hommes (Metois *et al.* 2012). L'écart de salaire est encore persistant et atteint une différence de 15% à la défaveur des femmes. Cette différence augmente avec l'âge et entraîne par conséquent des pensions de retraites inégales entre les sexes pour un travail égal.

Ainsi, il apparaît que les droits des femmes en matière professionnelle sont garantis en droit. Le législateur a mis en œuvre tout un dispositif d'effectivité de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cependant, les chiffres récoltés par l'INSEE révèlent une défaillance dans l'effectivité de la politique d'égalité entre les sexes. Ce constat peut remettre en question l'efficacité du recours à la discrimination positive comme moyens de recouvrir l'égalité sociale. Ce bilan insatisfaisant a suggéré la réflexion sur un nouveau moyen de régulation sociale, basée sur une approche intégrée de l'égalité.

³⁴ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

³⁵ Il faut noter les dispositions sur l'égal accès des femmes aux instances délibératives et juridictionnelles qui ont été déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-533 DC du 16 mars 2006.

L'approche intégrée de l'égalité ou «gender mainstreaming» est le mode d'action présenté par les Nations Unies lors de la IV Conférence Mondiale sur les Droits de la Femme à Pékin, en 1995. Le Conseil de l'Europe (2004) définit ce mode d'action comme étant "La (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques".

L'approche intégrée de l'égalité a été introduite en France depuis les années 2000. Cette approche

...est basée sur l'idée que chaque mesure politique ou programme peut avoir une incidence différente sur les femmes et les hommes, c'est-à-dire que les politiques publiques ne sont pas neutres. Chaque acteur qui intervient depuis l'élaboration jusqu'à la mise en œuvre d'une politique doit prendre en compte la différence de situation entre les femmes et les hommes (Dauphin 2008).

Cette nouvelle approche n'est pas une reproduction révisée de la discrimination positive, mais plutôt une méthode complémentaire en matière de garanti de l'égalité. A la différence de la discrimination positive, qui a pour objectif de réguler les inégalités sociales par des mesures spécifiques ponctuelles, l'approche intégrée de l'égalité procède à long terme visant à évaluer l'adaptabilité d'une loi lors de son adoption ou de son application au principe d'égalité entre les hommes et les femmes.

La Charte de l'égalité du 08 mars 2004 est le premier document officiel français à faire référence à l'approche intégrée d'égalité et explique la mise en œuvre de ce mode d'action, qui passe par quatre phases importantes. Ces phases consistent dans l'évaluation de la situation des deux sexes dans tous les domaines, la mise en œuvre d'une campagne de sensibilisation et de réseautage, l'intégration concrète de la promotion de l'égalité dans les diverses politiques et l'évaluation annuelle des actions menées en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes (Charte de l'égalité, Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité et le Ministère délégué à la parité et à l'égalité professionnelle, 2004). L'annexe au projet de loi de finance de l'année 2012 en est une bonne illustration. En effet, ce dernier propose tout un programme de mise en œuvre de l'égalité entre les femmes et les hommes, qui repose une action intégrée et spécifique.

L'action intégrée est définie comme étant la prise «en compte des besoins respectifs des hommes et des femmes dans la conception et la mise en œuvre des politiques publiques sectorielles» (Forum de la performance 2017). Quant à l'action spécifique, elle consiste à mettre en œuvre des mesures de discrimination positive, afin de faire face aux inégalités de fait qui subsistent.

Ainsi, l'approche d'intégration d'égalité est un complément essentiel dans la garantie des droits des femmes. Elle a comme postulat de départ la réaffirmation du principe d'égalité à travers la mise en œuvre d'un processus de prévention et de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes. Le recours à des mesures spécifiques reste une action subsidiaire et temporaire dont l'objet est de renforcer le principe d'égalité sans le mettre en péril.

IV. CONCLUSION

Tout au long de l'histoire, les femmes ont dû se battre pour être respectées en tant que citoyennes à part entière. Les dernières décennies ont témoigné d'un progrès indéniable des lois et politiques publiques en leur faveur. C'est le cas de la reconnaissance, en 1972, du principe «à travail égal, salaire égal» et plus récemment, en 2014, de la loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes.

L'égalité entre les femmes et les hommes est ainsi une valeur républicaine fortement affirmée par la Constitution et les textes de loi en France. Cependant, la persistance de stéréotypes sexistes à leur égard remet en question l'effectivité de ces garanties normatives dans plusieurs domaines de la vie. La nomination de Laurence Rossignol comme ministre de la Famille, de l'Enfance et des Droits des Femmes le 11 février 2016 ne fait que corroborer cela.

En effet, il s'agit d'un rétrécissement évident, étant donné qu'en 2012 il y avait un Ministère dédié exclusivement aux droits des femmes. Cela démontre qu'après toutes les années de lutte, une longue route est encore nécessaire pour que l'égalité réelle soit établie. Comme l'affirme Danielle Bousquet (2016), mettre sous un même ministère les droits des femmes, la famille et l'enfance indique la volonté du gouvernement d'assigner aux femmes les rôles les plus stéréotypés, c'est à dire, celui d'épouse, de maître de foyer et de mère.

Ainsi, le combat des femmes pour leurs droits doit continuer, tant que ce sort de discrimination persiste et qu'elles ne soient pas respectées et reconnues pour ce qu'elles sont. Les politiques de discrimination positive comme moyen de régulation des inégalités ne sont pas la solution à long terme, mais contribuent pour améliorer la situation. L'approche d'intégration d'égalité se montre comme un complément essentiel à ces politiques, et le bilan en France, depuis son adoption, reste positif. Le chemin est long, mais doit être parcouru, pour que les femmes puissent jouir enfin d'une égalité, non seulement «de iure» mais aussi «de facto».

V. RÉFÉRENCES

- BEN YOUNES, Sonia. 2010. "La parité et le Conseil Constitutionnel", *Revue des Etudes Politiques des Assistants Parlementaires*, disponible en: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00519687>.
- BONJOUR, Pierre. 2005. "La discrimination positive, mal nécessaire ou cache-misère?", *Reliance*, 18:7-8.
- BOUSQUET, Danielle. 2016. "Les droits des femmes, du ministère aux couches-culottes". Disponible en: http://www.liberation.fr/france/2016/02/11/les-droits-des-femmes-du-ministere-aux-couches-culottes_1432758.
- CADOR, Petra. 2005. *Le traitement juridique des violences conjugales : la sanction déjouée*, Paris: Edition L'Harmattan.
- DAUPHIN, Sandrine. 2008. "Apports et limites de l'approche intégrée de l'égalité en France", *Santé, Société et solidarité* 1:165-170.
- FORUM DE LA PERFORMANCE. 2017: disponible en: www.performance-publique.budget.gouv.fr.
- GOUIN-POIRIER, Delphine. s. d. "Actualité du droit des fonctionnaires pères de trois enfants", *Ordre des Avocats de Rennes*, accès le 16 février 2017, disponible en: <http://www.ordre-avocats-rennes.com>.
- GUILIEN, Raymond, Jean Vincent, Serge Guinchard et Gabriel Montagnier. 2001. *Lexique juridique des termes juridiques*, 13 ed., Paris: Dalloz.
- HOGREL, Anne-Claude. 2010. "Violences conjugales: La loi du 9 juillet 2010", disponible en: http://www.avocat-hogrel.com/violences-conjugales--la-loi-du-9-juil-let-2010_ad10.html.
- HUGO, Victor. 1875. *Actes et paroles*, Paris: éditions J. Hetzel & Cie.

- LEVADE, Anne. 2004. “Discrimination positive et principe d’égalité en droit français”, *Pouvoirs*, 111: 55-71.
- LIGUE DES DROITS DE L’HOMME (LDH). 2007. “1791: Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne”, disponible en: <http://www.ldh-france.org/1791-DECLARATION-DES-DROITS-DE-LA/>.
- MARTINETTI, Françoise. 2007. *Les droits des femmes*, France: Nice, Scen-Crdp Académie De Nice.
- MILITANTES ET SYMPATHISANTES DES SECTIONS DE LA IV^E INTERNATIONALE. 1979. *Le droit de choisir Avortement-contraception: lutte internationale des femmes*, Paris: Éditions La Brèche.
- METOIS, Caroline, Philippe Calatayud et Jacqueline Duvey Pilate. 2012. “L’égalité hommes-femmes, un objectif toujours d’actualité”, *INSEE Centre Flash*, 53:1-3.
- RIEU, Caroline et Gwenäel POIRIER. 2011. “Egalité professionnelle hommes-femmes? Où en est-on?”, *Octant analyse INSEE Bretagne* 21: 1-6.

WHEN CORRUPTION IS CULTURAL: EXPLORING MORAL, INSTITUTIONAL AND RULE-BASED CONCEPTS OF CORRUPTION*

*CUANDO LA CORRUPCIÓN ES CULTURAL: EXPLORANDO CONCEPTOS DE CORRUPCIÓN MORALES, INSTITUCIONALES Y BASADOS EN REGLAS***

Enrique CAMACHO BELTRÁN***
Francisco GARCÍA GONZÁLEZ****

ABSTRACT. It is often asserted that people are conditioned to act corruptly by their culture in a way they cannot help themselves.

RESUMEN: *Se afirma con frecuencia que la gente está condicionada a actuar de manera corrupta por su propia cultura. Utilizando una aproximación*

* Artículo recibido el 1o. de mayo de 2018 y aprobado para su publicación el 13 de septiembre de 2019.

** The authors are indebted with audiences of the POLETH seminar (http://www.mora.edu.mx/Seminarios/teo_pol/index.html) in Mexico City's Instituto Mora, as well as with the participants of the 2nd edition of the Academia Against Corruption in the Americas conference, which took place between June 6-8 in Tecnológico de Monterrey's Monterrey campus. Particularly with Manuel Balán, Bernardo Bolaños, Roxana Bratu, Nalleli Delgado, Lucero Fragoso, Rafael Fuentes, Hazahel Hernández, Itzel Mayans, Bonnie Palifka, Pamela Rodríguez and Louise Shelley. We also thank Juan Cruz Parceró, Jesús Rodríguez Zepeda, and Mario Hernández for their illuminating comments to a previous version of this paper. This paper is also the result of works within the project UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216, "Derechos Sociales y Justicia Social". Finally, many Thanks to Mauricio Rojas Mendoza for his kind editorial support.

*** ORCID: 0000-0001-6876-8460. National Researcher (SNI) level 1. He is adjunct professor of political theory, global justice, philosophy of social sciences, philosophy of law and social philosophy at UNAM, Universidad Panamericana, Ibero and Libre de Derecho Puebla. He coordinates (with Itzel Mayans) POLETH research group at Instituto Mora. Correo electrónico: enrique.camacho@comunidad.unam.mx.

**** ORCID: 0000-0003-3914-7969. B.A. in International Relations and M.A. in Public Policy from Tecnológico de Monterrey. His areas of expertise are corruption from the viewpoint of public policy, as well as the security and operational environment in Mexico, Central America and the Caribbean. He is currently a global risk analyst at Control Risks. Correo electrónico: frangg23@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI,
núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1325-1360.

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

The aim of this paper is to use a multidisciplinary approach, both from political theory and political science, to show that this kind of narrative about corruption is flawed because it is not informative at all about the nature of corruption. This prevents it from leading to any type of meaningful analysis or policy design. We will concentrate on two main flaws: The Triviality Objection, which points out that everything humans do is cultural in some sense or other, and the Circularity Objection, which stresses that attempting to explain why or how corruption becomes part of a specific culture, leads to saying that it is because its members act corruptly. The idea that the cultural causation is flawed becomes persuasive when we contrast that view with our concept of corruption as a special kind of harm to institutional rules: corruption may refer to a parallel set of conventions or rules that undermines the institutional set of morally justified norms.

Keywords: corruption, culture, legitimacy, constructivism, hermeneutics.

multidisciplinaria desde la teoría política y la ciencia política, el objetivo de este trabajo es mostrar que este tipo de narrativa sobre la corrupción está equivocada porque no es para nada informativa acerca de la naturaleza del fenómeno de la corrupción. Esto impide que esa narrativa conduzca a algún análisis significativo o diseño de política pública serio. Acerca de esta narrativa del condicionamiento cultural, nos concentraremos en dos tipos de defectos: la objeción de la trivialidad, que destaca que todo lo que hacen las personas es en algún sentido cultural; y la objeción de la circularidad, que señala que el preguntarse por qué y cómo la corrupción se convierte en parte de una cultura específica no es muy diferente a decir simplemente que los miembros de una comunidad cultural actúan corruptamente. La idea de que la causalidad cultural está equivocada se torna persuasiva cuando contrastamos la tesis cultural con nuestro propio concepto de corrupción como un daño a las reglas institucionales. Corrupción podría referirse a un conjunto de convenciones o reglas paralelas al orden institucional que socaban el conjunto de reglas institucionales moralmente justificadas.

Palabras clave: corrupción, cultura, legitimidad, constructivismo, hermenéutica.

CONTENTS: I. Introduction. II. “Corruption is cultural”, they say. III. Corruption and public political culture. IV. Corruption as a moral breach. V. A rule-based concept of corruption. VI. Corruption as a social construction. VII. Conclusion. VIII. References.

I. INTRODUCTION

“Corruption is a cultural fact” media pundits, public officials and even some academics repeat as a sort of resigned excuse, as if they were talking about the inevitability of the weather. Of course this folk understanding of the *cultural origin thesis* of corruption —what we call the conventional view— is a strawman when formulated in an absolutely deterministic fash-

ion. But determinism is a piecemeal condition. As a result, more plausible formulations of the conventional view may be available. This paper aims to use a multidisciplinary approach with tools from both political philosophy and political science to show that this kind of narrative about corruption is flawed due to it failing to be informative at all about the special harmful nature of corruption, which differentiates it from other harms, such as fraud or theft. We will concentrate on two main flaws:

- The *Triviality Objection* points out that everything humans do is cultural in some sense or other, so it is akin to claiming that poverty or wealth are cultural: it is not informative of the phenomenon.
- And the *Circularity Objection*, which stresses that seeking to explain why or how corruption becomes a part of a specific culture leads to saying that corruption is part of a culture because people act corruptly, which in turn is question begging.

The relevance of such objections may be clearly seen in the realm of political science, where triviality or circularity cause a wide array of concepts of corruption to become inoperant in most policy contexts. Specifically, in liberal democracies, which involve the expectation that government decisions have morally defensible results and require “a high order of responsible behaviour from its citizens” (Steward 1993, 26, 317-330), a trivial or circular concept of corruption renders the process incomplete. Quite simply, it is impossible to achieve any results when the concept to seek them is trivial or circular.

Some important caveats are due, before we proceed to the analysis. First, it is of course tempting to say that corruption is cultural if the members of a cultural groups find it is, so the disagreement about the nature of corruption is in some sense *semantic*, between *folk* and normative understandings of the term. But, it is important to stress that this paper moves in the realm of conceptual analysis, which cannot be reduced to semantic disagreements. Instead we will focus on the nature and conditions of institutional corruption in order to disclose its conceptual relationship with culture, as opposed to assigning possible meanings to the usage of the word “corruption”. Conceptual analysis involves, for instance, determining what it is about corruption that makes it a special kind of wrong different from similar ones, such as fraud or noncompliance, what follows from

the nature of corruption, or the conditions of possibility of corruption. We do not delve into that analysis here. Instead, for the purpose of this paper, we focus on the *effects* of corruption in order to challenge its cultural cause or its origin. Under this perspective, we assume that corruption is a collective institutional harm. The question, then, is what kind of special harm corruption does that could be culturally determined, culturally caused, or at least culturally originated. We invoke the nature of corruption only insofar as it could be potentially connected to cultural origin. As such, we will not necessarily address explanations that focus on the causes of corruption, such as principal-agent and collective action models (Perssons, Rothsstein y Teorell 2012). While highly useful and in some cases sophisticated, such models have a different purpose from this paper. We are not as concerned with incentive structures that may favour corruption in the future or explain the reasons for its existence, as we are with facing the reality of corruption as an already existing harm to institutions.

Second, and related with the last point: Conceptual analysis is not reduced to semantic disagreements because it does not describe the use of words. This means common-sense notions and *folk* understanding should not be particularly problematic. For the purposes of this paper, let us distinguish between the *traditional folk explanation* that claims that corruption is caused by the local culture; from the familiar understanding provided by the social sciences, which depicts many social phenomena as social constructions. We will come back to the approach of social sciences in further sections.

The agenda of this paper runs as follows. In the first two sections we explain the problems with describing corruption as part of culture, and go on to propose a political understanding of culture in order to evaluate if corruption may be politically determined. Nonetheless, corruption could be the result of precisely the opposite: a failure of culture in determining morally justified values, presenting it as a broader ethical issue. In section three, we consider the idea of corruption as a breach of morality, which presents corruption as a special kind of immoral act. At the same time, this concept could be shown to be co-extensional with a conception of morality as culturally embedded. However, the claim that corruption undermines the moral purpose of institutions seems circular: to corrupt an institution is to corrupt its purpose, which corrupts the institution. The fourth section brings up a rule-based conception of corruption that fo-

cuses on the validity of rules to point out exactly how corruption harms institutions excluding the cultural origin. In the final section, we use the tools of social constructionism and hermeneutics to attempt an overview of how the rule-based conception of corruption may be seen as a cultural process in Mexico. This analysis attempts to outline how a concept of corruption that actually points out its harm to rules may displace a cultural understanding of corruption by explaining some of the connections between historical processes, institutions, and culture.

II. “CORRUPTION IS CULTURAL”, THEY SAY

Very broadly, culture seems to be a kind of basic social technology that allows members of the same community to transfer crucial information from one generation to the next (Pinker 2002). The information is crucial in terms of the struggle for coherence of collective forms of self-understanding expressed in both the symbolic and the functional across various spheres of human activity (see Cassier 2012 y Ypi 2012). Of course, broad culture contains many kinds of irrelevant information, such as whether if one expects to find tortillas, naan or a baguette at a restaurant table, but crucially, it contains the kind of information that children need in order to be *socialized*. The socialization of children is possible because culture codifies horizons of value and interpretation, and it determines the meaning of ideas, concepts and distinctions (Haslanger 2012; Hacking 1999 y Gadamer 1989). As a result, some social phenomena are culturally relative in the sense of being caused by culture itself. This is true for many conventions in everyday life. For example, people from Copenhagen (Denmark) will likely tend to arrive at a party and leave punctually, whereas people from Mexico City are more likely to arrive late and leave when they see fit. This is a good proxy for the behaviour of many people in the specified classes, and the explanation for this behaviour is certainly cultural. Yet, this *folk* understanding of Copenhageners and *Chilangos*¹ does not amount to a social understanding or explanation because it does not begin to explain the many reasons why people from said classes behave this way.

The problem of this traditional *folk* view is that from this common-sense understanding of culture, *the traditional view* extracts an implausible

¹ Colloquial name for people from Mexico City.

condition: a tragic sense of inevitability or social determinism. It is not only that Mexicans arrive late to social gatherings and stay for an unspecified amount of time, it is rather that they are causally determined to behave in this fashion by their own culture and we would be wrong to hope they behave differently, at least not until the culture itself changes.² *Mutatis mutandis* if Mexican institutions are corrupt, while Danish institutions are not, it must be because culture causes Mexicans to act corruptly in a way that they cannot help themselves, while Danish culture causes different behaviour; and unless Mexican culture transforms, we cannot expect Mexicans to behave differently. This kind of social determinism is implausible precisely because it eschews any explanation or understanding of the social phenomenon at all. Things are simply what they are.

It seems that, taken solely as social wisdom, the *folk* understanding ignores several obvious realities of cultural analysis, such as how no culture exists in isolation but is in fact “a dynamic amalgam of indigenous and foreign as well as ancient and modern elements” (Dalton 2005, 237-262). Mary Dalton points this out in her analysis of corruption in the Republic of Korea. According to her, several elements of Korean culture, such as its age-based conception of authority and hierarchy, have, at the same time, created a greater awareness of corruption as a detriment to democracy and provided individuals in power with a set of tools to benefit from it and hide it.³ Such contradictions are bound to be found in most cultural contexts and would mean the folk view of corruption as a cultural inevitability is, at the very least, an oversimplification.

² In this paper we remain agnostic about the possibility and dimension of cultural change. Regardless of cultural change in this paper we focus in the relationship between corruption and culture as an already existing problem that needs to be addressed. What is important to note is that while cultures may change, they do so very slowly, with the passing of many generations and usually how they evolve is not under any specific group's control, including the government. Rather it seems a more organic process. We thank Bernardo Bolaños for this observation.

³ In Korean language, people use honorifics to refer to other people based on their age difference, even if it is of a single day, and are expected to treat age difference as a difference in hierarchy. This can be extrapolated to how questioning the decisions of someone who is older or has a higher place in a hierarchy tends to be considered highly inappropriate, especially in formal and professional contexts. This creates a conflict when democratic institutions in the Republic of Korea place the responsibility of reporting corrupt acts and demanding accountability on individual whistle-blowers and society at large, whose members are unlikely to treat people in the government or in positions of authority as equals.

Finally, it is important to stress that we are analysing corruption as a dynamic that takes place in institutions, rather than as an incentive structure behind isolated corrupt acts. Our question is more about what is happening to the institution when it becomes corrupt and why that is harmful, as opposed to why the corrupt act itself is taking place. Of course, acts of corruption are a necessary component of corruption, but it is obvious that a single act of corruption is not a sufficient for corruption as an institutional harm. An important corollary of this is that corruption is a special kind of harm conceptually distinct from problems of compliance and moral virtue. Even if noncompliance and unvirtuous behaviour may be conditions taken by several explanations as necessary for an act to qualify as corruption, they are not sufficient to explain corruption as harming institutions. This is because corruption may become prevalent even without breaking any rules or compromise the moral character of persons (Miller S. 2010).⁴ If corruption was only a problem of people deviating from the rules of morality or law, we would be able to deal with it by invoking familiar accounts of compliance, virtue or justice (“can’t we all just get along?”). However, corruption is a problematic issue precisely because of its distinctive structural, and institutional nature.

III. CORRUPTION AND PUBLIC POLITICAL CULTURE

One way to make sense of the cultural causation thesis is the view coming from political philosophy that public political culture determines the preservation of just institutions. Famously, Rawls restated his theory of justice in culturally relative terms by suggesting that a conception of justice may be acceptable when its basic ideas of order, cooperation and fairness are rooted in citizens’ public political culture.⁵ Perhaps corruption could be the result

⁴ For example, “before 1977 it was not unlawful for US companies to offer bribes to secure foreign contracts”. The same thing was not illegal for Mexican companies until after 2000. A common example of virtuous corruption would be the case of “Schindler’s List”, where Oskar Schindler corrupts the laws of Nazi Germany by bribing police officers to be allowed to hire persecuted Jewish workers to cut costs in his factories, consequently saving them from being sent to extermination camps.

⁵ Note that from the point of view of political theory and the state-community relationship, what matters is not broad culture, but only public political culture (Rawls 1999). Political Culture is defined as political culture is not only instrumentally valuable insofar as it helps people who do not know each other to cooperate in the different ways that the

of an *unreasonable public political culture*, which favours injustice and prevents its members from realising the collective consequences of their actions. Babatunde Akanji presents an example of this understanding of corruption when he points to specific elements of Nigerian political culture, such as collective interdependence and hierarchical relationships,⁶ as favouring concrete corrupt behaviours, such as bribery, clientelism and nepotism (Akanji 2017). If in Ideal Theory a reasonable political culture will socialize individuals in cooperation and compliance of the community's expectations, in non-Ideal theory an unreasonable political culture will socialize individuals for antisocial behaviour, simply by assuring them that everyone is likely to follow suit. In this section, we hope to show that this option fails to meet the triviality and circularity objections.

This way of restating the cultural causation of corruption seems to deal with the triviality objection, since it identifies one kind of culture that performs one specific task (political culture is only one small subset of a larger pattern of cultural interactions which socializes individuals as members of the community) and also identifies one specific way in which corruption is cultural (corruption is a type of behaviour that is socialised within a specific political culture). However, the problem with this notion is straightforward: it does not deal with the circularity objection. If the

community may require. It is also intrinsically valuable because it seems to be part of who people are, of their individual identities (Miller D. 1995). Both objectivists and particularists agree on this point, but each of them arrive to different conclusions from there.

⁶ Akanji refers to the collectivist element of Nigerian culture, in which people tend to see requests for payments as something that individuals do in the name of groups they belong to, whether it is their family, ethnicity or political party. Such payments are considered a quid pro quo between the groups represented by each person involved in the transaction, not as an individual request. Questioning the motivation for such requests is seen as highly inappropriate, especially if the person making the request has a higher place in a hierarchy, political or otherwise. While this can lead to innocent interactions, such as a restaurant patron giving a server a big tip in exchange for better service, it can also be seen as bribery when a similar situation happens between a civilian and a civil servant. It would be considered highly disrespectful for the server, for example, to question the motivation of the tip or refuse it in order to be allowed to give mediocre service. In contexts with clear hierarchies, such as in politics, a similar situation would play out when, for example, politicians embezzle government funds to repair infrastructure they see as a priority (generally for clientelistic purposes) or to improve their family's economic position. People who find out about the embezzlement would likely see it as a collective quid pro quo, where the politician is acting in the name of a group and will likely pay it back at some point.

question is how people could be culturally determined to act corruptly and the answer is that they have been socialized within a corrupt political culture, nothing is gained with the explanation. We can keep asking what is corrupt in this purported culture and how this culture determines that some individuals bend the rules and not others, never clarifying what exactly favours corruption in a political culture or how it determines corrupt behaviour. Crucially, this refrains from attempting to demonstrate that there is a causal relationship or at least a strong correlation between being socialized in a political culture that favours corruption and actually acting corruptly.

With that in mind we can restate the problem in the following terms: how can we be sure that corruption is caused by socialisation, as opposed to a lack of socialisation or a defective process of socialisation? For if corruption is caused in this other way, it will not be culturally determined but just the opposite: a failure of culture in determining our identities and values. Akanji (2017) makes this point when he suggests long-term cultural change in Nigeria as a solution for corruption. According to him, Nigeria's current political culture shows a defective relationship between Nigerian society's collectively oriented mind-set and the expectations placed on individuals by democratic institutions. While the institutions were designed with the expectation that individuals would make decisions based on moral considerations (for example, to not bribe civil servants so as their services would reach everyone equally), in practice it has allowed individuals to take advantage of institutions for collective purposes. As such, according to Akanji, a long-term strengthening of democratic institutions is a realistic solution for the elements of Nigerian culture that favour corruption.

Consider the hypothetical case of Professor Lazlo, who in this scenario is the director of the Department of Philosophy in a fictional Catholic university in Mexico, a cultural context where corruption is known to be widespread. This fictional university is known for instilling the community values of work ethics in all students, as well as for striving to hire a diverse pool of professors and researchers with the means to explore a wide array of political theories through merit-based open competition. Lazlo is an expert in political critical theory, the kind of political theory that seeks to identify the ideological misuse of political philosophy as a doctrine that regrettably hides social domination and exploitation. Yet, when he faces the task of hiring new researchers for his department by

means of open competition, he bends the rules every time to ignore the requirement for diversity in viewpoints and disciplines, and only allowing those whose work he deems compatible with his own research to advance in the contest. By *hypothesis*, Lazlo is not corrupting the institutional selection process because he is cynically looking for personal gain or because he enjoys torturing applicants. Lazlo sincerely (and wrongly) believes he has a valuable cultural project he is entitled to realize by ignoring institutional requirements, manipulating the contest by bending the rules, and handpicking human resources that accommodate his research interests. Yet, this is a case of corruption, because instead of going through the appropriate channels by convincing the university to define job vacancies according to what professor Lazlo seeks in an applicant and being transparent about such requirements, he instead manipulates the selection process so his preferred option is always selected and his own career benefits. Consequently, applicants are not sure if the selection committee expects them to fulfil the requirements in the contest rules (which advocate diversity in disciplines and viewpoints) or to simply fit in with Lazlo's personal preferences centred on only one kind of critical theory. If Professor Lazlo is not cynical, malicious or overly ambitious, he is well socialized, adjusted and knows that corruption is *prima facie* wrong, and he ends up acting corruptly, then, in keeping with the explanation of corruption as part of political culture, it must be because he is socially determined to do so, even if he knows better.

The problem with such an explanation is that, even if we reject the idea that corruption is a failure of the appropriate cultural socialization, this does not amount to say that corruption is culturally determined. Rather this case seems to suggest that corruption is a moral issue that becomes cultural when a specific culture's understanding of morality fails to prevent individuals from acting corruptly. *Professor Lazlo* believes that the intrinsic value of his cultural project trumps the institutional rules for hiring or the moral reasons for the existence of those rules. He is not determined by broad (Mexican) culture or by a bizarre political culture, but by morality, or rather by his own understanding of what morality requires from his performance as a faculty director.

This suggests that corruption may be an ethical issue rather than a cultural one. Note however that this is not precisely an objection against the conventional view insofar as ethics may be part of culture or even

culturally relative, particularly within the particularist outlook (see Dancy 2017). The concept of corruption could be presented as a special kind of immoral act, as well as co-extensional with a conception of morality as culturally embedded. Additionally, this way of explaining the cultural specificity of corruption as a breach in morality explains both the nature of corruption and its origin, while also making corrupt practices seem culturally relative. This possibility will be examined in the following section.

IV. CORRUPTION AS A MORAL BREACH

Recent philosophical work on the concept of corruption points to it being pre-eminently a moral issue, as opposed to a legal or social problem.⁷ Consider Seumas Miller's concept of corruption as a predominantly moral breach:

Morality-focused concept of corruption (MC): An act x that is done by an agent A constitutes corruption if and only if:

1. z has the effect Ep of undermining or helping undermine a process or institutional purpose belonging to an institution, I , and/or has the effect Ec of helping to devalue the moral character of agent B while B has an institutional role in I ; and
2. At least one of the following is true:
 - a. A has a role in I , and in performing x , A wanted or foresaw Ep and/or Ec , or A should have foreseen Ep and/or Ec .
 - b. There is at least someone performing a role in I , agent B , who could have avoided Ec if B had wanted to do so.

⁷ Miller D. (1995): insists that corruption is actually not a legal problem at all, because some acts that are recognized as corrupt are also legal. Legalistic definitions of corruption, which limit its identification to what the law may identify as corruption, are also clearly incomplete. See also Philp (2006). Consider again, for example, the case of "Schindler's List". Was Schindler corrupt when he bribed police officers to be allowed to perform illegal activities under the Nazi regime (i.e. employing Jews) for private gain, even if his actions turned out to be morally acceptable and socially necessary? Were the aforementioned police officers corrupt by accepting Schindler's bribes to ignore the illegal presence of Jews in the factory if they did it for ideological or moral reasons, such as being against their own regime or attempting to prevent Jews from being killed? A concept of corruption that limits itself to legal arguments would be useless when faced with such cases.

There are many important elements in MC. Firstly, it clearly explains that corruption is an institutional phenomenon instead of a personal one. It is true that the moral corruption of individuals is often discussed, for example, when a judge is not impartial or a journalist is not objective (Miller D. 1995). However, for Miller, the type of corruption that constitutes a moral wrong in itself is the institutional kind, which does include the moral detriment of individuals, but most importantly, distorts the character of the institution on behalf of which said individual is acting. The damage to the institution is not just done to the role of its members, but to its processes and institutional purpose. This does not mean that individual acts are not relevant for corruption. Quite the contrary, for Miller, identifying corrupt individuals, either as corrupters or corrupted, is a necessary condition to identify a process of corruption. Using this concept, it would be possible to connect the cultural explanation of corruption with its immoral motivations and consequences. Professor Lazlo would be considered corrupt even though he is not doing anything illegal, as he is subverting the academic purposes of open contest hiring based on merit.

The problem here is that MC seems circular, not just in its application to specific cases (as shown by Dalton for the Korean case), but also in an abstract sense. Institutions, as a concept, exist with a purpose and, according to Miller, undermining an institution is corrupting the institution. MC would seem to be assuming exactly what it is attempting to explain: that an act undermining an institutional purpose is essentially a moral wrong of a special kind with an institutional dimension, and that all institutions have moral purposes that may be undermined in a way that we can identify with corruption and not with some other reason, such as laziness, insufficient funding, or incompetence. MC does not explain which actions can undermine institutional purposes in a way that resembles what we normally understand as corruption. That is, under MC, *maybe* Professor Lazlo's undermining of the selection process is corruption because it undermines the department's moral dimension, though the concept lacks an explanation for the nature of the harm in Professor Lazlo's actions. After all, maybe he means well while doing so. With this concept of corruption, we cannot be sure if he is corrupting the department or doing something beneficial or innovative for it.

In order to correct that problem, let us consider a more sophisticated version of the traditional, economic definition of corruption as the *abuse*

of entrusted power for private gain, in order to see if we can find cultural traits of causation.⁸ This concept of corruption is widely present in economic and political science literature on the subject⁹ and specifies how the act subverts the institutional order, perhaps pointing towards a cultural origin for this subversion:

Abuse-of-power-focused concept of corruption (AC): An act X or pattern of behaviour X1, X2, X3... Xn, constitutes an act of corruption when:

- i) X or X1, X2... Xn is an abuse of power or authority by an government employee, according to what is described in the *legal norms* or the *official rules* which structure the institution, and
- ii) The act or pattern of behaviour in question happens with the *motivation to obtain personal benefits* by the people involved in the act or pattern of behaviour.

AC is attractive because it explains why Professor Lazlo's act is harmful as corruption. It is an act of corruption because it belongs to a pattern of behaviour which undermines merit within universities. Note however that AC avoids the moral character of corruption by focusing on the structural damage it causes to rules. According to AC, corruption is, in summary, a problem of compliance: a *legal offense of economic character*, such as bribery or graft (Miller D. 1995). Crucially, as corruption is defined as a pattern of behaviour, it could potentially be restated as a *cultural practice*: as long as the practice remains pervasive, Mexicans or Nigerians will be socially predisposed to take advantage of institutions without any regard for their instrumental value. Furthermore, AC correctly explains how deviating from institutional rules may be harmful by pointing out its economic consequences in the benefits the actors seek.

According to Miller, the problem with this concept of corruption is not only that it ignores many types of corruption that do not involve economic benefits or institutional roles, but it particularly ignores certain acts of corruption that are not illegal. For example, it is not always illegal for a company to use bribery beyond the borders of its own country. AC is

⁸ Special thanks to Lucero Fragoso Lugo and Milton Jair Rocha for this point.

⁹ Nye (1967), Kauffmann (1997), Rose-Ackerman (1999), Treisman (2000), among others, in Geoffrey M. Hodgson, & Shuxia Jiang (2007). In Hodgson y Jiang (2007).

cultural in a trivial sense that may or may not distinguish a particular kind of harm. Furthermore, AC does not explain how this kind of harm is of a special kind or different from, for example, fraud or theft.

Our analysis then seems to suggest that both MC and AC are not entirely adequate to explain the nature of corruption, as each one captures a different aspect of it. AC makes an excellent point in explaining that it is not necessary to assign a legitimate moral purpose to every institution to identify the damage caused by corruption. It is also true that MC is probably right in pointing out in its first clause that corruption needs to have the effect of undermining or helping undermine an institutional process or purpose, and/or have the effect of helping to devalue the moral character of the actor taking part in corrupt behaviour. The problem is that if corruption needs to be an exclusively moral damage, as MC contends, it would need to explain how “undermining or helping undermine an institutional process or purpose” is a moral damage. The connection between undermining institutional purposes and corruption is easy to spot, but as AC points out, institutions do not need to have a moral justification for its processes to be undermined and corrupted. Therefore, MC would seem to be assuming exactly what it is attempting to explain: that undermining an institutional purpose is essentially a moral wrong, and that all institutions have moral purposes that may be undermined.

One way to supplement AC in order to identify what is special about corruption in a way that could help explain how institutional purposes get corrupted is to invoke the notion of *organisational culture*. Here we are not suggesting a differentiation between corruption in governments (as emphasised by public policy studies) and the private sector (as is the focus of organisational studies). We use the term ‘institution’ in a general sense, to refer to “systems of established and embedded social rules that structure social interactions” (Hodgson 2006a, 125), and ‘organisation’ to refer to “particular kinds of institutions involving rules concerning membership and sovereignty” (Hodgson y Jiang 2007, 1043-1061). Unlike culture in the broad sense, which involves national, ethnic, and religious affiliations; organisational culture constitutes a specific layer of culture that takes place within large organisations in both the public and private sector, and involves the values and behaviours that shape the institutional environment and its dealings with other organisations. For example, consider the contrast between the different organisational cultures seen in the open

floor plans and flexible hours of companies like BuzzFeed or Google, and the strict timetables and dress codes in Mexico's Ministry of Foreign Affairs. They represent the enforcement of different ways of understanding the value of time, the conception of work, and the meaning of workplace interactions.

Organisational culture may help explain corruption as far as it establishes a link between two conflicting forces that shape all kinds of formal institutions: enforcement and agency. In this context, *agency* refers to the extent to which an organisation's individual members are able to influence its shape and purpose. *Enforcement* refers to all sorts of limits to agency, either to curtail it, to shape it in some way, or even to stimulate it. It is necessary to keep in mind that the concept of organisational culture requires both institutions and organisations to be seen as separate from their individual members. Organisational culture may be self-enforced, for instance, when an institution or organisation requires certain behaviours within itself to work towards its own purpose. For example, the organisational culture in an institution that handles emergencies (such as a hospital) would require more strict enforcement of time-management rules than one that does not (such as an art gallery). On the other hand, it could also be externally enforced when requirements are alien to the organisation itself. This would include the requirements coming from the network of other institutions that allows the institution to exist by working towards their own purposes and following their own rules. For example, businesses in the food industry must comply with regulations enforced by the government's health and safety offices, regardless of the scope of their internal rules. It is important to identify the rigidity of the constraints that may prevent individuals from acting rationally, out of mere habit (Hodgson 2006, 16); as an organisational culture becomes corrupt when it awards its members with enough agency to disregard rules or moral consequences. An example of this are doctors in the medical field who prescribe unneeded medications to their patients, because pharmaceutical companies pay them to do so, while their institutions (such as the hospitals where they work) do not discourage the practice.

The problem with conceptualising corruption as organisational culture is that further analysis may reveal that this approach is not different from AC or MC, depending on the degree of moral assessment we use to evaluate the practices emerging from agency and enforcement. Organ-

isational culture also fails to say what corruption is in a non-circular way; at least in a way that upholds the conventional view and its cultural explanation. If the analysis focuses on institutional enforcement, then AC becomes paramount, as the institution fails to limit agency in the appropriate way; leaving the issue of triviality in AC. If we instead focus on the individual agent, then MC becomes relevant, as the agent harms the institutional structure, leaving the issue of circularity in MC unaddressed.

Once we identify corruption with a problem of rules and compliance, then corruption is cultural only in a trivial sense. For example, consider the organisational culture of the Trump Organisation, where it would seem that being a member of the Trump family might be more relevant for a person's hiring than their professional qualifications. This means nepotism may be a part of its organisational culture, regardless of whether there is a rule against it. Given Trump family members/employees openness about how they do not see many negatives in allowing nepotism to permeate their companies,¹⁰ the issue of corruption would seem irrelevant precisely because it is part of their organisational culture, even if there may be written rules against it. What matters is how appropriate rules are for certain kinds of enforcement over agency in certain cases. We explore this possibility in the next section.

V. A RULE-BASED CONCEPT OF CORRUPTION

We hope we have shown that the cultural causation view about corruption is either trivial or circular. It is trivial by only stating the obvious when saying that corruption is cultural: that corruption is something that happens in human societies. But as we have seen, even when we try to flesh out this claim, the conventional view remains circular: to corrupt an institution is

¹⁰ Eric Trump, son of Donald Trump and executive in charge of the Trump Organization during his father's presidency of the United States, has referred to nepotism as both "kind of a fact of life" (Oppenheim 2017) and "a beautiful thing" (Johnson, S., "Eric Trump: Nepotism is a 'beautiful thing' as he says US President's children are more likely to speak truth to power", Ivanka Trump, daughter of Donald Trump, former executive at the Trump Organization and current White House staffer wrote in her 2009 book: "yes, I've chosen to build my career on a foundation built by my father and grandfather, so I can certainly see why an outsider might dismiss my success in our family business as yet another example of nepotism" (Trump I. 2009).

to corrupt its purpose, which corrupts the institution. We think, however, that some progress could be made if we explain what it means to corrupt an institution's purposes and how it happens.

In this section we lay the structure of a somewhat different concept of corruption that aims to clarify the specific harm that corruption does to institutions. Under this conception, corruption harms rules by establishing a parallel system of conventions and rules, which compete with institutional rules. For instance, if an institution is structured over the fact that there is a rule requiring you to do R; corruption establishes a convention that requires people to pretend to do R but do C instead; particularly if doing C is part of a pattern of behaviour C1, C2, C3...Cn; where many people may face the choice between doing R or C. Professor Lazlo's tampering with the selection process is corruption not only because it is morally wrong to impose his selection upon the institutional process, tampering with the fairness of the process. It is a special kind of harm we call corruption because his behaviour adds to similar behavioural patterns, which together undermine universities' rules of fairness and merit. The fact that an alternative behavioural pattern exists sets an example that establishes an alternative convention and eventually a rule: now people in a similar institutional position to Lazlo's will wonder whether to act according to fairness and merit, or to act according to the alternative convention Lazlo seems to follow. Therefore, corruption harms institution in three ways:

- (1) by contributing to the establishment of these parallel conventions and rules that constitute a deviation from the rules that structure the institution;
- (2) by illegitimately adding personal-gain free-riding purposes to those of the institution,
- (3) and by consequently reducing certainty; as people need to consider whether to follow R or C instead, given that they cannot be sure if everyone else is following either.

As we will see, saying that corruption is cultural is not much more informative than saying that any set of rules is cultural. A corollary of this obviously is that we should abandon the notion that corruption is cultural.

Before going forward with this concept of corruption, four considerations are in order. First of all, note that, from a philosophical perspective, a rule's *validity*, requires a critical perspective and careful interpretation of rules (Marmor 2010, 14). A rule becomes valid when it is created, modified,

and applied in a way that gives it normative authority within the institution.¹¹ A rule's validity is what allows it to spell out the circumstances under which it is binding within a specific legal system (Shapiro 2009, 4). In general, rules become normative when they provide individuals with relevant reasons to behave according to the rule. In other words, normative rules tell people what to do and give reasons that supersede other possible reasons to deviate from the ruled behaviour.

Second, for the case of public institutions, rules structuring institutions are often rules of law. It is important to stress that although the relationship between validity, normativity, and legality is hugely controversial from a philosophical perspective, the damage that corruption causes to the validity and authority of the law as a system of rules, seems quite straightforward. Corruption establishes parallel rules or conventions to the ones dictated by the law, especially where the law gives shape to institutions and provides reasons for people to respect them. The rules established by corruption end up competing against the law, which undermines the law's authority by making them, at least in practice, optional. In contrast, Miller seems to assume that in pointing out that not all types of corruption are illegal, he is showing that corruption is a moral issue instead of a legal one. However, his assumption is reductive, as legality is only one of the many characteristics of the law.

The relationship between morality and rules is always complicated. Almost nobody believes they are entirely separated or entirely unified. Philosophy of the law analyses this complex relationship, and this complexity is sure to be replicated when discussing the relationship between corruption as a concept, morality, and the law. We do not intend to suggest that the damage caused to the law by corruption does not have a moral dimension, quite the opposite, the thesis is that this damage has the moral consequence of preventing the law from protecting people's rights. The reason for this is explained in a third consideration: as we saw it in the first section, it is only possible to discuss corruption when the moral character of liberal democracy is assumed.

Liberal democracy is a type of political community or legitimate society that adheres to principles such as the protection of basic liberties,

¹¹ This is a familiar Hartian position in philosophy of the law, which may be found, among others, in Marmor (2010), and Shapiro (2009).

a certain conception of equality among citizens, and the protection of human rights. This is important, because the condition of being corrupt may only be conceptualized as relative to moral principles or standards associated with not being corrupt (Miller D.1995). Thus, corruption is not an act in itself, but a process through which liberal democratic institutions lose their moral character. We know this because if the process of corruption is so advanced as to lose all moral character and purpose in an institution, such as in authoritarian regimes where corruption leads to the material collapse of legal institutions, we lose the possibility of describing an institution as corrupt, since the original institution does not exist anymore.

Justice is the preferred standard in political theory to describe the moral character of institutions. However, it seems to be less useful in this context, as distributive justice typically assumes full compliance in its conception of justice that is acceptable to all citizens (Rawls 1999 y 2000). This assumption of full compliance eliminates the possibility of corruption. Legitimacy, on the other hand, is a political virtue that does not require full compliance and that helps evaluate how well institutions use political power to create a system that protects citizens' rights. Legitimacy does not require full compliance, because it is a matter of degrees.¹² For example, past regimes allowed racial segregation until very recently, but did not stop being legitimate in the same way as current regimes which allow discrimination against the LGBT community.

For the case of public institutions, corruption seems to be more related to the moral obligations generated by the existence of laws and regulations with the objective of creating order and protecting rights,¹³ which is less stringent for the private sector. Legitimate purposes for private institutions may be constrained by law, human rights and by the purposes established by the organisation itself. Please consider the following formulation of our concept of corruption:

Rule-based concept of corruption (CR): An act X is corrupt when it is part of a pattern of behaviour of the same kind X1, X2, X3... Xn, which, as a set,

¹² For more on the distinctions between ideal and non-ideal theory, see Valentini (2012, 654-664). Special thanks to Lucero Fragoso Lugo for this point.

¹³ For a more detailed discussion on legitimacy, see Williams (2005), and Sleat, (2015, 230-252).

damages the validity of the rules that shape the nature, purpose, and services provided by a morally legitimate institution LI. LI is legitimate if it uses political power or enforcement in a morally justified way and it follows pre-existing constitutive rules. The validity of LI is damaged when either of the following conditions are true:

(i) X₁, X₂... X_n establish rules and/or conventions that compete with the authority of the alternative set of rules A₁, A₂, ...A_n that in turn shaped the nature, purpose, and services provided by a legitimate institution LI.

(ii) The damage to the validity of LI's constitutive rules undermines the ability of LI to fulfil its defining purpose because after the competing pattern is established, certainty is curtailed. Participants of the institutional practices must now decide whether to do X or A.

(iii) X is an abuse of power or authority by a public servant, according to what the institution's applicable legal rules describe, or

(iv) X plays an institutional role even though whoever performs X does not perform an institutional liable role within the institution.

Contrary to MC, AC, and the view of corruption as part of organisational culture, our concept of corruption specifies the harm that corruption inflicts upon institutions with both a social and a moral dimension. CR is attractive because it takes into account the social harm of undermining institutional rules explained in AC and corruption as organisational culture, but it also has a moral dimension like MC. Crucially, our concept of corruption provides an explanation for what it means to undermine or help undermine an institutional process or purpose. It does so by explaining the damage in terms of the subversion of institutional rules by an alternative set of rules or conventions that competes or displaces a legitimate one, thus reducing certainty. Corruption does this as an organisational or legal harm and not an exclusively moral one.

Although the mention of "rules and conventions" may suggest that CR only sees corruption as happening within formal institutions with written rules or that the formalisation of institutions could counteract corruption by itself, both interpretations would be inaccurate. Informal institutions, understood as "patterns of patron-client relations by which power is also exercised" alongside formal institutions (Bratton 2007, 96-110) have their own specific rules and conventions, which would be undermined if a parallel set of rules competed with them. Take, for example, the practice of pooling a community's resources to invest in a morally

justified project, such as the construction of clean water facilities. If the person in charge of managing the pooled resources were to use them for a different purpose, such as to buy themselves clothes, the informal institution would be corrupted in much the same way as in any case of embezzlement in a formal institution, such as a government ministry. CR sees corruption as a possible scenario in both formal and informal institutions, as long as there is a moral dimension in the institution that is being undermined.¹⁴

Nonetheless, this moral dimension is puzzling. While the damage caused by corruption to an institution is not directly a moral wrong, such as fraud or murder, it has moral implications in that any action or pattern of behaviour that competes with the authority of a legitimate institution's rules undermines that institution's ability to fulfil its defining purpose. Corruption is morally wrong if the institution itself has a moral dimension. If the institution is legitimate, this defining purpose has a moral justification. Therefore, the connection between the damage to the institution's rules and any moral damage is contingent and not necessary. This moral service performed by institutions is what gives society reasons to cooperate with legitimate institutions, and also may justify moral obligations.¹⁵

Perhaps a more concrete way of thinking about the damage done to a rule's validity is to consider that one of the most basic services provided by rules is to create *predictability*. When corruption damages the law's validity, society is no longer clear on which rules it is supposed to follow, be it as public servants or not. In this context, people's spheres of action become ambiguous as to which situations will favour corrupt and unwritten political arrangements over written and morally justified laws and regulations. As a consequence, since personal agreements are unwritten and only known to the involved parties, it is no longer clear which institutions are actually working towards their written objective and which institutions only exist to benefit certain individuals. Predictability is di-

¹⁴ Many thanks to Manuel Balán for suggesting this clarification.

¹⁵ Note as well that acts of corruption of rules may be justified by strong reasons as in Schindler's case or when someone needs to act corruptly in order to protect or have access to their own rights. But our concept allows to admit that corruption harms rules and institutions even if it is morally justified in some cases. Thanks to Hazahel Hernández for this suggestion.

rectly related to the need for planning and measuring the magnitude of the changes caused by specific public policy interventions, as well as the attractiveness of specific markets for investors in the private sector. While exploring the diverse economic consequences of this loss of predictability would be outside the scope of this paper, it would not be a stretch to link it to several of the manifestations of a loss in productivity outlined by Lambsdorff (2003). According to him, corruption prevents “the allocation of capital goods” from being optimal due to its manipulation of conditions such as efficiency, capacity and quality control in bureaucracies (2003, 457-474). Lambsdorff (2003) gives the example of how while corrupt contracts may be initially lucrative, they are not legally enforceable (due to being illegal, or at least irregular) and are highly susceptible to arbitrary changes in negotiation terms or even cancellation. As such, they are highly unlikely to allow bureaucracies, both in the private and public sector, to maintain standards of efficiency and quality control.

Our concept of corruption requires a much more extensive defence. However, for the purposes of this paper, it is important to point out the three existing concepts of corruption and that at least one of them, CR, has the validity of institutional rules as its object.

VI. CORRUPTION AS A SOCIAL CONSTRUCTION

A defender of cultural explanations may very easily point out that our approach is methodologically flawed. Of course we cannot make sense of the cultural causation of corruption by conceptual analysis of normative political theory precisely because corruption is the kind of object that cannot be analysed in that way, as much as racism, discrimination and other instances of domination cannot either. It's true: people sometimes break rules. When an explanation about corruption leads to trivial and circular accounts it is precisely because we need an *understanding* of the phenomenon (Little 1994). Within human communities, actions and beliefs can be understood by interpretation even if they resist explanation. Interpretation attempts to discover the social meaning that actions and beliefs have for agents themselves, even if these do not make sense for conceptual analysis. Crucially, the cultural understanding here is not trivial or circular; as long as it remains interpretive.

One of these projects of social understanding is social constructionism. The constructionist project strives to identify contingent social phenomena that in the present are taken for granted but that can be the object of criticism and change (Haslanger 2012; Hackin 1999). Consider the case of Christiana, a widow in the Republic of the Congo. In communities like hers, widowhood puts women in a category of the most marginalized and invisible members of the society. Note that constructionism avoids the kind of determinism we eschew from the *folk* interpretation in the introduction. While the folk approach will condemn Congolese society for the inevitability of their behaviour towards widows, the social constructionist view stresses precisely the opposite: the social meanings associated with widowhood are contingent and they may very well be different (Haslanger 2012). From the history of Mexico, the social constructionist view extracts a different conclusion: there is nothing about being Mexican that necessarily entails the kind of corruption that Mexicans ordinarily have to endure in their engagement with public institutions. Bratu, Sotiropoulos and Steyanova put it succinctly when they say that corruption (as well as anti-corruption efforts) is “not a self-evident idea, but the outcome of social actions and political intervention” (Bratu, Sotiropoulos & Steyanova 2017).

But this is too quick. The constructionist account typically identifies thick social kinds of people. These kinds are thick as opposed to thin in the sense that they come associated with significant social implications. The idea is that, for example, being a Latino Spanish speaker in Mexico City is a very thin position, while being a Latino Spanish speaker in the United States typically carries a significant social weight (Haslanger 2012). So the meaning of being a widow or a Mexican varies across social groups. Social constructionism raises a cluster of issues (Haslanger 2012), but for our purposes here, it is enough to point out that it seems very difficult to construct “corrupt Mexicans” as a thick social kind. It seems problematic, or at least unhelpful, to single out those engaging in or affected by corruption as a disadvantaged group, as it would seem that corruption actually affects everyone. We of course do not mean to deny that corruption is instrumental to the disadvantage of the vast majority of Mexicans, or that corruption may be more detrimental to vulnerable social kinds. Rather the point here is that the harm of corruption is not exclusively associated with one social kind, as the meaning and disadvantages of widows is exclusively as-

sociated with women who have lost their husbands. Corruption, as a social collective harm, affects entire societies, not just individuals.¹⁶

An alternative to this may be to propose “middle-to-upper management public officials” as a thick social kind associated with clear advantages and privileges determined by corruption in Mexico’s social matrix and practices. It is clear to most Mexicans that senior-level public servants often seek their own interest above the public interest, and that people who aspire to such jobs are often more motivated by rent-seeking than by a desire to help their society. Yet these privileges are not directly available to all the members of that social kind, and said members are clearly not exempt from suffering the harms of corruption. For them, as for everyone else, the predictability of the system is compromised, conditioning their rights and their possibilities for professional advancement with their engagement in corruption. This relationship between Mexicans and corruption is not a prerogative of any specific social kind, but a reality for most members of Mexican society.

Now consider a different approach. Michel Foucault famously believed that in order to understand political change, we must understand the practice of political power rather than the conceptual analysis of political theory. According to Foucault, political power is one of those objects that cannot be understood as a concept (as in political theory) but rather as a practice (Foucault y Ewald 2003). The practice of power has several mechanisms, techniques and technologies; so when one seeks to determine the nature of a problem, one must identify the implied technologies of power. Recently, Mexican poststructuralists such as Ariadna Estévez (2007) and Sayak Valencia (2010) have employed the Foucauldian methodology to point out that the extremes in global capitalism have taken a toll in the capacity or even willingness of political institutions to protect the basic rights of people. Much more modestly, we could claim that corruption is rather part of a culture of exploitation or domination. Consider the Mexican constitutional institution (Cruz 2000). While the meaning of social institutions for political theory is described in terms of cooperation sustaining fair and just institutions that uphold freedom

¹⁶ This does not preclude the possibility of constructing “corrupt Mexican in the USA” as a thick kind. But even if we do this, the understanding of corrupt Mexicans as a whole remains elusive. Thanks to Bernardo Bolaños for this remark.

and equality; for Mexicans, social institutions are rather tolerated as long as they preserve peace and/or distribute resources, in exchange for the vote that preserves the status quo.¹⁷ This may have a cultural swing: The purpose of Mexican institutions is not to establish fair relations of cooperation but to extract votes or rents in exchange for loyalty and allegiance (Diaz 1997).

To be sure, consider Mexico's recent history. Years of civil war related to the Mexican Revolution led to the creation of the Constitution of 1917, which was used as a tool to pacify Mexico by including the many, sometimes contradictory, revolutionary narratives in a document to create an artificial consensus.¹⁸ This pacification was acceptably successful because it took into account parts of every group's claims by avoiding any pretence of a pre-existing consensus and by creating areas of ambiguity and discretionary power for specific stakeholders and local elites to reach their own unwritten agreements. These agreements, regardless of their formality or informality, were not meant to ensure social rights or the rule of law, but to pacify *caudillos*¹⁹ and mobilize groups by making them feel included in the new constitution. Their objective was to stop the fighting by turning the revolution's various contradictory demands into stable institutions, which would fall under the umbrella of the new constitution's legality (Diaz 1997). These unwritten agreements were eventually controlled by Mexico's presidents, first by Álvaro Obregón, when he won the still-fighting *caudillos*' loyalty by creating the system where the president chooses which candidates got elected. This gave him control over their decisions and policies, as they aspired to new roles once their period of service was over (Castro 2004). Later Plutarco Elías Calles organized the revolution's many factions under a single political party, the National Revolutionary Party, which continued to enforce an unwritten power structure based on backdoor agreements and discretionality (Beezley 2009). Finally, Lázaro

¹⁷ For instance, labour unions which tend to be favoured or repudiated by governments depending on whether if their leaders cooperate with elections or attempt to maximize their individual power. Either they are rewarded with public office, like Carlos Romero Deschamps, leader of the oil workers' union, becoming a senator, or they are arrested when their power becomes threatening to the status quo, like Elba Esther Gordillo, leader of the teachers' union.

¹⁸ In this section we invoke an argument we develop with more detail in Camacho and García (2019).

¹⁹ Military leaders with loyal followings and their own armies.

Cárdenas brought this discretionary power directly under the hand of Mexican presidents, cementing the rule of his Institutional Revolutionary Party (PRI) for the rest of the 20th century (Serrano 2007). Historically, ensuring equality was not a priority for Mexican politicians.

The upshot is this: If we follow the poststructuralist approach, facts may support the idea that corruption is culturally caused insofar as it is part of the institutional design of how Mexican institutions work. That is, corruption is embedded in the unwritten customary rules that structure Mexican institutions. In Mexican practices and institutional order, informal institutions do, in fact, compete with formal ones. Corruption is formally forbidden and prosecuted by those in power; but in practice, it is allowed, expected, and even required.

A clear example of this situation is the way Mexico's branches of government deal with the federal budget. During PRI's regime, Congress always passed the federal budget without comments. It was (and still is) the responsibility of the Legislative branch to critically examine and challenge the President's budget proposals, though PRI presidents would have the last say on most of the federal budget's changes. When PRI lost the presidency to the right-wing *Partido Acción Nacional* (PAN) in 2000, President Vicente Fox sought to follow the constitutional procedure and proposed a federal budget to Congress, expecting them to critically examine it. Instead, factions of Congress returned counter-proposals with "locked" sections of the budget through a process called "labelling",²⁰ which involved letting the President know which parts of the federal budget were non-negotiable. This *labelling* did not have any precedent in the law. It is particularly noteworthy that at this point in time, Mexico's constitution did not even specify a course of action if Congress failed to pass a federal budget in time,²¹ akin to the federal shutdowns seen when this happens in the US. It was a situation that was clearly not expected to happen under PRI's regime. President Fox's actions and Congress' reaction effectively meant that one of the main unwritten agreements, which allowed the federal budget to pass without complications by means of

²⁰ "Etiquetación del presupuesto".

²¹ Art. 74 in Mexico's Constitution, reformed in 1977 and still valid upon President Fox's inauguration in 2000; disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf.

party loyalty, was forever gone and opened the door for an unregulated and mostly unorthodox practice for Mexican politics: lobbying (Ugalde 2014). From that moment on, groups and organisations with no foundation in laws, such as the National Rural Confederation (CNC) and the National Governors' Confederation (Conago) gained impressive influence in budget negotiations by lobbying Congress for changes to the federal budget that might benefit their members. The extent of the influence exercised by informal organisations like CNC and Conago, as well as unregulated lobbying by interest groups, may all be considered corruption. None of these actors work for the benefit of Mexican society and they are able to influence the government through informal means to benefit their own stakeholders, regardless of the moral reasons for the way the federal budget is meant to be negotiated or the effect their changes to it may have on Mexican society.

The climax of the situation happened in 2004, when PRI and PRD members of Congress labelled around 4% of the federal budget for the following year as non-negotiable. This was ten times the labelled amount from the previous year. The changes to the President's proposal were so substantial as to lead PAN representatives to vote against their own party's budget proposal, which was then passed anyway by the PRI and PRD majority. In response, Fox vetoed the 2005 federal budget, while Congress argued that there was no such thing as presidential veto in Mexico (CNG). Although a constitutional amendment in July 2004 allowed Congress to "modify" the President's budget proposal before voting on it,²² the ambiguous use of the word "modify" effectively allowed the branches of Mexico's government to work on the budget proposal through lobbyists outside morally justified institutional channels. This amendment, unofficially, welcomed the informal influence of private organisations like CNC and Conago. The situation was so ambiguous, that it reached the Supreme Court through a lawsuit filed by President Fox in 2004 (Art. 74 in México Constitution). Almost a year later, in May 2005, the Supreme Court ruled that presidential veto was validly applied to the federal budget, though the court's ruling did not specify the extent to which Congress was allowed to influence the president's budget proposal through

²² Art. 74 in Mexico's Constitution, after its amendment in July 2004: disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_158_30jul04.pdf.

labelling (Proceso 2005). This of course makes sense, since labelling has no legal precedent, but did not resolve the core of the matter: deciding what happens when Congress and the President cannot agree on a federal budget bill. Nonetheless, with the opening of the door to lobbyists and the Supreme Court's tacit approval of labelling, negotiating Mexico's federal budget became an unremarkable process again by the end of the Fox administration in 2006. The difference was federal budget negotiations once again occurred in an informal context, parallel to most written regulations and separate from the normative duty to benefit Mexican society.

This use of poststructuralist approaches to identify and contextualize problems is powerful and attractive. The problem is they do not provide grounded relations of causation or correlation. What critical hermeneutics in general reveal is the meaning of social practices. In this case it reveals what corruption means to Mexicans; it does not predict that Mexicans will act in this way or the other because social practices and meanings change over time, and because it does not attempt a causal explanation for corruption. In particular, the poststructuralist approach powerfully identifies that Mexican institutions have departed from the purpose and structure that institutions with a legitimate purpose ordinarily have. This is hardly news, but it begins the discussion rather than giving it a definitive conclusion. In contrast, as we saw, the normative conceptual analysis proceeds in the opposite direction. In the case of CR, it establishes an ideal account of instrumentally valuable institutions as legitimate practices and rules with a purpose that have a moral character. Then, it proceeds to explain how corruption is a morally impermissible deviation from the ideal account by pointing out the harm it inflicts to intrinsically and instrumentally valuable, morally legitimate institutions. The important thing to note is that these are not competing explanations of reality, but complementary accounts. While hermeneutics in general, and poststructuralism in particular, reveal the nature and dimension of the problem, normative conceptual analysis sets a standard. We need both to deal with the problem.

To see how hermeneutics and conceptual analysis may work together, consider the Mexican case again. Hermeneutics reveals the meaning of corruption within the Mexican order: political institutions establish an arrangement where institutions distribute wealth in exchange for peace. Corruption is simply the social practise of securing a bigger bundle of this wealth without leading to widespread instability, or as Felson puts it, "break

the rules yourself but get everybody else to follow them” (Felson 2011, 12-17). While this account helps us understand the meaning of corruption within a cultural outlook, we need to take a step back and explain what corruption in general is and how it harms people if we want a chance to establish effective public policy against it.

Once we know what corruption is and we contrast CR to the poststructuralist account of the meaning of corruption for Mexicans, points of contact emerge. From the poststructuralist interpretation we extract the certainty that corruption is a pervasive social practice embedded in Mexican institutions by the establishment of unwritten rules that allow and even require acts of corruption. But from that, it is not evident how this happened or what we can do to fight this. A reason for this is that the poststructuralist account does not clarify the nature of the harm that corruption does to institutions in general. Therefore, we need a more profound and clear idea about the nature of corruption that the poststructuralist or social constructionist account does not provide, as it only works with the meaning that the people from the case study assign to their corrupt institutions. That is when the conceptual normative account kicks in.

If our conceptual analysis is sound, CR is the most coherent way to understand corruption and the nature of the harm it causes, while showing that the cultural interpretation of corruption is incoherent. CR determines that corruption is harmful because a given pattern of corrupt acts may establish a competing set of rules or conventions that displaces compliance to the set of rules that constitute a legitimate institution. This, then, harms the validity of the rules that conform a given institution, either formal or informal, undermining its institutional purposes and goals. At least for the case of political institutions, the nature of this harm has a legal dimension, but since the institution is legitimate and has intrinsic value, this harm also includes a moral dimension. The upshot here is that we can easily suggest a sort of continuity from the social constructionist and poststructuralist interpretation to the conceptual analysis, as CR explains how corrupt acts make the kind of patterns of behaviour that establish harmful parallel sets of rules that become in turn the kind of social practice that hermeneutics observe. That is, the meaning of corruption for Mexicans accommodates our conceptual analysis.

VII. CONCLUSION

Hopefully, this paper has managed to outline a useful conceptual analysis of corruption as it may relate to culture, particularly in the case of Mexico. We began by rejecting the folk traditional view about the cultural origin of corruption as implausibly committed with social determinism. In section two, we proposed a political understanding of the cultural origin of corruption, though this understanding cannot deal with the triviality and circularity objections. We challenged whether corruption is caused by culture or rather by a lack of effective acculturation. The case of Professor Lazlo showed it is possible to be effectively informed about the wrongs of corruption, fully cultured to be a functioning member of society and yet act corruptly in a way that makes it possible to wonder if culture itself determines people to choose corrupt courses of action. Upon closer inspection, our cases seem to suggest that corruption is not culturally determined in the broad sense or in a political sense, but may be, in a restricted sense, relative to morality.

In section three we examine whether corruption could be understood as a moral issue that becomes cultural when culturally determined morality fails to properly socialize individuals. However, the concept of corruption as a moral fault was circular in the sense that it simply assumed that corruption is harmful to institutions, but failed to specify any characteristics, conditions or reasons for this harm. In contrast, a more descriptive concept that identifies corruption with abuse of office for a personal gain correctly identifies that corruption is harmful partly because it constitutes a pattern of behaviour that undermines institutional purposes. The problem is that this concept is cultural in a merely trivial sense: using public office for personal gain is certainly a cultural phenomenon as much as being an exemplary public servant or as anything else, really. In turn, we invoked the notion of organisational culture in an attempt to specify what exactly is cultural about corruption. Upon closer inspection, this concept is not really different from concepts of corruption focusing on morality (MC) or abuse of power (AC). Nonetheless, the idea of a corrupt organisational culture revealed something useful and interesting. What is harmed is not culture in a broad sense or in a political sense, but specifically the rules that determine organisational culture. In turn, what is harmful is the kind of behaviour that deviates from what is expected, according to the rules that determine the structure and purposes of the

institutions. Despite this seeming more explanatory than MC, it is under-inclusive in the sense that it ignores many types of corruption that do not involve economic benefits, institutional roles or that are not illegal at all. Furthermore, AC and organisational culture explain how deviations from institutional rules may be harmful, but do not explain how this kind of harm is of a special kind different from other offenses like fraud or theft.

In contrast, in section four we offered a rule-based concept of corruption. This concept explains corruption by pointing out what is distinctively harmful about it. Corruption is the harm that a pattern of behaviour inflicts on a society's institutional life when it establishes a parallel convention or set of conventions to the one that is required by the relevant institution, thus reducing certainty and making people wonder what to do and what others are doing.

In section five, we deal with a potentially powerful objection from the theory of social constructionism and poststructuralism. However, both theories only frame and document the depth of the problem rather than establishing a causal link between a corrupt culture and corruption. To be sure, we examine a modest poststructuralist interpretation of Mexico's recent history, particularly focusing on how the federal budget was negotiated before and after the end of one-party rule in 2000, allowing for the suggestion of a continuity between the legal concept of corruption and the patterns of behaviour that may be identified as a culture of corruption in Mexico.

After this analysis, one significant concern is how to deal with corruption and culture. It is one thing to maybe have an approximate understanding of corruption in Mexico, but it would be a whole other thing to approach a remedy for it. Maybe a good first step in bridging this gap between understanding and solving would be to recognise that corruption may not involve the same situations in every cultural context, but it is also not unique or culturally predetermined in every single place.

Take, for example, corruption scandals involving infrastructure. A quick online search on Mexico's *Autopista del Sol* scandal will deliver many versions of the situation regarding Mexico's 95D federal highway, connecting Mexico City and Acapulco, and the various problems with the exorbitant cost of its planning, building, and repairs. Similarly, an online search for the "Big Dig" project in Boston, Massachusetts (US), also known as the Central Artery/Tunnel Project, will show similar complaints. The

two cases, one taking place in Mexico between 1993 and 2007 and the other in the United States between 1991 and 2007, ended with huge cost overruns,²³ and both have been criticized for their delays, and their use of substandard materials, which cause regular accidents and have hiked up maintenance costs, among other grievances. The two cases, if not entirely equal, are equivalent in their size and implications. However, a clear difference comes up in how the Big Dig has been the object of many audits and investigations, leading to financial restitution by companies that admitted to not performing at their best, and the arrests of at least six individuals accused of hiding the inferior quality of the concrete used in the project (Lindsay 2006). Audits and investigations have also been performed in the case of the *Autopista del Sol*, but they have led to far fewer legal consequences and are themselves surrounded by accusations of corruption that are regularly ignored by law enforcement institutions (Yamashiro 2013). The causes for this are diverse, but they seem to stem from the involvement of powerful people at the federal level, as well as ambiguous regulations in the Mexican states the highway crosses.

At the risk of entering the realm of corruption perceptions in a conceptual paper, it is worth mentioning that although few residents of Boston would describe their jurisdictions as the opposite of corrupt, few of them would also put Boston (or indeed, the US) on the same level of corruption and government ineffectiveness as Mexico.²⁴ The upshot is this: Both are prominent cases of corruption in their respective countries, but their consequences were different. In the simplest terms, both infrastructure projects were plagued by corruption and irregularities, but those dealing with the Big Dig had clear rules to apply, and those involved with the *Autopista del Sol* did not. If the harm done by the guilty in each case is similar, as is the moral outrage surrounding it, what is left as the clear difference between these two cases is the rules present in each context. The difference is US citizens, in the case of the Big Dig, were able to trust that their institutions would investigate the problems with the project and punish the guilty. Mexicans, when it comes to the *Autopista del Sol*, have no such cer-

²³ Around 190% in the case of the Big Dig and 275% in the case of the *Autopista del Sol* (Lindsay 2006; Yamashiro 2013).

²⁴ Many thanks to Bonnie Palifka and Louise Shelley for pointing this out. Perceptions of corruption are rarely the same inside and outside of specific cultural contexts.

tainty. This difference in how corruption is handled is not cultural, but rule-based, particularly regarding the clarity and pertinence of the rules applied.

If after all the reader is not convinced, consider one final example: take Torgeir and Emmanuela, hailing from Norway and Italy respectively.²⁵ They are in Hungary, a place where both are foreigners and corruption is not unheard of, and they have determined after careful deliberation that the easiest way to access a right is to lie to a public official. Let us also suppose that they are actually entitled to that right, but it will be costly and time-consuming for themselves and even for the government to have the public office go through the whole process as it is formally regulated. On good faith, they sincerely believe that it will be better for the government and for themselves to save everyone the trouble of playing along with this very obvious flaw in Hungarian bureaucracy. Once they are finally interviewed by the relevant public official, lying comes naturally to Emmanuela, whereas Torgeir is visibly upset and embarrassed by the situation. From that scene, one is tempted to conclude that corruption (at least in the form of lying to the government to access a right) comes naturally to Emmanuela because she is Italian, and corruption is culturally accepted amongst Italians, whereas Torgeir is upset because he comes from a social context, Norway, where the culture of compliance is pervasive.²⁶ We can accept this explanation only if the reader accepts what the example suggests: that “culturally determined” maybe means that Emmanuela is more likely to engage in acts of corruption than Torgeir, but this does not answer *why* she is more likely to do so. In contrast, our rule-based concept of corruption may cast some light by pointing out that maybe Italians find conventional engagement in acts of corruption more effective to access the protection of their rights, whereas Norwegians act under the convention that the compliance of established rules assures this access to that protection better than alternative paths. Of course, this is not all there is to say on the matter, but this is where empirical research, especially in the form of case studies that lead to the evaluation and measurement of corruption, must kick in. Our legal concept of corruption serves the purpose of describing what the cultural explanation is unable to: what corruption actually is.

²⁵ Thank you to Itzel Mayans for insisting on this matter.

²⁶ Many thanks to Andrés Moles for suggesting this example.

VIII. REFERENCES

- AKANJI, Babatunde. 2017. "The Relationship between Culture and Corruption in Nigeria – Prospecting Culture Change in Dealing with this 'Big Black Hole'". *Romanian Economic Journal* 63(3).
- BEEZLEY, William. 2009. "The Role of the State Governors in the Mexican Revolution". In *State Governors in the Mexican Revolution, 1910-1952: Portraits in Conflict, Courage, and Corruption*, eds. J. BUCHENAU & W. BEEZLEY. Plymouth, UK: Rowman & Littlefield.
- BRATTON, Michael. 2007. "The Democracy Barometers (part 1): Formal versus Informal Institutions in Africa". *Journal of Democracy* 3(18).
- BRATU, Roxana *et al.* 2017. "Through the Lens of Social Constructionism: The Development of Innovative Anti-Corruption Policies and Practices in Bulgaria, Greece and Romania, 2000-2015". *The Slavonic and East European Review* 1(95).
- CAMACHO, Enrique and GARCÍA, Francisco. 2019. "El concepto de corrupción y el pacto constitucional mexicano". En *Los derechos sociales en México. Reflexiones sobre la Constitución de 1917*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro.
- CASTRO, Pedro. 2004. "Álvaro Obregón, el último caudillo". *Polis* 2(3).
- CASSIRER, Ernst. 1977. *An Essay on Man: An Introduction to a Philosophy of Human Culture*. New Haven: Yale University Press.
- COSSÍO, José. 1998. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. México: Fontamara.
- CRUZ, Juan. 2000. "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica". En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, comps. M. CARBONELL *et al.* México: UNAM.
- DALTON, Mary. 2005. "Corruption in cultural context: Contradictions within the Korean tradition". *Crime, Law and Social Change* 4-5(43).
- DANCY, Jonathan. 2017. "Moral Particularism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/moral-particularism/>.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín. 1997. "La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión". En *80 aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Mexico: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- ESTÉVEZ, Ariadna. 2007. "Transición a la democracia y derechos humanos en México: la pérdida de integralidad en el discurso". *Andamios* 6(3).
- FELSON, Marcus. 2011. "Corruption in the Broad Sweep of History," *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Massachusetts: Edward Elgar.
- FOUCAULT, Michel, and EWALD, François. 2003. *Society Must Be Defended: Lectures at the Collège de France, 1975-1976*, vol. 1. New York: MacMillan.
- GADAMER, Hans-Georg. 1989. *Truth and Method*. Nueva York: Crossroad Publishing.
- HACKING, Ian. 1999. *The Social Construction of What?* United States: Harvard University Press.
- HASLANGER, Sally. 2012. *Resisting Reality: Social Construction and Social Critique*. United States: Oxford University Press.
- HODGSON, Geoffrey and JIANG, Shuxia. 2007. "The Economics of Corruption and the Corruption of Economics: An Institutional Perspective". *Journal of Economic Issues* 4(41).
- HODGSON, Geoffrey. 2008a. "What Are Institutions?" *Journal of Economic Issues* 1(40).
- LAMBSDORFF, Johann. 2003. "How Corruption Affects Productivity". *Kyklos* 4(56).
- LINDSAY, Jay. 2006. "6 Arrested in Boston Big Dig Investigation". Disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/04/AR2006050400693.html>.
- LITTLE, Daniel. 1994. *Varieties of Social Explanation: An Introduction to the Philosophy of Social Science*. Reino Unido: Routledge.
- MARMOR, Andrei. 2010. *Philosophy of Law*, Princeton: Princeton University Press.
- MILLER, David. 1995. *On Nationality*. Oxford: Clarendon Press.
- MILLER, Seumas. 2010. *The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study*. New York: Cambridge University Press.
- OPPENHEIM, Maya. 2017. "Donald Trump's son says nepotism 'a factor of life'". *The Independent*, 5 April, disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/americas/eric-trump-nepotism-factor-of-life-forbes-trump-tower-ivanka-trump-a7667891.html>.
- PERSSON, Anna *et al.* 2012. "Why anticorruption reforms fail – Systemic corruption as a collective action problem". *Governance* 3(26).

- PHILP, Mark. 2006. "Corruption Definition and Measurement". In *Measuring Corruption*, eds. Charles SAMPFORD et al. Surrey, UK: Ashgate
- Proceso. 2005. "Aprueba SCJN veto presidencial al Presupuesto". *Proceso*, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/226957/aprueba-scn-veto-presidencial-al-presupuesto>.
- RAWLS, John, 1999. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- RAWLS, John. 2000. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- SERRANO, Fernando. 2007. *Facultades Metaconstitucionales del Poder Ejecutivo en México*. Mexico: UNAM.
- SHAPIRO, Scott. 2009. *What is the Rule of Recognition (and does it exist)?* Research Paper. No. 181.
- SLEAT, Matt. 2015. "Justice and Legitimacy in Contemporary Liberal Thought". *Social Theory and Practice* 2(41).
- STEWART, Jenny. 1993. "Rational choice theory, public policy and the liberal state". *Policy Sciences* 4(26).
- TRUMP, Ivanka. 2009. *The Trump Card: Playing to Win in Work and Life*. New York: Touchstone.
- UGALDE, Luis. 2014. *La negociación política del presupuesto en México, 1997-2012*. Mexico: Integralia.
- VALENCIA, Sayak. 2010. *Capitalismo Gore*. Barcelona: Melusina.
- VALENTINI, Laura. 2012. "Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map", *Philosophy Compass* 9(7).
- WILLIAMS, Bernard. 2005. *In the Beginning was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press.
- YAMASHIRO, Celina. 2013. "Autopista del sol, una obra con 20 años de derrumbes", disponible en: <http://www.obrasweb.mx/construccion/2013/09/20/autopista-del-sol-una-obra-con-20-anos-de-derrumbes>.
- YPI, Lea. 2012. *Global Justice and Avant-Garde Political Agency*. Oxford: Oxford University Press.

EL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA CHILENOS*

THE CIVIL LIABILITY STATUTE IN THE GENEVA CONVENTIONS AND ITS APPLICATION BY THE CHILEAN COURTS OF JUSTICE

Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA**

RESUMEN: Este artículo examina la discusión sobre la prescripción de las acciones civiles reparatorias en casos de crímenes de lesa humanidad, y en especial la interpretación de los jueces chilenos al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949. Conforme a cánones de interpretación del derecho internacional, se considera como principio básico la reparación integral de las víctimas (o sus familiares) de violaciones a la dignidad humana; por tanto, la imprescriptibilidad de estos crímenes es aplicable no sólo tratándose de responsabilidad penal, sino también de la civil.

ABSTRACT: *This article examines the discussion on the prescription of civil remedial actions in cases of crimes against humanity, and especially, Chilean judges' interpretation on this statute, applying the 1949 Geneva Conventions. According to the canons of interpretation of International Law, it is considered as basic principle the reparation of the victims (or their families) of violations of human dignity, therefore the imprescriptibility of these crimes are applicable not only to criminal liability, also to civil.*

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, imprescriptibilidad, responsabilidad civil, derecho internacional humanitario, cánones de interpretación

Keywords: *war crimes and against humanity, prescription, civil liability, international humanitarian law, interpretation canons.*

* Artículo recibido el 28 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 30 de septiembre de 2019.

** ORCID: 0000-0001-5447-0049. Doctora en Derecho. Integra el claustro académico del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Santiago, en la línea de investigación sobre "Justicia Constitucional y Derechos Humanos". Se desempeña en gestión como directora de Carrera de Derecho, sede Santiago, Universidad Autónoma de Chile, Santiago. Correo electrónico: ingrid.diaz@uautonoma.cl.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La prescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias en casos de violaciones graves al DIH. Tendencia jurisprudencial prevalente en Chile entre 2006-2014*. III. *La imprescriptibilidad integral de las acciones que persiguen la sanción de los crímenes de lesa humanidad. Tendencia jurisprudencial mayoritaria en Chile a partir de 2015*. IV. *El estatuto de responsabilidad civil de los Convenios de Ginebra*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los Convenios de Ginebra de 1949 son los instrumentos internacionales principales que codifican las normas del derecho internacional humanitario, aquellas normas internacionales que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados, y que intentan limitar los efectos de éstos, protegiendo especialmente a las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que ya no pueden seguir participando en éstas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra) (Comité Internacional de la Cruz Roja 2014).

Chile ratificó estos Convenios el 12 de octubre de 1950 (Comité Internacional de la Cruz Roja 2014) y les otorgó vigencia interna a través del Decreto Supremo 752 publicado en el *Diario Oficial* el 17 de abril de 1951. Sus tribunales superiores de justicia los han aplicado e interpretado a propósito de casos relacionados con vulneraciones a los derechos humanos acaecidos durante el gobierno de Augusto Pinochet Ugarte, especialmente en los periodos en que rigió la declaración de estado de sitio por conmoción interior, pues si bien no existía una declaración formal y expresa de guerra civil, se interpretaba al estado de sitio como estado de guerra para efectos de la aplicación de los tribunales militares de tiempos de guerra. En efecto, el artículo 1o. del Decreto Ley 5, 1973, indica:

Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación.

Luego, el estado de sitio por conmoción interna estuvo vigente entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, y entre el 6 de noviembre de 1984 y el 17 de junio de 1985. En complemento, el artículo 418 del Código de Justicia Militar estableció que “se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho la declaración oficial”.

La jurisprudencia de los tribunales chilenos superiores de justicia ha discutido la aplicabilidad interna de estos Convenios. En una primera etapa (1990-8), los sentenciadores negaban su aplicación por no darse el supuesto para ello, a saber: la existencia de un conflicto bélico efectivo. Luego (1998-2005) aceptan aplicarlos para fundar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, al interpretar que la declaración de estado de sitio como *estado de guerra* realiza una ficción legal de guerra, que hace aplicable el uso de tal normativa internacional (Díaz 2006). Así, se reconoce que la imprescriptibilidad de estos crímenes es un principio perteneciente al derecho internacional consuetudinario, que encuentra su consagración convencional en el artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra de 1949, que señala que estos crímenes quedan prohibidos “en cualquier tiempo y lugar”. De esta forma, la prescripción, tanto en lo que se refiere a la persecución del delito como a la imposición de la sanción que en su caso corresponda, nunca puede oponerse como causal de exención de la responsabilidad penal (Bustos 2000; Horvitz 2006).

A partir de 2006, la discusión se ha trasladado a las consecuencias o efectos de la aplicación de estos Convenios en el ámbito de la responsabilidad civil (Aguilar 2009; Feddersen 2010). Al respecto, existen dos posturas jurisprudenciales contrapuestas en materia de prescripción de las acciones civiles que persiguen reparar a las víctimas (o sus familiares) de crímenes internacionales repudiados por los Convenios de Ginebra. En el periodo 2006-2014 prevaleció la postura de la prescripción de las acciones civiles reparatorias en casos de violaciones graves al derecho internacional humanitario (en adelante DIH) (sección II); luego, a partir de 2015, la tendencia jurisprudencial mayoritaria reconoce la imprescriptibilidad integral de las acciones que persiguen la sanción de los crímenes de lesa humanidad (sección III). Ante esta dicotomía, se hace necesario enfatizar

que en el ámbito de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos, la aplicación interna de las normas internacionales se ha de realizar con una interpretación de sus disposiciones conforme a los parámetros de interpretación propios del derecho internacional. Por tanto, en el ámbito específico del DIH, la aplicación interna que realicen los tribunales de justicia domésticos han de interpretar tales normas conforme a criterios teleológicos y sistemáticos, y no desde una perspectiva local, aplicando criterios propios del sistema jurídico doméstico, desconociendo el plexo normativo internacional. En específico, los jueces que apliquen el estatuto de responsabilidad establecido en los Convenios de Ginebra, para concluir si procede o no la prescripción de las acciones civiles que emanan de las infracciones graves del DIH, ineludiblemente han de analizar las fuentes del derecho internacional, que permiten una mejor comprensión del sentido y alcance de tales disposiciones (sección IV).

II. LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES CIVILES REPARATORIAS EN CASOS DE VIOLACIONES GRAVES AL DIH. TENDENCIA JURISPRUDENCIAL PREVALENTE EN CHILE ENTRE 2006-2014

A favor de la prescripción de estas acciones civiles, se arguyen razones de paz social y de certeza jurídica, pues se afirma que estas “constituye[n] un principio general del derecho” que “adquiere[n] presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones” (Ávila c. Fisco de Chile 2009, pár. 9; Castillo y otros c. Fisco de Chile 2014, pár. 7; Contra Estado de Chile 2011, pár. 11; Felber y otros c. Fisco de Chile 2015, pár. 7; Martínez y otros c. Fisco de Chile 2006, pár. 13; Rivas y otros c. Fisco de Chile 2010, pár. 9; Salgado c. Fisco de Chile 2014, pár. 7; Vásquez c. Fisco de Chile 2014, pár. 9; Zúñiga y otros c. Contreras y otros 2017, pár. 4).

Luego, no se considera que la imprescriptibilidad de la acción penal arrastre la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias que surgen de la comisión del ilícito, y, por consiguiente, se aplica el plazo de cuatro años desde la perpetración del acto para establecer la prescripción de las acciones, conforme a la regla del artículo 2332 del Código Civil chileno sobre responsabilidad extracontractual, pues se considera que “tratándose

de acciones de contenido patrimonial no es posible desentenderse de las normas generales que gobiernan la materia corresponde también aplicar las reglas del derecho común contenidas en el Código Civil en materia de prescripción extintiva, máxime cuando existe norma expresa que señala que las reglas relativas a ella se aplican igualmente a favor y en contra del Estado” (Abarzúa y otros c. Fisco de Chile 2013, párs. 1-4; Ávila c. Fisco de Chile 2009, párs. 7, 11 y 12; Castillo y otros c. Fisco de Chile 2014, pár. 3, 8 y 9; Contra Estado de Chile 2011, párs. 7, 12 y 13; Felber y otros c. Fisco de Chile 2015, párs. 5 y 8; Martínez y otros c. Fisco de Chile 2006, párs. 14-7; Ortega c. Fisco de Chile 2008, pár. 1; Rivas y otros c. Fisco de Chile 2010, párs. 5, 10-2; Salgado c. Fisco de Chile 2014, párs. 4, 8 y 9; Vásquez c. Fisco de Chile 2014, párs. 5, 10 y 11; Zúñiga y otros C. Contreras y otros 2017, pár. 1). En Argentina, la jurisprudencia ha tenido una evolución similar, en tanto las demandas judiciales de reparación civil por crímenes ejecutados por agentes estatales en el marco del gobierno militar (1976-1983) generaron posturas antagónicas sobre la prescripción de la acción civil por crímenes de lesa humanidad. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación diferencia entre imprescriptibilidad de acciones penales y civiles, y rechaza la posibilidad de aplicación de la imprescriptibilidad respecto de las últimas y declarando su prescripción en virtud del artículo 3980 del Código Civil de la Nación Argentina: “el derecho de reclamar los daños y perjuicios es materia disponible y renunciable, mientras que la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes; es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados” (Martínez D. 2017; Olivares c. Estado Nacional Argentino 1988; Larrabeiti y otro c. Estado Nacional 2007; Sommer 2018).

Para considerar estas acciones civiles imprescriptibles, los tribunales chilenos exigen la existencia de una norma expresa que declare la improcedencia de la prescripción, y específicamente, se afirma la existencia de un vacío en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales respecto a la prescripción de las acciones civiles reparatorias, por lo que no cabría presumir que el derecho internacional se opone a reconocer efectos jurídicos al transcurso del tiempo: “[E]n ausencia de [estas reglas], corresponde estarse a las del derecho común, referidas específicamente a la materia la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra debe entenderse necesariamente referida a infracciones del orden

penal” (Ávila c. Fisco de Chile 2009, pár. 9; Castillo y otros c. Fisco de Chile 2014, párs. 4-6; Contra Estado de Chile 2011, pár. 8; Felber y otros c. Fisco de Chile 2015, pár. 6; Martínez y otros c. Fisco de Chile 2006, pár. 20; Ortega c. Fisco de Chile 2008, pár. 2; Rivas y otros c. Fisco de Chile 2010, párs. 6 y 7; Salgado c. Fisco de Chile 2014, párs. 5 y 6).

Por otra parte, se estima que otros instrumentos internacionales, aunque se refirieran a la imprescriptibilidad de las acciones por vulneraciones a la dignidad humana, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no serían aplicables si no se encontraban vigentes en el momento de la comisión de los delitos (Abarzúa y otros c. Fisco de Chile 2013, pár. 4; Ávila c. Fisco de Chile 2009, pár. 9; Martínez y otros c. Fisco de Chile 2006, párs. 18 y 19; Vásquez c. Fisco de Chile 2014, párs. 6 y 8; Zúñiga y otros c. Contreras y otros 2017, pár. 2).

También la Corte Suprema chilena ha estimado que el Estado ya ha dado cumplimiento al resarcimiento a través de beneficios otorgados a través de las leyes 19.123 y 19.980, y que no se puede demandar indemnización por los mismos hechos que dieron lugar a los beneficios (Galdámez 2011).¹

Por otra parte, en ciertas ocasiones los tribunales no dan lugar a la demanda civil en contra del fisco de Chile por crímenes de lesa humanidad que hayan impetrado funcionarios públicos, pues estiman que los tribunales penales son incompetentes para conocer de las indemnizaciones de perjuicios solicitadas porque sólo, excepcionalmente, en sede penal se puede demandar civilmente, pero exclusivamente con relación a los mismos hechos y procesados por la comisión de los delitos investigados, no extendiéndose al tercero civilmente responsable, que en este caso sería el Estado (Lejderman c. Polanco y otros 2009, párs. 38-43; Toro y otros c.

¹ La Ley 19.123, publicada en el *Diario Oficial* el 8 de febrero de 1992 y actualizada el 10 de diciembre de 2009, crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y establece pensión de reparación y otros beneficios en favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, que se individualizan en el volumen segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de conformidad con el procedimiento establecido en la misma ley. *Biblioteca del Congreso Nacional*, disponible en: <http://bcn.cl/Ivuwr> (visitada 26 de enero de 2018).

La Ley 19.980 publicada en el *Diario Oficial* el 9 de noviembre de 2004 y actualizada el 10 de diciembre de 2009, modifica a la Ley 19.123, ampliando beneficios. *Biblioteca del Congreso Nacional*, disponible en: <http://bcn.cl/Iuy8> (visitada 29 de septiembre de 2019).

Contreras y otros 2007, párs. 20-3). Sin embargo, cabe tener presente que sobre la procedencia y alcances del ejercicio de la acción civil en juicio penal tampoco existe uniformidad de interpretación, pues la Corte Suprema chilena también ha sostenido que

...la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal presenta como única limitación que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad (Contra Guerra y otros 2008, párs. 34-37; Toro y otros c. Contreras y otros 2009, párs. 36-40).

III. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD INTEGRAL DE LAS ACCIONES QUE PERSIGUEN LA SANCIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. TENDENCIA JURISPRUDENCIAL MAYORITARIA EN CHILE A PARTIR DE 2015

Esta tendencia jurisprudencial fue minoritaria en el periodo previo al 2015; no obstante, en los primeros fallos que la recogen, el núcleo central del argumento descansa en la convicción de que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad rige tanto para el ámbito civil como para el ámbito penal, pues la acción indemnizatoria no puede ser determinada a partir de las normas del derecho privado. Si bien las acciones se refieren a cuestiones patrimoniales, atienden a finalidades diferentes, pues las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen, respetan y promueven la dignidad del hombre, debiéndose compensar adecuadamente a las víctimas y sobrevivientes de violaciones graves a los derechos humanos (Carrasco c. Fisco de Chile 2007, pár. 1; Contesse y otros c. Orozco y otros 2017, pár. 42; Fuenzalida y otros c. Fisco de Chile 2008, pár. 2; Montiel c. Fisco 2007, pár. 1; Muller y otro c. Fisco 2007, pár. 6; Valencia c. Fisco de Chile 2007, pár. 4; Rivas y otros c. Fisco de Chile 2010, párs. 1 y 2). En Argentina, en lo que respecta a sentencias que aceptaron la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en el caso Villamil (2006), falló en el sentido de ponderar la acción indemnizatoria promovida, por considerar inescindibles las acciones penales de las civiles por delitos de lesa humanidad, funda-

mentos del alcance constitucional e internacional del derecho de reclamar sin limitación de tiempo; aunque posteriormente, sobre este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina revocaría (por voto dividido) la sentencia de la Cámara Nacional. Los votos de minoría argumentaron que la acción de reparación integral (daños y perjuicios ajenos a las reparaciones pecuniarias por el solo hecho de haber estado detenido, exiliado o un familiar desaparecido) como la acción penal derivan de una misma situación de hecho, el crimen internacional (Martínez D. 2017; Villamil v. Estado Nacional 2006 [2017]; Sommer 2018).

Más adelante, los fallos chilenos que siguen esta línea afirman la existencia de un verdadero estatuto internacional de imprescriptibilidad integral, válido no sólo en lo penal, sino también en el ámbito civil, respecto de las indemnizaciones debidas en razón de la comisión de crímenes de lesa humanidad, pues

...la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior carece de sentido, frente a [una norma de] *ius cogens*, sostener la imprescriptibilidad para el ámbito [penal] y desestimarla para el [civil], aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo privada y renunciable (Araneda y otros c. Moren y otros 2017, pár. 11; Boettiger y otros c. Contreras y otros 2015, párs. 24 y 25; Chacaltana y otros c. Fisco de Chile y otros 2016, pár. 14; Contra Guerra y otros 2008, párs. 42 y 48; Muller y otro c. Fisco 2007, pár. 27; Pereira y otros c. Luzoro y otro 2017, pár. 21; Toro y otros c. Contreras y otros 2009, pár. 40; Valencia c. Fisco de Chile 2007, pár. 3).

Luego, la Corte enfatiza que la fuente de este estatuto de responsabilidad internacional integral es el derecho consuetudinario, y en especial los principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos y del DIH, que gozan de carácter de *ius cogens*, normas imperativas de derecho internacional general que derivan su vinculatoriedad no del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario. Por tanto, la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera, por responder a criterios

claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX (Carrasco c. Fisco de Chile 2007, pár. 1; Contra Flores y otro (caso Molco) 2006, pár. 5; Contra Gómez 2006, pár. 18; Contra Guerra y otros 2008, párs. 9, 10 y 13; Contra Pinto (caso Chena) 2007, pár. 14; Montiel c. Fisco 2007, pár. 2; Lejderman c. Polanco y otros 2007, pár. 11; Fuenzalida y otros c. Fisco de Chile 2008, párs. 1 y 5; Muller y otro c. Fisco 2007, párs. 7 y 25; Quiñones c. Fisco de Chile 2010, pár. 14; Toro y otros c. Contreras y otros 2009, pár. 42; Valencia c. Fisco de Chile 2007, pár. 2; Vergara c. Fisco de Chile 2009, pár. 11).

En efecto, el concepto de reparación que interesa en estos casos es el incorporado a partir de la segunda mitad del siglo XX, a través de normas de carácter supraestatal del derecho internacional de los derechos humanos. Allí se ha reconocido la reparación integral como un derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos, y a su vez una obligación del Estado cuando ha incumplido su deber de garantía y protección de tales derechos. Recordemos que antes de las guerras mundiales, el concepto jurídico de reparación fue construido desde el punto de vista de las relaciones entre particulares, a partir del reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual como una de las fuentes de las obligaciones y la máxima “el que causa un daño debe repararlo”; es decir, como un deber general de reparar los daños que se causen a otras personas, por acción o por omisión, cuando no existe un deber jurídico de soportar tales daños. Posteriormente, la teoría de la responsabilidad extracontractual fue ampliada al contexto de las relaciones entre el Estado y los particulares, en lo que se conoce como la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado, que hoy en día goza de una elaboración conceptual amplia, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Este enfoque tradicional concibe la reparación básicamente desde un punto de vista económico, que incluye daño emergente, lucro cesante, y daño moral, pero no sólo se valora exclusivamente en términos económicos para efectos de la reparación, sino que además es prescriptible (Martínez C. 2018; Sommer 2018). Así, fallos chilenos recientes rechazan la posibilidad de exoneración de responsabilidad civil por aplicación del derecho interno, y enfatizan que el derecho internacional (Convenios de Ginebra 1949 y Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969) ha recogido el criterio de que “todo daño ha de ser reparado” (Lobos y otros con Fisco de Chile 2018, párs. 15 y 16).

También, la Corte Suprema chilena refiere como argumento complementario a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, que ha reconocido y desarrollado este principio básico de reparar en caso de graves violaciones a la dignidad de la persona humana, a partir del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obligación que no se anula ni aun en caso de conflictos armados:

...cuando ha habido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación (Contra Barria 2007, pár. 19; Contra Gómez 2006, párs. 13 y 18; Lejderman c. Polanco y otros 2007, pár. 11; Montiel c. Fisco 2007, pár. 3; Muller y otro c. Fisco 2007, párs. 8-12, 24 y 25; Fuenzalida y otros c. Fisco de Chile 2008, pár. 1; Pereira y otros c. Luzoro y otro 2017, pár. 22; Valencia c. Fisco de Chile 2007, pár. 6).

Por otra parte, la Corte Suprema agrega que otorgarles un tratamiento desigual en materia de prescripción a las acciones penal y civil que emanan de la comisión de un crimen de lesa humanidad es discriminatorio y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama. Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de este tipo de crímenes resulta improcedente, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propios para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4o. que las disposiciones especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código, lo que es pertinente a las nuevas realidades y situaciones emergentes, como sucede en este caso, al tratarse de una materia con postulados diversos y a veces en pugna con los del derecho privado regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse, pues es una rama representativa de la supremacía de su finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, por lo que se aparta de los postulados que son propios del derecho privado (Araneda y otros c. Moren y otros 2017, pár. 9; Arévalo y otros c. Rubilar y otros 2015, pár. 12; Arratia y otros c. Corbalán y otro 2016, pár. 16; Atencio y otros c. Espinoza y otros

2016, pár. 17; *Contra González y otros* 2016, pár. 21; *Corvalán y otros c. Espinoza y otros* 2016, pár. 17; *Drouilly y otros c. Krassnoff y otros* 2016, párs. 23-25; *Eltit y otro c. González y otros* 2016, pár. 15; *Figuroa c. Fisco de Chile* 2016, pár. 5; *Flores y otros c. Olguín y otros* 2016, pár. 7; *Gómez y otros c. Fisco de Chile* 2016, párs. 15-17; *Lastra c. Fisco de Chile* 2017, pár. 5; *Marcone c. Fisco de Chile* 2015, párs. 5-7; *Núñez c. Estay y otros* 2016, pár. 20; *Pinochet c. Salas y otros* 2017, pár. 70; *Sepúlveda c. Fisco de Chile* 2016, párs. 5-7).

Luego, respecto de los beneficios otorgados a través de las leyes 19.123 y 19.980, la Corte también ha indicado que éstos no son impedimento para reparar materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un crimen de lesa humanidad cuya certeza se obtiene recién con el proceso. La “pensión de reparación es compatible con otras indemnizaciones que judicialmente pudiere impetrarse y obtenerse por los beneficiarios” (*Boettiger y otros c. Contreras y otros* 2015, pár. 22; *Brevis c. Fisco de Chile* 2017, pár. 9; *Chacaltana y otros c. Fisco de Chile y otros* 2016, pár. 15; *Contra Guerra y otros* 2008, párs. 49 y 50; *Garcés y otros c. Espinoza y otros* 2017, pár. 9; *González c. Arellano* 2008, pár. 14; *Lastra c. Fisco de Chile* 2017, pár. 5; *Montecinos c. Fisco de Chile* 2015, pár. 3; *Pereira y otros c. Luzoro y otro* 2017, pár. 15; *Quiñones c. Fisco de Chile* 2010, pár. 20; *Toro y otros c. Contreras y otros* 2009, pár. 45; *Vergara c. Fisco de Chile* 2009, pár. 15; *Villalobos c. Moren y otro* 2016, pár. 22).

En cuanto a si es posible extender la responsabilidad civil al Estado en el caso de la comisión de estos crímenes, la Corte indica que aquel no puede eludir su responsabilidad de reparación, pues se trata de delitos cometidos por militares en el ejercicio de su función pública, en que durante un periodo de extrema anormalidad institucional representaban al gobierno de la época, y en que se abusó de aquella potestad y representación, produciendo ofensas de gravedad. La reparación integral del daño no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado (*Aguilera y otros c. Manríquez y otro* 2016, pár. 14; *Álvarez y otros c. Moren y otros* 2015, pár. 24; *Caballero y otros c. Salazar* 2017, pár. 31; *Maturana y otros c. Manzo y otros* 2016, pár. 14; *Meza y otro c. Contreras y otros* 2015, párs. 5 y 6; *Moreno y otro c. Manríquez y otros* 2017, pár. 17; *Pinto c. Fisco de Chile* 2016, pár. 4; *Sardy c. Fisco de Chile* 2016, párs. 5-7; *Sepúlveda y otro c. Consejo de Defensa del Estado* 2018, pár. 5;

Tapia y otros c. Moren y otros 2017, pár. 40; Valencia y otros c. Fisco de Chile 2015, párs. 3-5).

IV. EL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

El texto de los Convenios de Ginebra no refiere expresamente a la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias en caso de graves transgresiones al DIH, sino que sólo indican que “[n]inguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido” (artículo común a los cuatro Convenios de Ginebra 1949: artículo 51 del I Convenio, artículo 52 del II, artículo 131 del III y artículo 148 del IV). Luego, cabe preguntarse si es posible desde esta disposición colegir un estatuto de reparación integral tratándose de la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Para encontrar una respuesta, se debe recordar que la regla general de interpretación de los tratados internacionales, recogida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reconoce como métodos de interpretación fundamentales uno *objetivo*, que se basa en el texto mismo del tratado, y el *teleológico*, que aspira a llegar al resultado interpretativo más acorde con el objeto y fin del tratado (Pagliari 2007; Shaw 2008). Luego, sólo si no es esclarecedor se puede acudir de manera complementaria a un método *subjetivo*, recogido en el artículo 32 de la citada Convención, que busca conocer la intención de las partes, al examinar los trabajos preparatorios de codificación (Gutiérrez y Cervell 2008; Jiménez *et al.* 2005; Pagliari 2007; Shaw 2008).

Así, se considera que la manifestación auténtica de las partes debe buscarse como punto de referencia inexcusable en el texto del tratado, y no fuera de él. Y que los términos utilizados en el texto se han de entender en su sentido ordinario, salvo que se desprenda de él un sentido particular. Además, se ha de considerar su contexto, entendiéndose por tal el preámbulo y sus anexos, y todo acuerdo concertado con motivo de su celebración, incluidas resoluciones adoptadas para patrocinar el texto del tratado o las aclaraciones o interpretaciones del presidente del comité de redacción de la conferencia de plenipotenciarios en la que se adoptó el tratado (Gutiérrez y Cervell 2008; Jiménez *et al.* 2005; Pagliari 2007; Shaw 2008).

También, los acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de su aplicación, toda práctica seguida en la aplicación de tratado por la que consta el acuerdo de las partes acerca de su interpretación y toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, y en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar, a menos que el propio tratado establezca que se ha de interpretar conforme a las normas existentes al momento de su celebración (Gutiérrez y Cervell 2008; Jiménez *et al.* 2005).

Por otra parte, la referencia al criterio teleológico enfatiza la necesaria consideración de los elementos pertinentes a la naturaleza del tratado. Además se ha de considerar, tal como lo ha realizado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, a propósito de sus trabajos sobre la fragmentación del derecho internacional, que todo tratado debe interpretarse en el sentido de presumir que las partes al abordar sus disposiciones no han querido incumplir ni las normas consuetudinarias preexistentes ni los principios generales del derecho; asimismo las partes reenvían a esas normas y principios respecto de todas las cuestiones no resueltas por él, de manera explícita o implícita, en virtud del principio de interpretación *sistemática*. Con todo, el proceso interpretativo debe verificarse de buena fe procurando alcanzar una interpretación razonable y no abusiva; es decir, la interpretación que debe seguirse es aquella que permita un efecto útil acorde con el objeto y el fin del tratado (Gutiérrez y Cervell 2008; Naciones Unidas 2006; Novak 2013; Pagliari 2007).

Así, en la materia es pertinente examinar y contrastar no sólo las disposiciones de los Convenios de Ginebra, sino también otros documentos atinentes al tópico en estudio emanados de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja u otros organismos internacionales, que nos permitan determinar el contenido de esas “responsabilidades” a las que alude el texto de los Convenios de Ginebra.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, “guardián” del derecho internacional humanitario (Sandoz 1998), elaboró durante el decenio de los cincuenta los comentarios a los artículos de los Convenios. El comentario al artículo 51 del I Convenio de Ginebra fue actualizado en 2016, y remite en forma complementaria al comentario de 1987 al artículo 91 del Protocolo Adicional I. El comentario al I Convenio indica que la expresión “responsabilidades” (“any liability” en la versión en inglés) contenida en el artículo 51 evoca a la responsabilidad de los Estados partes

por infracciones graves cometidas por sus fuerzas armadas o personas que hayan actuado bajo su autoridad o comando, y requiere que el Estado responsable haga una reparación total por la pérdida o lesiones causadas por infracciones graves. Este principio de reparación se encuentra incluido en varios tratados, incluyendo el artículo 3o. de la IV Convención de La Haya de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que expresamente alude a la obligación de la parte beligerante que viole estas disposiciones a indemnizar. Luego, el comentario al I Protocolo (artículo 91) precisa que esta indemnización se requerirá siempre que no se pueda retrotraer la situación a aquella existente antes de la violación. Esta compensación usualmente se expresa en una suma de dinero, la cual debe corresponder al valor del objeto cuya restitución no es posible, o a una indemnización proporcional a la pérdida sufrida (Comité Internacional de la Cruz Roja).

Luego, se ha entendido el término “reparaciones” de forma amplia para referirse a todas aquellas medidas que se pueden adoptar para resarcir los diversos tipos de daño que puedan haber sufrido las víctimas como consecuencia de estos crímenes. Estas medidas incluyen: *a)* restitución, es decir, restablecer el *statu quo* ante de la víctima; *b)* compensación de los daños sufridos a través de la cuantificación de éstos; *c)* rehabilitación, atención social, médica y psicológica, así como servicios legales; *d)* satisfacción y garantías de no repetición, categoría especialmente amplia, incluyen *v. g.* cese de las violaciones, verificación de hechos, disculpas oficiales y sentencias judiciales que restablecen la dignidad y la reputación de las víctimas, plena revelación pública de la verdad, búsqueda, identificación y entrega de los restos de personas fallecidas o desaparecidas junto con la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los autores de los crímenes (Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969, artículo 63; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 1984, artículo 14; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura 1985, artículo 9o.; Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas 2006, artículo 24; De Greiff 2011; Estatuto de la Corte Penal Internacional 1998, artículo 75; Martínez C. 2018).

En cuanto al objeto y fin de estos Convenios, es preciso tener en consideración que tienen por propósito garantizar un mínimo de humanidad en los procesos de conflictos armados, y que las conductas considera-

das graves —establecidas en el artículo 3o. común de los Convenio— de cometerse, configuran crímenes internacionales de carácter de *ius cogens* (véase por ejemplo, *Prosecutor v. Akayesu* 1998; *Prosecutor v. Rutaganda* 1999; *Prosecutor v. Musema* 2000; *Prosecutor v. Delacic et al.* 2001) que generan obligaciones *erga omnes*, es decir, el derecho de todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional a demandar el cese de la violación y a hacer valer la responsabilidad emergente consecuente; reparación plena cuyo régimen jurídico de responsabilidad tiene su fundamento en la naturaleza de la obligación violada y en la gravedad de la ésta (Acosta 1995; Cebada 2002; Meron 1987; Sánchez 2014).

Por otra parte, se debe considerar que todo perjuicio causado por cualquier hecho internacionalmente ilícito exige una total e integral reparación, lo cual implica restablecer la situación existente con anterioridad a la vulneración o compensar al afectado por las consecuencias adversas de la ilicitud cometida (Calderón 2015; Gómez-Robledo 2003). A este respecto, el documento sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos (Comisión de Derecho Internacional 2001), en su artículo 31, señala respecto del deber de reparación: “1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Este principio ya tenía reconocimiento en la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fábrica de Chorzów (1928) como reparación integral a aquella que invalida los efectos del acto ilegal y restablece la situación al estado anterior de la violación. Por cierto, reconocimiento inicial de la reparación como una cuestión de responsabilidad entre Estados; un deber de los Estados por su incumplimiento a un compromiso internacional. Posteriormente, se reconoció también la reparación a individuos como un derecho de titularidad de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. A su vez, se le ha otorgado a este derecho una doble dimensión. Por un lado, una dimensión sustantiva, que se traduce en el derecho de la víctima a ser reparada, y a su vez en la obligación del Estado de reparar el daño sufrido. Y por otro, una dimensión procesal, que se subsume en la obligación estatal de proporcionar recursos efectivos para garantizar ese resarcimiento (Calderón 2015; Martínez C. 2018). Así, destaca la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la construcción de un muro israelí en terri-

torios ocupados por palestinos (2004) en cuanto reconoce la obligación entre el Estado y los individuos, al sostener que Israel debiera pagar una compensación a las víctimas de los daños ocasionados por la destrucción de las propiedades debido al muro, por violar normas del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos (Cebada 2002; Crawford 2004; Henckaerts y Doswald-Beck 2007; Zegveld 2010).

Este principio ha sido reconocido también en el ámbito de los sistemas de protección de los derechos humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia en relación con la obligación de investigar y sancionar íntegramente la comisión de crímenes internacionales que violan prohibiciones de carácter *ius cogens*, con base en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada *restitutio in integrum*, entendiendo que la reparación consiste en la plena restitución, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, pero además, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, a través del pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral (por ejemplo, Aloeboetoe y otros v. Surinam 1993; Bámaca v. Guatemala 2000; Barrios Altos v. Perú 2001; Cantoral v. Perú 2000; Candia 2015; Martínez C. 2018; Calderón, 2015; Chitay y otros v. Guatemala 2010; Godínez v. Honduras 1989; Trujillo v. Bolivia 2002; Goiburú y otros v. Paraguay 2006; Gomes y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil 2010; Ibsen y otro v. Bolivia 2010; La Cantuta v. Perú 2006; Ríos y otros v. Venezuela 2009; Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala 2009; Penal Miguel Castro Castro v. Perú 2006; Perozo y otros v. Venezuela 2009; Sommer 2018; Velásquez v. Honduras 1988).

También se deben considerar las resoluciones de organismos internacionales adoptadas con relación a la temática para impulsar la adecuada implementación de las disposiciones de los Convenios de Ginebra; por ejemplo, la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, que enfatiza que los Estados tienen la obligación de resarcir de manera adecuada a las víctimas de crímenes de guerra (V. Principios I.2.c., II.3.d., VI.10,

VII.11.b y c, VIII.13, y en especial IX. Reparación de los daños sufridos), y representa una oportunidad para aumentar la presión internacional en la búsqueda incesante de las víctimas por una reparación integral, plena y satisfactoria, tanto en sus factores materiales como simbólicos, y representa un esfuerzo moral y político de la comunidad internacional para ampliar el marco de principios y criterios encaminados a otorgarle mayor legitimidad y dirección a políticas domésticas y cooperantes de tratamiento al daño producido por injusticias y abusos pasados violentos (Vera 2008; Zegveld 2003).

Por otra parte, la obligación de indemnizar los daños causados por violaciones del DIH es recordada en varias resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad (por ejemplo, Res. 387, 455, 471, 527, 571, 687, 692, 827) y la Asamblea General de las Naciones Unidas (por ejemplo, Res. 50/22, 51/233 y 56/83). Y en otras resoluciones de organizaciones internacionales; por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Res. 1995/77, párr. 253; Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Res. 1993/23, párr. 254 y Res. 1995/5, párr. 255; Secretario General de las Naciones Unidas, Informe sobre las causas de los conflictos y el fomento de la paz duradera y el desarrollo sostenible en África, párr. 258; Naciones Unidas, Comisión de la Verdad para El Salvador, Informe, párr. 262 (Henckaerts y Doswald-Beck 2007).

Lo propio ocurre respecto de documentos atinentes emanados del comité de redacción de los Convenios, en este caso, la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, que en 2011 estableció un plan de acción cuatrienal para la aplicación del derecho internacional humanitario (Comité Internacional de la Cruz Roja 2011), cuyo objetivo 4, relativo a “mejorar la incorporación y la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario”, indica al respecto que los Estados han reconocido la importancia de adoptar soluciones complementarias a las sanciones penales y de establecer mecanismos para la aplicación efectiva de las sanciones disciplinarias, financieras o de otra índole por violaciones del derecho internacional humanitario.

Con todo, la obligación de reparación de las víctimas producto de violaciones al DIH tiene su fuente en el derecho internacional consuetudinario. En efecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja realizó un estudio con base en la práctica de más de 150 Estados, y elaboró una lista de las normas consuetudinarias del DIH, en la que se incluye “el Esta-

do responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada” (Comité Internacional de la Cruz Roja 2009).

V. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia chilena muestra una falta de uniformidad respecto de la interpretación y aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, principal fuente escrita del DIH en materia de solicitudes de indemnización de perjuicios derivados de crímenes internacionales que violaron las normas humanitarias durante los estados de sitios por conmoción interior declarados en Chile en 1973.

2. La postura en contra de la procedencia de la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias de graves violaciones al DIH sostiene que razones de paz social y de certeza jurídica posibilitan la aplicación de la prescripción de las acciones civiles emanadas del ilícito, pues se considera que la imprescriptibilidad de la acción penal no arrastra la de las acciones civiles. Para considerarlas imprescriptibles, a su juicio, se requeriría la existencia de una norma expresa que declarara la improcedencia de la prescripción, que no consta en el derecho internacional. Además, por un lado, se considera que el Estado chileno ya ha dado cumplimiento al resarcimiento a través de beneficios otorgados por las leyes 19.123 y 19.980, y, por otro, que los tribunales penales son incompetentes para conocer de las indemnizaciones de perjuicios solicitadas, pues en sede penal no se puede demandar civilmente al tercero responsable (en este caso, el Estado chileno).

3. La tendencia jurisprudencial en la Corte Suprema chilena, predominante desde 2015, sostiene que la reparación en caso de responsabilidad internacional del Estado derivada de la comisión de ilícitos que vulneran las normas del DIH garantiza la paz social, y que la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir tal responsabilidad rige tanto para el ámbito civil como para el penal, pues las normas internacionales humanitarias reconocen, respetan y promueven la dignidad del hombre, debiéndose compensar adecuadamente a las víctimas y sobrevivientes de violaciones graves a esa dignidad. Por tanto, se afirma la existencia de un verdadero estatuto internacional de imprescriptibilidad integral, cuya fuente es de origen consuetudinario, y que representan principios básicos del derecho internacio-

nal de carácter de *ius cogens*. Además, aluden al desarrollo de la materia en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. Esta última jurisprudencia sería más acorde a una interpretación de los Convenios de Ginebra conforme a las pautas de interpretación aplicables a las normas internacionales, pues si se examina el estatuto de responsabilidad recogido en los Convenios de Ginebra para el caso de violaciones graves del DIH, los trabajos preparatorios de su codificación, los acuerdos concertados después del término de conflictos armados para reparar a las víctimas de infracciones al DIH, las resoluciones atinentes al tópico en estudio adoptadas por organismos internacionales, los documentos emanados de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, y las normas consuetudinarias en materia de reparación civil por infracciones al derecho internacional, se concluye que la reparación pecuniaria de las víctimas (o sus familiares) de violaciones a la dignidad humana es un principio básico del DIH.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B., “Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1995.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “La reparación civil en casos de violaciones a los derechos humanos y la imprescriptibilidad de la acción civil: estudio de casos”, *Revista Derecho del Estado* 22, 2009.
- BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, “Los crímenes de derecho internacional y los conflictos armados no internacionales”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 2, 2000.
- CALDERÓN, Jorge, *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- CANDIA, Gonzalo, “*Restitutio in integrum*”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 9, 2015-2016.
- CEBADA ROMERO, Alicia, “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/56/10, 2001.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario*, Bogotá, CICR, 2009.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*, Ginebra: 31IC/11/5.1.3DR, 2011.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Estado de ratificación de los principales tratados de DIH*, 2014, disponible en: http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/party_main_treaties.htm.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva. Commentary of 2016, Article 51: Responsibilities of the contracting parties*, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Commentary of 1987: Responsibility*, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*, 2014, disponible en: https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales?gclid=CjwKCAjwibzsBRAMEiwA1pHZrmbwWCQ-ozUWJ6BdUdBUX_W9vwoDPueVRoyG1XVIAURut7PfwfwC5hoCY6cQAvD_BwE.
- CRAWFORD, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Cambridge, Dykinson, 2004.
- FEDDERSEN, Mayra, *La prescripción de las acciones reparatorias en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2011.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2011.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Aspectos de la reparación en derecho internacional”, en *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 2003.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, y CERVELL HORTAL, María José, *El derecho internacional en la encrucijada*, Madrid, Trotta, 2008.

- GREIFF, Pablo de, “Justicia y reparaciones”, en *Justicia transicional. Manual para América Latina*, ed. Félix Reátegui, Brasilia y Nueva York, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.
- HORVITZ LENNON, María Inés, “Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2006.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo *et al.*, *Derecho internacional público. Principios, normas y estructuras*, vol. 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- MARTÍNEZ, D., “La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanadas de delitos de lesa humanidad”, *Derechos en Acción* 4, 2017, disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3914>.
- MARTÍNEZ, Claudia M., “La reparación integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia en el marco de la justicia transicional”, PH.D. thesis, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2018.
- MERON, Theodor, “The Geneva Conventions as Customary Law”, *American Journal of International Law* 81, 1987.
- NACIONES UNIDAS, “Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law”, 2002, disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/146c60/pdf>.
- NOVAK TALAVERA, Fabián, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *Themis, Revista de Derecho* 63, 2013.
- PAGLIARI, Arturo Santiago, *Curso de derecho internacional público*. Córdoba, Advocatus, 2007.
- SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, “El derecho internacional ante los crímenes cometidos contra la población civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional* 30, 2014.
- SANDOZ, Yves, *El Comité Internacional de la Cruz Roja: guardián del derecho Internacional humanitario*, 1998, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/about-the-icrc-311298.htm>.
- SOMMER, Christian, “La imprescriptibilidad de la acción reparatoria por crímenes de lesa humanidad y la responsabilidad del Estado. Comen-

- tarios sobre la jurisprudencia y la legislación argentinas”, *Revista Derecho del Estado* 41, 2018.
- SHAW, Malcolm, *International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- VERA PIÑEROS, Diego, “Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU”, *Pap. Polit.*, Bogotá, 13 (2), 2008.
- ZEGVELD, Liesbeth, “Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross* 851, 2003.
- ZEGVELD, Liesbeth, “Victims’ Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values?”, *Journal of International Criminal Justice* 8, 2010.

TRABAJADORES INMERSOS EN PROCESOS DE SUBCONTRATACIÓN TRANSNACIONAL: ¿QUÉ PROTECCIÓN HAY DESDE EL PLANO INTERNACIONAL?*

WORKERS IN TRANSNATIONAL OUTSOURCING PROCESSES: WHAT IS THE PROTECTION AT THE INTERNATIONAL LEVEL?

Francisca FERNÁNDEZ PROL**

Sonia FERNÁNDEZ SÁNCHEZ***

RESUMEN: La proyección a nivel internacional de las estrategias empresariales de subcontratación plantea numerosos y destacados retos en términos de protección de los trabajadores. La proliferación de cadenas mundiales de suministro cuyos últimos eslabones se hallan en Estados en vía de desarrollo exige respuestas de carácter internacional que colmen las carencias de normativas internas, laborales y sociales, aun embrionarias. Respuestas a modo de normas internacionales o herramientas de *soft*

ABSTRACT: *The projection of outsourcing strategies on the international level poses numerous and major challenges about protection of workers. The proliferation of global supply chains whose final links are found in developing countries demands answers of an international character that fill the gaps of internal rules. Answers such as international rules or soft law tools —notably of the ILO— or private tools —codes of conduct— or through the involvement of social partners —international framework agreements—. Taking into account the intrinsic limitations of internal law, we will pro-*

* Artículo recibido el 5 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 26 de junio de 2019. Estudio vinculado al subproyecto “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (proyecto coordinado: “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la era digital”, DER 2017-83488-C4-3-R), que conforma el desarrollo de la comunicación presentada en el marco del XXII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS) sobre las “Transformaciones del trabajo: retos para los sistemas nacionales de derecho del trabajo y de la seguridad social”, celebrado en Turín (Italia) del 4 al 7 de septiembre de 2018.

** ORCID: 0000-0003-4668-4017. Investigadora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo (España). Correo electrónico: franfernandez@wvigo.es.

*** ORCID: 0000-0002-1195-1990. Ricercatrice in diritto del lavoro en la Università di Cagliari (Italia). Correp electrónico: sfernandez@unica.it.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1383-1406.

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

law —señaladamente, de la OIT— o de instrumentos privados —códigos de conducta o de buenas prácticas— o con implicación de interlocutores sociales —acuerdos marco internacionales—. Habida cuenta de las limitaciones intrínsecas de los derechos internos —cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al territorio del Estado correspondiente—, se procede a la ponderación de la eficacia de dichos instrumentos internacionales —heterónomos y autónomos— a efectos de reconocimiento y garantía de derechos laborales básicos a los trabajadores que se hallan en la periferia del proceso productivo, a menudo en Estados carentes de sistemas reguladores y de control mínimamente solventes.

Palabras clave: subcontratación transnacional, códigos de conducta, acuerdos marco internacionales, trabajo decente.

ceed to the weighting of the effectiveness of international tools —heteronomous and autonomous— for the purpose of the recognition and the guarantee of basic labor rights to workers who are on the periphery of the production processes, often in countries without minimally effective control and regulatory systems.

Keywords: *transnational outsourcing, codes of conduct, international framework agreements, decent work.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Subcontratación empresarial. Aproximación conceptual y valoración de impacto.* III. *El marco normativo internacional.* IV. *Los instrumentos privados.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas*

I. INTRODUCCIÓN

Múltiples circunstancias empujan a una reflexión crítica en torno a la protección deparada, desde la órbita internacional, a los trabajadores inmersos en procesos de subcontratación. Conviene apuntar, en primer término, la proliferación del fenómeno, hoy elemento estructural de numerosos procesos productivos de sectores cada día más diversificados. Circunstancia, como es sabido, de por sí generadora de no pocas disfunciones: una vez roto el esquema de la bilateralidad —propio del contrato de trabajo—, las instituciones jurídico-laborales se adaptan con suma dificultad a contextos triangulares, de desdoblamiento o dualidad empresarial. Pero ha de repararse, asimismo, en la expansión operada en clave territorial, al recurrir numerosas empresas principales, no ya a subcontratistas “nacionales”, sino

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1383-1406.

también de otros Estados —inclusive no europeos—. Por ello, ante el fenómeno de la subcontratación globalizada, fruto de la proyección de numerosas estrategias empresariales de externalización en el plano supranacional —técnica de *offshoring*, según la terminología de la OCDE—, también es precisa una respuesta al mismo nivel. No bastan los derechos internos de vocación natural *ad intra*. Los retos de la globalización de los modelos de producción exigen de un enfoque internacional.

Precisamente, tal respuesta en el plano supranacional conforma el objeto de estudio, que persigue un diagnóstico de situación; esto es, un análisis de aquellas herramientas —normativas o meramente programáticas—, que desde el ámbito internacional procuran la protección de los trabajadores inmersos en procesos supraestatales de externalización productiva. A tal efecto, el punto de partida ha de ser la configuración misma, por la OIT, del trabajo en régimen de subcontratación como empleo atípico, generador de una relación de trabajo multipartita, ni directa, ni subordinada respecto del usuario final —así en el informe *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas* (2016)—. Realidad, pues, compleja, ante la que los instrumentos no específicos o ideados para trabajadores asalariados “tradicionales” parecen carecer de virtualidad práctica, y evidencian la necesidad de respuestas *ad hoc*. Por ello, tras el fracaso de los proyectos de Convenio y de Recomendación de la OIT de finales de los noventa, se ponderará la oportunidad y viabilidad de una norma internacional sobre el concreto “trabajo en régimen de subcontratación”, o la pertinencia, en cambio, de otras alternativas, tal vez de *soft law*. Ya en el marco de los instrumentos de carácter privado, se procederá al examen crítico de códigos de conducta o de buenas prácticas y de acuerdos marco internacionales de algunas multinacionales cuyo modelo de negocio precisamente se asiente en estrategias de subcontratación internacional.

II. SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y VALORACIÓN DE IMPACTO

1. *Concepto: una manifestación de descentralización productiva*

La subcontratación empresarial conforma una manifestación del fenómeno, más amplio y heterogéneo, denominado “descentralización pro-

ductiva”, “externalización” o “exteriorización” de servicios, o *outsourcing* (Castro Argüelles 2007, 110; Monereo Pérez 2016, 111). Tal fenómeno, en efecto, acostumbra definirse como toda forma de organización del proceso productivo —de bienes o servicios—, en virtud de la cual una empresa rehúsa la realización directa de determinadas actividades o fases del correspondiente ciclo de producción, en cambio confiadas a otras empresas o sujetos individuales (Cruz Villalón 2006). Se trata, pues, de una técnica de flexibilización del proceso productivo vía fragmentación de este último; esto es, de un método de gestión indirecta de la actividad empresarial y, por ende, de la mano de obra (Monereo Pérez 2016, 111). Esta estrategia está dirigida a la mejora de la competitividad y amparada en la libertad de empresa, susceptible de múltiples manifestaciones, a su vez generadoras de vínculos jurídicos, entre los diversos sujetos cooperadores, de naturaleza muy dispar.

Así, entre las materializaciones más destacadas del *outsourcing* cabría apuntar, sin ánimo de exhaustividad, las franquicias, el recurso a mano de obra puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, el teletrabajo, y, con una presencia muy destacada en grandes empresas y “empresas-red” —en el marco de grupos o no—, las contrata y subcontrata de obras y servicios. Supuesto aquí objeto de análisis, en que la descentralización se materializa en la contratación por la denominada empresa principal de actividades o servicios con terceros —“auxiliares” o contratistas—, ya se trate de empresas —en su caso, multiservicios— o de trabajadores autónomos, que a su vez pueden asimismo optar por igual estrategia de subcontratación, así susceptible de encadenamiento.

La subcontratación, finalmente, puede proyectarse en el plano supranacional, y puede conformar las llamadas “cadenas mundiales de suministro” (Sanguinetti Raymond 2016, 33; Martínez Moreno 2018, 62) o “redes mundiales de producción” (OIT 2016, 1), cuyo último eslabón —pequeñas y muy pequeñas empresas, trabajadores autónomos o incluso informales— acostumbra hallarse en Estados en vías de desarrollo. Sin duda, para estos últimos el fenómeno —en claro auge (OIT 2016, 21)— puede erigirse en oportunidad de crecimiento y prosperidad. Para ello, con todo, es preciso que se deslocalicen asimismo unos mínimos estándares laborales.

2. *Impacto en los derechos individuales y colectivos*

La segmentación del proceso de producción se traduce, en el plano jurídico-laboral, en una correlativa fragmentación de las condiciones de trabajo de quienes, paradójicamente, participan de un mismo ciclo productivo en el marco de un entramado empresarial más o menos estable —habida cuenta la naturaleza de los vínculos entre las empresas concurrentes—. Crece así la dualidad —y desigualdad— entre trabajadores vinculados al núcleo del complejo empresarial o, por el contrario, situados en la periferia de éste —en empresas contratistas o por su condición de autónomos—, señaladamente por hallarse extramuros del convenio colectivo “de base” —de aplicación a la empresa principal—. Y concurren, por otro lado, nuevas relaciones de subordinación o dependencia más allá del vínculo jurídico-laboral; esto es, para con otros empresarios, no empleadores en términos contractuales, pero con destacado poder *de facto*. A la inversa, y desde la perspectiva de dicho empresario comitente o “mediato”, la subcontratación conforma, vía trasvase de trabajadores a la empresa contratista, una estrategia para eludir obligaciones jurídico-laborales.

El impacto en los derechos laborales es, pues, evidente. Así, en los individuales —señaladamente, en lo relativo a salario o tiempo de trabajo—, por acogerse los trabajadores de empresas contratistas a regímenes contractuales o colectivos menos garantistas. Pero también los derechos colectivos sufren una merma sensible. Por un lado, el desmantelamiento de plantillas en empresas principales dificulta la implantación y labor de estructuras de representación, así como el ejercicio de acciones colectivas. Por otro lado, ya en las contratistas, los derechos colectivos, ideados para ser ejercitados frente al empleador, carecen de virtualidad frente al empresario mediato, cuyas decisiones sin embargo pueden hallarse en el origen de no pocos conflictos colectivos —así en el caso de rescisiones de contratos interempresas determinantes de despidos en las contratistas—.

Finalmente, en el caso de subcontratación transnacional —especialmente en sus manifestaciones más exacerbadas—, forzoso resulta constatar las ínfimas condiciones de trabajo, incluso, en ocasiones, la total desprotección y explotación de los trabajadores, que, en los Estados en vías de desarrollo, prestan los servicios al margen de todo mecanismo regulador y de control. En actividades como la confección, los salarios, a duras penas, permiten subsistir, la prolongación de la jornada de trabajo

es norma —convirtiendo en papel mojado los Convenios de la OIT en la materia (núm. 1 y núm. 30)—, las condiciones de seguridad e higiene son alarmantes —basta recordar los incendios, con numerosas víctimas, en fábricas textiles de Estados como Bangladesh o la India— y el empleo, finalmente, es sumamente precario, algunas veces irregular, forzoso o incluso infantil (Martínez Moreno 2018, 52, 62-64).

3. *Instrumentos internos y otros métodos de gobernanza*

Los ejemplos español e italiano ilustran a la perfección las limitaciones de las legislaciones internas, por lo demás a menudo, ya en el plano interno, hartó incompletas.

Tal es el caso, en primer término, de la legislación española, que dedica a la subcontratación el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET),¹ que establece el siguiente haz de obligaciones empresariales básicas. Tales son, en primer término, de carácter informativo, para con los trabajadores de las empresas principal y contratista o subcontratista: así, conforme al citado precepto —apartados 3, 4 y 5—, cuando una empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes de los trabajadores acerca de la identidad de aquella, del objeto, duración y lugar de ejecución de la contrata o de las medidas que se implementarán a efectos de coordinación de las actividades de prevención, entre otros extremos. Asimismo, también la contratista ha de proporcionar a sus trabajadores, a través de sus representantes, similar información, si bien en este caso, como es lógico, relativa a la empresa principal.² En segundo lugar, la Ley —artículo 42.1, ET— exige a la empresa principal, verificar el cumplimiento, por la empresa auxiliar, de sus obligaciones de seguridad social, recabando certificación negativa de descubiertos del organismo recaudador (en España, la Tesorería General de Seguridad Social). Y el legislador español introduce, por otro lado —nuevamente en el

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, del 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.

² En Italia, la falta de respeto de las obligaciones de comunicación-información y consulta sindical constituye una conducta antisindical (artículo 28 *Statuto dei lavoratori*). Sin embargo, según la doctrina jurisprudencial, esto no incide en absoluto sobre la validez (nulidad) o sobre la eficacia del negocio de externalización.

precepto ya referido (apartados 6 y 7)—, disposiciones dirigidas a facilitar, en contextos de subcontratación y desarrollo de actividades en un mismo centro de trabajo, el ejercicio de derechos colectivos: así, al reconocer el derecho de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas desprovistos de representación legal a dirigirse a los representantes de los trabajadores de la empresa principal con objeto de formular cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la prestación de servicios, o al recoger la prerrogativa de reunión conjunta, a efectos de coordinación, de los representantes de los trabajadores de empresa principal y auxiliar. Finalmente, y tal es, sin duda, la medida más destacada, la Ley —artículo 42.2, ET— procura garantizar, mediante un sistema de extensión de responsabilidades, obligaciones salariales y nuevamente de seguridad social de la empresa contratista —salvo que, respecto de estas últimas, requiera certificación negativa de la entidad recaudadora, la misma no fuera expedida en el plazo legalmente previsto—: así, el empresario principal responderá solidariamente, por un lado, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo —con la salvedad indicada—, “de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata”, y, por otro lado, y durante el año siguiente a la finalización de su encargo, “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”.³

La referida responsabilidad solidaria conforma asimismo la piedra angular de la regulación prevista por el derecho italiano,⁴ y alcanza en este caso incluso trabajadores irregulares vinculados a la cadena de producción. Esquema por un tiempo —tras la reforma Fornero de 2012 y hasta la reciente Ley 49/2017— susceptible de disposición por la negociación colectiva, a cambio de la implementación por ésta de mecanismos alternativos de control de las contratas.

³ Ambas citas son extractos del artículo 42.2, ET.

⁴ Artículo 2112.2 *Codice Civile*. La responsabilidad solidaria, en Italia, puede evitarse si el “trabajador decide liberar al empresario cedente de las obligaciones que derivan de la relación de trabajo” siempre a través de un procedimiento de conciliación ante la denominada Comisión de Conciliación en la Dirección provincial del trabajo que corresponda (arts. 410 y 411 del *Codice di procedura civile*). Dicha solución conciliativa implica la liberación del cedente, en el futuro, de cualquier preocupación relativa a posibles futuras reivindicaciones inherentes a la relación laboral precedente y le permite considerar concluida cualquier relación con la cesión de trabajadores realizada.

Con el término *outsourcing*, o en italiano “externalización”, la normativa italiana engloba, desde una concepción amplia, múltiples variantes. La empresa principal decide, en general, confiar a otro sujeto la responsabilidad de la gestión directa de las relaciones de trabajo, manteniendo, a través de distintas modalidades, un mecanismo de control respecto de los trabajadores que originariamente estaban bajo su dependencia (Del Punta 2004, 221). Así, puede decidir que la transferencia de la titularidad del contrato de trabajo desde el punto de vista jurídico sea asumida por un tercero, pese a que esto no implica necesariamente la disponibilidad sustancial del trabajador, que queda dentro del ciclo productivo y en la organización de la empresa externalizadora. O bien, al contrario, el trabajador puede incorporarse en otro contexto organizativo y productivo; pero la titularidad formal de la relación queda en manos de la empresa que realiza la externalización. Desde el punto de vista estructural, en la relación de trabajo, la principal consecuencia consiste en una descomposición de la figura empresarial, que, desde la perspectiva del trabajador, viene o desdoblada o sustituida por otra que se añade o se sobrepone a la precedente.

Las reglas, pues, son parcas e insuficientes, al obviar infinidad de aspectos e implicaciones en el plano interno. Y huelga subrayar, asimismo, la inoperancia de los derechos internos —de eficacia *ad intra*— ante fenómenos globales como las referidas “cadenas mundiales de suministros”, salvoconducto para la elusión del derecho del trabajo del Estado en que se halle la empresa receptora de los servicios. La estrategia —de ahorro de costes— es bien conocida: empresas situadas en Estados con estándares sociales elevados reciben servicios en cambio prestados, en régimen de subcontratación, en Estados más laxos en términos de protección laboral y social. Y es que a cada Estado corresponde promover y velar por el cumplimiento de su legislación nacional en materia laboral —en su caso, complementada por la acción de instancias supranacionales—, hallándose sujetas las relaciones de trabajo a tales marcos jurídicos internos —en virtud del conocido axioma *lex loci laboris*—. Tal es, en palabras de la OIT, la denominada “gobernanza pública”, fruto de la acción de los Estados y previa a la globalización de la economía (OIT 2011; OIT 2013).

Pese a todo, la OIT incluye, entre los “métodos de gobernanza para la promoción del Trabajo Decente” la citada gobernanza pública, al erigirse “el cumplimiento de la normativa laboral en el lugar de trabajo, sobre la

base de las normas internacionales de la OIT y la legislación nacional, en una condición previa necesaria para el trabajo decente” (OIT 2016, 43). Desde tal perspectiva, en el ámbito público intervienen las políticas gubernamentales, las leyes, los reglamentos y otras normas heterónomas, así como los mecanismos de aplicación de la ley. Mientras que en el ámbito privado, como veremos más adelante, operan las normas sociales, los códigos de conducta empresariales, el control social, la exigencia de los consumidores respecto de una producción socialmente responsable, así como otros movimientos sociales e instituciones no gubernamentales.

Según la OIT, los métodos de gobernanza que sirven para la promoción del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro pueden clasificarse, en función del actor principal, en las siguientes cuatro categorías: por un lado, la gobernanza pública relativa a la obligación del Estado de promover el cumplimiento y controlar la aplicación de la legislación nacional en materia de trabajo, así como de ratificar y aplicar las normas internacionales del trabajo; por otro lado, la gobernanza privada, cuyo actor principal gira en torno a la figura de la empresa. En dicho ámbito se puede hacer referencia, como veremos, a los códigos de conducta empresariales que derivan de los programas de responsabilidad social empresarial, a través de los cuales se busca mejorar el cumplimiento de la legislación, nacional e internacional, para la gestión de la cadena de suministro. En nuestra opinión, estas dos categorías de gobernanza deben, para obtener un mejor resultado, ser complementarias. Asimismo, las iniciativas de los interlocutores sociales conforman la tercera categoría de gobernanza, denominada social, y pueden actuar en diversos niveles. Dentro de este ámbito se pueden citar algunos ejemplos, como el diálogo social, la negociación colectiva o los acuerdos marco internacionales. Por último, es preciso referirse a las iniciativas multilaterales articuladas a través de directivas o de otros mecanismos de formulación de políticas.

III. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

1. *Los proyectos frustrados de la OIT*

Las implicaciones laborales de las estrategias empresariales de subcontratación fueron abordadas, por vez primera, en el marco de la 85a. reunión de

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1383-1406.

la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997. Fruto de ésta, la Oficina Internacional del Trabajo elaboró un informe, remitido a los Estados miembros, comprensivo de dos proyectos, de convenio y de recomendación, sobre el entonces denominado “trabajo en régimen de subcontratación”. Ambos, discutidos en el marco de la 86a. reunión de la Conferencia, procuraban, entre otros objetivos, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores “en régimen de subcontratación”, el establecimiento de mecanismos de garantía de las “cuantías” que se les adeudaran y de sus derechos de seguridad social, a la vez que se instaba a los Estados miembros a fomentar su equiparación con otros trabajadores que realizaran un trabajo de similar índole en condiciones análogas.

Con todo, ninguno de los proyectos vio finalmente la luz, al erigirse la definición y delimitación del fenómeno de la subcontratación en escollo insalvable. Este fracaso sólo parcialmente puede imputarse al organismo internacional, cuya propuesta, puede decirse, no satisfizo ni a los Estados más recelosos de una regulación ni a sus partidarios.⁵ En última instancia, es de justicia reconocer el carácter poliédrico y dinámico de la realidad que pretende aprehenderse, más si cabe en el creciente contexto de digitalización de la economía. De hecho, este último actúa como fuerte elemento potenciador de la subcontratación transnacional, y adquiere el fenómeno más complejidad si cabe.

2. *El trabajo decente como respuesta*

Precisamente, con objeto de responder a los retos de la globalización y generar mediante la universalización de los derechos laborales básicos una “red de seguridad”, surge el concepto internacional de “trabajo decente” (Baylos Grau 2016, 300), objetivo integrado en la Agenda 2030 para un Desarrollo Sostenible —aprobada por la Asamblea General de la ONU ya en 2015—. Tópico mediante el que quiere significarse la oportunidad de acceder a un empleo productivo generador de un ingreso justo, pero también a la seguridad en el lugar de trabajo, a la protección social y a la libertad e igualdad de oportunidades y de trato para todos, mujeres y hombres. Y tal estándar de trabajo decente, como se desprende

⁵ Véanse los proyectos Informe V (2B), “Trabajo en régimen de subcontratación”, de la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra en 1998.

del ya citado informe *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, ha de impregnar asimismo las estrategias de subcontratación internacional. Si bien, tal y como evidencia el informe, “los problemas relativos al trabajo decente ya existían en muchos países antes de su incorporación a las cadenas mundiales de suministro”, la actividad de tales cadenas ha servido para agravar o, al menos, perpetuar dichos problemas. Asimismo, hay que tener en cuenta que en casos extremos las presiones ejercidas en las cadenas de suministro pueden incluso avocar al recurso al trabajo forzoso y al trabajo infantil.

A tales efectos, el organismo internacional aboga por la interacción de “métodos de gobernanza” de diversa naturaleza: públicos —mediante la ya referida “gobernanza pública” de titularidad estatal— y privados —a cargo de empresarios o asociaciones patronales, conformando la “gobernanza privada”, así como fruto de iniciativas de interlocutores sociales y de carácter multilateral—. Todo ello sin perjuicio de la imprescindible contribución de los propios convenios internacionales, señaladamente los denominados convenios fundamentales (OIT 2016, 44-45) —según la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento—. Debe remarcarse, en particular, que lejos de resultarle ajeno, la OIT está llamada a desempeñar un papel activo en el desarrollo de los instrumentos de gobernanza privada, señaladamente a efectos de conferirles efectividad. La presencia de determinados cargos internacionales en la firma de los acuerdos marco internacionales puede, en efecto, aumentar su credibilidad y legitimidad. Así, por ejemplo, las firmas de los acuerdos de Inditex y Total se realizaron en presencia del director general de la OIT, mientras el de Chiquita fue suscrito por él.

IV. LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

La subcontratación empresarial internacional condiciona la entera disciplina del derecho del trabajo: las empresas “deslocalizan” su producción en países subdesarrollados, en los que los costes de producción son inferiores, lo que provocan el empobrecimiento del tejido productivo y de las economías nacionales (Santoro Passarelli 2009, 204). La subcontratación internacional, pues, no sólo genera dificultades de tutela de los trabajadores en aquellos Estados en los que los estándares de protección son sensiblemente inferiores a los existentes en los países occidentales (Barbera 2010, 243),

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1383-1406.

sino también desde la perspectiva de las economías de los países más avanzados y, correlativamente, de sus propios trabajadores. El objetivo, pues, es encontrar un instrumento que garantice el respeto de los derechos fundamentales de todos los trabajadores de la cadena de suministro, con independencia del lugar de trabajo. La gobernanza privada puede contribuir eficazmente al alcance de tal objetivo.

Este apartado se centra en el análisis de aquellos métodos de gobernanza privada dirigidos a la promoción del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro y en los que la empresa asume el papel protagonista. Tales métodos permiten cumplir con la legislación relativa a las cadenas nacionales y mundiales de suministro, velando, en particular, por la tutela de los derechos fundamentales, reconocidos por instrumentos internacionales, de los trabajadores involucrados en los procesos de externalización. En general, tal como apunta la OIT, tales son métodos vinculados a la responsabilidad social de las empresas como iniciativa privada voluntaria. Se observa que la presencia de sistemas de gobernanza privada, de carácter voluntario, es más evidente en aquellos sectores empresariales donde existe una mayor presión social —tal es el caso del textil o del sector alimentario—, por lo que el papel que juegan los consumidores en la asunción por las empresas de una mayor responsabilidad social resulta sumamente relevante. En el marco de la gobernanza privada se encuentran, fundamentalmente, los códigos de conducta y los acuerdos marco internacionales; pero también pueden incluirse iniciativas de certificación u otros mecanismos que, por lo general, tienen un impacto directo sobre el consumidor.

1. *Códigos de conducta*

La presencia de códigos de conducta en las grandes empresas se ha multiplicado en las últimas décadas, y son pese a su diversa configuración, esencialmente de carácter voluntario (Treu 2017, 7). El elemento característico del código de conducta es la conducta “socialmente responsable” de las empresas: se trata de un fenómeno de interiorización de reglas mínimas de comportamiento que la empresa se compromete a mantener en su ámbito de actuación, con independencia del territorio en el que despliega su actividad económica y productiva (Perulli 2004, 3624; Baylos

Grau 2005, 108). Con todo, los códigos de conducta no pueden sustituir a las normas internacionales y nacionales ni la propia responsabilidad de los gobiernos, y no pueden servir para que las empresas multinacionales eludan los controles públicos y jurídicos.⁶ Así, la mayoría de los códigos de conducta de las empresas transnacionales atienden a la práctica de la subcontratación, y proyectan sobre ésta las buenas prácticas acordadas. A su vez, los códigos de conducta de “segunda generación” (Valdés Dal-Ré 2005, 40) van más allá de la mera declaración de respeto de un conjunto de estándares básicos de protección, coincidentes con los proclamados como fundamentales por la OIT: convierten dicho compromiso en “criterio de selección” de sus *partners* comerciales (Perulli 2013, 128), incluyendo sistemas de verificación de su cumplimiento y sanciones para los infractores.⁷ El código de conducta puede así erigirse en instrumento de autorregulación eficaz de la subcontratación en empresas multinacionales. Una operación de *outsourcing* habría de generar una alianza estratégica temporal basada en el reconocimiento de recíprocas competencias y en la voluntad de establecer una colaboración efectiva y transparente.

A menudo los códigos de conducta integran el contenido de los acuerdos contractuales suscritos entre el comprador y el proveedor, y albergan, en sus manifestaciones más avanzadas, referencias a la normativa internacional —aunque no siempre es así—. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que aunque los códigos de conducta se pacten entre el comprador y el proveedor, por lo general el texto del acuerdo prevé también su aplicación a cualquier empresa afiliada o subcontratista del proveedor. Por lo tanto, la tutela alcanza a todo trabajador directo del proveedor, pero también a cualquier individuo empleado, contratado o de otra forma involucrado en las empresas afiliadas o subcontratistas del proveedor, pues, en caso contrario, el compromiso social de un trabajo decente en toda la cadena de suministro sería falso.⁸ En ocasiones, las partes deciden incluir cláusulas que prevén sanciones para garantizar el cumplimiento de

⁶ Resolución del Parlamento europeo del 15 de enero de 1999 sobre los códigos de conducta de las empresas europeas que operan en países en desarrollo.

⁷ Así, la Federación Empresarial de Carnes e Industrias Cárnicas (FECIC) decidió adoptar un Acuerdo, que propone la entrega de un certificado de adhesión al Código, expedido por la FECIC, en caso de que la evaluación de la empresa en materia de subcontratación sea positiva.

⁸ Así, por ejemplo, el Código ético de la cadena de suministros de Thomson-Reuters.

las obligaciones pactadas, ya se trate de la rescisión del contrato u otras sanciones económicas. Ahora bien, aun cuando tales cláusulas son más garantistas que el mero compromiso social de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la completa cadena de suministro, su presencia en los códigos de conducta es escasa.

En cualquier caso, las condiciones establecidas por el código han de ser aceptadas de manera voluntaria por las empresas, y en principio no resultan vinculantes. Esta carencia se ha pretendido subsanar desde la idea del sindicalismo global, al convertir los códigos de conducta en acuerdos negociados (Baylos Grau 2016, 121). Se tiende de tal forma a la regulación autónoma de las relaciones laborales a través de la paulatina transformación del carácter unilateral del código en fenómeno de participación y negociación colectiva. Fruto de ello son los llamados acuerdos marco internacionales o acuerdos marco globales, en que los sindicatos asumen el rol de garantes de la aplicación de los compromisos alcanzados. Los acuerdos marco se distinguen de los códigos de conducta por su carácter bilateral, y también en cuanto a su contenido, que suelen ser más rico y profundo (Sanguineti Raymond 2009, 18). Así, al comprometerse la empresa transnacional, como empresa principal, a no establecer relaciones comerciales privilegiadas con contratistas y proveedores que no acepten el contenido del acuerdo (Baylos Grau 2005, 120; Daugareilh 2006, 124).

2. *Acuerdos marco internacionales*

Los acuerdos marco internacionales tienen su origen en Europa, pues la mayoría de los acuerdos actualmente existentes se han adoptado en el seno de empresas multinacionales europeas. Ello se debe no sólo al modelo socioeconómico europeo, basado en una economía social de mercado, sino que también han influido las normativas adoptadas en el seno de la Unión Europea, como la directiva relativa a los derechos de información y consulta (Dir. 94/95/CE y 2009/38/CE), que propició la creación de estructuras estables de representación sindical de dimensión transnacional, los comités de empresa europeos que posteriormente llegaron a comités mundiales (Correa Carrasco 2018, 36). La idea es la creación de órganos supranacionales de representación a través de un acuerdo entre la empresa y la federación sindical del ramo. Hay que tener en cuenta que la promoción de los acuerdos por parte de los sindicatos es un intento de susti-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1383-1406.

tuir a los códigos de conducta privados en el ámbito de la responsabilidad social corporativa en el camino hacia el diálogo social transnacional y las relaciones laborales a nivel global.

La negociación de acuerdos marco internacionales representa una herramienta eficaz para extender su ámbito de aplicación a toda la cadena de suministro, más allá de las fronteras nacionales. Sin embargo, como se ha dicho, se trata de un instrumento voluntario que debe aceptar, en primer lugar, la empresa principal y, en segundo lugar, toda la cadena de producción, y alcanza inclusive las relaciones comerciales. Los acuerdos marco internacionales presentan formas muy diversas; no existe, pues, una definición única. Puede referirse, con todo, la definición ofrecida por la OIT en una entrevista en línea, que señala que tales son aquellos “instrumentos negociados entre una empresa multinacional y una federación sindical mundial con el fin de establecer una relación entre las partes y organizar que la compañía respete las mismas normas en todos los países en los cuales opera” (OIT 2007). Más específico es el concepto manejado por la federación sindical internacional IndustriALL, a cuyo tenor son acuerdos marco internacionales aquellos negociados entre IndustriALL y las empresas multinacionales, con el fin de proteger los derechos y las condiciones de trabajo de las personas en todas las etapas de una cadena mundial de suministro de una empresa multinacional, incluidas las personas que trabajan para los proveedores y contratistas (IndustriALL 2015). La empresa multinacional, que unilateralmente decide suscribir un acuerdo marco, asume el compromiso de cumplir y hacer cumplir su contenido por las otras empresas con las que colabora. Por ello, es fundamental el primer eslabón; esto es, que la empresa principal decida negociar un acuerdo, para lo que, a su vez, resulta decisiva la presión ejercida por el consumidor. Así, aun cuando la violación de los estándares laborales más elementales sea jurídicamente imputable a una subcontratista, el consumidor y la sociedad en general han de relacionarlo directamente con la empresa principal transnacional, haciéndola responsable moral de tal comportamiento (Merino Segovia y Rentero Jover 2003, 285). De este modo, la imagen social y los resultados de las empresas multinacionales “pueden verse afectados por las prácticas de sus socios y proveedores a lo largo de la cadena de producción” (Comisión Europea 2001, 366 final).

3. *Las experiencias prácticas de algunas multinacionales*

Los códigos de conducta presentan un grado de exigencia o laxitud muy variable. Algunos albergan el compromiso de no mantener relaciones comerciales con empresas que no acepten o incumplan los estándares establecidos, compromiso que en ocasiones implica la posibilidad de reaccionar frente a incumplimientos: así, mediante la cancelación de pedidos, la extinción de la relación comercial (Amazon, Luxotica) o la notificación de las infracciones a las autoridades nacionales competentes (Sanguineti Raymond 2009, 13).

En otros muchos casos, sin embargo, la multinacional simplemente tendrá en cuenta o animará o apoyará el respeto por parte de las empresas auxiliares del contenido del acuerdo, pero sin establecer de forma rotunda que su acatamiento es una condición *sine qua non* para la pervivencia del vínculo; así, por ejemplo, los códigos de conducta de Iberia, Gas Natural Fenosa o Indra. En concreto, el código de conducta de Electronic Industry Citizenship Coalition establece las normas para garantizar que las condiciones de trabajo en la cadena de suministro del sector de la electrónica sean seguras, y que los trabajadores reciban un trato digno y respetuoso. Ahora bien, tras dicha declaración de principios, señala que “cualquier empresa del sector electrónico puede adoptar voluntariamente este código y aplicarlo a sus proveedores subcontratistas”, por lo que no alberga obligación alguna ni vincula consecuencias a su incumplimiento. Asimismo, algunos textos van más allá del “deber de influencia” al incluir medidas positivas de fomento, que si bien no son vinculantes, primarán comercialmente a los proveedores que cumplan el contenido de los acuerdos. Tal es el caso de BBVA, NH o Gamesa.

Las dos grandes compañías mundiales de calzado deportivo, Nike y Adidas-Reebok, subcontratan su producción por todo el mundo. No obstante, cada una de ellas administra el proceso de subcontratación de forma distinta. Nike, por un lado, ha estado siempre rodeada de escándalos, al tener relaciones fundamentalmente con subcontratistas de Corea y Vietnam involucradas en denuncias por maltrato a sus operarios —sujetando, particularmente a las trabajadoras, a condiciones inhumanas—. Situación que parece no contrarrestarse pese a las denuncias a nivel global de los consumidores y a sucesivos anuncios de códigos de conducta más

severos, pero carentes de sanciones y efectividad alguna. Por otro lado, Adidas-Reebok, que actúa en el mismo sector, asume una política de compromiso con los derechos humanos con proyección en la selección de contratistas y proveedores, de modo que sus socios comerciales deben cumplir con todos los requerimientos legales, nacionales e internacionales. Así, el código de esta multinacional establece que todas sus empresas tienen la obligación de revisar las condiciones de las fábricas de sus subcontratistas antes de darles cualquier orden o de contratar sus servicios. Por último, Adidas es una de las empresas participantes en la Asociación Trabajo Justo (Fair Labor Association, FLA), que requiere que las empresas actualicen sus propios códigos de conducta con los estándares establecidos en el código de la FLA.

La mayoría de las empresas multinacionales, sobre todo de la manufactura, química, energía y telecomunicaciones, recurren a la celebración de acuerdos marco internacionales de garantía de los derechos laborales fundamentales. El acuerdo marco internacional de Renault establece expresamente que el incumplimiento del contenido del acuerdo en materia de derechos fundamentales conllevará la extinción de las relaciones comerciales con la empresa. Y en el mismo sentido se pronuncian los acuerdos marco internacionales de Securitas, Total, Aker, Svenska Cellulosa AB (SCA), Lafarge y Antara, entre otros.

Por lo general, la mayoría de los acuerdos marco internacionales alcanzan a proveedores y subcontratistas directos de la empresa multinacional. Sin embargo, resulta más efectivo que el acuerdo incluya toda la cadena mundial de suministro; esto es, a los proveedores y subcontratistas de los proveedores y contratistas directos de la empresa multinacional. Ahora bien, son escasos los acuerdos que alcanzan tal proyección; tal es el caso de Enel, Peugeot Citroën, Inditex y Total. A su vez, existen, entre estos últimos, diferencias sustanciales. Mientras algunos obligan al cumplimiento del contenido del acuerdo en toda la cadena de suministro, otros, en cambio, lo configuran como un mero objetivo a alcanzar. Así, mientras Enel se compromete a asegurar su pleno cumplimiento en su relación con contratistas y proveedores, pero sólo a promover el acuerdo en toda su cadena de suministro, Inditex, por su parte, se compromete a aplicar las normas internacionales del trabajo en toda su cadena de suministro.

El Grupo Sony, para evitar los riesgos de esclavitud y tráfico de personas en su cadena de suministro⁹ —obligación establecida al amparo del artículo 54 de la Ley de Esclavitud Moderna de 2015 del Reino Unido—, recurre a una organización independiente sin ánimo de lucro dedicada a evaluar los riesgos de esclavitud y tráfico de seres humanos en las operaciones empresariales y cadenas de suministro afines del grupo. Pese a ello, se observa que si bien el grupo Sony cuenta con un código de conducta completo en su contenido —al reconocer y exigir el respeto de los derechos humanos de todos los trabajadores, inclusive de sus proveedores—, no prevé, en cambio, sanciones en caso de incumplimiento. Asimismo, el acuerdo marco mundial de Sony con proveedores directos de productos, piezas, componentes y accesorios en operaciones de fabricación exige el cumplimiento por parte de los proveedores de todas las leyes vigentes en materia de trabajo y empleo, incluyendo en el acuerdo el contenido del código de conducta de la cadena de suministro. Pero tampoco en este caso se observan cláusulas sancionatorias en caso de incumplimiento. Sólo cuando existan auditorías negativas respecto de un determinado proveedor, éste deberá implementar las modificaciones necesarias, y si no demostrara una mejora satisfactoria, Sony podría decidir no emprender nuevas operaciones con dicho proveedor. Ahora bien, en nuestra opinión, esto no evita que las operaciones emprendidas sean interrumpidas.

Pese a albergar los códigos de conducta declaraciones escritas de respeto de los derechos fundamentales en las cadenas de suministro, existen

⁹ El grupo Sony se dedica al desarrollo, diseño, fabricación y venta de diversos tipos de equipo, instrumentos y dispositivos electrónicos para el mercado de consumo, profesional e industrial, como teléfonos *smart*, tabletas, consolas de videojuegos, cámaras digitales, televisiones, grabadoras y reproductores de audio y video, semiconductores y dispositivos, periféricos y accesorios. Para ello cuenta con veinte sedes de fabricación que se encuentran en diferentes países del mundo. Asimismo, se dedica a la producción, adquisición y distribución de películas y programación de televisión, la operación de televisión y redes digitales y desarrollo, producción, fabricación y distribución de música grabada y gestión y licencia de letra y música de canciones. Sony también se dedica a otorgar licencias, desarrollo, publicidad, fabricación y distribución de videojuegos en formatos físicos y digitales y la operación de una red digital que suministra videojuegos y otro contenido digital y servicio al consumidor. Sony además participa en varias empresas de servicios financieros, incluidas operaciones de seguro de vida y no vida a través de sus filiales japonesas de seguro y operaciones bancarias a través de una filial japonesa basada en Internet. Sony también tiene una empresa de servicios de red y agencia de publicidad en Japón. Por lo tanto, cuenta con un total de 125,300 empleados que operan en 82 países.

investigaciones que demuestran que algunas veces éstas son declaraciones engañosas. Así, por ejemplo, el informe “H&M: le promesse non bastano, I salari restano di povertà” (Abiti Puliti 2018) evidencia que muchos trabajadores que producen ropa para la empresa H&M viven bajo el umbral de pobreza. Este informe ha sido promovido por la sección italiana Campagna Abiti Puliti de la Clean Clothes Campaign, que es la que ha denunciado que una de las grandes empresas de ropa, con ganancias por más de 2,6 billones de dólares, cuenta con una cadena de suministro en que prestan servicios trabajadores sujetos a jornadas excesivas a cambio de salarios que no permiten una vida digna —situación que también se aprecia en otras marcas italianas, como Fendi o Max Mara—. Como es de entender, informes de este tipo persiguen movilizar a ciudadanos y consumidores críticos para que exijan el respeto de los derechos humanos y una producción sostenible, pues si bien los códigos de conducta y otras iniciativas privadas no sirven, por sí solos, para erradicar las violaciones de derechos laborales, sí pueden coadyuvar a que las multinacionales asuman responsabilidades y a superar el problema de la extraterritorialidad, y contribuyan a que corrijan los abusos a que se hallan sometidos los trabajadores.

Debe destacarse, finalmente, el Acuerdo marco global Inditex-IndustriALL (Boix y Garrido 2017): éste fomenta el respeto a la libertad sindical a lo largo de la cadena de producción y otorga a los sindicatos un papel fundamental en la supervisión del cumplimiento de los estándares de trabajo decente marcados por la OIT. El texto incorpora un reconocimiento formal de determinadas normas internacionales de tutela de los derechos humanos y libertades laborales fundamentales, cuya aplicación proyecta sobre “toda la cadena de producción” y “todos los trabajadores”, tanto de los centros de trabajo “directamente contratados” como de “fabricantes y talleres externos”.¹⁰ En el texto del acuerdo se reconoce explícitamente que la libertad sindical y la negociación colectiva desempeñan una función primordial en una cadena mundial de suministro, porque proporcionan a los trabajadores, mecanismos para supervisar y ejercer sus derechos en el trabajo, derechos que se estiman necesarios para asegurar que el desarrollo económico se traduzca en desarrollo social. Los sindicatos locales, por su parte, asumen un rol importante, y son el elemento principal para

¹⁰ La red de suministro está compuesta por siete mil fábricas y talleres pertenecientes a 1,800 proveedores situados en 53 países, que emplean 1.5 millones de trabajadores.

propiciar relaciones laborales más democráticas a nivel mundial. Para ello, el acuerdo crea una “comisión de seguimiento”, que verificará con regularidad, a través de visitas sindicales periódicas a fábricas, el cumplimiento de los citados derechos. Por último, en contraste con la mayoría de los acuerdos —no vinculantes—, Inditex impulsa un modelo para hacer exigible el acuerdo a través de la negociación con federaciones sindicales mundiales.

V. CONCLUSIONES

Desde la óptica de los derechos de los trabajadores, la subcontratación genera notables dificultades. El derecho laboral, construido sobre la base del contrato de trabajo —bilateral y recíproco— se adapta con suma dificultad a contextos triangulares o de desdoblamiento —o incluso multiplicación— del sujeto empresarial, en que el ejercicio de derechos laborales, individuales y colectivos, se torna más complejo. La estrategia empresarial de subcontratación, por otro lado, surge de la ventaja económica generada por el recurso, aun indirecto, a mano de obra sujeta a condiciones de trabajo de menor coste —y peor calidad—: los trabajadores de las contratistas acostumbran cobrar salarios inferiores y padecer mayor inestabilidad en el empleo —entre otras razones, por no resultarle de aplicación el convenio colectivo “de base” que vincula a la empresa principal—. Y el panorama resulta más sombrío aún al cruzarse las fronteras, y las empresas matrices operan con prestadores de servicios situados en otros Estados, con frecuencia infradotados en términos de protección laboral y social. La situación resulta entonces dramática: los salarios son ínfimos, las jornadas, interminables; las condiciones de prestación de los servicios, insalubres y el empleo, finalmente, se torna sumamente precario, prácticamente forzoso e, incluso, en ocasiones, infantil.

Sin embargo, las estrategias internacionales de subcontratación pueden y deben erigirse en oportunidad de crecimiento y bienestar para aquellos Estados en vías de desarrollo cuyas empresas y trabajadores se hallen involucrados en las consiguientes cadenas de producción. Tal ha sido, de hecho, hace algunas décadas, el modelo de crecimiento de no pocos Estados del sur de Europa. Pero para ello han de articularse vías para extender a aquellos últimos eslabones de los procesos productivos,

derechos laborales y protección social; esto es, para deslocalizar, al tiempo que las producciones, los estándares del trabajo decente.

Es preciso, pues, recurrir a múltiples métodos de gobernanza: pública, pero también privada, implicando, asimismo, a los interlocutores sociales. En cuanto a lo primero, los Estados receptores de aquellas fases del proceso productivo objeto de externalización deben emprender, señaladamente al amparo del acervo normativo de la OIT, la construcción de legislaciones laborales y de sistemas de protección social solventes, garantistas y universales. Pero el proceso, como es obvio, se augura difícil y largo. Y no cabe, por otro lado, en aplicación del axioma *lex loci laboris*, extender más allá de sus fronteras aquel derecho social —ya maduro y acorde a los estándares de trabajo decente— de los Estados en que se hallan las empresas matrices emisoras de las demandas de obras y servicios.

De modo que, ante las limitaciones de los métodos de gobernanza pública y sin perjuicio ni menosprecio de aquéllos, resulta obligada la exploración de herramientas alternativas, también de índole privada. Entre éstas destacan, en primer término, los códigos de conducta o de buenas prácticas, a través de las empresas se comprometen voluntariamente a respetar, en su entero ámbito de actuación —con independencia del territorio en que desplieguen su actividad— los derechos fundamentales de los trabajadores. Y precisamente para colmar, aun en parte, las lagunas intrínsecas a los citados códigos —cuyas condiciones deben ser aceptadas por las empresas involucradas— surgen, fruto del denominado sindicalismo global, acuerdos negociados asimismo dirigidos a la implementación del tópico del trabajo decente en todos los eslabones de la cadena de producción: los acuerdos marco internacionales o acuerdos marco globales, ya de carácter bilateral, y en que los sindicatos asumen el rol de garantes de la aplicación de los compromisos alcanzados. Y si bien estos últimos presentan asimismo limitaciones evidentes —por pender en última instancia del acuerdo alcanzado con la multinacional y resultar sumamente complejo verificar su efectivo cumplimiento—, suponen un avance notable, más aún habida cuenta su simultánea concurrencia con otros instrumentos, pues la magnitud —global— y la complejidad de la problemática —señaladamente, en virtud del creciente proceso de digitalización de la economía mundial—, exigen, como de hecho apunta la OIT, de la interacción de métodos de gobernanza de diversa naturaleza.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABITI PULITI, 2018. *H&M: le promesse non bastano, I salari restano di povertà*, disponible en: <http://www.abitipuliti.org/wp-content/uploads/2018/09/HM-le-promesse-non-bastano-report-completo.pdf>.
- BARBERA, Marzia. 2010. “Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 2.
- BAYLOS GRAU, Antonio. 2005. “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, *Lan harremanak. Revista de Relaciones Laborales* 12.
- BAYLOS GRAU, Antonio. 2016. “Sobre el trabajo decente: la formación del concepto”, en MONEREO PÉREZ, José Luis y MÁRQUEZ PRIETO, Antonio (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*.
- BOIX, Isidor y GARRIDO, Víctor. 2017. *Balance sindical de los 10 años del Acuerdo Marco Global con INDITEX. Una experiencia de acción sindical por una globalización sostenible*, disponible en: https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2017/12/amg_inditex-balance-sindical.pdf.
- CASTRO ARGÜELLES, María Antonia. 2007. *Formas alternativas de contratación del trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- COMISIÓN EUROPEA. 2001. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas.
- CORREA CARRASCO, Manuel. 2018. “Acuerdos marco internacionales: de la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional”, en QUINTERO LIMA, M. G. (dir.), *La globalización económica y el futuro del trabajo. Algunas reflexiones*, Madrid, Universidad Carlos III.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. 2006. “Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social, París, 5-8 septiembre.
- DAUGAREILH, Isabelle. 2006. “Les accords-cadre internationaux: une réponse européenne à la mondialisation de l'économie?”, en DESCOLONGES, M. y SAINCY B. (dirs.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, París, La Découverte.

- DEL PUNTA, Ricardo. 2004. “Statuto dei lavori ed esternalizzazioni”, *Diritto delle relazioni industriali*.
- INDUSTRIALL. 2015. *IndustriALL signs global union agreement with Total*, disponible en: <http://www.industriall-union.org/industriall-signs-global-union-agreement-with-total>.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina. 2018. “Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT”, en MONEREO PÉREZ, José Luis y PERÁN QUESADA, Salvador (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares.
- MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Jesús. 2003. “Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas”, BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, Bomarzo.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. 2016. “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, *Derecho de las Relaciones Laborales* 2.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2006. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 4a. ed., Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2011. “Administración del trabajo e inspección del trabajo”, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 100a. reunión, Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2016. “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 105a. reunión.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2013. “La inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación: situación y tendencias”, Informe para la Reunión de expertos sobre la inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación (Ginebra, 10-12 de diciembre).
- PERULLI, Adalberto (a cura di). 2013. *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, Il Mulino.
- PERULLI, Adalberto. 2004. “La dimensione sociale del mercato globale, em *Scritti in memoria di Massimo d'Antona*, Milano, Giuffrè.

- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. 2009. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 20.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. 2016. *Redes empresariales y derecho del trabajo*, Granada, Comares.
- SANTORO PASSARELLI, Giuseppe. 2009. “Competitività e flessibilità del rapporto di lavoro”, *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2.
- TREU, Tiziano. 2017. “Globalizzazione e diritti umani. LE clausole social dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra impresa. *WP CSDLE “Massimo d’Antona”*.INT 133.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando. 2005. “Soft law, derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales* 1.

ALGUNAS APROXIMACIONES A LAS SENTENCIAS RELEVANTES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO*

SOME APPROXIMATIONS TO THE RELEVANT JUDGMENTS IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION ISSUED BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN IN EUROPEAN COMMUNITY LAW

Aída FIGUEROA BELLO**

Gerhard NIEDRIST***

RESUMEN: En tanto a la igualdad entre mujeres y hombres, el Tribunal de Justicia comunitario ha plasmado una orientación interpretativa tendencialmente positivista; son más los casos en los que declara el alcance jurídico de la normativa europea en su justa medida y atendiendo a una interpretación literal, limitativa y restrictiva con acentuada rigurosidad jurídica, especialmente en lo relativo a la maternidad y a la conciliación de los espacios laborales y familiares.

ABSTRACT: *Regarding equality between men and women, the European Court of Justice has developed a tendency to a positive interpretation; it has decided more cases where it analyses European regulations mainly textually, with a trend to a rigorous and restrictive interpretation, especially in the field of maternity and the conciliation of work and family spaces.*

Palabras clave: Tribunal de Justicia, igualdad entre mujeres y hombres, jurisprudencia, Unión Europea, derechos humanos.

Keywords: *European Court of Justice, gender equality, jurisprudence, European Union, Human Rights.*

* Artículo recibido el 11 de noviembre de 2016 y aceptado para su publicación el 11 de enero de 2020.

** ORCID: 0000-0002-2699-642X Profesora e investigadora nacional en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Correo electrónico: aida.figueroabl@uanl.edu.mx.

*** ORCID: 0000-0002-4245-0881. Profesor e investigador nacional en el Instituto de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), campus Monterrey. Correo electrónico: gerhard.niedrist@tec.mx, gerhard.niedrist@itesm.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1407-1447.

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

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Marco teórico-conceptual de igualdad y no discriminación*. III. *Igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. IV. *Igualdad retributiva. Las primeras sentencias Defrenne*. V. *Igualdad en materia de seguridad social obligatoria*. VI. *Protección de la maternidad*. VII. *Reflexiones finales*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

En este trabajo se tratarán de abordar la descripción y análisis de los aspectos sustantivos y esenciales de las sentencias que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha resuelto en materia de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; tiene como objetivo central determinar en qué medida el rol de este órgano jurisdiccional ha supuesto un avance, o bien un retroceso en el esquema normativo de la igualdad de género, eje temático que constituye el objeto de estudio de la presente investigación. Asimismo, intentaremos dilucidar si de manera clara el Tribunal comunitario ha ido trazando, con sus interpretaciones, una ruta o camino con el que podamos conocer cuáles han sido sus líneas interpretativas al resolver asuntos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres.

Para ello, se ha realizado la búsqueda y recopilación de las sentencias en la base de datos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *CURIA*, y en el que se integra todo el acervo comunitario jurisprudencial desde 1958 hasta nuestros días. En cuanto a los criterios de selección, hemos atendido de forma sistemática a la temática laboral, y, de manera particular, a la discriminación salarial, prestaciones de seguridad social, despido por maternidad (biológica, genética y subrogada), promoción laboral, discriminación por embarazo, conciliación de la vida personal y profesional, como la reducción de jornada para cuidado de hijos e hijas.

Para ello, consideramos necesario integrar a manera de marco teórico conceptual algunos apuntamientos en lo que respecta a la igualdad, que nos brindarán la pauta y punto de partida para analizar el objeto de estudio de este trabajo, y que son los fallos pronunciados por la Corte de Luxemburgo en la materia indicada. De tal manera que llevaremos a cabo inicialmente algunos referentes teóricos del binomio igualdad y no discriminación, así como sus especies, como lo es la igualdad de trato e

igualdad de oportunidades, particularmente entre mujeres y hombres en el plano comunitario.

Como sabemos, la Europa comunitaria ha plasmado en su derecho originario (tratados) como sus principios fundacionales los valores basados en el respeto de la dignidad humana, de la libertad, de la democracia, de la igualdad, Estado de derecho y de los derechos humanos. En este contexto, por lo que respecta a la igualdad entre mujeres y hombres, ha sido el Tribunal de Luxemburgo el que se ha erigido como la vía que ha impreso una singular dinámica al derecho comunitario a través de su labor hermenéutica, al emitir sus decisiones y fallos, que de manera paulatina han contribuido —con sus claroscuros— a la integración de todo un arsenal jurisprudencial en la materia, y, por ende, ha dado cuenta de la construcción de un marco normativo de este objetivo fundamental en el seno comunitario (García y Garrigues 2006; Iglesias 2015).

En tal sentido, dedicaremos nuestro análisis a aquellas sentencias que estimamos de trascendencia, y que han supuesto progresos y puntos de inflexión en algunos asuntos —y ¿por qué no decirlo?, incluso asombro y desconcierto—, dando a conocer la diversidad de posturas interpretativas que el Tribunal comunitario inserta en sus criterios jurisprudenciales, lo que sin lugar a dudas problematizará el poder determinar y clarificar las líneas interpretativas que se puedan ver reflejadas en sus decisiones. Incluso, al grado de dar a conocer pronunciamientos, que podríamos considerar reveses y hasta cierto repliegue en la construcción de un auténtico marco jurídico sustancialmente garante de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Como es sabido, la Unión Europea ha sido considerada una organización internacional sui generis, atendiendo fundamentalmente tanto a su origen como a la estructura y funcionamiento que posee, ya que contempla diversas instituciones comunitarias, órganos (consultivos, financieros e interinstitucionales) y organismos (especializados como descentralizados o agencias); todos ellos brindan un carácter peculiar con respecto a las demás organizaciones internacionales. En este sentido, la institución comunitaria que nos marcará la pauta para nuestro estudio es el Tribunal de Justicia, conocido también como Tribunal de Luxemburgo, atendiendo a su sede principal.

En una primera aproximación, y revisando el origen de la Europa unida, hemos de destacar que su creación respondió a cuestiones estricta-

mente económicas —recordemos las cuatro libertades económicas, pilares de esta organización internacional: libre circulación de personas, libre circulación de mercancías, libre circulación de capitales y libre circulación de servicios— y colateralmente, las razones de orden social fueron *cuajando* y dándose poco a poco. Una de ellas ha sido precisamente el aspecto laboral. En este rubro se ubican gran parte de los asuntos relativos a la temática que nos ocupa, y el órgano jurisdiccional comunitario debe resolverlos, superando indudablemente el parco contenido del artículo 119 (posterior artículo 141 del Tratado CE y actual artículo 153 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea), creando así una auténtica *lista abierta*, con sus altibajos y pronunciamientos literales, pero igualmente supeditada a lo que Martínez y Ferrer (2017, 225, 243) señalan como una igualdad para el mercado.

II. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Ciertamente, una de las categorías de análisis teórico que ha gozado de múltiples y numerosos estudios a lo largo de la historia ha sido precisamente la igualdad, y constituye una de las nociones esenciales de todo constitucionalismo. Sabemos que, como concepto, ha atendido a espacios y tiempos determinados —recordemos cuando la esclavitud era aceptada y legitimada, ser libre o esclavo, ser noble o del vulgo, ser mujer, o bien hombre, marcaba (y sigue marcando) toda diferencia de trato— o el pensamiento aristotélico plasmado en la *Ética a Nicómaco*, de *tratar igual a los iguales, y desigual, a los desiguales*, por todos nosotros conocido, y a lo que cabría la pregunta: ¿bajo qué criterio determinante? para uno y otro caso. Para dar respuesta a la interrogante antes formulada, diremos que en la teoría, la igualdad se ha equiparado a la idea de identidad, semejanza, analogía —gramatical, mas no jurídicamente referida, dado que en términos jurídicos igualdad es razonabilidad de la diferencia jurídica de trato (Martínez 1991, 539)—, y que supondría un trato en igualdad de condiciones a aquello que guarde semejanza, identidad, similitud (Rubio 1991, 686-688), cuyas características diferenciadoras carecerían de relevancia para un trato diferente, o bien diverso. Para tal supuesto, operaría el denominado juicio de objetividad y razonabilidad, es decir —en palabras de Robert Alexy (1989, 399)—, basado en *buenos argumentos*; esto es, justificaciones, y que no es otra cosa que

razonar, o bien, argumentar un trato diferente, porque justamente aquellas características o aspectos relevantes resultan concluyentes y rotundos para un trato diferenciador, que justificaría y toleraría (Rey 2004, 30) un trato desigual; de lo contrario, resultaría incorrecto (Laporta 1985, 15).

De ahí que podamos referirnos a las ideas de *igualdad en la ley*, y la *igualdad ante la ley*. En la primera, remitiéndonos a una igualdad formal o teórica; esto es, con relación a su contenido, y la segunda, a una igualdad en la aplicación de la ley; es decir, respecto a la administración de justicia como destinatarios de la normativa (Fernández 2019, 255); ambas que con toda claridad han sido objeto de análisis desde una visión clásica e integrándolas en una igualdad de trato. Cuestión distinta lo que se refiere a la igualdad real, material, sustancial, y que nos coloca en un ámbito social, jurídico, cultural, evidentemente marcado de diferencias, todo, menos abstractas, sino manifiestas y concretas, condiciones desiguales que sitúan a ciertos grupos sociales en circunstancias desventajosas y discriminatorias por razones históricas y tradicionales. Desigualdades, que el derecho antidiscriminatorio (Rey 2017, 128) pretende resolver, o analizar jurídicamente, cuyo postulado, en esencia, corresponde a la implementación de medidas adecuadas con miras a una igualdad de condiciones o igualdad de oportunidades (Rey 2017, 128).

Y justamente ha sido en el acervo comunitario desde el derecho antidiscriminatorio ha tenido gran cabida, a través de conceptos como igualdad de trato y no discriminación, así como las clases o tipos de discriminación, donde también el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, todas ellas bases conceptuales que la materia que nos ocupa encuentra su obligada referencia. A todo ello, hay que recordar que este derecho antidiscriminatorio cuenta con una tradición en esencia norteamericana, destacando la segregación racial que le dio razón de ser, y que ha experimentado un desarrollo a través de los múltiples motivos o circunstancias por las que ciertos grupos sociales han sufrido discriminación por el hecho de pertenecer a aquellos conglomerados sociales históricamente desfavorecidos; esto es, por los denominados *rasgos sospechosos* (Pérez 1984-85, 255) como identidad sexual, religión, edad, discapacidad, origen étnico, origen racial, género, apariencia física, condición económica, nacionalidad, por citar sólo algunos. Lo anterior, estigmatización social.

Pues bien, tal como recoge el Tratado de la Unión Europea (TUE), la igualdad constituye uno de los valores y principios esenciales de la Europa

unida, y que, como veremos, la Corte comunitaria será la protagonista, postulándola como derecho fundamental, integrando así la denominada tridimensionalidad de la igualdad: valor esencial, principio democrático y derecho fundamental en el plano comunitario.

En esa misma línea, la igualdad, como valor esencial y fundamental de la Unión, se expresa en el artículo 2o. del Tratado de la Unión, inserta en los sistemas constitucionales de los Estados miembros como una de las tradiciones jurídicas que han caracterizado el desarrollo de sus bases constitucionales. La igualdad ha sido un pilar de la estructura normativa de todos los Estados que la integran. Así, se dispone “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”.

De igual modo, su carácter de principio democrático se declara en el numeral 2o., conocido como cláusula democrática, y que supone un estándar de respeto a los derechos humanos, asumiendo que a lo largo de la historia las violaciones a éstos han originado crisis humanitarias y conflictos internacionales. Hemos de recordar que al final de cuentas la Unión es una organización internacional, y como tal tiene como objetivos la paz y la seguridad internacionales, el desarrollo, y es justamente el compromiso democrático que ha jugado el papel de mecanismo de promoción y salvaguarda de las libertades fundamentales, evitando que ningún Estado miembro, cobijándose en su soberanía, pueda violarlos, al ser los tratados, vinculantes a todos los países que la integran.

Por último, como derecho fundamental, propiamente en su noción de igualdad de oportunidades, y en particular entre mujeres y hombres, tal valía ha sido creada y postulada en el progresivo desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, emitiendo decisiones que la han categorizado como tal.

La igualdad es un término que indudablemente refiere a su aspecto relacional (Estrada 2019, 325), y aún más, en el caso de la normativa comunitaria, especialmente aludiendo a la prohibición de discriminación por razón de sexo, puesto que como lo podremos revisar en el contenido de este estudio, el derecho antidiscriminatorio en la dimensión comunitaria ha experimentado un auge significativo, concretamente a través de las diversas directivas comunitarias emitidas por el Consejo de la Unión, así como en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Pero

¿qué se debe entender por “discriminación”? La Directiva comunitaria 76/2007 nos da la pauta al incluir un concepto normativo de discriminación; sin embargo, y a lo largo de la construcción jurisprudencial de la Corte de Luxemburgo, podemos dar cuenta de la evolución, y, en particular, de su labor interpretativa de este precepto.

Igualdad y no discriminación constituyen el binomio semántico por demás complementario, manteniendo una relación de género-especie (Rey 2017, 137). Ciertamente, sabemos que son múltiples y diversas las definiciones que en la doctrina se han formulado con respecto al concepto de discriminación. Baste señalar que constituye un tratamiento desigual y desfavorable, cuyas consecuencias resultan igualmente perjudiciales.

En el derecho de la Unión Europea, el derecho originario integrado por los *tratados fundacionales* —desde el Tratado de París o Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), pasando por los tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa, llamada Euratom) o Tratados de Roma hasta los actuales, Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prevé las denominadas Directivas comunitarias, mecanismos o instrumentos jurídicos que tienen como objetivo aproximar las diversas estructuras jurídicas de los países miembros de la Unión, teniendo un plazo para ello, desempeñando, a manera de *dispositivos propulsores* de la *ingeniería jurídica* comunitaria con las que se *impulsa* la anhelada compatibilidad legislativa comunitaria— estatal, originando el avance normativo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En efecto, con la segunda —la primera (75/117) refería de manera exclusiva a la igualdad salarial— de las directivas emitidas en la materia —nos referimos a la 76/2007, relativa a la igualdad en el acceso al empleo y a la formación y promoción profesional— sentaría las bases para la construcción de un marco de protección y de igualdad entre mujeres y hombres en lo relativo a las condiciones laborales (Valdivia 2001, 144), sellando así la extensión de tal principio, así como el comienzo de su desarrollo normativo. Y que recoge por primera vez en su artículo 2.2 el concepto de discriminación directa e indirecta, aludiendo a la primera como un trato desfavorable de manera clara y evidente, mientras que la segunda parte de un tratamiento, inicialmente neutro, pero que, atendiendo a sus resultados y consecuencias, supone perjuicios y desventajas, de ahí que se

le defina como *discriminación oculta*, y, por consiguiente, menos perceptible a primera vista.

Como se puede deducir, una de las implicaciones más importantes en materia de igualdad laboral entre trabajadoras y trabajadores en seno comunitario es la regulación de este tipo de tratos desiguales, que configuran la discriminación indirecta, al implicar desigualdad, y diferenciaciones odiosas y perjudiciales. Modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, posteriormente derogada por la Directiva 78/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ésta vendría a introducir nuevas disposiciones con relación al ámbito laboral con mayor densidad normativa, como el concepto de *acoso*, *acoso sexual*, temáticas que sobrepasan nuestro propósito en este trabajo. Valga señalar que se han emitido varias directivas en materia de seguridad social, protección de la maternidad, seguridad y salud de la trabajadora embarazada, y cuyo análisis no constituye el objeto de estudio de este trabajo. No obstante, y de manera transversal, en el análisis de los fallos del TJUE se harán las referencias necesarias.

III. IGUALDAD DE TRATO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Nuestro estudio de las sentencias del TJUE en la materia que nos ocupa no sería completo sin hacer referencia a la igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Plasmado como uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea, y revisando toda la normativa comunitaria, podemos afirmar que en tal ruta se encamina la Europa unida; sin embargo, en la realidad fáctica, observamos que, a pesar del esfuerzo institucional, las mujeres aún sufren tratos discriminatorios. En el actual artículo 8o. del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se establece que “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

¿En qué consiste la igualdad de trato? ¿La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres? Ante la primera interrogante, diremos que supone el derecho fundamental a no sufrir discriminación; es decir, lo

que nos ubica en un plano antidiscriminatorio. Y la segunda, a iguales condiciones y posibilidades que se traduzcan en la aspiración ideal de una igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Por su parte, Alarcón (1987, 33-34) divide la igualdad material en dos vertientes: la igualdad de punto de partida —igualdad de oportunidades— y la igualdad de punto de llegada —igualdad de resultados—, considerando a la primera como el tener las mismas oportunidades sin obstáculos que se traduzcan en tratos discriminatorios que impidan acceder a la obtención de medios y bienes materiales e inmateriales, y en general, al desarrollo humano en libertad e igualdad; y respecto a la segunda, advierte que son la consecuencia de aquellas medidas implementadas por los poderes públicos para el logro de la satisfacción de necesidades básicas del ser humano. Para confrontar tal pensamiento se puede consultar Strauss 1992-1993, 177-185.

Con relación a ello, Arnardóttir (2013, 335) concibe tres modelos de igualdad: el clásico modelo de igualdad formal o jurídica (*formal equality approach*) y aquellos que denomina modelos sustantivos de igualdad: uno, el basado en la diferencia (*substantive difference approach*), y el segundo, apoyado en la desventaja (*substantive disadvantage approach*). Estos últimos tienen a superar las deficiencias de un modelo puramente formal, que no ha conseguido eliminar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres y la discriminación de éstas.

Sin ninguna duda, podemos aseverar que la igualdad material o sustantiva entre mujeres y hombres, en gran parte, corresponde, por un lado, al compromiso y responsabilidad de toda la estructura institucional comunitaria de poner en marcha programas y planes de igualdad aplicando la transversalidad de género, con la finalidad de eliminar las conductas discriminatorias que a lo largo de la historia las mujeres en Europa han tenido —y tienen— que hacer frente, y por el otro, implementando medidas o instrumentos que contrarresten estos efectos discriminatorios; es decir, acciones positivas, que si bien, y a primera instancia puedan llegar a ser desiguales, tengan como resultado conseguir una igualdad efectiva o material, denominadas acciones positivas. De ahí que surja la imperiosa necesidad de cambiar modelos basados en estereotipos que perpetúan los roles femeninos y masculinos tradicionalmente encasillando a unas y a otros. Las ideas anteriores nos colocan en una visión un tanto aspiracional, ideal, dadas las prácticas discriminatorias, que incluso están legitimadas por el propio derecho (Turégano 2018, 16).

En la dimensión europea, las instituciones comunitarias, como la Comisión Europea —actualmente con *Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019*, en cuyos ejes de acción contempla lograr una mayor participación de la mujer en el mercado laboral— y el Consejo de la Unión, han ido integrando una política antidiscriminatoria, a través de recomendaciones, declaraciones, programas de acción, así como directivas, cuyo objetivo es el logro de esta igualdad de trato, como punto de partida, y de oportunidades, como punto de llegada. No obstante, ha resultado un gran desafío deconstruir y desaprender prácticas discriminatorias que se encuentran acentuadamente arraigadas en lo social (Rey y Giménez 2010, 18), a tal grado de considerarlas *normales* y *cotidianas*: el despido de una trabajadora embarazada, discriminación salarial, trato desigual en cuanto a prestaciones de seguridad social, la difícil compaginación del entorno familiar y laboral. Estas variables marcan una ruta aspiracional en el pleno goce y de una efectiva igualdad de oportunidades.

En lo que concierne a este punto, diremos que, en su dimensión fáctica, el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres representa la base de la igualdad material y sustantiva entre ambos, e integra un marco o esquema completo, e incluso hasta ideal: igualdad formal y material. Y justamente en esta última, la intervención de todas las instituciones comunitarias, incluyendo, por supuesto, al Tribunal de Justicia, se traduce imprescindible, cuyo objetivo central y prioritario debe constituir la protección de aquellos grupos o sectores de la sociedad que por determinadas circunstancias son los menos favorecidos, y tradicional e históricamente discriminados. Uno de esos grupos sociales en desigualdad son las mujeres en Europa. Finalmente, al hablar de derecho fundamental a no ser discriminado correspondería en esencia, por un lado, a un trato igual y a la prohibición de discriminación, tanto directas como indirectas y, por otro lado, a una efectiva igualdad de oportunidades, a través de las medidas de acción positiva como instrumentos de igualdad real y sustancial entre mujeres y hombres.

IV. IGUALDAD RETRIBUTIVA. LAS PRIMERAS SENTENCIAS DEFRENNE

Como punto de partida, hay que recordar que la cuestión social, en el proceso de integración europea, escapó a los objetivos económicos del de-

nominado mercado común. Incluso podríamos decir que lo social en la dimensión europea surgió como consecuencia lógica del desarrollo del devenir comercial, al suponer que éste marcaría las pautas para su adecuado progreso, y así evitar el denominado *dumping social*. No fue así, ya que se ha colocado al TJUE como la institución comunitaria que de manera pretoriana iría elaborando justamente un catálogo —aunque sin gozar del carácter *dogmáticamente visible* (Tomás 2017, 450, 452; Carrillo, 2017, 219)— de derechos fundamentales, sin ser (la igualdad de trato entre mujeres y hombres) la excepción. Y prueba de ello fueron los tres asuntos *Defrenne* (TJCE, *Defrenne I*, 80/70, 1971; TJCE, *Defrenne II*, 43/75, 1977; TJCE, *Defrenne III*, 149/77, 1978), pronunciando en este último, que la no discriminación por razón de sexo representa uno de los derechos fundamentales de la persona. Veamos por qué.

Gabrielle Defrenne se desempeñaba como azafata en la aerolínea belga Sabena; ella consideró que había sufrido un trato desigual, dado que el *arrêté Royal*, del 3 de noviembre de 1969, disponía reglas especiales para el personal de vuelo de la aviación civil para el derecho de pensión, de jubilación y de supervivencia de trabajadores por cuenta ajena. En sí, el caso implica la interpretación del entonces artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), actual artículo 157, apartados 1 y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Si bien la primera de las sentencias *Defrenne* (TJCE, *Defrenne I*, 80/70, 1971, 106) no resultó favorable en cuanto a las pretensiones de la promotora, dado que alegaba en cuestión prejudicial que las prestaciones de seguridad social formaban parte del concepto de retribución, declarando el Tribunal comunitario que una pensión de jubilación establecida en el ámbito de un régimen obligatorio de seguridad social no constituye una prestación satisfecha indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, en el sentido del párrafo segundo del artículo 119 del Tratado CEE (TJCE, *Defrenne I*, 80/70, 1971). Como se puede apreciar, con la primera sentencia *Defrenne I* se reconoce la configuración jurídica de la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental. Con posterioridad, correspondería a las sentencias *Defrenne II* y *Defrenne III*, gozar de gran trascendencia y alcance (Wyatt 1976, 416), marcando el inicio, por un lado, de una verdadera labor pretoriana por parte del Tribunal de Luxemburgo (McCallum y Snaith 1977, 268), así como la preocupación por parte de las instituciones comunitarias en el

derecho fundamental de igualdad entre mujeres y hombres, tal como vemos a continuación.

Pues bien, para efecto de nuestro estudio, analizaremos la sentencia *Defrenne II*, asunto que marcó un hito, tanto jurisprudencial como desde una perspectiva legislativa y programática, y representa una de las decisiones *estrella* (Blázquez 2000, 32) en la materia. Esta vez, Gabrielle Defrenne interpuso la causa judicial contra la empresa aérea *Sabena*, invocando igualdad de remuneración, dado que el convenio colectivo disponía una edad de jubilación diferente: para las azafatas (cuarenta años), y para los trabajadores masculinos (auxiliares de vuelo, 50 años) —ambos desempeñando el mismo trabajo—, lo que tendría como resultado una desigualdad en la pensión jubilatoria para las primeras (Van Gerven 1977, 135). Como observaremos, tal cuestión desencadenaría el desarrollo, no sólo jurisprudencial (Snaith 1984, 700), sino también normativo e institucional, de este derecho fundamental.

En primer lugar, el Tribunal afirma que el artículo 119 del entonces TCEE (Tratado de las Comunidades Económicas Europeas) es directamente aplicable en el orden jurídico nacional (Koopmans 1980, 290), y puede ser invocado con independencia de reglas de armonización previas, ya sea nacionales o comunitarias. Así lo señaló el órgano jurisdiccional comunitario:

El principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, establecido por el artículo 119 puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Estos órganos jurisdiccionales tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos por un mismo trabajo, cuando éste se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público (TJCE, *Defrenne II*, 43/75, 455).

Con lo anterior se confirmaría el efecto directo de la disposición del artículo 119, TCEE (artículo 141, TCE, y artículo 157, TFUE), interpretación jurisprudencial claramente progresista en materia de igualdad entre mujeres y hombres (Sharpston 2010, 260). Sin lugar a dudas, resultaría de enorme trascendencia la postura del Tribunal expresada en esta sentencia, al reconocer por primera vez su efecto directo, tanto horizontal

como vertical; sin embargo, declararía sus efectos jurídicos en el tiempo, al expresar que,

Salvo en el caso de aquellos trabajadores que con anterioridad hayan entablado una acción judicial o hayan formulado alguna reclamación equivalente, no puede invocarse el efecto directo del artículo 119 en apoyo de reclamaciones referentes a períodos de retribución anteriores a la fecha de la presente sentencia (TJCE, *Defrenne II*, 43/75).

Otro de los aspectos a destacar en el progresivo avance de la igualdad entre mujeres y hombres (Simon 2010a: 270) es lo declarado por la Corte comunitaria en la sentencia *Defrenne III* (TJCE, *Defrenne III*, 149/77), al pronunciar que la no discriminación por razón de sexo constituye una parte integrante de los derechos fundamentales, y, por ende, representa uno de los principios generales del derecho comunitario.

V. IGUALDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIA

Otra de las áreas en las que el TJUE ha debido interpretar es la relativa a los derechos derivados de la seguridad social obligatoria. A esto resulta interesante mencionar la sentencia *Grau-Hupka* (TJCE, C-297/93), resolución en la que la Corte comunitaria estima que el cómputo de períodos para determinar la pensión de jubilación de una persona resulta válido, no incluir en ellos los períodos de tiempo dedicado a la educación de un hijo, pues es conforme a lo estipulado por el entonces artículo 119 del Tratado y a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Revisemos algunos detalles de esta sentencia.

El litigio corresponde a la solicitud de la señora Rita Grau-Hupka — empleada del Conservatorio de Bremen— al *Stadtgemeinde Bremen* (Ayuntamiento de Bremen en Alemania) que se le calculara, para el monto de su pensión de jubilación, el tiempo que había dedicado a la educación de su hijo. A tal petición, el TJUE declara que

Dado que el Derecho comunitario sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social no obliga a que, al calcular la pensión de jubilación legal, los Estados miembros tengan en cuenta los años dedicados a la educación de un hijo, no es posible considerar contrario al principio de igualdad de retri-

bución entre hombres y mujeres que proclama el artículo 119 del Tratado y la Directiva sobre la igualdad de retribución el hecho de poder retribuir con un salario inferior al normal a una persona que disfrute de una pensión y que, por ello, goce de una situación de seguridad, desde el punto de vista social, cuando la pensión de jubilación haya quedado reducida a raíz de una pérdida de la retribución debida al tiempo dedicado a la educación de un hijo (TJCE, C-297/93, apartado 28).

Claramente, a nuestro parecer, el TJUE se pronuncia y plasma su línea interpretativa atendiendo al tenor y literalidad de la normativa, y deja de lado una realidad: que mayoritariamente son las mujeres quienes se hacen cargo del cuidado y educación de los(as) hijos(as), pronunciando criterios parcos y restrictivos, y deja de lado una oportunidad en la que la justicia laboral (Busby 2011, 85) pudiera contribuir a la efectiva y verdadera conciliación de la vida familiar y laboral de las madres trabajadoras, con lo cual evita una de sus *trampas* (Gala 2011, 10). Se esperaría que el Tribunal de Justicia extendiera el sentido y el alcance de todo el arsenal jurídico (Niembro y Soberanes 2012, 403), que otras instituciones comunitarias han implementado, en un marco de congruencia institucional (Jimena 2001, 24). Estimamos su interpretación, una paradoja, declarando que resulta conforme al derecho europeo el perjuicio ocasionado por la reducción de pensión jubilatoria que le causa a la mujer, dado que ello deriva de una medida que, en teoría, le (debería) favorecer, pero materialmente le resulta perjudicial y desventajosa, como lo es el goce del permiso remunerado destinado a la educación de los hijos. Esta postura finalmente supone desventajas para la mujer trabajadora.

En sentido similar, el Tribunal de Luxemburgo resolvió en el caso *Hofmann vs Barmer Ersatzkasse* (TJCE, 184/83), sobre la interpretación de los artículos 1o., 2o., y apartado 1, del artículo 5o., de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y a partir de ahí, su *ratio* será el siguiente: distinguir de manera tajante los ámbitos familiar y laboral (Rabbani 2010, 157). Y así procedió.

El asunto planteaba una cuestión prejudicial relativa al goce de un permiso de maternidad posterior, el que fue otorgado por motivo de con-

valecencia derivado de un parto, el señor Ulrich Hofmann, cuya pareja había dado a luz, y quien gozaba de un permiso de convalecencia. Transcurrido éste, su esposo, en el ánimo de asumir responsablemente su paternidad, y que su pareja pudiera retomar su carrera profesional, solicitó un permiso sin goce de sueldo para el cuidado de su hijo hasta cumplir seis meses —considerando, erróneo, a la vista de la línea interpretativa del TJUE, que la finalidad del permiso de maternidad del que gozaba su pareja correspondía a *aligerar* las cargas familiares respecto al cuidado de su hijo —como lo disponía la Ley alemana en materia de protección de la maternidad, en su artículo 8o. Sin embargo, solicitó a la aseguradora, que tal permiso fuera remunerado, petición que le fue negada.

Ante tales circunstancias, esta cuestión prejudicial se sometió ante el TJUE, de nueva cuenta, y de manera reiterativa —así lo consideramos— acentúa y confirma, con su pronunciamiento, que las responsabilidades y cargas familiares en el cuidado de los hijos o hijas corresponden a las mujeres (Cabeza y Docampo 2011, 81). Es ilustrativo el contenido del apartado 21 de su fallo, pronunciando que, a tenor del apartado 2, sin interés en el contexto del presente asunto, la directiva no obsta a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales, para las cuales “el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”.

Y ha sido de tal grado la trascendencia, que suponemos que el propio Tribunal ha carecido de prospectiva, puesto que su decisión, además, supone una vulneración al derecho de corresponsabilidad en los compromisos familiares, como lo es el cuidado de los(as) hijos(as) (Ballester 2010, 41). Es decir, en su lógica protectora de la maternidad, ha supuesto, implícitamente, una vulneración a gozar de una paternidad corresponsable. Y así lo expresa, en el apartado 24, declarando que, “De este análisis se deduce que el objeto de la Directiva no es regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja”. Como veremos más adelante, no será la única sentencia que problematice el derecho al permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para una efectiva conciliación del trabajo y la vida familiar.

Una sentencia igualmente ejemplificativa en la materia es el asunto *Mayer* (TJCE C-356/03), en el que la Corte expone la interpretación del

artículo 6o., apartado 1, letra g), de la Directiva 86/378, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (Mayr 2005, 85), modificada por la Directiva 96/97/CE.

El litigio se plantea entre la señora Elisabeth Mayer, abogada autónoma, y la Caja de pensiones del Estado federal y de los estados federados del gobierno alemán (*Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*), relativo al hecho de que no se tomaron en consideración los periodos de los permisos de maternidad de la señora Mayer para el cálculo de la pensión reducida (Craig y De Búrca 2011, 928), concedida en determinados supuestos de baja prematura en el seguro de previsión complementaria (*Versicherungsrente*), y al que estaba afiliada en virtud del seguro obligatorio.

La señora Mayer laboraba como empleada en la administración pública del *Land Renania-Palatinado*, durante el periodo comprendido entre el 1o. de enero de 1990 y el 30 de septiembre de 1999; ella gozaba de permiso legal de maternidad durante dos periodos: el primero, entre el 16 de diciembre de 1992 y el 5 de abril de 1993, y un segundo, entre el 17 de enero y el 22 de abril de 1994, periodos durante los cuales estaba afiliada a una caja privada de enfermedad.

Una cuestión principal en este asunto es que durante los permisos de maternidad de la señora Mayer percibió la prestación de maternidad abonada por el Estado de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de protección de las madres que ejercen una actividad profesional (*Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter*), así como el complemento a cargo del empresario de acuerdo con la misma normativa. Es justamente en esta última cuestión en la que el Tribunal de Luxemburgo se fundamenta para expresar que a efectos de la Directiva 86/378, modificada por la Directiva 96/97, los permisos de maternidad fueron retribuidos por el empresario (Heide 2005, 317), ya que la pensión de seguro, objeto del litigio,

...forma parte de un régimen de previsión complementaria de pensiones y que su objeto es asegurar una prestación a los trabajadores afectados por la vejez o la incapacidad laboral. Así, una pensión de seguro de este tipo constituye una prestación complementaria que se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva, según la definición contenida en sus artículos 2o. y 4o., y no se encuentra entre las exclusiones previstas por la propia Directiva (TJCE, C-356/03, apartado 29).

De esta manera, el Tribunal de Justicia concluye declarando que

...el artículo 6o., apartado 1, letra g), de la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual una trabajadora no adquiere, durante el permiso legal de maternidad retribuido en parte por el empresario, derechos a efectos de una pensión de seguro que forma parte de un régimen de previsión complementaria, debido a que la adquisición de tales derechos depende de que la trabajadora perciba durante dicho permiso un salario sujeto a impuestos.

Como se puede revisar, esta vez el TJUE resuelve a favor de la trabajadora, a quien le asiste el derecho a una pensión, como prestación complementaria incluida en el régimen de pensiones profesionales, aun gozando la trabajadora de un permiso de maternidad. Cobija con su fallo, plasmando el sentido y alcance de la Directiva en materia de protección de la maternidad, al retomar su línea interpretativa basada en expansión garantista para las madres trabajadoras.

El asunto *Borger* (TJCE C-516/09) es también ilustrativo. Esta sentencia resulta del litigio concerniente a la interpretación del concepto de trabajador por cuenta ajena, y respecto al ámbito de aplicación personal del Reglamento de la Comunidad Económica Europea (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, del 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. En esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo resolvió respecto a la seguridad social de los/as trabajadores/as migrantes. Revisemos los hechos.

A la señora Tanja Borger, de nacionalidad austriaca, se le niega, por parte de la *Tiroler Gebietskrankenkasse* (Seguro Social tirolés), la prestación por cuidado de hijos durante los seis meses adicionales de excedencia sin sueldo —a la que se acogió, al concluir el periodo legal de dos años después del nacimiento de su hijo—, así como a la cobertura de seguridad social durante ese mismo lapso. Y tal negativa se traduce en la cuestión prejudicial a la que el TJ deberá resolver, al sostener que

...por lo que respecta al ámbito de aplicación personal del Reglamento núm. 1408/71, es irrelevante la existencia de una relación laboral, porque la cir-

cunstancia decisiva a estos efectos es el hecho de que una persona esté asegurada, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, contra una o varias contingencias en el marco de un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento (TJCE, *Borger*, C-516/09, apartado 27).

A pesar que la parte demandada alegaba que no correspondía cubrir tales peticiones, dado que la señora *Borger* se había trasladado a Suiza, y que esta confederación debía cubrirlas, el Tribunal de Justicia finalmente se pronunció a favor de la promovente, debiéndose reconocer su condición de trabajadora por cuenta ajena (*Salvatori* 2011, 1284) de acuerdo con el Reglamento comunitario previamente citado. Como vemos, en su pronunciamiento, el órgano jurisdiccional limita la relevancia de la existencia de una relación laboral como condición para la debida cobertura de seguridad social (*Dríguez* 2011, 22), puesto que basta que la persona, ya sea trabajador o trabajadora, cuente con un seguro. Así lo declara:

...a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado a su vez por el Reglamento (CE) núm. 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, a una persona que se halla en la situación de la demandante en el litigio principal durante los seis meses de prórroga de la excedencia sin sueldo a la que se acogió después del nacimiento de su hijo, a condición de que, durante ese período, esa persona esté asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1o., letra a), de dicho Reglamento. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si este requisito se cumple en el litigio del que conoce.

Lo que a nuestro parecer resulta por demás interesante, curioso, pero, sobre todo, explicativo —y es que, aun cuando resuelve a favor de la trabajadora *Borger*— son dos aspectos: la primera, es que del contenido de la sentencia se desprende un claro y evidente déficit argumentativo: la perspectiva de género brilla por su ausencia, omite hacer referencia alguna al respecto, lo que muestra, justamente, que por lo menos a los ojos de la Corte comunitaria tal menester carece de importancia, bueno, ni siquiera en una mínima expresión. Una muestra que confirma una vez

más que si los juzgadores carecen de tal visión, pues ni por asomo en sus fallos jurisprudenciales se verá reflejada esa urgencia vital para una efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y una segunda, es que se esperaría que en su línea argumentativa imprimiera lo trascendental que supone para los(as) trabajadores(as) gozar de su familia integrada, y deja de lado posturas que puedan remitir a asuntos de carácter *meramente privado*.

VI. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

En el contexto de la jurisprudencia europea cabe mencionar que entre todos los ámbitos en los que la mujer trabajadora ha debido enfrentar tratos o conductas desfavorables, la maternidad representa una de las condiciones particulares a través de la cual la Corte comunitaria ha debido resolver gran cantidad de sentencias, plasmando en ciertos casos una línea interpretativa extensiva, vanguardista y expansiva, mientras que en otros da a conocer una posición de evidente retroceso, dando dos pasos adelante, y uno atrás. A continuación, revisaremos las sentencias que hemos seleccionado, y que suponen una marcada relevancia, atendiendo al sentido y orientación que el Tribunal de Luxemburgo ha plasmado en sus fallos.

La primera de ellas es el asunto *Sarkatzis* (TJUE C-2004/04), respecto al permiso de maternidad e igualdad de trato entre mujeres y hombres, resultando aplicable la Directiva 76/207/ CEE, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Los detalles del caso son estos.

La señora Carmen Sarkatzis Herrero, quien siendo trabajadora interina del Instituto Madrileño de la Salud (IMSALUD) y gozando de un permiso de maternidad, concursó y gana una plaza fija como administrativa en dicho organismo español. Inmediatamente la señora Sarkatzis presenta un escrito de petición de una prórroga para ocupar dicho empleo, una vez concluido su permiso de maternidad, y solicita que el cómputo de su antigüedad laboral se considere a partir de la fecha de su nombramiento como trabajadora fija, y no ya, a partir del momento en el que asuma materialmente su plaza como administrativa, tal como lo dispone la normativa madrileña.

A primera vista, y de acuerdo con los hechos relatados por la demandante, el asunto suponía una discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, motivada por su permiso de maternidad (Cabeza 2010, 50), viéndose imposibilitada para acceder a diversas prestaciones, derivadas de la solicitud de prórroga, y particularmente en lo referente a su antigüedad como funcionaria estatal de la administración española de salud, dado que “...las disposiciones del Derecho español en materia de provisión de puestos de funcionarios establecen que la toma de posesión es requisito necesario para la adquisición de los derechos inherentes a la condición de funcionario”.

Un aspecto curioso en este asunto se refiere a la interpretación que lleva a cabo el Tribunal comunitario, al hacer una clara distinción (Merino 2015, 35), y al declarar que se trata de un caso, ya no de promoción al empleo, sino de acceso al mismo, en razón que la demandante laboraba en calidad de interina. Así lo expresa, “...la situación de la Sra. Sarkatzis Herrero, caracterizada por el nacimiento de una nueva relación laboral durante un permiso de maternidad, se distingue claramente de la reincorporación al anterior puesto de trabajo o a otro equivalente al término de dicho permiso” (TJUE C-2004/04, apartado 29).

Como se puede observar, la Corte comunitaria enfatiza su postura categóricamente, y resuelve “...que no existe continuidad jurídica entre las dos situaciones sucesivas de la Sra. Sarkatzis Herrero, por lo que debe interpretarse que, al adquirir la condición de funcionaria, accedió a un nuevo empleo, no que se reincorporó a su empleo anterior” (TJUE C-2004/04, apartado 31).

Una de las implicaciones más relevantes de esta sentencia es el punto en el que el Tribunal estructura su interpretación basándose en la prórroga que la promovente presentó en su momento —elemento que aprecia como el origen del trato discriminatorio, y derivado del permiso de maternidad del que gozaba— sosteniendo que el litigio implica una cuestión de acceso al empleo, y que la demandante ha sufrido un trato desigual derivado de la solicitud de prórroga para asumir su nueva plaza como funcionaria fija. Por consiguiente, “...procede considerar que el aplazamiento de la toma de posesión de la Sra. Sarkatzis Herrero como funcionaria, consecutivo al permiso de maternidad del que disfrutó la interesada, constituye un trato desfavorable en el sentido de la Directiva 76/207” (TJUE C-2004/04 apartado 45).

Como vemos, el esquema argumentativo de esta sentencia reside en un elemento inicial y crucial: la solicitud de prórroga para asumir un nuevo puesto, al interpretar el TJUE que con dicha petición prevalecía una discriminación directa sufrida por la señora Sarkatzis, en el entendido de que aplazaba su carácter como funcionaria en la nueva plaza hasta la fecha de su toma de posesión efectiva.

Aquí podemos percibir una postura interpretativa un tanto peculiar, a través de una especie de *triangulación hermenéutica*, pareciera que el Tribunal toma en consideración elementos que de manera indirecta pudieran constituir perjuicios para la trabajadora; por ejemplo, suponer el peligro inminente de perder los derechos adquiridos una vez obtenido un nuevo empleo, condicionados a la materialización de asumirlo efectivamente.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, podemos aseverar que las mujeres trabajadoras en el plano comunitario han sido —y lo siguen siendo— discriminadas por motivos o razón de sexo; gran parte de los asuntos planteados ante el Tribunal de Luxemburgo han sido relativos al embarazo. Es precisamente el asunto *Mckenna* (TJCE C-191/03) uno de los tantos que dan a conocer tal problemática de tratamientos desfavorables hacia las mujeres en su entorno laboral, y que además refleja la diversidad interpretativa (Numhauser 2007, 167), con la que el órgano jurisdiccional comunitario ha debido resolver los asuntos en la materia, lo que ha resultado, en algunos casos, no del todo favorable a las mujeres trabajadoras, e imprimiendo una línea interpretativa formal y positivista. El caso *Mckenna* se origina por motivos de embarazo, propiamente por enfermedad derivada de la gestación. Veamos algunos de sus detalles.

La señora Margaret Mckenna, que laboraba como empleada pública en el North Western Health Board irlandés, interpuso una demanda por discriminación debido a su sexo, ya que al concluir su embarazo tuvo una enfermedad; pero no se le consideró como tal. Por tanto, no podía aspirar a las retribuciones establecidas ni a las prestaciones adecuadas, en particular al número total máximo de días de baja por enfermedad debidamente retribuidos.

Ante tal situación, la señora Mckenna argumentó que —tal como se establecía en la normativa del organismo estatal irlandés— la reducción de su salario a la mitad, después del periodo de 183 días, constituía un trato desfavorable en materia salarial dispuesto en el artículo 141 del Tratado y en la Directiva 75/117. Asimismo, indicaba que la imputación de

la baja derivada de las dificultades en su embarazo le perjudicaría en las futuras bajas por enfermedad, puesto que se arriesgaba a quedar sin cobertura si volvía a caer enferma en los años siguientes.

A primera instancia, el caso implicaba una discriminación motivada por el embarazo de la señora Mckenna; sin embargo, en este asunto la Corte comunitaria desarrolló un estudio singular, e indiscutiblemente formalista (Maliszewska 2013, 446).

Si bien es cierto —y de acuerdo con el apartado 1 del actual artículo 157 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea, que contempla el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como uno de los pilares esenciales de la Europa unida— que el Tribunal de Luxemburgo se ha encargado de establecer importantes límites a este postulado, incorporando el espectro de protección jurídica en lo relativo al despido motivado por el embarazo de las trabajadoras y durante su permiso de maternidad, no obstante, tal protección jurídica se *evapora* en el supuesto en el que la enfermedad se presente una vez concluido el permiso de maternidad. Así lo ha declarado, en su apartado 45:

...el Tribunal de Justicia ha juzgado que no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad y ha considerado que a tal estado patológico se aplica el régimen general en caso de enfermedad. Ante este tipo de situación, ha deducido que el Derecho Comunitario no es contrario a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto.

Como vemos, la Corte comunitaria asume como elemento o parámetro de análisis el carácter cronológico de la enfermedad; es decir, si ésta se presenta antes, o bien, con posterioridad al permiso de maternidad, e implica este último supuesto —a nuestro parecer— una clara omisión de la perspectiva de transversalidad de género con la que se desearía que el Tribunal de Luxemburgo resolviera, aplicando al embarazo el mismo tratamiento jurídico de una enfermedad en general, por lo menos en lo que a la materia de despido se refiere.

Evidentemente, el Tribunal imprime una postura formal y legalista, y con la que se caracterizan un importante número de criterios jurisprudenciales, y que suponen múltiples tratos desventajosos para las trabajadoras. El asunto *Mckenna* es un ejemplo, y trajo como consecuencia una

disminución salarial para la madre trabajadora. Ante tal postura jurisprudencial, el TJUE afirma que los despidos motivados por las ausencias originadas por una enfermedad causada por el embarazo, o el parto, no son contrarios al orden jurídico comunitario. Consecuentemente, se limita a garantizar una igualdad meramente formal, sin tomar en consideración las consecuencias y resultados prácticos que derivan en una evidente desigualdad material. Es una pena y un contrasentido que el órgano jurisdiccional se enfoque al plano formalista, concibiendo el clásico abismo que supone lo legal y lo material en el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la Europa unida. Finalmente, en este caso esperaríamos que plasmara una línea interpretativa expansiva y otorgara una protección amplia a los derechos de seguridad y de salud de la trabajadora, pues si bien la enfermedad que sufrió surgió después de su embarazo, fue a causa de éste. No obstante, imprime su fallo en una línea de interpretación más que restrictiva.

Un caso no menos interesante es la sentencia *Paquay* (TJUE C-406/06), litigio motivado por el despido de una trabajadora embarazada que gozaba de permiso de maternidad. El fallo del Tribunal de Justicia se pronunció en el sentido de considerar válida la prohibición de notificar una decisión de despido por motivo de embarazo, o bien del nacimiento de un hijo(a) durante el periodo de protección, así como también la adopción de medidas correspondientes a tal decisión antes de concluir dicho periodo.

Los hechos en el litigio principal eran los siguientes: la señora Nadine Paquay —quien laboraba en un despacho de arquitectos, Société d'architectes Hoet +Minne SPRL, desde diciembre de 1987— se encontraba gozando de un permiso de maternidad desde septiembre de 1995 hasta finales de diciembre de ese año. A la trabajadora se le comunicó por medio de una carta certificada el 26 de febrero de 1996, que había sido despedida; es decir, ya habiendo concluido el mes protector de despido. Así se cita en el apartado 13 de la sentencia, y señala que de acuerdo con la normativa nacional, en concreto el artículo de la Ley del 16 de marzo de 1971,

El empresario que emplee a una trabajadora embarazada no podrá realizar ningún acto orientado a poner fin unilateralmente a la relación laboral desde el momento en el que se le informó del embarazo y hasta que haya transcurrido un mes desde el fin del permiso por maternidad, excepto por motivos ajenos al estado físico derivado del embarazo o el parto.

De igual modo, la normativa belga dispone la carga de la prueba al empresario, quien, a petición de la trabajadora, deberá dar aviso del despido de manera escrita, así como también el derecho a indemnización de seis meses, con independencia de las que corresponda por despido injustificado.

Durante el permiso de maternidad, la demandada publicó una oferta de trabajo (de secretaria) en el periódico, y habiendo transcurrido un par de días (el 6 de junio de 1995), contestó a la interesada en el puesto, que estaría vacante "...desde mediados de septiembre de 1995 hasta enero de 1996, y posteriormente, a partir de agosto de 1996".

Lo relevante de esta sentencia radica en el análisis y consideraciones que el Tribunal comunitario desarrolla, valorando y escudriñando un elemento subjetivo como lo es la intención destinada a despedir a la empleada Paquay. Así se desprende del apartado 22 de la sentencia:

...la demandada puso un segundo anuncio en octubre de 1995 (esto es, poco tiempo después de que comenzase el permiso de maternidad), cuyo texto decía: "contabilidad, McIntosh, disp. inm., precarr. enseq. equip". Es pacífico que la mención "precarr.", significa "para [hacer] carrera", lo que confirma que la intención de la sociedad era sustituir definitivamente a la demandante y que esta decisión se tomó cuando ésta estaba embarazada.

Como resulta evidente, al ofertar dicha plaza, la empresa ya tenía conocimiento del embarazo de la señora Paquay, configurándose así todos los supuestos de una discriminación directa por razón de sexo motivada por su estado gestante. En este sentido, en el apartado 19, el Tribunal pronuncia que "...debe ser reconocida a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo". Según el Tribunal de Justicia, un despido durante esos periodos sólo puede afectar a las mujeres, y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

A pesar de que el derecho de la Unión Europea integra todo un orden jurídico de protección ante los diversos tratos discriminatorios a los que las trabajadoras se han de enfrentar en el mundo laboral, podemos observar que gran número de ellos corresponden a despidos por maternidad. De esta manera, el órgano jurisdiccional comunitario pronuncia su fallo bajo dos postulados: el primero de ellos, en el alcance del artículo 10 de la

Directiva 92/85/CEE, al afirmar que debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el periodo de protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar el periodo.

La importancia de este primer pronunciamiento ha sido en suma relevante, dado que supone la confirmación de la protección que goza la trabajadora embarazada al prohibir su despido durante el periodo de protección citado. Y un segundo postulado, en cuanto a la materialización de aquellos actos cuyo objetivo sea precisamente el despido laboral; esto es, determinar el alcance temporal de dicha protección jurídica (Tapia 2008, 107). Como podemos ver, el TJUE *retoma* de nueva cuenta una línea interpretativa extensiva, al plasmar la relevancia de la protección de la maternidad de las trabajadoras, establecida tanto en la Directiva 76/207/CEE como en la Directiva 92/85.

Como podemos comprobar, en este asunto en particular, el TJUE fija su línea interpretativa —sorpresivamente garantista—; observamos a un Tribunal de Justicia espetuoso del marco normativo comunitario en su lucha contra la discriminación por motivo de sexo, y en específico en las directivas comunitarias respectivas. A diferencia del caso *Mckenna*, en esta sentencia pone de relieve —y debemos decirlo con todas sus letras: de manera paradójica— la importancia de las directivas europeas, emitiendo su postura claramente extensiva y garante de su contenido normativo (Castillo de la Torre 2008, 446).

Igualmente, y en la temática que abordamos, la sentencia *Danosa* (TJUE C-232/09/ merece comentarla y analizarla. Veamos algunos hechos que supusieron la controversia. La señora Dita Danosa laboraba como miembro del consejo de dirección de la empresa letona LKB Līzings SIA, la que, a través de un acuerdo de la junta de socios de esta sociedad de responsabilidad limitada, decide destituirla; según la trabajadora, a causa de su embarazo. La señora Danosa consideró que la empresa procedió a despedirla ilegalmente, e interpuso en su contra una demanda ante *Rīgas pilsētas Centra rajona tiesa* (Juzgado del distrito central de la ciudad de Riga) contra la empresa LKB.

De forma preliminar podemos formular las cuestiones que el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que analizar. La primera de ellas: dilucidar si en las condiciones laborales que se desempeñaba la trabajadora Danosa es

considerada inserta en el concepto de *trabajador* conforme al ordenamiento jurídico comunitario. A lo que el Tribunal expresa en el apartado 29:

...no es menos cierto que un miembro de un consejo de este tipo, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitaciones, cumple, a primera vista, los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anteriormente citada.

A este respecto, y atendiendo a la posición jerárquica de la trabajadora Danosa, la empresa alegaba que contaba con una relación laboral de confianza, y por tal razón no se podía considerar como trabajadora para efectos del derecho de la Unión. Sin embargo, el Tribunal resuelve el caso, interpretando con base en la situación jerárquica de la trabajadora, que si bien se desempeñaba como una trabajadora con puesto de confianza, tal situación no excluía que estuviera bajo la orden de otro órgano de dirección, o de control lo que supondría a su vez, una verticalidad mayor (Petrovic 2012, 440), y, por tanto, superada a la caracterizada por la modalidad de puesto de confianza.

Una segunda cuestión planteada al TJUE correspondía determinar si una normativa nacional que permite la destitución de los miembros del Consejo de Dirección, sin limitación alguna se oponía al artículo 10 de la Directiva europea 92/85/CEE como a la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Luxemburgo. Como vemos, sin duda alguna, el motivo por el que la señora Rita Danosa fue destituida de su cargo fue debido a su estado gestante (Eckardt 2013, 3789). De hecho, el Tribunal declara que de manera patente y a primera vista (Shubert 2013, 10) ésta ha sido la causa de su despido.

Al resolver esta segunda cuestión, el órgano jurisdiccional comunitario desarrolla y enfatiza la protección de la mujer trabajadora en materia de embarazo, parto y lactancia, y repasa la normativa europea respectiva; en el apartado 74 afirma que constituye una discriminación directa por razón de género

...una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de

una sociedad de capital sin ninguna limitación cuando la persona interesada tiene la condición de «trabajadora embarazada» en el sentido de esta Directiva y el acuerdo de destitución adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo.

Podríamos aseverar que este asunto constituye uno de los tantos que típicamente implican una clara y evidente discriminación de forma directa (Shubert 2013, 12). De tal modo, y una vez más, el Tribunal comunitario resuelve conforme al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, dado que son las mujeres quienes sólo pueden ser tratadas de manera desigual por motivo de su embarazo (Hohenstatt y Naber 2015, 640). En tal sentido, se pronuncia la sentencia Danosa, en cuya labor interpretativa imprime una visión expansiva y garantista de la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Una sentencia de significativo interés es el asunto *Mayr* (TJUE C-506/06) (Gutiérrez 2008, 620), en el que debemos destacar el nulo alcance del umbral de protección jurisprudencial ante un eventual despido de una mujer embarazada. En esta ocasión, el TJUE pronunciaría un criterio plasmado en el asunto *Hofmann*, y que creemos merece la pena analizar con especial atención, dado que trastoca diversas temáticas bajo las cuales se pueden suscitar hechos que configuren tratos discriminatorios para las mujeres. Resalta la importancia de esta sentencia, entre otras razones, porque refleja la ausencia de progresividad que el Tribunal comunitario ha de contemplar en sus pronunciamientos en materia de igualdad por razón de sexo.

La señora Sabine Mayr era empleada de la *Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG* —panadería austriaca que goza de gran tradición en ese país europeo—, y decide someterse a un tratamiento de fertilidad mediante el procedimiento de fecundación *in vitro*, y durante el cual es despedida (Rubio 2012, 95).

La empleada Mayr argumenta que el derecho comunitario la protege al prohibir su despido durante el periodo de inicio de su embarazo y al concluir su permiso de maternidad, tal como lo dispone la Directiva europea 92/85. Entre las peculiaridades del caso, conviene señalar que el TJUE debió determinar qué se debe entender por trabajadora embarazada, a los ojos del derecho derivado, en particular, a la Directiva europea en materia de protección de la mujer en el embarazo y en la maternidad.

En un primer acercamiento al análisis de la problemática planteada al órgano jurisdiccional, éste determina que tal normativa no le resulta aplicable a la señora Mayr atendiendo a las especificidades y concretas circunstancias en las que se encuentra, dado que a la trabajadora le habían practicado el proceso de punción folicular para posteriormente, en un lapso de un par de días, proceder a la implantación uterina de los embriones fecundados. Es decir, la señora Mayr no se encontraba en estado gestante, ya que el procedimiento a través del cual podría quedar embarazada aún no se le practicaba, y, por ende, jurídicamente, no se encontraba en el supuesto expresado por la Directiva comunitaria en cuestión.

Si bien es cierto que las técnicas de reproducción asistida —también denominada *maternidad tecnológica*, atendiendo a los avances que ha experimentado la rama de la biología de la reproducción— conllevan todo un proceso, ya no sólo de carácter biológico (Bellver 2012, 100) (tratamientos hormonales, constantes y varias revisiones médico-ginecológicas (Peñaranda 2010, 305), estimulación ovárica, punción folicular, etcétera, hasta concluir con la respectiva transferencia de embriones), sino también de índole psicoemocional (Izzedin 2011, 31-34), requieren evidentemente de una programación, elemento en el que se basa la interpretación jurisdiccional. Y es que a la demandante se le comunica su despido tres días antes de que le realicen la transferencia de óvulos fecundados *in vitro*. Esto es, desde un punto de vista técnico-jurídico, y también real, el embarazo de la señora Mayr aún no iniciaba. Ciertamente, y ante los hechos —o, mejor dicho, ante la falta de evidencias de embarazo—, el Tribunal interpreta que la Directiva 92/85 no resulta aplicable al caso en particular. Tal interpretación se declara en el apartado 41, afirmando que

...aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación *in vitro*, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero.

A todas luces, el fallo del Tribunal de Justicia se inserta en una línea interpretativa esencialmente iuspositivista, en la que predomina lo ex-

presado en la norma frente al auge y desarrollo que supone una realidad biológica, particularmente ante la infertilidad de las parejas, en quienes el deseo y la voluntad *procreacionales* pudieran hacerlos realidad (Reguera 2016, 123-126), a través de este tipo de procedimientos científico-genéticos.

A primera instancia nuestra crítica se centra en la postura convergente, como hemos analizado en líneas anteriores, respecto a la separación tajante de lo familiar y lo laboral, dejando en claro que el objetivo de esta Directiva europea no corresponde al proyecto de vida de tener hijos, sino en sí, a la salud de las trabajadoras biogénicamente en estado gestante.

Una particularidad a destacar es que constituye todo un desafío para el derecho comunitario *subirse al tren* del progreso científico-tecnológico, prever y, especialmente, proteger los nuevos modelos de maternidades que brinda el desarrollo de la ciencia biológica de la reproducción, una muestra más del gran trecho del derecho respecto a ésta. Un detalle a mencionar de esta sentencia es que, habiendo pronunciado la inaplicabilidad en el caso, de la Directiva 92/85, el Tribunal interpreta que en el hecho en el que la trabajadora se encuentra en una fase muy avanzada de un tratamiento de fertilización *in vitro* sí resultaría oponible al ámbito de la Directiva 76/207, en la medida en que pueda demostrarse que su despedido ha sido a causa de tal procedimiento.

A decir verdad, y como lo hemos ido observando, la Corte comunitaria continuará emitiendo fallos con una vertiente claramente conservadora frente a los avances científicos y tecnológicos, predominando en sus líneas interpretativas una visión poco progresista, centrándose en el carácter *natural* del embarazo; es decir, valorando sólo la maternidad biológica, y no la genética ni la social.

Un ejemplo más es la sentencia *C.D.* (TJUE 167/12), litigio planteado por la negativa de otorgar el permiso de maternidad ante un convenio de maternidad por sustitución (De Baere 2015, 45), siendo ésta la oportunidad de muchas mujeres para ser madres, y que muestra un criterio jurisprudencial no precisamente de avanzada (Finck y Kas 2015, 295). Veamos por qué.

La señora D., quien laboraba como enfermera, tuvo un hijo a raíz de la celebración de un convenio de gestación por sustitución, o alquiler de vientre o útero. En su calidad de madre subrogante, solicita a su empleador, el centro hospitalario dependiente del National Health Service (Servicio

Nacional de Salud) del Reino Unido, el correspondiente permiso de maternidad, que le es negado, argumentando que si bien la normativa británica reconoce este tipo de contratos de acuerdo con la normativa Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana), no contempla la maternidad subrogada; de ahí la justificación de tal negativa.

Por tanto, y a criterio del TJUE, para beneficiarse de tal permiso, la trabajadora debe estar embarazada y haber dado a luz.

De nueva cuenta, y reiterando su línea interpretativa, claramente restrictiva y limitada, el Tribunal centra su *ratio* en el estado gestante de carácter esencialmente biológico (Finck y Kas 2015, 285), desconociendo las diversas alternativas para ser madre, científica y socialmente hablando, temas de absoluta actualidad. En tal sentido, mientras que algunos de sus pronunciamientos han resultado favorables para las trabajadoras embarazadas, en otros ha negado los derechos y permisos derivados de la maternidad, claro está, con las particularidades de cada uno de los asuntos valorados. En este en particular, resalta su postura contradictoria y restringida, al pronunciar la incompatibilidad de la maternidad subrogada con respecto a la maternidad biológica, puesto que, en la primera, efectiva y naturalmente se cuenta con un embarazo; sin embargo, en la segunda, a mediano plazo, será madre también (De Baere 2015, 46), socio-jurídicamente hablando (Simon 2014b, 14). Y que, por tanto, nos sitúa de nuevo en la interpretación del Tribunal, en que, para sus ojos y razonamientos, la línea divisoria entre la vida familiar y la vida laboral está más que delimitada (Polo 2014, 306-307).

Como vemos, la Corte comunitaria mantiene una postura interpretativa similar (Monéger 2014, 480) a la desafortunada sentencia *Hofmann*, reforzando también el papel de la mujer en la crianza y en el ámbito doméstico. Razonamientos bajo los cuales declara tajantemente que el permiso de maternidad corresponde exclusivamente a proteger la salud de la madre del niño, atendiendo a la específica situación de vulnerabilidad que le supone haber parido, protegiendo las relaciones especiales de ella con su hijo en el periodo posterior al embarazo y al parto (Burri 2015, 275).

Ahora bien, y en tal sentido, destaca la significativa interpretación que hace en el asunto *Kūiski* (TJUE C-116/06), abstrayéndose de las consecuencias y cambios que supone en sí la maternidad —sea a través del medio que se logre, convencional, o bien asistidamente— no sólo para la

vida de la mujer trabajadora, sino también en el conjunto de sus relaciones interfamiliares. Invariablemente, el contenido del artículo 8o. de la Directiva en cuestión alude al embarazo biológico de la trabajadora como único supuesto válido para gozar de protección jurídica.

Evidentemente, tal numeral supone una alarmante y absoluta desprotección jurídica, al excluir las diversas alternativas científicas y tecnológicas en la biología de la reproducción humana, entre ellas la maternidad o gestación sustitutoria, y se limitó al hecho meramente biológico y no a las implicaciones que supone en sí el nacimiento de un hijo; esto es, derecho positivo frente a la realidad biológica (Miranda 2014, 220), social y familiar. De esta manera, postula su fallo bajo dos enunciados. En el primero señala que, de acuerdo con la interpretación que hace del artículo 8o. de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente.

Nos parece determinante subrayar el grave retroceso que la sentencia *C.D.* ha implicado en la lucha por la igualdad, formal y material, tanto de trato como de oportunidades entre mujeres y hombres, y especialmente en lo que a embarazo y/o maternidad se refiere, así como en lo concerniente a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Puesto que el Tribunal lleva a cabo una línea interpretativa conforme y lineal respecto a la Directiva comunitaria respectiva —enfocándose meramente a la cuestión biológica, limitada y restrictiva, y contemplando al parto como único supuesto de protección y garantía jurídica—. Esto es, reduciendo y acotando el alcance y la protección contemplados en el numeral 8 de la Directiva comunitaria 92/85.

El segundo de sus razonamientos radica en la negativa a conceder el permiso de maternidad a las madres subrogantes, dado que, según el TJUE, no constituye un trato discriminatorio directo por razón de sexo, y, por tanto, la normativa en comento no les resulta aplicable.

Una sentencia con un fallo similar, curiosamente de la misma fecha, fue el asunto *Ț. D.* (TJUE C-363/12), de nueva cuenta, relativo a un con-

venio de gestación sustitutoria, esta vez en Irlanda, en el que la Corte comunitaria aplicó el principio de prevalencia de la *verdad biológica*, en cuanto al embarazo y/o parto. Revisemos las particularidades del caso.

La señora Z laboraba como profesora para el Government Department et The Board of Management of a Community School, y solicitó un permiso de maternidad derivado del convenio de maternidad sustitutoria celebrado en el estado americano de California, dado que sufría un trastorno en su aparato reproductor y carecía de útero, cuestión que argumentó como discapacidad, alegando que había sido discriminada por diversas razones (Monéger 2014, 485): por habersele negado el permiso de maternidad, por su discapacidad orgánica sexual, y por ser mujer (Simon 2014b, 15). Al respecto, conviene mencionar que en el ordenamiento jurídico irlandés prevalece una laguna jurídica respecto al acuerdo de maternidad subrogada (Burri 2015, 277). Sólo contempla los permisos por maternidad (biológica) y por adopción, de acuerdo con la Maternity Protection Act 1994 (Ley de 1994 sobre la protección de la maternidad), y la Adoptive Leave Act 1995 (Ley de 1995 sobre el permiso por adopción), respectivamente. Pues bien, desarrollando todas las gestiones administrativas y jurídicas, la demandante y su esposo adquieren los derechos correspondientes en su calidad de progenitores de la niña que nació.

Para resolver este caso, el TJUE acude a revisar varios marcos jurídicos: el de la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, la Directiva 92/85, la Directiva 2006/54 y la Directiva 2000/78, que tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, para finalmente emitir pronunciamientos harto desafortunados (De Baere 2015, 47).

Para decidir si efectivamente se está ante una discriminación por razón de sexo, el Tribunal declara en el apartado 52 —con base en la analogía—, que el permiso de maternidad retribuido, igualmente se le negaría a un hombre que fuera padre de un niño a través de un convenio de gestación por sustitución. En tal sentido, emite su razonamiento en el sentido denegatorio, puesto que no constituye una razón que se aplique de manera exclusiva a los trabajadores de uno de los dos sexos.

Como podemos observar, el Tribunal utiliza la misma construcción interpretativa y argumentativa que hemos visto en la sentencia *C.D.*, con

sentido y alcance —por demás limitado (Burri 2015, 279)— de la Directiva 92/85, porque no apreció el caso compatible a dicha normativa, dado que la señora Z no estuvo encinta, e incluso tampoco en el supuesto en que la madre subrogante pudiera amamantar, o amamante al niño tras de su nacimiento.

En el mismo sentido, desestima el argumento respecto a considerar una discapacidad, la imposibilidad de gestar un hijo(a), al pronunciarse que si bien tal afección puede suponer un sufrimiento grave para la mujer trabajadora, para efectos de la Directiva comunitaria 2000/78, ello no se considera discapacidad que suponga barrera, o bien impedimento para la trabajadora en los asuntos de empleo y ocupación profesional. Así lo postula en el apartado 81 de su fallo:

...la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio, un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional.

En efecto, y como se puede deducir, atendiendo a la valoración interpretativa de la Corte comunitaria, plasma una marcada delimitación de los dos entornos: personal y familiar, por un lado, y el laboral, por el otro, al sostener de forma reiterativa el criterio interpretativo biológico y reiterativo atendiendo a la finalidad de esta normativa europea: la protección de la salud de la madre y las relaciones de ésta con su hijo, omitiendo contemplar los supuestos de gestación subrogada, y expresamente del permiso de adopción, puesto que, a razonamiento del Tribunal, relativo a la discapacidad de la promovente, declara que si bien el carecer incluso de una parte del cuerpo puede suponer discapacidad, en el asunto en cuestión no implica tal para el desempeño laboral de la demandante.

En estricto sentido jurídico, suponemos que la línea interpretativa de la Corte comunitaria resulta limitativa y restrictiva en cuanto a la lucha contra la discriminación por razón de sexo, al no estimar las consecuencias sociojurídicas que implican alternativas como la gestación subrogada, para así lograr el objetivo de integrar y conformar una familia, reproduciendo de esta manera e indirectamente la reiteración de roles tradicionales en los que la mujer es la cuidadora de los hijos.

Resulta más que evidente que el ordenamiento jurídico comunitario se ve rebasado ante este tipo de supuestos que la tecnología de la reproducción conlleva, reconociendo la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso de adopción. Como se puede observar, la Corte comunitaria emite argumentos similares expresados en la sentencia *C.D.*, contemplando así un alcance y protección limitativos y restrictivos.

La conclusión que puede deducirse en ambas decisiones, es que el Tribunal de Luxemburgo optó evidentemente por un planteamiento conservador, al reconocer, tanto la protección física como jurídica sólo a aquella trabajadora que se encuentre embarazada, o bien haya dado a luz, deja de lado cualquier otro supuesto que el avance científico y tecnológico pueda ser posible.

VII. REFLEXIONES FINALES

Invariablemente, la maternidad representa la constante mediante la cual persisten las desigualdades entre mujeres y hombres en el ámbito comunitario. En primer lugar, y tal como se ha ido desarrollando, la igualdad y no discriminación por razón de sexo surge precisamente en el mundo laboral; recordemos las tres sentencias *Defrenne*, que contextualizó el comienzo de una paulatina configuración de este objetivo comunitario.

Si bien es cierto que esta temática ha logrado contar con un progresivo avance normativo a través de los tratados comunitarios, así como con las diversas directivas europeas, en definitiva, ha sido gracias a la labor interpretativa que ha desarrollado el Tribunal comunitario, tratando de igualar la situación de clara y evidente desventaja que las mujeres trabajadoras deben hacer frente en el entorno laboral. Si bien la Unión Europea contempla como un objetivo fundamental el logro de la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres —muestra de ello es el cúmulo normativo, tanto de *Hardlaw* como el denominado *soft law*— en lo social, resultan evidentes los tratos discriminatorios que aún en la actualidad persisten en el entorno comunitario, sobre todo para las mujeres. Una muestra de ello es el conglomerado jurisprudencial que en su calidad de intérprete superior del acervo comunitario el TJUE ha emitido, tanto de avanzada, pero de igual modo en ciertos casos excepcionales, han supuesto importantes retrocesos, y que han dado cuenta del desvío y

apartamiento del proceso de configuración de este principio igualitario en el seno de la Europa unida.

Por otro lado, hay que hacer notar que la normativa comunitaria plasma un esquema de mínimos; esto es, que los Estados miembros, atendiendo a los supuestos en particular, serán los encargados de ampliar y profundizar la normativa, tomando como punto de referencia lo estipulado por el ordenamiento jurídico comunitario.

Si de un balance se tratara, y contemplando de manera integral los asuntos aquí expuestos, podríamos afirmar que el Tribunal de Justicia comunitario ha plasmado una orientación interpretativa tendencialmente positivista; son más los casos en los que declara el alcance jurídico de la normativa europea en su justa medida y atendiendo a una interpretación literal. Con ello nos referimos a que asume posturas que atienden a la esfera mínima de protección jurídica, imprimiendo en sus pronunciamientos una evidente línea interpretativa tendencialmente limitativa y restrictiva de la normativa comunitaria con acentuada rigurosidad jurídica, especialmente en lo relativo a la maternidad y a la conciliación de los espacios laborales y familiares. En definitiva, y de acuerdo con los razonamientos plasmados por el Tribunal de Luxemburgo, podemos concluir que su labor pretoriana en la construcción jurisprudencial en la igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres resultan convergentes y divergentes, con luces y sombras en la integración del derecho social europeo.

Es innegable que el TJUE continúa desarrollando todo un arsenal jurisprudencial en la materia, eso sí, con decisiones que representan verdaderos puntos de inflexión, *arropados* y justificados por una visión iuspositivista, conservadora y legalista, atendiendo a la literalidad normativa, que nos impiden decantarnos y afirmar nuestra postura en términos en *blanco o negro* respecto a su tarea interpretativa. Que la normativa en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo ha experimentado un gran avance, sin duda alguna; sin embargo, se esperaría que como tribunal supremo de la Unión plasmara en mayor medida la transversalidad de la dimensión de género como eje conductor de sus decisiones jurisprudenciales, en aras al fomento del nuevo paradigma de la corresponsabilidad, y así, contribuir al logro de la igualdad sustantiva y material entre mujeres y hombres, pues finalmente es catalogado como un objetivo y derecho fundamental de la Unión, y como tal debe ser garantizado y efectivamente puesto en prácti-

ca. Y qué mejor que sea vía justiciabilidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, y como suele suceder, cuando la visión o perspectiva de género *se queda corta* en la mayoría de quienes resuelven procesos judiciales, se considera, equivocadamente, que juzgar con perspectiva de género supone brindar ciertas *concesiones* y otorgar *privilegios* a las mujeres. Por tanto, y para finalizar, se esperaría, del Tribunal de Luxemburgo, una interpretación pro igualdad material y real, al ser las mujeres quienes se ven en la necesidad de asumir roles tradicionales, como el cuidado y educación de sus hijos(as), compromisos o tareas que en gran medida no resultan compatibles con sus derechos sociales de carácter laboral, viéndose minimizados y anulados. Hacemos votos para que la Corte comunitaria asuma cada vez más este compromiso comunitario, y se muestre con mayor apertura al abanico de posibilidades, derechos y prerrogativas en la igualdad real y sustantiva entre mujeres y hombres en la Europa comunitaria, con miras a una congruencia institucional comunitaria.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. 2013. “Discrimination as a Magnifying Lens”, en BREMS Eva y GERARDS Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ARZAMENA SIERRA, Jerónimo. 1991. “Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en VALDÉS DAL-RE, Fernando, *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- BALLESTER PASTOR, Amparo. 2010. “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social*, 51.
- BELLVER-CAPELLA, Vicente. 2012. “Las nuevas relaciones de la biotecnología aplicada al ser humano y la sociedad”. *Persona y Bioética*, 16 (2).
- BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores. 2000. “El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario”, *Estudios Jurídicos* 4, Castellón, Universidad Jaime I.

- BUSBY, Nicole. 2011. "A Right to Care? Unpaid Care Work in European Employment Law", *Industrial Law Journals*, 43 (1).
- CABEZA PEREIRO, Jaime. 2010. "Conciliación de vida privada y laboral", *Temas Laborales*, 103.
- CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén (dirs.). 2011. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. 2008. "Crónica de jurisprudencia. Septiembre-diciembre de 2007", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 29.
- CRAIG, Paul P. y DE BÚRCA, Gráinne. 2011. *EU Law. Text, Cases and Materials*, 6a. ed., Reino Unido, Oxford University Press.
- DE BAERE, Geert. 2015. "Shall I be Mother? The Prohibition on Sex Discrimination, the UN Disability Convention, and the Right to Surrogacy Leave under EU law", *The Cambridge Law Journal* 74 (1).
- DRÍGUEZ, Laetitia. 2011. "Affiliation et reconnaissance de la qualité de travailleur en matière de sécurité sociale", *Europe* 5.
- ECKARDT, Bernd. 2013. "Paradigmenwechsel durch den EuGH: Von der analogen zur unmittelbaren Anwendung der Arbeitnehmerschutzvorschriften auf GmbH-Geschäftsführer(innen)?", *Rechts im Dialog*.
- ESTRADA TANCK, Dorothy. 2019. "El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11 (1).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. 2019. "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio *et al.* (coords.), *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, FIDE-FORELABS-ANALS.
- FINCK, Michèle y KAS, Betül. 2015. "Surrogacy Leave as a Matter of EU Law: CD and Z", *Common Market Law Review* 52 (1).
- GALA DURÁN, Carolina. 2011. "Las «trampas» de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas", *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género* (1).
- GARCÍA NINET, José Ignacio y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. 2007. "La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 67.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. 2008. "Tratamiento de fecundación in vitro de la trabajadora desconocido por el empresario y despido:

- (comentario a la STJCE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06, Mayr)”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica* (1).
- HEIDE, Ingeborg. 2005. “Sex Equality and Social Security: Selected Rulings of the European Court of Justice”, *International Labour Review* 143 (4).
- HOHENSTATT, Klaus-Stefan y NABER, Sebastian. 2014. “Sind Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*.
- IGLESIAS CRESPO, Rosa María. 2015. *Impulso a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, España, Ediciones Paraninfo.
- IZZEDIN-BOUQUET DE DURÁN, Romina. 2011. “Psicología de la reproducción. De la infertilidad a la reproducción asistida”, *Revista Científica Ciencia Médica* 14 (2).
- JIMENA QUESADA, Luis. 2001. “El Estado social en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 30.
- KOOPMANS, T. 1980. “Retrospectivity Reconsidered”, *The Cambridge Law Journal* 39 (2).
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. 1991, “El principio de igualdad”. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* 67.
- MALISZEWSKA-NIENARTOWIC, Justyna. 2013. “Pregnancy Discrimination in the European Union Law Its Legal Character and the Scope of Pregnant Women Protection”, *Mediterranean Journal of Social Sciences* 4 (9).
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel y FERRER MARTÍN DE VIDALES, Covadonga. 2017. “La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, *Estudios de Deusto*, 65 (2).
- MARTÍNEZ, J. I. (1991). “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en AA. VV., *El principio de igualdad en la Constitución española I*, Madrid.
- MAYR, Klaus. 2005. “Berücksichtigung der Zeiten des Mutterschutzes bei betrieblichen Rentensystemen”. *European Law Reporter*.
- MCCALLUM, I. M. 1977. “EEC Law and United Kingdom. Occupational Pensions Schemes”, *European Law Review*.
- MCCALLUM, I. M. y I SNAITH. 1977. “EEC Law and United Kingdom. Occupational Pensions Schemes”, *European Law Review*.
- MERINO CALLE, Irene. 2015. “La conciliación laboral, personal y familiar. Análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 36.

- MONÉGER, Françoise. 2014. “Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap”, *Revue de Droit Sanitaire et Social* 3.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto y SOBERANES DÍEZ, José María. 2012. “Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 26.
- NUMHAUSER-HENNING, Ann. 2007. “EU Sex Equality Law Post-Amsterdam”, en MEENA, Helen (ed.), *Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Reino Unido, Cambridge University Press.
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón y QUINTERO DE PEÑARANDA, Olga. 2010. “Impacto de las altas tecnologías en el derecho de personas”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* 27 (3).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 1984-1985. “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos* (3).
- PETROVIC, Sinisa. 2012. “Corporate Effects of the Danosa Case: Is the Termination of Membership of the Board of Directors Allowed in the Case of a Pregnant Board Member?”. *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 8.
- POLO SÁNCHEZ, María Cristina. 2014. “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia”, *Ars Iuris Salmanticensis: Ais: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología* 2 (2): Universidad de Salamanca.
- RABBANI, Rosa. *Maternidad y trabajo. Conflictos por resolver*, Barcelona, Icaria.
- REGUERA ANDRÉS, María Cruz. 2016. *El derecho a la salud reproductiva: configuración en el marco jurídico nacional*, Santander, Universidad de Cantabria.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. 2017. “Igualdad y prohibición de discriminación”, *Revista de Derecho Político* 100.
- REY MARTÍNEZ, Fernando y GÍMENEZ GLÜCK, David. 2010. *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, expectativas*, Madrid, Fundación Ideas.

- ROMERO FLOR, Luis María y CONTRERAS CORTÉS, María del Carmen. 2018. *La «igualdad» de género en el ordenamiento jurídico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- RUBIO LORENTE, Francisco. 1991. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- RUBIO VELASCO, Fuencisla. 2012. “Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad”, *Aranzadi Social* 4 (10).
- SALVATORI, Rosella. 2011. “Lavoro subordinato e congedo parentale: la Corte conferma le tutele comunitarie”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 3.
- SCHUBERT, Claudia. 2013. “Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer”. *Zeitschrift für europäisches Sozial und Arbeitsrecht*.
- SHARPSTON, Eleanor: 2010. “The Shock Troops Arrive in Force: Horizontal Direct Effect of a Treaty Provision and Temporal Limitation of Judgments Join the Armoury of EC Law”, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing.
- SIMON, Denys. 2010a. “Sabena is dead, Gabrielle Defrenne’s case is still alive: the old lady’s testament”, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing.
- SIMON, Denys. 2014b. “Gestation pour autrui”. *Europe* 5.
- STRAUSS, David A. 1992-93. “The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Result”. *William and Mary Law Review* 34 (171).
- TAPIA HERMIDA, Antonio. 2008. “La adopción de la decisión de despedir a una trabajadora a causa del embarazo o nacimiento de un hijo: (comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007, asunto C-460/06, Nadie Paquay contra Société d’architectes Hoet + Minne SPRL)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social* 304.
- TURÉGANO MANSILLA, Isabel. 2018. “La igualdad de género como superación sistémica y plural de las mujeres”, en ROMERO FLOR, Luis María y CONTRERAS CORTÉS, María del Carmen (coords.), *La «igualdad»*

de género en el ordenamiento jurídico, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.

VALDIVIA CEBALLOS, María Encarnación. 2001. “Interpretación de la Directiva 76/207/CEE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* 103.

VAN GERVEN, Walter. 1977. “Contribution de l’arrêt Defrenne au développement du droit communautaire”. *Cahiers de Droit Européen*.

WYATT, Derrick. 1976. “Article 119 EEC: Definition of «Pay» - Towards the Elimination of Sex Discrimination”, *European Law Review*.

APROXIMACIÓN A LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TJUE VS GOOGLE*

AN APPROACH TO THE LEGAL CONFIGURATION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN ON THE INTERNET. AN ANALYSIS FROM THE JUDGMENT OF THE CJEU VS GOOGLE

Ana Cristina GONZÁLEZ RINCÓN**

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad estudiar el derecho al olvido en Internet a partir de la sentencia contra Google del TJUE en 2014, y dilucidar su configuración jurídica. Este análisis descarta la posibilidad de considerar al derecho al olvido en Internet como un derecho fundamental nuevo, y lo coloca como una facultad adicional a los derechos ARCO, propia del derecho a la protección de datos personales, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

Palabras clave: derecho a la protección de datos personales, libertad de información, motores de búsqueda, derecho al olvido en Internet.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to study the right to be forgotten on the Internet parting from the judgment against Google of the CJEU in 2014, and to elucidate its legal configuration. This analysis rules out the possibility of considering the right to be forgotten on the Internet as a new fundamental right and places it as an additional faculty to ARCO rights, typical of the right of protection of personal data, in accordance with the provisions of the General Regulation of Data Protection of the European Union.*

Keywords: *data protection, freedom of information, search engines, right to be forgotten on the Internet.*

* Artículo recibido el 3 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de mayo de 2019.

** ORCID: 0000-0003-0305-4808. Maestra en Derecho Constitucional por el CEPC de Madrid y estudiante del doctorado en el IJ-UNAM. Correo electrónico: ana.cristina@comunidad.unam.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Precedentes del derecho al olvido en Internet*. III. *De la Directiva 95/46 al Reglamento General. Lo que pasó después de la STJUE*. IV. *Reconocimiento final de un derecho al olvido como facultad general de borrado y sus notas distintivas*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La modernidad entendió muy bien la pretensión de construir una eterna memoria (sobre estas ideas véase el comentario de Reyes 2011), pero también ha surgido el derecho al olvido para que las personas no se vean perseguidas por informaciones pasadas y se logren poner límites a la eternidad de sus datos en Internet. El derecho al olvido es la última respuesta a la necesidad surgida en Internet de preservar ciertos derechos fundamentales, como la protección de datos personales o la privacidad de las personas. No hay otra manifestación más clara de afrontar el presente que olvidar virtualmente el pasado.

En el ámbito europeo, la configuración de los contornos del derecho al olvido recayó en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al resolver en 2014 la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional con motivo de un recurso interpuesto por Google contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Paralelamente, la Comisión Europea ha considerado indispensable actualizar el marco jurídico existente para incluir el reconocimiento y alcances del derecho al olvido. Con este fin, en 2012 la Comisión Europea presentó una Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento General), que fue aprobada en 2016, con su artículo 17 sobre la regulación del derecho al olvido.¹

El presente trabajo se encuentra estructurado en dos partes. En primer lugar, se hace un recuento sobre el origen del derecho al olvido en Internet a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) sobre el caso Google. Posteriormente, se analiza el momento posterior a dicha sentencia, y en particular lo relativo al pronunciamiento

¹ Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) se puede consultar en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>.

sobre el derecho al olvido como derecho de supresión en el caso resuelto por el Tribunal Supremo (TS) en España sobre la editorial El País y, finalmente, se analizan cinco notas distintivas para establecer un marco relativamente claro que pueda ayudar a la determinación de su configuración jurídica como facultad general de borrado en Internet.

II. PRECEDENTES DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET

La primera vez que se habló del derecho al olvido fue en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014. En ese momento, el TJUE resolvió el caso de un ciudadano español en contra de Google por el tratamiento de sus datos mediante el buscador, de acuerdo con la entonces Directiva 95/46 sobre protección de datos, que vino a representar el *leading case* del derecho al olvido en Internet. Dos años después de esa sentencia, se aprobó el actual Reglamento General del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016,² cuyo artículo 17 contempla el derecho al olvido.

La sentencia del Tribunal supranacional planteó diversas cuestiones en torno a la configuración del derecho al olvido. Una de las cuestiones que se destacó más allá incluso de los pronunciamientos sobre el tratamiento de datos o la responsabilidad de los buscadores en Internet es si la sentencia configuró el derecho al olvido como un derecho fundamental, o bien como una nueva denominación adoptada de alguna de las facultades existentes del derecho a la protección de datos personales (véase Arenas 2013, derechos ARCO).

En España, este debate supuso en su momento opiniones diversas entre los autores. Para algunos, el derecho al olvido se podía enmarcar dentro de los derechos, valores y principios que la Constitución española (CE) recoge (véase Pere 2012). Así, se defendió el reconocimiento del derecho al olvido como un derecho de libertad del ciudadano, a poder escoger cuándo y dentro de qué límites procede revelar datos e informaciones

² El Reglamento General entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, pero su aplicación comenzó a partir del 25 de mayo de 2018 para todos los Estados miembros de la Unión, tiempo en el cual las empresas, organizaciones, organismos e instituciones pudieron conocer su contenido y adaptarlo para su cumplimiento.

que forman parte de su identidad. En la medida de su conexión con el libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, el derecho al olvido protegería el bien jurídico reconocido en el artículo 10.1, CE, que garantiza la libertad y autonomía del individuo para actuar y desarrollar su proyecto vital.³ De manera que “se protegería a los individuos frente a la difusión de todas las informaciones personales pasadas que les puedan afectar en el futuro, con indiferencia de si afectan o no a los derechos de su vida privada” (Pere 2012, 121). Se concebiría así la hipótesis de un derecho al olvido como un derecho fundamental exigible frente a los poderes públicos y privados.

En cuanto a su posible carácter como nueva facultad del derecho fundamental a la protección de datos personales, en su momento ésa fue precisamente la intención de la Audiencia Nacional, al plantear el tercer y último bloque de preguntas en la cuestión prejudicial,⁴ estrictamente circunscritas a saber si de la interpretación de la Directiva 95/46 era posible derivar un derecho al olvido más allá de las facultades tradicionales de cancelación y oposición.⁵ En ese sentido, las conclusiones del abogado general del TJUE se pronunciaron en contra de reconocer un derecho al olvido, al afirmar que “la Directiva no establece un derecho general al olvido, en el sentido de que un interesado esté facultado para restringir o poner fin a la difusión de datos personales que considera lesivos o contrarios a sus intereses” (caso Google versus AEPD, párr. 108). El TJUE, por su parte, ni siquiera abordó la cuestión directamente como

³ Para un estudio exhaustivo sobre el derecho al olvido como nuevo derecho fundamental vinculado al libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, Pere (2012).

⁴ “Los jueces preguntaron al alto tribunal europeo si el derecho a la protección de datos incluye que el afectado pueda negarse a que una información referida a su persona se indexe y difunda, aun siendo lícita y exacta en su origen, pero que la considere negativa o perjudicial para su persona. En definitiva, se pregunta la Sala si la Directiva 95/46 de protección de datos junto con los derechos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea amparan “el denominado derecho al olvido en Internet”. Véase Hernández (2014).

⁵ En opinión de Artemi Rallo, los derechos tradicionales de protección de datos llamados a preservar la calidad de la información personal y el derecho individual a consentir su tratamiento encuentran difícil acomodo cuando se trata de evitar la indexación por los buscadores de información personal lícita y exacta, pero que el individuo estima que le perjudica. De ahí que la Audiencia Nacional haya apelado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para, partiendo del marco jurídico europeo vigente, actualice su catálogo de derechos e identifique como nueva categoría el derecho al olvido. Véase Rallo (2014).

para sostener que se reconocía un nuevo derecho al olvido. Es verdad que sí reconoció que bajo determinadas circunstancias era posible solicitar la cancelación y oposición en Internet de los datos objeto de tratamiento, incluso que tal solicitud podía ir dirigida a los buscadores de Internet, como Google; pero esto no supuso ninguna nueva figura jurídica bajo el nombre de derecho al olvido.

El análisis del derecho al olvido como una facultad dentro de las existentes de la protección de datos tuvo sus propios retos, pues ciertamente, en ese sentido, es que se aproximó la naturaleza jurídica del derecho al olvido. En efecto, derivado de la STJUE, el derecho al olvido se tradujo en una facultad reforzada de las facultades de cancelación y oposición en el ámbito de Internet, o si se quiere decir, fue la suma de las facultades de cancelación y oposición en el entorno virtual (Troncoso 2012).

Una vez aprobado el Reglamento General, la “llegada del derecho al olvido” (véase Cotino 2015), en el artículo 17 supuso la concreción del derecho a la supresión, entendido más que como las facultades de cancelación y oposición en el entorno digital, como lo suponía la Directiva 95/46, como una facultad adicional y aledaña a ellas. En concreto, la facultad de oposición mantuvo su vigencia en el Reglamento General, pero su contenido no correspondió a una posible facultad de borrado, por lo que se consideró en otro lugar, es decir, junto a ella.

III. DE LA DIRECTIVA 95/46 AL REGLAMENTO GENERAL. LO QUE PASÓ DESPUÉS DE LA STJUE

En el seno de la Unión Europea se empezó a considerar la necesidad de establecer un marco más sólido y coherente en materia de protección de datos en la UE, que evitara la excesiva fragmentación en la aplicación de la protección de datos de carácter personal en el mismo ámbito, y que fortaleciera la seguridad jurídica de los ciudadanos europeos, operadores económicos y las autoridades públicas (Gómez 2016, Reglamento UE 2016/679); así, se dio paso a un instrumento jurídico más riguroso que en adelante regula el derecho al olvido.

Artículo 17. 1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1449-1475.

personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6o., apartado 1, letra a), o el artículo 9o., apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8o., apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

A partir de este momento, la Directiva 95/46 quedó sin vigencia, entre otras cosas, por no estar a la altura de los nuevos retos relacionados con las tecnologías y con la protección de derechos humanos, así como por su alcance jurídico: mientras que los reglamentos de la Unión Europea tienen alcance general en su sentido material de obligatoriedad y homogeneidad para todos los miembros de la Unión Europea, la Directiva 95/46 consideraba ciertos parámetros que necesitaban transposición por parte de los Estados miembros. Por ello, la adopción de este Reglamento especial consideró, además, el compromiso de los Estados con los aspectos tecnológicos que la Directiva 95/46 no contempló en su momento, dejando de lado tener que recurrir a la jurisprudencia nacional o europea en la materia.

Otra diferencia también se puede apreciar en el ámbito territorial, ya que el Reglamento General va más allá tratando de dilucidar ciertos puntos, como lo es la posibilidad de aplicarse territorialmente a los responsables del tratamiento de datos, aun cuando se localicen fuera de la Unión Europea, lo cual, a diferencia de la Directiva 95/46, era difícil de sostener.

Siguiendo esta distinción, lo que sigue es preguntarse si el derecho al olvido, considerado así en el Reglamento General, incluye una facultad adicional a las de cancelación y oposición, o bien, por el contrario, se trata de una facultad nueva, adicional a las anteriores, la de supresión, pues de esto dependerán en gran medida las futuras resoluciones judiciales que se den.

Para el análisis respectivo, se puede empezar a partir de lo que el Reglamento no considera que es lo que algunos autores denominaron una “fecha de expiración” (véase Orza y Ruiz 2011), a través de la cual la cancelación de los datos personales o la prohibición de utilizarlos no requería de la actuación del titular de los datos, sino que bastaba la condición de que éstos se hubieran almacenado durante un cierto periodo de tiempo, “fecha de expiración”. En otras palabras, haciendo “borrón y cuenta nueva” (véase Arenas 2013). Queda claro, entonces, que el Reglamento General necesita un accionar por parte del titular, a fin de que éste solicite expresamente su deseo de eliminar sus datos; es decir, el Reglamento General sí “reconoce un derecho de los interesados a que sus datos sean suprimidos por el responsable del tratamiento en determinadas circunstancias y salvo que se den otros supuestos contemplados en el ámbito de las excepciones de este derecho” (Álvarez Caro 2015, 241). Además, la normativa también “recoge una obligación para los responsables del tratamiento de informar a otros responsables que estén tratando los datos, con el fin de que tomen medidas y supriman toda réplica, copia o enlace a los mismos” (Álvarez Caro 2015, 241).

En resumen, el artículo 17 reconoce expresamente el derecho de supresión, que tiene por objeto garantizar el derecho de los sujetos titulares de los datos a obtener, sin dilación indebida, la supresión de los datos personales que le conciernan del responsable del tratamiento en determinados supuestos (Gómez 2016, Reglamento UE 2016/679). La novedad en este sentido que aporta el Reglamento General es que si los datos se han hecho públicos, el responsable de dicha publicación, además de suprimirlos de sus propios sistemas, adoptará todas las medidas razonables, incluidas las de carácter técnico, para informar a los terceros que estén tratando dichos datos, de que deben suprimir cualquier enlace a estos datos personales, o cualquier copia o réplica de éstos (Guerrero 2006).

El derecho de supresión, sin embargo, debe entenderse diferente a las facultades de cancelación y oposición, pero junto a ellas. Es decir,

como una facultad aleadaña. En cuanto a la facultad de cancelación, se debe suspender el tratamiento cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que lo haga inadecuado. La facultad de oposición, por su parte, señala que el interesado tendrá derecho a oponerse por motivos relacionados con su situación particular. La consecuencia, por tanto, es que el responsable deje de tratar los datos personales, salvo motivos imperiosos; pero de esta facultad no puede derivarse un derecho a olvidar. El término “olvidar” se puede lograr sólo cuando los contenidos virtuales se borran definitivamente, lo que sucede con la facultad de supresión. Olvidar es el objetivo que se pretende conseguir al ejercer la facultad de supresión de los datos. En consecuencia, una vez borrados, pueden ser olvidados, porque se ignoran, se desconocen; es una especie de desprenderse de ellos. Por tanto, para olvidar, se deben llevar a cabo acciones tendentes a conseguir ese objetivo, que puede ser la supresión, eliminación, cancelación o bloqueo, que se pueden conseguir con el derecho al olvido.

En conclusión, olvidar no es borrar; pero para olvidar hay que borrar. En cuanto al derecho al olvido, el Reglamento General lo prevé como una nueva facultad general de borrado. Es decir, el derecho al olvido no sólo se limita a las facultades de cancelación y oposición aplicadas en Internet, sino que se extiende a la supresión de los datos. El derecho al olvido es, entonces, la consecuencia de ejercer dicha facultad de borrado o de supresión. Es un derecho, en efecto, toda vez que al ser suprimidos los datos se pueden olvidar. El derecho al olvido es la última respuesta a la necesidad surgida en Internet de preservar ciertos derechos fundamentales, como la protección de datos personales o la privacidad de las personas. No hay otra manifestación más clara de afrontar el presente que olvidar virtualmente el pasado.

Sobre esta idea, el Reglamento General excluye la posibilidad de considerarlo un derecho autónomo, y, por el contrario, se sostiene como un derecho transversal⁶ o instrumental, en el sentido de que al lado de las

⁶ Esta posición del derecho al olvido como derecho subjetivo transversal supone que puede invocarse toda vez que por el uso de un dato personal se cause un perjuicio a su titular, permitiéndole cierta libertad de actuación en uno u otro derecho. En consecuencia, su naturaleza no sólo estaría vinculada al derecho a la protección de datos, ya que sostenerlo así equivaldría a sujetarlo necesariamente a un tratamiento de datos, lo que implicaría que otros derechos de la personalidad no se beneficiarían de su garantía. Piénsese, por ejemplo, cuando se publica una noticia en Internet en ejercicio del derecho a la información, pero

facultades de cancelación y oposición en Internet el derecho al olvido se erige como una facultad adicional que implica la eliminación completa de los datos.

Visto así, el derecho al olvido como una facultad general de borrado no está exento de críticas. El principal argumento en contra de dicha postura es que “supondría hacer posible borrar o reescribir la historia. Implicaría otorgar a las personas la facultad de alterar la objetividad de lo ocurrido, modificando su contenido o imposibilitando a los demás el acceso a sus datos” (Mieres 2014, 25). También se ha afirmado que el derecho al olvido como facultad de borrado constituiría un obstáculo al funcionamiento de los canales de información que necesitan los ciudadanos para desarrollar con responsabilidad y autonomía sus actividades, toda vez que las relaciones sociales se basan en la información que tenemos unos de otros, y la única opción con que cuenta cada persona depende, en parte, del grado de confianza que inspire el historial de sus logros (Mieres 2014). Así, el derecho al olvido constituiría una “privacidad por defecto”, invirtiendo la carga de la prueba del individuo al responsable del tratamiento de los datos (CESE, párr. 89). La privacidad por defecto implicaría un borrado por defecto; esto es, de manera automática se liberaría toda la información personal mediante la introducción de fechas de caducidad por parte de los usuarios (Mieres 2014). Una opción como ésta presenta problemas, porque para los usuarios puede ser difícil operar técnicamente una fecha de caducidad, más aún cuando ni siquiera son conscientes de que existe información sobre ellos.

Cabe mencionar que el Reglamento General no ha tenido aplicabilidad directa a partir de su entrada en vigor, pero se puede hacer mención del caso 545/2015, del 15 de octubre de 2015 (caso El País), resuelto por el Tribunal Supremo español (TS), a través del cual se puede identificar un pronunciamiento expreso del denominado derecho al olvido. Los hechos del presente caso se suscitaron a partir de la demanda ante el juzgado de primera instancia de dos personas a Ediciones El País, S. L., por el tratamiento de sus datos personales (concretamente, el nombre y apellido) a través de una noticia en la que se señalaba que en el pasado habían sido

tal publicación, refiriéndose a una persona en concreto, debido a la utilización de frases injuriosas y denigrantes para descalificarla, vulneren su derecho al honor. En este ejemplo, el derecho al olvido en su carácter transversal sí podría ser invocado bajo el derecho al honor, en el ejemplo anterior.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1449-1475.

condenados por el delito de contrabando, y cuya información era de acceso público en la hemeroteca digital del diario *El País* y en otros motores de búsqueda, como Google y Yahoo, como consecuencia de su inclusión en dichas bases de datos. Resumidamente, los demandantes señalaron que la difusión de la noticia publicada por el diario *El País* suponía una vulneración de sus derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales, por lo que solicitaron, entre otras cosas, que se condenara a Ediciones El País a implantar las medidas tecnológicas necesarias para impedir que la página web que contenía información sobre las personas fuera indexada por los buscadores de Internet y por el propio buscador interno del diario *El País*. Cabe mencionar que dentro de la demanda inicial, los demandantes no señalaron la posible vulneración de su derecho al olvido.

El juez de primera instancia dictó sentencia y declaró acreditada la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales de los demandantes, y condenó a Ediciones El País al cese inmediato de la difusión de dicha noticia y a implantar medidas tecnológicas adecuadas para impedir su difusión en otros buscadores, como Google o Yahoo, pues consideró que las personas habían sido condenadas por un delito que no tenía relevancia en el presente, y que, por el contrario, su difusión lesionaba sus derechos. El juzgado hizo hincapié en la prevalencia de los derechos de las personas sobre el interés económico del diario *El País*, pues el derecho a la información alegado por esta última se obtuvo cuando se publicó la noticia en su versión impresa años atrás. Además, las personas no tenían relevancia pública, por lo que no podía negarse su derecho al olvido.

El diario *El País* impugnó la sentencia, pero la audiencia provincial la desestimó y declaró estimar la impugnación de los demandantes en el sentido de condenar al diario *El País* a cesar en el uso de sus datos personales en el código fuente de la página web que contenía la noticia. De esta manera, Ediciones El País interpuso un recurso de casación formulando que la noticia puesta en la hemeroteca digital tiene interés público, puesto que se trata de información relativa a la comisión de delitos, y, por lo cual, el transcurso del tiempo no convierte la noticia en irrelevante o carente de interés público, y, en cuanto a la protección de datos, su actuación constituye un tratamiento de datos con fines periodísticos, amparada por la libertad de información.

La Sala del TS resolvió la litis del presente caso, y delimitó el enjuiciamiento por el tratamiento de datos personales derivado de la digitalización de la hemeroteca del diario en que dicha información fue publicada. En ese sentido, el diario *El País* es responsable del tratamiento de datos de las personas demandantes contenidos en la página web, y tiene la obligación de respetar las exigencias derivadas del principio de calidad de los datos, contenidas en la normativa europea.⁷ Por lo anterior, se debe ponderar entre el ejercicio de la libertad de información que supone la edición y puesta a disposición del público de las hemerotecas digitales que otorga un ámbito de protección menos intenso que las noticias de actualidad y el respeto a los derechos de la personalidad. De ahí que el Tribunal Supremo, siguiendo los criterios de la STJUE del caso Google, señaló que los derechos al respeto a la vida privada y familiar, así como los datos personales, deben prevalecer sobre el interés del público, más aún cuando los hechos objeto de la información tuvieron lugar más de veinte años antes, por lo que actualmente carecen de interés histórico o relevancia pública.

En cuanto al derecho al olvido, el Tribunal Supremo tomó una postura en el sentido de definir, primero, lo que tal derecho no puede ser, y, en segundo lugar, lo que ese derecho sí es. Es decir, se aproxima a su configuración jurídica delimitando sus contornos. Así, señaló que lo que no puede amparar es que

...cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en

⁷ La normativa europea que menciona la Sala es la Constitución española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio 108 del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981, la Directiva 1995/46/CE, del 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la interpretación que de dichas normas han hecho tanto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se puede notar que se hace referencia a la Directiva y no al Reglamento General de Protección de Datos Personales.

Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país (fundamento de derecho sexto, párrafo octavo de la sentencia).

Lo que sí puede amparar, en cambio, es que el afectado

...cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos (fundamento de derecho sexto, párrafo octavo de la sentencia).

La sentencia recordó las dos medidas impuestas por la audiencia provincial: la eliminación de sus datos personales del código fuente de la página web que contiene la noticia, suprimir sus nombres y apellidos, no permitir siquiera que consten sus iniciales, y la adopción de medidas técnicas que eviten que la información pueda ser indexada por el propio buscador interno cuando se busque información utilizando el nombre y los apellidos de las personas demandantes. Sin embargo, señaló que la primera de ellas supone un sacrificio desproporcionado del derecho a la libertad de información, puesto que el derecho al olvido digital no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente públicas en su día. Y agregó que

[L]as hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración. El TEDH ha considerado que la protección de las hemerotecas digitales por el artículo 10 del Convenio implica que las noticias pasadas contenidas en ellas, a pesar de que su contenido pueda afectar a los derechos de las personas, no pueden ser eliminadas... Por tanto, la integridad de los archivos digitales es

un bien jurídico protegido por la libertad de expresión que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales” (fundamento de derecho séptimo, párrafo tercero de la sentencia).

En cuanto a la segunda medida, señaló que también supone un sacrificio desproporcionado, pues dichos motores de búsqueda sirven para consulta interna de la información, y no pueden asimilarse a los motores de búsqueda de Internet, como Google o Yahoo, por lo que desestimo tal medida.

Como se puede observar, el TS hace referencia al derecho al olvido en su sentencia y coincide con la opinión de que tiene como finalidad “impedir la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona en la red o, al menos, facultar al individuo para controlar el grado de trazabilidad de su vida” (Mieres 2014, 8). Sin embargo, tal facultad es exclusiva de los particulares, o al menos así lo señala el TS cuando se refiere a que el afectado “no tenga la calidad de personaje público”; por eso, el derecho al olvido es un poder de las personas, pero sólo de aquellas que no son personajes públicos, para avanzar en el tiempo sin tener que ser discriminados por hechos que tuvieron importancia en una época y espacio determinados, no debiendo ser un impedimento para continuar con el libre desarrollo de su persona; por ejemplo, en su vida cotidiana, para conseguir un trabajo, etcétera.

La construcción normativa que se hace del derecho, sin embargo, se realiza a partir de la jurisprudencia hasta el momento existente, y no menciona al Reglamento General, aun cuando para esa época había sido aprobado. Lo que es sobresaliente de esta sentencia es, sin duda, el peligro que sobresale a la luz del derecho al olvido si no se limita, y puede, por ejemplo, “abrir la puerta de forma peligrosa para eliminar la memoria histórica de un país”,⁸ que más allá de procurar un respeto a la vida privada, atienda a caprichos políticos en contra del interés general. El TS reconoció el derecho al olvido como una facultad general de borrado, pero con sus respectivos límites.

⁸ Así se ha expresado la preocupación de varios medios de comunicación y activistas ante la posibilidad de ejercer el derecho al olvido, para quienes se debe garantizar la transparencia y la apertura de la información más que su olvido. Véase Álvarez Acevedo (2015).

IV. RECONOCIMIENTO FINAL DE UN DERECHO AL OLVIDO COMO FACULTAD GENERAL DE BORRADO Y SUS NOTAS DISTINTIVAS

La necesidad de que exista un derecho al olvido para suprimir los datos contenidos en Internet también exige que se dé bajo determinados criterios, pues “ante una cuestión global, se requieren principios globales” (Arenas 2013, 331). Estos principios, que también se denominan “criterios de claridad” (Mieres 2014, 47), son los que van a definir su propia esencia, pero de la misma manera “a la hora de determinar el resultado de la ponderación evitarían las consecuencias negativas de un exceso de celo en la protección del derecho al olvido” (Mieres 2014, 47).

1. *Que los datos personales se encuentren disponibles en Internet*

La primera nota distintiva es que los datos personales que se quieran eliminar se encuentren disponibles en Internet. Se trata de aquellos relacionados con fotos, actualizaciones de estados, entradas de bitácoras, participaciones en foros, revelaciones personales, acciones vergonzosas publicadas en las redes sociales (Pere 2012) o noticias pasadas, todo lo cual, a su vez, es publicado, enviado o retransmitido desde cualquier parte del mundo sin siquiera, a veces, ser conscientes de ello.

Añadida a esta problemática, hay que considerar la importancia creciente de la computación en la nube, pues la mayoría de los datos se almacenan en sofisticados ficheros electrónicos a los que sólo pocos tienen acceso. Junto a ello, no debe perderse de vista la eterna y perfecta memoria virtual en medio de ese universo infinito de informaciones frente a la limitada capacidad humana para contrarrestar la conservación y difusión constante de los hechos del pasado (Pere 2015). Además, en Internet existe un elevado riesgo de descontextualización de los datos personales compartidos, que se produce cuando el emisor divulga o publica en la red, datos que pueden ser fácilmente malinterpretados (Pere 2015).

El aspecto afectivo, pasional o emocional en la transmisión de datos personales también juega un papel determinante (Pere 2012). Muchas veces se les da un tratamiento especial a los datos dependiendo de quién provengan; esto es, los datos son discriminados con base en nuestras con-

vicciones o creencias; por ejemplo, políticas ideológicas, sentimentales, culturales, entre otras, lo que lleva a darles mayor o menor credibilidad a los datos que se reciben si provienen de un contacto, de un familiar o de un medio de comunicación. En el caso El País se discutió sobre la veracidad que deben tener los datos, como parte de los requisitos de calidad de su tratamiento, pues como señaló el TS, “el hecho de que el derecho al olvido esté ligado al arrepentimiento o al derecho al borrado, se puede llegar a la conclusión de que parte de la premisa de veracidad de los datos” (Álvarez Caro 2015, 68). La realidad a la que se ha tenido que hacer frente con el derecho al olvido responde al riesgo de vernos sometidos a escrutinios y críticas constantes por informaciones que no nos favorecen. Sin embargo, dado que el objetivo es olvidar, podría admitirse que se olvidan hechos pasados, antecedentes de nuestra historia de vida, acontecimientos de una realidad pasada, que, de no resultar verdaderos, no se justificaría su borrado.

Cuando, por el contrario, se publiquen hechos falsos, por ejemplo, que puedan ocasionar un daño moral a la reputación de su titular, lo que procedería es corregir los datos mediante una solicitud de rectificación, pero no mediante el derecho al olvido, pues el conflicto principal son posibles violaciones a otros derechos, como el honor, la intimidad o la propia imagen a que se ven sometidas las personas por la publicación de informaciones falsas, injuriosas o carentes de veracidad.

2. *Que los datos personales sean objeto de tratamiento*

El segundo criterio de claridad a considerar para poder ejercer el derecho de supresión o derecho al olvido en Internet es el propósito que se pretende con los datos disponibles en Internet, y que no es otro que un tratamiento. En la STJUE, en el caso Google, el tratamiento de datos es el elemento central para entender las razones que tuvo el TJUE para responsabilizar a Google, y, en cambio, no hacer lo mismo con el editor del sitio de Internet por la publicación de la noticia. En primer lugar, para el TJUE, un tratamiento de datos es

...cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1449-1475.

recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción” (de acuerdo con lo señalado por el entonces artículo 2 b) de la Directiva 95/46 y el artículo 4o., apartado 2 del Reglamento General).

Tal lista no es taxativa, pues basta con ejecutar cualquiera de las acciones enumeradas para ser responsable del tratamiento; así lo entendió el TJUE desde la sentencia *Lindqvist* (2003, párr. 25), en la que declaró que “la conducta consistente en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento; en el sentido del artículo 2 b) de la derogada Directiva 95/46”.

En el caso Google, el TJUE señaló que

...al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda (en este caso Google), “recoge”, tales datos que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas en forma de listas de resultados de sus búsquedas (Google versus AEPD, párr. 28).

Ya que estas acciones corresponden a las enunciadas en el artículo 2 b) de la entonces Directiva 95/46, existe un tratamiento en tal sentido.

No contradice la apreciación anterior el hecho de que estos datos hayan sido ya objeto de publicación en Internet y el motor de búsqueda no los modifique (Google versus AEPD, párr. 29), pues una excepción general a la aplicación de la entonces Directiva 95/46 en tal supuesto dejaría esta última en gran medida vacía de contenido (Google versus AEPD, párr. 30). Por el contrario, el tratamiento por parte del editor de la página web, que consiste en la publicación de información relativa a una persona física, “puede efectuarse con fines exclusivamente periodísticos y beneficiarse, de este modo, en virtud del artículo 9o. de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que ésta establece” (Google versus AEPD, párr. 28). Siguiendo este criterio, el TJUE no responsabilizó al editor de la página web en la que se ubicaba también la información personal que se pretendía eliminar.

3. *Que el responsable tenga un “papel decisivo en la difusión global” de los datos personales*

Es importante conocer quiénes son los sujetos obligados del tratamiento de los datos en Internet, pues de ello dependerá la atribución de responsabilidades, y, consecuentemente, a ellos se podrá dirigir la solicitud de supresión de los datos. El numeral 2, d), de la antigua Directiva 95/46 empleaba el término *responsable* para referirse a “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales”. Que “determine los fines y los medios” fue motivo de desacuerdo en el caso Google, entre el abogado general y el TJUE. Para el abogado general, ninguna duda plantea que los buscadores de Internet, en este caso Google Search, lleve a cabo un tratamiento de datos. Sin embargo, en la medida en que se trata simplemente de una herramienta de localización de información, no ejerce ningún control sobre los datos incluidos en las páginas web de terceros, pues no es “consciente” de la existencia de datos personales. Más aún, no tiene relación con el contenido de páginas web disponibles en Internet en las que pueden aparecer datos personales y carece de medios para modificar la información en los servidores de alojamiento. Motivos todos por los que no puede ser considerado responsable del tratamiento (Google versus AEPD, párr. 84-86).

Para el TJUE, en cambio, “los motores de búsqueda desempeñan un papel decisivo en la difusión global de datos en la medida en que facilitan su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado” (Google versus AEPD, párr. 36 y 87). Además, toda vez que por la actividad del motor de búsqueda se puede afectar significativamente y de manera adicional a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y protección de datos personales, el gestor de este motor determina los fines y los medios de esta actividad (Google versus AEPD, párr. 36-38), requisito indispensable en términos de la entonces Directiva 95/46 para ser considerado responsable.

De lo establecido por el TJUE hay dos elementos que determinan la especial incidencia del motor de búsqueda: *a)* su papel decisivo en la difusión, y *b)* la afectación significativa y de manera adicional a los derechos fundamentales. En cuanto al primer elemento, “Google entendió muy bien desde el principio que la organización de toda esa información tenía

un gran valor” (Hernández 2014, 3), que se traduce en un poder o control sobre otra persona; por tanto, la actividad de Google consiste en ofrecer una lista de resultados ordenada con base en un algoritmo que calcula la relevancia de las páginas web según las preferencias de los usuarios. Los datos indexados se almacenan, y una vez que se utiliza la herramienta del buscador, en este caso Google Search, se genera una lista de los contenidos almacenados, al mismo tiempo que se aprovecha la lista para la promoción y difusión de espacios publicitarios, de lo cual Google deriva su rentabilidad y ganancias.

Estas consideraciones toman mayor sentido en la actual sociedad de la información y del conocimiento, en que “los motores de búsqueda constituyen la puerta de acceso a Internet” (Mieres 2014, 41) al mismo tiempo que contribuyen a dar publicidad a productos y servicios a los clientes a través de sus gustos y necesidades. El orden de la lista de aparición de los resultados de un buscador es esencial para el papel activo y no sólo neutral que desempeñan en la búsqueda de la información personal.⁹ Además, tanto la búsqueda como la presentación de la información ya son de por sí un tratamiento adicional al que se ha hecho en origen en cada página web de terceros (véase el comentario de Boix 2015). Sin estas herramientas, la tarea de buscar información que nos interesa en el universo de páginas web existentes simplemente estaría fuera del alcance de las capacidades del ciudadano medio (Mieres 2014).

Estas consideraciones son retomadas en el caso *El País*, en el que el TS hace una distinción entre los buscadores internos y aquellos en Internet, señalando que “estos motores de búsqueda internos de las hemerotecas digitales solo sirven para localizar la información contenida en el propio sitio web una vez que el usuario ha accedido a dicho sitio web. No son por tanto asimilables a los motores de búsqueda de Internet tales como Google, Yahoo, Bing, etc.” (Sentencia 545/2015, fundamento de derecho 7.4), y agrega:

...el riesgo para los derechos de la personalidad de las personas afectadas por la información guardada en la hemeroteca digital no radica tanto en que la

⁹ Entre los defensores de la posición neutral de Google se encuentra el abogado general, el mismo Google y autores, como Guichot, para quien “resulta altamente cuestionable atribuir a los buscadores la responsabilidad de garantizar la cancelación de datos y no a los responsables de la publicación de la información”. *Cfr.* Guichot (2013).

información sea accesible a través del motor de búsqueda interno del sitio web en que se encuentra alojada, pues se trata de una búsqueda comparable a la que efectuaban quienes acudían a las viejas hemerotecas en papel, como en la multiplicación de la publicidad que generan los motores de búsqueda en Internet, y en la posibilidad de que mediante una simple consulta utilizando los datos personales, cualquier internauta pueda obtener un perfil completo de la persona afectada.

De esta manera, el TS concluyó que a partir de los motores de búsqueda internos no se puede obtener un perfil tan detallado y preciso como el que se puede generar a partir de los motores en Internet, y, en consecuencia, no son asimilables en cuanto al tratamiento de datos, porque tampoco generan los mismos efectos o daños para los derechos de las personas.

En cuanto al segundo elemento; esto es, la afectación significativa y adicional a los derechos fundamentales, el TJUE en la sentencia en contra de Google advirtió que el carácter ubicuo de los motores de búsqueda en la sociedad moderna afecta potencialmente a una multitud de aspectos de la vida privada, que sin dicho motor no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente, permitiendo, de este modo, establecer un perfil más o menos detallado de la persona (Google versus AEPD, párr. 80). Los motores de búsqueda han ofrecido ser una herramienta con una importancia evidente, que facilita el acceso a casi cualquier información disponible en la red, sea o no personal. De manera que la “gravedad potencial de esa injerencia” (Google versus AEPD, párr. 81) en los derechos fundamentales hace que “estos derechos adquieran un especial peso y relevancia a la hora de ponderarlos con otros intereses con los que entran en conflicto” (Mieres 2014, 444).

En el Reglamento General se establece la obligación del responsable del tratamiento que haya difundido los datos personales, de informar a los controladores que procesan los datos sobre la solicitud del interesado de suprimir todos los enlaces a los datos personales, enlaces, copias o reproducción de ellos (artículo 17, apartado 2); esto es, convertir al responsable del tratamiento en responsable de los datos (Arenas 2013). Puede entenderse esta obligación para el caso de las transferencias o comunicaciones de datos en que el responsable ha transmitido los datos conscientemente a otra persona distinta del titular; no podría decirse lo

mismo para el caso de los buscadores, para los que supondrán esfuerzos desproporcionados para su eficaz cumplimiento, pues aun aceptando que son responsables, parece desproporcionada la obligación adicional de comunicar a terceros la solicitud de derecho al olvido del titular. Es cierto que los buscadores en el cumplimiento de su responsabilidad deben llevar a cabo las medidas necesarias para contestar una solicitud de derecho al olvido, pedir que a su vez puedan controlar la multiplicación de los datos a terceros que realizan igualmente un tratamiento de ellos excedería el marco de sus responsabilidades.¹⁰ Sobre esto, el Reglamento General se ha pronunciado por construir el derecho al olvido en Internet sobre las obligaciones del responsable principal que ha hecho públicos los datos, de manera que el derecho al olvido no se garantiza con un procedimiento en el que el interesado se dirige y le exige al buscador que cancele los datos, sino que tiene que ejercer su derecho ante el responsable que los publicó inicialmente (Troncoso 2012).¹¹

4. *Que los datos personales se vuelvan incompatibles por el paso del tiempo*

La cuarta nota distintiva está relacionada con el factor tiempo, que es uno de los elementos más importantes a considerar para el ejercicio del derecho al olvido. El tiempo constituye una barrera de reserva que permite al individuo, confiar en que los datos personales que una vez fueron públicos o conocidos, pero han dejado de ser relevantes y no son objeto de atención pública, se consideren como reservados, y no como *res nullius* publicable por cualquiera en cualquier momento, salvo que concurra un interés público en esa difusión (Mieres 2014).

¹⁰ “El gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46” (Google versus AEPD, párr. 38).

¹¹ “De esta forma existe también una responsabilidad secundaria del buscador... pero la responsabilidad principal la tiene la fuente original... que ha publicado reiteradamente en un diario oficial o en Internet datos excesivos... para la finalidad y que los mantiene publicados pese a que se hay cumplido ésta, negándose a adoptar ningún mecanismo técnico que impida la indexación, en cambio, los buscadores son básicamente herramientas técnicas, y que tienen sin duda una responsabilidad, pero que no es, en absoluto, la principal”. Al respecto véase el estudio que realiza Troncoso (2012).

Se habla de una “expectativa razonable de reserva” (Mieres 2014, 15) para referirse a la razonabilidad de que los datos en Internet no sean accesibles indefinidamente, pues resultaría irrazonable y desproporcionado que las personas se encontraran expuestas a un escrutinio público toda su vida. En este sentido, “los medios de comunicación tienen un deber de actualización o contextualización de aquellas noticias publicadas y accesibles en sus hemerotecas digitales que devengan inexactas o incompletas con el paso del tiempo, limitando el derecho al olvido de los afectados” (Mieres 2014, 39). Es verdad que “el recuerdo constante y la difusión de hechos pasados, cuando estos no han sido nunca de interés público o con el paso del tiempo lo han perdido, puede afectar al derecho a la protección de datos” (Pere 2012, 121). Este supuesto está referido a los datos, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o excesivos en relación con los fines y el tiempo transcurrido (Google versus AEPD, párr. 93), de manera que se crea un “derecho pasivo a ser olvidado” para los responsables de los datos (véase la obra Álvarez Caro 2015).

A juicio del TJUE, el paso del tiempo afecta a la calidad de los datos, ya que inicialmente se trataba de informaciones pertinentes, adecuadas y no excesivas, que pueden dejar de serlo, y la necesidad por haberse cumplido y agotado la finalidad para la que se recabaron. Además, la motivación de las circunstancias concretas personales que debe acompañar el ejercicio del derecho no exige acreditar perjuicio alguno, sino un acto de voluntad vinculado a las condiciones personales (véase Rallo 2014). En el mismo sentido se pronunció el TS en el caso El País; señala que

...el factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos (TS, Sentencia 545/2015, fundamento de derecho 6.3).

Asimismo, y frente al argumento de que los datos deben ser eliminados pasada la finalidad de su tratamiento, cabría reflexionar si se deben someter los datos a una “fecha de caducidad” (Álvarez Caro 2015). Con

respecto a este punto, el término “tiempo” es en sí mismo indeterminado, por lo cual su control no resulta sencillo, y para llevarlo a cabo es necesario atender, no sólo a la finalidad del tratamiento, sino también a los efectos que puede generar en su titular si los datos no son borrados. En la medida en que tales efectos puedan calcularse, se deberá hacer una ponderación sobre si los datos son realmente notables o trascendentales en la actualidad para seguir con los objetivos que se pretendieron al inicio de su tratamiento o publicación. De acuerdo con el TJUE, en el caso Google la ponderación se debió efectuar en el marco de los artículos 7 f), y 14, primer párrafo, a) de la entonces vigente Directiva 95/46, en el sentido de analizar si debe prevalecer el interés del afectado no sólo sobre el del medio que disponga de los datos, sino también sobre el de los terceros en conocerlos (Google versus AEPD, párr. 76). En este sentido, el derecho al olvido consistiría en vincular esta evaluación, necesariamente ponderativa, a una evolución diacrónica de la idea de calidad, de manera que el paso del tiempo haría menor la concurrencia de ciertos intereses generales respecto de ciertas publicaciones que afectaban a personas que podrían no tener más remedio que soportarlo por estar justificado por la concurrencia de ese interés público, hasta que llegado el momento primaría el derecho del interesado a no consentir la indexación de ciertos datos (Boix 2015).

5. *Que exista un motivo personal justificado*

La cuestión que se plantea es si debe existir un motivo legítimo del titular de los datos para el borrado o, por el contrario, si debe entenderse que el borrado de los datos se debe producir siempre, a menos que haya razones para no hacerlo. A lo que se debe atender es al principio de finalidad; esto es, que los datos deben borrarse una vez cumplido el propósito de su tratamiento. Lo que se presenta con frecuencia en relación con el derecho al olvido es que el titular desea que sus datos sean borrados antes de que se cumpla con la finalidad, razón por la cual el artículo 21, apartado 1, del Reglamento General, señala que “el interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa”.

Además,

...se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que los datos relativos a su persona ya no estén, en la situación actual, vinculados a él por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de los datos en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado” (Google versus AEPD, párr. 96).

Es decir, el ejercicio del derecho al olvido no exige que se acredite que se haya ocasionado un perjuicio, de modo que la existencia de un daño no es presupuesto necesario de la viabilidad del derecho, sino que basta la consideración subjetiva del interesado de que determinado vínculo a información personal desfasada u obsoleta le puede afectar negativamente (Mieres 2014).

En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha puesto de manifiesto la necesidad de que los medios de comunicación usen medidas informáticas para que, en caso de que concurra un interés legítimo de un particular y la relevancia del hecho haya dejado de existir, se evite desde su *webmaster* la indexación de la noticia por los motores de búsqueda en Internet; de esta manera, se evitaría su divulgación indiscriminada, permanente y, en su caso, lesiva (véase la Resolución AEPD TD/01164/2008).

En el marco de la STJUE en el caso Google, el TJUE valoró que la información del afectado, al estar disponible por doce años en Internet, sin que tuviera relevancia en el presente, era un motivo suficiente para su eliminación (Google versus AEPD, párr. 93). Precisamente, para el TJUE los derechos de la persona con carácter general prevalecen sobre el interés de los internautas y del propio interés económico del motor de búsqueda (Google versus AEPD, párr. 81),¹² no obstante, refiere que el equilibrio puede depender de otros supuestos, tales como la naturaleza de la información, el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y el interés del público en disponer de esa información, que puede variar

¹² “Lejos queda la pretensión de los buscadores de avalar su actividad en el ejercicio del derecho fundamental a la información, de atribuirse para sí la consideración de «medio de comunicación» o de pretender su impunidad en su supuesta neutralidad en la red” Rallo (2014, 276).

en función del papel que desempeñe en la vida pública (Google versus AEPD, párr. 81).

El TJUE reconoció que el borrado de los datos podría tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas interesados en conocerlos, pero reconoce, en principio, el interés legítimo de los afectados sobre el de aquéllos, salvo que exista una causa de interés público, que prevalecerá en virtud de la naturaleza de los datos. En efecto, pretender el olvido puede ser diferente cuando se trata de personajes públicos. Incluso, el hecho de que la persona haya dejado la esfera de la cosa pública no determina que deje de ser personaje público, por lo que volver a informar sobre cuestiones pasadas tiene el interés de poder evaluar retrospectivamente la ejecutoria de un cargo público (Mieres 2014). Por tanto, “todo lo relacionado con la profesión por la que la persona es conocida tendrá interés público, tanto si se refiere a sucesos pasados como actuales” (Mieres 2014, 29).

Al margen de estas ideas, no está exenta la situación de que el motivo del interesado pueda chocar con el del responsable de la publicación en Internet, lo que daría lugar a una colisión de intereses, en la que posiblemente deba intervenir la autoridad. Esa necesaria ponderación con otros valores e intereses permite concretar con exactitud las facultades que el derecho al olvido atribuye a sus titulares (*cf.* Pere 2012). Este acotamiento de un motivo razonable puede estar en conexión directa con el derecho del interesado a no tolerar la indexación de sus datos más allá por la falta de pertinencia o exactitud, porque el hecho de que se conserven más tiempo del necesario podría afectar su desenvolvimiento libre y sin discriminación de su proyecto de vida actual.

V. CONCLUSIONES

La preocupación en torno a la eliminación de datos personales no es nueva, ya que algunas legislaciones en este sentido contienen regulaciones sobre la prescripción o cancelación de antecedentes penales que pudieran afectar a las personas. En los últimos años, sin embargo, la preocupación se ha acrecentado debido a la combinación del carácter asincrónico, eterno e inmediato de los datos alojados en Internet, su disposición en cualquier ubicación física y el alto grado de anonimato.

La necesidad de un derecho al olvido en Internet deriva del carácter abierto, global, ubicuo y poco predecible de Internet, que se traduce en un problema frente al tratamiento masivo de datos personales y la eternidad de la información en la red. Paralelamente, en la actualidad los datos personales se han convertido en el nuevo valor del mercado, lo que supone que se pueda traficar con ellos por su alto contenido económico.

La naturaleza jurídica del derecho al olvido en Internet es la de ser una facultad general de borrado complementaria al derecho de oposición del derecho fundamental a la protección de datos personales. Tal complementariedad del derecho al olvido implica un reforzamiento de los derechos de la personalidad en el espacio virtual. Es el derecho a una “segunda oportunidad” en la vida virtual, que tiene por efecto la eliminación sin demora de datos personales. Se debe considerar, no obstante, la posibilidad del derecho al olvido como derecho transversal de otros derechos, como el honor, la intimidad o la propia imagen, de la que derivaría una tutela concurrente en relación con los datos protegidos en cada ámbito.

A partir de que se habló del derecho al olvido en la STJUE en 2015, ha habido avances significativos, uno de los cuales fue la aprobación del Reglamento General en 2016 y la resolución de casos sobre la materia, de los cuales, se puede decir, a nivel europeo el caso El País se refirió al derecho al olvido como un derecho de supresión o facultad general de borrado. Este caso tuvo relevancia por su pronunciamiento sobre el derecho al olvido siguiendo la normativa europea, pero no el Reglamento General, pues como lo señalan los mismos artículos transitorios, su aplicación se dio dos años después de su aprobación; es decir, en 2018.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ ACEVEDO. 2015. “Google y activistas vs. el INAI: «derecho al olvido» borrará historial negro de políticos”. 27 de mayo, disponible en: <https://www.sinembargo.mx/27-05-2015/1357840>.
- ÁLVAREZ CARO, María. 2015. *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Madrid, Reus.
- ARENAS, Mónica. 2013. “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo”, en *La protección de los datos personales en Internet ante la innova-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1449-1475.

- ción tecnológica*, editado por Julián Valero, Navarra, Thomson-Reuters-Aranzadi.
- BOIX, Andrés. 2015. “El equilibrio entre los derecho del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google”, *Revista General de Derecho Administrativo* 38.
- COTINO, Lorenzo. 2015. “El conflicto entre las libertades de expresión e información en Internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus restos: «un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal»”, en *Derecho de la información*, editado por Ignacio Bel Mallén, Madrid, CEPC.
- GUICHOT, Emilio. 2013. *Derecho de la comunicación*, Madrid, Iustel.
- GUERRERO PICÓ, María del Carmen. 2006. *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Madrid, Civitas.
- HERNÁNDEZ, Mario. 2014. “Motores de búsqueda y derechos fundamentales en Internet. La STJUE Google C-131/12, de 13 de mayo de 2014”, *Revista General de Derecho Europeo* 34.
- GÓMEZ MAYOR, Roberto. 2016. “Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679)”, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/contenido-novedades-reglamento-general-658068001>.
- MIERES, Luis Javier. 2014. “El derecho al olvido digital”, documento de trabajo. Laboratorio de alternativas disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-detraabajo/el-derecho-al-olvido-digital>.
- ORZA LINARES, Ramón M. y RUIZ TARRÍAS, Susana. 2011. “El derecho al olvido en Internet”, en *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*, editado por Agustí Cerrillo-I-Martínez, Barcelona, Huygens.
- RALLO, Artemi. 2014. *El derecho al olvido en Internet, Google versus España*, Madrid, CEPC.
- REYES, Mate. 2011. “Las piezas de la memoria”, en *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, editado por Rafael Escudero, Madrid, Catarata.
- PERE, Simón. 2012. “El derecho al olvido en el universo 2.0”, *BID: textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, núm. 28, disponible en: <http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>.
- PERE, Simón. 2012. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- PERE, Simón. 2015. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Barcelona, Bosch.
- TRONCOSO, Antonio. 2012. “El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 8.

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS: EL CASO ESPAÑOL*

LEGAL PROTECTION OF RELIGIOUS FEELINGS: THE SPANISH CASE

Daniel GONZÁLEZ URIEL**

RESUMEN: En el presente estudio se analiza la regulación penal española sobre protección de los sentimientos religiosos, así como las críticas que se han efectuado a su mantenimiento. Se hace una valoración del derecho comparado europeo, atendiendo a los ordenamientos alemán, italiano, portugués y francés, y se constata que la protección de tales sentimientos es la regla general. Además, se parte del marco de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, se comparan los diferentes sistemas y se llega a la conclusión de que en España existe un sistema de laicidad positiva. En último término se estudia si las ofensas pueden ser constitutivas de delito, si los sentimientos son susceptibles de tutela penal, y si es legítimo proteger penalmente los sentimientos religiosos. Además, se responde a las críticas al Código Penal español en esta materia y se propone *de lege ferenda* la restricción del artículo 525 del Código Penal.

ABSTRACT: In the present study the Spanish criminal regulation on protection of religious feelings is analyzed, as well as the criticisms that have been made to its maintenance. An assessment of European Comparative Law is made, taking into account the German, Italian, Portuguese and French legal systems, and it is noted that the protection of such feelings is the general rule. In addition, it studies the relations between the State and religious denominations, the different systems are compared and the conclusion is reached that in Spain there is a positive laic system. Ultimately, it is analyzed if offenses can be constitutive of crime, if feelings are susceptible to criminal protection, and if it is legitimate to criminally protect religious feelings. In addition, it responds to criticisms to the Spanish Penal Code in this matter and proposes the restriction of article 525 of the Spanish Code.

* Artículo recibido el 22 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 21 de noviembre de 2019.

** ORCID: 0000-0001-8966-0571. Juez titular del Juzgado de 1a. Instancia e Instrucción núm. 2 de La Seu d'Urgell (Lleida, España). Profesor-tutor del Grado de Criminología en el Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de La Seu d'Urgell. Doctorando en la Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: daniel.gonzalez@poderjudicial.es.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1477-1521.

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

Palabras clave: sentimientos religiosos, laicidad, aconfesionalidad, blasfemia, ofensas.
Keywords: *religious feelings, secularism, non-denominationalism, blasphemy, offenses.*

SUMARIO: I. *Regulación legal y propuestas de despenalización.* II. *El derecho comparado.* III. *Aconfesionalidad, laicidad y laicismo: su planeación normativa.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias bibliográficas.*

I. REGULACIÓN LEGAL Y PROPUESTAS DE DESPENALIZACIÓN

1. *Ubicación sistemática y contenido material*

Los delitos contra los sentimientos religiosos se encuentran ubicados sistemáticamente en la sección 2a. “De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, del capítulo IV, “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, del título XXI, “Delitos contra la Constitución”, del libro II, “Delitos y sus penas”, del Código Penal (en lo sucesivo CP). En concreto, dicha sección abarca los artículos 522-526 del texto punitivo.

El artículo (art.) 522.1,¹ CP, castiga la conducta que tradicionalmente se ha conocido como “proselitismo ilegal”. En dicho tipo, el bien jurídico protegido vendría representado por la libertad religiosa, que se encuentra consagrada como derecho fundamental en el artículo 16² de la Constitu-

¹ Art. 522.1 del CP: “Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos”.

² El art.16 CE establece: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. Por su parte, el art. 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), del 4 de noviembre de 1950, consagra lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por

ción española (en lo sucesivo CE). La sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 24/1982, del 13 de mayo, ha interpretado que dicha libertad “implica la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la de manifestarlas mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”. Se trata de un delito de resultado con medios determinados, en que los medios comisivos son tasados, así, que se emplee violencia —entendida como aplicación de fuerza física sobre las personas—, intimidación —que según el *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) sería la acción de causar o infundir miedo— y, en último lugar, “la fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo”. A propósito de este último medio comisivo, podemos criticar que se vulnera el principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad de los tipos, puesto que deben estar determinados con la suficiente precisión, por cuanto si bien la fuerza puede ser entendida como la aplicación de medios comisivos violentos sobre las cosas, la expresión “cualquier otro apremio ilegítimo” es vaga, genérica, omnicomprensiva, y extiende de forma indebida las posibles vías de ataque al bien jurídico. Podemos reconducir a tal aserto las denominadas “vías de hecho”, en que el sujeto activo actúa al margen de los cauces y derechos reconocidos por el ordenamiento; no obstante, dicho *modus operandi* podría subsumirse en los medios anteriores, por lo que su presencia es perturbadora y contraria a la precisión requerida en la determinación típica.

La conducta delictiva es impedir a un miembro de una confesión religiosa, practicar los actos propios de su creencia o acudir a los mismos. A propósito del objeto de protección, la doctrina entiende que debe efectuarse una interpretación restrictiva de dicho precepto, por lo que las creencias cuya práctica o asistencia se impida deben ser de carácter religioso —pese a que en el precepto no precise la inscripción de la confesión religiosa en un registro público—. Por tales creencias se interpreta “aquéllas que se refieran a la existencia de una divinidad y concretadas en la existencia de una serie de normas morales de conducta” (Rodríguez Yagüe 2007, 1027-1029). De este modo, no serían objeto de protección

medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1477-1521.

las creencias que se excluyen del ámbito tuitivo del artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), 7/1980, del 5 de julio, que establece: “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”.

En el apartado 2o. del art. 522,³ la conducta es la opuesta, ya que el apremio se dirige a que alguien participe de unos determinados actos o prácticas, o manifieste sus convicciones más personales, supuesto en que se produce un ataque directo al derecho a no declarar la religión o creencias que se profesen, ubicado en el artículo 16.2 de la CE, anteriormente transcrito. A juicio de algún autor, la adición del término “ritos” en este segundo párrafo amplía el alcance del delito hasta la conducta de obligar a practicar un acto individual propio de una confesión religiosa (Tamarit 2009).⁴

Puesto que las conductas expuestas tienen un sujeto pasivo enunciado con una fórmula disyuntiva (miembro o miembros, otro u otro, es decir que afecte a un sujeto individual o a una pluralidad), podemos convenir en que se produce una unificación de tratamiento de aquellos casos en que la conducta se refiera a varios sujetos; por tanto, no habrá tantos delitos como sujetos pasivos se vean afectados por el comportamiento delictivo, sino que existirá una única conducta punible (Fernández 2015, 1631 y 1632). No obstante, el alcance cuantitativo de los afectados será uno de los elementos que tendrá en cuenta el juez a la hora de valorar las circunstancias del hecho e imponer la pena correspondiente, bajo el riesgo de quebrantar el principio de proporcionalidad en caso contrario.

Por su parte, en el art. 523,⁵ CP, el bien jurídico protegido continúa siendo la libertad religiosa, pero en su vertiente grupal o comunal, dado que

³ El artículo 522.2, CP, castiga “a los que por iguales medios fueren a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen”.

⁴ No obstante, dicho autor refiere que no cabe incluir aquí supuestos como obligar a alguien a comer algo que su religión prohíbe, así como a comer o a beber cuando se imponga el ayuno por las propias creencias religiosas; sin embargo, si concurre violencia, cabría atender al delito de coacciones.

⁵ Art. 523 CP: “El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia

se proscribe que las conductas se cometan contra un colectivo que está practicando los actos propios de su fe, ya se trate de actos litúrgicos, prácticas de culto o reuniones o manifestaciones. Las acciones típicas son impedir, interrumpir o perturbar las manifestaciones de la vertiente externa de la libertad religiosa: en este supuesto se mezclan conductas de mera acción con otras que requieren un resultado, lo que habrá de ser valorado a la hora de su enjuiciamiento, y los grados de ejecución que se alcancen en cada una de ellas pueden ser diferentes. No obstante, el objeto de protección viene configurado por las religiones que se hallen inscritas en el Registro de Entidades Religiosas,⁶ por lo que se trata de un requisito formal; no basta, por tanto, con que se haya solicitado la inscripción, sino que la entidad debe estar efectivamente incorporada a dicho Registro público. Pese a que el artículo transcrito no aluda a la entidad del ataque, un sector doctrinal mayoritario entiende que debe ser grave, llevando a cabo una interpretación restrictiva de su comprensión. Podemos sumarnos a dicho entendimiento, tomando como base los principios esenciales del ordenamiento punitivo, a saber: el principio de insignificancia, de intervención mínima y el carácter fragmentario: no se puede punir tan severamente cualquier ataque que sea nimio o irrelevante, sino que debe poseer una cierta entidad o trascendencia.

Los medios comisivos expuestos son la violencia, entendida como fuerza en las personas; las amenazas, que podemos considerar como el anuncio o advertencia de la causación de un mal a sus receptores, sin que se precisen en el precepto las características la privación del bien con que se atemorice, por lo que puede ser de cualquier naturaleza, requiriéndose su idoneidad para producir su efecto en las personas que se vean afectadas. En tercer lugar, el tumulto, que puede ser considerado como una pluralidad indeterminada de personas que provocan desorden o confusión en los elementos personales y materiales que les rodean. En último término, las vías de hecho —que extienden la dinámica comisiva hasta convertir el delito en un tipo de medios indeterminados—, que consisten

e Interior, será castigado con la pena de *prisión* de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar”.

⁶ Pese a que el precepto aluda a su dependencia del Ministerio de Justicia e Interior, en la actualidad dicho organismo se encuentra incardinado únicamente en la estructura del Ministerio de Justicia.

en una actuación material realizada fuera de los cauces legales, es decir, una conducta que no goza de la cobertura de una norma que reconozca un derecho o causa legal que permita tal modo de proceder.

Para finalizar el comentario del art. 523, CP, debemos subrayar que establece una modalidad agravada en atención al lugar de comisión del delito: se incrementa la punición cuando se lleva a cabo en un lugar destinado al culto. Con ello se recoge un mayor desvalor de acción en atención al lugar de comisión, incrementando la pena de una forma exponencial, ya que se pasa de una pena de multa a una pena de prisión. Algún autor considera que debe tratarse de un lugar que habitualmente se destine al culto, por lo que si un emplazamiento de culto es abandonado, perdería su protección reforzada, lo mismo que si sólo se emplea ocasional o accidentalmente (Tamarit 2009). Sin embargo, no se comparte aquí dicha interpretación restrictiva del precepto que entiende que si se trata de un lugar de culto que sólo se emplee de modo ocasional no quepa acudir al supuesto agravado; antes al contrario, el tipo no requiere en ningún momento la nota de la habitualidad de la utilización o uso del lugar destinado al culto. Pese a que sólo se celebren o practiquen actos propios de la religión de un modo irregular y en lapsos temporales espaciados, ello no implica *per se* que pierda su condición de lugar destinado al culto: no se produce una variación de su esencia, porque mientras se emplee con fines religiosos continuará sujeto a la cobertura del tipo agravado. Es más, determinados lugares —como capillas o ermitas en la religión católica— sólo se utilizan en momentos puntuales del año, en que se celebran en ellas conmemoraciones, festejos u otras prácticas religiosas, y si en dichas festividades se cometieran las conductas antedichas, no existe motivo legal para no aplicar el supuesto cualificado, por cuanto no se ha previsto limitación temporal alguna en el precepto. El legislador ha considerado merecedor de tutela no sólo la celebración o acto religioso, sino el propio emplazamiento en que se lleve a cabo, por lo que dicha restricción en su aplicación por motivos no encuentra cobertura en el texto punitivo.

En el art. 524,⁷ CP, se recoge el delito de profanación, que requiere un considerable esfuerzo hermenéutico del juzgador, ya que el concepto “ejecutar actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos”

⁷ Art. 524, CP: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión o multa”.

implica el empleo de conceptos valorativos, y no meramente descriptivos, lo que conlleva que se extremen las precauciones y se analicen de forma aséptica los elementos típicos, sin que la ideología o las creencias del intérprete puedan convertirse en un aspecto decisivo a la hora del enjuiciamiento. La conducta típica consiste en llevar a cabo una actuación contra objetos sagrados o símbolos de una confesión religiosa que debe cumplir los requisitos de la LO 7/1980 (Rodríguez Yagüe 2007). Dicho ataque debe ser grave y no debe consistir en meras ofensas de carácter o naturaleza verbal. Además, por lo que hace a los propios actos de profanación, la jurisprudencia ha considerado que se incluirán aquí aquellos supuestos en que se trate una cosa sagrada “sin el debido respeto”, y se estiman por sagradas, en consonancia con los distintos dogmas y ritos de las religiones inscritas, los objetos o elementos “que se dediquen a Dios o al culto divino”.⁸ En otras resoluciones judiciales también se han incluido como actos de profanación: *i*) que se haya hecho un “uso indigno” de las cosas sacras, *ii*) que se hayan tratado “sin el debido respeto”,⁹ o *iii*) la utilización de elementos sagrados para “fines profanos” o “en actos irreverentes” (Fernández 2015, 1633 y 1634).

El tipo precisa una serie de requisitos temporales o espaciales, enunciados de forma disyuntiva; de este modo, la conducta debe producirse durante una ceremonia religiosa o bien en los espacios tasados recogidos en el precepto, a saber: dentro de un templo o en un lugar destinado al culto. Asimismo, es necesario que concurra un elemento subjetivo del injusto adicional al propio dolo —entendido como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo de un delito—, ya que se precisa la intención de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Este elemento subjetivo adicional conlleva que sólo serán punibles las conductas descritas cuando exista una voluntad deliberada de menoscabar o de vilipendiar los sentimientos de naturaleza religiosa,

⁸ Sentencia de la Sala 2a. del Tribunal Supremo (en lo sucesivo STS) núm. 688/1993, del 25 de marzo.

⁹ Este criterio es problemático, por su carácter excesivamente valorativo, colocando en manos del intérprete y de sus convicciones personales cuándo el respeto es “debido” y cuándo no. Si el juez es ateo, agnóstico, católico o musulmán, ¿concebirá de la misma forma los objetos religiosos, sus usos y el manejo por terceras personas que no sean ministros del culto respectivo? ¿Lleva a resultados prácticos acudir al “respeto debido” como criterio de interpretación? Lo cierto es que conduce a un subjetivismo exacerbado y a soluciones meramente contingentes, por lo que no se recomienda su empleo.

pero la doctrina considera que no es indispensable la inscripción de la religión en el registro público correspondiente, puesto que el artículo no lo exige. Este elemento sirve para efectuar una interpretación restrictiva del tipo, ya que conlleva que no sean típicos algunos actos que podrían considerarse ofensivos, pero que se encuentran amparados por el *animus iocandi*, la crítica, la comedia o la parodia, por lo que el contexto espacio-temporal en que se producen tales conductas debe ser tomado en consideración a la hora de valorar la concurrencia del elemento subjetivo específico, como ha subrayado la STS 688/1993 anteriormente citada, que manifiesta que

...como la intención es algo que por pertenecer a lo más recóndito del alma humana no es perceptible por los sentidos, nunca puede ser objeto de prueba directa, por lo que, necesariamente, lo ha de ser prueba indirecta o indicia-ria, debiendo deducirse o inferirse el animus del conjunto de las circunstancias fácticas objetivas que, por serlo, hayan podido quedar cumplidamente acreditadas.

El art. 525.1, CP,¹⁰ tipifica el delito de escarnio. El bien jurídico protegido en dicho precepto se concreta en los sentimientos religiosos de los miembros de la confesión religiosa objeto de escarnio (o de aquellas personas que no profesan religión alguna en el apartado 2), por lo que se basa en la tutela de los sentimientos (García Liñán 2001). En cuanto al elemento objetivo del delito, el escarnio, podemos interpretarlo como la “befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar”, y la referida befa se define como la “grosera e insultante expresión de desprecio” (Rodríguez Ramos 2007, 1036); mas no es suficiente con emitir dicha expresión, sino que debe concurrir el requisito de efectuarse públicamente, con lo que sería apta para ser aprehendida por una generalidad indeterminada de personas. A ello debe añadirse un elemento subjetivo del injusto adicional: la intención de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. Este elemento subjetivo debe ser interpretado de forma restrictiva, por lo que algunos episodios, como manifestaciones burlescas que se efectúan en festividades cómicas como los carnavales, deben ser incardinados en

¹⁰ “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican”.

el *animus iocandi*, y no en el *animus iniurandi*: de este modo, la voluntad del sujeto activo se convierte en un aspecto esencial, por cuanto, pese a que una determinada representación, comentario satírico, publicación o conmemoración festiva pueda resultar irreverente, no será típica penalmente si la intención del emisor no consiste en ofender los sentimientos de los miembros de una comunidad religiosa. Así, la crítica desabrida, el humor negro o la ironía y el sarcasmo se hallan cubiertos por la libertad de expresión; no obstante, esta libertad no es ilimitada, y cede cuando se considere ofensiva. En tal supuesto nos hallamos ante la dicotomía de la prevalencia de la expresión frente a los sentimientos religiosos, siempre que la libertad de expresión se emplee de la manera adecuada y no transgrede la barrera de lo punible, tarea valorativa que compete al juzgador, que habrá de atender a todos los elementos circundantes que determinen el *animus* del emisor de la expresión concreta.

El contrapunto del apartado primero se halla en el art. 525.2,¹¹ CP: dicho apartado tutela a quienes no profesen religión alguna y por dicho motivo se vean afrentados. Nuevamente, la estructura típica reúne los requisitos analizados con anterioridad, y el escarnio se dirige en sentido contrario: zaherir con ánimo de vejar a alguien por no defender unos determinados postulados en el orden espiritual.

En último lugar, el art. 526,¹² CP, se refiere tanto a los cadáveres como a las cenizas de ellos cuando se practica una cremación. La protección penal se extiende no sólo a la persona y a sus atributos corporales, sino que alcanza los objetos, recipientes o lugares en que se depositan los restos mortales —urnas, nichos, ataúdes, féretros, etcétera—. El legislador ha considerado digna de tutela la memoria de los fallecidos, así como el recuerdo en la comunidad de la que formaban parte y la incolumidad física de sus restos mortuorios y de sus sepulturas. Los ritos de enterramiento, de cremación y otros similares —bien sean de naturaleza religiosa o laicos— se consideran valiosos en sí mismos, actos de naturaleza abstracta que son demostrativos de una sociedad que estima a sus integrantes, que los

¹¹ Art. 525.2 CP: “En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

¹² Art. 526 CP: “El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruirere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión o multa”.

ofrenda, los homenaja, y que pretende que se perpetúen su recuerdo y su memoria. Un sector doctrinal entiende, por ende, que en este tipo no se protegen los sentimientos religiosos de los familiares que se pudieran sentir ofendidos ni comporta la tutela de las religiones en sí mismas, sino que el bien jurídico pertenece a la sociedad en su conjunto, y que “subyace una exigencia de la sociedad de imponer un mínimo respeto al recuerdo más tangible de los difuntos, esto es, sus restos o los sepulcros donde descansan” (Ferreiro 2002, 394).¹³

Para que se cometa el delito, es preciso que concurra una voluntad de ultrajar u ofender la memoria del difunto, por lo que en este caso también nos encontramos con un elemento subjetivo del injusto que será objeto de interpretación restrictiva. De este modo, no podrá incluirse nunca en el tipo penal la docencia médica efectuada con restos humanos, puesto que no concurre la citada voluntad de ofender, herir, ultrajar o injuriar la memoria del fallecido, o de vilipendiar sus restos fúnebres, sino la finalidad académica.

2. *Críticas a la punición de tales conductas*

Los delitos anteriormente comentados han sido objeto de crítica recurrente por parte de determinados sectores jurídicos, grupos sociales, medios de comunicación y partidos políticos. Por poner un ejemplo gráfico, en el Programa Electoral del Partido Podemos para las Elecciones Generales del 26 de junio de 2016, en el apartado titulado “Libertad religiosa y de conciencia”, en el número 293, bajo el título “Anulación del concordato” —en referencia al Concordato entre el Estado Español y la Santa Sede de 1953— se recoge como uno de sus objetivos “Derogación de los artículos del Código Penal que tipifican como delito la supuesta ofensa a los sentimientos religiosos”. Debemos poner de relieve el error sistemático y de concepto en que incurre el referido documento: al ubicar dicho objetivo bajo la rúbrica “Anulación del concordato” parece dar a entender

¹³ Se muestra dicho autor contrario a la postura de Rodríguez Devesa (1976, 832), que defendía que la *ratio legis* del delito de profanación de cadáveres se hallaba en “proteger el sentimiento de respeto que los difuntos inspiran a la colectividad, tomado de la creencia de que los despojos humanos tienen un destino trascendente por haber sido cobijo de un alma inmortal”.

que el legislador español sólo tutela penalmente los sentimientos religiosos católicos: nada más lejos de la realidad, ya que se protegen todas las sensibilidades religiosas, y abarca desde las confesiones inscritas hasta posturas agnósticas o ateas.

No obstante, centrándonos en cuestiones de fondo, se ha discutido prácticamente todo sobre la subsistencia de los delitos contra los sentimientos religiosos: su bien jurídico protegido, la primacía de la religión católica sobre otras confesiones, la discriminación entre creyentes y ateos o agnósticos, la sobreprotección del fenómeno religioso, la extensión de la protección, el carácter colectivo del bien jurídico tutelado y las connotaciones que ello comporta en la persecución de los delitos... Algunos autores centran sus críticas en el art. 525, CP, entendiendo que tipifica el “delito de blasfemia”, que se trata de un tipo “arcaico”, que las creencias religiosas gozan de un plus de protección penal del que no disfruta ninguna ideología, que se fomenta su persecución por “organizaciones integristas” y se llega a decir que “el Derecho Penal protege los sentimientos de los creyentes, pero ignora los sentimientos de todos los demás” (Villameriel 2015). Pese a que en este apartado solamente se expongan las críticas, sin efectuar aún una valoración de ellas, forzoso es reconocer la imprecisión del aserto de Villameriel: de la mera lectura del apartado 2 del artículo 525, CP, se desprende lo incierto e infundado de su rotunda afirmación.

Otros autores justifican la derogación del art. 525, CP; manifiestan que su aplicación conlleva un conflicto entre la libertad religiosa y la libertad de expresión, que resulta de “difícil probanza”, y que es “perturbador, de dudosa justificación y de nula aplicación práctica” (Rivero 2015, 2 y 3).

Un sector doctrinal minoritario sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 525 CP es el derecho de libertad religiosa de cada individuo, y que, por tanto, con base en dicha comprensión, el precepto debería desaparecer, ya que no se incluiría en esa libertad el derecho a no ser insultado en las propias creencias (García Rubio 2014). No obstante, considera García Rubio que, incluso en la comprensión del precepto tomando como referencia, la doctrina mayoritaria —que estima que el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos individuales—, cabría efectuar la crítica del carácter discriminatorio del tipo, ya que “no existen razones sensatas que avalen la protección reforzada del sentimiento religioso por

encima de otro tipo de sentimientos del tipo que sean y que serían igualmente merecedores de tutela” (García Rubio 2014, 335 y 336).

También se ha cuestionado la idoneidad de un delito de escarnio religioso en una “sociedad secular”, afirmando que la tendencia existente en Europa es la descriminalización de la blasfemia y del insulto religioso, así como el mantenimiento como delito de las expresiones que inciten al odio por motivos religiosos; asimismo, se ha sugerido que en España “cabría plantearse si los tribunales actuarán de la misma forma en casos de escarnio de los dogmas y creencias de otras religiones” (Pérez 2015, 157 y 158) —en alusión a que la mayoría de supuestos enjuiciados corresponden a conductas que afectan a la religión católica—, insinuación que desconoce el juramento de los jueces y magistrados de defensa de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico,¹⁴ y que implica un halo de sospecha inaceptable e injustificado frente a nuestros órganos jurisdiccionales.

En último término, alguna autora considera que, al igual que en los delitos contra el honor, pueden ser titulares de la libertad religiosa tanto las personas individuales como los colectivos de personas; no existiría problema en reconducir al delito de injurias los agravios contra los sentimientos religiosos, e incluso yendo más lejos entiende que “la protección que debieran recibir los sentimientos religiosos debería limitarse al ámbito de la responsabilidad civil, en virtud del principio de intervención penal mínima”, restringiendo la tutela penal a los casos de lenguaje o discurso del odio (Garriga 2014, 114 y 115).

3. *Análisis de la aplicación de los tipos*

En primer lugar, debemos estar al análisis estadístico de los delitos contra los sentimientos religiosos que se contiene en las Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado de los últimos cuatro años, lo que nos servirá para extraer una serie de conclusiones —en tales informes se analizan los delitos descritos en los arts. 522-525, CP—. Así, en 2016¹⁵

¹⁴ Artículo 318 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio: “1. Los miembros de la Carrera Judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa: «Juro o prometo guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos»”.

¹⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2016, 742 y 743).

la Fiscalía efectuó un seguimiento de doce causas contra los sentimientos religiosos, de las cuales las diligencias de investigación se iniciaron por la Fiscalía en dos de ellas, y presentó un escrito de acusación en tres. En 2015,¹⁶ la Fiscalía hizo seguimiento de un procedimiento por delito contra los sentimientos religiosos, abrió diligencias de investigación por un delito de tal naturaleza y formuló dos escritos de acusación por tales ilícitos. Por lo que hace al 2014,¹⁷ el Ministerio Público constata que en ese año se incoaron ocho procesos por delitos contra los sentimientos religiosos, y que llevó a cabo diligencias de investigación en un único supuesto. En último término, en 2013¹⁸ se incoaron tres procedimientos por delitos contra tales sentimientos.

Con este breve repaso retrospectivo se pone de manifiesto que los procedimientos por delitos de esta naturaleza son muy pocos, y representan unos porcentajes ínfimos en relación con el resto de conductas delictivas. Sin embargo, pese a su reducido número, determinados sectores de los *mass media* han generado un estado de opinión pública —después de varios procesos mediáticos— en virtud del cual se expone que las religiones se encuentran sobreprotegidas, que existe una suerte de censura a la libertad de expresión, que aumenta la discriminación hacia quienes tienen sentimientos no religiosos y que no se respeta la aconfesionalidad estatal (Cabanilles 2017).

Para ilustrar esta polémica, podemos mencionar tres ejemplos: i) en 2016, en el Programa El Intermedio de la cadena televisiva La Sexta, se realizó un *sketch* con alusiones a la cruz del Valle de los Caídos. Posteriormente, la Asociación en Defensa del Valle de los Caídos presentó una denuncia frente a los presentadores Daniel Mateo Patau y José Miguel Monzón Navarro —conocido popularmente como Gran Wyoming— por la expresión malsonante vertida, poniendo de manifiesto la comisión de un delito contra los sentimientos religiosos y de incitación al odio, lo que dio lugar a la instrucción de un proceso penal, que finalizó con un auto de sobreseimiento, en el que el juez subrayaba que “no hay que olvidar que el discurso tiene un marcado carácter satírico dentro de un programa de humor en torno a noticias de actualidad”, y añadió que “la sátira, por sí

¹⁶ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015, 688-690).

¹⁷ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2014, 635, 639 y 640).

¹⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2013, 585).

sola, no está prohibida”. Además, también se hacía alusión a la interpretación restrictiva de tales, exponiendo que “se castigan en este tipo penal las palabras que literalmente supongan un escarnio de dogmas o creencias, no simplemente la intención con la que algunos oyentes creen que han sido dichas o la ofensa que las mismas les causen”.

ii) Rita Maestre, concejala del grupo municipal Ahora Madrid, del ayuntamiento de Madrid, entró en la capilla de la Universidad Complutense de Madrid el 10 de marzo de 2011, junto con otras personas, portando retratos del papa con esvásticas, llegó al altar del templo, y allí leyó un manifiesto con proclamas contra la Iglesia católica, y, finalizada la lectura, se quedó en sujetador, mientras otras integrantes de la comitiva se desnudaron de cintura para arriba, en el interior del templo, al tiempo que continuaban profiriendo expresiones contra la religión católica, y se besaban delante de los feligreses que allí se encontraban. Inicialmente fue condenada por un delito contra los sentimientos religiosos por la Sentencia 69/2016, del 18 de marzo, del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid. No obstante, la sentencia de la sección 16a. de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid, núm. 684/2016, del 16 de diciembre, revocó la condena, efectuando una intelección estricta del artículo 524, CP, que había servido de base a la condena precedente, dado que, según la audiencia madrileña, los actos que se incardinan en la profanación del artículo 524, CP

Implican un trato directo vejatorio, físicamente violento, contra algún elemento básico de la liturgia católica o de las representaciones propias de esta religión, y manifestaba que en el presente caso “No tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar, no accedieron a ningún elemento de la capilla, no llevaron a cabo actos obscenos ni grotescos (un beso difícilmente puede ser calificado de tal) y salieron a continuación.

iii) El humorista italiano Leo Bassi, en octubre de 2010, protagonizó en público una parodia del papa Juan Pablo II y consagró preservativos que distribuyó en el Paraninfo de la Universidad de Valladolid. Puesto que el rector de la Universidad había dado la autorización al evento, ambos resultaron acusados en virtud de una querrela formulada por la Asociación de Abogados Cristianos y por HazteOir.org, en que se les atribuía la comisión de un delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1, CP, en concurso con el delito del art. 510, CP, de provocación a la discri-

minación, al odio o a la violencia. Dicha querrela fue inadmitida a trámite y se acordó el sobreesimiento libre de la causa mediante el Auto núm. 251/2011, de la sección 2a. de la AP de Valladolid, del 9 de junio de 2011, en el que se manifestaba:

Los hechos que aparecen en el visionado, y en los que se pretende fundar dicho comportamiento delictivo, lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican, y tampoco apreciamos un dolo de ofender los sentimientos religiosos de tal confesión. Téngase en cuenta que el propio protagonista se autodefine como un payaso y nos sitúa ante un espectáculo humorístico, con más o menos gracia, pero que, en términos generales, está impregnado de un ánimo iocandi y se desarrolla en el marco de la Universidad por lo que va dirigido a personas adultas con capacidad crítica. El hecho de no creer en los dogmas de una determinada religión o pensar que no son ciertos y manifestarlo públicamente, entra dentro de la libertad ideológica y de la libertad de expresión, por lo que en sí mismo no entraña ningún comportamiento censurable penalmente.

Del análisis conjunto de los datos estadísticos y del contenido de las resoluciones apuntadas podemos concluir que la aplicación de estos delitos es muy escasa, y que en la mayoría de las ocasiones se suelen archivar las querrelas o, en su defecto, se dictan sentencias absolutorias. Los jueces y tribunales analizan de una forma muy estricta el ánimo específico de ofender los sentimientos religiosos, lo que comporta que cuando existen dudas sobre su concurrencia, o cuando queda patente el *animus iocandi*, no quepa reprimir penalmente tales conductas. Con ello se pone de manifiesto que, frente a lo apuntado por algunos formadores de opinión, en España no existe nada parecido a una censura religiosa, ni los órganos judiciales funcionan al estilo de tribunales inquisitoriales, guardianes de una determinada religión; antes al contrario, las garantías del Estado de derecho se ven reforzadas en la aplicación restrictiva de tales tipos; no obstante, debemos apuntar que también ha habido sentencias condenatorias, sobre todo por el delito del art. 523, CP¹⁹ —perturbación con violencia o intimidación

¹⁹ Sirva como ejemplo de sentencia condenatoria reciente la STS 835/2017, del 19 de diciembre de 2017, en que la Sala 2a. confirmó la condena a un año de prisión por un delito contra la libertad religiosa impuesta por la audiencia provincial de Baleares a cada

de actos de culto—, por lo que no existe un automatismo absolutorio en esta materia, y habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto, como en cualquier otro asunto.

II. EL DERECHO COMPARADO

En este apartado me referiré de una forma escueta a la regulación de aquellos países de nuestro entorno jurídico y cultural. Sin perjuicio de ello, debo manifestar desde esta introducción que la técnica de acudir al expediente del derecho comparado puede ser confundida con un sempiterno complejo de inferioridad: nada más lejos de la realidad; con esta breve reseña no se desea ensalzar lo ajeno e infravalorar lo propio, sino exponer cómo se regula una misma situación en países que participan de unos mismos postulados culturales y axiológicos. Por ello, entiendo que se deben exponer en primer lugar algunos de los más representativos sistemas jurídicos continentales, que son aquellos con los que guarda una mayor relación el ordenamiento jurídico español. Otros autores exponen con carácter previo los sistemas inglés y norteamericano: se manifiesta que en Reino Unido existía el delito de blasfemia desde el siglo XVII, y que fue abolido en Inglaterra y Gales —después de intensos movimientos sociales contrarios a su subsistencia— en 2008, y que en Estados Unidos no se tipifica tal delito (García Rubio 2014). Entiendo que esta sistemática es equívoca, y no debe ser seguida, por cuanto sus sistemas constitucionales, legales y judiciales divergen del modelo continental —tributario de la herencia romano-germánica—; además, ha existido una evolución religiosa distinta en tales países, y las implicaciones del factor espiritual han sido, por ende, diversas, así como su plasmación normativa. Asimismo, no comparto lo manifestado a propósito de un pretendido delito de blasfemia en España, como expondré con posterioridad. Por todo ello, la tradición jurídica europea a la que debemos atender en el ámbito penal, por ser la más influyente en la normativa española, es la dimanante de Alemania en primer lugar, así como de Italia y Portugal. Forzoso es reconocer el peso específico de Francia, al que se aludirá en último término.

uno de los cinco jóvenes que interrumpieron una misa en la iglesia de Sant Miquel de Palma de Mallorca, en febrero de 2014, con una protesta contra la reforma de la Ley del Aborto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1477-1521.

1. *Alemania*

Dentro de la sección decimoprimeras de la parte especial del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch, StGB*) se recogen los “Hechos punibles que se refieren a la religión y a la concepción del mundo”. En cuatro preceptos se establece una regulación muy similar a la expuesta en el CP español. Así, el §166, StGB,²⁰ sanciona los “Ultrajes a la confesión; sociedades religiosas y asociaciones ideológicas”. En dicho tipo se protege el contenido de los “credos o confesiones religiosas”, y se añade un requisito adicional para su punición: que la conducta sea apropiada para perturbar la paz pública, exigencia que no se establece en el CP español, y que conlleva un mayor grado de restricción en su aplicación, por cuanto no se sancionará cuando no concurra el elemento comunitario. Con ello, dicho precepto diverge del art. 525, CP, y se enfatiza en la tutela de la convivencia social, postergando los meros sentimientos individuales. En cambio, la protección conferida por el texto punitivo germano es menor, ya que no se amparan los sentimientos no religiosos. No obstante, conviene apuntar que el objeto de protección son los credos religiosos, por lo que se trata del delito de blasfemia, a diferencia de la regulación española.

El §167, StGB,²¹ castiga la “Perturbación del ejercicio del culto”, en un precepto similar al art. 523, CP, que tipifica la perturbación de ceremonias religiosas. En el código alemán no se establece una relación de medios comisivos tasados y se amplía la protección, ya que, además de las Iglesias o sociedades religiosas, se alude a “las asociaciones ideológicas”, término que no tiene un equivalente en el ordenamiento español; sin embargo, efectuando una interpretación sistemática de dicho precepto, a la luz de la

²⁰ §166 StGB: “(1) Quien públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3) ultraje el contenido de credos religiosos o de concepciones del mundo de otros de manera que sea apropiada para perturbar la paz pública, será castigado. (2) De la misma manera será castigado quien públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3) ultraje a una iglesia existente en el país o a otra sociedad religiosa o asociación ideológica, ultraje sus instalaciones o costumbres de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública”.

²¹ §167 StGB: “(1) Quien 1. intencionalmente perturbe de manera grave el servicio religioso o alguna acción del culto religioso de una iglesia existente en el país o de otra sociedad religiosa o 2. Cometa escándalo público en un lugar destinado al servicio religioso de una tal sociedad religiosa, será castigado. (3) Al servicio religioso se le equiparan las correspondientemente las celebraciones de una asociación ideológica existente en el país”.

rúbrica de la sección I la. en que se ubica, que alude a “la religión y la concepción del mundo”, entendemos que tales asociaciones ideológicas deben tener como finalidad o como objeto los postulados de índole espiritual o filosófica de carácter trascendente, en orden a responder a las cuestiones sobre el origen del hombre, del mundo, y a la existencia o no de una vida más allá de la muerte; así, no tendrían encaje en dicha comprensión los partidos políticos, organizaciones o asociaciones sociales que no persiguieran responder a tales cuestiones.

El § 167a., StGB,²² confiere una relevancia singular a los funerales y actos de sepelio o cremación, sancionando la “Perturbación de una ceremonia funeral”. En este caso no es preciso que la ceremonia tenga un carácter religioso, pudiendo ser un acto civil. El interés jurídico protegido viene representado por el respeto a la memoria de los difuntos, así como a los actos y conmemoraciones efectuados en su honor.

En último término, el § 168, StGB,²³ reprime la “Perturbación al descanso de los muertos”. Sería equivalente al art. 526 CP, ya que tutela la memoria de los difuntos. Se especifica que la protección también alcanza a los fetos muertos, por lo que es más precisa que la norma española. El objeto material protegido son tanto los restos humanos como los objetos en que se contienen, depositan o sirven para conmemorar o recordar a los difuntos.

2. Italia

En el Código Penal italiano (*Codice Penale*), la materia analizada se recoge en los artículos 402-413, ubicados en los capítulos I “De los delitos contra los sentimientos religiosos” y II “De los delitos contra la piedad de los difuntos”, del título IV “De los delitos contra el sentimiento religioso y contra la piedad de los difuntos”, del libro II “De los delitos en parti-

²² §167a. StGB: “Quien intencional o conscientemente perturbe una ceremonia funeral, será castigado”.

²³ §168 StGB: “(1) Quien sin autorización sustrae de la custodia de quien tiene derecho un cadáver, partes de una persona muerta, un feto muerto, partes de un feto muerto o las cenizas de un hombre muerto o quien cometa en ellos escándalo ultrajante, será castigad. (2) En la misma forma se castigará a quien destruya o dañe una capilla ardiente, un lugar de sepelio o un lugar conmemorativo de fallecidos o a quien provoque escándalos ultrajantes en estos sitios (3) La tentativa es punible”.

cular”. Puesto que la regulación es más amplia que en el código germano —y en este caso simplemente efectuamos un esbozo sin ánimo de ser exhaustivos—, no realizaremos un comentario de todos los tipos, ya que desborda con mucho el objeto de este estudio, sino que subrayaremos los aspectos más relevantes de dicha normativa de una forma sintética.

Por lo que hace al capítulo I, podemos enumerar los siguientes tipos: el art. 402 castigaba a quien “critique públicamente la religión del Estado” con pena de prisión; no obstante, dicho precepto fue declarado inconstitucional por la sentencia de la Corte Constitucional italiana del 20 de noviembre de 2000, núm. 508. En el art. 403, por su parte, se castiga a quienes ofendan a una confesión religiosa de dos maneras: mediante la difamación de quienes la profesen o mediante la difamación de sus ministros de culto, con una pena mayor en este segundo supuesto.

El art. 404, CP, sanciona al que en un lugar destinado al culto, o lugar público o abierto al público, para ofender a una confesión religiosa, “vilipendie con expresiones injuriosas” objetos que están destinados al culto o son consagrados al culto, o en un lugar privado si está actuando un ministro del culto. Por su parte, el art. 405, CP, italiano es similar al art. 523, CP español, ya que castiga a quien impida o perturbe el ejercicio de funciones, ceremonias o prácticas religiosas del culto de una confesión religiosa, que se lleven a cabo con la asistencia de un ministro del mismo culto o en un lugar destinado a culto, o en un lugar público o abierto al público. Además, prevé un tipo agravado si se producen actos de violencia contra las personas o amenazas.

El capítulo II, dedicado a la protección de los difuntos, recoge una amplia y detallada regulación, que se puede considerar casuística y abigarrada en algunos aspectos, con una sistemática deficiente y una técnica legislativa discutible —elevando a injusto punible conductas que deberían residenciarse en la esfera civil o administrativa—. Comprende las siguientes conductas típicas: el art. 407, CP, castiga al que viole una tumba, un sepulcro o una urna funeraria. El art. 408 añade al precepto anterior una serie de elementos, ya que reprime al que, en cementerios u otros sitios de entierro, ultraje —o vilipendie— tumbas, sepulcros o urnas, o cosas destinadas al culto de los muertos, o para defender o adornar los cementerios. El art. 409, CP, se configura de modo subsidiario, ya que castiga al que, fuera de los casos previstos en el art. 405, “impide o perturba un funeral o un servicio funerario”. En cuanto a la profanación de cadáveres equiva-

lente a la del art. 526, CP, español, debemos estar al art. 410, CP, italiano, que sanciona a quien cometa “actos de difamación (vilipendio) sobre un cadáver o sus cenizas”. Se prevé un tipo agravado si el culpable “desfigura o mutila el cadáver”, o comete “actos de brutalidad u obscenidad”.

En el art. 411, CP, se protege la integridad de los restos mortales, ya que se sanciona a quien “destruya, suprima o sustraiga un cadáver, o una parte de él, o a quien sustraiga o disperse sus cenizas”. Se agrava la pena si el crimen se comete en cementerios o en otro lugar de sepultura, de depósito o de custodia. En sus dos últimos apartados se contiene una previsión singular y minuciosa para la práctica de las cremaciones y el esparcimiento de las cenizas, ya que se consagra que no se considera delito la dispersión de cenizas de cadáveres autorizada por el funcionario del registro civil con base en la voluntad expresa del difunto; pero la dispersión de cenizas “no autorizada por el funcionario del registro civil, o llevada a cabo de diferentes maneras en comparación con lo que indica el difunto”, es delictiva, por lo que se da la particularidad de que la voluntad del fallecido determina la tipicidad de una conducta.

El art. 412, CP, sanciona al que esconde un cadáver, o una parte de él o sus cenizas. En último término, el art. 413, CP, prevé un tipo relativo a la investigación científica ilegítima, ya que castiga al que “diseca o usa un cadáver, o una parte de él, con fines científicos o educativos, en casos no permitidos por la ley”, y la pena se incrementa “si el hecho se comete sobre un cadáver, o sobre una parte de él, que el culpable sabe haber sido mutilado, ocultado o sustraído por otros”.

3. Portugal

En el Código Penal portugués nos encontramos con una regulación en todo punto similar a la contenida en el texto punitivo alemán. Se circunscribe a cuatro preceptos, arts. 251-254, ubicados sistemáticamente en las secciones II “De los crímenes contra los sentimientos religiosos”, y III “De los crímenes contra el respeto debido a los muertos”, del capítulo I “De los crímenes contra la familia, los sentimientos religiosos y el respeto debido a los muertos”, del título IV “De los crímenes contra la vida en sociedad”.

Centrados en su regulación, el art. 251, CP, tipifica el “ultraje por motivo de creencia religiosa”, y castiga a quien “públicamente ofende a

otra persona o hace escarnio de ella por motivo de su creencia o función religiosa, de forma adecuada para perturbar la paz pública”. En el apartado segundo de dicho precepto se sanciona con la misma pena a quien “profane un lugar u objeto de culto o de veneración religiosa, de forma adecuada para perturbar la paz pública”. En este precepto se recogen dos conductas distintas: en primer lugar, el escarnio de personas por motivos religiosos y, en segundo lugar, la profanación de lugares o de objetos de culto. En el primer caso se requiere un elemento subjetivo del injusto (el ánimo de ofender o vejar la creencia religiosa), mientras que en ambos supuestos se requiere la misma finalidad ulterior: perturbar la paz pública. Este elemento aparece tomado del StGB, y lleva a cabo una objetivación o generalización del comportamiento profanador o provocador de escarnio: es insuficiente el sentimiento individual de una persona aislada o de un grupo de personas reducido, sino que debe tener la entidad suficiente como para atacar las bases de la convivencia social, constituyendo una condición objetiva de punibilidad.

El art. 252, CP, reprime el “impedimento, la perturbación o el ultraje a actos de culto”, sancionando al que “a) por medio de violencia o de amenaza de un mal importante, impida o perturbe el ejercicio legítimo del culto de religión”, o “b) públicamente vilipendie el acto de culto de religión o haga escarnio de él”. En este supuesto las conductas se dan durante actos de culto o ceremonias religiosas, y se caracterizan por sus medios comisivos: violencia o amenaza en el primer supuesto, y, en el segundo caso, efectuar de forma pública actos de vilipendio o escarnio de los ritos, lo que conlleva el elemento subjetivo del injusto implícito de ofender a los sentimientos religiosos de sus integrantes, o el *animus iniuriandi* de sus prácticas o ritos.

El precepto 253, CP, regula el “impedimento o perturbación de ceremonia fúnebre”, y castiga al que “por medio de violencia o de amenaza de un mal importante, impida o perturbe la realización de cortejo o de ceremonia fúnebre”. Los medios comisivos se reducen a dos: violencia o intimidación. En este supuesto no se alude al carácter religioso de la ceremonia fúnebre, que puede ser laica.

En último lugar, el art. 254, CP, portugués equivale al art. 526, CP español, reprimiendo la profanación de cadáveres en los siguientes términos: será castigado quien:

a) sin autorización, sustraiga, destruya u oculte un cadáver una parte de él, o las cenizas de una persona fallecida; b) Profane un cadáver o parte de él, o las cenizas de una persona fallecida, practicando actos ofensivos del respeto debido a los muertos; o c) profane un lugar donde reposa una persona fallecida o exista un monumento allí erigido en su memoria, practicando actos ofensivos del respeto debido a los muertos.

Como se aprecia, la regulación lusa es escueta, se encuentra muy influenciada por el Código Penal alemán, e incorpora, por tanto, el elemento de la alteración de la paz pública como requisito del tipo en el artículo 251. No obstante, es una regulación precisa, y abarca toda la problemática hasta aquí analizada, por lo que la técnica legislativa seguida ha sido la adecuada: se han evitado las enumeraciones, las regulaciones omnicomprendivas —que siempre provocan injusticias por los elementos equivalentes no regulados—, y se ha efectuado una protección eficaz de los bienes jurídicos en liza.

4. Francia

En Francia, desde la Revolución francesa, ha surgido una postura laicista e inicialmente combativa frente al fenómeno religioso —en esencia, contra la religión católica— (Innerarity 2005). De este modo, en el ocaso del Antiguo Régimen, aparece la convicción de ruptura con los poderes político y religioso vigentes en dicho momento, lo que se refleja en el art. 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estableció: “Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley”. En la senda de la laicización de la sociedad francesa de finales del siglo XVIII debemos apuntar varios hitos legislativos: en 1791 el matrimonio y el estado civil de las personas dejaron de ser una prerrogativa exclusiva de la Iglesia católica, la Ley del 20 de septiembre de 1792 instituyó el divorcio en Francia, como consecuencia de la secularización del matrimonio —concebido como un mero contrato— y en 1794 Robespierre decretó la supresión de la confesionalidad del Estado (véase Labaca 2009 y Félix 1988).

No obstante, apunta Innerarity (2005) que a lo largo del siglo XIX las medidas de laicización de la sociedad francesa se intensificaron, principal-

mente desde 1879, con el acceso al poder de una mayoría republicana, que llevó a cabo una serie de medidas: la autorización del divorcio,²⁴ la secularización de los cementerios, la oposición a las congregaciones religiosas dedicadas a la enseñanza y el impulso de la enseñanza pública. Dicha expansión laicista alcanzó su culmen legislativo en la Ley de separación entre Iglesia y Estado, del 9 de diciembre de 1905, que en su art. 1o. consagró: “La República asegura la libertad de conciencia. Garantiza el libre ejercicio del culto, con las únicas restricciones que se establecen a continuación en interés del orden público”. Además, dicha ley establecía que la república francesa aseguraría en la educación la libertad de conciencia y la neutralidad frente a los cultos, negando cualquier tipo de preferencia por los mismos (Barbosa 2011). Señala Barbosa (2011, 47) que la razón de dicha decisión se encontraba en el carácter conflictual de la historia de Francia del siglo XIX, puesto que “las disputas y guerras se plantearon en el marco de la pluralidad de credos, religiones e ideologías”. De forma sintética podemos apuntar que con la referida norma surge el “pacto laico”, que se materializa en el nuevo estatus de las confesiones religiosas, que adquieren un estatuto jurídico de derecho privado (Labaca 2009). También se prohíbe exponer símbolos religiosos en cualquier monumento público, y se destacan tres características del periodo inmediatamente posterior a su promulgación: *i*) la *disociación institucional*, ya que la religión se equipara a una asociación; *ii*) la *ausencia de legitimidad social institucional*, ya que los preceptos morales de base religiosa ni se imponen ni se persiguen por los poderes públicos; *iii*) la *equiparación entre libertad de conciencia y de culto*, sin distinción cualitativa ni preeminencia alguna entre ambas.

A mayor abundamiento, partiendo de este breve repaso de algunos precedentes legislativos relevantes, debemos tomar en consideración que la Constitución de Francia —del 4 de octubre de 1958— en su art. 1o., manifiesta que Francia es un Estado laico en los siguientes términos: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias”. Como se puede observar, el hecho de que en el primer precepto de su carta magna figu-

²⁴ Debemos precisar que el divorcio fue introducido en Francia por la Ley del divorcio de 1792, anteriormente aludida, que establecía un sistema causal de disolución del vínculo matrimonial, por lo que la autora citada incurre en un error de bulto al enumerar dicha medida entre las novedades posteriores a 1879.

re su carácter laico y el respeto de todas las creencias implican la toma de postura histórica del país galo ante el fenómeno religioso: se parte de una equiparación absoluta entre todas las creencias, sin preferencias entre ellas, y el Estado no se inmiscuye en modo alguno en la materia espiritual. Por ello, en su Código Penal, si bien la religión figura como un elemento de agravación en varios tipos penales, se la considera equiparada a otras circunstancias del sujeto pasivo que sean determinantes de la comisión de los hechos delictivos —pertenencia a etnia, raza, nación o religión determinada—. De esta forma, se comprueba que en el Código Penal francés no se otorga una protección especial a los sentimientos religiosos: ello se deriva de forma indefectible de la concepción gala de la laicidad, de su evolución, de la equiparación entre libertad de conciencia y libertad de cultos, y de que, en última instancia, dado que existe una postura de neutralidad estatal, no se consideran merecedores de un plus de protección penal la libertad religiosa ni los sentimientos religiosos de los individuos.

III. ACONFESIONALIDAD, LAICIDAD Y LAICISMO: SU PLASMACIÓN NORMATIVA

1. *Marco relacional*

En punto a las relaciones entre las confesiones religiosas y el Estado, debemos exponer que, con todas las cautelas y reservas conceptuales y terminológicas, se pueden sintetizar en tres los modelos relacionales: confesionalidad, hostilidad y neutralidad (Roca 1996). Como hemos aseverado anteriormente, el art. 16 de la Constitución española recoge el principio de aconfesionalidad estatal, así como el mantenimiento de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, con un especial reconocimiento de la Iglesia católica, a la que se alude expresamente. Debemos atender a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la carta magna, a propósito de la aconfesionalidad citada. Entre las resoluciones dictadas en esta materia destaca la temprana Sentencia (STC) 24/1982, del 13 de mayo.²⁵ Sin embargo, debemos apuntar que el

²⁵ Fundamento jurídico (FJ) 1o. de la STC 24/1982: “El art. 16.3 de la Constitución proclama que «ninguna confesión tendrá carácter estatal» e impide por ende, como dicen los recurrentes, que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la

máximo intérprete constitucional ha llevado a cabo una interpretación dinámica de la CE, y en alguna resolución²⁶ ha aludido a la existencia de una “laicidad positiva”, relacionada con las relaciones de cooperación.

Por ello, debemos analizar la diferencia doctrinal entre los términos empleados para definir las relaciones existentes entre el fenómeno religioso y el Estado. Dichos términos resultan equívocos en ocasiones, y los autores les atribuyen unos significados y unas connotaciones diferentes. Podemos reconducir la problemática terminológica a varios conceptos: separación, neutralidad, aconfesionalidad, laicidad y laicismo —sin perjuicio de que la delimitación conceptual de cada uno de ellos daría lugar a prolijos estudios—. En cuanto a la separación entre el Estado y las Iglesias, se diferencia entre el plano político y el jurídico: en sentido político, la separación se contrapone a la confesionalidad, incardinándose dicha

legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales. Es asimismo cierto que hay dos principios básicos en nuestro sistema político, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los arts. 9o. y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos. Dicho de otro modo, el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico”.

²⁶ FJ 3o. de la STC 101/2004, del 2 de junio: “En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias”. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que “el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 177/1996, de 11 de noviembre)”.

diferenciación en el plano ideológico. Por su parte, en su connotación jurídica, consiste en la distinción de las autoridades estatales y eclesiásticas, de sus organizaciones y de la autonomía de su actuación (Corral 2004).

Por lo que respecta a la voz “neutralidad”, no existe unanimidad entre los autores. Un sector doctrinal considera que son equivalentes los términos neutralidad y laicidad, por lo que emplea como sinónimos Estado neutral y Estado laico, mientras que la aconfesionalidad, a juicio de Roca Fernández (1996, 271), “hace referencia a la neutralidad en ámbito específico de lo religioso”, pero no comporta la protección de la libertad religiosa. En cambio, otros autores sostienen que no existe diferenciación entre las categorías en liza, al exponer que “el principio de laicidad del Estado se conoce también como el principio de no confesionalidad o de neutralidad” (Abad 2008, 181).

Debemos diferenciar entre la laicidad y el laicismo. Por lo que hace a la laicidad, se han propuesto varias definiciones entre los autores: se ha considerado por Mejan un neologismo que significa ni eclesiástico ni religioso; para Prelot, debe entenderse como la ausencia de confesionalismo en los servicios públicos (Barbosa 2011). Barbosa (2011, 45 y 46) ofrece una definición sintética del citado principio, y expone que “La laicidad podría definirse como un principio de derecho político de neutralidad del Estado en el cual deben preservarse la libertad de conciencia, la igualdad y la libertad de escoger un culto en un espacio de universalidad y convivencia”.

A propósito del término “laicidad”, Corral Salvador (2004)²⁷ extracta la Carta Pastoral del episcopado francés del 12 de noviembre de 1945, en

²⁷ El texto de la Carta Pastoral extractado es el siguiente, que por su relevancia transcribimos aquí: “1. Laicidad como profanidad o autonomía: «Si con estas palabras se quiere proclamar la autonomía soberana del Estado en sus dominios de orden temporal, su derecho a regir por sí solo toda la organización política, judicial, administrativa, fiscal y militar de la sociedad temporal, y de modo general todo lo que dice respecto a la técnica política y económica, declaramos abiertamente que esta doctrina está plenamente conforme a la doctrina de la Iglesia». 2. Laicidad respetuosamente neutral: «La laicidad del Estado puede ser también entendida en el sentido de que, en un país dividido en cuanto a las creencias, el Estado debe permitir que cada ciudadano practique libremente su religión. Este segundo sentido, si se comprende bien, también está conforme al pensamiento de la Iglesia». 3. Laicidad agnóstica u hostil: «Por el contrario, si la laicidad del Estado es una doctrina filosófica que encierra una perfecta concepción materialista y atea de la vida humana y de la sociedad, si tales palabras definen un sistema de gobierno político que im-

que se analizaba el término, puesto que estaba en ciernes la votación de la Constitución de la IV República, y se planteaban problemas de conciencia a los ciudadanos galos que profesaban la religión católica, por cuanto en la carta magna se autodefinía la República como laica. Ante dicha diatriba, se proponen cuatro acepciones de laicidad: *i)* laicidad como autonomía, *ii)* laicidad respetuosamente neutral, *iii)* laicidad hostil o agnóstica y *iv)* laicismo indiferente, y el obispado concluía admitiendo las dos primeras acepciones.

De particular relevancia es la postura de Ollero Tassara (2014, 9, 10 y 14), magistrado del Tribunal Constitucional español, que estima que la dificultad radica en precisar qué se entiende por Estado laico. A su juicio, el laicismo lo vincula “a la existencia de una estricta separación (que evite toda posible contaminación) entre el Estado y cualquier elemento de procedencia religiosa”, y con ello surge una “laicidad negativa”. La respuesta que ofrece el laicismo es hostil para con el elemento religioso, y lo valora de una manera negativa “como elemento bloqueador del diálogo, contrario a la racionalidad y la ciencia o incluso alimentador de un fanatismo conflictivo”. Por el contrario, considera que en España el modelo constitucional es de “laicidad positiva” —término recogido en varias SSTC—, “basado en la cooperación, y no como negativamente laicista”. Por ello, ante la alternativa entre una separación disyuntiva y una fórmula de cooperación enriquecedora, apuesta por esta última. Asimismo, efectúa una crítica de la voz “aconfesionalidad”; partiendo de su análisis etimológico subraya que es un “término al que su raíz griega confiere sentido más negativo que positivo”. Considera dicho autor que, en último término, la discusión o debate se centra en si se considera a lo religioso —al igual que a lo ideológico— como un factor socialmente positivo, que sea enriquecedor de una sociedad democrática, y llega a la conclusión de que, a la hora de valorar la cooperación del Estado con las confesiones religiosas, debe contemplarse “lo religioso como una de las muchas aportaciones enriquecedoras de la vida social”.

pone esa concepción a los funcionarios hasta en su vida privada, a las escuelas del Estado, a la nación entera, entonces nos erguimos, con todas nuestras fuerzas, contra esa doctrina; la condenamos en nombre de la verdadera misión del Estado y de la misión de la Iglesia».

4. Laicismo indiferente: «Finalmente, si la laicidad del Estado significa la voluntad del Estado de no someterse a ninguna moral superior y de no reconocer sino su interés como regla de acción, nosotros afirmamos que esta tesis es extremadamente peligrosa, retrógrada y falsa» (Corral 2004, 3).

Frente a esta postura, otros autores sostienen que en España existe un sistema de “confesionalidad sociológica”, y exponen que en el sistema de “confesionalidad doctrinal” el Estado defiende unas determinadas creencias religiosas como únicas verdaderas, efectuando una defensa y propagación oficiales de las mismas, y que se muestra excluyente e intolerante frente a otras confesiones religiosas o ausencia de creencias (Llamazares 1997). Por otro lado, en el sistema de “confesionalidad sociológica”, nos hallamos ante una fórmula mitigada de confesionalidad, que se da en fases de transición histórica hacia la laicidad, en la que el Estado ni defiende unos determinados postulados espirituales ni se considera competente para sostener o criticar determinadas confesiones religiosas, pero sí privilegia a una Iglesia frente a otra/s, con base en justificaciones históricas y/o sociológicas; además, dicho Estado se muestra tolerante hacia la diversidad religiosa. El corolario de esa postura es una crítica a los comportamientos de las autoridades de ese Estado cuando concurren a actos o conmemoraciones, y llega a afirmarse que “no basta con que los poderes públicos guarden una exquisita separación respecto a las confesiones religiosas, sino que habrían de mantenerse también separados de la sociedad en la medida en que ésta refleja siempre connotaciones religiosas” (Ollero 2014, 15). Esta posición incurre en el error de que no se puede obviar la sociedad precisamente por quien debe ejecutar su programa político: el legislador —o el Ejecutivo al ejecutar las normas— no pueden ser insensibles a las convicciones morales, a los estados de opinión pública y a las prácticas grupales de las mayorías sociales, bajo el riesgo de incurrir en una grosera desconexión en busca de unos postulados de neutralidad ideal que acabarían siendo injustos por contrarios a la axiología social. No se puede negar en España que existe una mayoría de ciudadanos que son católicos practicantes, por lo que no existiría discriminación al ofrecer diferencias de trato, ya que, como indica Sánchez Cámara (2011, 84-95),

...una discriminación es una desigualdad injusta, pero una desigualdad justa no lo es. Tanto la realidad histórica de España como la existencia de una mayoría de ciudadanos que se declaran católicos, justifican desigualdades de trato a favor de la Iglesia católica que no entrañarían la discriminación de quienes no son católicos.

Defiende este autor que el modelo laicista radical pretende la exclusión de la religión de cualquier ámbito de la vida pública, y con ello se va más lejos de la neutralidad estatal, puesto que en este caso sí se asume una posición: la increencia. Asimismo, subraya que en ocasiones se confunde la aconfesionalidad con la anticonfesionalidad, y concluye que del laicismo radical al ateísmo de Estado sólo hay un paso, y trae a colación una cita de Habermas, quien refirió que se “ha puesto de relieve cómo el laicismo radical entraña una carga más dura para los creyentes, convertidos en ciudadanos de segunda, impedidos de exhibir sus creencias en la vida pública”.

Una vez que hemos efectuado este repaso esquemático, podemos convenir con Cañamares Arribas (2010, 60-63) en que la neutralidad religiosa estatal debe propiciar el ejercicio de la libertad religiosa, en idénticas condiciones, por parte de los individuos y los grupos; además, el Estado debe adoptar una postura proactiva, al amparo del art. 9.2, CE, puesto que “los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. Así, la neutralidad —o laicidad— debe ser entendida de un modo positivo, lo que debe conjugarse con el deber de “mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones” (ex. art. 16.3, CE). De este modo, “tales creencias religiosas tienen una dinámica *ad extra*, que les permite erigirse en fenómeno socialmente perceptible, lo cual supone considerar que el ámbito público constituye un lugar común de convergencia del fenómeno religioso”. Por ello, la aparición de determinados símbolos religiosos en el espacio público no puede ser considerada como un ataque o una vulneración de la neutralidad estatal: lo que no puede existir es una identificación o respaldo gubernamental a determinadas creencias religiosas por encima o en detrimento de las demás; pero esto no implica *per se* que se limite la visibilidad pública y social de una manifestación religiosa.

2. La protección penal de los sentimientos religiosos

Un sector doctrinal y de opinión considera que es una discriminación para los restantes sentimientos el hecho de que los valores religiosos gocen de la protección penal. Por ello, debemos analizar la viabilidad de la tutela de los sentimientos en general para, posteriormente, exponer las

características que concurren en la tutela del elemento religioso, y efectuar una toma de postura.

En primer término, la tutela de los sentimientos por el derecho penal no resulta algo novedoso ni discriminador. La tipificación de estas conductas se encuadraría dentro de la categoría germana de los “*Verhaltensdelikte*”, cuyo denominador común es que, no afectando a derechos individuales claramente definidos en el ordenamiento jurídico, resultan ofensivas para la colectividad o, en otros términos, afectan significativamente a sentimientos sociales más o menos consensuados. En palabras de Miró (2015, 4, 5, 7, 56 y 57), serían aquellos “comportamientos que no resultando a priori lesivos ni peligrosos para intereses reconocidos como esenciales en el Estado, sí afectan a la sensibilidad social y son contrarios a convicciones morales mayoritarias”. Para dicho autor, debe partirse —siguiendo a Joel Feinberg— de un concepto social de ofensa, lo que se conecta con la causación de efectos relacionados con estados emocionales que son vagos por ser esencialmente subjetivos. Se subraya que el desagrado, el rechazo o la insatisfacción son estados emocionales imprecisos y difíciles de medir, por lo que acude a un elemento objetivador y generalizador, con lo que “es posible afirmar que una conducta, por su potencialidad para afectar a la sensibilidad de cualquier persona independientemente de las características personales que tenga, es ofensiva”. De este modo, se separa del sujeto aislado, de sus sentimientos y sensibilidades concretos, y la ofensa no tiene por qué ir dirigida frente a un individuo particular, ya que “se puede ofender a una colectividad, intencionalmente o no, cuando la conducta, que es potencialmente ofensiva, es también potencialmente dirigida a ofender a un grupo de personas determinado o indeterminado”. Concluye Miró que debe ligarse dicha comprensión con que “lo relevante (y determinante) del carácter ofensivo de la conducta es que esta sea un actuar ilícito”, y que “la normativización de la ofensa se produce al objetivarla, al separarla de la percepción individual y pronunciar, no sólo sobre la base de normas jurídicas concretas sino, incluso, de valoraciones sobre lo socialmente permitido, que la conducta es, en sentido general, ofensiva”.

Por su parte, Gimbernat Ordeig (2016, 14-20) se muestra partidario de considerar que los sentimientos pueden ser bienes jurídicos protegidos. Para ello argumenta que todo tipo penal (bien sea de carácter legítimo o ilegítimo) se encuentra dirigido a la tutela de algún interés (igualmente legítimo o ilegítimo); pero la sola existencia de un interés no eleva a éste to-

davía a la categoría de bien jurídico, sino que se precisa que “por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico”. Por ello, sostiene que los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos, “pueden constituir un interés digno de protección penal”. De aquí se infiere que el elemento esencial, a juicio de dicho reputado penalista, consiste en la valoración de la legitimidad del sentimiento en cuestión. De este modo, si en una determinada sociedad un sentimiento se encuentra lo suficientemente arraigado como para considerarlo general, pero entra en colisión con otros derechos legítimos, que deben prevalecer en la ponderación de valores, aquellos sentimientos deben ser reputados de ilegítimos, y, por tanto, no podrían ser calificados como bienes jurídico-penales. De este modo, discrepa dicho autor de Hefendehl, quien fundamenta la punición de tales conductas en el sentimiento “socialmente dominante” o en la “convicción cultural profundamente arraigada”: como hemos aseverado, ello debe ser tamizado o valorado a la luz de la legitimidad del sentimiento en cuestión, y la razón de la ilegitimidad estaría en que a esos sentimientos que se califican como “ilegítimos” se oponen los derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que el marco de ponderación sería la carta magna, con el acervo internacional relativo a derechos fundamentales y libertades públicas. Roxin (2013, 18-20) subraya lo original de la propuesta de Gimbernat, pero llega a la conclusión de que en los delitos de maltrato animal, de protección de los difuntos y otros similares, “los legítimos sentimientos de indignación de terceros no son el bien jurídico mismo, sino sólo una justificada reacción a su lesión”; sin embargo, el autor alemán contempla un concepto amplio de bien jurídico, que no identifica sólo con los derechos individuales, ya que expresa de forma gráfica “la afectación a un bien jurídico no presupone necesariamente la lesión de derechos subjetivos, como muestran, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente”.

Pese a que estoy de acuerdo con Gimbernat en lo esencial de sus postulados, no podemos sino matizar dos elementos conflictivos: en primer lugar, al requerir la “generalidad” del sentimiento podría dar lugar a situaciones injustas o en las que no se tuvieran en cuenta sentimientos que pertenecieran a una minoría, y que fueran igualmente legítimos y merecedores de tutela, por lo que debe rebajarse el canon de la generalidad comunitaria, a lo que podemos concebir como “generalidad grupal”, y, de este modo, si

dentro de una minoría de la población se sostiene de forma generalizada un sentimiento legítimo, el mismo debe ser objeto de protección.

En segundo término, no podemos obviar las dificultades de precisar la legitimidad o ilegitimidad de algo tan etéreo y contingente como un sentimiento: es cierto que desde los parámetros de la sociedad actual se puede considerar que algo es ilegítimo por ir contra los valores y consideraciones ético-morales generalizados; no obstante, los estados de opinión son fluctuantes y cambiantes, por lo que la protección que se otorgue siempre será relativa y sometida a la posible revisión de las convicciones de la sociedad en cuestión, pero el instrumento para efectuar dicha valoración es la ponderación de derechos. Sin embargo, a continuación debemos referir que el derecho es dinámico, se adapta, y que no constituye en modo alguno una crítica dicha referencia a la variabilidad axiológica, sino la constatación de lo cambiante de la realidad social.

De este modo, considero que los sentimientos, con las precisiones apuntadas, sí son merecedores de tutela penal, y deben ser objeto de protección por el texto punitivo. Afirmada dicha posibilidad, debemos atender a algunos sentimientos que gozan de amparo penal en el CP español para, a continuación, analizar si los sentimientos religiosos también se pueden incardinar en dicho ámbito. Sin pretensión de exhaustividad, podemos apuntar una serie de preceptos en que se consagra, de un modo mayor o menor, la protección de determinados sentimientos que se consideran valiosos por el legislador. En el art. 337, CP, se consagra el delito de maltrato animal, y la mayoría de la doctrina considera que con dicha tipificación se protegen los sentimientos de las personas, y se atendería a “las implicaciones sentimentales que el daño causado a los animales pueden tener para las personas, en la medida en que tales comportamientos afectan a los sentimientos de amor, compasión, piedad o simplemente simpatía que inspiran los animales a los ciudadanos” (Hava 2011, 286 y 287).²⁸ Otro tipo en que el objeto de protección es netamente sentimental es el art. 543, CP;²⁹ en que se sancionan los “ultrajes a España”, y en el que se

²⁸ No obstante, dicha autora se muestra contraria a tal concepción mayoritaria, y estima que el bien jurídico protegido es el bienestar animal, lo que no implica que reconozca derechos subjetivos a los animales (Hava 2011, 289 y 290).

²⁹ Art. 543, CP: “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa”.

gún la doctrina más autorizada, pese a las críticas que merece el precepto por su posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión, la justificación del castigo se basa en “el sentimiento de la unidad de España”, lo que hace referencia a la “representación colectiva unitaria de la colectividad frente al exterior” (Muñoz 2010, 878 y 879). En tercer lugar, podemos mencionar el art. 578, CP, que tipifica, entre otras conductas de enaltecimiento y apología del terrorismo, “la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”, cuya justificación se encuentra en la protección del sentimiento de dolor y afecto de los familiares de las víctimas, y la dignidad de la propia víctima. En el mismo sentido, algunos autores incardinaban en este ámbito el delito de apología del genocidio recogido en el art. 607.2 CP, que fue suprimido por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de modificación del CP 1995.

Como podemos apreciar, el texto punitivo español recoge una serie de preceptos en los que se tutelan de una forma directa o indirecta determinados sentimientos. Partiendo de dicha constatación, debemos poner de relieve que según Max Scheler, uno de los principales representantes de la filosofía fenomenológica de los valores, dentro de la jerarquía axiológica, los valores religiosos ocupan el lugar más alto, por encima de los valores espirituales (verdad, justicia y belleza) (Sánchez 2011). A ello debemos añadir que si el Código Penal recoge la protección de otros sentimientos, y ello se considera justificado por un sector doctrinal, no podemos considerar ilegítima la protección de los sentimientos de naturaleza religiosa, ligados a la cosmovisión de la propia existencia y de su justificación. El fenómeno religioso debe ser tenido en cuenta por lo que aporta al conjunto social en consonancia con las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas y la laicidad positiva anteriormente apuntada: no cabe atender al mero aspecto interno o a la práctica de actos de culto, sino a los servicios sociales que desempeñan las confesiones religiosas, que se traducen en centros educativos, sanitarios, de asistencia social, conservación de patrimonio artístico e histórico, entre otros. Por tanto, debe resaltarse que, conforme a lo expuesto con anterioridad, el sentimiento religioso es un bien jurídico que debe ser protegido, ya que debe partirse de la legitimidad de su protección. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 16, CE, dentro de la libertad religiosa. Partiendo del mismo, ha de efectuarse la ponderación o valoración con otros derechos,

como puede ser la libertad de expresión, o el derecho de reunión o manifestación, y será el juzgador quien, en última instancia, a la luz de las circunstancias del caso concreto, establezca qué derecho debe prevalecer. Por todo lo expuesto, no podemos sino afirmar la legitimidad y fundamento dogmático de la protección de los sentimientos religiosos.

3. Respuesta a las críticas efectuadas a su tipificación

Sin duda alguna el precepto que mayores críticas ha suscitado es el art. 525, CP, que recoge el delito de escarnio. En primer lugar, existe un error de concepto en el punto de partida de un importante sector doctrinal y de opinión, que afirma sin tapujos que en España se encuentra tipificado el delito de blasfemia.³⁰ De un modo breve conviene precisar que el término “blasfemia” procede del griego, y etimológicamente significaba injuria o difamación (Teruel 1951, 554 y 555).³¹ No obstante, en sentido religioso se restringió su alcance y se consideró “una imprecación o ultraje contra Dios, los Santos o las cosas sagradas”. En el mismo sentido, en el *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) se define como “palabra o expresión injuriosas contra alguien o algo sagrado”. Históricamente fue objeto de severa punición en la mayoría de los países de nuestro entorno.

En España se castigó en numerosos cuerpos legales (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas de Alfonso X, o la Novísima Recopilación); con el advenimiento de la codificación, se sancionó desde el CP de 1822 y en los sucesivos textos punitivos. Fue suprimido en la Segunda República y se reintrodujo en el CP de 1944 —manteniéndose en el art. 239³² del texto refundido del CP 1973— y fue derogado por la LO 5/1988, del 9 de ju-

³⁰ Véanse algunos titulares de medios digitales, como *El Diario* (2015) “El delito de blasfemia sigue en el Código Penal español”, *Europapress* (2015) “Los tribunales sólo acceden a condenar por blasfemias cuando media un discurso de odio e incitación a la violencia”, *El Pural* (2017) “Los peores lugares del mundo para blasfemar, incluida España”.

³¹ Recoge Teruel la clasificación de los tipos de blasfemia: i) *inmediata*, que directamente afecta al mismo Dios; ii) *mediata*, le afecta por medio de los santos y las cosas sagradas; iii) *breve*, que es el “juramento grosero”; iv) *razonada, maledicente, de irrisión, herética*, que es la que “niega la fe o algún aspecto suyo”; v) *imprecativa*, la que contiene “maldiciones contra el prójimo”.

³² El art. 239, CP, 1973 establecía lo siguiente: “El que blasfemare por escrito y con publicidad, o con palabras o actos que produzcan grave escándalo público, será castigado con arresto mayor y multa”.

nio, cuyo art. 2o. dejó sin contenido el meritado precepto. Por ello, llama particularmente la atención que algún autor confunda los términos del debate, partiendo de una premisa errada,³³ con lo que las consecuencias que extrae no pueden ser compartidas.

Podemos convenir en que la blasfemia no constituye delito, ni debe constituirlo, ya que vulneraría de forma flagrante la libertad de expresión. Además, así se ha reflejado en dos recomendaciones del Consejo de Europa —Recomendación 1510 (2006) sobre libertad de religión y respeto de las creencias religiosas y la Recomendación 1805 (2007), sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas por razón de su religión— en las que se considera que la blasfemia religiosa no debe ser delito, diferenciando entre lo relativo a la conciencia moral y lo que es legal o permisible. Se postula la supresión de las leyes de blasfemia aún vigentes en algunos Estados, y se propugna que ninguna religión se vea favorecida o perjudicada por esas normas. Asimismo, se hace una mención a los grupos religiosos, que “deben tolerar, en una sociedad democrática, las críticas públicas y el debate acerca de sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre y cuando dichas críticas no constituyan insultos gratuitos e intencionales o discurso de odio, incitación a perturbar la paz, o violencia o discriminación contra los seguidores de una determinada religión” (Palomino 2009, 531-533).

Pero debe diferenciarse entre las injurias a un Dios o divinidad, y la ofensa a los sentimientos religiosos, así como a los sentimientos no religiosos, cuando se efectúen actos de escarnio o vilipendio que afecten a los mismos.

Existe, por lo tanto, una diferencia cualitativa o de matiz. A mayor abundamiento, a propósito del art. 525, CP, y su colisión con la libertad de expresión, debemos convenir en que, como regla general, debe efectuarse una aplicación restrictiva del precepto, sobre todo en los supuestos de manifestaciones artísticas, dado que de otra forma pueden surgir el “efecto desaliento” y “la autocensura”, cuando “la restricción de la libertad artística y, sobre todo, su condena penal, puede llevar a los artistas a crear únicamente obras que sean conformes con la opinión dominante” (García Rubio 2014, 446 y 447). Para evitar dicho efecto, cabe acudir a

³³ Resulta ilustrativo el título del artículo de Villameriel (2015) “Derogar el delito de blasfemia”.

expedientes como la interpretación restrictiva y el análisis del elemento subjetivo del tipo en cuestión. No obstante, debemos reconocer que en la ponderación de derechos la regla general es que prevalezca la libertad de expresión, pero debemos efectuar una serie de precisiones, ya que en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) *LA v. Turquía*, del 13 de septiembre de 2005 (STEDH 2005/93), se resume la posición del TEDH en sus párrafos 24 a 29, y se considera que los sentimientos religiosos constituyen un límite a la libertad de expresión. Entiende que los miembros de una comunidad religiosa deben soportar las críticas a sus creencias, y tales manifestaciones están protegidas por la libertad de expresión; pero tal libertad no es ilimitada, sino que, cuando se convierte en ataque injurioso, sería legítima su represión, estando facultados los Estados para adoptar medidas sancionadoras.

Otro aspecto destacable del art. 525, CP, es que éste resulta de una gran amplitud, ya que tutela tanto los sentimientos religiosos como la ausencia de ellos. Por tanto, son infundadas las críticas que se efectúan al mismo en dicho sentido, ya que proscribiera todo tipo de ultraje o vilipendio por las consideraciones sostenidas a propósito de una determinada cosmovisión. No obstante, *de lege ferenda* estimo oportuna la precisión del tipo, con lo que se concretaría más su alcance. En este sentido, considero que debería introducirse en el mismo tipo una condición objetiva de punibilidad —entendida como hecho futuro e incierto, independiente de la voluntad del autor, del que dependa el castigo de una conducta—, que vendría representada por “la alteración de la paz pública”, u otro elemento equivalente, como los recogidos en el §166 StGB y en el art. 251, CP portugués: de este modo, se añade un requisito adicional para la sanción de tales conductas, y se permite que *prima facie*, en la propia fase de instrucción se archiven aquellas querellas en las que no exista apariencia de delito en la conducta denunciada.

Por lo que hace al capítulo del CP en su conjunto, y a las críticas apuntadas en el apartado 1.2, podemos efectuar una serie de consideraciones: cuando se centran las críticas en la diferencia de trato hacia los sentimientos religiosos, debemos tomar en consideración que los sentimientos son merecedores de tutela penal si se consideran relevantes. En este caso los sentimientos de naturaleza religiosa, y la propia libertad religiosa tutelada, tienen su fundamento en el art. 16, CE, y en el art. 9o. del CEDH, por lo que se considera un bien jurídico merecedor de tutela.

La regulación legal no discrimina a creyentes, ateos o agnósticos, sino que constata una sensibilidad especial y otorga una diferencia de trato a situaciones diversas, lo que no constituye discriminación alguna. Además, cuando se reclama que otros sentimientos no están amparados por la tutela penal, la respuesta no debe ser la crítica de aquellos sentimientos legítimos que sí encuentran cobertura, sino la propuesta *de lege ferenda* seria, reflexiva, argumentada y convincente: no puede justificarse la necesidad de destipificación en una pura crítica destructiva; antes al contrario, es posible que se incremente la protección o se expanda a otros sectores hasta ahora no cubiertos. La conexión entre los sentimientos religiosos y la libertad religiosa resulta innegable, como lo ha constatado la STEDH del 20 de septiembre de 1994, en el caso *Otto Preminger-Institut contra Austria*, en que se subrayó que

Se puede legítimamente considerar que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes, tal y como está garantizado en el artículo 9o., ha sido violado por unas representaciones provocadoras de objetos de culto religioso. El Convenio debe leerse como un todo, y, en consecuencia, la interpretación y la aplicación del artículo 10 concretamente debe armonizarse con la lógica del Convenio.

En lo tocante a la “dificultad en la probanza”, no es sino una crítica vacía, por cuanto la mayoría de los preceptos del texto punitivo consagran conductas que requieren de una investigación profunda, y de un acopio más o menos relevante de elementos probatorios. Si dicha crítica se funda en la existencia de elementos subjetivos del injusto en tales delitos, reitero la apreciación: muchos delitos las contienen, y es función del juzgador valorar todos los elementos circundantes, tanto objetivos como subjetivos, en orden a apreciar su existencia o no. También debemos refutar por inconsistente la crítica basada en que se instrumentalice el procedimiento por “asociaciones integristas”. Un mínimo conocimiento del proceso penal español lleva a entender que salvo en los delitos privados (que requieren querrela del ofendido), o en aquellos que sean semipúblicos, la acción popular se encuentra legitimada para perseguir la comisión de ilícitos penales; es más, dicha institución es una forma de democratización de la justicia, que permite la persecución de delitos no sólo por el Ministerio Fiscal o por el ofendido o perjudicado, que se encuentra recogida en el

art. 125, CE.³⁴ Si aquí se quiere debatir el uso espurio de la acción popular con motivos religiosos debemos poner de manifiesto que existe el delito de acusación o denuncia falsa,³⁵ por lo que los perjudicados por dicha instrumentalización del proceso penal tienen un cauce de reclamación; pero en todo caso tales críticas podrían aducirse en mayor medida en los delitos de corrupción política —en que la utilización del proceso penal como arma arrojadiza sería aún más sensible—; no obstante nadie ha pretendido por ello la desaparición de tales ilícitos, como no podría ser de otro modo.

Frente a la alegación relativa a la inaplicabilidad de esos delitos, podemos confrontar los datos que figuran en las Memorias de la FGE, y que han sido anteriormente expuestos: son delitos de escasa aplicación, en efecto. No obstante, sí se han aplicado y continúan dando lugar a sentencias condenatorias —si bien son minoritarias—. No obstante, aducir dicho argumento como razón de autoridad para propugnar su destipificación implica desconocer que los fines de la pena no sólo vienen representados por la retribución —el puro castigo por el hecho cometido—, sino que debe valorarse la prevención especial —resocialización de individuos que han sido condenados— y la prevención general —la amenaza de la pena conlleva que los ciudadanos puedan desistir de la comisión de delitos ante el temor a su imposición—.

Cuando se propugna su desaparición con base en la existencia de los delitos de odio y contra el honor, debemos apreciar que operan en ámbitos diversos y tienen una finalidad distinta: aquí no se está pretendiendo conminar al odio o desprecio a un grupo por sus convicciones religiosas, sino que lo que se ven atacados son los propios sentimientos de los integrantes de tales grupos —o la libertad religiosa cuando se impiden, dificultan o sabotean actos de culto—. Por tanto, no existe identidad de conductas típicas.

En última instancia, debemos considerar que las críticas se centran en la religión católica, en la actitud de los jueces y en la “sobrepotección del Estado” hacia la misma. Es preciso recordar que el CP no distingue entre confesiones religiosas, por lo que los aplicadores no encontramos motivo legal alguno para efectuar tal distinción. Si con estas críticas se pretende poner de manifiesto una pretendida “confesionalidad sociológica” en fa-

³⁴ Art. 125, CE: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular”.

³⁵ Art. 456, CP.

vor de la religión católica, debemos acudir nuevamente al art. 16.3, CE, que atiende a las especiales relaciones con dicha confesión, por el mero hecho de su implantación histórica en España. Sin embargo, a efectos penales, no cabe efectuar —ni se realiza— distingo alguno: todas las confesiones religiosas que cumplen los requisitos de los preceptos analizados son susceptibles de tutela penal, por lo que no existe “favoritismo punitivo” alguno, si es que dicha figura hubiera sido imaginada por algún autor.

Otro elemento a tener en cuenta es que las creencias religiosas funcionan como una circunstancia agravante en el art. 22.4, CP.³⁶ De este modo, no se comprende que si se estima lícito que las creencias de la víctima puedan ser tenidas en cuenta para agravar la pena de los tipos básicos en que concurren, por el contrario se estime ilegítima la protección autónoma de tales sentimientos en un capítulo propio: incurrirían tales autores en la contradicción de mantener las creencias religiosas como un factor de agravación, con lo que surge un mayor desvalor de acción cuando concurre dicho elemento en el sujeto pasivo, pero se niega su virtualidad para justificar la punición de otras conductas cometidas a causa de su existencia. Es más, yendo más lejos, si se destipifican tales delitos, no nos encontraremos ante su impunidad, ya que podrían reconducirse —forzando su encaje en muchos casos— a diferentes figuras —coacciones, amenazas, daños o injurias, entre otros—, en las que habría que aplicar la referida agravante, y ello podría dar lugar a situaciones penológicas más gravosas³⁷ para el reo de las inicialmente previstas con la regulación actual.

De este modo, se sostiene la pertinencia de la protección de los sentimientos religiosos por el derecho penal. Además, en la colisión con otros derechos, como la libertad de expresión o el derecho de manifestación o reunión, el juzgador debe llevar a cabo una labor de ponderación de los derechos enfrentados. Para esta función debemos estar a los criterios

³⁶ Art. 22. 4a. CP: “Son circunstancias agravantes: 4a. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima”.

³⁷ Sirva como ejemplo la pena del art. 522, CP, multa de cuatro a diez meses, y si se recondujera a las coacciones, el marco penológico sería, según el art. 172.1, CP, de doce a veinticuatro meses, a lo que habría que añadir que se aplicaría en la mitad superior, ya que la coacción ejercida tendría como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental (la libertad religiosa). El marco penal iría de dieciocho a veinticuatro meses de multa, lo que se vería agravado si se estima que concurre la agravante del art. 22.4a., CP, de veintinueve a veinticuatro meses de multa.

jurisprudenciales, *v. gr.* los expresados en la STS 835/2017, del 19 de diciembre de 2017,³⁸ con lo que se pone de relieve que no cabe atender a un automatismo en la valoración ni a la supresión directa de un derecho en favor de otro. Por tanto, han de tenerse presentes las circunstancias del caso; debe atenderse a los principios de aplicación de la ley penal —*ultima ratio*, carácter fragmentario, proporcionalidad, intervención mínima, unidad del ordenamiento jurídico e insignificancia, entre otros—, debe efectuarse una interpretación restrictiva de los elementos subjetivos del injusto y, si fuera posible, una mejora de la redacción del art. 525, CP, con la introducción de la fórmula expuesta. Si concurren todos los elementos y finalmente el juzgador resuelve que se han vulnerado los sentimientos religiosos, la consecuencia ineludible debe ser la imposición de la pena, por cuanto se encuentra en juego el restablecimiento de la convivencia social.

IV. CONCLUSIONES

1. La formulación de los delitos contra los sentimientos religiosos en el ordenamiento jurídico español es detallada, amplia, protege a todas las confesiones inscritas, e incluso se tutela la ausencia de sentimientos religiosos en el art. 525.2, CP, por lo que no puede ser considerada ilegítima. Además, la justificación de la protección de los sentimientos religiosos debe conectarse, en el Estado social democrático y de derecho que la CE instaure, con el art. 16.3, CE, las relaciones de cooperación entre las confesiones religiosas y la comprensión de ellas como una relación de laicidad positiva, no meramente neutral, o incluso laicista negativa, sino que el Estado debe

³⁸ FJ. 2o. de la STS 835/2017: “La CE reconoce también el derecho a la libertad de expresión y el derecho de manifestación. Es posible que, en algunas ocasiones, esos derechos puedan colisionar con el derecho a la libertad religiosa. Pero es claro que, para resolver esos supuestos, no siempre será preciso concluir que la ponderación necesaria haya de conducir a establecer la supremacía de un derecho sobre el otro hasta el punto de anular absolutamente el ejercicio de uno de ellos. En algunas ocasiones será posible otra solución que los haga compatibles, y en ellas, el ejercicio de uno de los derechos no justifica la lesión del otro. Es claro que les asistía el derecho de expresar libremente su opinión, y de manifestarse para ello, dentro de los límites legales. Sin embargo, ello no les autorizaba a hacerlo de forma que, actuando en el interior del lugar destinado al culto, suprimieran un derecho fundamental de los demás, en el caso, el de libertad de culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible, sin que, por ello, fuera preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro. No era preciso resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de supremacía”.

llevar a cabo —de una forma proactiva— y propender a la consecución de tales finalidades. El principio de unidad del ordenamiento jurídico lleva a interpretar dichos preceptos tuitivos del fenómeno religioso a la luz de las relaciones de cooperación: puesto que el Estado considera la religión como algo valioso y digno de protección especial, tipifica una serie de conductas para preservar los sentimientos de los miembros de las confesiones en cuestión. Ello no genera situaciones de discriminación, dado que se confiere un tratamiento distinto a una situación diferente, y la igualdad material no se vería perturbada: sería un corolario de las relaciones de cooperación.

2. El derecho comparado pone de manifiesto que la regulación española no es la que efectúa mayores diferenciaciones de tratamiento, como se constata al analizar el StGB alemán, en que sí se condena la blasfemia. Además, la tradición jurídica continental continúa sancionando los delitos contra los sentimientos religiosos, por lo que no puede afirmarse —como en ocasiones se ha realizado— que en España exista una censura religiosa. Frente a lo expuesto por un relevante sector doctrinal y de opinión, debe manifestarse que en España no se tipifica el delito de blasfemia, sino que son los sentimientos de los miembros de las confesiones religiosas los que se tutelan de una manera directa, no la existencia de una divinidad, sus representaciones, ni los elementos de culto. Además, cuando se acude al paradigma del Reino Unido, se está olvidando que en Inglaterra la reina es la cabeza de la Iglesia anglicana, por lo que se trata de un Estado confesional; lo mismo se puede decir de Dinamarca, Estado que derogó el delito de blasfemia, pero que es de naturaleza confesional, cuya religión oficial es el cristianismo de tipo protestante-luterano. Por tanto, todas las críticas que se efectúan tomando como paradigma el modelo angloamericano y similares en que se alude a la destipificación de la blasfemia deben ser relativizadas si se valora su estructura constitucional y los modelos de relación entre las Iglesias y el Estado —además, se incurre en el error expuesto de considerar que en España sea delito la blasfemia—. Por tanto, la tipificación de las meritadas conductas ni supone una excepción ni un aspecto anacrónico: los textos punitivos de referencia para España —con la excepción del francés— tipifican tales delitos.

3. Los sentimientos son susceptibles de protección por el derecho penal siempre que sean legítimos, y que en la ponderación de derechos se llegue a la conclusión por el juzgador de que deben prevalecer frente a otros intereses y derechos. Asimismo, las ofensas pueden ser constitutivas

de delito cuando las mismas se sancionan mediante criterios normativos y se llegue a la conclusión de que al objetivarla, la conducta es, en sentido general, ofensiva. Concurriendo ambos requisitos, resulta legítimo el castigo penal de las ofensas que vulneren los sentimientos, considerados como bien jurídico protegido por tales preceptos. Puesto que el CP recoge varios casos de protección de sentimientos, y dado que el sentimiento religioso ocupa un lugar elevado en la pirámide axiológica, resulta legítima la protección de los sentimientos religiosos. Dicho lo cual, debe subrayarse que la interpretación de los delitos contra los mismos debe partir de criterios restrictivos, deben estar presentes los elementos subjetivos del injusto y debe evitarse el efecto de autocensura artística, por lo que los jueces de instrucción han de ser especialmente meticulosos y cuidadosos a la hora de valorar la concurrencia de los elementos típicos. Por lo que hace al delito del art. 525, CP, se propone de *lege ferenda* su modificación, en aras de garantizar la seguridad jurídica y de restringir o concretar aún más su aplicación, introduciendo como condición objetiva de punibilidad que con tales conductas de escarnio se altere la paz pública, u otro elemento equivalente y similar, que sirva para perfilar su aplicación y evitar incertidumbres e instrumentalización de querellas infundadas. Sin embargo, pese a esta propuesta, se considera que la regulación de los delitos contra los sentimientos religiosos es adecuada, conforme con el canon constitucional, garantiza la libertad religiosa y es sensible a las creencias de los ciudadanos.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD YUPANQUI, S. B. 2008. “Libertad religiosa y Estado constitucional”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* 61.
- BARBOSA DELGADO, F. R. 2011. “El principio de laicidad en la educación en Francia y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre el universalismo francés y el reconocimiento al margen nacional de apreciación del TEDH”, *OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales* 16.
- CABANILLES, M. 2017. “Sentimientos y ofensas”, *Levante. El Mercantil Valenciano*, disponible en: <https://www.levante-emv.com/opinion/2017/04/15/sentimientos-ofensas/1554503.html>.

- CAÑAMARES ARRIBAS, S. 2010. “Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural”, *Revista de Estudios Jurídicos* 10.
- CORRAL SALVADOR, C. 2004. “Laicidad, aconfesionalidad, separación ¿son lo mismo?”, *UNISCI Discussion Papers* 6.
- EL DIARIO. 2015. “El delito de blasfemia sigue en el Código Penal español”, disponible en: https://www.eldiario.es/politica/archivan-mayoria-de-nuncias-sentimiento-religioso_0_343665942.html.
- EL PURAL. 2017. “Los peores lugares del mundo para blasfemar, incluida España”, disponible en: <https://laicismo.org/los-peores-lugares-del-mundo-para-blasfemar-incluida-espana/>.
- EUROPAPRESS. 2015. “Los tribunales sólo acceden a condenar por blasfemias cuando media un discurso de odio e incitación a la violencia”, disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-tribunales-solo-acceden-condenar-blasfemias-cuando-media-discurso-odio-incitacion-violencia-20150111120038.html>.
- FÉLIX BALLESTA, M. A. 1988. *El divorcio en el derecho francés*. Barcelona, Universidad de Barcelona.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. 2015. En *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, M. CORCOY BIDASOLO et al. (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- FERREIRO GALGUERA, J. 2002. “Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6.
- GARCÍA LIÑÁN, M. A. 2001. “La protección del factor religioso en el nuevo Código Penal español”, *Revista Española de Derecho Canónico* 151(58).
- GARCÍA RUBIO, M. P. 2014. “Arte, religión y derechos fundamentales: la libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos”, *Anuario de Derecho Civil* 2(67).
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. 2014. “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 30.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. 2016. “Presentación”, en R. HEFENDEHL, A. Von Hirsch, y W. WOHLERS (eds.), *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons.
- HAVA GARCÍA, E. 2011. “La protección del bienestar animal a través del derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos* 31.

- INNERARITY GRAU, C. 2005. “La polémica sobre los símbolos religiosos en Francia. La laicidad republicana como principio de integración”, *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 11.
- LABACA ZABALA, M. L. 2009. “La libertad religiosa y el principio de laicidad en los centros educativos públicos de Francia: a propósito de las manifestaciones religiosas ostensibles en las aulas”, *Revista Jurídica online de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 24.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. 1997. *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid, Civitas.
- MIRÓ LINARES, F. 2015. “La criminalización de conductas «ofensivas», A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17.
- MUÑOZ CONDE, F. 2010. *Derecho penal. Parte especial*, 18a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- OLLERO TASSARA, A. 2014. “Cómo entender la aconfesionalidad del Estado español”, *Gaceta Judicial de Cusco* 4(IV).
- PALOMINO LOZANO, R. 2009. “Libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum* 98 (49).
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. 2015. “Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 18.
- RIVERO ORTIZ, R., “Libertad de expresión, libertad religiosa y Código Penal: ¿todos somos Charlie?”, *La Ley* 8487.
- ROCA FERNÁNDEZ, M. J. 1996. “La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la Jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, 48.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. 1976. *Derecho penal español: parte general*, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. 2007. *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. 2a. ed., Madrid, La Ley.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. 2007, en Luis Alberto ARROYO ZAPATERO *et al.* (dirs.); *Comentarios al Código Penal*, Adán NIETO MARTÍN y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (coods.), Madrid, Iustel.
- ROXIN, C. 2013. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15.

- SÁNCHEZ CÁMARA, I. 2011. “Ateísmo de Estado”, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte* 134.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. 2009. en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 8a. ed., G. QUINTERO OLIVARES (dir.), y F. MORALES PRATS (coord.), España, Aranzadi.
- TERUEL CARRALERO, D. 1951. “El delito de blasfemia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 3(4).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *et al.*, 2002. *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*, Madrid, Tecnos.
- VILLAMERIEL, L. 2015. “Derogar el delito de blasfemia”, *Diario Progresista*, disponible en: <https://laicismo.org/derogar-el-delito-de-blasfemia/>.

¿QUÉ PAPEL JUEGA LA *CONSIDERATION* EN LA TEORÍA DEL CONTRATO DE THOMAS HOBBS?*

WHAT ROLE DOES THE CONSIDERATION PLAY IN THOMAS HOBBS'S CONTRACT THEORY?

Carlos ISLER SOTO**

RESUMEN: La doctrina de la *consideration* como elemento de todo contrato en Thomas Hobbes no ha recibido suficiente atención por parte de los estudiosos, y los pocos que la han comentado han errado respecto de su función. En este artículo exponemos el papel que dicha noción juega en la teoría del contrato; en qué medida viene exigida o no por la antropología hobbesiana, y en qué medida es simplemente una importación del *common law*; cuáles tipos de *consideration* puede Hobbes aceptar, y nos referimos a la posibilidad de que al final de su vida Hobbes la haya reemplazado por la noción civilista de *causa*. Asimismo, analizamos cuál es la *consideration* en el contrato social.

ABSTRACT: *the doctrine of consideration as an element in every contract according to Thomas Hobbes has not received enough attention by scholars, and the few who have commented it, have erred in regard to its function. In this paper we expose the role this notion plays in his theory of contract; in what sense it is necessitated by Hobbesian anthropology, and in what measure it is simply an import from Common Law; which types of consideration Hobbes can accept, and we treat on the possibility that, at the end of his life, Hobbes may have replaced it with the civil law notion of causa. We analyze the consideration in the social contract as well.*

* Artículo recibido el 24 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 4 de agosto de 2019. El presente artículo es parte del proyecto Fondecyt de Iniciación 11150285, titulado “Fundamentos filosóficos de la teoría del contrato en Thomas Hobbes”, financiado por Conicyt, y del cual el autor es investigador responsable. También debo agradecer a la Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Amexcid), que me otorgó una beca que me permitió realizar una estancia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en la cual pude terminar este artículo.

** ORCID: 0000-0003-4360-7497. Abogado, doctor en Derecho. Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Bernardo O’Higgins, Chile. Correo electrónico: *carlos_isler@yahoo.com*.

Palabras clave: Thomas Hobbes, *consideration*, egoísmo sicológico, contrato, donación. **Keywords:** Thomas Hobbes, *consideration*, psychological egoism, contract, gift.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La consideration en el common law en la época de Hobbes*. III. *Los textos hobbesianos*. IV. *Las tesis de Grover e Ibbetson*. V. *El papel de la consideration según Hobbes, a partir de su antropología*. VI. *El papel de la consideration en el contrato social*. VII. *El problema de la edición latina del Leviathan*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Thomas Hobbes es conocido ante todo como un gran filósofo político. Menos estudiada ha sido su faceta de filósofo del derecho.¹ Y menos aún su teoría del contrato —a diferencia de su teoría del contrato social, que ha sido objeto de amplio estudio—.

Thomas Hobbes, en sus tres obras políticas mayores, desarrolla una breve pero interesante teoría del contrato, que abarca tanto a los contratos de derecho privado como al contrato social.² Y, siguiendo la tradición del *common law*, Hobbes exige que todo contrato debe tener una *consideration*. En este artículo queremos exponer qué papel juega la *consideration* en la teoría del contrato de Thomas Hobbes. Para ello, en primer lugar expondremos el papel que jugaba la *consideration* en el *common law* en la época de Hobbes (I), para exponer a continuación los textos hobbesianos (II), la interpretación que de su papel en Hobbes han hecho los especialistas (III), nuestra interpretación, que se basa en el egoísmo sicológico que atribuimos a Hobbes (IV); nos referiremos luego a la *consideration* en el contrato social (V); luego, brevemente al problema que al respecto presenta la versión latina del Leviathan (VI), y terminamos con una conclusión (VII).

¹ Sobre la filosofía del derecho de Hobbes, véase especialmente Bobbio (2004); Boyle (1987); Dyzenhaus y Poole (2012); Finkelstein (2005); Goyard-Fabre (1975); Isler (2017); Krielle (1969); Murphy (1995 y 2016) y Shiner (1980).

² Existe poca bibliografía sobre esta teoría del contrato. Sólo han tocado el tema Grover (1980), Dalgarno (1975), Holt (2004) y May (1980).

II. LA *CONSIDERATION* EN EL *COMMON LAW* EN LA ÉPOCA DE HOBBS

Ante todo, debemos referirnos a qué era la *consideration* en el *common law* y la noción de *causa* utilizada por los civilistas, muy brevemente, sólo lo necesario, para entender posteriormente la doctrina hobbesiana.

Como es sabido, la *consideration* es un elemento esencial de todo contrato en el *common law*. Los tribunales anglosajones no reconocen a toda promesa como constitutiva de contrato: se requiere, para que una promesa sea un contrato, que tenga un elemento extra, llamado *consideration*. De este modo, los pactos desnudos no dan lugar a acción, y su cumplimiento no puede ser ordenado por el poder del Estado. Así, por ejemplo, para la tradición del *common law*, a diferencia de la tradición del derecho civil, las donaciones no son contratos, y su cumplimiento, por ende, no podía ser exigido coactivamente. Hay, como se sabe, hoy día una gran discusión relativa a la naturaleza de la *consideration*, una doctrina que muchos consideran incoherente, y hay quienes han pedido su abolición.

En la época de Hobbes, la doctrina de que todo contrato requería una *consideration* ya era clara. Si bien “la idea parece haber estado presente en el derecho inglés mucho antes de que adquiriese el nombre” (Baker 1981, 337), fue durante los años 1535-1585 en los que se asentó la idea de que todo contrato exigía una *consideration*. Como expresa Baker (1981, 337), para 1585

...la *consideration* había adquirido el estatus de una doctrina, y podía ser definida como un beneficio para el demandado o un trabajo o carga para el demandante. Apenas cincuenta años antes no había rastros de “*consideration*” en las declaraciones de *assumpsit* o en las pocas discusiones reportadas relativas a tales acciones.

La *consideration* surge en el *common law* como un requisito de reciprocidad en los contratos. J. H. Baker encuentra un primer antecedente de la idea de *consideration* en el caso *Marler v. Wilmer* (1539), en el cual, aunque no se habla de *consideration*, se expresa que “no aparece en la declaración por qué causa [*quam ob causam*] hizo el compromiso anterior, si por dinero pagado con anterioridad, o por recepción de parte de los mencionados bie-

nes, y así *ex nudo pacto non oritur actio*” (citado en Baker 1981, 339).³ Luego se especifica más en qué consiste esta “causa”, como un requisito de reciprocidad, un *quid pro quo*. “Por más de 20 años la cláusula *quid pro quo* dominó las declaraciones de *assumpsit*” (Baker 1981, 340), y después se utilizó la expresión “*consideration*” para expresar la misma idea.

La *consideration* era, así, un requisito para poder exigir el cumplimiento de una promesa mediante la acción de *assumpsit*. Y, una vez desarrollada la doctrina de la *consideration*, había tres formas aceptadas por los tribunales: que el promitente recibiera un beneficio de la persona a quien prometía, que la persona a quien se prometía hubiera sufrido algún detrimento por confiar en la promesa del promitente, y el cumplimiento de algún deber antecedente. En este último caso, la *consideration*, más que fundamento de la responsabilidad civil, era simplemente requisito de poder accionar en *assumpsit*, porque el fundamento de la responsabilidad era el deber antecedente (*cf.* Ibbetson, 1990, p. 72).

Un aspecto importante de la doctrina de la *consideration* consiste en que los tribunales no evaluaban la equivalencia económica de las prestaciones. La *consideration* debía ser real, pero no importaba que el valor de ella fuera equivalente al de la obligación prometida.

Es necesario aludir muy brevemente también aquí a la noción de *causa*, presente en la tradición del derecho civil y del derecho canónico, ya que posteriormente se explicará en qué sentido Hobbes podría haber aceptado esta noción en vez de la de *consideration*. En la tradición del derecho civil, se decía que un elemento de la esencia de todo contrato era la noción de causa. Dicha noción tiene sus orígenes remotos en el derecho romano, pero en la época de Hobbes ya se entendía como causa final.⁴

Según James Gordley, dicha doctrina fue desarrollada sobre todo por los comentaristas como Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldi. “De acuerdo a esta doctrina, el consentimiento de las partes es vinculante, en principio, solamente si es dado por una de dos razones o *causae*:

³ Aquí el *common law* sigue al derecho romano, del cual se toma la regla de que el pacto desnudo no genera acción.

⁴ En el sentido aristotélico, *cf.* Aristóteles, *Metafísica*, V, 2, 1013a32-35: “además [está la causa entendida] como *fin*, y ésta es aquello *para-lo-cual*: por ejemplo, el del pasear es la salud. ¿Por qué, en efecto, pasea? Contestamos: para estar sano, y al contestar de este modo pensamos que hemos aducido la causa”. Ocupamos la traducción de Tomás Calvo Martínez.

liberalidad, o la recepción de algo a cambio de lo que se da” (Gordley 1991, 49).

Así, “mientras que el derecho romano habla solamente de *causa*, que en latín significa simplemente una razón, Bartolo y Baldo hablan de *causa finalis* o, cuando están siendo muy cuidadosos, de la *causa finalis proxima* de las partes contratantes” (Gordley 1991, 50).

Lo verdaderamente importante es que la noción de causa incluía la liberalidad, por lo que podía haber contratos gratuitos; por ejemplo, la donación. La doctrina de la *consideration*, en cambio, no incluía la liberalidad, de modo que las promesas donatorias no eran contratos ni, consecuentemente, podían ser exigibles en juicio mediante la acción de *assumpsit*.⁵

III. LOS TEXTOS HOBBSIANOS

Hobbes expresa en repetidas ocasiones que todo contrato incluye una *consideration*.

En *The Elements of Law*, sostiene que

...when a man transferreth his right, upon *consideration* of reciprocal benefit, this is not free gift, but mutual donation; and is called CONTRACT. And in all contracts, either both parties presently perform, and put each other into a certainty and assurance of enjoying what they contract for: as when men buy or sell, or barter; or one party performeth presently, and the other promiseth, as when one selleth upon trust; or else neither party performeth presently, but trust one another...

In all contracts where there is trust, the promise of him that is trusted, is called a COVENANT. And this, though it be a promise, and of the time to come, yet doth it transfer the right, when that time cometh, no less than an actual donation (Hobbes 1994, XIV, 84).⁶

⁵ Sobre la noción de *consideration* en general, la bibliografía es enorme. Véase, por ejemplo, Bix (2012) o Adams y Brownsword (2007). Sobre su diferencia y relación con la de *causa*, véase Lorenzen (1919) y Stoyanov (2016).

⁶ Se utiliza la edición de J. C. A. Gaskin para Oxford University Press, 1994. Nos apartaremos de la convención académica según la cual, al citar un texto en idioma extranjero en el cuerpo del artículo, se traduce, y al hacerlo en nota al pie, no se traduce, y dejaremos sin traducir los textos de Hobbes citados en el cuerpo del artículo, dado que en el artículo se hace exégesis de dichos textos, y conviene en ese sentido que el lector pueda ver el texto original.

En el *De Cive*, Hobbes no menciona la *consideration* como elemento de todo contrato, y en el *Leviathan* expresa que “Whensoever a man Transfereh his Right, or Renounceth it, it is either in consideration of some Right reciprocally transferred to himselfe; or for some other good he hopeth for thereby. For it is a voluntary act: and of the voluntary acts of every man, the object is some *Good to himselfe*” (Hobbes 2012, XIV, 202).⁷ Y define al contrato así: “The mutuall transferring of Right, is that which men call CONTRACT” (Hobbes 2012, XIV, 204).

Nótese bien lo que dice: cuando se transfiera un derecho, es, o *in consideration of some Right*, o *for some other good*. Nos parece que aquí el “or” es excluyente, de modo que, con la primera alternativa, Hobbes se refiere al contrato: todo contrato se realiza *in consideration of some Right*. La segunda alternativa se referiría, entonces, a la donación: la donación se realiza *for some other good*, vale decir, no en atención, no *in consideration* de algún derecho. La distinción es clara, lo mismo que la doctrina de que todo contrato exige *consideration*.

La consideración anterior adquiere más plausibilidad si se aprecia cómo Hobbes describe la donación:

When the transferring of Right, is not mutuall; but one of the parties transfereh, in hope to gain thereby friendship, or service from another, or from his friends; or in hope to gain the reputation of Charity, or Magnanimity; or to deliver his mind from the pain of compassion; or in hope of reward in heaven; This is not Contract, but GIFT, FREE-GIFT, GRACE: which words signifie one and the same thing (Hobbes 2012, XIV, 204).

Nótese cómo dice que la donación se hace *in hope to* algo, no *in consideration of*. Es claro que la *consideration* es elemento de todo contrato, y sólo de él, y que la donación no es contrato.

Puede verse, por otro lado, la diferencia entre *The Elements of Law y Leviathan*: en el primero dice que la *consideration* es un beneficio; en el segundo, deja claro que la *consideration* es un derecho que se adquiere, y por ello define contrato como la mutua transferencia de derecho.

⁷ Se utiliza la edición crítica Clarendon de Oxford University Press, 2012, indicando primero el capítulo en numeral romano, y luego la página en número arábigo. La edición latina del *Leviathan*, que citaremos, se encuentra publicada en esta misma edición, con sus páginas puestas frente a las de la edición inglesa correspondiente.

Por su parte, la edición latina del *Leviathan* dice que “Quotiescunque Ius suum derelinquit quis, vel transfert, eâ causâ id facere intelligitur, ut sibi reciprocè ab eo, cui translatum est Ius aliquod vel aliud bonum accipiat” (Hobbes 2012, XIV, 203).

Puede verse que sólo la versión inglesa del *Leviathan* habla de *consideration*, mientras que la latina utiliza la noción de *causa*, que era utilizada por los canonistas y civilistas, pero que es diferente de la de *consideration*. Si Hobbes, en la versión latina, se hubiera referido a la noción de *consideration*, habría utilizado la expresión latina *in consideratione*, que era la expresión con la cual los demandantes en juicio alegaban que una promesa incluía *consideration* y debía ser cumplida en el siglo XVI, antes de que dicha expresión pasara al inglés como *in consideration of*, que es la que Hobbes utiliza. ¿Tiene alguna importancia este cambio de terminología? Lo trataremos más adelante.

Por último, conviene mencionar que en su conocido *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* no se refiere al tema.

IV. LAS TESIS DE GROVER E IBBETSON

El interesante tema del papel de la *consideration* en la obra hobbesiana, lamentablemente, sólo ha sido tocado por dos autores: Robinson Grover y David Ibbetson.

Grover, en un artículo muy importante relativo al papel del *common law* en el pensamiento jurídico y contractual de Hobbes, defiende la tesis general de que

Hobbes tenía un conocimiento considerable del derecho, que derivó su concepto de contrato muy estrictamente de una fuente jurídica inglesa del siglo precedente, probablemente el *Doctor and Student* de Christopher St. German, y que su deuda con esta fuente jurídica influyó su justificación de la obligación política (Grover 1980,177).

Hasta ahí, se trata de una tesis general sobre la filosofía del derecho de Hobbes. Sin embargo, más adelante, Grover (1980,180) especifica más su tesis, y sostiene que toda su teoría contractual temprana habría sido influenciada por Christopher St. Germain. Expresa que

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1523-1550.

Hobbes ciertamente leyó el *Doctor and Student* en algún momento de su vida, porque cita de él en su *Dialogue on the Common Law*. Desde que el título de la obra de Hobbes está modelado en el de St. German, podemos inferir que Hobbes no sólo había leído la obra, sino que tenía una buena opinión de ella. ¿Pero cuándo leyó Hobbes el *Doctor and Student* por primera vez? Usualmente se argumenta que, desde que el *Dialogue* de Hobbes fue escrito en 1673, su lectura de St. German data de tal época. Sin embargo, creo que Hobbes había leído St. German años antes, probablemente en los 1620s, y ciertamente antes de 1635 (Grover 1980, 180).

Grover cree que ello es así porque hay influencia de St. German en la obra temprana de Hobbes, particularmente en el tema de la *consideration*. Al respecto, recordando que Hobbes exige una *consideration* como elemento esencial de todo contrato, cita algunos textos de St. German de los cuales Hobbes habría extraído tal idea. Concretamente, el texto clave sería el siguiente:

...as yf Johan at style letteth a chambre to Henry herte & it is ferther agreed bytwene theym that the sayd Henry herte shall goo to borde with the sayd Johan at style / and the sayd Henry herte to paye for the chamber & bordynge a certayne summe .&c thys is properly called a concorde/ but yt ys also a contracte & a good accyon lyeth upon yt (St. Germain 1974, 228).

Así, para St. German, la base de la obligación contractual sería, alternativamente, una *consideration* o el hecho de haber el acreedor sufrido alguna merma por haber confiado en la promesa del promitente (*detrimental reliance*), y Hobbes habría reconocido ambas fuentes de responsabilidad contractual. Podemos observar que hay aquí varias tesis: Hobbes reconoce dos fuentes de responsabilidad contractual: promesa con *consideration*, y promesa con *detrimental reliance* (llamaremos a esta tesis TG1, tesis Grover 1), Hobbes habría obtenido la idea de *consideration* de St. German (TG2), y Hobbes habría obtenido la idea de *detrimental reliance* también de St. German (TG3).

Tras obtener estas ideas, Hobbes se habría dado cuenta de que encajaban perfectamente en su modelo filosófico, de modo que “un contrato, en el sentido de una promesa voluntaria vinculante hecha a cambio de una buena *consideration* o sobre la base de *detrimental reliance* describe exactamente el tipo de contrato que la metafísica de Hobbes exige” (Grover

1980, 185). Podemos llamar a esta tesis, la de que la metafísica de Hobbes exige una *consideration* o *detrimental reliance* como base de la responsabilidad contractual, TG4.

David Ibbetson, por su parte, expone que

...el modelo hobbesiano tuvo dos consecuencias importantes para la estructura del derecho inglés de los contratos. De modo más obvio, disminuyó el rol de la *consideration*, pues si la responsabilidad era generada por el acuerdo de las partes, entonces parecería no importar si era puramente gratuita o había sido pagada. La función de la *consideration* es altamente ambigua en los esquemas de Hobbes del contrato —la *consideration* es definida en términos de reciprocidad, luego tratada como no más que evidencia de la intención de estar vinculado—, y esta ambigüedad fue llevada adelante en los análisis de los siglos XIX y XX (Ibbetson 2006, 216).

Conviene analizar lo que dice Ibbetson. En este breve texto anuncia varias tesis sobre el papel de la *consideration* en la obra de Hobbes. Dice, primero, que el modelo hobbesiano implica una disminución del papel de la *consideration*. Llamemos a esta tesis TI1 (Tesis Ibbetson 1). A continuación, dice que el papel de la *consideration* en la obra de Hobbes es ambiguo, porque Hobbes trata a la *consideration* a veces como un requisito de reciprocidad, y a veces como evidencia de la intención de vincularse. Llamemos a esta tesis TI2. Y dice que esta ambigüedad fue llevada adelante por los autores de los siglos XI y XX, influenciados por Hobbes. Llamemos a esta tesis TI3.

Ante todo, tenemos que decir que el estudio de TI3 no es objeto de este artículo, porque no es una tesis sobre la obra de Hobbes, sino sobre su posible influjo posterior en otros autores. De modo que no nos pronunciaremos sobre tal tesis, pero sí sobre TI1 y TI2. Y ambas nos parecen erróneas si se entiende bien la obra hobbesiana. Para ello, expondremos a continuación el papel que, creemos, juega la *consideration* en la teoría del contrato de Thomas Hobbes, pero ello nos obligará a exponer antes un aspecto central de toda su teoría política y jurídica: su egoísmo psicológico. Sólo expuesto éste puede entenderse qué papel *puede* jugar la *consideration* en la obra de Hobbes.

V. EL PAPEL DE LA *CONSIDERATION* SEGÚN HOBBS, A PARTIR DE SU ANTROPOLOGÍA

Ante todo, debe concederse que Thomas Hobbes tenía cierto conocimiento del derecho inglés. Lo muestra muy a las claras el tardío *Dialogue*, claramente influenciado en su estructura por el *Doctor and Student* de Christopher St. German, con sus numerosas citas de leyes inglesas, así como de la obra de Coke. La extensión y profundidad de este conocimiento puede ser objeto de disputa, pero es innegable que cierto conocimiento tenía del derecho positivo de su época. De hecho, vamos a coincidir con Grover en que obtiene la noción de *consideration* del *common law* —aunque no de St. German—.

Para entender el papel que la *consideration* juega en la teoría del contrato de Thomas Hobbes, es imprescindible entender uno de sus supuestos antropológicos fundamentales: el egoísmo psicológico.

En efecto, el filósofo de Malmesbury enuncia en repetidas ocasiones que todo agente, en cada acción que realiza, busca un bien para sí mismo. Así, ya desde *Elements of Law* expresaba que “Necessity of nature maketh men to will and desire *bonum sibi*, that which is good for themselves” (Hobbes 1994, XIV, 78-79), o que “by necessity of nature every man doth in all his voluntary actions intend some good unto himself” (Hobbes 1994, XVI, 90). En *De Cive* afirmaba que “vnusquisque naturali necessitate bonum sibi appetit” (Hobbes 1984, XIII, 96-97), y en *Leviathan* va a enunciar repetidas veces lo mismo.

Esto puede parecer artificioso si se tiene en consideración que hay muchas acciones humanas que parecen motivadas por el bien ajeno. Sin embargo, Hobbes reinterpretará aquellas acciones como motivadas de algún modo por la búsqueda de un bien para el agente. Una anécdota contada por su biógrafo Aubrey muestra muy bien lo que pensaba Hobbes: cuando Hobbes, que estaba con Aubrey y un teólogo, dio limosna a un mendigo, el teólogo le preguntó si hubiera dado tal limosna de no haber sido el mandato de Cristo. “«Sí», dijo él. —«¿Por qué?» preguntó el otro—. «Porque», dijo, «sufría al considerar la miserable condición del anciano; y ahora mi limosna, al darle a él cierto alivio, también me calma a mí»” (Aubrey, “The Brief Life”, en Hobbes 1994, 242).

Vale decir: lo que Hobbes buscaba en aquella acción era un bien para sí mismo, el librarse del dolor provocado por la vista del anciano. Esto es muy importante para su teoría del contrato en general.

Respecto del fundamento del egoísmo sicológico en Hobbes, hay discusión entre los autores, y no es necesario repetirla aquí.⁸ Lo importante es notar la diferencia con autores clásicos como Aristóteles o santo Tomás de Aquino. Para éstos, el objeto de la voluntad es siempre un bien (Aristóteles 2007, I,1 y *Summa Theologiae* I-II q94 a2), pero no necesariamente el bien para sí mismo. Por ello, puede desearse el bien del otro por el otro, lo que acontece paradigmáticamente en el caso de la amistad (Aristóteles 2007, VIII).

Esto es importante para el tema de la *consideration*, por lo siguiente: si en toda acción se busca un bien para sí mismo, necesariamente al contratar también. El egoísmo sicológico exige que haya un bien que mueva al objeto de la voluntad al contratar. No puede haber contrato sin que se obtenga algo a cambio. Llamemos, de momento, a ese “algo”, “X”.

Ahora bien: ese “X” ¿debe ser necesariamente la *consideration*? Recordemos que ésa es, precisamente, parte de la TG4, según la cual lo que la metafísica de Hobbes exige como fundamento de la responsabilidad contractual es una *consideration* o una *detrimental reliance*.

Sin embargo, TG4 es falsa. Ante todo, la *detrimental reliance* no puede ser lo que motiva al agente hobbesiano a actuar, dado que éste no obtiene nada por el mero hecho de que el otro haya confiado en su promesa y haya sufrido una merma por ello. Por ello, además, TG3 es falsa: vale decir, si Hobbes no utilizó la noción de *detrimental reliance*, mal puede haberla obtenido de St. German.

Aún más, la *consideration*, aunque juega el papel de la “X” a la que nos referimos, no necesariamente debiera jugar tal papel, supuestas las mismas premisas hobbesianas. Perfectamente, y de modo más coherente, lo podría jugar la noción de *causa* tal como había sido desarrollada

⁸ Así, por ejemplo, Zarka, Lukac de Stier y Rhonheimer creen que tal egoísmo sicológico deriva de su teoría sensista del conocimiento, que impide cualquier acceso a una realidad extramental, de modo que el sujeto queda encerrado en el mundo de sus representaciones y, por ende, de sus deseos. Cfr. Zarka (1999, 228); Rhonheimer (1997, 112); Lukac de Stier (1999, 182-188). Por otro lado, Alfred Edward Taylor cree que ello deriva de un ejercicio de introspección por parte de Hobbes: analizando sus propias acciones, habría concluido que todas se encontraban motivadas por la búsqueda de algún bien para sí. Cfr. Taylor (1908, 55 y 56).

Por otro lado, es necesario reconocer que hay intérpretes para los cuales Hobbes no es un egoísta sicológico. Así, por ejemplo, Gert (1967), Lloyd (2009) y Sreedhar (2010).

por los autores de la escolástica española. Y es que, en la donación, según reconoce el mismo Hobbes, el agente también obtiene algo, que puede ser fama de liberalidad, una recompensa en el cielo, o simplemente la liberación del dolor provocado por la vista del dolor ajeno. Y si se obtiene algo, *nada impide que la donación, en consecuencia, sea coherente con su egoísmo psicológico y que sea contrato*. Tanto la donación como la compraventa implican algún beneficio para el agente, de modo que no hay razón para que tengan tratamiento distinto. Por ende, la donación bien podría haber sido contrato, supuestas las mismas premisas hobbesianas y, en ese caso, el papel de la “X” debería haberlo jugado la noción de *causa* —que admite la liberalidad—, no la de *consideration*. Por ello, es falso que la noción de *consideration* sea exigida por la antropología hobbesiana, como pretende Grover.

Por todo lo anterior, puede verse que TG4 es falsa, porque el agente hobbesiano no puede verse motivado a contratar por la *detrimental reliance*,⁹ ni, aunque algo debe motivarlo a contratar, ese algo, “X”, necesariamente debe ser la *consideration*: podría ser la noción de causa y, consiguientemente, Hobbes podría aceptar la posibilidad de contratos gratuitos, como el de donación, y no está, a partir de sus supuestos antropológicos, necesariamente obligado a enviar la noción de donación fuera del dominio contractual.

⁹ Se podría argumentar que, con todo, aunque el agente hobbesiano no puede verse motivado a contratar por la *detrimental reliance*, sin embargo la ley positiva podría imponer que, habiendo *detrimental reliance*, habrá responsabilidad contractual. Hobbes, en efecto, reconoce que la ley positiva puede determinar las características de los contratos (Hobbes 2012 XXIV, 392): “it belongeth to the Common-wealth, (that is to say, to the Sovereign,) to appoint in what manner, all kinds of contract between Subjects, (as buying, selling, exchanging, borrowing, lending, letting, and taking to hire,) are to be made; and by what words, and signes they shall be understood for valid”. De este modo, TG4 podría ser parcialmente verdadera, en cuanto la *detrimental reliance* podría ser fundamento de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, esta tesis no es sostenible, porque la teoría del contrato de Thomas Hobbes no es sólo una teoría del contrato de derecho privado, contrato cuyas características podrían ser determinadas por la ley positiva, sino del contrato en general, e incluye el contrato social, que bajo ninguna circunstancia puede considerarse como generando responsabilidad a partir de una mera *detrimental reliance*. De ahí que sea falsa TG4, en cuanto la metafísica de Hobbes no exige responsabilidad por mera *detrimental reliance*, aun cuando Hobbes pueda aceptar que tal *detrimental reliance*, por determinación de la ley positiva, puede generar responsabilidad, pero ello es accidental y contingente. Con todo, lo más probable es que dijera, además, que tal responsabilidad es extracontractual.

Sin embargo, aunque la *consideration* no sea exigida por su antropología,¹⁰ no puede olvidarse que, de hecho, cumple la función de “X”, y que sin “X” no puede haber contrato. Por ello, no podemos tampoco compar-

¹⁰ La *consideration* no es exigida por su antropología, pero puedo uno preguntarse si Hobbes puede encontrar alguna otra justificación, no derivada de su antropología, para el requisito de la *consideration* en todo contrato. Si tenemos en consideración las justificaciones a la misma que autores del *Common Law* han dado, también llegaremos a la conclusión de que no: por ejemplo, algunos autores han dicho que el requisito de la *consideration* se justifica como una formalidad. Como dice Smith, “In this view, the rule is justified on similar grounds to those that justify writing requirements and other form requirements. Specifically, the consideration rule serves the same cautionary and channeling function that formalities often serve” (Smith 2004, 216). Debe descartarse que Hobbes considere la *consideration* una formalidad, porque es requisito de todo contrato, incluso del contrato social, el cual claramente *no tiene formalidades* —Hobbes no pretende que se pueda mostrar un documento que contenga el contrato social—, y se actualiza a cada instante con la aceptación tácita que hacen los súbditos del soberano.

Otra justificación que se aduce normalmente en la discusión contemporánea incluye la justificación del valor económico, que se basa en que “gratuitous agreements have no economic value. More specifically, the suggestion is that the core example of a gratuitous agreement —a donative promise— is in economic terms a «sterile» o zero-sum transaction. Gifts, it is said, merely redistribute, rather than increase, the wealth of a society” (Smith 2004, 222). Esta justificación, como el mismo Smith expresa, se encuentra sujeta a una crítica dura: “from an economic perspective, donative promises are valuable for the same reason that ordinary promises are valuable - they facilitate beneficial reliance” (*idem*).

La justificación del valor intangible se basa en la idea de que imponer coactivamente las donaciones las transformaría en menos valiosas, dado que tendría menos “mérito” cumplir con una donación que se puede imponer coactivamente que una que no tiene tal carácter (Smith 2004, 223 y siguientes). Sin embargo, está sujeta también a una serie de críticas. La principal crítica es que “insofar as the enforcement of donative promises makes gift-giving less valuable, that value would necessarily be transferred to the act of making donative promises” (Smith 2004, 224).

Dado que ambas doctrinas se encuentran sujetas a severas críticas, y a que Hobbes nunca enunció una justificación de ese tipo para la *consideration*, ni hay razones para atribuirle tal justificación, porque no se puede atribuir a un filósofo doctrinas sin base alguna, y menos si parecen ser incorrectas, tenemos que concluir, necesariamente, que Hobbes incluyó la *consideration* como requisito del contrato simplemente por haberse inconscientemente dejado influir por el *common law*, no porque su sistema lo exigiera.

Del mismo modo, debe rechazarse la atribución a Hobbes de la justificación que Smith llama “realista”, según la cual “courts use (or manipulate) the rule in order to take into account a wide variety of factors for and against enforcing agreements, few of which have to do with «consideration» in its technical sense” (Smith 2004, 225). Hobbes nunca se basó en su teoría jurídica en la praxis de los tribunales, y además ello resulta incompatible con su teoría del contrato, que pretende tratar no sólo sobre los contratos de derecho privado, sino también sobre el contrato social, que no es objeto de litigación en los tribunales.

tir TI1, esto es, que en Hobbes hay una desvalorización del papel de la *consideration*. No puede haberlo porque la antropología hobbesiana exige que haya una contraprestación en el contrato, y tal contraprestación es, por influencia del *common law*, la *consideration*.

Por ello, podemos concluir que, aunque la *consideration* no viene exigida por su antropología, porque bien podría cumplir tal papel la noción de *causa*, Hobbes la incluye como elemento de todo contrato simplemente por influencia de la tradición del *common law*, en la cual él se encontraba inserto.

Y tampoco podemos compartir TI2, esto es, que la *consideration* sea, en ocasiones, simplemente manifestación de la intención de vincularse por el contrato. Ello no es compatible tampoco con el egoísmo sicológico hobbesiano: por el mero hecho de vincularse, el sujeto no obtiene nada, y Hobbes deja muy claro la vinculación entre egoísmo sicológico y *consideration*.

Es el momento de analizar TG2: si Hobbes incluye la *consideration* como elemento de todo contrato, ¿es por influencia de St. German?

La respuesta más probable es: no. Hay una razón importante. Ante todo, debe reconocerse que, del texto citado por Grover, si se compara con otros textos del *Doctor and Student*, surge la idea de *consideration*. En efecto, el texto citado se encuentra en un párrafo titulado “What is a nude contracte or a naked promyse after the lawes of Englande/ and whether any accyon may lye there vpon” (St German 1974, 228). Vale decir, en este párrafo St. German quiere distinguir los pactos que generan acción y los que no la generan. Por un lado, enuncia aquellos en los que se da cierta reciprocidad, como los descritos en el pasaje citado por Grover, diciendo que sí dan lugar a acción. Por otro lado, están los “pactos desnudos” en los que no hay “recompensa” por la obligación asumida: “and a nude contracte is where a man maketh a bargayne or a sale of his goodes or landes wythout any recompence appoynted for yt. As yf I saye to a nother I sell the all my lande or all my goodes & nothyng is assygned that the other shall gyue or paye for it/ that ys a nude contracte/ and as I take yt: it is voyde in the lawe and conscience” (St. German 1974, 228).

Más adelante, St. German incluso usa el término “*consideration*”: “but yf hys promise be so naked that there is no maner of consyderacyon why it should be made/ than I thynke hym not bounde to perfourme it” (St German 1974, 229).

Sin embargo, el mero hecho de que St. German trate sobre la *consideration* no puede llevar a concluir que Hobbes se basó en él, por dos razones importantes: primero, porque la doctrina de la *consideration* era un lugar común de la Inglaterra de la época de Hobbes, de modo que las fuentes posibles de tal idea son enormes, y no hay razón para privilegiar a St. German.

En segundo lugar, está el hecho de que en *Leviathan* Hobbes cita otros autores ingleses, como Coke, pero nunca a St. German, por lo que tenemos que decir que lo más probable es que la tesis usual de que Hobbes leyó a St. German tardíamente en su vida es correcta. Volveremos sobre esto al tratar sobre el problema del *Leviathan* en latín.

Ahora podemos tratar qué tipos de *consideration* Hobbes pudiera haber aceptado. Recordemos que había tres tipos de *consideration* reconocidos por los tribunales del *common law*: el obtener algún beneficio de la persona a quien se promete, el haber la persona a quien se promete sufrido algún menoscabo por haber confiado en la promesa, y el cumplimiento de algún deber antecedente.

De lo tratado anteriormente es claro que Hobbes no aceptaría el segundo tipo de *consideration*, la *detrimental reliance*. Tampoco podría aceptar el tercero, porque es también incompatible con su egoísmo psicológico: en efecto, al cumplir con un deber precedente, el promitente no obtiene, en principio, bien alguno. De ahí que sólo el primer tipo de *consideration* sea aceptado por la antropología hobbesiana.

Ahora bien: sustantivamente, vale decir, en su contenido, ¿en qué consiste la *consideration* según Hobbes? Aquí corresponde traer nuevamente a la mente el texto hobbesiano: recordemos que el *Leviathan* decía que “Whensoever a man Transferreth his Right, or Renounceth it, it is either in consideration of some Right reciprocally transferred to himselfe; or for some other good he hopeth for thereby” (Hobbes 2012, XIV, 202), que nosotros interpretamos como refiriéndose, en el primer elemento de la disyunción, al contrato, y en el segundo, a la donación.

Pues bien: aquí Hobbes dice que una promesa contractual se realiza *in consideration of some Right*, vale decir: la *consideration* es un derecho que se adquiere, no cualquier bien ni cualquier prestación. Esto es extremadamente interesante, primero, porque no viene exigido tampoco por la antropología hobbesiana, y, curiosamente, tampoco por el *common law*. En efecto, se decía que el *common law* aceptaba como *consideration* cualquier

beneficio, no sólo un derecho. Aquí Hobbes no se encuentra influido por el *common law*, sino que innova sobre él y, lo que es más notorio, es que no parece haber razón alguna para ello, al menos ninguna razón que provenga de su antropología filosófica.

Nos parece que una buena manera de entender el texto mencionado es ponerlo en relación con otro texto del *Leviathan* inmediatamente posterior:

There is difference, between transferring of Right to the Thing; and transferring, or tradition, that is, delivery of the Thing it selfe. For the Thing may be delivered together with the Translation of the Right; as in buying and selling with ready mony; or exchange of goods, or lands: and it may be delivered some time after (Hobbes 2012, XIV, 204).

Este texto es intrigante porque parece reproducir la distinción entre título y modo de adquirir propia de algunos sistemas del derecho civil, particularmente si se tiene en consideración la palabra “tradición” (Hobbes 2012, XIV).¹¹ Sin embargo, deja claro que una cosa es la transferencia del derecho, y otra la de la cosa —dejemos de lado, por el momento, si la transferencia del dominio o propiedad se realiza con la primera o la segunda—, y antes había dicho que la *consideration* era un derecho que se adquiría mediante la promesa promitoria contractual. Por ende, no la transferencia de la cosa objeto del derecho, sino el derecho puede ser *consideration*. Si interpretamos, además, el texto recién citado como haciendo la distinción entre título y modo de adquirir, de modo que la *tradition* a la que se refiere sea no sólo la entrega física del objeto, sino la transferencia del dominio, entonces podemos concluir que para Hobbes sólo es *consideration* la transferencia de un derecho personal que tiene por objeto la obligación de otra persona de transferir el dominio de la cosa, no el derecho real de propiedad sobre la cosa misma. Pero esta conclusión, hay que hacer notar, depende de interpretar el texto citado como haciendo la distinción entre título y modo de adquirir, y lamentablemente no tenemos más evidencia textual para dirimir el punto de modo conclusivo. Ese texto no tiene lugares paralelos en el *corpus* hobbesiano.

¹¹ El *Leviathan* en latín dice: “Differunt autem inter se *Ius transferre* & *Rem transferre*, sive *tradere*. Traditur res eodem tempore aliquando quo Transferitur Ius, ut fir in Emptione & Venditione, quando alter Pecuniam alter Mercem simul cum Iure Transfert; aliquando etiam Transferitur Ius, antequam Tradatur Res” (Hobbes 2012, XIV, 205).

Ahora podemos preguntarnos cuál hubiera sido la posición hobbesiana respecto de la negativa de los tribunales a evaluar económicamente la *consideration*. Bastaba que fuera real, pero no de un valor equivalente necesariamente al de la prestación contraria.

Para responder la pregunta, hay que recordar que para Hobbes la *consideration* es un derecho. Dado que no hay en él una doctrina de los derechos como cosas incorpóreas,¹² no se puede decir que en Hobbes los derechos tengan valor determinado. Sin embargo, sí se puede decir que las cosas que son objeto del derecho pueden tenerlo. Así, si la *consideration* por mi promesa de entregar mil pesos es el derecho a recibir un libro, el derecho mismo puede no ser avaluable, pero el libro sí. Por ello, transitivamente podemos decir que se puede determinar si la *consideration* es económicamente equivalente a mi promesa.

A primera vista, pareciera que la *consideration* debiera ser económicamente equivalente a la promesa. Después de todo, si Hobbes es un egoísta psicológico, ello implica que sostiene que en toda acción el sujeto busca un bien para sí, y ello pareciera implicar que el bien buscado en la acción deba ser al menos equivalente al esfuerzo que la acción cuesta. Si no, ¿para qué realizar la acción?

Sin embargo, ello no implica que el bien deba ser *económicamente* equivalente: basta con que lo sea *subjetivamente*, vale decir, que el placer provocado por la obtención del bien sea al menos equivalente al dolor que provoca la realización de la acción. Y ese placer y dolor se miden *subjetivamente*, en atención a los deseos del sujeto, no en relación al mercado. De lo contrario, sería absurdo que Hobbes reconociera la racionalidad de la acción de donar algo. Si la acción, por ejemplo, de dar limosna, es racional, es porque el bien *subjetivamente* valorado obtenido con ella es superior al mal *subjetivamente* valorado que su realización implica. Por ende, egoísmo psicológico no implica necesidad de que en cada acción, y por ende en la acción de contratar, el sujeto busque un bien económicamente equivalente al bien que provee.

¹² Por ejemplo, el Código Civil chileno divide las cosas en corporales e incorpóreas, y dentro de las incorpóreas están los derechos. Esto permite decir que los derechos tienen valor determinado. Así, el artículo 565 del Código Civil chileno dice que “los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas. *Corporales* son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. *Incorpóreas* las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres”.

Si no se puede encontrar un fundamento a la necesidad de la equivalencia económica de las prestaciones en su antropología, pareciera que Hobbes pudiera aceptar la doctrina del *common law* relativa a la no necesaria equivalencia económica entre las prestaciones.

Hobbes, por otro lado, no trató el problema expresamente, y nunca se refirió a la institución del derecho civil llamada *laesio enormis*, cuya presencia en un ordenamiento jurídico da a entender que los tribunales tienen la facultad de determinar la adecuación económica de las prestaciones. Por ello, dado que la inclusión de la doctrina de la *consideration* en su obra se debe a influencia del *common law*, parece que hubiera seguido la regla del mismo relativa a la irrelevancia de la equivalencia económica de las prestaciones.

Hay un pasaje que da a entender lo anterior: tratando sobre el precio de los bienes, escribe que “as in other things, so in men, not the seller, but the buyer determines the Price” (Hobbes 2012, X, 134). Vale decir, el precio lo determina el acuerdo entre vendedor y comprador, y basta ese acuerdo para que el contrato sea válido.

VI. EL PAPEL DE LA *CONSIDERATION* EN EL CONTRATO SOCIAL

Una vez visto el papel que la *consideration* juega en la teoría del contrato en general, conviene ver qué papel juega en el llamado contrato social, vale decir, el contrato que se celebra en el estado de naturaleza y por el cual se da origen a la comunidad política.

La *consideration* en los contratos de derecho privado no ofrece mayor problema: es un derecho que recíprocamente se adquiere por medio del contrato. Ahora bien, ¿cuál es ese derecho en el contrato social?

Aquí conviene, primero, analizar el contrato social. Hobbes da dos versiones del mismo en el *Leviathan*. En el capítulo XVII dice que su contenido es el siguiente: es un “Covenant of every man with every man, in such a manner, as if every man should say to every man, I Authorize and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy Right to him, and Authorize all his Actions in like manner” (Hobbes 2012, XVII, 260).¹³

¹³ Cfr. lo que dice el *Leviathan* en latín: su contenido es “Ego huic homini (vel huic coetui) *Authoritatem & Jus meum regendi meipsum concedo, ea conditione, ut tu quo-*

En el capítulo XVIII dice:

A Common-wealth is said to be Instituted, when a Multitude of men do Agree, and Covenant, every one with every one, that to whatsoever Man, or Assembly of Men, shall be given by the major part, the Right to Present the Person of them all, (that is to say, to be their Representative;) every one, as well he that Voted for it, as he that Voted against it, shall Authorise all the Actions and Judgements, of that Man, or Assembly of men, in the same manner, as if they were his own, to the end, to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men (Hobbes 2012, XVIII, 264).¹⁴

¿Cuál es la *consideration* en este contrato? El problema es complicado, sobre todo si se considera que este contrato incluye un tercero beneficiario: el soberano. Las partes se comprometen, cada una con cada una, a someterse a un tercero beneficiario, el soberano, quien les proveerá de protección, a condición de que las demás partes también se sometan.

Ante todo, debe descartarse que la *consideration* sea la protección obedida por el soberano: recordemos que la *consideration* en Hobbes es un derecho, no cualquier beneficio. El beneficio, aquí, la protección y poder vivir en paz puede ser el motivo para celebrar el contrato social, pero no la *consideration*, porque no se trata de un derecho subjetivo. La protección frente a enemigos exteriores y paz en el interior es un estado de cosas que favorece al sujeto.

Aquí se plantea un nuevo problema: ¿quién provee la *consideration*: el tercero beneficiario o las contrapartes? Hobbes no trató el problema expresamente.

Si la *consideration* es un derecho que se adquiere porque otra parte lo transfiere, tenemos que pensar qué derecho adquieren las partes mediante el contrato social. Podemos descartar que la *consideration* sea el derecho a todo que las partes *renuncian*. Es sabido que las partes, mediante el contrato social, renuncian al derecho a todo que tenían en el estado de

que tuam *Authoritatem* & *Ius tuum tui regendi in eundem transferas*” (Hobbes 2012, XVII, 261).

¹⁴ *Cfr.* el *Leviathan* en latín: “*Instituitur Civitas, quando homines sponte sua convenientes singuli cum singulis paciscuntur, ut cuicumque homini vel coetui pars major suffragiis suis Personam omnium gerendi Ius contribuit, illi omnes obedirent*” (Hobbes 2012, XVIII, 265).

naturaleza,¹⁵ y que la razón práctica le ordena al hombre, por mor de la paz, renunciar a tal derecho, mediante la segunda de las leyes de la naturaleza¹⁶. Ahora bien, no puede ser la *consideration* tal derecho porque es un

¹⁵ En un estado en el cual no hubiera poder político, al cual llama en ocasiones “estado de naturaleza”, Hobbes sostiene que todos tendrían derecho a realizar cualquier acción necesaria para mantenerse en la existencia. Este derecho es un derecho subjetivo, y se tiene derecho subjetivo a realizar cualquier acción, según Hobbes, que no atente contra la recta razón. Así, dice en el de *De Cive* que “quod autem contra rectam rationem non est, id iustè & Iure factum omnes dicunt. Neque enim Iuris aliud significatur, quam libertas quam quisque habet facultatibus naturalibus secundum rectam rationem vtendi” (Hobbes 1984, VII, 94).

Ahora bien, en el estado de naturaleza no es contra razón atacar a otro para anticiparse a su posible ataque, ya que el egoísmo psicológico implica que toda acción tiene por objeto un bien para el sujeto, y la conservación en la existencia es el primer bien para todo sujeto, y la razón práctica capta que en un estado como el de naturaleza la única manera posible de preservar la existencia es anticipándose al ataque de otros, de modo que *se tiene derecho a atacar a otro*. Ese derecho desaparece al entrar en comunidad política.

Sin embargo, este derecho tiene un límite: se tiene derecho a todo, incluso a atacar a otros, sólo en cuanto sea necesario para preservar la propia existencia. Lo que exceda aquello atenta contra la recta razón y es crueldad: “Therefore notwithstanding the Lawes of Nature, (which everyone hath then kept, when he has the will to keep them, when he can do it safely,) if there be no Power erected, or not great enough for our security; every man will, and may lawfully rely on his own strength and art, for caution against all other men. And in all places, where men have lived by small Families, to robbe and spoyle one another, has been a Trade, and so farre from being reputed against the Law of Nature, that the greater spoyles they gained, the greater was their honour; and men observed no other Lawes therein but the Lawes of Honour; that is, to abstain from cruelty, leaving to men their lives, and instruments of husbandry” (Hobbes 2012, XVII, 254-256).

¹⁶ Como es sabido, para Hobbes, la razón práctica, teniendo en consideración la situación en la que se encontraría el hombre en un estado de naturaleza, vale decir, sin poder político, situación que sería de guerra de todos contra todos, emite una serie de preceptos cuyo cumplimiento generalizado llevaría a la paz. Enumera veinte de ellas, y para los efectos de la filosofía del contrato, son particularmente relevantes la segunda y la tercera. La segunda ordena “That a man be willing, when others are so too, as farre-forth, as for Peace, and defence oh himselfe he shall think it necessary, to lay down this right to all things; and be contented with so much liberty against other men, as he would allow other men against himself” (Hobbes 2012, XIV, 200). Vale decir, ordena realizar un contrato. Y la tercera enuncia “That men performe their Covenants made” (Hobbes 2012, XV, 220); “Praestanda esse Pacta” (Hobbes 2012, XV, 221). Vale decir: la tercera ley de la naturaleza ordena cumplir los pactos, que son un tipo de contrato en el cual no se ha cumplido por ambas partes al presente.

Sobre el estatus de estas leyes, existe una gran discusión entre los comentaristas. Así, algunos creen que no son mandatos, sino meros consejos de prudencia; por ejemplo, Sadler (2006, 92) y Harrison (2012, 23).

derecho que, mediante el contrato, se renuncia, no uno que se adquiere, y Hobbes deja claro que la *consideration* es un derecho que se adquiere. Una segunda razón, además, es que Hobbes dice que la renuncia a tal derecho es una *condición* de validez del contrato.

En efecto: la segunda ley de la naturaleza ordena renunciar al derecho a todo, sólo cuando otros se encuentran dispuestos a lo mismo, vale decir, a renunciar a su derecho a todo. Esta renuncia de la contraparte es condición de validez del contrato, y como tal deriva estrictamente del egoísmo psicológico hobbesiano: si se renunciara al propio derecho a todo sin que los demás lo hicieran, entonces la acción de contratar tendría como efecto colocar al individuo en una peor situación que aquella en la que se encontraba originalmente, y sería, por ende, irracional. Condición de que la acción de renunciar al propio derecho sea racional es que ésta produzca un resultado favorable para el sujeto, y ello sólo puede suceder si los demás también renuncian a su derecho a todo.

Por ende, debemos preguntarnos qué derecho —no sólo qué beneficio— se adquiere mediante el contrato social. Y sólo existe una alternativa: se adquieren los derechos jurídicos que asegura el Estado.

En efecto: en el estado de naturaleza se tiene, según Hobbes, un derecho a todo. Tal derecho es claramente un derecho subjetivo, que tiene como objeto todo lo necesario para asegurar la propia subsistencia. Sin embargo, tal derecho subjetivo no está asegurado por el Estado y, por ende, no impone ninguna obligación correlativa a otras personas. Yo puedo tener derecho a defenderme de otros que me atacan, pero ese derecho

Otros creen que tienen carácter de mandato, como Brown (1959) y Rhonheimer (1997, 141-143).

Otros, además, creen que son mandatos divinos, basándose en ciertos pasajes en los que Hobbes parece asignarles tal carácter (Taylor 1938); (Warrender [1957] 2000); (Martínich 1992).

Un pasaje comúnmente enunciado a favor de tal línea interpretativa es el siguiente: “These dictates of Reason, men use to call by the name of Lawes; but improperly: for they are but Conclusions, or Theoremes concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves; whereas Law, properly is the word of him that by right hath command over others. But yet if we consider the same Theoremes, as delivered in the word of God, that by right commandeth all things; then are they properly called Lawes” (Hobbes 2012, XV, 242). Este texto tiene muchos lugares paralelos, tanto en *Leviathan* como en *The Elements of Law y De Cive*. Y otros, en fin, creen que ni siquiera tienen naturaleza moral. *Cfr.*, por ejemplo, Polin (1969) y Cruz Prados (1992, 267-284).

no impone una obligación a terceros, *v. gr.*, de ayudarme a defenderme. *Es un derecho que no tiene como correlato obligaciones.*

Mediante el contrato social se crea el Estado, que protegerá la existencia de los individuos. El individuo renuncia a su derecho a todo, y adquiere, a cambio, derechos subjetivos, coactivamente imponibles a terceros por el aparato del Estado, y que imponen obligaciones también sobre terceros.

Estos derechos subjetivos son de dos tipos: por un lado, el remanente del derecho a todo que se tenía en el estado de naturaleza y que no fue renunciado —lo que Hobbes llamará “la libertad del súbdito”—, y nuevos derechos imposibles conceptualmente de tener en el estado de naturaleza.

Aquí conviene aclarar que si bien Hobbes dice que se debe renunciar al derecho a todo que se tiene en el estado de naturaleza, hay un remanente de tal derecho que no se renuncia, y que tiene como objeto el conjunto de acciones sobre las cuales la ley no se pronuncia. En el silencio de la ley, se tiene derecho a actuar. Así, expone en *Leviathan* que

The Liberty of a Subject, lyeth therefore only in those things, which in regulating their actions, the Sovereign hath praetermitted: such as the Liberty to buy, and sell, and otherwise contract with one another; to choose their own aboad, their own diet, their own trade of life, and institute their children as they themselves think fit, & the like (Hobbes 2012, XXI, 328).

As for other Liberties, they depend on the Silence of the Law. In cases where the Sovereign has prescribed no rule, there the Subject hath the Liberty to do, or forbear, according to hiw own discretion (Hobbes 2012, XXI, 340).

Como puede verse, estos derechos, todos los cuales son libertades y no derechos de prestación, están constituidos por dos tipos: el remanente del derecho a todo en el estado de naturaleza, y ciertos derechos a realizar acciones imposibles de realizar en el estado de naturaleza; por ejemplo, vender y comprar —lo que no se puede hacer en el estado de naturaleza porque no existe el dinero—. Respecto de los derechos constituidos por el remanente del derecho a todo que se tenía en el estado de naturaleza, conviene recalcar que no se trata de derechos de la misma naturaleza que el originalmente poseído pero con un objeto más restrictivo. Aunque su objeto se restringe, estos derechos son de naturaleza distinta ya que son

derechos respaldados por el Estado. Como dice Lars Vinx, “lo que significa para mí tener la libertad de un súbdito a Φ es que el Estado se encuentra comprometido a usar su fuerza para proteger mi oportunidad para Φ sin obstáculos ni impedimentos” (Vinx 2012, 161).

Estos derechos subjetivos, además, por ser garantizados por el Estado, son derechos de derecho positivo. El derecho a todo que se tenía en el estado de naturaleza era un derecho subjetivo natural, mientras que los que se adquieren son de derecho positivo. Esto es particularmente interesante, porque así, mediante un contrato, se pueden intercambiar derechos naturales por positivos. Ello es coherente con los textos hobbesianos. Citemos nuevamente la definición hobbesiana de contrato: “The mutual transferring of Right, is that which men call Contract” (Hobbes 2012, XIV, 204). Un contrato es una mutua transferencia de derechos, pero en ninguna parte se prohíbe que los derechos transferidos sean de tal o cual naturaleza —sólo se exige, naturalmente, que sean derechos subjetivos—. Pueden transferirse mutuamente derechos naturales, y esa transferencia mutua de derechos naturales tiene como *consideration* los derechos subjetivos positivos de que se gozarán cuando se viva bajo la protección de un Estado —y, probablemente, como causa final, la protección provista por el Estado—. Por ello, el contrato social es un contrato muy particular, que se diferencia bastante de los contratos de derecho privado, aunque tengan común la naturaleza de contrato —y de mutua transferencia de derechos—, porque es el único contrato en el cual los derechos transferidos son derechos naturales.

VII. EL PROBLEMA DE LA EDICIÓN LATINA DEL *LEVIATHAN*

Es el momento de tratar el problema que presenta el texto de la edición latina del *Leviathan*. Recordemos que, a diferencia de los textos ingleses, Hobbes no habla ahí de *consideration*, sino de *causa*: “Quotiescunque Ius suum derelinquit quis, vel transfert, eâ causâ id facere intelligitur, ut sibi reciprocè ab eo, cui translatum est Ius aliquod vel aliud bonum accipiat” (Hobbes 2012, XIV, 203). ¿Cuál es la razón de ello?

La verdad es que no podemos dar una respuesta definitiva a este problema, pero se nos ocurren dos soluciones. Una hipótesis puede ser que Hobbes haya abandonado la noción de *consideration* al final de su vida, y la haya reemplazado por la de *causa*. Tal vez haya leído además algunos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1523-1550.

otros autores de la tradición del derecho civil que lo hayan influido en ese sentido.

Sin embargo, contra esa hipótesis se encuentra el hecho de que, si Hobbes hubiera asumido la noción de *causa* como aquella “X” que todo contrato debe tener por exigencias de su antropología, no hay razón para excluir como contrato a la donación, dado que ella también tiene causa, y Hobbes en el *Leviathan* en latín todavía excluye la donación como contrato.

Una segunda hipótesis es que, simplemente, Hobbes haya entendido a la *consideration* como causa, en el sentido de causa final, y haya considerado, en consecuencia, que ambos términos significan lo mismo.

El caso es que el problema no puede resolverse con la evidencia disponible, por lo que sólo podemos dejarlo planteado.

VIII. CONCLUSIONES

Hemos podido comprobar que la *consideratio* juega un papel importante en la teoría del contrato de Thomas Hobbes. Lamentablemente, dicho papel no ha sido puesto en evidencia por los comentaristas y, más aún, los dos autores que se refieren a ella, Robinson Grover y David Ibbetson, no la interpretan bien.

La *consideration* no viene exigida por la antropología hobbesiana, pero ésta sí exige que haya algún beneficio obtenido mediante el contrato, sea cual sea. Dado eso, el papel de la *consideration* en la teoría del contrato hobbesiano bien podría haberlo jugado la noción de *causa*, y consiguientemente haberse tratado la donación como contrato. Si Hobbes incluye la *consideration* como elemento de todo contrato, es por influencia del *common law*, aunque no de St. German, como pretende Grover. Pero de los tipos de *consideration* aceptados por el *common law*, sólo reconoce el obtener un beneficio a cambio de la promesa contractual, dado su egoísmo psicológico. Su concepción de la *consideration* se aparta, así, en parte, de la propia del *common law*, aun cuando la noción misma la haya adquirido del *common law*. Y, por último, la *consideration* sólo puede ser un derecho, no cualquier beneficio que se obtenga por medio del contrato, simplemente porque Hobbes así lo establece.

Por ello, la *consideration* en el contrato social no son los beneficios que el soberano otorga a los súbditos, como el vivir en paz, sino los derechos sub-

jetivos de derecho positivo garantizados por el Estado. esos derechos subjetivos se componen de dos elementos: el remanente del derecho a todo que se tiene en el estado de naturaleza, apoyado por la coacción del Estado, y nuevos derechos a realizar acciones imposibles de realizar conceptualmente en el estado de naturaleza, como comprar y vender.

Por su parte, la edición latina del *Leviathan* no habla de *consideration*, sino de *causa*, y ello sólo resulta explicable si Hobbes entendía, al final de su vida, la *consideration* como causa final, o, bien, si es que al final de su vida decidió cambiar la noción de *consideration* por la de *causa*.

Finalmente, conviene mencionar lo siguiente: la doctrina hobbesiana de la *consideration* podrá desviarse de la teoría y práctica del *common law* de su época y la nuestra, pero hay que reconocer que tiene una gran ventaja: es una concepción coherente de la misma. Y si hay algo de lo que, reconocidamente, la teoría de la *consideration* carece en el *common law*, es coherencia.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, John N. y Roger BROWNSWORD. 2007. *Understanding Contract Law*, Londres, Sweet & Maxwell.
- AQUINO, Tomás de. 2019. “Summa Theologiae”, disponible en: <http://www.corpusthomicum.org/sth0000.html>.
- ARISTÓTELES. 2007. *Ética a Nicómaco*, trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos.
- ARISTÓTELES. 2000. *Metafísica*, trad. de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos.
- BAKER, J. H. 1981. “Origins of the Doctrine» of Consideration, 1535-1585”. In *On the Laws and Customs of England*, Chappel Hill, University of North Carolina Press.
- BIX, Brian. 2012. *Contract Law, Rules, Theory and Context*, New York, Cambridge University Press.
- BOBBIO, Norberto. 2004. *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi.
- BOYLE, James. 1987. “Thomas Hobbes and the Invented Tradition of Positivism: Reflections on Language, Power and Essentialism”, *University of Pennsylvania Law Review* 2(135).
- BROWN, Stuart. 1959. “Hobbes: The Taylor Thesis”, *The Philosophical Review* 3(68).

- CRUZ PRADOS, Alfredo. 1992. *La sociedad como artificio. El pensamiento político de Thomas Hobbes*, Pamplona, Eunsa.
- DALGARNO, Mt. T. 1975-1976. "Analysing Hobbes's Contract", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series (76).
- DYZENHAUS, David y POOLE, Thomas (eds.). 2012. *Hobbes and the Law*, New York, Cambridge University Press.
- FINKELSTEIN, Claire (ed.). 2005. *Hobbes on Law*, Burlington, Aldershot.
- GERT, Bernard. 1967. "Hobbes and Psychological Egoism", *Journal of the History of Ideas* 28(4).
- GORDLEY, James. 1991. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Oxford University Press.
- GOYARD-FABRE, Simone. 1975. *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Vrin.
- GROVER, Robinson. 1980. "The Legal Origins of Thomas Hobbes's Doctrine of Contract", *Journal of the History of Philosophy* 2(18).
- HARRISON, Ross. 2012. "The Equal Extent of Natural and Civil Law", en DYZENHAUS, David and POOLE, Thomas (eds.). *Hobbes and the Law*, New York, Cambridge University Press.
- HOBBS, Thomas. 1971. *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, ed. J. Cropsey, Chicago, The University of Chicago Press.
- HOBBS, Thomas. 1984. *De Cive*. ed. H. Warrender, Oxford, Oxford University Press.
- HOBBS, Thomas. 1992. *The Elements of Law*, ed. J. C. A. Gaskin, Oxford, Oxford University Press.
- HOBBS, Thomas. 2012. *Leviathan*, ed. N. Malcolm, Oxford, Oxford University Press.
- HOLT, Robin. 2004. "Fear Prudence: Hobbes and Williamson on the Morality of Contracting", *Journal of Economic Issues* 38 (4).
- IBBETSON, David. 1990. "Consideration and the Theory of Contract in Sixteenth Century Common Law", en BARTON, John (ed.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker & Humblot.
- IBBETSON, David. 2006. *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press.
- ISLER SOTO, Carlos. 2017. *El iusnaturalismo egoísta de Thomas Hobbes*, Madrid, Marcial Pons.

- KRIELE, Martin. 1969. "Notes on the controversy between Hobbes and English Jurists", en KOSELLECK Reinhart y SCHNUR, Roman (eds.), *Hobbes-Forschungen*, Berlin, Duncker & Humblot.
- LLOYD, Sharon A. 2009. *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes. Cases in the Law of Nature*. New York, Cambridge University Press, Kindle Edition.
- LORENZEN, Ernest. 1919. "Causa and Consideration in the Law of Contracts", *Yale Law Journal* 7(28).
- LUKAC DE STIER, María Liliana. 1999. *El fundamento antropológico de la filosofía política y moral en Thomas Hobbes*, Buenos Aires, Educa.
- MARTINICH, Aloysius. 1992. *The two Gods of Leviathan. Thomas Hobbes on Religion and Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MAY, Larry. 1980. "Hobbes's Contract Theory", *Journal of the History of Philosophy* 18(2).
- MURPHY, Mark. 1995. "Was Hobbes a Legal Positivist?", *Ethics* 4 (105).
- MURPHY, Mark. 2016. "Hobbes (and Austin, and Aquinas) on Law as Command of the Sovereign", en MARTINICH, A. P. y KINCH, Hoesktra (eds.), *The Oxford Handbook of Hobbes*, New York, Oxford University Press.
- POLIN, Raymond. 1969. "L'obligation morale et politique chez Thomas Hobbes", en KOSELLECK Reinhart y SCHNUR, Roman (eds.), *Hobbes-Forschungen*, Berlin, Duncker & Humblot.
- RHONHEIMER, Martin. 1997. *La filosofía política di Thomas Hobbes: coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Roma, Armando Editore.
- SADLER, Gregory. 2006. "The Laws of Nature as Moral Norms in Hobbes' *Leviathan*", *Acta Philosophica* 15(1).
- SHINER, Roger. 1980. "Hart and Hobbes", *William and Mary Law Review* 2(22).
- SMITH, Stephen A. 2004. *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press Kindle Edition.
- SREEDHAR, Susanne. 2010. *Hobbes on Resistance: Defying the Leviathan*, New York, Cambridge University Press Kindle Edition.
- ST. GERMAN, Christopher. 1974. *Doctor and Student*, T. F. T. PLUCKNETT y BARTON, J. L. (eds.), London, Selden Society.
- STOYANOV, Dimitar. 2016. "Causa and Consideration - A Comparative Overview", en *Proceedings of The International Conference - "Challenges of*

- the Knowledge Society*”, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2819799.
- TAYLOR, A. E. 1908. *Thomas Hobbes*, London, Reprint of The University of Michigan Library.
- TAYLOR, A. E. 1938. “The Ethical Doctrine of Hobbes”, *Philosophy* 52(13).
- VINX, Lars. 2012. “Hobbes on civic liberty and the rule of law”, en DYZENHAUS, David y POOLE, Thomas (eds.), *Hobbes and the Law*, New York, Cambridge University Press.
- WARRENDER, Howard. 2000. *The Political Philosophy of Hobbes: His Theory of Obligation*, New York, Oxford University Press.
- ZARKA, Yves Charles. 1999. *La décision métaphysique de Hobbes. Conditions de la politique*, Paris, Vrin.

IMPLICACIONES DE UNA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA COLOMBIA*

IMPLICATIONS OF A CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODIFICATION IN COLOMBIA

Liliana Damaris PABÓN GIRALDO**
Andrés Gustavo MAZUERA ZULUAGA***

RESUMEN: A través del presente artículo se analiza el derecho procesal constitucional y su función como parte del derecho procesal en Colombia; se describe el debate existente en torno a la codificación del derecho procesal constitucional con sus argumentos a favor y en contra, y se reflexiona respecto de las implicaciones que esta codificación de derecho procesal constitucional genera para un Estado, específicamente para Colombia, respecto a la reconfiguración de una jurisdicción constitucional, al rol que los jueces deben

ABSTRACT: *This paper analyses constitutional procedural law in Colombia. The existing debate regarding the codification of constitutional procedural law, along with its arguments for and against, is explained. It also studies the implications that this codification of constitutional procedural law may have on a State, specifically Colombia, regarding the reorganization of a constitutional jurisdiction, the role that judges must fulfill, the binding force of their decisions, and the relationship within the block of constitutionality and conventionality, pointing at the necessity to clearly design this codification upon the scope of those implications.*

* Artículo recibido el 29 de junio de 2018 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2019. Este artículo de investigación es producto del proyecto denominado “Conflictos internacionales de Jurisdicción relativos a la Jurisdicción especial para la Paz y su resolución”, en el que participan los autores del mismo, como consecuencia de la convocatoria Nacional 775 de 2017– Jóvenes investigadores para la Paz 2018, financiado por la Universidad de Medellín y Colciencias.

** ORCID: 0000-0001-8561-7357. Abogada. LLM. Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. PhD. Derecho de la Universidad Nacional de Rosario –Argentina. Líder Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Correo electrónico ldpabon@udem.edu.co.

*** ORCID: 0000-0002-1954-7423. Abogado de la Universidad de Medellín. LLM. en Relaciones Internacionales Iberoamericanas de la Universidad Rey Juan Carlos de España. Candidato a LLM. International Law, Universidad de Heidelberg. Correo electrónico: agmazuera@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1551-1573.

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

cumplir, a la fuerza vinculante de sus decisiones y a la relación de la misma con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad. De allí que se plantee la necesidad de diseñar claramente esta codificación teniendo en cuenta las implicaciones señaladas.

Palabras clave: Codificación procesal constitucional, derecho procesal constitucional, jurisdicción constitucional.

Keywords: *Constitutional procedural codification, constitutional procedural law, constitutional jurisdiction.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho procesal constitucional y su función como parte del derecho procesal en Colombia.* III. *Debate en torno a la codificación del derecho procesal constitucional.* IV. *Incidencia de la codificación del derecho procesal constitucional en Colombia.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal constitucional en los últimos años ha adquirido gran fuerza, por cuanto es un derecho que vela por la supremacía de la Constitución y las garantías de los ciudadanos. Debido a su desarrollo por diversos doctrinantes y a la dispersión de sus normas, se ha discutido en torno a si requiere de una codificación o si, por el contrario, la misma no es necesaria.¹ Esas posturas plantean argumentos a favor y en contra, dependiendo de la posición que se adopte. Independientemente de la posición que se asuma, se considera que la codificación como norma propiamente dicha no es el mayor problema, pues el asunto de codificación trasciende lo normativo.

Como consecuencia de lo anterior, este artículo aborda una problemática presentada con relación a la codificación procesal constitucional

¹ Codificación que ya existe en Perú con la expedición de la Ley 28237 de 2007 – Código procesal constitucional, que consta de trece títulos, 121 artículos, siete disposiciones finales y dos disposiciones transitorias y derogatorias. Igualmente, en Argentina se expidió el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán No. 6944 de 1999, que consta de cuatro títulos y 111 artículos; a su vez, Bolivia, por medio de la Ley 254 de 2012, emite el Código procesal constitucional de Bolivia, compuesto de ocho títulos y 152 artículos, además de disposiciones finales y transitorias. Los demás países de América Latina, si bien cuentan con una legislación en materia de justicia constitucional, no tienen una codificación procesal constitucional.

en Colombia y los aspectos a tener en cuenta en caso de que la misma se realice. Esta investigación estuvo guiada por la siguiente pregunta: ¿cuáles son las implicaciones de una codificación procesal constitucional en Colombia? Para dar respuesta a la interrogante, se adoptó una metodología teórico-analítica, en la cual se efectuó un acercamiento a algunos autores que abordan el tema de derecho procesal constitucional, las posturas existentes frente a la codificación, y a partir de allí se analizaron las implicaciones que conllevaría codificar esta área del derecho en Colombia.

Para tal efecto, este artículo se divide en tres partes: en la primera se alude al derecho procesal constitucional y su función dentro del derecho procesal en general. En la segunda parte se hace referencia a la discusión en torno a la codificación o no del derecho procesal constitucional, para culminar en una tercera parte que evidencia las implicaciones que tendría para nuestro país el hecho de codificar el derecho procesal constitucional, específicamente en lo relacionado con la jurisdicción como una de las instituciones fundamentales del derecho procesal en general, y concretamente en relación con las implicaciones a nivel de precedente judicial y conformación del bloque de constitucionalidad.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU FUNCIÓN COMO PARTE DEL DERECHO PROCESAL EN COLOMBIA

En Colombia, la Constitución Política de 1991 “determinó la entrada del neoconstitucionalismo” (Bernal 2008a, 149); esto es, un modelo que refiere a una organización política denominada Estado constitucional, cuya función primordial es velar por la supremacía y respeto de la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Bajo ese parámetro, el mismo Estado se organiza y establece una de las principales instituciones del derecho procesal: la jurisdicción, cuya finalidad será establecer un órgano o particular delegado por el mismo Estado para darle solución a los conflictos que se presenten, y mantener el orden público, la paz y la armonía social.

Estas políticas se establecen desde el artículo 1o. constitucional, cuando se indican las directrices axiológicas que demarcarán la legislación procesal colombiana, bajo el lineamiento de un Estado social y democrático de derecho. tipo de Estado se constituye en una garantía para el ciudadano, pues su fin principal es “promover la prosperidad general y garanti-

zar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Constitución Política de Colombia, artículo 1, 1). En ese marco, es precisamente la Constitución, que como norma de normas delinea los fundamentos de un Estado. Al respecto, Capelletti expresa: “la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria” (Colombo 2002, 19).

Así las cosas, es claro que la justicia constitucional debe asumir un papel creativo a través de los tribunales o cortes constitucionales, tema que ha producido gran impacto tras la Segunda Guerra Mundial, pues son éstos, los guardianes de la constitución (Amaya 2014, 387). Este criterio fue asumido en Colombia, cuando se indica en el artículo 241 de la Constitución Política de 1991, que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Como consecuencia, el funcionario jurisdiccional debe realizar una aplicación directa de la Constitución a la hora de resolver los conflictos, lo que implica un juez constitucional; esto es, protector de los derechos fundamentales y constructor del orden jurídico, “donde debe aplicar la ley de forma coherente, concreta y útil, integrando el derecho, no sólo utilizando una función mecanicista, sino tomando en cuenta los fines constitucionales previstos en él” (González 2012, 190).

Como producto del análisis anterior, surge el derecho procesal constitucional, como rama del derecho conectada al ámbito constitucional y procesal, que ha ido adquiriendo fuerza en los últimos años, debido a la constitucionalización del derecho procesal, a su globalización y a su interés de velar por las garantías de los ciudadanos.

“El derecho procesal constitucional plantea a futuro fronteras móviles, que permitan la incorporación de mecanismos de litigación que tengan como puntual la consolidación del Estado Social de Derecho, pues en definitiva no cabe duda que representa al fenómeno de mayor relevancia doctrinaria de los últimos tiempos” (Villalba 2014, 210).

Su función ha sido velar, además de la supremacía de la Constitución, por aquellos derechos de los ciudadanos establecidos a nivel constitucional. Al respecto, y sobre el tema, ha indicado Eduardo Andrés Velandia (2014):

El derecho procesal constitucional tiene la misión multidimensional de estudiar científicamente los instrumentos que permiten jurisdiccionalmente: (i) garantizar la supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes del derecho; (ii) tutelar los derechos humanos consagrados en la constitución cuando sean vulnerados o amenazados; y, (iii) condenar al estado por su responsabilidad derivada de un hecho internacionalmente ilícito, a la reparación integral de los derechos humanos vulnerados y consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (121).

Asimismo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2006) indica que el derecho procesal constitucional estudia libertades y garantías de las partes, órganos encargados de ello, tribunales supranacionales e instrumentos que protegen el ordenamiento interno.

Por lo tanto, el derecho procesal constitucional no tiene una visión restrictiva, sino muy amplia, de cara a las necesidades de la comunidad, cuyo objetivo es en todo caso la humanización del derecho y su relación y respeto por el sistema internacional (Villalba 2014); es decir, que exista un diálogo obligatorio del sistema nacional con relación al sistema internacional, aspecto éste que se garantiza precisamente a través del control de convencionalidad, entendido como aquel control que los jueces internos deben tener respecto de la jurisprudencia desarrollada por tribunales internacionales de los cuales es Estado parte, a fin de seguir su jurisprudencia constante o uniforme (Pabón 2015).

De allí que se ha constituido el derecho procesal constitucional como una rama del derecho procesal, y a pesar de que la base de ambas es la fuente constitucional, su objeto y función son diferentes, pues mientras el primero se dirige a establecer categorías por medio de las cuales se procura la tutela de la Constitución, el segundo establece aspectos por los cuales el Estado ejerce jurisdicción en otros campos, no sólo constitucionales (Astudillo 2008). He ahí la razón por la cual el derecho procesal constitucional es una disciplina con una configuración especial.

Sin embargo, y como lo indica García Belaunde, el derecho procesal constitucional sólo puede entenderse desde una teoría general del derecho procesal (García 1999), teoría que es única y no diversa, que alimenta cualquier proceso, y que independientemente del área de que se trate tendrá como elementos un litigio, un funcionario jurisdiccional, unas partes, un derecho sustancial debatido; de ahí su carácter único, cuya función en su interior será velar por los derechos de las personas. Así las cosas, el

derecho procesal constitucional comparte conceptos con la teoría general del derecho procesal, a pesar de contar con especificidades.

III. DEBATE EN TORNO A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El derecho procesal constitucional se ha constituido en una disciplina en expansión, cuyo desarrollo doctrinal se debe a Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Kelsen, Eduardo Couture, Piero Calamandrei, Cappelletti, Héctor Fix-Zamudio, entre otros. Es una disciplina eficaz para la protección de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución; no obstante, es versátil y cambiante, de allí que respecto a si se codifica o no, ya varios doctrinantes han establecido sus argumentos a favor o en contra de ello. Como argumentos principales se han indicado los siguientes:

1. *Argumentos a favor de la codificación*

Quienes se inclinan por la codificación del derecho procesal constitucional promueven un código en este sentido, una única normativa, cuyo fundamento es la autonomía del derecho procesal constitucional, al indicar que cuenta con sus propios principios e instituciones, que si bien se nutren del derecho procesal y del derecho constitucional, tienen independencia propia, por tratarse de conflictos constitucionales.

Uno de sus precursores es Héctor Fix-Zamudio, quien desarrolló y sistematizó el derecho procesal constitucional como disciplina jurídica (Nogueira 2009). Igualmente, Víctor Bazán (2007) propugna la codificación, e indica que si bien ello traerá ventajas, también tiene sus desventajas; sin embargo, considera que es conveniente en tanto permite un tratamiento sistemático (103). Por su parte, César Astudillo Reyes (2008) expresa que la codificación implica establecer un contenido orgánico en torno a la estructura, organización y funcionamiento del órgano a quien se confía la guarda de la Constitución, pero también requiere de un contenido procesal que establezca normas que integren los diversos procesos constitucionales a fin de que sea efectivamente ejercitado (80). Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2015) establece que el derecho procesal constitucional tiene su propia legislación, magistratura especializada, doctrina específica, que en “confluencia con un elemento metajurídico, como lo es el

“sentido común”, robustecen la consagración del derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma, con un objeto de estudio propio e independiente (362-363).

A su vez, Néstor Sagüés (2001, 8-9) afirma que “a mayor multiplicidad de leyes sobre el tema, mayor conveniencia de codificarlas”, por la incoherencia o falta de armonía que pueda existir sobre ellas; por lo tanto, plantea este autor argumentos en pro de la codificación e indica la seguridad jurídica que generaría, mayor tratamiento armónico, evitar ambigüedades y sistematización de las acciones. Asimismo, establece que

...la codificación del derecho procesal constitucional repercute en la cotización jurídica de la disciplina; no es lo mismo una materia desperdigada en un rosario de preceptos que la legislan cada uno con su estilo y alcances, que otra estructurada científicamente en un cuerpo de leyes orgánicamente constituido y con vocación de autosuficiencia.

En ese sentido, codificar el derecho procesal constitucional promueve en un Estado democrático la protección hacia la Constitución, mejora su consulta, se sistematizan las normas que con relación a los procesos constitucionales se encuentran dispersas, se establecen reglas generales para los procesos, se establecen principios únicos, se cuenta con reglas claras que brindan seguridad jurídica a los ciudadanos y funcionarios jurisdiccionales protectores del orden constitucional; es decir, permite contar con una norma única que vele por la defensa real de la Constitución, pues su coherencia axiológica será tal que permitirá la existencia de reglas claras y predecibles, evitando lagunas existentes, depurando, actualizando y eliminando piezas que sean aisladas.

2. Argumentos en contra de la codificación

Por su parte, existen otros doctrinantes que indican que el derecho procesal constitucional no es una disciplina autónoma, porque hace parte del derecho constitucional, como es el caso de Gustavo Zagrebelsky (Ferrer 2015); otros lo ubican en el derecho procesal, de ahí que se establezcan cuestionamientos para su codificación.

Al respecto, Néstor Sagüés (2001, 9 y 10), en un artículo refiriéndose a esta corriente, establece que los que la promueven afirman no existir un

desarrollo académico suficiente al respecto, que es una disciplina aún muy joven, frente a la que no hay consenso en torno a su profundidad. Consideran que es una disciplina que aún no ha madurado, y que el hecho de que se codifique lleva a que el derecho se coagule, a que se perviertan los procesos y se den transformaciones no sanas, por convertirse en un área hipergarantista.

Por otro lado, Víctor Bazán (2007, 103), si bien asume la postura de la codificación, dentro de las desventajas de ella establece la poca operatividad de los mecanismos constitucionales, ya que el hecho de encapsular la disciplina procesal constitucional, puede convertir esta disciplina procesal en un sistema rígido de normas, que terminan maniatándola y desnaturándola.

Por lo tanto, sea cual fuere la decisión a adoptar, se considera que el debate aún continúa abierto, y que no es precisamente el aspecto normativo el eje problemático, por cuanto la codificación va más allá de un asunto meramente formal, para trascender a un asunto de la realidad social, de la estructuración de la jurisdicción, de la misma competencia, de la jerarquía de fuentes del derecho, de la estructura dinámica o estática del derecho, específicamente del derecho procesal, de un cuerpo normativo coherente que integre, concuerde, sistematice, ordene y genere seguridad jurídica en torno a las decisiones que se emitan. Algunos de estos aspectos son los que serán abordados a continuación, pues es con relación a ellos en donde surgen inquietudes frente a la codificación pregonada.

IV. INCIDENCIA DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Como se estableció anteriormente, codificar el derecho procesal constitucional genera una transformación tanto del derecho constitucional como del derecho procesal, tal como pasa a indicarse a continuación:

1. *Incidencia en torno al concepto, implementación y rol de la jurisdicción constitucional*

El artículo 113 de la Constitución Política, adecuándose a una idea moderna de un régimen republicano, consagra como ramas del poder a

la legislativa, a la ejecutiva y a la judicial. La rama judicial es la encargada de administrar justicia; esto es, de llevar a cabo cualquier proceso judicial cuando de un conflicto se trata.

Por su parte, el artículo 116, en su primera parte, ofrece la concepción constitucional de los órganos que tienen jurisdicción de forma directa o de forma delegada por el Estado. Un examen sucinto de las funciones que les están encomendadas lleva a la conclusión de que algunos de ellos no ejercen función jurisdiccional propiamente dicha, sino apenas alguna que se le asimila; otros, justifican su permanencia a la rama, tan sólo porque significa el ejercicio de la función administrativa de la misma, y otros como simples particulares, investidos mediante la función delegada de administrar justicia.

Para el caso del derecho procesal constitucional, Humberto Nogueira Alcalá (2009, 18) expresa que Fix-Zamudio, en sus reflexiones en torno al contenido de esta disciplina, señala que está ubicada dentro del derecho procesal, que se ocupa de las instituciones y órganos por medio de los cuales pueden resolverse conflictos, y que su contenido tiene tres categorías básicas: la acción, la jurisdicción y el proceso, las cuales tienen aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional.

La jurisdicción debe ser entendida como aquella potestad concedida por el Estado a nivel constitucional para administrar justicia, para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses. Implica el *ius dicere*; es decir, la potestad de decidir (Pabón 2012a, 127). En Colombia, la jurisdicción constitucional² es aquella que se encarga de velar por la supremacía e integridad de la Constitución; en esa medida, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes en el mundo jurídico; por tanto, su exequibilidad o inexequibilidad y como consecuencia de ello, la norma permanece o es expulsada del ordenamiento jurídico; además, es una jurisdicción que busca la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, función que asume la Corte Constitucional o cualquier juez de la República (Pabón 2012a), por ser éstos los competentes. Por lo tanto, la incidencia de la codificación del derecho procesal constitucional en torno a la jurisdicción constitucional puede resumirse en los siguientes aspectos:

² Establecida en la carta magna título VIII, capítulo 4, artículos 239 y ss. del C. P. concordado con el artículo 4o. de la ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 11 de la ley 270 de 1996.

- El concepto de jurisdicción, como una de las principales instituciones del derecho procesal. La jurisdicción constitucional implica hacer un análisis para determinar si dentro de todas las funciones de las cuales es competente realmente ejerce jurisdicción; es decir, si resuelve un conflicto entre dos partes encontradas. Ello porque para algunos procesalistas, cuando la Corte Constitucional conoce de la constitucionalidad de las leyes, no está actuando en calidad de sujeto supraordenado por encima de dos partes encontradas ni está diciendo efectivamente el derecho, sino que es simplemente una función ejercida en pro de la integridad de la Constitución. Caso contrario sucede cuando esta jurisdicción conoce de los demás asuntos en los cuales se atenta contra un derecho constitucional de una persona, momento en el cual el concepto asumido por la doctrina en torno a la jurisdicción tiene plena aplicabilidad, al permitir que en estos casos el funcionario jurisdiccional decida el derecho vulnerado por encima de las partes. Es precisamente este aspecto el cual debe llevar a replantear el concepto actual que en torno a la jurisdicción se tiene, o, por el contrario, generar la discusión respecto a si la jurisdicción constitucional es o no verdadera jurisdicción.
- Otro punto importante frente al tema refiere a la implementación de la jurisdicción constitucional, ya que si bien existen algunos países en donde esta función la ejercen los tribunales constitucionales, o en Colombia la Corte Constitucional, la codificación llevaría a asumir una mayor competencia con relación a determinados asuntos, a seguir los lineamientos de procedimientos y reglas específicas, lo que implica una conformación clara de una jurisdicción constitucional, compuesta no sólo por los tribunales constitucionales, sino por jueces constitucionales de forma específica, encargados de tramitar los asuntos en menor grado de conocimiento de esta jurisdicción. Es decir, no puede ser un asunto delegado a todos los jueces de la República, como se hace actualmente en Colombia por ejemplo con la acción de tutela, sino que se requiere, como en las demás áreas del derecho procesal, de una jerarquía en torno a esta clase de funcionarios, a fin de garantizar, como en las demás, el cumplimiento de los principios procesales, específicamente la impugnación, la doble instancia, entre otros.

Al respecto, Néstor Sagüés (2001) indica que una magistratura constitucional, como uno de los contenidos principales del derecho procesal constitucional, exige jueces constitucionales idóneos, entrenados en lo constitucional, responsables en torno a sus decisiones, independientes, imparciales, que realicen interpretación constitucional, que cuando emitan sus decisiones tomen en cuenta las consecuencias para el caso concreto, pero también para la sociedad en donde tales decisiones tienen aplicabilidad. Ello porque sus decisiones en algunos casos tienen efectos *erga omnes*, o en otros implica su seguimiento por parte de otros tribunales, lo que determina necesariamente un replanteamiento en torno a la jerarquía de las jurisdicciones en grado de conocimiento. La implementación de una jurisdicción constitucional con jueces de inferior y superior categoría, con competencias específicas, implicará un ejercicio de la misma con cautela (Sagüés 2001). Esto es, que su ejercicio debe ser prudente con no lesionar la división de poderes existentes, y por tanto con los efectos de las decisiones que se emitan (Bazán 2007).

De ahí que sea necesario a la hora de implementar una codificación procesal constitucional, la creación de una magistratura constitucional, con un estatuto jurídico, con indicación del tipo de magistratura, en donde se establezca si actuará como juez ordinario o especializado, si estará ubicado dentro de los poderes del poder público o por fuera de ellos, de los requisitos para su nombramiento, entidad o rama competente para su elección, la competencia de los mismos, los efectos de sus sentencias y la ejecución de la misma. Tema que debe resolver cada Estado conforme al sistema que adopte,³ teniendo en cuenta que lo ideal es que la justicia constitucional no se politice, que no invada el ámbito de aplicación de los demás poderes del Estado, y que a pesar de que ayuda a descongestionar otras jurisdicciones no genere en su interior la congestión judicial que se presenta actualmente en los demás órganos que administran justicia, pues éstos pueden ser sus riesgos (Olano 2006).

³ En efecto, existen diversos sistemas de justicia constitucional, clasificados así: unos con un tribunal o corte constitucional autónoma, que puede estar o no adscrito al Poder Judicial, como es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú. Otros que crean salas constitucionales dentro de las cortes superiores, como Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela; y finalmente, aquellos cuyas funciones constitucionales están en cabeza de la Corte Suprema de su país, como Argentina, Brasil, México, Panamá y Uruguay (Gozáini 2006, 90; Villabella 2017, 961 y 962).

Por lo expuesto, el grado de legitimidad, de aceptabilidad, que logre la conformación o replanteamiento de esta jurisdicción constitucional con relación a su conformación interna, depende de las directrices que se le den y del grado de independencia e imparcialidad que logren.

- Con relación al rol que este juez constitucional debe asumir, cabe decir que su actuar es muy diferente al que ejercen los demás funcionarios jurisdiccionales, pues si bien todos administran justicia, velan por el orden público, por mantener la paz y la armonía social, es claro que el rol del juez constitucional gira en torno a una función creadora (Amaya 2014, 392), quien con independencia, responsabilidad, necesidad de interpretar y aplicar los valores jurídicos del ordenamiento jurídico de cada país interpreta la Constitución, mantiene la coherencia del orden jurídico, garantiza la supremacía de la Constitución y procura la defensa de los derechos humanos.

Es decir, es un juez que debe aplicar el derecho a la realidad, con un objetivo de justicia. “Como sostiene Allan Brewer-Carías, el juez constitucional al proteger la Constitución, siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación con miras a mantenerla viva” (Colombo 2002, 14).

2. Incidencia respecto a la fuerza vinculante de las decisiones proferidas por jueces ordinarios y estudiadas por violación a un derecho fundamental por la justicia constitucional en el marco de una codificación procesal constitucional

Otra de las cuestiones fundamentales que se deben plantear cuando se habla de la codificación procesal constitucional está relacionada con las implicaciones que se derivan de la eventual fuerza vinculante que puedan llegar a tener las sentencias de la jurisdicción constitucional. En sentencia T-006 de 1992, la Corte Constitucional la definió en los siguientes términos:

La jurisdicción constitucional se ha establecido por la Constitución como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judicia-

les especiales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Carta. Es la garantía básica del Estado constitucional de derecho. Asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional. Esta jurisdicción asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público.

En este punto se debe interrogar sobre la obligatoriedad de acatar las decisiones constitucionales, ya no solamente por decisiones emitidas por la Corte Constitucional, sino también por aquellas expedidas por los juzgados o tribunales constitucionales de menor rango. Esta pregunta tiene un doble sentido: primero, con relación a la cosa juzgada de las providencias emitidas por la jurisdicción constitucional; segundo, respecto de la obligatoriedad del precedente constitucional. En efecto, las acciones constitucionales tienen variados alcances, y se pueden enfocar de diversas maneras; no es lo mismo la acción de *habeas corpus*, que protege específicamente el derecho a la libertad de una persona que se ha visto detenida por la autoridad, a la acción de tutela, que puede llegar a ser utilizada hasta para “impugnar” sentencias de las altas cortes. Este último aspecto ha sido altamente discutido en Colombia.

De cualquier manera, se ha insistido en Colombia en una práctica jurídica emanada e implementada por la Corte Constitucional, en la búsqueda por garantizar los derechos fundamentales de las personas aun cuando el proceso jurisdiccional ha terminado, ha hecho tránsito a cosa juzgada y ha sido resuelto definitivamente. Es decir, que el gran problema de la cosa juzgada con relación a las acciones constitucionales de competencia de la jurisdicción constitucional está en la acción de tutela respecto de la sentencia injusta, pues es ella la que definitivamente hace entrar en crisis el principio de cosa juzgada, razón por la cual la fuerza vinculante de la sentencia se vería en peligro.

No obstante, esta doctrina constitucional ha sufrido cambios sustanciales desde que fue introducida. En un primer momento, la acción de tutela contra providencias judiciales podía interponerse frente a cualquier

sentencia que haya dado por terminado un proceso y en el cual se hayan vulnerado los derechos fundamentales:

La acción de tutela puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces, Tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derecho constitucional fundamental. En este evento, la actuación del juez de conocimiento se circunscribe al examen y decisión de la materia constitucional con prescindencia de todo aquello que no tenga que ver con la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional fundamental. La acción de tutela no representa frente a los respectivos procesos judiciales, instancia ni recurso alguno (Corte Constitucional colombiana 1992a).

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, y posteriormente en sentencia unificadora SU 297 de 2015, determinó que el alcance de la acción de tutela contra providencias judiciales únicamente se centraba cuando en el proceso se había incurrido en vías de hecho. De todas formas, como lo indica Bernal Pulido (2008b, 89), ha habido una ambivalencia, que ha “desembocado inclusive en ocasiones en el ejercicio de un control de constitucionalidad excesivo sobre las sentencias judiciales, en casos en que la Corte Constitucional ha interpretado la legalidad y ha valorado pruebas y, de este modo, se ha entrometido en las competencias del poder judicial”.

Abordar la efectividad y cumplimiento de las sentencias cuando en ellas intervenga —por vulneración a algún derecho constitucional— la jurisdicción constitucional es un tema que requiere de un análisis profundo, por cuanto la certeza y la seguridad jurídica es un presupuesto esencial en el que descansa el orden jurídico, en el entendido de que lo decidido por un juez no puede volver a ser discutido ante otro juez. El alcance de este principio indica que una vez decidido un asunto o un litigio bajo las formalidades legales y con intervención de las partes, éstas deben sujetarse a la decisión que le pone fin a la controversia, sin que les esté permitido plantearlo de nuevo. Por ello, bajo el prisma de la certeza jurídica se ha interpretado que si la decisión judicial siempre estuviera sujeta a revisión o modificación sería imposible cumplir con ese postulado. Precisamente,

...la tutela es una impugnación por fuera de la jurisdicción y por ende, no puede cambiar el caso juzgado, sino simplemente disponer que se juzgue de nuevo por violación del debido proceso y ya con la observancia plena del mismo. Hasta ahí no hay mayor problema, pero se acentúa cuando se trata de que el juez de tutela decida que la sentencia vulnera un derecho fundamental diverso del debido proceso y que concluya que ese caso juzgado tiene que cambiarse por él, porque entonces se plantea una intromisión del organismo constitucional, que no puede cumplir una función que no le compete: decidir el conflicto intersubjetivo de intereses caracterizado por la pretensión resistida con el sello de la cosa juzgada, creando la norma concreta regidora de la situación conflictiva. No. El juez constitucional no es el operador jurídico que pueda crear ese derecho sustancial. La solución es la misma del caso anterior: el fallo de tutela solo puede remover el obstáculo que enerve el derecho fundamental, pero no puede decir el conflicto *inter partes* (Quintero 2008, 144).

En este orden de ideas, podría plantearse inclusive la duda de si las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional estarían eventualmente sujetas a ser objetadas por una tutela en contra de providencias judiciales. No habría ningún argumento válido que permita decir que en los procedimientos ante la jurisdicción constitucional no puedan existir violaciones por vías de hecho a los derechos fundamentales de las partes involucradas.

Por otra parte, la fuerza vinculante del precedente constitucional sigue siendo en la actualidad una cuestión altamente polémica. Si bien en Colombia —como parte de una tradición latinoamericana (Garro 1989)— se ha opuesto a otorgar la obligatoriedad al precedente judicial, la jurisdicción constitucional ha sido particularmente incisiva en insistir en su valor vinculante.

En Colombia aunque el artículo 230 de la Constitución Política indica el “carácter auxiliar” de la jurisprudencia,

...la Corte ha sostenido que el concepto de imperio de la ley se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal. Como consecuencia, hoy día sólo podría decirse que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar”, en el entendido de que la jurisprudencia, como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del derecho (Bernal 2008b, 88).

Lo anterior fue inclusive manifestado en la sentencia C-836 de 2001. En esta oportunidad, la Corte Constitucional se abrogó la fuerza vinculante de sus sentencias al señalar: “la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del «imperio de la ley» a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución” (Corte Constitucional colombiana 2001).

La normativa mexicana es más clara sobre el particular. Después de 1950, se comenzó a otorgar valor obligatorio a la jurisprudencia establecida en las sentencias de amparo: “La ley de amparo mexicana es la que establece qué tribunales pueden establecer doctrina judicial obligatoria, sobre qué materias puede establecerse dicha jurisprudencia, los requisitos para que una tesis constituya jurisprudencia, para interrumpirla, modificarla, unificarla, publicarla, y, lo que es más importante para los efectos de este análisis, su fuerza obligatoria” (Garro 1989, 493).

La cuestión cobra especial relevancia cuando se está en presencia no solamente de una única Corte propia del modelo austriaco, sino porque en Colombia existe un control difuso de constitucionalidad más próximo al modelo norteamericano (Letelier 2007). ¿Tendrían fuerza vinculante —una vez creada una jurisdicción constitucional especializada— las decisiones que tome un juez constitucional respecto de la decisión de inaplicar una ley por inconstitucional? Este escenario no estaría ausente de fuertes problemáticas:

El hecho que cualquier autoridad pública pueda realizar un examen de constitucionalidad es visto por muchos autores como un exceso, requiriéndose contrariamente su limitación o racionalización. El deterioro en la seguridad jurídica que esto origina posee un peso mayor a la hipotética ventaja de una supremacía absoluta de la Constitución (Letelier 2007, 560).

Y es precisamente con esta afirmación con que surge el interrogante en torno a cuál sería la jerarquía que adquiere un código de lo procesal constitucional en el ordenamiento jurídico de un país ¿Este código será considerado una ley igual que los demás códigos, o por el contrario, adquiere la calidad de norma, de normas como lo es la Constitución? Es importante realizar una reflexión al respecto.

3. *Incidencia con relación al bloque de constitucionalidad, bloque de convencionalidad y al dinamismo del derecho procesal constitucional*

En el artículo 9o.⁴ de la carta magna se establece que las relaciones del Estado colombiano se fundamentan en la soberanía nacional y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. Asimismo, el artículo 93 indica que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, y que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; y desde el artículo 94 se indica al pueblo colombiano que enunciar derechos y garantías en la Constitución no es negar otros que son inherentes a la persona humana (Pabón 2015).

Por tanto, Colombia, basada en las relaciones internacionales, en la soberanía nacional y en la recepción de directrices internacionales acorde con los tratados de los cuales hace parte, ha buscado modelar el Estado y reglamentar las políticas existentes en el mismo, formando lo que se ha denominado el *bloque de constitucionalidad*, compuesto por

...aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu* (Corte Constitucional colombiana 1999).

Y en Sentencia C 018 de 2015 y C 150 2015, el máximo tribunal de lo constitucional afirmó que el bloque de constitucionalidad agrupa un conjunto de normas y principios que si bien no están en el texto constitucional, se entienden integrados a él, aplicación del bloque de consti-

⁴ “Artículo 9o. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991”.

tucionalidad que necesariamente se da a través de la jurisprudencia, entendida como “aquella interpretación que se hace sobre asuntos que deben ser tenidos en cuenta a efectos de la existencia uniforme y sana de la aplicación de justicia por parte del operador jurídico a fin de precaver conflictos en la interpretación justa, actual y adecuada de una norma” (Aguilar 2011, 155).

No es gratuito entonces que a nivel interamericano existe una clara tendencia a incluir una aplicación preferente del derecho internacional de los derechos humanos, y que esta aplicación tenga el nivel constitucional (Arroyo y Pérez 2009). Esta figura, denominada “control de convencionalidad”, ha recaído en manos de la jurisdicción constitucional, según la cual los jueces pueden revisar e inaplicar las leyes domésticas con fundamento a la Carta Interamericana de Derechos Humanos (Ureña 2018).

Una vez más, surge la cuestión de cuál sería el rol de una jurisdicción constitucional que aplique las normas propias del bloque de constitucionalidad de forma difusa y la coherencia que tengan esas decisiones entre sí (Ureña 2018). En efecto, asuntos como el control de convencionalidad —cuyo origen es relativamente reciente (Ferrer 2015)— dejan todavía muchas dudas sobre la posibilidad que tendrían los jueces constitucionales de inferior rango para decidir con fuerza de cosa juzgada constitucional sobre un asunto concreto o si tendrían simplemente la posibilidad de inaplicar una norma.

Lo anterior tiene una particular importancia, puesto que en el ámbito interamericano no solamente se habla de la necesidad de realizar un control de convencionalidad en los juicios que resuelve el juez constitucional, sino que también se incluye la obligación de interpretar el *corpus iuris* interamericano en el mismo sentido que la Corte Interamericana lo ha realizado. Esto implica necesariamente hablar de fuerza vinculante de las sentencias de la Corte interamericana (Ferrer 2015). ¿Podría entonces decir que el bloque de constitucionalidad colombiano dependerá de las interpretaciones sobre derechos fundamentales que realice la Corte Interamericana?

Como se observa, es clara la coexistencia armónica que debe existir entre los tribunales constitucionales, los jueces constitucionales y los tribunales internacionales. La codificación del derecho procesal constitucional no puede limitarse únicamente a realizar una acumulación de las normas que se encuentran dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico, pues se

corre el riesgo de que se crea por quienes ejercen el derecho y lo aplican, que en ese código se regula todo lo que de esta disciplina hace parte. Antes bien, se plantea la necesidad no sólo de la unificación, sino de una modificación estructural en la forma de administrar justicia, y especialmente en la protección de los derechos fundamentales al interior del Estado. El reto se plantea más bien con miras a la capacidad que tenga la disciplina de encontrarse en constante actualización y acorde a las nuevas tendencias de protección de derechos fundamentales, ya que se trata de una disciplina que evoluciona conforme a la realidad, al contexto de cada país y a los lineamientos que establecen los tribunales o cortes constitucionales e internacionales, que son cambiantes, y que se adoptan dependiendo del momento determinado en el cual este tiene incidencia.

Al respecto, indica César Astudillo “el DPC difícilmente tiene más opción que presentarse como un sistema normativo dúctil, flexible y sobre todo abierto al acoplamiento a las concretas y muy distintas realidades y exigencias que se presentan en el entorno constitucional” (Astudillo 2008, 61), y Néstor Sagüés (2001, 10) afirma:

En derecho, generalmente, no hay dogmas. No existe ningún precepto divino que establezca que el derecho procesal constitucional deba estar codificado. Tampoco existe, obviamente, ninguno que postule la no codificación. Aunque en pura teoría la codificación aparezca en el horizonte normativo como la mejor solución (en aras, sobre todo, de la seguridad jurídica), la respuesta final al interrogante de si nuestra materia tiene que estar o no codificada, depende más bien de creencias y circunstancias contingentes, que varían de tiempo en tiempo y de país en país. El quid del asunto está, entonces, en asumir las realidades de cada comunidad.

Por todo lo expuesto, bien puede abogarse por la codificación del derecho procesal constitucional en Colombia, pero con la alerta de que la codificación no se agota en establecer un único cuerpo normativo, sino que su sistematización implica uniformidad técnica y jurídica, con un enfoque riguroso y serio que permita realizar interpretaciones no aisladas ni fuera de contexto. El derecho procesal constitucional, al codificarse, conlleva incluir en su interior los lineamientos constitucionales, los lineamientos procesales, pero también cada una de las posturas jurisprudenciales que conforme a la realidad social han sido adoptadas en nuestro país vía control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Por tanto,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1551-1573.

más que abogar por la codificación o no, la invitación es a asumir los retos frente a los cuales se hace necesario trabajar en pro de la tan anhelada codificación.

Como consecuencia de lo anterior, este artículo aboga por una codificación procesal constitucional en donde se tome en cuenta, como bien lo expresa Hernán Olano (2005), sus tres componentes: la jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional. Para lograr tal objetivo, es necesario que el Congreso de la República regule, mediante ley estatutaria, como prevé el artículo 152 de la carta magna, los asuntos que de la misma hacen parte, en tanto se trata de derechos fundamentales de los ciudadanos, mecanismos de participación ciudadana y régimen de los mecanismos de protección, que requieren de una regulación propia en la cual debe verse materializada dicha iniciativa. No obstante, el cambio no puede ser un simple asunto normativo, ya que se hace necesario que el Estado adopte otra estructura en la magistratura constitucional, implementando los jueces constitucionales especializados y capacitándolos para tal efecto; de tal forma que se constituyan en la mejor magistratura, idónea, independiente y equilibrada, que tengan competencia en los asuntos relacionados con el derecho procesal constitucional, lo que ayudaría no sólo a la descongestión judicial y a mermar la sobrecarga de trabajo, sino a materializar de mejor manera las necesidades de la comunidad y las garantías de los ciudadanos. Es esta entonces una disciplina moderna y autónoma, como bien lo expresa Ana Giacomette Ferrer (2008), que requiere de un mejor desarrollo, porque ha nacido una cultura procesal constitucional diferente a la que existía en Colombia hace algunos años y que demanda una apuesta estatal.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con todos los elementos analizados, puede sostenerse que el derecho procesal constitucional es hoy una nueva disciplina jurídica en expansión y versátil, cuyo desarrollo se ha concretado ya en Latinoamérica y ha adquirido gran auge en Colombia; su finalidad es velar por la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En torno a su codificación existen múltiples debates, y si bien se requiere de una normativa coherente en ese sentido, se hace necesario ir

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1551-1573.

más allá de una estructura normativa, puesto que las instituciones del derecho procesal que hacen parte de la misma deben ser replanteadas, como la jurisdicción, la decisión jurisdiccional y su fuerza vinculante y el principio de la cosa juzgada, así como el precedente judicial y el bloque de constitucionalidad del cual hará parte.

Con relación a la jurisdicción, es dable indicar que es necesario contar con una magistratura especializada y cualificada, que además de contar con conocimientos constitucionales sea elegida adecuadamente, y su ubicación en el ordenamiento jurídico no ponga en peligro la división del poder público en Colombia. Por su parte, el rol del juez constitucional debe basarse en una función creadora con base en las necesidades sociales cambiantes.

Con respecto al bloque constitucional, éste debe ser integrado a la codificación procesal constitucional, previendo la posterior inclusión de lineamientos fundamentales para su ejercicio fruto del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad, de ahí que el derecho procesal constitucional deba estar acorde a los lineamientos propuestos por tribunales internacionales.

No obstante, es claro que para introducir una codificación procesal constitucional se requiere de una ley estatutaria por parte del Congreso de la República, frente a la cual se abrirá el debate respecto de la jerarquía de la misma en el ordenamiento jurídico colombiano, cuyo entendimiento debe girar a que no sólo se hace referencia en él a simples normas procedimentales, sino que terminará por convertirse en un verdadero código con garantías constitucionales, cuyas disposiciones permearán todos los niveles de la estructura jurídica colombiana.

Finalmente, es importante decir que el derecho procesal constitucional convoca tanto a constitucionalistas como a procesalistas a hablar el mismo lenguaje y a repensar en torno a los retos que implica una codificación en este sentido.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMAYA, Jorge Alejandro. 2014. *La jurisdicción constitucional. Control de constitucionalidad y convencionalidad*, Asunción, La Ley Paraguaya.
- AGUILAR ÁNGEL, Álvaro. 2011. “El precedente judicial”, *Memorando de Derecho* 2(2).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1551-1573.

- ARROYO LARA, Eladio y PÉREZ GIL, Luis. 2009. “La aplicación constitucional preferente del derecho internacional”, *Estudios Internacionales* 163.
- ASTUDILLO REYES, César. 2008. “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 2.
- BAZÁN, Víctor. 2007. “Derecho procesal constitucional: Estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 8.
- BERNAL PULIDO, Carlos. 2008a. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, Carlos. 2008b. “El precedente en Colombia”, *Revista de Derecho del Estado* 21.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. 2002. “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Ius et Praxis* 8 (2).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2006. “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* I.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2015. “The Constitutionalization of International Law in Latin America, Conventionality Control, the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *AJIL Unbound* 109.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. 1999. “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 3.
- GARRO M., Alejandro. 1989. “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina. Las lecciones del derecho comparado”, *University Of Miami Inter-American Law Review* 20 (2).
- GIACOMETTE FERRER, Ana. 2008. *La prueba en los procesos constitucionales*, México, Porrúa.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Robeiro. 2012. “Perspectiva contractualista del concepto Estado Social de derecho y su incidencia en el Estado colombiano”, *Analecta Política* 2 (3).
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. 2006. *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl. 2007. “Jueces ordinarios y justicia constitucional”, *Revista Chilena de Derecho* 34 (3).

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2009. “El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina”, *Revista Estudios Constitucionales* 7(1).
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. 2005. “El derecho procesal constitucional”, *Revista Universitas*, 54(109).
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. 2006. “Contribuciones al derecho procesal constitucional: sus principios”, *Revista Universitas* 55(112).
- PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. 2012a. “La jurisdicción”, cap. 3 en *Derecho procesal contemporáneo*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín.
- PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. 2015. “Incidencia de criterios jurisprudenciales desarrollados por algunos tribunales internacionales en las reformas procesales y práctica judicial colombiana”, en *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. 2008. *Teoría general del derecho procesal*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín.
- SAGÜES, Néstor Pedro. 2001. “La codificación del derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho* 43.
- URUEÑA, René. 2018. “Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context”, *Wisconsin International Law Journal* 35.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. 2014. “Derecho procesal constitucional y democracia”, en *El constitucionalismo de los derechos*, Panamá, Librería y Editorial Barrios y Barrios.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. 2017. “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 149.
- VILLALBA BERNÍE, Pablo Darío. 2014. “Constitucionalización del ordenamiento jurídico: Nuevos paradigmas”, en *El constitucionalismo de los derechos*, Panamá, Librería y Editorial Barrios y Barrios.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO-SANITARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*

HEALTH MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

Carolina RIVEROS FERRADA**

Maximiliano OLIVARES RAMÍREZ***

Gabriela VILLARROEL TORO****

RESUMEN: La Ley 19.996, también conocida como Ley AUGE, consagró un régimen de garantías de salud. En ese sentido, es relevante analizar el régimen de responsabilidad que recae sobre los prestadores de salud y las particularidades que nuestro ordenamiento jurídico establece en estos casos.

ABSTRACT: *Law 19.996, also known as the AUGE Law, created a system of health guarantees. In this sense, it is relevant to analyze the regime that regulates on the health providers and the particularities that our legal system establishes in these cases.*

Palabras clave: Salud, política social, responsabilidad civil, responsabilidad médica, mediación.

Keywords: *Health, public policy, civil liability, medical responsibility, mediation.*

* Artículo recibido el 29 de marzo de 2019 y aceptado para su publicación el 9 de diciembre de 2019. Este artículo de reflexión forma parte del proyecto de 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 participo 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. Correo electrónico: criveros@utalca.cl.

*** ORCID: 0000-0003-2858-7299. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: maxolivares@utalca.cl.

**** ORCID: 0000-0002-3913-7966. Egresada de Derecho, Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: gvillarroel@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1575-1598.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Responsabilidad en el ámbito sanitario*. III. *Características de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario*. IV. *Notas particulares de la responsabilidad médico-sanitaria*. V. *De la pérdida de la oportunidad como responsabilidad sanitaria*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En atención a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 19.966, la mediación sanitaria se circunscribe a prestadores de carácter público y privado para “obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial”. Interesa estudiar la regulación que la legislación chilena determina respecto de la reparación de daños y los supuestos que se encuentran cubiertos, para contextualizar de qué manera la mediación obligatoria interviene y sobre qué circunstancias se aplica para darle el valor real que posee como mecanismo alternativo de solución de conflictos, cuestión a la que nos hemos referido en el texto denominado “Ventajas de la mediación en el ámbito sanitario y su ampliación a otros tópicos”.

Ahora bien, el concepto de responsabilidad se posiciona como uno de los pilares fundamentales del derecho, puesto que impone a los particulares la obligación de hacerse cargo de sus acciones u omisiones y las consecuencias que de ellas pueden derivar. Desde una perspectiva jurídica, el concepto de responsabilidad se ha entendido por la doctrina chilena como aquella que

...consiste en el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente. Esta obligación puede derivar de una relación contractual, o del deber genérico de comportarse con prudencia y diligencia en la vida de relación, o de un mandato legal explícito (Rodríguez 2012, 10 y 11).

La definición transcrita es aceptada de forma unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional, y de ella se desprenden los dos principales tipos de responsabilidad: la contractual y la extracontractual. La primera de ellas emana del incumplimiento total o parcial de las obligaciones establecidas en un contrato que antecede los servicios que van a prestarse, mientras que la segunda nace en virtud de la transgresión

de un deber general de cuidado con el que las personas deben actuar en el desarrollo de sus actividades.

A pesar de que puedan existir similitudes entre ambos estatutos, es necesario plantear que ambos implican una hipótesis contrapuesta, que debe necesariamente ser analizada de manera separada la una de la otra. De tal forma, los presupuestos¹ de la responsabilidad contractual han sido sistematizados como los siguientes: existencia de obligación contractual, incumplimiento de la obligación del deudor, que el incumplimiento esté acompañado de un reproche objetivo o subjetivo del obligado, que la omisión de la conducta cause daño al acreedor y que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño (Rodríguez 2012, 28).

Así, el elemento característico de la responsabilidad contractual implica la necesaria vinculación entre la víctima y el autor del hecho u omisión dañoso producto del incumplimiento de sus obligaciones. Existe consenso en que el incumplimiento de las obligaciones implica su inejecución, ya sea total o parcial, pero también que la prestación sea realizada de manera tardía, según suponga el caso en cuestión.

A su turno, la responsabilidad extracontractual presenta los siguientes presupuestos: un hecho o acto originado en la voluntad del ser humano, que tenga un carácter injusto o ilícito desde un punto de vista objetivo, que este hecho o acto haya causado un daño existiendo un vínculo causal entre este y el perjuicio, debe ser imputable a una persona según el sistema de responsabilidad que se haga valer (Corral 2011, 106 y 107).

La existencia de un deber general de cuidado en las acciones que guían a las personas caracteriza a la responsabilidad extracontractual,

¹ Este criterio ha sido replicado por la jurisprudencia en sentencia de la Corte Suprema rol 8235-2015 del 9 de marzo de 2016, que en su considerando tercero señala: “La doctrina tradicional señala como requisitos para la procedencia de la indemnización de perjuicios en materia contractual: a) la infracción de la obligación, sea por no haberse cumplido o porque se ha cumplido en forma imperfecta o tardía (artículo 1556 del Código Civil), b) la imputabilidad de los perjuicios al deudor, o sea, que ellos se daban a su culpa o dolo y no a hechos extraños, como la fuerza mayor o el caso fortuito, c) la interpelación hecha por el acreedor al deudor, esto es, que lo haya constituido en mora, y d) que la infracción de la obligación origine perjuicios al acreedor”. En el mismo sentido, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 14229-2017 del 18 de diciembre de 2018, considerando cuarto: “Que, como se sabe, constituyen presupuestos de la responsabilidad contractual: un contrato válido que vincule a las partes; la existencia de daño ocasionado por una de ellas en perjuicio de la otra; y que el daño provenga del incumplimiento de una obligación contractual”.

lo que implica entonces la ausencia de una relación contractual previa. De todas formas es necesario tener presente que esta afirmación ha sido sobrepasada por la práctica judicial, en que comúnmente se interponen ambas acciones, una en subsidio de otra, principalmente por las razones que se analizarán en las notas particulares de la responsabilidad médico-sanitaria.

Éste es el panorama general de la legislación chilena en cuanto a la responsabilidad desde una óptica global; sin embargo, no existe en nuestra legislación un estatuto que regule de manera particular la responsabilidad en el ámbito sanitario, pero las características propias de los litigios que versan sobre la materia tienen necesariamente diversas peculiaridades, que generan un tratamiento especial y que justifican desde nuestra perspectiva la utilización de la mediación sanitaria obligatoria.

De tal modo, a la existencia de dos posibles estatutos que las víctimas de un hecho dañoso pueden utilizar, es necesario añadir una distinción previa según si el que se imputa como responsable de las consecuencias que han generado un perjuicio sea un prestador público o privado. De tal forma, profundizaremos el estudio de la responsabilidad en el ámbito sanitario.

II. RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

La responsabilidad médico-sanitaria en Chile puede ser analizada desde diferentes perspectivas; así, puede ser estudiada la responsabilidad penal, administrativa y de carácter civil. Asimismo, también puede ser clasificada según a quiénes se les entienda responsables, a saber: a los profesionales de la salud, tanto médicos como otros profesionales sanitarios; las instituciones sanitarias, como centros médicos u hospitales, y, en tercer lugar, las autoridades sanitarias del Estado; de este modo, todos los posibles involucrados son relevantes, puesto que, en definitiva, podría responder inclusive el Estado por la falta de servicio.

Se excluye en este análisis la responsabilidad penal y de carácter administrativo, ya que los casos de mediación sanitaria se refieren a casos de responsabilidad civil. También se excluye del presente análisis el estatuto de protección a los derechos de los consumidores, puesto que respecto de los servicios de salud existe una exclusión expresa en el literal f del ar-

título 2o. de la Ley 19.946.² Por lo tanto, la disposición respecto de la mediación sanitaria obligatoria contenida en el artículo 43 de la Ley 19.996 se aplicará exclusivamente respecto de las pretensiones indemnizatorias conforme a las reglas de la legislación civil chilena. De todas formas, es relevante destacar que en la historia de la ley se declara que el fin de esta exclusión tuvo como objetivo central evitar la judicialización de los conflictos que puedan presentarse en materia de salud (Nasser 2014, 78 y 79). A pesar de la fundamentación entregada en la discusión parlamentaria, no estamos de acuerdo con la medida adoptada por el legislador en estos casos, que excluye en términos absolutos las discusiones que, de manera más que justificada, pueden verse relacionadas con problemas del consumidor.

No obstante ello, se ha generado una interpretación que permitiría aplicar la ley del consumidor a un tipo de contrato específico, relacionado con intervenciones corporales con fines de embellecimiento. Los argumentos que permitirían la aplicación tienen como eje central la comprensión de lo que implica una intervención de embellecimiento que:

A pesar de encontrarse dentro del ámbito de la salud, soy de la opinión de que las intervenciones estéticas al cuerpo no son prestaciones de salud, que es la principal exclusión del art. 2o., pues no se dirigen al restablecimiento de ella. La “salud” debe entenderse en estas materias en sentido estricto; esto es, como un estado en que el ser orgánico ejercer normalmente todas sus funciones. Quienes se someten a una intervención quirúrgica con fines cosméticos (guiados por modelos de belleza de moda), se caracterizan, o bien por no tener un funcionamiento orgánico “anormal”, o bien si lo tienen, por no estar dirigida la acción de embellecimiento a la solución de la disfunción que puedan presentar (no es la terapia) (Rosso 2012, 611).

² Ley que establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores, publicada en el *Diario Oficial* del 7 de marzo de 1997: “Artículo 2o. Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: f) Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales”.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO SANTIARIO

El tratamiento que el Código Civil chileno da a la responsabilidad ha supuesto una dificultad en su aplicación para casos más complejos, pues el desarrollo ha quedado entregado a la doctrina, que se ha esforzado por aplicar las normas a diversos supuestos de hecho, y la jurisprudencia, que ha delimitado y entregado determinadas pautas sobre la materia. Al efecto, nos centraremos en tres pares antinómicos que han dominado la discusión de la responsabilidad de los profesionales de la salud.

1. *¿Responsabilidad extracontractual o contractual?*

La primera dificultad que se nos presenta es qué régimen de responsabilidad aplicar (Parra 2014). La disyuntiva no es irrelevante, puesto que las diferencias entre uno y otro determinan la estrategia judicial a seguir, y han sido apuntadas por la doctrina, reconociendo como las principales: la existencia de gradación de la culpa en materia contractual, diferencias probatorias, la necesidad de constitución en mora en la responsabilidad contractual, presencia de responsabilidad solidaria en materia extracontractual, regulación de la prescripción diferente en ambos casos, entre otras diferencias relevantes (Barros 2010).

El estatuto contractual, que podría sostenerse que es la visión más clásica del fenómeno, ha sido abordado en las sentencias 7215-2014³ del 19 de enero de 2015, y 716-2013⁴ del 13 de mayo de 2013.

Esta teoría no ha estado exenta de cuestionamientos, puesto que las situaciones en las que concurre el consentimiento y en aquellas en que no

³ La responsabilidad medica constituye, a su vez, un capítulo particular de la responsabilidad profesional; es decir, estrictamente contractual, salvo que se trate de supuestos de derecho penal. Este criterio es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia (considerando segundo).

⁴ “Que, en lo que atañe a la impugnacion, en el fallo objetado los sentenciadores dejan asentado el incumplimiento culpable del demandado de las obligaciones que le imponía el contrato de prestación médica y que, producto de la deficiente intervención quirúrgica dental que practicó, fue dañado el nervio mentoniano de la actora, generándole una parestesia irreversible, con pérdida de sensibilidad permanente, estableciendo los jueces que tales molestias se transforman en un motivo de dolor síquico” (considerando tercero).

concorre en prestaciones médico-sanitarias puede generar consecuencias diferentes; así, por ejemplo, se está frente a un escenario diverso cuando se realiza una prestación que deviene de una relación contractual que cuando se atiende un paciente en urgencias (Pizarro 2008, 540). Se critica este tratamiento diferenciado, y en tal sentido propone un sistema unificado (Pizarro 2008, 540). Por otra parte, la jurisprudencia ha afirmado que puede existir un tratamiento diferenciado según el profesional contra el cual se dirija la acción, según lo resuelto por la sentencia de la Corte Suprema rol 9189-2017⁵ del 31 de enero de 2018.

Sin perjuicio de que fundar la responsabilidad médica sanitaria en las normas de la responsabilidad contractual es la regla general en nuestro sistema jurídico, existen tendencias jurisprudenciales que se han centrado en que los daños causados en el ejercicio de una prestación médica se resuelvan según lo dispuesto en los artículos 2314 y 2329, inciso primero, del Código Civil chileno, que recogen la cláusula general *alterum non laedere*.

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, la doctrina ha circunscrito su ámbito de aplicación a un espectro de supuestos de hecho más limitados; así, Court (1998, 281), siguiendo a Alessandri, señala que procede la aplicación de este estatuto:

- a) cuando el médico causa daño al paciente a quien presta servicios por amistad o por espíritu caritativo o de beneficencia, sin ningún fin de lucro; b) si con la muerte o las lesiones ocasionadas al paciente causa daños a un tercero; y c) en general, cuando con cualquier acto de su profesión daña a un tercero con quien no está ligado contractualmente (Court 1998, 281).

⁵ “La recurrente reconoció formar parte del equipo médico del doctor Miranda Fliebler, quien, por ende, eligió al personal que lo debía asistir en el procedimiento, debiendo colegirse entonces que existe un contrato entre ellos, puesto que el médico introdujo para el cumplimiento de su propia obligación contractual un tercero respecto del paciente, tercero que de este modo se constituye en un sujeto pasivo o deudor a quien le es exigible efectuar la prestación convenida, debiendo responder de los perjuicios originados por el incumplimiento íntegro de la obligación o de su cumplimiento tardío si ello se debe a su culpa o dolo. Por ello es que habiéndose optado por perseguir la responsabilidad contractual de la recurrente resulta ineludible precisar los deberes exigibles a la matrona para determinar si es posible imputarle una conducta razonablemente culposa que la ponga en situación de responder por su obrar en la ejecución del contrato” (considerando decimocuarto).

La discusión al respecto no es sencilla, pues existe una confluencia de ambos sistemas que se resuelve por el tribunal de instancia que conoce y resuelve las demandas según se haya accionado de manera principal o subsidiaria. Así lo plantea Vidal, quien señala que no hay una visión unitaria al respecto, y reconoce la oscilación entre los sistemas de responsabilidad mencionados, llegando incluso a permitir a la víctima que elija la opción según la conveniencia que las normas particulares puedan entregarle (Vidal 2003, 2). Del mismo modo lo ha reflejado la jurisprudencia en sentencia de la Corte Suprema rol 38151-2016,⁶ del 25 de abril de 2017.

Por consiguiente, es procedente reflexionar en torno a la existencia de dos regímenes de responsabilidad confluentes en la actualidad, lo que genera los llamados cúmulos de responsabilidad, en virtud de los cuales el supuesto de hecho permite aplicar las reglas de responsabilidad contractual y extracontractual.

A primera vista, las posibles soluciones ante esta problemática es aplicar las reglas de la primera, argumentando que por un orden sistémico del Código Civil chileno éstas representarían la regla general, y que además tienen un tratamiento más profundo y detallado, o aplicar las reglas de la segunda, fundamentado en que normalmente las personas se vinculan sin un contrato de por medio, por lo que la regla general sería en realidad la responsabilidad extracontractual, y excepcionalmente existiría un vínculo contractual.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado acertadamente en sentencia de rol 31061-2014 del 21 de marzo de 2016 que

De ahí, entonces que tratándose de responsabilidad civil médica... debilita la tajante distinción que tradicionalmente se ha hecho en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la responsabilidad contractual y la extracontractual,

⁶ Al respecto, se debe precisar que la responsabilidad médica, en términos generales, se rige por el estatuto contractual, puesto que en la generalidad de los casos el paciente habrá contratado los servicios del profesional elegido por él; sin embargo, tal circunstancia no excluye que la acción del médico tenga otra fuente y pueda generar responsabilidad extracontractual, presentándose incluso episodios de concurrencia de responsabilidades —cúmulo u opción de responsabilidades donde un mismo hecho puede ser calificado como incumplimiento contractual y también como ilícito extracontractual (cuasidelito de lesiones por mala práctica médica)—. En esta situación se admite la opción de la víctima, por lo cual —en referencia al caso particular— el paciente pudo elegir el estatuto jurídico por el cual perseguir la indemnización (considerando tercero).

pues el contenido normativo no es tan diverso y en ambos estatutos existe un ilícito civil, dado por el incumplimiento al contrato o a las obligaciones que emanan de la ley.

Como se ve, la existencia de la responsabilidad civil médica posee muchas perspectivas, ya que en sí misma puede contener elementos de ambas clases de regímenes. Ello plantea problemas que no son de fácil solución, y que ante hipótesis complejas, como el caso de la responsabilidad de los profesionales de la salud, puede generar más problemas a la hora de resolverlos adecuadamente.

2. ¿Sistema objetivo o subjetivo de responsabilidad?

Lo que distingue fundamentalmente a un sistema de otro es la imposibilidad de acreditar ausencia de culpa o dolo del autor del daño, y en definitiva se obligue a responder de los perjuicios causados. En tal sentido, los sistemas de atribución de responsabilidad del tipo subjetivo son los que predominan en los sistemas jurídicos contemporáneos, tomando en consideración la intención de quien realizó la acción u omisión dañosa. De tal forma, el sistema subjetivo se funda en la presencia de un comportamiento imprudente o negligente contrario a la observancia de un deber general de cuidado esperado por las personas considerado como culpa, o bien por la existencia de una intención de causar el daño.

La responsabilidad objetiva es una excepción en el sistema jurídico chileno, puesto que sólo exige la concurrencia del daño y una relación causal entre el hecho generado y éste, para que exista la obligación de indemnizar a la víctima. A nivel del Código Civil chileno, sólo un par de normas (artículos 2327 y 2328 del Código Civil chileno) se refieren a este tipo de responsabilidad, ya que ha sido principalmente abordada a través de regulación específica. Ejemplos de ello son leyes sectoriales; así, el Decreto-Ley 2.222 de 1978, que atribuye tal régimen de responsabilidad al causante del derrame de hidrocarburos y sustancias nocivas en el mar, o la Ley 18.302 de 1984, que regula la seguridad nuclear, entre otros casos.

En el caso de los profesionales de la salud, no cabe duda de que debe seguirse un sistema subjetivo, puesto que éstos serán responsables sólo cuando hayan dejado de observar la conducta, diligencia y cuidado que puede exigirse en atención a las circunstancias del caso. De este modo, el

grado de culpa al que están sujetos no admite una apreciación según los parámetros clásicos dados por el Código Civil, sino que deben responder a una culpa, que se apreciará en concreto, considerando que la preparación y conocimientos técnicos que los facultativos deben tener para asumir la responsabilidad en los procedimientos que requieren de su intervención hacen exigible a ellos un estándar más alto y técnico.

De manifiesto queda que la existencia de la culpa es un requisito de procedencia de la responsabilidad civil, al analizar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 14229-2017, del 18 de diciembre de 2018.⁷ Según los hechos establecidos como inamovibles en la causa, se determinó que durante una intervención quirúrgica se dejó dentro de la paciente una compresa que generó complicaciones, y posteriormente debió ser extraída en otra intervención destinada para esos efectos.

A nuestro juicio, no es posible atribuir responsabilidad a todo evento en las prestaciones médicas, puesto que carece de fundamento y de lógica sistémica en el ordenamiento jurídico. La responsabilidad objetiva, como quedó evidenciado en los ejemplos expuestos, tiene lugar en situaciones excepcionales que alteran el normal desarrollo de la vida y suponen una mayor exposición a los riesgos.

Por su parte, las prestaciones médicas pueden estar rodeadas de una incertidumbre, que en determinadas hipótesis las hace más riesgosas; pero en ningún caso vuelve responsables a los distintos intervinientes de la prestación sólo por existir el daño; en este sentido, debe comprobarse que se ha actuado con infracción de la *lex artis* que gobierna cada disciplina.

⁷ “En el caso sub lite el aludido protocolo de “Recuento de Compresas” aparece satisfecho sin observaciones, y es lo cierto que, como se ha dicho, tal formalidad se incumplió, pues no existe discusión en que una compresa quedó alojada al interior del cuerpo de la actora sin ser detectada por quienes debían hacerlo, debiendo recordarse que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, el incumplimiento de una obligación contractual se presume culpable y debe probar la debida diligencia o cuidado el que ha debido emplearla, lo que en este caso no aconteció. Pues bien, existe entonces un incumplimiento contractual de parte de Clínica Santa María S. A. a los deberes que le imponía el contrato de hospitalización, conforme a lo que ella misma reconoce, según se lee en el motivo anterior, serían sus obligaciones, las que contrariamente a lo afirmado por dicha entidad, no fueron cumplidas satisfactoriamente en este caso, dado que los procedimientos en uso para el conteo de las compresas no fue efectuado eficaz y diligentemente por quien en representación de ella debía cerciorarse de aquello, certificándose por escrito, además, la practica correcta de un protocolo mal realizado” (considerando noveno).

No obstante, en el caso de los prestadores de servicios de salud públicos se aplica mayoritariamente, mas no exclusivamente, la noción de culpa asociada al concepto de falta de servicio para determinar la procedencia o no de la acción indemnizatoria.

3. *¿Diferencias en la responsabilidad de un prestador del sector público y privado?*

Al efecto, se produce una discusión doctrinaria con relación a este punto, puesto que se distingue según si el prestador de salud es un ente público o uno privado para aplicar el sistema objetivo o subjetivo de responsabilidad, respectivamente, tal como destaca Pizarro, quien señala que es necesario distinguir si el acto médico fue realizado por un hospital público o por un profesional que ejerce de manera libre su profesión. En el primer caso el estatuto que regirá la responsabilidad será el de falta de servicio contenido en la Ley 19.966 (Pizarro 2010, 540), mientras que en el segundo caso aplicaremos el estatuto de responsabilidad general, sobre el cual se ha profundizado previamente (Pizarro 2008; 255 Tapia 2003, 81).

Somos críticos respecto de esa afirmación, pues a nuestro criterio carece de sustento jurídico y plantea más problemas en la determinación de las reglas aplicables a este caso de daños. Dicha doctrina es insostenible desde el punto de vista del análisis económico del derecho, puesto que ningún Estado estaría capacitado para responder por todos y cada uno de los daños que se causen en los servicios de atención públicos aun con la posibilidad de repetir contra el culpable. No obstante, ésa no debe ser la única consideración para reflexionar sobre este particular, sino que es importante realizar un análisis más acabado de la situación (Tocornal 2014, 30).⁸

A nuestro entender, no hay motivo alguno para distinguir (Cárdenas 2007, 806) el tipo de establecimiento en que se comete el hecho que genera un daño, ya que en ese sentido las normas de responsabilidad son extensivas, y la concurrencia de un hecho que con culpa o dolo ha sido

⁸ La actividad sanitaria de un establecimiento de salud es la misma, sea público o privado el recinto donde se prestó. La dignidad y los derechos de protección a la salud de sus pacientes también son iguales. El daño a la salud también es similar en el conjunto de seres humanos frente a determinadas acciones. ¿Qué justifica favorecer legalmente a unos y no a otros para obtener una indemnización que tiene su origen en un daño a la salud?

el antecedente causal de un daño son supuestos de hecho suficientes para que se apliquen las normas de responsabilidad subjetiva, como ya fue analizado. En esta línea argumentativa, expresa Cárdenas (2007, 806):

De lo dicho se sigue que cuando el Estado efectúa actividades análogas a las que realizan los particulares —como precisamente sucede con los servicios de salud—, los principios que gobiernen la reparación de los daños ocasionados por dicha actividad no tienen razón de ser diferentes (artículo 19 No. 24 inciso 2o. C.Pol.) Tal vez sería preferible hablar de “derecho de daños” en lugar de ‘responsabilidad civil’, ya que esta expresión permite de mejor manera centrar la atención en el desarrollo de una teoría general de la reparación de los daños, con independencia de la personas o personalidad de quien los haya causado.

No obstante ello, la jurisprudencia ha conservado la dualidad de sistemas distinguiendo la calidad que detenta el sujeto pasivo de la acción fundamentado en la doctrina de la falta de servicio.

Así, el concepto de falta de servicio ha sido delimitado por la Corte Suprema en sentencia rol 2655-2005 del 20 de noviembre de 2005, el siguiente sentido: “Se dice que esto ocurre: a) cuando el servicio no funcionó debiendo hacerlo; b) cuando el servicio funcionó irregularmente, y c) cuando el servicio funcionó tardíamente y de la demora se ha seguido perjuicios” (considerando quinto).⁹

Por tanto, y como contrapunto de lo analizado en el estatuto de responsabilidad contractual o extracontractual, podemos concluir que se sigue una lógica distinta en los casos que quien produce el daño es un ente público, considerando además que las consecuencias de la falta de servicio implican la aplicación de una responsabilidad del Estado, por lo que en que caso de presentarse las tres hipótesis previamente referidas, a saber: cuando el servicio no funcionó debiendo hacerlo, cuando el servicio funcionó irregularmente, y cuando el servicio funcionó tardíamente, y de la demora se han seguido perjuicios, siempre que se genere un daño, el Estado responderá. Por consiguiente, la responsabilidad patrimonial del Estado

⁹ “Que, como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte Suprema, la falta de servicio se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que, naturalmente, se siga un daño de esa deficiencia o mal funcionamiento”.

nace de la mera infracción de los deberes de cuidado o actuación que éste tiene (Román 2012, 45 y 46).

Finalmente, la obligación indemnizatoria se describe en el considerando vigésimo de la Sentencia de la Corte Suprema rol 10254-2017, del 9 de agosto de 2017:

A su vez, este Tribunal antes ya ha dicho, respecto del artículo 38 de la Ley No. 19.966, que una atenta lectura del precepto permite concluir “que para que nazca la responsabilidad en materia sanitaria deben concurrir copulativamente los requisitos establecidos expresamente en la mencionada norma, esto es, la existencia de falta de servicio del respectivo Servicio de Salud, que haya causado un daño y que éste sea imputable al mismo. Ello es claro, pues la norma en comento señala justamente en su inciso 2o. que se debe acreditar —en este caso por los actores— que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando falta de servicio” (Corte Suprema, Rol 355-2010, 30 de julio de 2012, considerando décimo tercero).

Las diferencias procedimentales y probatorias a las que la víctima debe someterse son considerables en atención a si el agente causante del daño es un ente público o privado. No obstante, y a pesar de que la existencia de dos regímenes de responsabilidad pueda parecer provechosa en ciertos casos, mantenemos la posición de que es preferible establecer una única regulación al respecto, ya que si analizamos nuevamente el supuesto de una atención de urgencia, en que una persona concurre al prestador de salud más cercano sin tener posibilidad alguna de elegir en atención a que la espera puede significar un perjuicio mayor ¿se estaría sancionando con una carga más o menos, desde un punto de vista procesal, a aquella persona que debe probar la existencia de una falta de servicio?

De tal forma, las mayores dificultades que se observan en virtud de esta regulación se detectan en los casos en que se debe responsabilizar al Estado. Dicho esto, el panorama para el ejercicio de acciones contra los prestadores privados de servicios de salud no está exento de dificultades.

Por otra parte, esta situación también plantea dificultades innecesarias para la aplicación de la mediación obligatoria, distinguiendo la calidad del prestador; así:

La ley establece condiciones diferentes, para el sector público y privado, para acceder a la mediación, alterando los principios básicos de universalidad,

igualdad y equidad. Entre otras diferencias se encuentran: la mediación pública es gratuita no así la privada y la limitación de montos indemnizatorios, solo aplicable a los prestadores estatales con el consiguiente perjuicio de los usuarios pertenecientes al sistema público de salud. La restricción de los montos a pagar, en todo caso, es congruente con lo ya dicho: cualquier acuerdo que supere dicha cifra, por su envergadura, se sustrae de la mediación. Las partes pueden voluntariamente abandonar el proceso de mediación, en cualquier etapa previa al acuerdo. En contrario, la mediación privada no establece montos ni límites quedando estos liberados a la decisión de las partes (Milos 2014, 99 y 100).

Reiteramos las críticas y fundamentos que al respecto ya se han señalado, puesto que nuevamente se crea una distinción injustificada que ante unos mismos hechos aplica un estatuto diferente, que conllevará en resultados distintos para las víctimas.

IV. NOTAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA

Las normas sobre responsabilidad, tanto contractual como extracontractual tienen aplicación general; pero su aplicación ante casos más complejos revela los límites de ésta. La fecha del Código Civil chileno dan a este cuerpo normativo una vigencia de más de 160 años, lo que aparejado a la inexistencia de alguna modificación profunda sobre la materia implican que la complejidad que supone un daño en el contexto de una prestación médico-sanitaria no esté comprendido en nuestra regulación.

Ante esto, la mediación sanitaria parece ser una alternativa beneficiosa a la hora de evitar la complejidad a la que se ven sometidas las partes en un litigio de esta índole, con el objetivo de obtener la reparación del daño sufrido, considerando especialmente que se trata de materias tan sensibles como la salud, la integridad física, psíquica, e incluso la vida de las personas.

Analizaremos algunas de las particularidades de la responsabilidad médico-sanitaria para generar un panorama amplio de los beneficios que este mecanismo alternativo de resolución de conflictos puede generar.

1. *Sujeto activo del daño y diligencia debida*

En la responsabilidad extracontractual se discute si la culpa se gradúa según las reglas generales o si se responde de un mismo grado de culpa, que corresponde a la diligencia exigible al estándar de un buen padre de familia. Junto con ello, la discusión se mantiene si la culpa debe analizarse en concreto o en abstracto.

Creemos que en estos casos es necesario ir más allá de una simple apreciación según las normas generales, puesto que el sujeto activo del daño es particular, ya que su estándar de diligencia está por sobre una mera obligación de no generar daño, pues además debe ajustarse a las normas técnicas de la disciplina que ejerce, no siendo sólo relevante el resultado que obtenga, sino también los métodos que utilice para concretarlo, y de ello deviene la responsabilidad civil profesional.

Determinar que un médico ha infringido la *lex artis* es un tema probatorio, que es particularmente complejo ante la existencia de procedimientos y técnicas conocidos sólo por especialistas. Sin perjuicio de ello, la determinación realizada por la jurisprudencia de este concepto permite tener un acercamiento más concreto a las hipótesis que pueden implicar una transgresión de dicho estándar:

Que ya trasladándose al ámbito de la responsabilidad profesional, en particular de la responsabilidad médica, se dice que las acciones de salud corresponde sean desarrolladas conforme a la *Lex Artis Médica*, que constituye el parámetro de comparación de la actividad desplegada por los médicos, caracterizada como una obligación de previsión, asistencia, diligencia, cuidado y garantía del respectivo facultativo. A lo anterior se añade, como patrón de comparación, que dicha prestación se realice en los términos exigidos para un profesional médico promedio, que se eleva cuando se está ante un especialista, puesto que en este caso se evalúa como un especialista promedio (Vargas 2007, 28).¹⁰

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema rol 7215-2014, del 19 de enero de 2015, considerando séptimo. Es interesante considerar que dentro de los deberes de la *lex artis* se encuentra también el deber de informar acerca del diagnóstico al paciente; el deber de continuar con un tratamiento; el deber de informar la necesidad de someterse a análisis preventivos.

2. *Manifestación del daño*

El momento en que los efectos del hecho dañoso se hacen notar determina la oportunidad en que la acción indemnizatoria comienza a estar disponible, y, por consiguiente, el cómputo de la prescripción extintiva se inicia.

En el caso de intervenciones quirúrgicas, dichas consecuencias pueden manifestarse mucho tiempo después. Recurrentes son los casos en que en virtud de una intervención de carácter invasivo han quedado instrumentos utilizados por los facultativos dentro del cuerpo de los pacientes, pero las molestias se presentan varios años después de haber tenido lugar la intervención.

Ante una aparente prescripción de la acción indemnizatoria y la injusticia que una situación como la relatada produciría para la víctima, se ha realizado una interpretación normativa conforme a los fundamentos o principios de la responsabilidad desde una óptica general.

En efecto, uno de los fundamentos de la responsabilidad como principio general del derecho es la existencia del daño y su posterior reparación, ante lo cual la acción sólo puede estar “disponible” para la víctima una vez que los daños se manifiesten, de tal manera que la víctima sea capaz de percibirlos con independencia del momento en que se hayan originado, ya que sin la existencia de un daño patente la acción que eventualmente podría intentarse carecería de fundamento.

Por consiguiente, el plazo de prescripción extintiva sólo podría comenzar a contarse desde la manifestación efectiva de las consecuencias de un actuar negligente según los estándares de la *lex artis*, puesto que la extinción de las acciones por el transcurso del tiempo tiene como base sancionar al actor que no es activo en el empleo de las herramientas que la ley le otorga para obtener su reparación, no siendo dable sancionar a quien no dispone de acción alguna.¹¹

3. *Obligación de medios y de resultados*

Tradicionalmente, los médicos contraían obligaciones de medios en virtud de los servicios que debían prestar para curar al enfermo (Domín-

¹¹ A propósito de la prescripción, véase la reciente sentencia de la Corte Suprema rol 19.130-2018 del 26 de diciembre de 2018.

guez 2010; Vidal 2018, 26). Es preciso en esta clase de obligaciones atender a la *lex artis*, ya que el estándar para determinar si existe o no incumplimiento es haber utilizado todo aquello que en virtud de su conocimiento técnico se encontraba a su alcance según los procedimientos que deben seguirse en virtud de la disciplina en cuestión. Por ejemplo, se estableció como una transgresión de la *lex artis*:

La omisión de efectuar un diagnóstico diferenciado y derivar o recurrir a un médico especialista en ginecología, en concepto de los jueces, configura una infracción a la *lex artis* y, en definitiva, importa el incumplimiento del contrato celebrado entre las partes, obligando a los responsables a indemnizar los daños patrimoniales y morales que el fallo declara (sentencia de Corte Suprema rol 30907-2014 del 30 de marzo de 2015 considerando quinto).

Caracterizando la *lex artis*, la Corte ha indicado que

Se puede decir que aquella está constituida por el conjunto de principios y normas técnicas cuyo dominio es exigido a cuantos ejercen la actividad. Así, para establecer si un sujeto cumplió con aquellas, se considera como parámetro de control el comportamiento de un profesional medio ante análogos supuestos de hecho precisos y determinados, que importa ponderar las circunstancias específicas, en concreto a las que se vio enfrentado (sentencia de Corte Suprema rol 99898-2016 del 21 de diciembre de 2016, considerando quinto).

Ahora bien, en el caso de las obligaciones de resultado, estas obligaciones son de carácter concreto, no es posible excusarse probando ausencia de culpa (Ruz 2011).

Dicha circunstancia no debe ser un obstáculo que permita comprender que determinadas obligaciones médicas pueden tener esa categoría, dependiendo de la naturaleza de la prestación que se ofrece. Estudiar las múltiples dimensiones de un fenómeno como el de la responsabilidad médica puede ayudar a asumir los desafíos que ésta plantea, y que las alternativas a su resolución no están dadas necesariamente por una lógica judicial adversarial.

La importancia de esta distinción tiene que ver con la actividad probatoria que desempeñarán las partes y la valoración de los esfuerzos que realizarán, tal como lo define Cárdenas:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1575-1598.

En el ámbito nacional, a pesar de cierta vacilación de la jurisprudencia médica, por regla general la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el paciente/acreedor (demandante), pues algunos tribunales, al catalogar la obligación del médico como una obligación de medios, han entendido inaplicable el 1547 del CC, “igualando de esta manera la regla contractual, la regla extracontractual y la regla que se sigue en los casos en que es demandada la responsabilidad del Estado por la falta de servicio”. Por vía excepcional, cuando la obligación médica es considerada una obligación de resultado, la culpa se presume “fuertemente” y la argumentación es apoyada en el expediente de los hechos negativos (que veremos más adelante), y en la regla contenida en el artículo 1547 inc. 3o., cuya aplicación —en estos supuestos— no deviene preterida (Cárdenas 2010, 64).

4. *Esfuerzos probatorios*

Sin lugar a dudas este es el aspecto más complejo a estudiar, los altos niveles de rigurosidad técnica, la asimetría en el acceso a la información y la existencia de cursos causales múltiples son algunos de los problemas que se presentan al tener que probar la responsabilidad médica facultativa. En este sentido explica Vidal (2018, 26):

Por regla general, se ha sostenido que en materia médica la prueba de la culpa recae en la víctima. Sin embargo, por aplicación del principio de la igualdad de los medios probatorios entre médicos y paciente y la asimetría de información entre ambos, la jurisprudencia ha construido verdaderos deberes de colaboración que pesan sobre los médicos y se traducen en que el médico debe suministrar la información relacionada con aspectos de la ciencia médica.

Un medio de prueba relevante en estos casos será el informe de peritos, ya que los hechos de que trata suponen conocimientos especializados que difícilmente el juez y las partes conocerán.

Al efecto, el servicio médico legal es el órgano idóneo para informar en los litigios sobre la materia. No obstante que alguna doctrina ha efectuado reparos a su labor por una posible falta de objetividad en virtud de la llamada “solidaridad profesional”, no compartimos esta desconfianza, como apunta Pizarro (2008, 542):

Es usual que se señale que los peritajes no son siempre un medio idóneo atendida la solidaridad entre los médicos. Sin embargo, esa intuición contrasta con el trabajo efectuado por el departamento de negligencias médicas del Servicio Médico Legal, cuyos informes en no pocos casos resulta desfavorable para el profesional.

Bajo nuestra óptica, la desconfianza es consecuencia directa de la dificultad probatoria a que se ven sometidas las partes en un caso de este tipo, ya que la asimetría en el conocimiento de la información genera obstáculos a veces infranqueables a la actividad probatoria; sin embargo, como se indicaba, dicha asimetría está siendo aminorada por la construcción de la jurisprudencia nacional, que atribuye a infracción de los deberes de colaboración una presunción judicial de negligencia (Sentencia de la Corte Suprema 2013, rol 8307-2012).¹²

Larroucau detecta otra de las dificultades que en materia probatoria encontrará el actor, al profundizar en la noción del estándar de prueba:

Esto en la justicia patrimonial tiende a expresarse en la regla de probabilidad prevaleciente ($P > 0,5$), la que denota el grado de confirmación de los hechos respecto de las pruebas disponibles. Y es aquí donde la justicia chilena exhibe, tal vez, sus mayores falencias: (i) por una parte, ella acude sin ningún reparo a la convicción del juez para consignar en la sentencia los hechos probados y, (ii) por otro lado, no distingue entre el estándar de prueba civil y el estándar penal cuando se fijan esos hechos. Este es un panorama que debe ser corregido, (i) ya que la convicción judicial —entendida como algo subjetivo— es un falso estándar, porque no informa de ninguna de las razones tomadas en cuenta para decidir que las evidencias confirmaban o no los hechos, de modo que acudir a ella contradice el sentido que tiene motivar el fallo y hace estéril cualquier recurso procesal que prometa una revisión de los hechos; en segundo término, porque las exigencias para establecer los hechos en que se funda una decisión sobre la responsabilidad civil no pueden ser medidas con la vara del Derecho penal (Larroucau 2014, 69).

Más allá de las reglas de qué se debe probar o quién debe probar, es necesario centrar el eje del debate en la dificultad material que presentan estos litigios debido a su alto contenido técnico y los obstáculos que esta situación puede significar a la orden de obtener una reparación de los da-

¹² Sentencia de la Corte Suprema rol 8307-2012 (25 de noviembre de 2013).

ños causados por falta de elementos que logren acreditar cursos causales puesto que el daño, en la mayor parte de los casos, sí existe.

V. DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO RESPONSABILIDAD SANITARIA

Una de las perspectivas de la falta de servicio se ha conceptualizado como la pérdida de la oportunidad, que interesa puntualizar para delimitar el alcance de la mediación obligatoria.

Naciendo desde una construcción jurisprudencial, se ha arribado a la determinación del concepto que atribuye responsabilidad al servicio de salud que no realiza diligentemente lo que debía hacer en atención a detectar una enfermedad o realizar un diagnóstico acertado, impidiendo con posterioridad que el paciente se mejore de tal condición.

En efecto, la principal particularidad es que en estos casos se realiza un juicio mayormente probabilístico sobre las consecuencias provocadas por un actuar negligente en la etapa de proyección de una enfermedad o afección. Así, la Corte Suprema ha establecido que

La negligencia del personal médico no estuvo en no haber acertado en su diagnóstico, sino en no haber realizado aquello que era a todas luces imprescindible ante un caso como el que se le presentaba: ordenar y practicar oportunamente una ecotomografía o una radiografía abdominal (considerando 4o. del fallo de reemplazo).

También se detiene esta sentencia en las particularidades de la causalidad en materia médica, señalando que ella es más difícil de establecer, máxime “cuando el dilema es si en razón de una negligencia médica el paciente pudo perder una oportunidad de sanarse. En estos regímenes de responsabilidad muchas veces solo será *posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, como sucedió en este caso, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y oportuna, por el cual el demandado deba responder*” (considerando 7o. del fallo de reemplazo) (Ríos y Silva 2015, 167).

Por otra parte, la doctrina internacional ha puntualizado esta hipótesis al señalar que

En el ámbito de la responsabilidad civil hay casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da

por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido —posibilidad u oportunidad, por tanto, de haber obtenido una ventaja o evitado una pérdida—. En el campo sanitario, suele conducirse a este campo los errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, la falta de información y/o de consentimiento informado y los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales (Barrocal 2011, 36 y 37).

No existe reconocimiento positivo de esta teoría en nuestra legislación, pero su estrecha relación con la falta de servicio y la existencia de una prestación que no se ha realizado de forma íntegra, o que de haberse prestado, ha sido de manera imperfecta por una carencia absoluta en el debido cuidado que los procesos técnicos de su disciplina imponen han sido las causantes de un daño que efectivamente pudo haberse prevenido o aminorado, entran en la categoría de responsabilidad y por tanto requieren de mediación obligatoria previa, siendo de interés para la aplicación de las consideraciones analizadas.

VI. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad médico-sanitaria no posee en Chile una regulación sistémica. No existen en el Código Civil ni tampoco en una ley general, normas que se referan latamente a esta clase de responsabilidad. La Ley 19.966, denominada Ley Auge, y la Ley 20.584 sobre los derechos y deberes del paciente, contienen disposiciones asociadas a responsabilidad.
2. La responsabilidad médico-sanitaria posee aspectos que pueden generar tanto responsabilidad contractual como responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, esta clásica distinción no es aplicable en este tipo de responsabilidad.
3. El sistema subjetivo se funda en la presencia de un comportamiento imprudente o negligente contrario, y es este sistema el que predomina en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en los casos de prestadores de servicio de salud público se aplica mayoritariamente, aunque no de forma exclusiva, el concepto de falta de

servicio para determinar la procedencia o no de la acción indemnizatoria.

4. En Chile existen prestadores de servicio público y privado, lo que genera una serie de consecuencias en relación con los regímenes de responsabilidad aplicable. Si bien pueden avizorarse ventajas en mantener diversos regímenes, es menester indicar que la aplicación de estatutos jurídicos distintos no necesariamente implica un escenario más favorable para la víctima.
5. El sujeto activo del ilícito debe superar los estándares generales de diligencia, ya que debe ajustarse a la *lex artis*. La infracción de la *lex artis* es un tema probatorio complejo.
6. La manifestación del daño se determina por el momento en que los efectos del hecho dañoso surgen, y de este modo se genera la oportunidad en que la acción indemnizatoria comienza a estar disponible.
7. La categoría de obligaciones de medio y resultado para el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria es ampliamente aceptada. La importancia de esta distinción radica principalmente con la actividad probatoria.
8. En materia probatoria resultan novedosos los esfuerzos que ha realizado principalmente la jurisprudencia para construir verdaderos deberes de colaboración por parte del equipo médico.
9. La pérdida de oportunidad implica determinar si en razón de una negligencia médica la víctima perdió la oportunidad de sanarse; vale decir, fijar la probabilidad de que no se hubiera generado el daño sin el actuar negligente.
10. La existencia de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos en la materia es positivo, ya que expande el abanico de opciones que puede tener la víctima a la orden de ser resarcido en los perjuicios causados.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS BOURIE, Enrique. 2010. *Responsabilidad contractual y extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BERROCAL LANZAROT, Ana. 2011. “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”, *Revista de la Escuela Médica Legal*, 16.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1575-1598.

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo. 2007. “La responsabilidad patrimonial de la administración médico-sanitaria. Cuestiones y proyecciones”, *Estudios de Derecho Civil III*, Valparaíso, Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
- CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. 2010. “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)”. *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad Médica*, vol. 6. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales-Escuela de Derecho.
- COURT MURASSO, Eduardo. 1998. “Responsabilidad civil médica”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 19.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. 2011. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2010. “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica”, *Cuadernos de Análisis Jurídico* 3.
- LARROUCAU TORRES, Jorge. 2014. “¿Cómo se prueba la responsabilidad médica en la justicia chilena?”, *Revista de Derecho*, 2(XXVII).
- MILOS, Paulina. 2014. “El procedimiento de mediación establecido en la Ley No. 20.584 en Derechos y deberes de los pacientes”, *Estudios y textos legales y reglamentarios*, Colombia, Universidad de los Andes.
- NASSER, Marcelo. 2014. “La ley de derechos y deberes de los pacientes y la protección al consumidor”, *Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios*, Colombia, Universidad de los Andes.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío. 2014. *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa (tesis doctoral)*, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf?sequence=1.
- PIZARRO WILSON, Carlos. 2008. “Responsabilidad profesional médica. Diagnóstico y perspectivas”, *Revista Médica Chile*, 4(136).
- PIZARRO WILSON, Carlos. 2010. “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”, en *Responsabilidad Médica, Cuadernos de Análisis Jurídico*.
- RÍOS, Ignacio y SILVA, Rodrigo. 2015. “La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema”, *Revista de Derecho-Escuela de Postgrado* (7).

- ROMÁN, Cristian. 2012. “Responsabilidad patrimonial de la administración por falta de servicio (responsabilidad objetivada)”, *Derecho Público Iberoamericano* 1.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian. 2012. “Aplicabilidad de la Ley del Consumidor a las intervenciones corporales con fines de embellecimiento”, *Estudios de Derecho Civil VIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing.
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. 2011. *Explicaciones de derecho civil. Obligaciones*, t. II, Santiago, Legal Publishing.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. 2003. “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, *Revista de Derecho* (Valdivia) (15).
- TOCORNAL COOPER, Josefina. 2014. *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*, Santiago, Legal Publishing.
- VARGAS ARAVENA, David. 2007. “Responsabilidad civil médica por falta de información en algunos casos de *wrongful conception* a tenor de la jurisprudencia española”, *Gaceta Jurídica*, Santiago, 314.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2003. “La responsabilidad civil del profesional médico”, *Revista de Derecho* 8.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2018. *Responsabilidad civil médica. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial*, Santiago, Editorial DER.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA INTEGRAR TIPOS PENALES: SU VIABILIDAD A PARTIR DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

CONTROL OF CONVENTIONALITY AS AN INSTRUMENT TO INTEGRATE CRIMINAL OFFENSES: ITS VIABILITY CONSIDERING THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Eduardo ROJAS VALDEZ*

RESUMEN: El control de convencionalidad ha cobrado relevancia como mecanismo de garantía de los derechos humanos; sin embargo, sus alcances aún no han sido completamente delimitados. En este trabajo se analiza si a través de este mecanismo hermenéutico es posible, tomando en consideración el principio de legalidad, ampliar tipos penales a fin de ajustarlos a los estándares internacionales.

ABSTRACT: *Control of conventionality has become relevant as a mechanism to guarantee human rights. However, its extent has not yet been clearly delimited. This paper aims to analyze the possibility of this hermeneutic mechanism to broaden the scope of criminal offenses in order to adjust them to international standards, taking into consideration criminal legality.*

Palabras clave: control de convencionalidad, legalidad penal, derechos humanos, tipo penal, justicia por encima de la ley.

Keywords: *control of conventionality, criminal legality, human rights, criminal offense, justice above the law.*

* Artículo recibido el 18 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de septiembre de 2019. Este artículo corresponde esencialmente al trabajo presentado para obtener el grado de máster en “La protección constitucional y en el sistema interamericano de derechos fundamentales”, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Universidad Complutense de Madrid, el cual fue dirigido por el doctor Sergio García Ramírez, a quien agradezco el tiempo invertido en la revisión de este trabajo, así como su apoyo constante y su ejemplo de generosidad y entrega. Igualmente, agradezco al doctor Javier Dondé Matute por sus valiosas observaciones.

** ORCID: 0000-0002-0979-0120. Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: eduardo.rojasv@hotmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. III. *El principio de legalidad penal*. IV. *La justicia por encima de la ley, la relativización del principio de legalidad frente a los crímenes de Estado y la reivindicación de los derechos de las víctimas*. V. *El principio de legalidad penal “atenuado” en el sistema europeo de protección de los derechos humanos*. VI. *Un precedente limitado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. VII. *La posibilidad de integrar tipos penales en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. VIII. *La reserva de ley en relación con los tratados internacionales*. IX. *El principio de legalidad penal como límite del control de convencionalidad*. X. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En los Estados constitucionales, la vinculación entre el derecho penal y los derechos fundamentales resulta evidente. Por un lado, el poder punitivo se encuentra limitado precisamente por una serie de derechos, de tal suerte que aquél no pueda ser ejercido de manera arbitraria o irracional. Por otro lado, la tutela de los derechos fundamentales por medio de las normas penales también es una muestra de esta estrecha relación. Al final del día, el principal contenido de los bienes jurídicos corresponde a los derechos humanos. En este sentido, como consecuencia del deber de los Estados de garantizar los derechos humanos, se desprende la sanción a graves violaciones de estas prerrogativas. De ahí la existencia de tipos penales, como la tortura o la desaparición forzada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de ajustar determinados tipos penales a los estándares internacionales, con miras a que la persecución de esos delitos comprenda ciertas líneas de investigación y, eventualmente, se puedan concretar responsabilidades y asignar las sanciones que permitan dar cuenta de la gravedad de dichas acciones.¹

¹ Por mencionar un ejemplo, en la sentencia de fondo del caso Rosendo Radilla, se determinó que México había incumplido con el deber de adoptar medidas de carácter interno en relación con el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La Corte Interamericana estimó que el tipo penal contenido en el artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajustaba al artículo II del último instrumento mencionado, lo cual tuvo efectos en la actuación de las autoridades encargadas de la investigación y procesamiento

La pregunta que intenta responder el presente trabajo es si es posible valerse del control de convencionalidad para integrar una descripción típica prevista en la legislación nacional a partir de estándares internacionales, siempre que con ello se alcance un régimen de protección más amplio de los derechos fundamentales. En el caso comentado, se trataría de una interpretación extensiva de un tipo penal a partir de la aplicación directa de una norma de fuente internacional —al menos parcialmente—, bajo la consideración de que todas las autoridades, y no sólo el Poder Legislativo, están obligadas a velar por el cumplimiento de los derechos humanos.

Empero, dicha operación podría entrar en conflicto con el principio de legalidad en materia penal, que exige que toda descripción típica, así como toda punibilidad asociada, se hallen única y exclusivamente en la ley penal, principio que también es un derecho fundamental.

Hasta el momento no se tiene conocimiento de una autoridad que haya ejercido el control de convencionalidad para los fines planteados; sin embargo, se partirá de esta hipótesis, con el objetivo de verificar si el control de convencionalidad y, por tanto, el efecto útil de los estándares internacionales, debe prevalecer sobre el principio de legalidad, o si, por el contrario, dicho principio constituye un límite a este mecanismo hermenéutico.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En términos generales, el control de convencionalidad es el examen de compatibilidad entre un acto de autoridad y un acuerdo internacional. En el ámbito interamericano, este mecanismo hermenéutico tiene por objeto asegurar la vigencia de los derechos humanos contenidos en los diversos instrumentos que comprenden el *corpus iuris* del sistema.

Es posible distinguir dos tipos de control de convencionalidad según el órgano que lo ejerza. Así, se habla de control externo o concentrado al examen realizado por la Corte Interamericana, y control interno o difuso cuando éste es efectuado por los jueces u otras autoridades domésticas.

de la desaparición de Rosendo Radilla. *Cfr.* caso *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 315-324, 343 y 344.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1599-1635.

El primero corresponde a la función esencial de la Corte Interamericana, cual es pronunciarse sobre la compatibilidad de las acciones y omisiones de los agentes estatales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados respecto de los cuales cuenta con competencia material (véase García Ramírez 2011, 2 y ss.; Ferrer Mac-Gregor 2012, 368 y ss.).

El control difuso o interno es la labor interpretativa desplegada por las autoridades nacionales al contrastar los diversos actos de ejercicio del poder público con los instrumentos internacionales. La doctrina referente a este instrumento ha sido desarrollada principalmente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y desde su primera aparición se ha concebido como un mecanismo para fortalecer la aplicación efectiva de los derechos humanos de fuente internacional al interior de los Estados parte del sistema interamericano.

La primera mención al término “control de convencionalidad” se ubica en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003. En ese momento, el entonces juez usó el concepto para denominar a la actividad jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no a la de los jueces estatales. Así, en el párrafo 27 del voto mencionado se estableció:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

García Ramírez continuó refiriéndose al control de convencionalidad en posteriores votos razonados,² hasta el 6 de septiembre de 2006, cuando

² Me refiero a los votos que acompañaron las sentencias emitidas en los casos *López Álvarez vs. Honduras*, del 1o. de febrero y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre, ambas de 2006.

el pleno de la Corte Interamericana acogió el concepto en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en esta ocasión para referirse al control difuso.

El tribunal internacional consideró que un Estado no sólo es responsable por la emisión de leyes inconvencionales, sino también por su aplicación, puesto que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.³ En este sentido, la Corte estableció la obligación de los jueces nacionales de asegurarse que las leyes que resulten contrarias a la Convención Americana no sean aplicadas. En palabras de la Corte:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴

Como es posible apreciar, en ese momento la Corte hizo alusión a “una especie de control de convencionalidad”. Sin embargo, el 24 de noviembre de 2006, al resolver el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, el referido tribunal internacional estableció que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad»”. Asimismo, justificó este

³ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 123.

⁴ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124.

control en el deber de garantizar el efecto útil de la Convención Americana, y estableció que debía ejercerse *ex officio*, es decir, sin necesidad de que medie invocación expresa de los accionantes. No obstante lo anterior, también se agregó que el control de convencionalidad debe operar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, debiendo considerar “otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia”.⁵

Este estándar sería repetido sin variaciones en diversas sentencias hasta el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, resuelto el 26 de noviembre de 2010, en el que amplió la sujeción de la obligación de ejercer el control de convencionalidad a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.⁶ En la sentencia correspondiente al caso *Gelman vs. Uruguay*, se atribuyó a las “instancias democráticas”; es decir, a los cuerpos legislativos de representación popular. La Corte agregó que este mecanismo “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.⁷ En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia pronunciada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, del 20 de marzo de 2013, la Corte aseveró: “todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana”.⁸

La Corte se había referido a la obligación de realizar un control de convencionalidad usando como parámetro a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; empero, en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, se estableció que el control debía efectuarse entre “las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado”,⁹ con lo cual se amplían considerablemente las normas que servirán como referencia de este control. También ha sido criterio constante

⁵ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128.

⁶ Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225.

⁷ Caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie, C, núm. 221, párr. 239.

⁸ Caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 66.

⁹ Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 262.

que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana es parte del referente que deben tomar los jueces nacionales.¹⁰

Es importante tener en cuenta que la Corte ha reiterado que este control deberá ejercerse en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes. Por otra parte, de la jurisprudencia de la Corte se desprende que los Estados son los únicos que pueden determinar si adoptan un régimen de control difuso o concentrado de constitucionalidad,¹¹ por lo que cabe preguntarse cómo una autoridad puede ejercer el control de convencionalidad si no está facultada para inaplicar normas o para pronunciarse sobre la constitucionalidad o legalidad de un acto de autoridad.

Una de las explicaciones más consistentes al respecto la ha brindado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto particular en el caso *Cabrera García y Montiel vs. México*, que después complementaría en su artículo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en el cual refiere que la aplicación del control de convencionalidad supone diversos grados de intensidad.

El grado más intenso corresponde a la declaración de invalidez con efectos *erga omnes*, facultad que comúnmente está reservada a las cortes supremas o de constitucionalidad. En un segundo nivel se ubica la inaplicación de la norma inconventional únicamente en el caso concreto. Finalmente, se encuentra la interpretación conforme, que consiste en la armonización entre la norma interna y la de origen internacional, de tal manera que se descarten aquellas interpretaciones que resulten contrarias al parámetro de convencionalidad, optando por aquella que sea más protectora para el derecho en cuestión (Ferrer Mac-Gregor 2012, 358-386).

De esta forma, cuando una autoridad no sea competente para inaplicar normas, siempre podrá realizar una interpretación convencional de éstas. Incluso cuando un órgano pueda inaplicar una norma, primero debe tratar de armonizar la disposición nacional con la normativa internacional, y sólo en aquellos casos en los que esta operación sea imposible, la norma deberá dejarse sin efectos, ya sea de forma particular o general (343-387).

¹⁰ Así, por ejemplo, en caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, *cit.*, párr. 193.

¹¹ “La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párr. 124.

El control de convencionalidad es un instrumento que innegablemente ha contribuido y contribuirá a la protección de los derechos fundamentales, pero que también ha generado gran incertidumbre sobre sus alcances. No sería la primera vez que las buenas intenciones sean insuficientes y que un mecanismo, en principio garantista, tenga efectos contraproducentes. En el siguiente apartado se analizará brevemente un principio de raigambre profunda en un sistema jurídico: la legalidad penal.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El derecho penal es la intervención estatal más rigurosa a la que puede estar sometido el individuo, ya que afecta sus bienes jurídicos más sensibles. En tiempos actuales, en los que el poder exige mayores espacios y la justicia penal pretende sustituir a la social, es común reivindicar ideas sobre el derecho penal liberal —que también ha sido denominado mínimo, garantista, ilustrado—. Se habla de un derecho punitivo acotado a su espacio legítimo a través de una serie de derechos, garantías y principios que pretenden encauzar el ejercicio del *ius puniendi* por la vía de la razón.

Entre estos mecanismos de contención se encuentra el principio de legalidad, que ordena que la ley penal establezca con claridad y precisión los supuestos y alcances de punición. En otras palabras, a ninguna persona puede imponérsele pena alguna que no esté previamente establecida en una ley general, tras la realización de una conducta que también debe estar descrita claramente en la ley vigente al momento de la comisión del hecho.

El principio de legalidad fue invocado por los pensadores de la Ilustración e incorporado en las Constituciones a partir de los últimos años del siglo XVIII, como una demanda de seguridad y como un freno al arbitrio judicial;¹² sin embargo, hoy se considera que este principio tiene un alcan-

¹² Cesare Bonesana ([1764] 2006, 218), marqués de Beccaria, quien con su célebre obra *De los delitos y de las penas* establecería muchas de las bases del derecho penal liberal que hasta hoy siguen vigentes; sostenía desde el siglo XVIII: “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena

ce más amplio. Se trata de un límite al poder sancionador del Estado, en la medida en que su función esencial es impedir que la potestad punitiva se ejerza de forma caprichosa, desmedida e incontrolada.

Esta máxima tiene una fundamentación democrática, que exige que sólo el Poder Legislativo, como representante de los integrantes de la sociedad, esté legitimado para establecer restricciones a los derechos de las personas con base en la descripción abstracta de conductas típicas (Arroyo Zapatero 1983, 11 y 12). Sólo los individuos pueden imponerse a sí mismos límites a su libertad. A lo anterior, Rosario de Vicente (2004, 37) agrega que la ley penal sirve como una garantía de igualdad, puesto que su formulación general y abstracta permite su aplicación de forma imparcial y objetiva.

Empero, como advierte Arroyo Zapatero (1983, 15), la explicación democrática no alcanza a fundamentar el principio de legalidad, puesto que el legislador puede estimar conveniente construir tipos a partir de fórmulas indeterminadas o con términos ambiguos que no ofrecen la garantía de seguridad que desde su origen ha pretendido brindar el principio de legalidad. Por consiguiente, la legalidad no puede ser entendida únicamente como un límite al Poder Judicial, sino también al Poder Legislativo, que debe elaborar descripciones típicas claras y precisas; es decir, taxativas.

En consecuencia, la ley penal, por paradójico que sea, sirve como una garantía de libertad, toda vez que opera como un marco fuera del cual ninguna persona puede ser molestada en su esfera de derechos, teniendo la certeza de que mientras se abstenga de cometer una conducta contenida en dicho marco puede actuar libremente. El derecho penal busca proteger al delincuente, al impedir que se le imponga una reacción que vaya más allá de la determinada previamente por la ley penal. Así, el derecho penal constituye lo que Franz von Liszt ([1881] 2003, 65) denominó la “*Magna Charta del delincuente*” o “la barrera intransgredible de la Política criminal”. No obstante, el derecho penal no sólo protege a los condenados penalmente, sino que sirve como garantía de libertad para todos los individuos, en la medida en que brinda certeza sobre las conductas que pueden ser legítimamente realizadas.

adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”. Para un estudio sobre las ideas de este autor, véase García Ramírez (2014, 61-64).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1599-1635.

El principio de legalidad en materia penal tiene presencia en la tipificación de conductas y en el establecimiento previo de penas, en el enjuiciamiento y en la ejecución penal. En todos estos momentos de intervención, las autoridades deben ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Son consecuencias concretas de este principio: 1) la reserva de ley, según la cual la fuente de tipos penales se reduce al proceso legislativo, lo que significa que las fórmulas típicas deben estar contenidas en una ley desde el punto de vista formal y material; 2) la exigencia de taxatividad, que implica que la descripción de conductas típicas sea lo suficientemente precisa y clara, a fin de poder determinar el ámbito de aplicación de los tipos penales, y 3) la proscripción de interpretar de forma extensiva la norma punitiva y de aplicarla analógica y retroactivamente en perjuicio de las personas.

A partir de todo lo anterior, el brocardo *nullum crimen sin lege*, acuñado por Feuerbach, puede ser reformulado como *nullum crimen sine lege scripta* (reserva de ley), *certa* (taxatividad), *stricta* (prohibición de interpretaciones extensivas y de aplicación analógica en perjuicio) y *praevia* (prohibición de retroactividad en perjuicio).¹³ Es importante aclarar que en otros sistemas jurídicos que no pertenecen a la familia neorromanista, el principio de legalidad penal no posee el mismo imperio.¹⁴

¹³ Sobre el principio de legalidad penal *cfr.* Jiménez de Asúa (1964, 379 y ss.); Cárdenas Rioseco (2009, 27-98); Roxin (1997, 134-176); Hassemer (1984, 313 y 314); Huerta Tocildo (1993, 87-112); Muñoz Conde y García Arán (2010, 102-120); Zaffaroni (2016, 88-100); Zugaldía Espinar (2010, 111-143); Gallardo Rosado (2009, 35-103), y García Ramírez (2015, 34-39).

¹⁴ Por lo que hace al derecho comparado, en los sistemas jurídicos a los que se les identifica como parte de la familia del *common law* no se asume el principio de legalidad de una manera tan estricta como en los pertenecientes a la familia neorromanista, toda vez que la jurisprudencia ha sido un mecanismo de creación normativa mucho más presente, incluso para crear tipos penales. Por ejemplo, en Inglaterra se considera que el Parlamento es el órgano legitimado para establecer tipos y punibilidades; empero, de forma excepcional, los jueces han ampliado las descripciones delictivas. Actualmente en Sudáfrica los jueces ya no pueden crear delitos; sin embargo, en el pasado esta facultad era ejercida por medio de precedentes jurisprudenciales. Durante muchos años se atribuyó a la Corte Suprema de Escocia —país cuyo sistema jurídico es de carácter mixto— la facultad de declaratoria, que consistía en incriminar conductas que a pesar de no estar asociadas a una pena según una ley emitida por el Parlamento se les consideraba sumamente inmorales o evidentemente maliciosas, por lo que cualquier persona estaba

El derecho fundamental a la legalidad penal se halla previsto en los artículos 14 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹⁵ XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁶ 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ y 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. LA JUSTICIA POR ENCIMA DE LA LEY, LA RELATIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LOS CRÍMENES DE ESTADO Y LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

El principio de legalidad constituye el gran estandarte del Estado de derecho; con base en esta máxima se constriñe a las autoridades a realizar sólo aquello que les está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico, y se demanda que toda restricción a los derechos esté prevista en una ley. Se pretende certeza en relación con el actuar de los órganos públicos, que deben operar estrictamente dentro del marco del ordenamiento jurídico.

Bajo este modelo, se pensaba innecesario imponer límites al Legislativo, ya que los Estados de derecho se han acompañado de regímenes democráticos en los que se concibe que la población es la auténtica titular de la soberanía, y, por tanto, la encargada de tomar las decisiones políticas fundamentales. En este sentido, resultaba ilógico que la propia población, por conducto de sus legítimos representantes, adoptara leyes autoritarias y perjudiciales para sí misma. La ley era una caja vacía que podía ser llena con los más diversos contenidos (Ferrajoli 2006, 16).

en aptitud de reconocer que dicha conducta era contraria al orden social. *Cfr.* Dondé Matute (2007, 38-231).

¹⁵ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

¹⁶ “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

¹⁷ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La Segunda Guerra Mundial supuso un quiebre, que puso en duda la racionalidad y suficiencia de la ley.¹⁸ Diversas atrocidades generadas en el holocausto y como producto de las dictaduras presentes en diversas latitudes tuvieron soporte en el ordenamiento jurídico —sin desconocer la existencia de los sistemas ilegales que operan paralelamente al autoritarismo “legal”—. Fue entonces cuando se entendió que la mera existencia de un ordenamiento jurídico no bastaba para alcanzar la protección de los individuos, quienes reclamaron su lugar legítimo como fin esencial del Estado. Estas ideas dieron pie a la construcción del Estado constitucional. Bajo este modelo, se exige que las normas cumplan ciertos contenidos identificados con los derechos fundamentales y otros principios. Así, el parámetro de validez del sistema jurídico deja de ser estrictamente formal y reviste un carácter sustancial (Ferrajoli 2004, 19-22; 2011, 355-358 y 885-886; y 2006, 18).

Desde diversas trincheras, se ha hecho un llamado para que la ley ceda ante las exigencias de justicia. Gustav Radbruch (1971, 13), crítico de los excesos de su época, adujo:

...la seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho. Al lado de la seguridad jurídica hay otros dos valores, que son el de la utilidad y la justicia... Cuando hay un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley que falla en su contenido, pero que es positiva, y un Derecho justo, pero que no ha adquirido la consistencia de una ley, estamos en realidad ante un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre la justicia aparente y la verdadera.

Por lo que sostuvo: “allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo deberá ceder el paso a la justicia” (1978, 44).

Con base en estas ideas, se ha demandado sancionar a los responsables de comportamientos que en principio no eran punibles, o que incluso

¹⁸ Gustavo Zagrebelsky (2011, 106) señala: “Auschwitz es un suceso bivalente. Nos muestra lo que nunca debió haber sucedido de acuerdo con la idea que tenemos nosotros mismos, pero nos muestra qué sucedió. Y sucedió porque así lo quisieron los propios hombres. En la naturaleza humana hay horror por Auschwitz, pero en ella están también las causas que lo produjeron”.

hallaron fundamento en el ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse, pero que se consideran hechos contrarios a todo sentido de humanidad. El caso paradigmático es el de los juicios de Núremberg, llevados a cabo ante un tribunal creado ex profeso para castigar a los dirigentes del movimiento que desencadenó el holocausto. El tribunal aplicó las penas asociadas a los delitos contenidos en su Estatuto, que evidentemente fue emitido con posterioridad a los hechos juzgados, razón por la cual diversos tratadistas han cuestionado la compatibilidad de la operación de ese tribunal con el principio de legalidad.¹⁹ A pesar de que para la determinación de las conductas que eran competencia material del tribunal se tomaron como base algunos instrumentos internacionales, las sanciones a imponer fueron establecidas de forma posterior.

En todo caso, el tribunal concluyó que el principio de legalidad no era atendible en el caso particular, en la medida en que “La máxima *nullum crimen sine lege* no es un límite a la soberanía, sino, en general, un principio de justicia”, y como tal no puede ser un freno para sancionar actos evidentemente inhumanos, pues lo injusto sería no sancionarlos. Asimismo, estimó que el tribunal operaba de forma similar a como lo hacían los jueces de los Estados cuyo sistema correspondía al *common law*, en el que los delitos eran establecidos por medio de precedentes judiciales (Dondé Matute 2007, 375-380).

En su momento, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ordenó la creación de tribunales especiales —a través de un uso cuestionable de sus facultades— para juzgar a los responsables de los eventos ocurridos en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, que implicaron la muerte de miles de personas. Aun cuando en la jurisprudencia de estos tribunales se ha desarrollado la vigencia del principio de legalidad, los estatutos que determinaron su competencia material, incluyendo las sanciones a imponer, fueron emitidos con posterioridad a los eventos sobre los cuales estaban llamados a pronunciarse (García Ramírez 2012, 36; Gallant 2012, 330). Por supuesto, es necesario no pasar por alto la trascendencia de la costum-

¹⁹ Una dura crítica ha sido proferida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (2000, 64-65), quien definió a los juicios de Núremberg como un “ejemplo de venganza oculta tras una parodia de proceso y una simulación de tribunales”. Por otro lado, Kenneth S. Gallant (2012, 337) sostiene que el “crimen contra la paz (por ejemplo, la guerra agresiva) fue creado casi de la nada y, por tanto, el principio de legalidad no fue verdaderamente aplicado en modo alguno”.

bre internacional en la conformación del derecho penal internacional, importancia que ha cedido sobre todo a partir de la emisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Dondé Matute 2015, 67 y ss.).

Un caso más reciente son los fallos emitidos por el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional de Alemania en los primeros años de la década de los noventa, que confirmaron la condena en contra de los centinelas encargados de vigilar el muro que dividía la parte oriental de Alemania, de la occidental, y que privaron de la vida a las personas que intentaban cruzar esta barrera, así como en contra de las autoridades que ordenaron dichos actos, a quienes se consideró autores mediatos, con independencia de que su conducta se encontraba “justificada” en el ordenamiento jurídico vigente.

El Tribunal Constitucional adujo en la sentencia del 24 de octubre de 1996, que a pesar de que el comportamiento de los responsables se encontraba en principio amparado por la normativa vigente, se trataba de un “derecho injusto”, que conculca “de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional” (Alexy 2000, 212 y 213). El Tribunal incluso argumentó, en una clara referencia a Radbruch, que “la contradicción de la ley positiva con la justicia debería ser tan insoportable como para que la ley, en tanto derecho incorrecto, deba ceder ante la justicia”. El Tribunal consideró que “al momento en que fueron cometidos los actos de los peticionantes constituían delitos definidos con suficiente previsibilidad por las reglas del Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos” (Vigo 2008, 145).

Como es posible apreciar, el principio de legalidad ha cedido ante las exigencias de justicia en momentos muy puntuales, que supusieron graves atentados en contra de la humanidad, por lo que, en aras de evitar la impunidad, se prefirió obviar la seguridad jurídica. La idea de remediar injusticias que hallan fundamento legal es lo que da sustento al control de convencionalidad. Se busca realizar, a través de la interpretación de la ley, los ajustes pertinentes, a fin de que las normas sean aplicadas de tal manera que no lesionen derechos fundamentales, y en caso de que ello no sea posible, inaplicarlas.

El problema de realizar tal operación en el derecho penal es que el control de convencionalidad puede entrar en conflicto directo con el principio de legalidad, que exige un nivel de certeza, de tal suerte que una pena sólo sea aplicada cuando se colmen exactamente los extremos de

alguna de las descripciones típicas vigentes al momento de cometerse los hechos delictivos. El control de convencionalidad no entraría en pugna con esta garantía de libertad y de seguridad en caso de que se inaplique un tipo penal por ser contrario a derechos fundamentales, pero sí podría haber conflicto en caso de que por medio de este instrumento hermenéutico se expandan o integren los tipos penales a partir de los estándares internacionales, en aras de tutelar los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas.

Cabe preguntarse, en consecuencia, si el principio de legalidad penal, que, como ya se vio, comprende, entre otros aspectos, la reserva legislativa, que excluye como fuente de creación de tipos penales a cualquier norma que no sea una ley desde el punto de vista formal, puede verse exceptuado con base en el ejercicio del control de convencionalidad de la norma o si, por el contrario, este principio es un límite para a este mecanismo de interpretación.

Hasta cierto punto, es posible ubicar esta pregunta dentro de una más amplia, que cuestiona si los tratados internacionales que contengan descripciones delictivas pueden ser aplicadas directamente, o cuando menos servir como referentes para integrar los tipos penales vigentes en la ley, bajo la consideración de que las normas de fuente internacional también forman parte de los sistemas jurídicos nacionales y, por ende, tienen la misma vigencia que los códigos penales o las leyes especiales.

El principio de legalidad cumplió la misión de servir a la libertad y a la seguridad; empero, hoy las exigencias de justicia que surgen como reacción frente a ciertas manifestaciones notoriamente contrarias a los principios básicos de las sociedades modernas han visto en este principio un impedimento para imponer responsabilidades y, en consecuencia, una fuente de impunidad.²⁰ Es por ello que se ha sostenido que el

²⁰ En este sentido, Sergio García Ramírez (2012, 220-221) afirma: “Cada alegato tiene su propia raíz y su propia historia. La legalidad fue también libertad y justicia: desde el último tercio del siglo XVIII hasta nuestro siglo. Sin ella, la justicia penal —o la injusticia penal, si se prefiere— hubiera tenido tropiezos más graves y sombras más lúgubres. En nuestros días —y a la vista de los crímenes del siglo XX, que ya pueblan páginas del XXI— la legalidad parece oponer ciertos obstáculos al castigo de los peores delitos. Para sortearlos se echa mano de otro sistema que permite desagravar a la justicia. Una reflexión más cuidadosa y cautelosa —que no olvide la historia: no la de hace dos siglos ni la de 50 años— podría, quizás, aportar una síntesis que concilie la disputa entre tesis y antítesis que todavía campea”.

principio de legalidad debe ser relativizado o transformado. Se sugiere que el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege* sea sustituido por el *nullum crimen, nulla poena sine iure*, en donde *iure* abarque cualquier norma de carácter general que pueda satisfacer las necesidades de previsibilidad (Gallant 2012, 343).

La integración de tipos penales vía control de convencionalidad agrega un elemento más al debate: la necesidad de que los derechos humanos prevalezcan por encima de la ley penal. Como ya se mencionó, la falta de adecuación de tipos penales con los estándares internacionales genera problemas en la determinación de líneas de investigación y de responsabilidades, puesto que los procedimientos deben seguirse por otros delitos; por ejemplo, en vez de enjuiciarse a una persona por desaparición forzada, se aplican las normas que prevén el homicidio o el secuestro, lo que no alcanza a dar cuenta de la magnitud de la violación de derechos humanos, o incluso podría abrir una puerta a la impunidad.

Este reclamo de justicia es vigoroso frente a las violaciones de derechos humanos perpetradas por los agentes estatales, pues, sin duda, la gran reacción social frente a estos atentados se justifica en la idea de que las autoridades deben servir y procurar la seguridad de la población. Se les confiere confianza y poder precisamente para que atiendan al bienestar de los individuos; por ello, cuando usan los recursos públicos no sólo para procurar sus propios intereses, sino para ultrajar los derechos de las personas, emerge la demanda de que dichos hechos no queden impunes, incluso cuando sean legales o no sean antijurídicos.²¹

Naucke, en este entendido, afirma que los principios liberales bajo los cuales ha sido construido el derecho penal, que fungen como un límite a la potestad punitiva, tienen aplicación legítima ante la delincuencia común; se trata de una “dogmática de paz”. Empero, estos principios no operan

²¹ Al respecto, Enrique Bacigalupo (2012, 61) sostiene: “La cuestión ha tenido especial relevancia en el campo de los delitos contra derechos humanos valiéndose del Estado, ámbito en el que tiende a imponerse una reducción de las garantías tanto de la *lex scripta* como de la *lex praevia*. La gravedad de los hechos tiene en esta forma de delincuencia un peso especial. Es indudable que se trata de hechos en los que el merecimiento de pena puede estar manifestadamente en pugna con la legalidad formal. En efecto, los ilícitos de Estado contra derechos fundamentales son hechos de la máxima reprobación moral, que, por regla, estaban formalmente «justificados» en el momento de su comisión por la legislación o por las órdenes dadas por funcionarios que actuaban dentro del orden jurídico (ilegítimo) de un Estado que, por lo general, era aparentemente de Derecho”.

respecto de los crímenes desplegados por sujetos que usan la organización estatal en contra de los individuos (Bacigalupo 2012, 62).

Un segundo movimiento que debe tomarse en cuenta para entender esta exigencia de relativizar el principio de legalidad penal son las reivindicaciones de los derechos de las víctimas, que han comenzado a negarse a ser concebidas como sujetos pasivos en la justicia penal,²² y demandan, más allá de un deseo de venganza, un real acceso a la justicia.²³

La gravedad de los crímenes de Estado y las exigencias de justicia de las víctimas son dos fenómenos que, de manera conjunta o aislada, han llevado a considerar una relativización, o, más exactamente, una construcción de excepciones en los principios penales. El principio de legalidad sólo es un caso, al cual se puede agregar, por ejemplo, la imprescriptibilidad de graves violaciones de derechos humanos.

Como ya se mencionó, hasta donde tengo conocimiento no existen precedentes sobre el uso del control de convencionalidad que tenga como resultado la ampliación de los tipos penales no ajustados a los estándares internacionales a fin de garantizar los derechos de las víctimas; sin embargo, en los próximos apartados se revisarán algunos criterios emitidos tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que deben ser contemplados para estar en posibilidad de determinar si esta aplicación del control de convencionalidad es legítima.

²² Luis Rodríguez Manzanera (1998, 299-313) sostiene que los principios penales se erigieron con el objetivo de tutelar al procesado y al sentenciado, lo cual es entendible dados los abusos del sistema penal; empero, ello provocó que el estudio y protección de la víctima pasaran a un segundo plano en el derecho penal. El criminólogo llama entonces a la creación de una rama especializada: el derecho victimal, que deberá caminar al lado del derecho penal sin llegar a confundirse con el mismo, pues el propósito de este último nunca fue proteger a la víctima. Un estudio sobre los movimientos ideológicos que dieron lugar a la reivindicación de la víctima puede ser consultado en Zamora Grant (2014, 23-68).

²³ Jesús-María Silva Sánchez (2006, 46-52) afirma: “En efecto, en este marco se está produciendo un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*): de advertirse en él ante todo «la espada del Estado contra el desvalido delincuente» se pasa a una interpretación del mismo como «la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos... Y, así, la concepción de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima aparece junto a la clásica de la *Magna Charta* del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla”.

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL “ATENUADO” EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es necesario tener presente que la doctrina del control de convencionalidad ha sido desarrollada principalmente en el seno de la Corte Interamericana, por lo que es obvio que no existe jurisprudencia específica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema materia del presente trabajo; sin embargo, el artículo 7o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contempla el principio de legalidad penal con ciertos matices, por lo que vale la pena analizar determinados aspectos.

El artículo 7.1 autoriza como fuente de tipos penales al derecho internacional, mientras que el numeral 7.2 dispone que “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”, con lo que, además, en apariencia, admite juzgar penalmente a los individuos con base en los principios generales del derecho.

A esta excepción se le conoce como “cláusula de Nüremberg”, pues tiene como principal finalidad compatibilizar las sentencias pronunciadas con motivo de los juicios a los dirigentes nazis con el Convenio Europeo (Bacigalupo 2012, 60; Gallant 2012, 328). El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 7.2 no constituye una excepción a los principios de legalidad y de prohibición de retroactividad en perjuicio, puesto que su aplicación atiende a las circunstancias excepcionales que dieron lugar a las normas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que permitieron juzgar a los responsables de crímenes contrarios a los valores de la comunidad internacional.²⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los instrumentos internacionales —al igual que a la jurisprudencia— como fuente del derecho penal, bajo la consideración de que esas normas no pueden

²⁴ Por ejemplo, *asunto Kononov c. Letonia*, Demanda no. 36376/04, 17 de mayo de 2010, párr. 186; caso *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, Demandas 2312/08 y 34179/08, 18 de julio de 2013, párr. 72, y caso de *Vasiliauskas vs. Lithuania*, Demanda 35343/05, 20 de octubre de 2015, párrs. 188-190. Alicia Gil (2010, 146-159) sugiere que el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado este precepto en asuntos relacionados con crímenes contra la humanidad no necesariamente relacionados con la Segunda Guerra Mundial.

ser desdeñadas por las autoridades internas, especialmente las relativas a derechos humanos, bastando con que la norma que contenga la fórmula típica tenga la suficiente accesibilidad y previsibilidad.²⁵

En esta tesitura, Susana Huerta Tocildo (2005, 455-458 y 484 y 485) considera que la jurisprudencia desarrollada en el marco del sistema europeo de derechos humanos no coincide con el principio de legalidad previsto en los sistemas jurídicos continentales, por lo que duda que bajo ese estándar la legalidad —la que califica como un principio “debilitado”— pueda cumplir con las funciones de garantía de seguridad y de libertad. En razón de lo anterior, concluye que el nivel de protección del sistema constitucional español, en la medida en que es más amplio, debe prevalecer.

La mencionada cláusula se encuentra prevista igualmente en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁶ mientras que el artículo 15.1 admite al derecho internacional como fundamento de tipos penales. Este instrumento ha sido ratificado por el Estado mexicano; sin embargo, es válido sostener que el estándar nacional es más elevado, toda vez que brinda mayor seguridad jurídica al reducir las fuentes del derecho penal a la ley, lo que favorece la pretendida garantía de libertad. La jurisprudencia no cuenta con la misma estabilidad que las leyes, y sus canales de conocimiento son más especializados. Los tratados internacionales, por otra parte, se construyen mediante fórmulas amplias que pretenden servir de referente a la tipificación penal, pero que por su naturaleza no poseen el mismo grado de exactitud que las leyes domésticas, además de no prever las sanciones correspondientes. En este sentido, con base en el principio pro persona, el estándar constitucional debe prevalecer.

VI. UN PRECEDENTE LIMITADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sentencia correspondiente al *Amparo directo en revisión 2922/98*, resuelto por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 18 de mayo de

²⁵ Caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, demandas 34044/96, 35532/97 y 44801/98, 22 de marzo de 2001, párrs. 87, 88, 89, 103 y 104.

²⁶ “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

1999,²⁷ se admitió la integración del tipo penal contenido en el artículo 195 del Código Penal Federal con base en el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

El recurrente había sido condenado por la posesión de efedrina; empero, la sustancia no se encontraba prevista en el catálogo de narcóticos cuya posesión y otros comportamientos se encuentran punidos, previsto en la Ley General de Salud. A pesar de lo anterior, la sanción fue impuesta, en virtud de que el mencionado convenio sí hacía alusión a esa sustancia. El recurrente consideró vulnerado el principio de legalidad penal bajo la consideración de que los tratados internacionales requieren de una ley que incorpore su contenido al sistema jurídico nacional para cobrar vigencia.

La Suprema Corte consideró que el artículo 133 no exigía de ningún acto legislativo de incorporación de los instrumentos internacionales celebrados por el presidente y ratificados por el Senado, por lo que son, al igual que las leyes emitidas por el Congreso de la Unión, parte del orden jurídico nacional. En este sentido, estimó válido aplicar el Convenio contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Es necesario advertir las limitaciones del criterio sostenido por la Corte. En primer lugar, ese tribunal indicó que por medio del mencionado tratado internacional no se estaba creando ningún tipo penal. Dicho instrumento constreñía a los Estados a tipificar determinadas conductas, mas no las punía por sí mismo. En segundo lugar, la Corte hizo notar el hecho de que el artículo 193 del Código Penal Federal autorizaba la remisión a tratados internacionales para establecer las sustancias que pueden ser objeto material de las conductas descritas en el artículo 195, por lo que la integración del tipo penal estaba prevista desde la propia norma doméstica.

Por tanto, la Suprema Corte no asumió la posibilidad de integrar tipos penales a partir de tratados internacionales, a menos que la norma nacional remitiera a ellos, al tratarse de una norma penal en blanco; sin embargo, también señaló que los acuerdos internacionales que contienen estándares sobre fórmulas típicas y que vienen acompañados con un deber de incorporación a derecho interno no requieren de ningún acto legislativo para su plena vigencia.

²⁷ Para un análisis de este fallo, véase Dondé Matute (2009, 203-205).

Nuestro ordenamiento jurídico admite formalmente la aplicación directa de fórmulas contenidas en normas convencionales, toda vez que el artículo 6o. del Código Penal Federal dispone que “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos”. Adicionalmente, el artículo 50, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, define como delitos federales “Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales”. A pesar de lo anterior, el artículo 14 constitucional prevé la reserva de ley, por lo que, desde mi punto de vista, el sistema constitucional mexicano no consiente la mencionada posibilidad. En el siguiente apartado se revisará si bajo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es factible justificar la aplicación directa de la normativa de fuente internacional.

VII. LA POSIBILIDAD DE INTEGRAR TIPOS PENALES EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene una norma similar a la del Convenio Europeo o a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin embargo, el artículo 9o., que prevé el principio de legalidad, tampoco hace referencia a la ley como única fuente de tipos penales, pues en su lugar refiere: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el *derecho aplicable*”.

De acuerdo con Cecilia Medina Quiroga (2005, 347), en el proceso de elaboración de la Convención, la delegación colombiana propuso sustituir la expresión “derecho aplicable” para aludir en su lugar al derecho nacional e internacional. En su momento, se consideró que el cambio era innecesario, en tanto que el derecho aplicable comprendía las normas de fuente tanto nacional como internacional, por lo que la mencionada autora estima que la utilización de tipos penales contenidos en tratados internacionales por autoridades domésticas es posible en el marco de la normativa interamericana.

Sergio García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia de fondo del caso *Gómez Palomino vs. Perú* —en la que se condenó al Estado a adecuar el tipo penal de desaparición forzada de personas al estándar in-

teramericano—, adujo que las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales que hacen referencia a conductas típicas constituyen el “otro rostro de la protección de los derechos humanos en la escena internacional”. Estos estándares cumplen un propósito similar al del derecho penal en los ordenamientos jurídicos internos: describir las conductas que afectan los bienes jurídicos más valiosos del individuo para prevenir su comisión por medio de su persecución y determinación de responsabilidades, pero además unifican la reacción jurídica frente a esas conductas en los Estados parte, y construyen un bloque de protección común que atiende a una concepción similar de justicia y seguridad.²⁸

El entonces el juez calificó a esas normas convencionales como leyes penales especiales, lo que las hacía parte del “*corpus juris* penal”. Hasta este punto, pareciera que la opinión de García Ramírez iba en el sentido de la aplicación directa de tratados internacionales para determinar la responsabilidad de una persona en sede nacional; empero, posteriormente sostiene que, en atención al principio de legalidad penal, “no siempre será posible que las autoridades llamadas a aplicar las leyes penales establezcan la conformidad de éstas con el derecho internacional, mediante procesos de interpretación que pudieran resultar difíciles o discutibles, precisamente desde la perspectiva de la legalidad penal”, por lo que destacó el deber de tipificar determinadas conductas ciñéndose a los estándares internacionales.²⁹

Es evidente que los legisladores nacionales están constreñidos, una vez ratificados los distintos acuerdos internacionales, a adaptar la normativa interna con base en los estándares convencionales, compromiso que ha sido asumido en ejercicio de la soberanía de cada uno de los Estados. También es cierto que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada en torno al control de convencionalidad, no sólo el legislador, sino todas las autoridades, incluyendo los jueces, están sujetos a los deberes emanados de los tratados internacionales.³⁰

A lo anterior se suma la imposibilidad de los Estados para alegar disposiciones de carácter interno para evitar el cumplimiento de sus obliga-

²⁸ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, párrs. 3 y 4

²⁹ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, párr. 4.

³⁰ Por ejemplo, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.*, párr. 119.

ciones internacionales, así como los argumentos sostenidos por la Corte Interamericana en el sentido de que la inadecuada tipificación de conductas, como la desaparición forzada de personas, es fuente de impunidad y resulta contraria a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, en la medida en que existen discrepancias entre los tratados vigentes y las normas de origen interno, cuando ambas forman parte del mismo sistema jurídico;³¹ no obstante, queda pendiente la cuestión de si el control de convencionalidad puede servir para ampliar los tipos penales contenidos en la normativa de origen interno, en una suerte de aplicación directa de tratados internacionales.

En opinión de María Carmelina Londoño (2010, 808 y 809), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya dio este paso en la sentencia de fondo correspondiente al caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. En esta sentencia, la Corte reitera que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”, lo que en el sistema interamericano halla fundamento en la mencionada obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano, como se desprende del artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³²

De acuerdo con lo afirmado por la Corte en dicha sentencia, para cumplir este deber, cada Estado tiene que eliminar las normas y prácticas que mermen los derechos y garantías contenidos en la Convención, así como emitir las normas y desarrollar las prácticas que sean necesarias para lograr el respeto y garantía de dichos derechos, tras lo cual el mencionado tribunal sostiene que el mecanismo con el que cuentan las autoridades jurisdiccionales para dar cumplimiento a dicho deber es el control de convencionalidad, puesto que

...es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el

³¹ Al respecto, véase García Ramírez y Morales Sánchez (2011, 227 y 228).

³² Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 179.

efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mer-mado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.³³

No obstante, en los párrafos posteriores, la Corte sostiene el deber de tipificar de manera autónoma el delito de desaparición forzada, ya que dada su naturaleza especialmente grave, los tipos de plagio o secuestro, homicidio, tortura, entre otros, no alcanzan a comprender esta violación múltiple y continua de derechos humanos, y en caso de que un determinado Estado no lo haya hecho, “existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo, el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana”;³⁴ con lo cual, en mi opinión, la Corte consideró que se deben aplicar los tipos penales existentes, a fin de que la conducta no quede impune, mas no aplicar el control de convencionalidad para ampliar la fórmula típica.

Finalmente, la Corte estima que el Estado panameño incumplió con la obligación de tipificar la desaparición forzada de conformidad con la convención interamericana en la materia, pero no hace referencia al hecho de que los jueces debieron haber ejercido el control de convencionalidad para ajustar la normativa de fuente interna.³⁵

En el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, la Corte refirió que

...debido a un oportuno y acertado control de convencionalidad, en el caso concreto la inadecuación del tipo penal de desaparición forzada y de ciertos extremos del Acuerdo Plenario No. 9-2009/CJ-116 a los parámetros convencionales no se materializó en un elemento específico de obstaculización en el desarrollo efectivo de las investigaciones o procesos abiertos por la desaparición forzada del señor Tenorio Roca.

³³ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180.

³⁴ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 181.

³⁵ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 187.

Sin embargo, de los párrafos precedentes se advierte que el control de convencionalidad fue realizado sobre el mencionado Acuerdo Plenario, que había sido emitido por la Corte Suprema de Justicia peruana, y según el cual el tipo penal de desaparición forzada no podía ser aplicado a las personas que ya no fungieran como servidores públicos al momento de la tipificación del delito de desaparición forzada, a pesar de que sí tuvieran dicha calidad en el momento de la comisión del ilícito, prohibición que fue inaplicada vía control de convencionalidad.

A pesar de lo anterior, la Corte insistió en el deber de tipificar como delito autónomo la desaparición forzada, ajustándose al estándar interamericano. En el caso concreto, y a pesar de lo mencionado en la sentencia, no se realizó un control de convencionalidad sobre el tipo de desaparición forzada existente; sin embargo, el tribunal internacional parece admitir que este mecanismo puede constituir una forma para evitar la violación de derechos humanos originada como consecuencia de la inadecuada tipificación de determinadas agresiones, sin mencionar sus alcances.³⁶

En los próximos apartados se analizará la legitimidad en un Estado constitucional de ampliar los tipos penales por medio del control de convencionalidad.

VIII. LA RESERVA DE LEY EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La aplicación directa de descripciones típicas contenidas en instrumentos internacionales, o bien la integración de tipos penales previstos en la normativa interna con base en estas normas convencionales, podría entrar en conflicto directo con la reserva de ley, que es una manifestación del principio de legalidad penal, que reduce las fuentes de creación de tipos penales al proceso legislativo.

Como ya se mencionó, el artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no restringe la previsión de tipos penales a las leyes, sino que se refiere en términos generales al derecho aplicable; sin embargo, el artículo 14 constitucional hace alusión únicamente a la ley, por lo que es necesario determinar si la exigencia de previsión exclusi-

³⁶ Caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2016, serie C, núm. 314, párrs. 225-233.

vamente legal de conductas punibles ofrece mayor protección, en cuyo caso debe prevalecer la norma constitucional, en atención al principio pro persona, o bien el término “ley” puede ser interpretado de tal forma que queden comprendidos los tratados internacionales.

Indudablemente, aquellos instrumentos internacionales que contengan ciertos estándares sobre la definición de conductas que los Estados deben incluir en su legislación penal y que no contemplen una punibilidad asignada, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no pueden ser aplicados directamente sin neutralizar el principio de legalidad penal, toda vez que la sanción a imponer quedaría al total arbitrio de los juzgadores. Un supuesto distinto es la integración de tipos ya existentes en la legislación penal, y que, por tanto, tienen asignada una punibilidad que no se vería afectada con el ejercicio del control de convencionalidad, puesto que únicamente se ampliaría o modificaría la descripción de la conducta con elementos adicionales.

La doctrina ha distinguido entre tratados autoejecutables (*self-executing*) y no autoejecutables (*non self-executing*). Los primeros son aquellos que no requieren de ningún acto posterior en sede interna para su aplicación directa como cualquier norma de fuente doméstica en el territorio del Estado parte. Por otro lado, los no autoejecutables requieren de actos provenientes de las autoridades nacionales, que pueden ir desde simples decretos administrativos hasta leyes que recojan su contenido, para así dotarlos de eficacia interna (Sepúlveda 1997, 75).

La mayoría de los instrumentos internacionales que contienen descripciones sobre conductas punibles son, desde mi punto de vista, no autoejecutables, en razón de que normalmente prevén cláusulas que imponen como deber a los Estados pactantes la incorporación de dichos estándares en el orden jurídico interno; tan es así, que en estos documentos no se prevén punibilidades a imponer.³⁷ En este sentido, sería imposible aplicar

³⁷ Coinciden en este punto, Fernández Pons (2002, 12 y 13) e Inzunza Cázares (2009, 75). Fernández Pons aclara que ello no impide que los tribunales internacionales apliquen estas normas convencionales, y que además esta recepción depende de la postura monista o dualista que asuma cada Estado, así como de si se adopta un modelo de legalidad estricta o más laxa como los pertenecientes a la familia del *common law*, mientras que Inzunza Cázares refiere que el Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye una excepción. En una posición contraria se encuentra Javier Dondé Matute (2014, 27), quien sostiene que con base en el artículo 6o. del Código Penal Federal, el legislador ha determinado que todos los tratados internacionales son autoaplicativos, por lo que es innecesaria su incorporación a

directamente este tipo de tratados internacionales hasta que no exista la norma de incorporación correspondiente, o cuando menos una norma interna que remita a la convencional. Si el mencionado deber no es atendido, se generaría responsabilidad internacional para el Estado; pero ello no es argumento suficiente para imponer su aplicación.

La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de ley desde el 9 de mayo de 1986, cuando emitió la Opinión Consultiva 6, a petición del gobierno uruguayo. Es importante tener presente que la definición de ley brindada en esta opinión se limita a la referencia contenida en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁸ que exige que toda restricción a derechos fundamentales esté contenida en una ley dictada por razones de interés general, como pueden ser, evidentemente, las penas aplicadas con motivo de la comisión de conductas delictivas.

El mencionado tribunal internacional concluyó que el término “ley” debe ser entendido como una

...norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común —lo que lleva implícita la idea de respeto y garantía de los derechos humanos (García Ramírez y Morales Sánchez 2011, 215-216)—, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

En otras palabras, la Corte Interamericana asumió un criterio tanto formal como material para definir a la ley, puesto que, por un lado, es necesario que persiga el bien común, lo que hace que el principio de legalidad revista además la característica de legitimidad, pero por otro, debe ser emitida exclusivamente por los órganos legislativos integrados por los representantes populares y conforme a los procedimientos previstos constitucionalmente.³⁹

En opinión de la Corte, el hecho de que las restricciones de derechos humanos se encuentren solamente en la ley les otorga legitimidad al ser

la normativa penal de fuente doméstica, aunque reconoce el riesgo para los principios de legalidad, culpabilidad y lesividad.

³⁸ Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párrs. 16 y 17.

³⁹ Opinión Consultiva OC-6/86, *cit.*, conclusión.

establecidas por los representantes populares y al permitir además que las minorías manifiesten su inconformidad o participen en su determinación, lo que constituye un freno al ejercicio arbitrario del poder, sin desconocer el control ejercido con posterioridad a la emisión de la ley. En este sentido, las restricciones de derechos fundamentales no pueden contenerse en cualquier norma general, sino únicamente en aquellas emitidas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Ejecutivo.⁴⁰

En México, los derechos humanos de fuente internacional han sido dotados de rango constitucional, mientras que el resto de las normas convencionales han sido colocadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un nivel infraconstitucional, pero supralegal, por lo que, bajo un criterio jerárquico, tanto la Constitución como los tratados internacionales deberían ser aptos para recibir contenidos legales.⁴¹

No obstante lo anterior, los tratados, a diferencia de las leyes, carecen del mismo valor democrático, en la medida en que no son emitidos por los representantes populares, quienes tampoco participan como tales en el debate encaminado a su construcción. De conformidad con el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales son celebrados por el presidente, y aprobados por el Senado; lo que significa que la Cámara de Diputados no participa de forma alguna, y aunque el Senado sí lo haga, su margen de intervención no es el mismo que en la construcción legislativa.

La exigencia de que los delitos y las penas se encuentren en una norma emitida por el Legislativo deriva, como ya se indicó, de la legitimidad democrática que le confiere que los representantes populares sean quienes determinen qué conductas se encuentran controladas por la potestad punitiva del Estado, considerada como la reacción jurídica más contundente —una *ultima ratio*, se afirma—. En este tenor, la normativa que regule y limite su ejercicio debe estar sometida a debate profuso.

En consecuencia, la ampliación de tipos penales a partir de los estándares internacionales supondría una merma del valor democrático que apareja el principio de legalidad penal. La idea no es restar vigencia a las

⁴⁰ Opinión Consultiva OC-6/86, *cit.*, párrs. 22, 26, 27, 35 y 37.

⁴¹ Tesis P. IX/2007, “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Registro 172650, abril de 2007, t. XXV, p. 6.

normas convencionales, sino asumir que las leyes penales revisten determinadas características atinentes a los principios sobre los cuales han sido construidas y que están orientados especialmente a garantizar la previsibilidad de una determinada sanción. Por ello, la exclusiva descripción de tipos penales en las leyes ofrece, desde mi punto de vista, una mayor protección en comparación con la concepción de los tratados internacionales como fuentes directas de responsabilidad penal.

IX. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL COMO LÍMITE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana construye la doctrina del control de convencionalidad en sede nacional, con el fin de dotar de efectividad a los derechos humanos previstos en el *corpus iuris* interamericano, de tal suerte que los jueces, como autoridades pertenecientes al Estado obligado, formen parte del frente protector de estas prerrogativas fundamentales, cuya tutela no puede quedar a la espera de que el Poder Legislativo cumpla su tarea de emitir normas que incorporen y sean respetuosas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales.

Ya se mencionó que la filosofía que se encuentra tras este mecanismo hermenéutico es aquella que busca hacer prevalecer la justicia por encima de la ley. Empero, es necesario reconocer que en materia penal podría suponer un deterioro en la seguridad jurídica que ha buscado con tanto esmero el principio de legalidad. Como señala Enrique Bacigalupo (2012, 51), “en el Derecho penal interno el valor de seguridad jurídica ha reducido su peso y se ha experimentado un aumento del valor justicia a expensas del de seguridad y del de libertad del principio de legalidad”.

El control de convencionalidad supone el reconocimiento para los jueces y otras autoridades, de la facultad para inaplicar —en uno de sus grados— las normas diseñadas por el legislador. Lo anterior lleva a que una Corte, integrada en el caso mexicano por once individuos, sea la que dicte la última palabra sobre la vigencia de las normas del sistema jurídico, incluso por encima de la voluntad popular manifestada a través de los representantes de la sociedad. La función judicial no opera como un poder democrático o mayoritario; por el contrario, supone un límite al poder de las mayorías, lo cual es esencial en un Estado constitucional que busca tutelar a todo individuo, incluso a los disidentes o a las minorías. Esta potestad, sin

embargo, implica otorgar más peso a los jueces, quienes no están exentos de los vicios del poder.

En este punto, cabe cuestionarse si para hacer prevalecer la justicia es necesario prescindir de la seguridad jurídica, que al final del día es un valor que busca proveer objetividad e igualdad en la aplicación de la ley y, en consecuencia, operar como límite del poder; al reducir el arbitrio judicial, lo cual no es poca cosa. Eberhard Schmidt (1971, 63) celebró el hecho de que los jueces pudieran controlar la labor de los legisladores; sin embargo, también advirtió que dicho ejercicio debía ser excepcional, pues de lo contrario se pondría en peligro el honor del Poder Judicial si el pueblo llegara a la conclusión de que los jueces pueden corregir en todo momento al legislador y que, por lo tanto, se hallan exentos de la aplicación de la ley.

Francisco Laporta (2009, 210) estima que habilitar a los jueces para juzgar con base en determinados principios tiene como consecuencia que éstos dejen de guiar sus resoluciones conforme al ordenamiento jurídico para hacerlo con base en la moral, para lo cual no están debidamente capacitados, puesto que “su razonamiento moral no basta de ser vulgar”. En opinión de este autor, otorgar tanto poder a los jueces parte de la idea de que los parlamentos se encuentran integrados por personas parciales y pasionales, mientras que los jueces están a salvo de sus deseos y subjetividades; en otras palabras, “el gran juez Hércules poniendo orden en el desguisado que crea una simple pandilla de borrachos”.

Si bien no es posible asumir los extremos de Laporta, que convertirían a los jueces en simples autómatas de la ley en vez de intérpretes de ésta, tampoco podemos convertir al control de convencionalidad en una puerta a la arbitrariedad, que supone decidir qué derechos merecen ser tutelados y cuáles no. No niego la necesidad de combatir la impunidad —gran lastre de la justicia mexicana— y de reivindicar el papel de las víctimas mediante la tutela de sus derechos, pero tampoco es conveniente socavar uno de los principios que sirven de límite a la manifestación coactiva más rigurosa con la que cuenta el Estado: el aparato punitivo. La trascendencia de sus sanciones hace necesario que los límites sean más sólidos.

Pedro Salazar (2011, 21 y ss.) recuerda que el garantismo formulado por Luigi Ferrajoli, doctrina que busca establecer garantías que brinden certeza a los derechos fundamentales, tiene el propósito de reducir el *decisionismo judicial*, por lo que no puede ser identificada con esta corriente filosófica una postura que bajo la bandera de los derechos humanos es-

conda el arbitrio judicial. Se trataría, en palabras del constitucionalista, de un “garantismo espurio”.

María Carmelina Londoño (2010, 812 y 813) defiende que el control de convencionalidad no puede provocar excesos judiciales, toda vez que es un mecanismo que tiene como parámetro a los derechos humanos, y aun cuando el riesgo de arbitrariedad judicial permanece, la autora llama a realizar un voto de confianza, que se apoya en determinados presupuestos para el ejercicio de este instrumento.

El problema radica, a mi modo de ver, en que se olvida que el principio de legalidad también es un derecho humano que debe ser tutelado, por lo que el control de convencionalidad, que pretende dotar de efectividad a los derechos, estaría contraviniendo su propio objetivo. No se desconoce que los derechos fundamentales puedan entrar en conflicto, o como suele llamársele en colisión. Sin embargo, para que esta colisión de derechos aparezca, en términos de la teoría de Robert Alexy, es necesario que las dos normas enfrentadas tengan la naturaleza de principios. Por paradójico que resulte, el principio de legalidad penal adopta la estructura de regla, lo que tiene como consecuencia que la misma no acepte distintos grados de cumplimiento, sino que simplemente pueda ser atendida o no.⁴² Por tanto, si se permite integrar tipos penales mediante estándares internacionales, sería necesario aceptar que en los casos puntuales se estaría prescindiendo del principio de legalidad.

Desde mi punto de vista, la doctrina del control de convencionalidad nunca ha pretendido que los jueces sustituyan a los legisladores en su función. Este mecanismo de control sirve al propósito de corregir los excesos del Legislativo usando como parámetro los derechos humanos de fuente convencional, mas no los estándares sobre conductas típicas, que si bien buscan prevenir violaciones de derechos humanos mediante su adecuada

⁴² La naturaleza de la legalidad penal como regla ha sido asumida por el propio Alexy (2000, 211), quien sostiene: “Cuando concurre el supuesto de hecho, esto es, cuando la punibilidad de un hecho no ha sido determinada legalmente antes de su comisión, surge obligatoria y definitivamente la consecuencia jurídica, a saber: la punición está prohibida. Aquí, a diferencia de lo que normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado”. Para este autor, la diferencia entre reglas y principio es que estos últimos son “mandatos de optimización”, que exigen ser cumplidos en la mayor medida de las posibilidades, mientras que, en el caso de las reglas, para ser cumplidas se debe realizar exactamente lo que ella prescriben (Alexy 2008, 67 y 68).

calificación y la asignación de las consecuencias pertinentes, ello no convierte a estos estándares en derechos humanos que deban ser incorporados por la vía hermenéutica.

Sin duda, la adecuada tipificación de las conductas punibles constituye una garantía de derechos humanos, al igual que de otros valores y principios. También es cierto que, como se ha señalado en la jurisprudencia relativa al control de convencionalidad, todas las autoridades, incluyendo los jueces, en tanto forman parte del Estado, se encuentran constreñidas a cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales, entre los que destacan los relativos a derechos humanos, pero también es cierto que esta obligación tiene que ser asumida en el marco competencial de cada una de las autoridades. En este sentido, los jueces no pueden suplantar a los legisladores en la toma de las decisiones fundamentales en materia penal, en cuanto a la tipificación de conductas se refiere.

No niego la poca conveniencia de enjuiciar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos por la comisión de conductas delictivas encuadrables en tipos que no alcanzan a describir su trascendencia; sin embargo, es preferible que estas fórmulas penales sean aplicadas en vez de abrir las puertas a semejante arbitrio judicial. Al final del día, no existe un vacío punitivo, en virtud de que las violaciones de derechos humanos estarían siendo sancionadas con las altas —en muchas ocasiones irracionales— punibilidades previstas en el ordenamiento jurídico mexicano.

Lo anterior no significa entender que los tratados internacionales no pertenecen al sistema jurídico o que poseen menor importancia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es tan nuestra como la Constitución de 1917; ambos documentos tienen un lugar primordial en el ordenamiento jurídico mexicano; sin embargo, es necesario tomar en consideración que la ley penal posee determinadas particularidades y que se encuentra regida por principios y límites estrictos. Si bien los tratados internacionales son publicados en los mecanismos de difusión oficial, es la norma penal la que sirve de referente a las personas para determinar qué conductas se encuentran amenazadas con una sanción; esa función ha sido llamada a cumplir.

Por esta razón, así como por la trascendencia de la reacción penal, es que se ha propuesto la reserva de código en materia penal, de tal suerte que todas las normas penales se encuentren contenidas en un solo orde-

namiento, excluyendo, por tanto, las leyes especiales, propuesta con la que comulgo. Lo anterior favorece tanto el conocimiento de este marco de libertad como la integración de un sistema congruente, y permitiría la elevación de los requisitos para su enmienda.⁴³

El principio de legalidad, como ya se mencionó, funge como una garantía que brinda la seguridad de que ninguna persona será sancionada si no es por las conductas que han sido previamente descritas y asignadas con una punibilidad cierta, por lo que dada su importancia, no es posible prescindir del mismo principio en aras de otros derechos. El principio de legalidad constituye, en este sentido, un límite infranqueable al control de convencionalidad. Sería contrario al constitucionalismo determinar qué derechos fundamentales merecen la protección del Estado y cuáles no, pues todos ellos están asociados al reconocimiento de la dignidad humana, en virtud de que se les considera como aquellos mínimos indispensables para que toda persona pueda desarrollar, en la medida de las posibilidades, un plan de vida de forma autónoma.

No resulta válido, en mi opinión, el argumento de que ciertos principios pueden ser relativizados frente a los crímenes de Estado, pues aun cuando éstos revistan una gravedad que atenta en contra de los fines últimos de la organización estatal, lo cierto es que los servidores públicos también son individuos titulares de derechos fundamentales. Es necesario “tomarse (todos) los derechos (de todas las personas) en serio”,⁴⁴ no sólo de aquellos cuya protección resulte políticamente popular.

Introducir la excepción en el derecho penal es un camino peligroso, pues supone asumir la idea de que existen diversos grados de protección entre las personas y, por tanto, que existen diferentes niveles de dignidad.

⁴³ Sobre el tema puede consultarse, entre otros: Prieto Sanchís (2011, 113-117).

⁴⁴ Frase que hace alusión a la conocida obra de Ronald Dworkin (1993, 295), quien afirma: “La institución de los derechos en contra del Gobierno no es un don de Dios, ni un ritual antiguo ni un deporte nacional, es una práctica compleja y engorrosa, que hace más difícil y más cara la tarea gubernamental de asegurar el beneficio general, y que —a menos que sirviera de algo— sería una práctica frívola e injusta. Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro Gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, asociada con Kant, pero que definen filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto”.

Los principios que limitan el derecho penal deben ser asumidos con rigor, incluso para los casos difíciles en los que las exigencias de justicia se ven impulsadas por el dolor y los afanes de venganza. Tal vez en estos casos los principios deben imperar con mayor firmeza, pues sólo así demostrarán su verdadero valor como principios.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 2000. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ALEXY, Robert. 2000. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23.
- ALEXY, Robert. 2008. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. 1983. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 3 (8).
- BACIGALUPO, Enrique. 2012. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el derecho penal”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons.
- BECCARIA, César. [1764] 2006. *De los delitos y de las penas*, México, Fondo de Cultura Económica.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. 2009. *El principio de legalidad penal*, México, Porrúa.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2007. *Principio de legalidad penal. Perspectivas del derecho nacional e internacional*, México, Bosch.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2009. “El derecho internacional y su relevancia en el sistema jurídico mexicano. Una perspectiva jurisprudencial”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* IX.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2014. *Política criminal y derecho internacional. Tortura y desaparición forzada de personas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2015. *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del sistema de justicia internacional*, México, Porrúa.

- DWORKIN, Ronald. 1993. *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini.
- FERNÁNDEZ PONS, Xavier. 2002. “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 5.
- FERRAJOLI, Luigi. 2004. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. 2006. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., trad. de Carlos Bayón Mohino *et al.*, Madrid, Trotta.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2012. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GALLANT, Kenneth S. 2012. “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons.
- GALLARDO ROSADO, Maydelí. 2009. t. I. “Principio de legalidad penal”, de *Fundamentos de derecho penal mexicano*, Maydelí Gallardo Rosado, Pablo Hernández-Romo Valencia y Roberto Andrés Ochoa Romero, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2011. *El control judicial interno de convencionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2012. *La Corte Penal Internacional*, 3a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Novum.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2014. *Los reformadores: Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, México, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2015. *Derecho penal*, 4a. ed., actualizado por Eduardo Rojas Valdez, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. 2011. “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 24.

- GIL, Alicia. 2010. “La excepción del principio de legalidad del número del artículo 7o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXIII (63).
- HASSEMER, Winfried. 1984. *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch.
- HUERTA TOCILDO, Susana. 1993. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 13 (39).
- HUERTA TOCILDO, Susana. 2005. “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- INZUNZA CÁZARES, Enrique. 2009. *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1964. *Tratado de derecho penal*, t. II, “Filosofía y ley penal”, 4a. ed., Buenos Aires, Losada.
- LAPORTA, Francisco. 2009. “Imperio de la ley y constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”. *Isonomía* 31.
- LISZT, Franz von. [1881] 2003. *Tratado de derecho penal*, t. II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- 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, XLIII (128).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. 2005. *La Convención Americana. Teoría y jurisprudencia*, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2010. *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. 2011. *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel.
- RADBRUCH, Gustav. 1971. “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho justo y derecho nulo*, Madrid, Aguilar.
- RADBRUCH, Gustav. 1978. *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. 1998. *Victimología. Estudio de la víctima*, 4a. ed., México, Porrúa.
- ROXIN, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas.

- SALAZAR UGARTE, Pedro. 2011. “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *Garantismo espurio*, México-Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara.
- SCHMIDT, Eberhard. 1971. “La ley y los jueces (valores positivos y negativos del positivismo)”, en *Derecho justo y derecho nulo*, Madrid, Aguilar.
- SEPÚLVEDA, César. 1997. *Derecho internacional*, 18a. ed., México, Porrúa.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2006. *La expansión del derecho penal*, Buenos Aires, B de f.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. 2004. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIGO, Rodolfo (coord.). 2008. *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy*, México, Fontamara.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* 2016. *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed., Madrid, Trotta.
- ZAMORA GRANT, José. 2014. *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.). 2010. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch.

EL ENFOQUE EPISTÉMICO EN EL TRATAMIENTO DE LAS RELACIONES ENTRE ENTIDADES FEDERATIVAS*

THE EPISTEMIC APPROACH IN THE TREATMENT OF FEDERAL STATES

Jorge Alberto SILVA**

RESUMEN: El autor cuestiona cuál es el enfoque epistémico que los tribunales judiciales y la doctrina han dado a las relaciones legales entre entidades federales. Excava desde el siglo XIX hasta el presente en leyes, doctrinas y decisiones judiciales. Sostiene que el tratamiento ha sido desconcertante en sus reformulaciones; en algunas ocasiones, el conocimiento de las relaciones interestatales se ha hecho depender del derecho constitucional, el derecho internacional privado, del derecho civil, etcétera.

Palabras clave: Derecho interestatal, estado federal, tráfico jurídico, enfoque epistémico, doctrina, precedentes judiciales.

ABSTRACT: *The author questions the epistemic approach that judicial courts and doctrine have given to legal relations between federal entities. Excavates from the nineteenth century to the present in laws, doctrines and judicial decisions. He maintains that the treatment has been disconcerting in his reformulations; On some occasions, knowledge of interstate relationships has been made dependent on constitutional law, private international law, civil law, etc.*

Keywords: *Interstate law, federal state, legal traffic, epistemic approach, doctrine, judicial precedents.*

* Artículo recibido el 2 de abril de 2018 y aceptado para su publicación el 23 de septiembre de 2019.

** ORCID: 0000-0003-0809-5916. Profesor de derecho conflictual. Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de DIPr. Investigador nacional (Conacyt), nivel III. Correo electrónico: silvasi@aol.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1637-1667.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Calificación del supuesto fáctico en el jurídico*. III. *El punto de partida para conocer lo prescrito en las disposiciones constitucionales*. IV. *Conclusión*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

México se encuentra organizado como un Estado federal, conformado por diversas entidades federativas; cada una cuenta con su propia legislación, diferentes entre sí y, en ocasiones, opuestas en su contenido.¹

El panorama plurilegislativo cobra importancia al surgir problemas relacionados con la vinculación entre los ordenamientos jurídicos de cada entidad. Los operadores jurídicos, abogados y jueces, ante la diversidad legislativa, se cuestionan cómo resolver cada problema de tráfico jurídico interestatal.²

El derecho interestatal toma como objeto de conocimiento enunciados jurídicos cuyas principales disposiciones se encuentran en la Constitución general. En ésta, destacan los artículos 106 y 121, que incluyen enunciados prescriptivos sobre competencia judicial y legislativa, enfocados en la regulación de relaciones interestatales.

Destaca la denominada *cláusula de entera fe y crédito*, conforme a la cual los actos, registros y procedimientos de una entidad federativa deben ser reconocidos en las demás entidades federativas. Se incluyen algunas *bases sobre la que debe descansar la normatividad secundaria* (federal y de cada entidad federativa).³ En torno a la competencia entre entidades, agrégase el artí-

¹ Cada entidad no sólo tiene sus propios órganos de gobierno (gobernador, poderes Legislativo y Judicial), sino que también suele producir leyes y decisiones propias, no necesariamente iguales o similares a las de las demás entidades federativas, de ahí la autonomía legislativa de cada entidad, que suele diferenciarse de las leyes de otras.

² La expresión *problema de tráfico jurídico* es propia del metalenguaje, y es empleada por varios juristas (*v. g.*, Pereznieta Castro, José Luis Siqueiros, etcétera). Supone una conducta que puede constituirse o iniciarse bajo un orden jurídico, y continuar o producir efectos jurídicos bajo otro orden (*v. g.*, se otorga un testamento en un lugar y se pretende que se le reconozca en otro). Se trata de una cuestión fáctica (los supuestos fácticos), que es tomada por el derecho para resolver no sólo los mal llamados problemas de conflictos de leyes, sino también los de competencia entre entidades, tanto para decidir cuál es el ordenamiento a aplicar como el estado y las autoridades que han de conocer y resolver.

³ Las Constituciones previas a la de 1917 regularon algunos problemas interestatales, pero fue la de 1917 la que introdujo algunas prescripciones conflictuales en las llamadas

culo 106 constitucional, que atiende a las relaciones horizontales entre las entidades, diferenciadas de las verticales (*v. g.*, entre el gobierno federal y las entidades). Ambos enunciados son de jerarquía suprema e imperativa.

El artículo 121 contiene algunas prescripciones jurídicas que uniforman los ámbitos sustantivo e interestatal de cada entidad federativa. Al respecto, prescribe:

Art. 121. En cada entidad federativa se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todas las otras. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de una entidad federativa solo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.

II. Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación.

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de una entidad federativa sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otra entidad federativa, solo tendrán fuerza ejecutoria en esta, cuando así lo dispongan sus propias leyes. Las sentencias sobre derechos personales solo serán ejecutadas en otra entidad federativa, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de una entidad federativa, tendrán validez en las otras.

V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de una entidad federativa con sujeción a sus leyes, serán respetados en las otras.

Acorde al artículo 106, el poder o competencia judicial de cada entidad federativa podrá ser ejercida por cada entidad. Pero en las hipótesis de controversia entre ellas, en torno al ejercicio del poder (las relaciones horizontales), el orden jurídico federal será el que resuelva (artículo 124 constitucional). Al respecto, la Constitución prescribe:

Art. 106. Corresponde al Poder Judicial de la Federación, en los términos de la ley respectiva, dirimir las controversias que, por razón de competencia, se

bases del artículo 121. Algunos autores prefieren referirse a ellas como fracciones o apartados. Yo utilizaré la expresión lingüística empleada por la Constitución: *bases*.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1637-1667.

susciten entre los Tribunales de la Federación, entre éstos y los de las entidades federativas o entre los de una entidad federativa y otra.

Estas disposiciones han sido interpretadas por los tribunales judiciales. De igual forma, los doctrinarios se han preocupado por su reformulación. El artículo 106 ha sido el menos socorrido.

Lo que me interesa destacar en las siguientes líneas no es precisamente la interpretación o significado de estos enunciados constitucionales, propios de la dogmática, sino las variables tomadas en cuenta para realizar una reformulación (judicial y doctrinal).

Es necesario conocer cómo se construye el aparato conceptual mediante el cual se determina y describe el derecho, así como los razonamientos y argumentos implicados. Pero, en especial, quiero referirme en este artículo a la cuestión ¿cuál es o ha sido el enfoque epistémico seguido por nuestra doctrina y por los tribunales para reformular estos enunciados constitucionales? De forma más específica, me interesa conocer cuál es o han sido las condiciones seguidas para sostener un criterio.

II. CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO FÁCTICO EN EL JURÍDICO

Para conocer, es necesario que los enunciados prescritos sean reformulados en forma justificada, consistente y específica, que presenten proposiciones que deriven de un razonamiento práctico, que “digan” qué dice ese conjunto de enunciados y, en su caso, cómo es que mediante éstos se resuelve alguna laguna o se producen interpretaciones para textos vagos y ambiguos.

Pero para una reformulación jurídica y confiable no basta que se nos diga qué dicen los enunciados prescritos, sino que es necesario saber si podemos confiar en lo que se nos dice. Para esto, es necesario conocer, entre otras cosas, cómo es que el reformulador observa la realidad a la que va dirigida, ¿cuáles han sido los instrumentos epistémicos de que se ha valido? Es decir no basta la audacia o la imaginación del “intérprete” para afirmar algo, sino que es necesario conocer por qué lo afirma, en qué se ha apoyado.

Resultaría temerario hacer interpretaciones sobre estas disposiciones cuando el reformulador desconoce la hermenéutica y la epistemología. Lo que me interesa es dar a conocer cómo es que el reformulador ha calificado el supuesto fáctico dentro del jurídico. El *quid* consiste en conocer cómo

ha visto ese objeto de conocimiento (me refiero a los supuestos de tráfico jurídico interestatal), cuál ha sido su procedimiento para verlo, tomar en cuenta la proposición relevante. Sabemos que no necesariamente se ha recurrido a criterios subjetivos de sistematización cognoscitiva. Me detengo en uno de estos puntos.

La acción de un juez para calificar consiste en encuadrar un supuesto fáctico en el significado de un enunciado constitucional, pero, en especial, el proceso epistémico para lograr ese encuadramiento, en especial a una disciplina jurídica. En este caso, presuponiendo que sigue un proceso intelectual científico (no ideológico), el juez subsume el dato o evento en un signo lingüístico. Es el primer paso que debe darse en todo tipo de investigación.

Analicemos el siguiente ejemplo de Neil MacCormick. Una señora fue demandada civilmente en 1958 por adulterio, pues había concebido a un hijo sin haber tenido relaciones sexuales con su marido, y sin que éste hubiera tenido conocimiento. Aunque la señora admitió haber dado a luz al hijo (una niña) sin haber tenido relaciones sexuales con su marido, demostró que el hijo fue concebido debido a un procedimiento de inseminación artificial. La cuestión judicial principal (problema de calificación) consistió en resolver si la forma en que fue concebido el hijo encuadraba en el supuesto normativo *adulterio*.⁴

Lo que quiero decir es que el juez debe comenzar diferenciando el dato u objeto establecido en una ley (el supuesto jurídico), del dato u objeto que se dice ocurrido en una realidad (el supuesto fáctico). Cada uno es diferente, debe tratarse de manera diferente. Precisar si un dato fáctico encuadra en uno jurídico no es fácil ni deriva de actos de mera intuición, ni de mera lógica formal. Si el hecho realizado por la señora del ejemplo encuadra o no en el adulterio, requiere suponer una acción epistémica (científica), metateórica. Hay que recordar que el concepto adulterio no es un concepto ontológico, que exista en sí y por sí, independiente de lo que piensa el ser humano. La definición de adulterio es propia de los seres humanos, no de la esencia de las cosas. Para determinar qué es adulterio, se suele partir de las predisposiciones sociales y contextos de la cultura

⁴ El ejemplo corresponde al que expone Neil MacCormick a propósito del caso *MacLennan vs. MacLennan* resuelto en 1958. La resolución puede verse en MacLennan (1958, S. C. 105). Otros ejemplos se encuentran en Bartholomew (1958) y Dworkin (1996).

propia del sujeto cognoscente, actividad que nos lleva al conocimiento de los usos del lenguaje.

¿Cómo puede el juez (o cualquier otro operador jurídico) estar seguro de que esa conducta encuadra o no en el adulterio?, ¿es correcta o incorrecta la afirmación que haga un juez o un doctrinario? Un dato a tomar en cuenta, es que no hay verdades obvias. Se requiere que el intérprete del dato fáctico y del dato jurídico conozca cómo acertar cuando califica; sobre todo, saber emplear un tipo de conocimiento que lo “ilumine”, que le diga cómo se resuelve. El punto al que me encamino con esta metáfora consiste en saber encuadrar un problema de tráfico jurídico interestatal en una disciplina jurídica.

Para un enfoque epistémico es importante tomar en cuenta los procesos o métodos empleados para producir un conocimiento (reformular el derecho); precisar si un cierto conocimiento es epistémico, afirmar si se ha validado el conocimiento producido. Entiendo al conocimiento epistémico (en parte) como el conjunto de conocimientos que condicionan la forma o formas en que se entiende, se crea y se interpreta el derecho. No hay que olvidar que el dogmático, al formarse una imagen del derecho, emplea una serie de instrumentos hermenéuticos para presentar esa imagen, y requiere de un procedimiento para lograr la nueva imagen o un nuevo constructo. Un discurso reformulatorio del derecho se corresponde (al menos esa es la pretensión) con la imagen que el sujeto cognoscente se forma del objeto, imagen que suele ser vista por el dogmático a través de sus lentes, por medio de los instrumentos que el mismo dogmático suele construir; actividad en la que debiera participar la hermenéutica, el razonamiento y la filosofía.

Rolando Tamayo y Salmorán —seguramente uno de los juristas mexicanos que mayormente se ha preocupado por la dogmática, al construir toda una explicación metateórica— destaca la labor de quienes conforman estudios reformulatorios. Al referirse a la jurisprudencia (en su acepción ciencia del derecho), expresa: “La jurisprudencia incorpora al mundo de la racionalidad un espacio muy importante de la razón práctica. La simple construcción de la jurisprudencia es un prodigio de la razón” (Tamayo 2003).

Permítaseme ser más preciso. Si deseo conocer correctamente alguna cosa, debo acudir a la instancia correspondiente. Por ejemplo, si deseo conocer cómo se regula jurídicamente un divorcio, acudo al derecho de

familia; si deseo conocer cómo se regula una empresa comercial, acudo al derecho comercial; si deseo conocer cómo se encuentra organizado un Estado, debo consultar el derecho constitucional; si deseo conocer cómo se regula la relación entre los Estados de la comunidad internacional, acudo al derecho internacional.

¿A dónde debo acudir cuando deseo conocer la regulación de problemas derivados de relaciones privadas entre entidades federativas? Ésta es una de las cuestiones sobre las que concentro mi atención en este artículo. ¿Acudiré al derecho civil?, ¿al derecho procesal?, ¿al laboral?, ¿al internacional? Cada una de estas disciplinas tiene sus propios lentes con los cuales observa y describe al derecho; con éstos, reformula el apartado o rama que toma como objeto de conocimiento. Los lentes de cada disciplina no son los mismos que emplean otras disciplinas.

¿Cuál es la disciplina que se encarga de estudiar, investigar y presentar las reformulaciones en torno a los problemas de tráfico jurídico interestatal? Si el reformulador se equivoca en su respuesta, es posible que hubiera equivocado el método empleado para conocer. Seguramente ha elegido incorrectamente la disciplina o el campo de conocimiento que lo redireccione, y, con ello, en los resultados a que arribe.

Si se equivocó con la elección de la disciplina, sería tanto como confundir al fútbol soccer con el fútbol americano; al lago Titicaca, con Xochimilco; y, epistémicamente, lo que afirme o reformule no necesariamente será correcto.⁵ Debe comenzar con un punto de partida. El problema para un dogmático no consiste en decir qué dice el derecho, sino en qué actitud tomar para responder a esa interrogante.

Como afirma Rodolfo Vázquez (2008), “no es posible reflexionar y construir una teoría de las normas y del ordenamiento jurídico si no es asumiendo una toma de posición metodológica por parte del científico del derecho”.

⁵ Debo decir que una disciplina corresponde a un constructo que sistematiza diversas teorías, explicaciones, clasificaciones, en general, la base de un paradigma de un jurista de la tradición romano-germánica. En mi caso, que procura proporcionar una serie de estándares comunes (aunque contingentes, por supuesto), que explican los vínculos jurídicos fundamentales entre los ordenamientos de las entidades. Se trata de elementos a ser tomados en cuenta en el desarrollo de un discurso disciplinar interestatal; son un punto de partida para fijar los niveles de vinculación. No obstante, el hecho de que se conforme una disciplina jurídica, eso no quiere decir que sea infalible, aislada y que carezca de vínculos inter y transdisciplinarios (Cáceres 2015).

Pues, aunque no lo crea el lector, el hecho es que varias decisiones judiciales no han atinado en darle respuesta a la interrogante, pues han sido vacilantes en torno al punto de partida. ¿A cuál disciplina se debe acudir cuando se desea conocer la regulación de problemas derivados de relaciones privadas entre entidades federativas?

Permítaseme abordar en las siguientes líneas la problemática que interesa.

III. EL PUNTO DE PARTIDA PARA CONOCER LO PRESCRITO EN LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Reformular lo que prescriben los citados artículos 106 y 121 no es tarea fácil. Una prueba de ello han sido los múltiples y contradictorios significados judiciales y doctrinarios que se le han atribuido. ¿Cómo es que se ha conocido y reformulado lo prescrito en estos textos constitucionales?, ¿cuál ha sido el punto de partida? Los errores habidos deben imputarse a una falta de precisión.⁶

Adelanto que este punto de partida no está por encima del derecho positivo, sino más bien se infiere del mismo. Sus elementos tampoco son intemporales ni valen para todo lugar. Son elementos comunes inferidos de la base empírica y de diversas metarreglas que, como herramientas, sirven para identificar, interpretar, ordenar y establecer ciertos principios fundamentales. Suponen una cierta regulación de los elementos particulares observados para obtener, luego, su generalización.

⁶ Reformular no significa ir más allá del derecho autorizado por el sistema, como suele ocurrir en los enfoques teológicos, metafísicos, etcétera; más bien, el reformulador es quien define el punto de partida. Si el discurso prescriptivo es aquel del que se va a hablar, entonces el que habla del mismo conforma otro discurso: un discurso que no es prescriptivo. Al hablar del discurso prescrito, el reformulador lo interpreta, lo reordena, lo reconstruye, etcétera; ¡vamos!, como dijeran Alchourrón y Bulygin: *reformula el sistema*; es decir, sustituye la base del sistema por otra nueva, “más reducida y general, pero normativamente equivalente a la base primitiva” (Alchourrón y Bulygin 2002, 128), “encontrar una base axiomática nueva, pero equivalente a la anterior; es decir, sin cambiar el sistema mismo” (Bulygin, 1991, 472) Esto es, al tomar el objeto de conocimiento forma una “imagen” de ese objeto, imagen que al ser presentada es una imagen reformulada del objeto presentado.

1. *El punto de partida*

¿Qué es lo que nuestros dogmáticos y jueces han hecho para reformular las disposiciones constitucionales sobre derecho interestatal? No basta conocer o recitar el texto jurídico prescrito, porque tampoco es aceptable que repitan los signos del lenguaje objeto, que consulten un diccionario, ni aceptar lo que otros han afirmado en torno a su sentido. A un investigador le importa comenzar conociendo la perspectiva asumida por jueces y doctrinarios al presentar sus reformulaciones, contar, a la vez, con una propia. En mi interés, para este estudio, me pregunto: ¿cuál ha sido el método seguido para acertar en el conocimiento?

Por lo general, jueces, abogados y escritores se conforman con interpretaciones sugeridas por precedentes y doctrina, lo que significa caer en el dogma. Podemos aceptarlas o rechazarlas, pero para un investigador es indispensable conocer el procedimiento seguido por el intérprete consultado. Es reprochable que un trabajo de “investigación” sólo se quede con lo que dice un autor o un precedente judicial. No cabe conformarse con un *argumentum ad quietem* (al reposo) o alguno *ab autoritate*.

Para un reformulador (juez o doctrinario) es necesario contar con un punto de partida que le facilite adentrarse en el conocimiento del texto objeto, comenzando por precisar ese punto, especialmente el tomado por la doctrina y las decisiones judiciales producidas. ¿Cuáles son los lentes con los que cuenta? Preguntémosnos cuál es el área o apartado del conocimiento que nos auxilia a esto, a partir de la respuesta, se podrá conocer qué y para qué sirven esas disposiciones, cuál es su función, cómo ha evolucionado su interpretación.⁷

Para emprender una tarea reformulatoria, es imprescindible partir de un marco de referencia, un modelo hermenéutico, propio para la interpretación objeto de nuestro interés. Ante la diversidad de contradicciones interpretativas producidas (judiciales y doctrinarias), es necesario que nos expliquemos en forma razonada y justificada por qué los intérpretes han afirmado una específica interpretación. ¡Vamos! Se trata de conocer su punto de partida.

Cabe iniciar con la fuente jurídica de mayor importancia para la resolución de los problemas de tráfico jurídico interestatal (la Constitución),

⁷ Este problema lo presento en Silva (2014), donde expongo la taxonomía de las disciplinas jurídicas y las tendencias metodológicas que se han producido.

así como para conformar la disciplina del derecho interestatal. Para lograr esto, es necesario un enfoque epistémico y metodológico. Es necesario una toma de posición en torno al punto de partida. ¿Cuál ha sido la de los reformuladores habidos?

No se trata de cualquier punto de vista, cualquier guía o dirección consultada o que se nos ocurra. Desgraciadamente no se ha sido definido este punto de partida en la doctrina de los dogmáticos ni en las resoluciones judiciales producidas. Intentaré explicar lo que de estas construcciones he percibido.

Para explicar la construcción producida hasta ahora, he procurado inferir el punto de partida de jueces y doctrinarios para conocer su punto de partida. El hecho es que ni la doctrina ni los precedentes judiciales (la racionalidad judicial) han definido su perspectiva inicial; por ello, he tratado de descubrirla, “leyendo entre líneas” la ideología subyacente. En mi búsqueda he inferido diversos “enfoques” y vestigios observados, que procuraré ir explicando.

Debemos tomar en cuenta que para una reformulación es necesario contar con unas gafas que nos permitan contemplar nuestro objeto de conocimiento. Por desgracia, no todos los que han hablado de ese objeto han contado con unas gafas, y cuando las han tenido, tampoco han sido las correctas.

Explicaré lo que he observado en mi indagación: entre la Constitución de 1824 y la de 1857 no encontré doctrina ni decisiones judiciales de interés que me permitieran conocer algún enfoque epistémico adecuado. No obstante, no debo olvidar algunos textos y opiniones que observaron a las entidades federativas como soberanas, y, prácticamente, conformando una confederación, no exactamente un estado federal. No fue hasta después de la segunda mitad del siglo XIX cuando comenzaron a darse a conocer algunos elementos que me proporcionaron algunos datos para inferir la perspectiva epistémica asumida.

Desde entonces, y casi hasta ahora, he podido advertir que las reformulaciones habidas han partido de diversas direcciones metodológicas. Han sido tomadas como parte del derecho civil, del derecho procesal, del derecho constitucional, del derecho internacional privado. Los juicios han sido oscilantes. Ninguno ha observado las disposiciones constitucionales interestatales (el objeto de conocimiento) como parte de una disciplina

autónoma, con un propio enfoque epistémico; esto es, con una específica matriz disciplinaria.

Por lo general, la aprehensión del objeto de conocimiento ha sido un tanto intuicionista a la manera “inmediata”, no la “mediata”, que nos permite emplear inferencias y razonamientos.

A mi parecer (debo adelantarle), el enfoque que debiera adoptarse debe ser uno propio o autónomo, específico para una propia disciplina: la del *derecho interestatal*. Los tribunales judiciales han contribuido a moldear una perspectiva metodológica, aunque con oscilaciones contradictorias, bastante paradójicas y, a mi parecer, alejadas de un aceptable enfoque epistémico.

Presento enseguida las perspectivas legislativas, judiciales y doctrinarias que he inferido a partir de los tratos e interpretaciones producidos al paso del tiempo.

2. *Perspectiva legislada*

Inicio con la Constitución de 1824 (la que conformó a México como Estado federal). Por ese entonces, se asentó, como posibilidad, “uniformar las leyes” del país. Su artículo 143 expresaba, en seguida de la cláusula de entera fe y crédito: “el Congreso General uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos”. Aunque esto fue lo establecido por los legisladores (constituyentes) del texto constitucional, no me parece que realmente se hubiera procurado “uniformar las leyes del país” ni que sirviera para construir un argumento psicológico; más bien se trataba de conformar un estado federal. Tan es así, que en la Constitución de 1857 aquella redacción fue eliminada. Más bien, los legisladores procuraron un estado federal para unir lo que se estaba desuniendo.

Lo que yo infiero es que en esa Constitución de 1824 se procuró asegurar la vinculación entre los estados (incluidos líderes en pugna), que luego conformaron la Unión, en términos bastante semejantes al enfoque diseñado para la conformación del texto constitucional estadounidense, texto que, aunque con una incorrecta traducción, se procuró reproducir en parte. Ese diseño inicial tampoco se encaminó para introducir normas conflictuales, como algunos suelen creer y afirmar.

Debo resaltar que, aunque la cláusula de entera fe y crédito fue importada de Estados Unidos,⁸ el sentido y significado que al paso del tiempo se le ha dado en México ha sido diferente a la del lugar de su origen. No hay que olvidar que aunque los constituyentes de 1824 tuvieron a la mano un ejemplar de la Constitución estadounidense, México prácticamente se desmembraba. Por un lado, Chiapas, Guatemala, Jalisco, Oaxaca, Zacatecas, entre otros, deseaban su independencia. La construcción de un orden federal en México sirvió para unir lo que se estaba desuniendo.

Se crearon las entidades federativas con un “gobierno propio” y darse sus propias leyes, pero desgraciadamente no se tomaron muy en serio las relaciones entre ellas. De hecho, así ha sido hasta ahora.

3. *Perspectiva judicial*

Al paso del tiempo, y al surgir los problemas de tráfico jurídico interestatal, que han sido objeto de conocimiento de los tribunales, éstos imaginaron esas relaciones interestatales desde una perspectiva internacionalista, presuponiendo una soberanía plena para cada entidad federativa, según se infiere de sus criterios. Estimaron que cada entidad era soberana, casi de la manera misma como lo es un Estado de la comunidad internacional.⁹ Los enfoques producidos han sido variables; unos, se refieren al derecho aplicable; otros, a la competencia de la entidad.

A. *Primeras decisiones*

Las cuestiones relacionadas con la determinación de cuál era la entidad federativa que había de conocer y resolver un problema de tráfico jurídico interestatal se produjeron desde antes de la época de las codificaciones de cada entidad. Las decisiones relacionadas con el orden jurídico sustantivo que regulaba el fondo del asunto vinieron después con la tarea

⁸ Texto de Estados Unidos: “Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records and proceedings shall be proved, and the effect thereof”.

⁹ Todavía en 1938 así pareció entenderse por la SCJN (SJF AD 6020/37, registro: 816857).

codificadora de finales del siglo XIX, lo que obligó a que las lagunas técnicas tuvieran que ser colmadas por parte del Poder Judicial. Esto es, primero surgieron los asuntos competenciales (cuál es la entidad federativa competente), después, los que eligieron el orden jurídico sustantivo (cuál es el orden jurídico regulador). En seguida presento algunos ejemplos de esa naciente época para el derecho interestatal:

a) Una resolución que me llama la atención (último tercio del siglo XIX), debido al manejo de los argumentos (pobres y equivocados) fue la que se presentó entre un juez del D. F. (la hoy CDMX) y un juez de Huamantla, Tlaxcala. El punto central giró en torno al llamado “fuero del labrador”, fuero que le atribuía poder o competencia al foro del lugar de la labranza. El asunto fue que unos labradores demandados tenían su domicilio y lugar de labranza en Huamantla; pero, a pesar de ello, fueron demandados en el D. F. El juez de Huamantla planteó la incompetencia del juez del D. F., y, éste, siguiendo la opinión sugerida por el actor, negó que el de Huamantla fuera competente.

En esta resolución, el actor presentó la siguiente cadena de razones y premisas: el fuero del labrador se consigna en la Novísima Recopilación; pero esta disposición es inconstitucional, ya que la Constitución de 1857 prohíbe los fueros especiales. Esta explicación la presentó el juez del D. F. al juez de Huamantla pidiéndole que antes de continuar con el procedimiento se “desistiera de la incompetencia” que “inconstitucionalmente” había planteado. El juez de Huamantla accedió a lo que se le pidió a partir de una inferencia o representación inválida, equivocada y falsable. En realidad, una falacia derivada de una ambigüedad (falacia del equívoco). El comportamiento final se desvió hacia una línea diferente a la que motivó el *imput*.

Como se infiere, es obvio que contraepistémicamente se confundió el fuero del labrador (la competencia del tribunal del domicilio) con el fuero a que alude la Constitución (la existencia de tribunales especiales) (*El Foro* 1873, 250). La resolución muestra la ignorancia y manipuleo de los sentidos semánticos y de las normas de adjudicación o competenciales a partir de significados ambiguos por parte del juez del D. F., haciendo evidente la confusión de los contextos jurídico-conceptuales.¹⁰

¹⁰ Poco tiempo antes de este asunto, la SCJN (en la época del Imperio de Maximiliano, noviembre 3 de 1864) había resuelto un caso suscitado entre los jueces de Puebla y

b) Los *Anales del Foro Mexicano* reportan haberse resuelto, en 1864, una cuestión competencial entre los jueces del estado de Guerrero y el estado de México respecto al conocimiento y resolución de un juicio sucesorio. En éste, se cuestionó si el juez competente era la autoridad del lugar donde estaba el domicilio del *de cujus* (donde ejercía como cura de Apaztla) o el del lugar donde se encontraban la mayoría de sus bienes. La SCJN resolvió a favor del primer foro. En la resolución no se partió de doctrina alguna de derecho procesal o de derecho internacional, sino que sólo se citaron diversas leyes que provenían de 1812 a 1837. No hubo un punto de partida (*Anales del Foro Mexicano* 1864, tomo I, 73).

c) Hay una resolución que presenta un argumento, influido por un enfoque epistémico, que resalta una noción específica de la soberanía de cada entidad federativa; esta concepción de una soberanía decimonónica le cerró las puertas a la cooperación interestatal, ni siquiera observada en el ámbito internacional. En el estado de Puebla se seguía un proceso que derivó en el embargo de unos bienes que estaban en Zongolica, Veracruz. La persona beneficiada con la sentencia pidió que se enviara un exhorto a Veracruz a fin de convocar postores para el remate del bien. El supremo tribunal poblano se negó a enviar el exhorto, con el argumento de que la autoridad veracruzana no podía realizar un acto vinculado a Puebla.

El asunto llegó a la SCJN. Ésta resolvió que no es contrario a la Constitución que la autoridad de un estado presida el remate de los bienes ubicados en otro (caso del señor Luis Olivier, núm. 972). Como se observa, los argumentos poblanos muestran la concepción que de la “soberanía” sostenían, lo que se traducía en impedir las relaciones interordinamentales, y que no era diferente de la noción que se sostenía en otras entidades. Ni la representación mental o lingüística que del significado de soberanía de una entidad (su autonomía) se sostenía, fue diferenciada de lo que usualmente significa soberanía (la *super omnia*).

Además de esta noción de la soberanía, la resolución encubrió una forma de imponer la *lex loci factum*, dogma de la época con la que se confunde el lugar donde rige un específico orden, con el lugar donde ejercen

Tlaxcala, donde tomó en cuenta el fuero del labrador, definiéndolo como el privilegio de un labrador para no ser demandado fuera del lugar de la labranza (*Anales del Foro Mexicano* 1865, tomo II).

su función las autoridades de un estado.¹¹ No es difícil afirmar que el punto de partida en esta resolución poblana consistió en ver a su Estado en forma similar a como se observa a un estado de la comunidad internacional.¹²

d) Al finalizar el siglo XIX, e inicios del XX, se resolvieron otros problemas interordinamentales. *El Foro* y el *Semanario Judicial de la Federación* registran algunos casos relacionados con profesionistas a los que no se les quiso reconocer el título que les habían otorgado las autoridades de una entidad. En estas resoluciones, la SCJN argumentó que acorde a la cláusula constitucional de entera fe y crédito, debía reconocerse el título a cada uno de los beneficiados, con el fin de que ejercieran su profesión. En ese entonces aún no estaba vigente la actual base V del artículo 121 constitucional. Llama la atención el argumento expuesto en una de estas resoluciones, pues no sólo se recurrió a la cláusula de entera fe y crédito, sino al derecho a la libertad de trabajo (que fue el argumento central): como la norma común prescribe la libertad de trabajo, de ésta se sigue que no se puede desconocer un título profesional (SCJN 2005).¹³ Es evidente la confusión de los contextos jurídico-conceptuales; en especial el epistémico. Su punto de partida fue el derecho del trabajo.

e) Una sentencia posterior resolvió un problema un tanto similar, que implicaba una definición específica de la “soberanía” de cada entidad federativa, al cuestionarse la posibilidad de que una autoridad exhortara a la de otra entidad federativa (SCJN 2005).¹⁴

Aunque se resolvieron varios casos similares, en ninguno se apeló a los lineamientos de alguna matriz disciplinar específica ni se generaron criterios o proposiciones doctrinarios de importancia, ni se aludió a problemas de tráfico jurídico interestatal. El enfoque metodológico para re-

¹¹ A reserva de lo que poco más adelante explicaré, cabe adelantar que del hecho de que un supuesto fáctico se realice fuera del territorio de un estado no significa que sus autoridades tengan prohibido conocerlo y resolverlo. El territorio, como elemento del Estado, delimita la actividad de sus autoridades. Sólo dentro de ese espacio pueden realizar sus actos de poder.

¹² Hay otras resoluciones poblanas en el mismo sentido, como *S7F* (1900, registro: 743, 848).

¹³ Los casos corresponden a Manuel Zamora (1883), José Padró (1902) y Fernando Cano (1893).

¹⁴ Caso del señor Francisco Ortiz Borbolla (1901, caso 1523).

solver partió de un punto metodológico no definido, tal vez más intuitivo o consecuencialista.

A pesar de la ausencia de un punto de partida específico, estas primeras resoluciones muestran una concepción o modelo mental¹⁵ especial de la soberanía estatal, con carácter egocentrista, con un significado similar al de un Estado de la comunidad internacional, presentadas como comunidades jurídicas independientes, conjuntos aislados, como si fueran islotos, sin posibilidad de vincularse.¹⁶ En ninguna resolución se diferenció el lugar en el que una autoridad podía ejercer su poder, del lugar donde se suscitaban los hechos objeto de la controversia judicial (*lex loci delictus*).

Las entidades federativas se comportaron como si fueran totalmente soberanas y mezquinas, por lo que no solían admitir las decisiones de otras. Nos retrata una actitud independentista, egoísta y cerrada, carente de políticas cooperativas, contraria a la cláusula constitucional de entera fe y crédito. Nos presenta una percepción exagerada de cómo se apreciaban los ordenamientos paralelos (subordenamientos) a partir de un concepto del poder irreconciliable con la cooperación recíproca, una forma de razonar impositiva de la relación interordinamental, apoyada en un enfoque egoísta de “defensa de la soberanía” (un desencaje total entre las entidades que componen “el estado de la Unión”).

B. Decisiones con enfoque internacional-privatistas

En otro momento, el punto de partida fue el derecho internacional privado, como matriz disciplinaria. A los intérpretes les pareció que la directriz de esta disciplina era la misma para el derecho interestatal. Fue como confundir el género musical *rock and roll* con el vals.

Citaré, como muestra, algunas de las resoluciones de los más altos tribunales durante el siglo XX, que siguieron el modelo (me refiero al modelo a forma o esquema de imitar o reproducir un constructo) “el derecho interestatal es parte del Derecho internacional privado”.

¹⁵ Enrique Cáceres (2015, 2220) explica que “Los modelos mentales son las cartas de navegación que determinan la manera en que interactuamos con el mundo y los demás”.

¹⁶ Iglesias (1874). En este estudio, el autor presenta su percepción, en la que dice que cada entidad federativa parece comportarse como soberana y única en una confederación. Una reformulación similar se aprecia en Montiel y Duarte (1874).

a) En 1929, en un asunto hipotecario, la SCJN vaciló entre la *lex loci rei sitae* y la *lex loci formae*, y, aunque también aludió a los estatutos, se apoyó (así lo dijo) en los “principios que rigen en Derecho internacional privado” para decidir por la primera, pero sin explicar cómo infirió estos principios, sus premisas y su contenido, ni por qué los principios del derecho internacional privado (en adelante DIPr) eran transmutables al derecho interestatal (SJF 1921, AD 209/29, registro: 287450). Nada dijo sobre las metarreglas a que recurrió ni cómo es que la teoría estatutaria se relacionaba con el caso.

b) En 1931, la SCJN, en un asunto derivado de un divorcio en el que se confrontó el ordenamiento jurídico del D. F. con el del estado de Morelos, afirmó que “en caso de conflicto, de las dos legislaciones, la cuestión debe decidirse *ocurriendo a las doctrinas de Derecho internacional privado*”.¹⁷ No proporcionó las razones para demostrar lo que afirmó ni por qué acogió constructos de la disciplina iusinternacional privatista, como si fueran una fuente del derecho.

c) En el mismo año, y en el caso de la notificación de una demanda de divorcio, en un problema de tráfico jurídico interestatal, cuyas leyes sobre la notificación eran diferentes, dijo: “...en caso de conflicto de las dos legislaciones, la cuestión debe decidirse *ocurriendo a las doctrinas de derecho internacional privado (SJF 1931, AR 608/31, registro: 363377)*”.

d) Dos años después (1932), la SCJN asentó en una sentencia:

...varios autores de Derecho internacional privado, al tratar de la esfera de aplicación de las leyes, se refieren, en primer lugar, a lo que se llama “ámbito de la ley”, que comprende el conflicto internacional, por la coexistencia de diversas soberanías, y el conflicto interregional, por la existencia de diversas legislaciones, como es el caso en nuestro país. Ambos conflictos se rigen, a falta de leyes expresas, por los principios de ese derecho (SJF 1933, AD 3737/31, registro: 362337).

Esto es, los principios inferidos para el DIPr son los mismos que para el derecho interestatal. Nada se dijo respecto a la diferencia entre el DIPr

¹⁷ SJF 1931, AR 608/31, registro: 363376. En esta resolución se invocó “el principio *locus regit actum*” (así le llamó), con el que la SCJN resolvió un problema de tráfico jurídico entre entidades federativas, apelando a la analogía. ¿Cómo lo infirió? No lo dice.

y el derecho interestatal. Simplemente, se presumió que ambas siguen la misma matriz disciplinaria (Khun 1971).¹⁸

e) Un año más tarde (1933), la SCJN, afirmando seguir la medieval teoría estatutaria, sostuvo con relación a unos inmuebles, que éstos se “rigen de acuerdo con los *principios del derecho internacional privado*, por las leyes que norman el contrato de matrimonio” (S7F 1933, AR 4489/31, registro 362367). En esta resolución, su enfoque epistémico partió del DIPr, a pesar de que se trató de un problema de tráfico jurídico entre entidades federativas. El puente que empleó fue la teoría de los estatutos, pero lo llamativo es que no dijo cómo y por qué es que esta teoría fue llevada al ámbito interestatal ni por qué se apeló a la teoría estatutaria, que el código de 1928 ya había rechazado para lo internacional.

f) En 1938, la SCJN resolvió otro asunto interestatal, donde afirmó haberse apoyado en los *principios del derecho internacional privado* (los de esta disciplina). Se trató de decidir cuál era el ordenamiento que regía la adquisición de unos bienes inmuebles. En su *ratio decidendi*, el tribunal asentó que según los principios y disposiciones del DIPr el estado y capacidad se rigen por el estatuto personal (otra vez la teoría estatutaria). Curiosamente, en esta sentencia, la SCJN se negó a aplicar la segunda base del artículo 121 constitucional, que establece la regla *lex loci rei sitae*,¹⁹ al darle preeminencia a ciertas proposiciones doctrinarias del DIPr. Nada dijo sobre el porqué se recurrió a un “estatuto personal”.

g) En 1942, la SCJN dictó una sentencia que se apoyó en el texto doctrinario de DIPr de Juan Paulino Niboyet, un jurista francés, que aludía a la doctrina de otros juristas. Se trató de los iusinternacionalprivatistas Bouhier, Froland, Boullenois, Bourjon, Bacquet y Savigny, que aparecen citados en la obra de Niboyet (1974), lugar de donde la SCJN copió la cita, sin consultar las obras mencionadas, según se observa de la lectura completa de la sentencia.²⁰

¹⁸ Una ciencia (o un área del conocimiento) parte de diversos elementos ordenados que conforman una matriz disciplinaria en el sentido kuhiano.

¹⁹ S7F 1938, AR 4747/38, registro: 356215. Nótese que no alude a normas de DIPr, sino a principios.

²⁰ S7F 1942, AR 7163/41, registro: 326574. Por esta época, la obra de Niboyet era empleada como libro de texto en las universidades. El caso resuelto es llamativo, pues no existía fundamento legal alguno para acoger la vinculación domiciliar, en esa época, salvo el criterio particular de un jurista francés, que fue tomado como palabra de la ley para resolver un problema interestatal, imponiéndose, irregularmente, la ley domiciliar.

La SCJN tampoco explicó por qué se recurrió a las sistematizaciones o constructos propios de la disciplina iusinternacionalprivatista, y precisamente extranjera, ni el porqué de la relación de ésta con el orden jurídico mexicano. ¿Cómo fue que la doctrina internacional de otro país fue acogida como fuente del derecho interestatal mexicano?, ¿cuál fue la metarregla para tomarla en cuenta y realizar esta transferencia? No lo dijo. En la resolución tampoco se percibe un deslinde entre el lenguaje objeto y el metalenguaje. De lo que se trataba era de resolver, y se resolvió: pero faltó la secuencia de razones que explicaran por qué se tomó una opinión extranjera y de otra disciplina, como si fuera una fuente del derecho mexicano para marcar el punto de partida o enfoque epistémico asumido.

h) En 1954, la SCJN acudió a ciertas proposiciones doctrinarias del DIPr, al afirmar que las leyes que rigen el estado y capacidad de las personas siguen a éstas y les son “inherentes a otras relaciones o situaciones jurídicas”. Lo anterior, a pesar de la territorialidad recalcitrante del CCDF de la época. En su sentencia, al resolver un asunto interestatal, afirmó que *la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar de la ubicación de los inmuebles* (S^{JF} 1958, 1528, AD 708/52, registro 3411292). Aunque se recurrió a lo que se dijo era una proposición del DIPr, se trata de una proposición incorrecta, pues difícilmente esta proposición es acogida por los dogmáticos del DIPr o los enunciados legales. Esto es, partió de una premisa no adecuada a la disciplina que corresponda al derecho interestatal.

i) En 2015, la SCJN volvió a tomar en cuenta los lineamientos del DIPr. Se trató de un asunto meramente privado, en el que se demandó la nulidad de un contrato. Asentó que las “reglas” del artículo 121 “cumplen una función equivalente a las relativas al Derecho Internacional Privado en lo relacionado con el llamado conflicto de leyes, derivado de las diferencias entre las legislaciones, con el fin de determinar la ley aplicable para hacer respetar los derechos y obligaciones que nacen de éstas”.²¹

Ahora, se empleó la expresión *equivalente* al DIPr, obviándose un delineado enfoque epistémico. El problema fue que no se explicó en qué consiste la equivalencia.

Nótese que en las primeras decisiones que resumo se resolvió que el punto de partida debe ser acorde a los “principios jurídicos del DIPr”,

²¹ S^{JF} 2015, AR 3883/2014, registro 2014692. La transcripción no corresponde al extracto, sino a parte de la sentencia. Puede consultarse en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=169730>, p. 39, párrafo 118.

pero en ninguna de estas sentencias se explicó en qué consisten esos principios, cuál es su contenido, ni cómo se infieren (las premisas de las cuales surgen), si son preexistentes al derecho o su relación con el caso resuelto. Tampoco explicó por qué se partió de la matriz disciplinaria del DIPr y no a lineamientos del derecho regulatorio de un Estado federal; tampoco se dijo cuál es la conexión “lógica” entre un principio de DIPr y uno de derecho interestatal.

A mi entender, el recurso a principios (por esa época) suponía que éstos eran suprapositivos, que se carecía de disposiciones positivadas y que había un derecho preexistente o por encima del prescrito (un enfoque ontológico), algo propio de la metafísica. No se explicó de dónde se infirieron, por qué son “fundamentales”, ni por qué precisamente “principios”. Se careció de racionalización para obtenerlos. A mi parecer, fue un medio para encubrir la ignorancia de una matriz disciplinaria específica.

C. *Decisiones con enfoque procesalista*

Los tribunales también produjeron decisiones que tuvieron como marco la directriz disciplinaria del derecho procesal. En estas decisiones, relacionadas con enfoques procesales entre entidades, tampoco se presentaron explicaciones especiales o aclaraciones.

Bajo esta perspectiva, varias resoluciones judiciales se apoyaron en teorías y conceptos tomados del derecho procesal para reformular la regulación procesal intraestatal, especialmente la relacionada con la competencia de cada entidad (aquí debe tomarse en cuenta que cada entidad federativa cuenta con su propio código procesal civil y familiar), pero sin fundamentar su decisión en alguna disposición interestatal.

De esta manera, las construcciones doctrinarias de la disciplina procesal fueron llevadas a resolver problemas interestatales. En estas decisiones se confundió la norma que elige a un juez (dentro de una entidad) con la que selecciona a una entidad (la competencia estatal con la competencia de cada órgano de gobierno). Aun hasta ahora, los tribunales no han atinado a definir esta diferencia. Han seguido el modelo “el derecho interestatal es parte del Derecho procesal”.

Diversas reformulaciones doctrinarias del derecho procesal (cuando eran conformadas para una sola entidad u orden jurídico) fueron llevadas al plano interestatal (donde había dos o más ordenamientos y autoridades

autónomas). Así ocurrió en las resoluciones de acumulación, de procedimientos de inhibitoria y de declinatoria. Por lo general, en estas decisiones, las cuestiones interestatales fueron tratadas como un capítulo del derecho procesal (el intraestatal), y no con autonomía; esto es, considerando una perspectiva específica para las relaciones interestatales interordinamentales. Aquí se han extrapolado argumentos procesales para resolver cuestiones interestatales.

a) En las primeras resoluciones habidas, llamó la atención una de 1878. Se trató de un juicio hipotecario iniciado en la CDMX, pero un juez de Guanajuato, ante el que se planteó un concurso de acreedores, pidió la acumulación del asunto que se seguía en la CDMX. La SCJN resolvió favorablemente que se acumularan en Guanajuato. El hecho es que en torno a esta resolución, un editorial de *El Foro*, escrito por José Ma. Villela (1878), cuestionó el actuar del alto tribunal. Argumentó que no existía disposición alguna para este proceder de la SCJN, y que el DIPr, sobre el que se había fundado, no era derecho vigente en México.

Aquí hay que tomar en cuenta que durante el virreinato los asuntos eran trasladables de una ciudad otra; pero los tribunales, ya en un estado federal, no atinaron a ver que ya no se estaba en un estado central.

b) Recurriendo a una transferencia conceptual semejante, la SCJN (en la segunda mitad del siglo XX), para resolver un problema de litisconsorcio, en el que las causas se encontraban en diferentes entidades federativas, se apoyó tanto en el *Diccionario de derecho procesal civil* de Pallares como en el *derecho procesal civil*, de Jaime Guasp, y en las *Instituciones del proceso*, de Carnelutti; y en los *Ensayos de derecho procesal civil*, de Chiovenda (S7F 1980, Competencia 57/79, registro 240822), ninguno de los cuales corresponde a una obra enfocada en reformular relaciones interordinamentales, sino procesales, que partieron de un único orden jurídico y de una matriz disciplinaria intraestatal.

Quienes resolvieron estos problemas no parece que se hubieran percatado de que antes que estar resolviendo un problema meramente procesal, de índole intraestatal, había un problema interordinamental (entre ordenamientos autónomos), que debía resolverse previamente. Confundieron las normas que le atribuyen competencia a una entidad (las que le otorgan poder a un ente descentralizado) con las de competencia de los órganos de ese ente (capacidades de los órganos de una entidad para conocer y resolver dentro del territorio que se les asigna).

Esta manera de “ignorar” la relación interestatal e inicio con soluciones meramente procesales no ha sido expresada mediante argumentos racionales, ni siquiera en la doctrina de los juristas. Ninguna resolución aclara por qué evita abordar la problemática interordinamental (como premisa previa), necesaria para una toma de posición epistémica. Por desgracia, este tipo de razonamientos, que dejan de considerar una premisa o antecedente, se suelen advertir con frecuencia por parte de nuestros tribunales y nuestra doctrina. De esta forma, se han llevado teorías y conceptos de la disciplina procesal a la resolución de problemas interestatales, ignorando el marco interestatal.

En la cuestión de competencia, los juzgadores han incumplido las reglas de la implicación lógica, pues sin decirlo han implicado las normas de competencia de una entidad en las normas de competencia de los órganos de una entidad. Han presupuesto, equivocadamente, que todas las entidades se rigen bajo un mismo orden jurídico, e ignoran la autonomía de cada entidad y la necesidad de tomar en cuenta una relación interordinamental.

El hecho observado es que no se suele tomar en cuenta el primer paso y se comienza con el segundo. La competencia interestatal (un paso o premisa básica) no suele ser tomada en cuenta. Esto significa que se resuelve enfrentándose a un problema de razonamiento.

Procuró explicar. Un diagrama de flujo me sirve como ejemplo: para obtener una sentencia, primero se debe comenzar con una demanda, luego con la contestación; le han de seguir las pruebas, y así. Se rompe el flujo o algoritmo si omito el paso de la demanda. Así, si dentro de un estado federal contamos con 32 entidades federativas, cada una con sus órganos de gobierno, lo que debemos hacer para afirmar que el juez de Uruapan, de Chiapas o de Cozumel, es el competente, consiste primeramente en precisar cuál de todas las entidades es la competente. No cabe omitir el paso de la elección de la entidad y afirmar, sin más, que cierto juez es el competente.

El razonamiento se rompe cuando se incumple el orden secuencial. En otras palabras, se incumple con alguno de los pasos u operaciones a seguirse; esto es, los pasos ordenados y necesarios para llegar a la decisión para elegir a cierto juez de un lugar específico.

Es necesario tener en claro cada uno de los pasos que han de darse y seguir la secuencia requerida. El paso para elegir una entidad y el

paso para elegir a un funcionario estatal no son pasos paralelos, sino simultáneos; primero debe elegirse al estado, luego al funcionario de ese estado. Este encadenamiento es objeto de conocimiento del derecho interestatal.

D. *Decisiones con enfoque constitucionalista*

Otras resoluciones han reflejado una cierta directriz disciplinaria apoyada en el derecho constitucional.

Sin dejar al lado el enfoque internacionalista, la SCJN y tribunales colegiados han sostenido otra perspectiva metodológica (alternativa), partiendo del sistema federal constitucional. Al respecto, han dicho:

a) El artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el cimiento establecido por el federalismo para que pueda aplicarse de manera ordenada y armónica el derecho de un Estado de la Federación en otro y constituye también el ligamento de los diversos ordenamientos jurídicos estatales (*SJF* 1983, AR 1559/83, registro: 232016).

b) Estas cláusulas constitucionales fueron diseñadas para preservar la soberanía de los Estados en el sistema federal, previniendo la injerencia extraterritorial de las legislaciones abusivas de un Estado en el territorio de otro (*SJF* 2012, AD 822/2011, registro: 2001160).

c) El artículo 121, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla como factor de equilibrio de las entidades que componen el federalismo mexicano, que en cada Estado se dé entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros, reservando al Congreso de la Unión la facultad de expedir las leyes generales que habrán de regir para establecer el ámbito de validez espacial de las leyes locales a efecto de determinar un sistema que propicie la seguridad jurídica debido a la diversidad de normas que en uso de sus facultades pueden emitir (*SJF* 2008, AD 28/2008, registro: 169246).

Esto es, en cierta forma, los tribunales han admitido la diferencia entre las entidades, pero en su perspectiva ven la coordinación y armonización para equilibrar el poder entre ellas (“previniendo la injerencia extraterritorial de las legislaciones abusivas de un Estado en el territorio de otro”). Obsérvese que dice que es un “cimiento” del estado federal, que procura un “ligamen” entre la diversidad de ordenamientos jurídicos.

Hay razón en las expresiones del tribunal, aunque demasiado estrechas. El enfoque epistémico no es claro.

4. *Perspectiva doctrinaria*

Son pocos los doctrinarios que han partido de una perspectiva metodológica específica para reformular los artículos 106 y 121 constitucionales. Citaré a los principales, aunque no necesariamente estoy de acuerdo con ellos.

a) Comienzo con los constitucionalistas, entre los que destacan Eduardo Ruiz y Felipe Tena Ramírez, que presentan reformulaciones derivadas del artículo 121 constitucional. El primero subsume el estudio de este texto en el DIPr (Ruiz 1902); el segundo, afirma que se trata de una disposición que afina y complementa el sistema federal, pero que el alcance de su significado le corresponde ser descrito al DIPr, pues “la Constitución no ha hecho sino aplicar, con mayor o menor acierto, nociones de aquel derecho a las relaciones de los estados entre sí” (Tena 1967, 160).

b) José Luis Siqueiros reconoce que hay una escasa literatura sobre el artículo 121 constitucional (Siqueiros 1957). Le parece que el conocimiento de esta prescripción involucra “una materia de carácter exclusivamente especulativo o teórico”, y que ésta es la razón por la que el tema ha sido evadido, “aun cuando jueces y profesores hubiesen tenido la oportunidad de ahondar en sus problemas” (Siqueiros 1957, 13 y 14).

La base quinta se refiere a las profesiones. A partir de esta base, el titular de un título profesional expedido en una entidad federativa trata de que se le reconozca en otra. En esta hipótesis, la mayoría de los estudiosos del derecho interestatal suelen rechazar su interpretación con el pretexto de que se trata de un supuesto o cuestión de derecho público y no privado.

Al profesor Siqueiros le asombra que esta base se encuentre en el artículo 121 constitucional, puesto que “su colocación es desafortunada”, pues —afirma— como se trata de una cuestión relacionada con los títulos, debió quedar en la ley reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. constitucionales. Nótese que para este autor esta prescripción no es parte del derecho interestatal, sino del derecho de las profesiones (Siqueiros 1965, 60).

c) A Eduardo Trigueros le pareció que el artículo 121 fue un *pacto de coordinación* (Trigueros 1984), idea que fue secundada por su hija, Laura Trigueros, así como por Jaime Cárdenas Gracia (Cárdenas 1997).

Laura Trigueros (1996, 240) lo estimó como una *norma de coordinación del sistema federal*, afirma que

...indispensable para garantizar su adecuado funcionamiento y también una disposición que pretende hacer prevalecer la seguridad jurídica en el Estado. Por una parte es una disposición característica del Derecho constitucional, pues contiene normas relativas a la organización del Estado y a las facultades de los órganos de poder que los gobiernan, federales y locales. Por otra, es una norma de coordinación de sistemas jurídicos, típica del Derecho internacional privado, dado que establece reglas para lograr que se respeten, mutuamente, las normas y actos jurídicos creados en los distintos Estados de la federación, se les otorgue validez y se les permita producir efectos.

Walter Frisch Philipp (1989, 46) agregó que

El constituyente mexicano dispuso en el artículo 121 de su ordenamiento el fundamento para la armonización del Derecho interlocal mexicano estableciendo en las fracciones I a IV del mismo artículo las bases que se observarán por los Estados-miembros en la creación de sus disposiciones conflictuales interlocales cuya reglamentación descansa en la competencia local (artículo 124 constitucional) sometida.

Para los Trigueros, es una regulación de coordinación federal, en tanto que para Frisch, de armonización interestatal.

d) Elisur Artega (1989, 11), al referirse al artículo 121 constitucional, expresa que “antes que principios conflictuales, es una norma de carácter constitucional que pretende circunscribir el orden jurídico de las entidades federativas a sus límites territoriales e impedir intentos indebidos de parte de ellas o excederse en su jurisdicción”.

A mi parecer, todos coinciden en que se trata de armonizar y coordinar el poder con el que cuenta cada entidad federativa.

IV. CONCLUSIÓN

Concluiré tomando en cuenta las decisiones judiciales y doctrinales a que me he referido. En general, los tribunales han admitido que el trato a los problemas de tráfico jurídico entre las entidades federativas se resuelve a partir de los discursos contruidos para el derecho del trabajo, el DIPr, el

derecho procesal, etcétera. En el fondo, han presupuesto que la explicación de la regulación interestatal (sus marcos teóricos y conceptuales) encaja en la matriz disciplinaria del DIPr, el derecho procesal o el derecho constitucional. En realidad, los tribunales ni siquiera han configurado o construido una doctrina o constructo específico para la normatividad interestatal. Los modelos mentales de los reformuladores (los personales) han sido incorporados a las decisiones producidas y, al paso del tiempo y de cambio de jueces, los resultados han sido diferentes. El efecto de esta actitud ha sido contraepistémico, pues sus decisiones han impedido una justificación jurídica.

Las decisiones producidas han conducido a someter a una misma matriz disciplinaria la problemática interestatal; esto es, las mismas teorías y conceptos elaborados para alguna de las disciplinas mencionadas, pero no la interestatal y, con ello, a un enfoque epistémico erróneo. En forma encubierta, se ha utilizado la expresión “principios”, que cabe reconocer, no han sido inferidos de la normatividad interestatal.

Las resoluciones se han producido sin controvertir ni analizar la supuesta dependencia o vinculación de los enunciados interestatales al DIPr, al derecho procesal, al constitucional o al del trabajo, en la que se han apoyado. En ninguna resolución judicial se ha aludido a la posibilidad de propiedades especiales para significar los enunciados interestatales, diferentes de las propuestas por las doctrinas del DIPr, del derecho procesal o del derecho constitucional ni se ha proporcionado alguna secuencia de razones que conduzcan a persuadir y, menos, a convencer que la problemática interestatal cabe como un apartado de las citadas disciplinas, ni, mucho menos, se ha esbozado la posibilidad de contar o construir un discurso especial para la regulación interestatal. La parte justificativa de las decisiones ha estado ausente. Somos herederos de un conocimiento acumulado, pero atrofiado.

Inferencias analíticas, a partir de alguna prescripción interestatal, no se han producido; de igual forma, un enfoque epistémico específico ha estado ausente. La ausencia de una autonomía disciplinar ha impedido la construcción y avance del derecho interestatal.²²

²² Para la autonomía disciplinar se han llegado a afirmar diversos argumentos: a) que cada disciplina opera con lógicas distintas, b) se trata de estudios científicos separados, c) el campo de conocimiento particular da lugar a una disciplina autónoma, d) debe tomarse en cuenta la especificidad del objeto de conocimiento y la perspectiva empleada para estudiarlo, y e) cada disciplina tiene su propio campo de análisis (Lariguet 2008).

Esta actitud de los tribunales ha reflejado una *falta de sensibilidad en la impartición de justicia y carencias en el conocimiento de conceptos y realidades*. Representa una apatía máxima. Parece resultarles más accesible decidir por la intuición o el sentido común, que incursionar en la búsqueda de decisiones más racionales, lo que ha parecido complicado. En cualquier caso, la *ley del menor esfuerzo* parece haber sido su prédica.

Al presuponer una perspectiva internacionalista, se ha recurrido a una subsunción, que no cabe aceptar, por dos razones: 1) no se trata de resolver problemas de personas de diversas nacionalidades o soberanías, y 2) en la normatividad internacional no existe una Constitución mundial que se imponga sobre cada Estado de la comunidad internacional.

Si examinamos la perspectiva histórica, advertiremos que no se ha entendido que el artículo 121 fue tomado de la Constitución de Estados Unidos, donde esa disposición se estableció precisamente para evitar darle tratamientos internacionales a los problemas interestatales.²³ Pero en México, algunas resoluciones y parte de la doctrina han hecho lo contrario.

Los argumentos judiciales producidos no sólo han sido carentes de racionalidad y perspectiva histórica, sino pobres, prejuiciados y con gran confusión de conceptos jurídicos, carentes de una base epistémica. Ningún tribunal ha tomado en cuenta la función específica de los enunciados prescritos, a partir de los cuales debería conformarse una explicación de las relaciones interestatales, no las internacionales.

En algunas decisiones se ha apelado a razones tomadas del derecho del trabajo, del DIPr, del derecho procesal; se han mezclado enfoques político-ideológicos de “soberanía”, y en ocasiones se ha hecho presente la

²³ Para Robert A. Sedler (1981), la cláusula de entera fe y crédito estadounidense no se originó en la necesidad de solucionar conflictos de leyes; es decir, partir de normas de conflicto. Más bien, fue para establecer un medio de control constitucional sobre los estados. Afirma que al momento de la Constitución ni siquiera se conocían los problemas de “elección del derecho aplicable”. La cláusula constitucional surgió para promover la igualdad entre los estados y el respeto a la soberanía de cada estado dentro de un gobierno federal. Así, la SCJN interpretó la cláusula para evitar la discriminación contra las leyes de otro estado, y que en cada estado se ejecutaran las sentencias sin discriminación. Para Sedler (1981, 347), la Corte Suprema no le impuso más límites al poder de los jueces de cada estado para que decidieran en una u otra forma sobre el “derecho aplicable”. La tesis corresponde a la obra de Sedler (1981). Sus afirmaciones se encuentran respaldadas por Nadelmann (1972, 169) en un acucioso estudio del origen de la cláusula (Silva 2008, artículo 121).

ignorancia, la gran ocurrencia o la intuición. No se han incluido precisiones conceptuales del discurso utilizado ni clasificación del estado de cosas ni el uso de reglas del lenguaje. La generalización y abstracción ha estado ausente. A mi parecer, la necesidad de resolver y la falta de marcos teóricos o su desconocimiento han tomado por sorpresa a los jueces durante cerca de doscientos años. Se ha estado resolviendo, pero se ha carecido de una sólida base epistémica.

A pesar de las grandes diferencias metodológicas presupuestas (incluso contradictorias y excluyentes), en ocasiones en forma simultánea en el tiempo, en ningún momento los tribunales han atendido las diferencias en estos enfoques ni se han ocupado por elegir uno y desechar otros. Se ha carecido de un argumento sistemático, pues no se ha tomado el contenido de las prescripciones interestatales, ni siquiera su función ni su contexto constitucional.

Si se contara o si tuviera un punto de partida definido se facilitarían la construcción de decisiones, pues se tendría una base para reformular. Con ello, se cumpliría un objetivo de gran importancia. El objetivo sería hacer racionalmente comprensible los materiales interestatales para darle una explicación plausible. Tal y como se han producido, las decisiones judiciales aportadas no han facilitado la toma de una decisión, ni criterios para la producción del derecho. Tampoco han permitido ordenar o sistematizar el derecho interestatal.

Una conclusión a la que puedo arribar hasta aquí, es que se ha creído (énfasis en el verbo *creer*) que un derecho interestatal (lenguaje objeto y metalenguaje) son parte del DIPr, del derecho procesal o del derecho constitucional. Pero una cosa es creer y otra conocer. No vale solo creer para continuar construyendo normas y metalenguaje, sino que es necesario saber y conocer. Se ha carecido de un enfoque epistémico.

No hay que olvidar que en los artículos 106 y 121 se presupone un estado federal, que regula las relaciones horizontales entre los estados miembros, procurando que no se interfieran entre ellos, y, que, en su caso, se armonicen. Lo anterior, con el fin de coordinar sus relaciones de poder; que ninguna entidad se sobreponga a otra, ni que se encuentren aisladas entre sí; que se acoplen en sus relaciones jurídicas y de poder entre ellas, enlazando la solución de los problemas de tráfico jurídico interestatal, evitando los desacoples o perturbaciones a las situaciones de tráfico jurídico interestatal.

Como es sabido, la interpretación de cualquier texto constitucional nos permite precisar el punto de partida de cualquier ley secundaria. Fija el inicio de la cadena de validez normativa. Si acaso se asume un enfoque teleológico, la precisión de la finalidad facilita la interpretación de cualquier texto derivado.

Una correcta interpretación uniforme a todas las entidades en torno al reconocimiento de ciertos actos de cada una, sin necesidad de que todas las leyes sustantivas se uniformen. Simplemente no es necesario que tengan que uniformarse ni que tengan que optarse por “códigos nacionales” o únicos,²⁴ por el hecho de que cada entidad haya estado legislando con autonomía y que sus leyes sean diferentes de las de otras. El Estado federal debe admitir las diferencias entre las distintas comunidades sociales del país sin tener que optar por una “centralización” ni una uniformidad.

El texto constitucional admite la diferencia entre los ordenamientos, pero necesariamente no los armoniza. Lo prescrito en su preámbulo del artículo 121 y en las bases que contiene (como les llama el texto constitucional) deben ser tomadas en cuenta por todas las autoridades, pues de esta manera prevalece la concordia entre las diferencias y se respeta el orden jurídico de cada una.

El artículo 121 se encuentra en el título quinto de la Constitución, denominado “De los estados de la federación y de la Ciudad de México”. A pesar de que se trata de un argumento *sedes materiae*, es obvio que ahí fue colocado a propósito por el constituyente.²⁵ No presupone relaciones entre Estados de la comunidad internacional ni prescribe actos en los que deba introducirse el gobierno federal en la actividad intraestatal.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. 2002. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aire, Astrea.
Anales del Foro Mexicano 7(I). 1864. Archivo General de la Nación.

²⁴ En este momento se encuentra en vigor una reforma constitucional, que debe dar lugar a un código nacional de procedimientos civiles aún no conocido.

²⁵ La atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza “a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo”. Se piensa que “la localización topográfica de una disposición proporciona información sobre su contenido” (Ezquiaga 2001, 160).

- Anales del Foro Mexicano* 6(II). 1865. Archivo General de la Nación.
- ARTEAGA NAVA, Elisur. 1989. “Análisis de la fracción II del artículo 121”, en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, UNAM.
- BULYGIN, Eugenio. 1991. “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en ALCHOURRÓN, Carlos (comp.), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CÁCERES NIETO, Enrique. 2015. “Capítulo 60. Epistemología jurídica aplicada”, en FABRA, Jorge Luis (coord.), *Enciclopedia de filosofía y teoría jurídica*, vol. III, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. 1997. “Artículo 121”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal-UNAM.
- El Foro*, México, 19 de agosto de 1873.
- EZQUIAGA, Francisco Javier. 2001. “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara.
- DWORKIN, Roger B. 1996. *Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Indiana, University Press.
- FRISCH PHILIPP, Walter. 1989. “Las entidades federativas y la federación en el derecho conflictual mexicano”, en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, UNAM.
- IGLESIAS, José María. 1874. *Estudio constitucional sobre las facultades de la Suprema Corte de Justicia*, México, Imprenta de Díaz y White.
- KUHN, Thomas S. 1971. *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE.
- LARIGUET, Guillermo. 2008. *Problemas del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ediar.
- G. W. Bartholomew. 1958. “Legal Implications of Artificial Insemination”, *The Modern Law Review*, 3(21).
- KART, Hans. 1972. *Conflict of Laws: International and Interstates, Selected Essays*, Boston, The Hague, Netherlands, Martinus.
- MONTIEL Y DUARTE, Antonio. 1874. *Estudio constitucional sobre la soberanía de los estados de la República mexicana*, México, Imprenta de Díaz de León y White.
- NIBOYET, Juan Paulino. 1974. *Principios de derecho internacional privado*, trad. de Ramón Rodríguez, México, Editorial Nacional.

- NIBOYET, Juan Paulino. 1996. *Principios de derecho internacional privado*, Madrid, Reus.
- RUIZ, Eduardo. 1902. *Derecho constitucional* (edición facsimilar), México, Tipografía Aguilar.
- SEDLER, Robert A. 1981. "The Perspective of Constitutional Generalism", en *Constitutional Limitations on Choice of Law*, Hofstra Law Review. 1(10).
- SHREVE R., Gene y BUXBAUM, Hannah. 1997. *A Conflict of Laws, Anthology*, Carolina, Carolina Academic Press.
- SILVA, Jorge Alberto. 2014. *Derecho interestatal mexicano. Estudio autónomo de la regulación de los problemas de tráfico jurídico entre las entidades federativas*, México, UACJ.
- SILVA, Jorge Alberto. 2008. "La regulación constitucional del derecho interestatal. Algunas notas sobre el primer párrafo del artículo 121", en *Obra homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SIQUEIROS, José Luis. 1957. *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano*, Chihuahua, Universidad Autónoma de Chihuahua-Escuela de Derecho.
- SIQUEIROS, José Luis. 1965. *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho internacional privado*, México, UNAM.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2005. *Jurisprudencia histórica y otros documentos de la época (1870-1910)*, versión en disco óptico, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. 2003. *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. 1967. *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa.
- TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo. 1984. "El artículo 121 constitucional", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 8(1).
- TRIGUEROS, Laura. 1996. "La interpretación del artículo 121 de la Constitución; la doctrina constitucional", en *Barra Mexicana de Abogados, Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Themis.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. 2008. *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press.
- VILLELA, José Ma. 1878. "Conflicto de leyes" (colaboración editorial), en *El Foro*, 28(IV).

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN ESPAÑA: RECONOCIMIENTO Y ACCESIBILIDAD ECONÓMICA COMO ELEMENTOS CLAVE PARA SU EFECTIVIDAD*

THE HUMAN RIGHT TO WATER IN SPAIN: RECOGNITION AND ECONOMIC ACCESSIBILITY AS KEY ELEMENTS FOR ITS EFFECTIVITY

Germana AGUIAR RIBEIRO DO NASCIMENTO**

RESUMEN: El derecho al agua ha sido reconocido como norma de derecho humano en varios tratados internacionales, declaraciones y otros instrumentos. La asequibilidad de este derecho, es decir, su accesibilidad económica, es uno de los principales factores que influyen en el acceso al agua y que pone en riesgo la dignidad de los ciudadanos. De este modo, este artículo tiene como objetivo analizar el reconocimiento del derecho humano al agua y su efectividad a partir de la realidad española. Para ello, estudiamos la legalidad de los cortes de suministro de agua por impago. Se constató que el derecho humano al agua no puede

ABSTRACT: The right to water has been recognized as a human right in several international treaties, declarations and other instruments. The affordability of this right, namely its economic accessibility, is one of the main factors that influence the access to water and that may jeopardize the dignity of citizens. Thus, this article aims to analyze the recognition of the human right to water and its effectiveness in the Spanish reality. To that end, the legality of the water cut-offs due to no payment will be studied. It was found that the human right to water cannot depend on the purchasing power of the people, since it is a fundamental resource for life.

* Artículo recibido el 26 de julio de 2017 y aprobado para su publicación el 21 de noviembre de 2019. Este artículo fue realizado en el marco del proyecto “Transformaciones de la justicia: autonomía, inequidad y ejercicio de derechos”, DER2016-78356-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español y del programa de investigación GRISOLIA (Ref. 2016/098), financiado por la Generalitat valenciana.

** ORCID: 0000-0002-2942-3803. Abogada y antropóloga. Máster en Derechos Humanos en la Universidad Católica de Lyon-Francia (contrato *Fondation de France*). Doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional en la Universidad de Valencia-España (contrato Santiago Grisolia). Correo electrónico: *germana_aguiar@hotmail.fr*, *germana.aguiar@uv.es*.

depender del poder adquisitivo de las personas, ya que se trata de un recurso fundamental para la vida.

Palabras clave: derecho al agua, reconocimiento, accesibilidad económica, España

Keywords: *right to water, recognition, economic accessibility, Spain.*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *El reconocimiento del derecho al agua en el marco internacional, comunitario y nacional español.* III. *La accesibilidad económica del agua en España.* IV. *Los cortes de agua en España a debate.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

El derecho al agua se ha convertido en un derecho reconocido sólidamente en el ámbito del derecho internacional. De hecho, como señala Leb (2012, 641), esto puede ser visto como una respuesta de los Estados “a la circulación en los medios de comunicación de un sinnúmero de imágenes de personas que mueren de hambre, de sed y de las enfermedades de cólera y de otras transmitidas por el agua en regiones afectadas por catástrofes naturales u otras calamidades”. Según una estimación del Programa Conjunto de Monitoreo de la UNICEF y de la OMS (2015), para el suministro de agua y saneamiento, un total de 663 millones de personas en todo el mundo carecían de fuentes de agua potable mejoradas en 2015, ocho de cada diez viviendo en zonas rurales.

Así, fue necesario elaborar normas jurídicas para mitigar el impacto de estos hechos (Leb 2012, 641). El reconocimiento como norma de derecho humano en varios tratados internacionales, declaraciones y otros instrumentos confirman la importancia del derecho al agua (Singh 2013, 943). Es el caso de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Consejo de Derechos Humanos de 2010. La resolución de las Naciones Unidas 64/292 reconoce el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano. En el mismo sentido, la resolución del Consejo de Derechos Humanos 15/9 (Human Rights Council 2010),¹ titulada “Los

¹ Human Rights Council. 2010. Resolution 15/9, Human Rights and access to safe drinking water and sanitation. Right Docs [sitio web], disponible en: <https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-res-15-9/>.

derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, afirma que “el derecho humano al agua potable y al saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está inseparablemente relacionado con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Cuando se trata de analizar el concepto, el contenido y el alcance del derecho humano al agua, es importante atender a la Observación general 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De este modo, McGraw (2010) afirmaba que la definición formal del derecho al agua era necesaria, porque sin ella había un riesgo para la paz internacional, para el diálogo de los derechos humanos y para los individuos, que no tendrían los mecanismos necesarios para proteger este derecho. Por consiguiente, la Observación general 15 sobre el derecho al agua tiene como objetivo clarificar el fundamento jurídico de este derecho. Por ello, en su párrafo segundo afirma que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico...”.

El objetivo de este artículo es analizar el reconocimiento del derecho humano al agua en España, tanto en el marco del derecho internacional como del comunitario y del nacional, para, acto seguido, reflexionar sobre uno de los aspectos del contenido de este derecho: su asequibilidad, es decir, su accesibilidad económica. De hecho, éste es uno de los principales factores que influyen en el acceso al agua, y que pone en riesgo la dignidad de los ciudadanos. Para una mejor comprensión de la misma, se analizará el procedimiento de cortes de suministro de agua para las familias por impago. Se trata de un estudio de abordaje cualitativo, que hace uso de la investigación bibliográfica y documental como principales procedimientos técnicos, habida cuenta que se respalda en el uso de fuentes teóricas, de legislación y jurisprudencias.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL AGUA EN EL MARCO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y NACIONAL ESPAÑOL

Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce un pacto social y político entre los diferentes partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y gobiernos en torno a objetivos que anteriormente se consideraban excluyentes: libertad política y económica, igualdad y seguridad (Agudo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1671-1691.

Zamora 2016, 26). Este pacto contribuye a la consolidación del Estado social. Gomes Canotilho (2008) sostiene que el Estado de bienestar otorgó a los derechos sociales una estructura de legalidad y democracia, por lo que ha habido una relativa estabilidad en la comprensión constitucional del Estado como Estado de los derechos sociales; es decir, el “reconocimiento y garantía de los derechos sociales pasan a la dimensión estructural del principio democrático”. Se puede observar cómo el derecho se incardina en la legislación tanto internacional como nacional de los distintos Estados, entre ellos España.

1. *Legislación internacional y comunitaria en materia del derecho al agua*

A partir de ese momento, se percibe un reconocimiento supranacional de los derechos sociales (el derecho al agua es parte de este proceso), que van más allá de los textos de protección del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, como la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en 1945. Según Tehindrazanarivelo (2005, 1), la Organización de las Naciones Unidas fue fundada con el objetivo principal de asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, su primer artículo afirma que entre los objetivos de los países firmantes destaca “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario...”. De hecho, para las Naciones Unidas, los problemas económicos y sociales representan una amenaza para la paz y la seguridad, y, por lo tanto, los países deben cooperar para eliminarlos.

En este contexto, según Oberdorff (2010, 98), las Naciones Unidas proclaman una estructura entera de protección de los derechos humanos. Se debe mencionar, así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que rescató los ideales de la Revolución francesa, y donde se declara la igualdad y la libertad de todos los hombres en los derechos y en dignidad, y se proclama el principio de no discriminación. Por otro lado, se establecen derechos económicos y sociales en los artículos 22 a 27. El artículo 25 de la Declaración afirma que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la

asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. Es incuestionable que para tener un nivel de vida adecuado, el acceso al agua es esencial. Se puede decir que el derecho al agua es parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

Para De Abreu Dallari (1993, 178), la Declaración antes mencionada va más allá de la preocupación por la preservación de los derechos, dado que después de enumerar los derechos fundamentales afirma que toda persona tiene derecho a la seguridad social y a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para garantizar su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. El acceso al agua es así imprescindible. Este autor sostiene que la Declaración se centra en tres objetivos: la certidumbre de los derechos, la seguridad de los derechos y la posibilidad de los derechos, “exigiendo que se garantice a todos los individuos los medios necesarios para el disfrute de los derechos, que no se quede en el formalismo cínico y mentiroso de la afirmación de la igualdad donde la mayoría de las personas viven en condiciones infrahumanas”.

En lo que se refiere a Europa, en 1999 fue adoptado el Protocolo sobre el Agua y la Salud.² El objetivo del Protocolo, señalado en el artículo primero, era el de

Promover, a todos los niveles pertinentes y en contextos tanto nacionales, como transfronterizos e internacionales, la protección de la salud y el bienestar individuales y colectivos de las personas, en un marco de desarrollo sostenible, mediante una mejora de la gestión del agua que incluya la protección de los ecosistemas acuáticos, así como mediante la prevención, el control y la reducción de las enfermedades vinculadas al agua.

Otro principio definido por el artículo quinto es el de equidad en el acceso al agua, tanto en términos de cantidad como de calidad para todos los miembros de la sociedad, especialmente los que sufren desventajas o exclusión social. Smets (2009, 59) aclara que se debe entender por equidad el poder acceder al agua a un precio asequible o igualmente en una situación extrema tener acceso gratuito a ella.

² Economic and Social Council. 1999. MP/WAT/2000/1 EUR/ICP/EHCO 020205/8Fin. Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, London, 17 June.

Además, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea elaboraron la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.³ El objetivo de esta Directiva es proteger todas las formas de agua, reducir la contaminación de las masas de agua, regenerar los ecosistemas dentro de estas masas y sus alrededores y garantizar un uso sostenible del agua por parte de los particulares y de las empresas. Por ejemplo, la Directiva establece que las políticas de gestión del agua que han de llevar a cabo los Estados miembros (o España) estén orientadas por una utilización prudente y racional de los recursos naturales.

Otro documento que protege el derecho al agua a nivel europeo es la Resolución 1693, del 2 de octubre de 2009, sobre el agua: un reto estratégico para la cuenca del Mediterráneo, que afirma en su artículo 2o., que “The Assembly stresses that access to water must be recognised as a fundamental human right because it is essential to life on earth and is a resource that must be shared by humankind”⁴ (Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo 2009).

Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 30 de marzo de 2010, también enuncia derechos que están directamente relacionados con el derecho al agua. Incluso, la Carta reafirma los valores de los pueblos europeos al corroborar en su preámbulo que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho”. Los artículos primero y segundo garantizan, respectivamente, el respeto a la dignidad humana y a la vida. No cabe duda de que el acceso al agua es indispensable para una vida digna.

³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. 2000. Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. *EUR-Lex* [sitio web], disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32000L0060>.

⁴ Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo. 2009. Resolución 1693, del 2 de octubre de 2009, sobre el agua: un reto estratégico para la Cuenca del Mediterráneo, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17786&lang=en>.

2. *La regulación estatal del derecho al agua*

Respecto al caso español, España se incorporó a la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955. El artículo 10 de la Constitución de 1978 afirma que

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En este sentido, las normas internacionales ratificadas por España se integran en el ordenamiento español a través del artículo 96 de la Constitución. Asimismo, el artículo 10.2 establece un criterio interpretativo de los derechos fundamentales, y juega un papel especial en el derecho que nos acontece. Las normas relacionadas con el derecho al agua que hayan sido ratificadas por el país deben así ser respetadas (Mateo, Álvarez y Pérez 2015, 233).

Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966, cuyo texto se incluye en la Carta Internacional de Derechos Humanos, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Declaración Universal 1948. El artículo 11 de este Pacto afirma que “Los Estados Partes 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...”. Aunque el derecho humano al agua no esté expresamente mencionado en este artículo, el acceso a la misma es imprescindible para la realización de un nivel de vida adecuado, como ha sido sostenido anteriormente.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo segundo, que los Estados firmantes adoptarán todas las medidas necesarias para poner en práctica estos derechos en su territorio. También proporciona un mecanismo para la observación, a saber: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecido por la resolución 1985/17, que verifica la aplicación de

los dispositivos en los países firmantes. Además, el Protocolo Facultativo (2008) del Pacto Internacional establece nuevas funciones de investigación y resolución frente a las violaciones de derechos del pacto.

Además de formar parte de los instrumentos internacionales anteriormente mencionados, el derecho humano al agua ha sido reconocido expresamente como tal en algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como las ya mencionadas Resolución 64/292, que reconoce el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano, y la resolución del Consejo de Derechos Humanos 15/9 (Human Rights Council 2010), titulada “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”. Se puede observar, pues, que diferentes instrumentos internacionales que informan del derecho al agua estarán, así, presentes en el ordenamiento jurídico nacional a partir de su aceptación por España, como muestran Mateo, Álvarez y Pérez (2015, 235). Es el caso de la Resolución 54/175, relativa al derecho al desarrollo; la 55/196, que proclamó el Año Internacional del Agua Dulce; la 58/217, que proclamó el Decenio Internacional para la Acción, “El agua, fuente de vida”, etcétera.

III. LA ACCESIBILIDAD ECONÓMICA DEL AGUA EN ESPAÑA

La Observación general 15 determina que “el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”. La accesibilidad, de acuerdo con la Observación, presenta cuatro dimensiones superpuestas: la accesibilidad física, la accesibilidad económica, la no discriminación y el acceso a la información. En seguida será analizado el concepto de accesibilidad económica, para a continuación, estudiar la situación de este aspecto en España.

1. *El concepto de accesibilidad económica*

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el agua debe ser considerada como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico, y debe ser utilizada de manera duradera, para que las generaciones actuales y futuras puedan disfrutar de ello. Sin lugar a dudas, uno de los mayores obstáculos para la efecti-

vidad del derecho al agua es la óptica neoliberal, según la cual el agua es considerada un bien económico.

Se puede observar en la evolución de la gestión del agua, que los Estados están recurriendo progresivamente a la privatización de este servicio, siguiendo la lógica de la globalización. Tal fenómeno es bien definido por Moreau (2006, 20) cuando dice que es un sistema que corresponde “a una gran perturbación en el orden de las cosas, donde el vector principal se convierte en la apertura y expansión del comercio mundial, la circulación del capital, la evolución de las nuevas tecnologías y la disminución de la función del Estado”. Las características de este mundo globalizado empiezan a influir directamente en las sociedades en las que se insertan, generando consecuencias negativas en la calidad de la vida y en el bienestar de los individuos (Stiglitz, Sen y Fitoussi 2009).

Por lo tanto, aquellos que no tienen el poder adquisitivo son excluidos del sistema. Quién no tiene capacidad de pagar por este servicio no tiene derecho al agua. Ahora, la dignidad humana sólo puede ser garantizada si el individuo tiene acceso a un nivel de vida adecuado, con condiciones materiales mínimas (Ruiz-Rico 2008, 25). Se ve así que dejar este servicio en manos privadas, convirtiéndolo en un negocio multimillonario, no puede ser la fórmula más eficaz para garantizar el derecho al agua universalmente (García 2008, 24), porque la actual regulación crea una situación bicéfala, por un lado, se encuentra el servicio de prestación del agua y, por otro lado, el derecho humano al disfrute de la misma. Con este sistema de privatizaciones, el derecho se subordina a un sistema capitalista de gestión empresarial; es decir, al pago de tarifas. Y, por ende, se difumina de tal modo el derecho, haciéndose en muchas ocasiones invisible para grandes masas de población.

La accesibilidad económica es definida por Catarina de Albuquerque (2012, 129) de la siguiente manera:

...los servicios de agua y saneamiento deben ser asequibles para todas las personas, y en ningún caso el pago de los mismos debe limitarles poder disfrutar de otros derechos humanos, como la vivienda, alimentación o salud. Esto puede garantizarse, por ejemplo, mediante una estructura tarifaria eficaz que asegure que los hogares más pobres paguen una tarifa inferior por disponer de una cantidad básica de agua.

El folleto informativo 35 de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua afirma que de por sí el marco de los derechos humanos no establece el derecho a un suministro de agua gratuito. Sin embargo, añade que en determinadas circunstancias el acceso al agua potable y los servicios de saneamiento pueden llegar a ser gratuitos si la persona o la familia no pueden adquirirlos. Se destaca que es una obligación básica del Estado velar para que se satisfagan, por lo menos, los niveles esenciales mínimos del derecho, lo que comprende el acceso a la cantidad mínima indispensable de agua (ACNUDH, ONU-Hábitat y OMS 2010, 12).

La Observación general 15 determina, en su párrafo 27, que para garantizar que el agua sea asequible, los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias, entre las que podrían figurar políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo. Además, añade que todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos, y destaca que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos.

García (2008, 209) enfatiza que para asegurar que el agua sea realmente asequible, los Estados deberán poner en marcha técnicas y tecnologías económicas apropiadas, políticas de precios más adecuadas y suplementos de ingresos que garanticen la ejecución del derecho. El PNUD (2006) alertaba ya en 2006 que un principio perverso que existe en muchos de los países en desarrollo es que la población más pobre no sólo tiene acceso a menos agua y a menos agua limpia, sino que además ha de pagar algunos de los precios más altos del mundo, debido a que viven en lugares carentes de estructuras eficientes de distribución de agua. En este sentido, el PNUD destaca que los Estados deben garantizar que ninguna familia tenga que gastar más del 3% de sus ingresos para cubrir sus necesidades de agua.

2. La asequibilidad del agua en España

Sánchez García y Blanco Jiménez (2012, 37) parten del supuesto de que el agua es uno de los servicios públicos básicos para el desarrollo demográfico, social y económico de una sociedad, y que su prestación

tiene carácter obligatorio para las administraciones públicas en España. Así, la gestión del agua y la definición de precios y demás elementos les corresponde a ellas, en la medida en que será abordado a continuación.

*A. Entes y autoridades competentes en España
en la regulación del derecho al agua*

De acuerdo con el texto refundido de la Ley de Aguas de 2001,⁵ el agua en el país es de titularidad pública, y, por consiguiente, subordinada al interés general.

La Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, afirma en su artículo 25.2 que “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales”. En la misma dirección, el artículo 26.1 fija que “1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas”. Como afirma Carbonell (2015), los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado son de titularidad y competencia municipal, y deben responder y adaptarse a las necesidades de cada uno de los más de ocho mil municipios y de su correspondiente población.

A partir de la definición del derecho al agua como un derecho humano, es evidente que su abastecimiento a las poblaciones debe ser preferente sobre sus demás usos. Se estimaba que, en España, en 2014, el 64% del agua urbana consumida era de uso doméstico, el 15% se dedicaba al consumo industrial y comercial y el 21% restante se asignaba a otros usos, como los municipales o institucionales (AEAS y AGA 2014). Por su parte, el artículo 60 de la Ley de Aguas de 2001 (RCL 2001, 1824) ya mencionada, establece el orden de preferencia de los usos:

⁵ Artículo primero: “Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”. Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, BOE-A-2001-14276.

1. En las concesiones se observará, a efectos de su otorgamiento, el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. 2. Toda concesión está sujeta a expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de cuenca. 3. A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente: 1o. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.

En definitiva, el legislador español sitúa a la población como principal beneficiaria de este recurso.

Esta visión es compartida por los tribunales españoles en algunas sentencias, como demuestra López Alonso (2015). Es el caso de la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, del 28 de abril de 1997 (RJCA 1997, 1552), sentencia que impugna el decreto de un alcalde que denegaba la autorización de conexión a la red municipal de suministro de agua potable solicitada para una vivienda, afirmando que los recurrentes no pueden verse privados de la prestación de un servicio esencial, como es la obtención de agua potable, para cubrir las necesidades más elementales, y que debe considerarse como uso preferente el abastecimiento de las poblaciones, conforme a lo que determina la Ley de Aguas. De manera similar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, del 21 de marzo de 2000 (AC 2000, 840), que afirma que el servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones goza de una consideración preeminente en el ordenamiento jurídico español, precisamente por la importancia que el agua tiene para el simple desarrollo de la vida, y que además también tiene consecuencias de índole económica porque no existe posibilidad de urbanización si el suelo no tiene garantizado el abastecimiento de agua.

B. La gestión económica en el disfrute del derecho al agua por los ciudadanos

Sánchez García y Blanco Jiménez (2012) determinan que el coste de acceso al agua debe ser mínimo para cumplir el principio de equidad, conforme a las resoluciones de Naciones Unidas. Además, la tarificación

del agua debe seguir a objetivos medioambientales; es decir, debe ser elaborada con vistas a ahorrar los recursos hídricos, garantizando la sostenibilidad, buscando la mayor eficiencia posible.⁶ Llegados a este punto, es necesario destacar que la política de tarifas debe garantizar la sostenibilidad, no sólo ambiental y económica, sino también social; es decir, garantizar su disfrute a la totalidad de la población independientemente de su poder adquisitivo. Sobre las políticas de tarifas y su discusión a nivel legislativo y jurisprudencial, se entrará en profundidad en el siguiente epígrafe.

Esta política es definida de acuerdo con la gestión del servicio en cada municipio. De hecho, la gestión de los servicios del agua puede ser abordada de forma directa o indirecta, conforme al artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local: “1. Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales. 2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta”. Por un lado, la gestión directa puede adoptar, de acuerdo con este artículo, las formas de gestión por la propia entidad local; organismo autónomo local; sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca en exclusiva a la entidad local. Por otro lado, la gestión indirecta podrá adoptar las formas de concesión; gestión interesada; concierto; arrendamiento o sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas, cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local. De acuerdo con la XIII Encuesta Nacional de Suministro de Agua Potable y Saneamiento en España, el 40% de la población española es abastecida por empresas públicas, el 35% por privadas, el 15% por empresas mixtas, y un 10% por la administración local (AEAS y AGA 2014).

Las diferentes posibilidades de gestión llevan a una gran heterogeneidad de tarifas. Sin embargo, todas ellas mantienen el carácter de binómicas y progresivas. Binómicas, porque contienen siempre una parte fija y una parte variable. La parte fija, como indican Sánchez García y Blanco Jiménez (2012), comprende la cuota de servicio, la cuota de servicio con consumo mínimo, la cuota de mantenimiento y conservación del contador, canon y otros recargos adicionales. La parte variable, se-

⁶ Artículo 21 de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

gún esta autora, comprende la cuota de consumo (municipal) y un canon (o bien provincial o bien autonómico). El carácter progresivo se refiere al hecho de que los precios aumentan de acuerdo con los bloques de consumo sucesivos, es decir, aumentan proporcionalmente al aumento de consumo.

Por consiguiente, uno de los retos asociados para la gestión del agua en España, como destaca el Informe elaborado por PricewaterhouseCoopers (2014) en 2014, es el hecho de que las competencias económicas para fijar las tarifas del agua urbana descansan en gran medida en los municipios, sin que exista ningún marco metodológico global que determine los costes que han de repercutirse ni los mecanismos de actualización que han de emplearse. La heterogeneidad de tarifas se explica así por la falta de una legislación básica que regule el régimen económico del servicio de agua, como explica Blanes Climent (2015).

Los municipios tienen cierta arbitrariedad en los criterios para fijar los precios, de lo que resultan significativas diferencias en el valor de las tarifas en municipios similares en términos de ubicación, situación medio ambiental, estructura hídrica, etcétera, como denuncia el Informe elaborado por PricewaterhouseCoopers (2014). Este informe destaca que mientras que la parte variable del canon de saneamiento en Aragón es de 0,55 €/m³, en Extremadura el mismo canon tiene un valor de 0,20 €/m³.

Esta diferencia de precios es denunciada por FACUA-Consumidores en Acción (2016), que en un estudio sobre las tarifas domiciliarias de agua realizado en 2015, en veintiocho ciudades españolas, constató diferencias entre ciudades de más de 300% en el precio del agua. En el mismo sentido, el Informe de PricewaterhouseCoopers (2014) afirma que la variabilidad de las tarifas en España es la más alta de Europa (107%), lo que indica la falta de coherencia existente en la fijación de las tarifas por parte de los municipios.

En este sentido, Morcillo (2015) afirma que “es necesario armonizar y homogeneizar la tarifa del agua en España a nivel de estructura tarifaria y de disparidad de precios en el territorio nacional. La estructura tarifaria debería presentar los mismos componentes y conceptos, y la actual heterogeneidad de costes y precios se podría reducir o atajar mediante principios de solidaridad interterritorial”. Esta diferencia tiene una incidencia directa sobre el principio de equidad entre ciudadanos residentes

en diferentes municipios españoles, que frente al mismo servicio están soportando precios diferentes que no obedecen *per se* a cuestiones fácticas del servicio, sino a la voluntad de los gobiernos locales.

No obstante, y más allá de las diferencias entre territorios, es necesario resaltar que según la ONU, para que el agua sea asequible debe implicar un gasto del 3 al 5% del presupuesto familiar, hecho que España sí respeta. Sin embargo, hay familias para las cuales esta horquilla de precio resulta elevada e inaccesible, situación que empeoró tras la crisis económica de 2008, cuyos efectos aún perduran en la sociedad española.

IV. LOS CORTES DE AGUA EN ESPAÑA A DEBATE

A la luz del análisis que ha sido realizado de la legislación española en materia del derecho al agua, se puede plantear la siguiente cuestión: ¿es la legislación española compatible con la concepción de un derecho al agua como derecho humano, y por ende universal? Para dar respuesta a este interrogante es necesario analizar los cortes en el suministro de agua que se realizan con frecuencia en diferentes municipios del territorio español. Estos cortes llevan a que muchos autores hablen de “desahucio hídrico” y “pobreza hídrica”, entendiendo por la misma aquellas situaciones que atraviesan personas y familias que carecen de los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos derivados del acceso al servicio de suministro de agua (Defensor del Pueblo Andaluz 2015).

Mientras en la teoría, la legislación española sí respetaría la legalidad internacional del derecho humano al agua, los cortes por impago representan una vulneración de la misma. De este modo, según las estimaciones de la Asociación Española de Operadores Públicos de Agua y Saneamiento (AEOPAS), en España actualmente

...se tramitan al año más de 500.000 avisos de corte, un 30% más que hace cuatro años. Y de estos, se llegan a ejecutar —como hace cuatro años— un 60%, es decir, 300.000. Esto afecta a unos 300.000 de los aproximadamente 18 millones de hogares que existen en España (un 1,5% de los hogares al año están condenados a quedarse sin agua) (Agua, Energía y Decrecimiento 2016).

No obstante, no hay datos oficiales y precisos de la cantidad exacta de familias que están sufriendo estos cortes debido a la falta de transparencia

y a la ya mencionada heterogeneidad en la gestión y en los entes que participan en el proceso. Ahora bien, este hecho no afecta al análisis realizado, porque mientras una única familia sufra esta carencia de un bien esencial, el derecho humano al agua está siendo violado. Los cortes en el suministro de agua no son ajenos a gran controversia tanto a nivel de los ejecutivos de los municipios como a nivel judicial.

Las circunstancias por las que se puede producir un corte en el suministro de agua vienen definidas y acotadas en el artículo 66 del RSDA. Ahora bien, normalmente no se procede al corte de suministro hasta que existe una cantidad mínima impagada o un mínimo de facturas, o bien la combinación de ambas circunstancias. Además, será necesario hacer mención al proceso de corte de suministro establecido en el artículo 67 del RSDA, que establece como requisitos previos al corte: la notificación al abonado y a la administración competente, debiendo esperar el transcurso del plazo mínimo de quince días por si ésta le manifestara alguna orden en contrario (Defensor del Pueblo Andaluz 2015), puesto que para frenar estos cortes los servicios municipales suelen establecer procedimientos de ayuda social y remiten estos casos a sus servicios sociales para que estos cortes no se hagan efectivos.

Como ha sido constatado a lo largo del presente artículo, uno de los elementos esenciales para el disfrute del derecho al agua es el tema del valor monetario a satisfacer por el servicio. En España, la principal controversia a nivel legislativo ha sido la de considerar si este valor del agua es una tasa o, por el contrario, es una tarifa. Esta cuestión no es baladí, porque de ella va a depender la legalidad de los cortes de suministro de agua, más allá del tema relativo a los costes y determinación de los precios, que en sí mismo consistiría en otro trabajo de investigación.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional,⁷ una prestación patrimonial de carácter público es una prestación patrimonial coactiva, que a su entender tendría pleno encaje constitucional en el artículo 31.3 del texto constitucional: “Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”. Esto implicará su sometimiento a reserva de ley siempre y cuando se encuentre ante:

⁷ Se recomienda la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, del 5 de diciembre, empleada recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo 5037/2015, del 23 de noviembre de 2015.

- La prestación de servicios o la realización de actividades que
 - a) Sean de solicitud o recepción obligatoria;
 - b) Sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho;
 - c) Sean objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales en cada momento y lugar.

- La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.

No obstante, la consideración de tributos de los precios públicos va a ser independiente de que la prestación del servicio se realice en régimen de derecho público. Es decir, la forma gestora es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas siendo lo esencial si se está ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos.

Esto también se refleja en el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, del 5 de marzo, en el cual se define el hecho imponible de la tasa como

Las Entidades Locales... podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten, o beneficien de modo particular, a los sujetos pasivos.

En el presente caso, es decir, cuando se trata del servicio de suministro de agua, cabe la exigencia de tasas locales siempre y cuando se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias, algunas de ellas ya tratadas anteriormente, a saber: que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados, es decir, que no venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias o sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante, y que no se presten o se realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público.

Finalmente, para reforzar esta idea, el artículo 20.4 del mismo texto legal, en su letra t), establece que las entidades locales pueden fijar tasas en el supuesto de “distribución de agua, gas y electricidad y otros abastecimientos públicos, incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales”.

De este modo, el hecho de que estemos ante una tasa y no ante un mero precio público tiene implicaciones muy importantes para el derecho al agua, porque consecuentemente implica que los cortes de suministro de agua, por impago devengan ilegales. Es decir, no se puede cortar el servicio aunque haya impago.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente es indudable que el derecho al agua es un derecho humano. Ahora bien, su uso debe ser realizado de forma sostenible y eficaz. Cumpliéndose estas características sí existe un acceso económico al agua justo, es decir, que no derive un sacrificio económico para aquellas familias con bajos recursos económicos y que las autoridades establezcan mecanismos de ayuda y garantías al disfrute de este derecho. Estas políticas deben alejarse de la problemática de la heterogeneidad, que es intrínseca a la legalidad española, para que todos, con independencia de su vecindad civil, cuenten con un servicio al abastecimiento de agua de calidad y acorde a las exigencias de justicia social.

De hecho, sólo teniendo acceso a los recursos necesarios para una vida digna de manera igualitaria, siendo el acceso al agua uno de ellos, podrá la gente ser libre de elegir, actuar y así desarrollarse (Nussbaum 2011). En este sentido, uno de los Objetivos de desarrollo sostenible para 2030 es, de acuerdo con el párrafo 6.1, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUA, ENERGÍA Y DECRECIMIENTO. 2016. “Los cortes en el suministro de agua, inmorales. ¿También ilegales?”, *Agua, Energía y Decrecimiento* [blog]. 9 de febrero de 2016, disponible en: <https://aguaenergíadecrecimien->

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 156, pp. 1671-1691.

- to.wordpress.com/2016/02/09/los-cortes-en-el-suministro-de-agua-inmorales-tambien-ilegales/*.
- AGUDO ZAMORA, Miguel J. 2013. *La protección multinivel del Estado social*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABASTECIMIENTOS DE AGUA Y SANEAMIENTO (AEAS), Y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS GESTORAS DE LOS SERVICIOS DE AGUA A POBLACIONES (AGA). 2014. *XIII Encuesta Nacional de Suministro de Agua Potable y Saneamiento en España*.
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel. 2015. “Futuro regulatorio y competencias de la administración en el ciclo integral del agua”, en LÓPEZ, Miguel Ángel Benito (dir.); MELGAREJO MORENOET, Joaquín *et al.* (coords.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Navarra, Thomson-Reuters.
- DE ABREU DALLARI, Dalmo. 1993. *Elementos da teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva.
- DE ALBUQUERQUE, Catarina. 2012. *Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Lisboa, ONGAWA.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. 2015. “Pobreza hídrica y mínimo vital”, en *Servicios de Suministro de Agua. Garantías y Derechos*, disponible en: <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-suministro-agua/pdfs/InformeSuministroAgua-5.pdf>.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. 2008. “O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da ‘constituição social’)”, *Revista de Doutrina da 4a. Região* 22, disponible en: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm.
- FACUA-CONSUMIDORES EN ACCIÓN. 2016. “FACUA detecta diferencias de hasta el 349% en las tarifas de agua de 28 ciudades en 2015”. *FACUA*, disponible en: <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=9958>.
- GARCÍA, Aniza. 2008. *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta.
- LEB, Christina. 2012. “The Right to Water in a Transboundary Context: Emergence of Seminal Trends”, *Water International*: 640-653.
- LÓPEZ ALONSO, Fernando. 2015. “Los derechos del ciudadano sobre el agua”, en LÓPEZ, Miguel Ángel Benito (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Navarra, Thomson-Reuters.

- MCGRAW, George. 2010. “Water for Life: The Challenge Posed by the Un-codified Human Right to Water in International”, *The University for Peace Law Review*.
- MORCILLO BERNALDO DE QUIRÓS, Fernando. 2015. “La regulación en España desde la óptica del sector de servicios de agua urbana”, en LÓPEZ, Miguel Ángel Benito (dir.), MELGAREJO MORENOET, Joaquín et al. (coords.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Navarra, Thomson-Reuters.
- MOREAU, Marie-Ange. 2006. *Normes sociales, droit du travail et mondialisation: Confrontations et mutations*, Paris, Dalloz.
- NUSSBAUM, Martha C. 2011. *Creating Capabilities*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.
- OBERDORFF, Henri. 2010. *Droits de l’Homme et libertés fondamentales*, Paris, Lextenso Éditions.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS (ONU-HÁBITAT), Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). 2010. El derecho al agua: Folleto informativo núm. 35, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). 2006. *Informe sobre Desarrollo Humano 2006: Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf.
- PRICewaterhouseCOOPERS, S. L. 2014. *La gestión del agua en España, análisis de la situación actual del sector y retos futuros*, disponible en: https://commonmedia.blob.core.windows.net/legacymedia/1226705/informe_gestion_agua.pdf.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José. 2008. *El derecho constitucional a la vivienda: Un enfoque sustantivo y competencial*, Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, Ministerio de Vivienda.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Victoria Eugenia y BLANCO JIMÉNEZ, Francisco José. 2012. “El uso sostenible del agua en núcleos urbanos: las tarifas como herramienta de control del consumo”, *Observatorio Medioambiental* 15.
- SINGH, Nandita. 2013. “Translating Human Right to Water and Sanitation Into Reality: A Practical Framework for Analysis”, *Water Policy*

- 15 (6), disponible en: <https://wvaponline.com/wp/article-pdf/15/6/943/406368/943.pdf>.
- SORO MATEO, Blanca *et al.* 2015. “La integración del derecho humano al agua en el ordenamiento jurídico español a través del marco internacional y comunitario. Especial referencia a las reformas estatutarias”, en LÓPEZ, Miguel Ángel Benito (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Navarra, Thomson-Reuters.
- STIGLITZ, Joseph E. *et al.* 2009. *Richesse des Nations et bien-être des individus*, Paris, Odile Jacob.
- SMETS, Henri. 2009. “Access to Drinking Water at an Affordable Price in Developing Countries”, *Options Méditerranéennes. Technological Perspectives for Rational use of Water Resources in the Mediterranean Region* 88, disponible en: <http://om.ciheam.org/om/pdf/a88/00801180.pdf>.
- CARBONELL TALAVERA, José. 2015. “Suministro de agua potable y saneamiento en España”, en LÓPEZ, Miguel Ángel Benito (dir.), MELGAREJO MORENOET, Joaquín *et al.* (coords.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Navarra, Thomson-Reuters.
- TEHINDRAZANARIVELO, Djacoba Liva. 2005. *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires: Assistance aux victimes et voies juridiques de prevention*, Paris, Presses Universitaires de France.
- UNICEF y WORLD HEALTH ORGANIZATION. 2015. *Progress on Sanitation and Drinking Water: Update and MDG Assessment*. 2015, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/177752/9789241509145_eng.pdf.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA AUDIENCIA INICIAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*

SOME ASPECTS OF THE INITIAL HEARING IN THE NATIONAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURES

Miguel CARBONELL**

RESUMEN: En este estudio legislativo, el autor analiza algunos aspectos de la audiencia inicial del proceso penal, según se regula en el Código Nacional de Procedimientos Penales. La reflexión se centra en tres de los objetivos de la audiencia inicial: 1) informar al imputado sus derechos constitucionales y legales, 2) realizar el control de legalidad de la detención y 3) resolver sobre la solicitud de vinculación a proceso y medidas cautelares. El enfoque en estos tres puntos responde a la trascendencia práctica que los mismos tendrán en el conjunto de actos jurídicos que conforman el procedimiento penal.

Palabras clave: audiencia inicial, proceso penal, derechos constitucionales y legales, control de legalidad, vinculación a proceso y medidas cautelares.

ABSTRACT: In this study, the author analyzes some aspects of the criminal proceeding's initial hearing, as regulated in the National Criminal Proceedings Code. The reflection focuses on three of the initial hearing's purposes: 1) to inform the accused of their constitutional and legal rights, 2) to judge on the legality of the detention, and 3) to resolve the request of engagement to process and precautionary measures. The scope of the referred purposes answers to their practical significance in the legal acts conforming the criminal procedure.

Keywords: initial hearing, criminal proceeding, constitutional and legal rights, legality of the detention, engagement to process and precautionary measures.

* Artículo recibido el 22 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 22 de marzo de 2019.

** Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coordinador del Área de Derecho Constitucional y de la Unidad de Extensión Académica. Correo electrónico: carbonell@unam.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1693-1708.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lectura de los derechos*. III. *El control de la legalidad de la detención*. IV. *Medidas cautelares*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) indica cuáles son las etapas del procedimiento penal mexicano.¹ En cada una de sus tres fracciones señala, respectivamente, que el procedimiento penal mexicano se integra por la etapa de investigación (inicial y complementaria), la etapa intermedia o de preparación de juicio y la etapa de juicio.

La etapa intermedia “comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio” (artículo 211, fracción II).

Por su parte, el artículo 307 establece que la audiencia inicial tiene seis propósitos u objetivos:

1. Informar al imputado sus derechos constitucionales y legales.
2. Realizar el control de legalidad de la detención.
3. Formular la imputación.
4. Darle oportunidad al imputado de declarar, si así lo desea.
5. Resolver sobre la solicitud de vinculación a proceso y medidas cautelares.
6. Definir el plazo para el cierre de la investigación.

Cada uno de estos seis objetivos es muy relevante, pues ellos se refieren a aspectos medulares del procedimiento penal mexicano. Pero quisiera detenerme en tres de ellos, por la trascendencia práctica que pueden tener en el conjunto de los actos jurídicos que integran el procedimiento penal mexicano. Me refiero a los temas de la lectura de los derechos, del control de legalidad de la detención y de la determinación de las medidas cautelares.

II. LECTURA DE LOS DERECHOS

En las fracciones II y III del apartado B del artículo 20 constitucional se prevé, de distinta manera, la obligación de informar a toda persona detenida de los derechos que le asisten (la fracción II se refiere solamente al

¹ He abordado el tema, desde una perspectiva general, en Carbonell (2014).

derecho a guardar silencio; la fracción III, en general, a todos los derechos del detenido).

Creemos que se trata de un acierto de la reforma del 18 de junio de 2008, toda vez que —en términos generales— las personas en México no conocen sus derechos, sobre todo si se trata de personas con escasa formación académica. Por eso es que resulta indispensable que las autoridades tengan a su cargo la llamada “lectura de derechos”, que debe ser realizada de manera amplia y detenida, de manera que pueda ser en efecto comprendida por el detenido.

El CNPP señala en la fracción V de su artículo 113 que toda persona imputada tiene derecho a que se le informe, tanto en el momento de su detención como cuando comparezca ante el Ministerio Público o ante el juez de control, sobre los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.

Respecto a la lectura de los derechos, cabe recordar que esta práctica encuentra un importante precedente en un caso muy famoso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El caso *Miranda v. Arizona* es quizá el que más se ha visto en innumerables películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona, lo primero que hace la policía es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha, que más o menos dice así: “Tiene el derecho a guardar silencio. Cualquier cosa que diga puede y será usada en su contra en un tribunal de justicia...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Arturo Miranda fue acusado de secuestrar y violar a una mujer en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no le vio la cara al acusado durante la violación. Algunos testigos vieron el coche del hombre en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la quinta enmienda, que establece que nadie puede ser obligado a autoincriminarse. ¿La enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una

nulidad de juicio? ¿Tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El fiscal de Arizona pidió en el argumento oral, que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Warren le preguntó si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final, la Corte le dio la razón a Miranda. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo, la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia Miranda” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes:²

Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

² La traducción de una parte de la sentencia puede verse en Beltrán y González (2005).

Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero, puede citarse, por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7o., párrafo cuarto, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (principio octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos, por ejemplo, el artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución española, que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27, párrafo cuarto, de la Constitución portuguesa, cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

Adicionalmente a lo que debe hacerse en la audiencia inicial, es importante tomar en cuenta que el CNPP establece como una obligación de

los elementos de la policía la de “realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga” (artículo 132, fracción III).

III. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

Sobre el control de legalidad de la detención, cabe señalar que el CNPP regula las detenciones con orden judicial y sin ella. Sin orden judicial hay dos supuestos en los que se puede detener a una persona: cuando exista flagrancia (artículos 146 y 147, así como el artículo 148, cuando se trate de detenciones en flagrancia por la presunta comisión de delitos que requieran querrela) y cuando se presente un “caso urgente” (artículo 150). Solamente cuando no exista orden judicial de aprehensión se discutirá sobre la legalidad de la detención.³

El artículo 308 del CNPP establece que el Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención, y que el juez de control deberá verificar que se haya realizado conforme a derecho. Si hubo violaciones legales o constitucionales al practicar la detención, el juez deberá decretar la libertad de la persona. De hecho, el Ministerio Público tiene el deber de analizar la legalidad de la detención incluso antes de llegar ante el juez, pues debe hacerlo tan pronto como se ponga a un detenido a su disposición, de acuerdo con lo que señala el artículo 149 del CNPP.

Respecto de la legalidad de las detenciones, deben tomarse en cuenta las dos siguientes tesis de la SCJN:

FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA. El artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé la siguiente descripción: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.”. Por su parte, los artículos 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7o. de la Con-

³ Sobre las órdenes de aprehensión, véanse los artículos 141, fracción III; 142, 143 y 145, del CNPP.

vención Americana sobre Derechos Humanos prevén como requisitos para que la detención de una persona sea válida que: 1. Sus causas y condiciones estén fijadas de antemano en la Constitución y en la ley; 2. Prohibición de la detención arbitraria; 3. La persona detenida debe ser informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de los cargos formulados contra ella; 4. La persona detenida será llevada sin demora ante la autoridad competente que verifique la legalidad de la detención; 5. Se ordene su libertad si la detención fue ilegal o arbitraria (Tesis 1a., CC/2014, 10a).

FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA. La limitación al derecho humano de libertad personal es de carácter excepcionalísimo y su escrutinio del más estricto rigor; por ello, cuando se aduzca flagrancia, debe acreditarse que hubo elementos objetivos y razonables para justificar válidamente la afectación a la libertad y seguridad personal. Ello es así, en principio, porque toda persona tiene no sólo la legítima expectativa sino el derecho a no ser molestada por la autoridad, salvo por causas justificadas. Por su parte, la autoridad tiene la posibilidad de hacer indagaciones bajo el marco jurídico y conforme a las atribuciones que legalmente justifiquen su proceder. Sin embargo, no puede justificarse constitucionalmente que bajo pretexto de cumplirse con cuestiones de aducida legalidad, se actúe de manera arbitraria, lo cual debe ponderarse bajo un estándar de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida empleada. De ahí que si la detención de una persona, por aducida flagrancia, no se da bajo el respeto irrestricto del sistema constitucional y convencional, es decir, a partir del estricto cumplimiento de los requisitos y garantías establecidos de forma mínima a favor de la persona que sufrió la detención, ésta será considerada como arbitraria, al estar prohibida tanto a nivel nacional como internacional. Las consecuencias y efectos de la vulneración a lo anterior son la invalidez legal de la propia detención, así como de los datos de prueba obtenidos de forma directa e inmediata con motivo de la misma; esto conforme además a los principios de debido proceso y obtención de prueba lícita (Tesis 1a., CCI/2014, 10a.).

IV. MEDIDAS CAUTELARES

Sobre el tema de las medidas cautelares, el CNPP ofrece algunos estándares, que vale la pena considerar, a fin de que el debate que debe darse entre

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1693-1708.

las partes dentro de la audiencia inicial se enriquezca y el juez de control pueda contar con los elementos suficientes para tomar decisiones adecuadas sobre el tema.

Para empezar, recordemos que el CNPP enuncia los tipos de medidas en su artículo 155. Cabe destacar el hecho de que el Código señala catorce medidas cautelares, la última de las cuales es la prisión preventiva. Esto es importante recalcarlo, ya que en el anterior procedimiento penal mexicano tal parecía que la regla era la prisión preventiva, y la excepción era que se impusieran otro tipo de medidas cautelares.

Respecto del tema de la prisión preventiva, cabe tener presente que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 adicionó un nuevo párrafo segundo al artículo 19 de nuestra carta magna, cuyo texto es el siguiente:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

No hay que olvidar que la prisión preventiva implica una afectación tanto directa como indirecta a distintos derechos fundamentales, por lo que su justificación debe siempre ser necesaria y expresa, ya que no puede presumirse; en otras palabras, corresponde al Estado acreditar que hay razones suficientes para que una persona acusada de un determinado delito sea puesta en prisión sin existir una sentencia que la declare culpable. En particular, la prisión preventiva está siempre en tensión con la presunción de inocencia. Tiene razón Daniel Pastor (2007, 154) cuando advierte que “En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho”. De ese tamaño es el reto de lograr un adecuado balance entre los derechos en juego.

La existencia de la prisión preventiva se suele justificar con una variedad de elementos. Se dice que la medida previene que el acusado pueda darse a la fuga o que pueda alterar las pruebas; para algunos la prisión

preventiva evita que los familiares de la víctima cobren venganza en la persona del inculgado.

A pesar de todas estas justificaciones, es obvio que la prisión preventiva choca no solamente con la elemental presunción de inocencia, sino también con el principio análogo de acuerdo con el cual una persona no puede ser privada de su libertad sino luego de haber existido un juicio en el que se acredite que realizó una conducta prohibida penalmente por la ley (principio de jurisdiccionalidad, lo llama Ferrajoli [2011, 555]).

A nivel internacional, con base en la doctrina, en los tratados internacionales y en la jurisprudencia, se estima que la imposición de una medida tan gravosa como la prisión preventiva debe ser capaz de superar distintos requisitos, como los siguientes (Bovino 2007,6):

1. Verificación del mérito sustantivo (lo que en México equivaldría a dejar acreditados los elementos que señala el propio artículo 19 constitucional, tanto en la parte de los tipos penales que ameritan la imposición de la medida como por lo que hace a los requisitos formales señalados en la parte inicial del párrafo segundo del mismo artículo).
2. Principio de excepcionalidad (lo que significa que la prisión preventiva no puede ser la regla general de trato para las personas sujetas a un proceso penal).
3. Fin procesal de la prisión preventiva (dado que la misma no tiene una finalidad sancionatoria, por lo que tendrá que acreditarse que se persigue algún fin de carácter procesal lícito).⁴
4. Proporcionalidad (que se imponga tomando en cuenta y valorando los hechos presuntamente cometidos por el procesado, así como

⁴ Sobre este punto concreto, Pastor (2007, 174) afirma que “si se quiere contar con un sistema penal que sin dejar de ser eficaz no sea abusivo, proteja la libertad y resulte adecuado al principio del estado constitucional de derecho, es preciso objetar la introducción práctica y teórica de funciones materiales en el área de la prisión preventiva. La garantía más segura contra la proliferación del uso patológico de esta medida cautelar indispensable es restringirla de un modo tenaz al cumplimiento de sus fines procesales. El encarcelamiento preventivo no debe ser desviado en caso alguno de su única misión admisible, a saber, cautelar los fines centrales específicos del proceso. En este esquema no hay lugar para privaciones de la libertad impuestas automáticamente por la gravedad del hecho o para neutralizar el peligro de reiteración delictiva o evitar la perturbación del orden público”.

las condiciones materiales, económicas, laborales y familiares del mismo).

5. Provisionalidad (que la ley permita en todo tiempo que se revise si la medida sigue siendo necesaria o si ya cambiaron algunos de los elementos que llevaron a su imposición).
6. Control judicial (que se pueda impugnar la determinación de la prisión preventiva ante el superior del juez que la dicta).
7. Límite temporal (debe existir un plazo más allá del cual debe cesar el encarcelamiento preventivo; algunos autores estiman que ese plazo no debe superar, bajo ninguna circunstancia, los dos años).⁵

Daniel Pastor (2007, 170) sintetiza los requisitos de una prisión preventiva “legítima”, de la siguiente manera:

Según el primer y principal presupuesto de la prisión preventiva, la adopción de la medida cautelar debe constatar indispensablemente que la libertad del imputado significa un riesgo comprobado para los fines del proceso (peligrosismo procesal). El hecho punible atribuido al imputado, por lo demás, debe estar demostrado con un grado de alta probabilidad (mérito sustantivo). El inculpado, antes de ser puesto en prisión preventiva debe haber tenido la oportunidad de conocer el hecho imputado y las pruebas existentes en su contra (intimación) y de ofrecer un descargo acompañado de pruebas o solicitudes probatorias (derecho de audiencia y de resistencia). La medida sólo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para los fines del proceso constituida por la libertad del imputado no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de éste (subsidiariedad). Dado que, como ya se adelantó, la validez de la medida presupone también que sus requisitos, reunidos al tiempo de imponérsela, subsistan mientras ella dura, entonces deben existir mecanismos de cancelación de la prisión preventiva para el caso de que cualquier requisito haya desaparecido (provisionalidad). Pero aunque esos presupuestos subsistan la prisión preventiva debe cesar cumplido un tiempo breve de duración tolerable (temporalidad). Por último, la imposición de la prisión preventiva debe admitir una instancia recursiva y tolerar tanto su impugnación periódica como su control rutinario, incluso de oficio (fiscalización).

⁵ Véase al respecto la referencia que sobre el tema ofrece el artículo 20, fracción IX, del apartado B, constitucional.

Al respecto el Tribunal Constitucional español ha afirmado que

...la medida cautelar personal que nuestras leyes procesales penales conocen como prisión provisional ha de ser adoptada por un juez... y dicho órgano ha de adoptar dicha medida que no ha de olvidarse es cautelar y, por lo tanto, excepcional en plena sintonía con los criterios legales... Sentado lo que antecede por nuestro ordenamiento, ante la radicalidad de la medida para un bien jurídico tanpreciado como es el de la libertad, no se impone al juez que la adopte de un modo mecánico y automático, sino que deja a su necesario arbitrio... al aplicar caso por caso dicha medida cautelar (STC 3/1992, fundamento jurídico 5).

El mismo órgano agrega que

Más allá, pues, del expreso principio de legalidad... debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos (STC 128/1995, fundamento jurídico 3).

En México, lamentablemente, la prisión preventiva ha dejado de tener un sentido cautelar (si es que alguna vez lo tuvo), para pasar a ser una medida directamente represiva, tal como sucede también en otros países.⁶ Una buena parte de la población reclusa (superior al 40% del total de internos) no ha recibido sentencia, y los motivos por lo que está en la cárcel no siempre son legales, y mucho menos legítimos. De hecho, el sistema penal mexicano es altamente selectivo por lo que hace al carácter de sus “usuarios”, pues se concentra en pequeños delincuentes, personas que viven en barrios marginales y de escasa formación educativa, que en su momento no tuvieron acceso a buenos abogados o al dinero suficiente para evitar ser encerrados.⁷

⁶ Daniel Pastor (2007) recuerda una idea de Eugenio Raúl Zaffaroni, de acuerdo con la cual —dada la extensión temporal en que se resuelven los juicios penales— la prisión preventiva se termina convirtiendo en la verdadera sanción de nuestros sistemas penales.

⁷ Tampoco en este punto somos muy originales; véase al respecto las consideraciones que ofrece Gargarella (2008).

Este dato, sin embargo, no es exclusivo de México, pues es bien conocida la situación según la cual

El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los medios y expresa también el reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que aquellos cometidos por personas pudientes (Ferrajoli 2008, 43).

Históricamente, la comprensión en torno a la prisión preventiva ha ido cambiando de tiempo en tiempo. Ferrajoli recuerda que en Roma se llegó a prohibir totalmente la prisión preventiva; pero en la Edad Media, cuando se fue desarrollando el proceso penal inquisitivo (sobre cuya caracterización nos detendremos más adelante, al analizar el contenido del artículo 20 constitucional), se convirtió en un presupuesto ordinario de la etapa de instrucción, e incluso durante el proceso, bajo la idea de disponer del cuerpo del acusado para obtener su confesión por medio de la tortura (Ferrajoli 2008).

El pensamiento penal de la Ilustración luchó contra la prisión preventiva, aunque los autores más conocidos justificaron su imposición bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, Beccaria admitía la prisión preventiva pero solamente para evitar la fuga o para evitar que se ocultaran las pruebas de los delitos.

La prisión preventiva rompe con el principio procesal de igualdad entre las partes y pone al acusado en manifiesta inferioridad respecto del Ministerio Público, pues no puede defenderse igual una persona que está privada de su libertad que una persona libre. Tiene razón Ferrajoli (2008, 559) cuando afirma que

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio

pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.

Una adecuada comprensión del nuevo régimen constitucional de la prisión preventiva requiere tomar en cuenta, además de las previsiones del artículo 19, lo que señala la fracción IX del apartado B del artículo 20, cuyo texto es el siguiente:

En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Lo importante de la fracción que se acaba de transcribir quizá se encuentre en su segundo párrafo, en el que se señala un tiempo máximo de duración de la prisión preventiva: dos años (el CNPP lo contempla en esos términos, de acuerdo con su artículo 165). Aunque en el mismo párrafo el carácter cierto de la temporalidad se matiza cuando se incluye la referencia al derecho a la defensa, consideramos que su inclusión debe estimarse positiva, pues suministra un parámetro más allá del cual la carga de la prueba para prolongar la prisión preventiva es casi insuperable. De hecho, la doctrina sostiene la pertinencia de anudar la duración de la prisión preventiva a la duración máxima del proceso penal (Pastor 2007, 189), tema al que se refiere el mismo artículo 20, apartado B, fracción VII, de la Constitución.

Volviendo al contenido del artículo 19 relacionado con la prisión preventiva, cabe señalar que —de acuerdo con la nueva redacción constitucional— esa medida precautoria solamente podrá decretarse cuando sea solicitada por el Ministerio Público cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.
- B) Cuando otras medidas no permitan asegurar el desarrollo de la investigación.
- c) Cuando otras medidas no permitan garantizar la protección de la víctima o víctimas, de los testigos o de la comunidad.
- d) Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

De esos cuatro puntos quizá el más chocante sea el último, puesto que sanciona (precautoriamente) la reincidencia o al menos la doble sujeción a proceso, con independencia del tipo de delito de que se trata, siempre que sea doloso.

Se trata de una disposición a todas luces desproporcionada, que además se puede prestar a que el Ministerio Público enderece dos acusaciones contra una misma persona para lograr que se decrete la prisión preventiva. Consideramos que una interpretación correcta debería aplicar la cuarta circunstancia solamente si se presenta, adicionalmente, alguna de las tres primeras. De esa forma, se racionalizaría y se pondría en su justa dimensión el uso de la prisión preventiva.

La constitucionalización de la cuarta circunstancia parece proclamar una indebida “presunción de peligrosidad”, que choca con los más elementos postulados de un derecho penal democrático y garantista; tal presunción estaría basada solamente en el hecho de la comisión previa de otro delito, poniendo en duda las posibilidades reintegradoras de la pena privativa de la libertad. De esa manera, se estaría despojando a la prisión preventiva de su naturaleza cautelar y de su justificación por razones procesales, y daría lugar simple y sencillamente a su imposición como medida de prevención del delito o de defensa social (Ferrajoli 2008).

Por otro lado, consideramos que incluso los tres primeros supuestos que enumera el artículo 19 (comparecencia del imputado, desarrollo de la investigación, protección a víctimas, testigos o a la comunidad) deben interpretarse de manera muy restrictiva, pues de lo contrario bastaría con que el Ministerio Público invocara cualquiera de ellos para que la prisión preventiva fuera inmediatamente decretada.

Recordemos que los requisitos para la sujeción a proceso fueron disminuidos por la reforma que estamos analizando, lo cual podría justificar-

se solamente si la prisión preventiva fuera en verdad excepcional. De otra manera, tendríamos el peor de los mundos posibles: muy leves requisitos para vincular a proceso a una persona y además una extrema relajación de los jueces al momento de determinar la procedencia de la prisión preventiva. Estamos ciertos de que no fue esa la intención de los autores de la reforma constitucional.

El CNPP regula el tema de la prisión preventiva principalmente en sus artículos 165 (duración máxima de un año, a menos que se extienda como consecuencia del ejercicio del derecho a la defensa), 166 (excepciones para personas que por sus circunstancias personales no deban entrar en prisión preventiva: por ejemplo, los mayores de setenta años, o quienes estén afectados por una enfermedad grave o terminal) y 167 (causas de procedencia y supuestos en los que se podrá aplicar).

Además de lo que llevamos señalado respecto al tema de las medidas cautelares, debemos tener presente que en su artículo 156, el Código establece algunos criterios que darán lugar a interesantes discusiones.⁸

Por ejemplo, este precepto señala que el juez al decretar las medidas cautelares debe aplicar un criterio de mínima intervención, observando adicionalmente la idoneidad y proporcionalidad de la medida. Como es obvio, a partir de estas determinaciones legislativas surgen varias preguntas: ¿qué debe entenderse por “criterio de mínima intervención”? ¿Qué significa en términos prácticos que una medida cautelar es idónea y es proporcional? No se trata de algo que sea evidente *prima facie*, sino que es una cuestión que será objeto de argumentación.

Las determinaciones que tome el juez de control sobre las medidas cautelares son impugnables a través del recurso de apelación (artículo 160 del CNPP) y no tienen carácter definitivo, sino que pueden ser revocadas, sustituidas o modificadas cuando las condiciones o circunstancias que justificaron su adopción hayan cambiado (ver el artículo 161 del CNPP).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARBONELL, Miguel. 2014. *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, Flores.

⁸ El artículo 158 del CNPP se refiere precisamente al “debate de medidas cautelares”.

- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. 2005. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid, CEPC/BOE.
- PASTOR, Daniel R. 2007. “La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones”, en *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista Editores.
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., Madrid, Trotta.
- BOVINO, Alberto. 2017. “Aporías: sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, *Foro. Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar* (8).
- GARGARELLA, Roberto. 2008. *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes.
- FERRAJOLI, Luigi. 2008. “Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 250 (58).

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2019 SOBRE SEGURIDAD Y JUSTICIA*

THE CONSTITUTIONAL REFORM OF 2019 ON SECURITY AND JUSTICE

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

RESUMEN: Esta reseña legislativa ofrece una visión panorámica acerca de varias reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos iniciadas en 2018 —con diversos antecedentes— y culminadas en 2019. Esas reformas, que se produjeron en el marco del denominado “Plan Nacional de Seguridad y Paz” (2018-2024), del 14 de noviembre de 2018, presentado por el presidente de la República, atañen al régimen de seguridad pública y justicia penal. Estas reformas, contempladas desde la perspectiva de los derechos humanos, implican un giro muy importante en el régimen de seguridad y justicia previsto en la Constitución. Sin embargo, siguen el rumbo y atienden a los criterios que informaron esta materia a lo largo de los últimos lustros.

ABSTRACT: *This study offers a panoramic view of several reforms of the Mexican Constitution that took place during 2018 and 2019. Those that occurred in the context of the so-called “National Security and Peace Plan” (2018-2024), dated November 14, 2018, presented by the president of Mexico, verse on public security regime and criminal justice. These reforms, seen from a human rights perspective, imply a very important turn in the security and justice regime enshrined in the Constitution. However, they follow the course and meet the criteria that has nurtured this matter over the last five years.*

Palabras clave: seguridad pública, justicia penal, guardia nacional, policía, fuerzas armadas, procedimiento penal, medidas cautelares, prisión preventiva, extinción de dominio.

Keywords: *Public safety; criminal justice; national guard; police; armed forces; penal procedure; precautionary measures; preventive prison.*

* Artículo recibido el 14 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 14 de diciembre de 2019.

** ORCID: 0000-0002-9164-8464. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Profesor Emérito de la UNAM. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: sgrijunam@gmail.com.

En las últimas semanas de 2018 y los primeros meses de 2019 se promovieron y produjeron diversos cambios de gran relevancia en preceptos constitucionales relacionados con dos temas de suma trascendencia para la vida social y la actuación de los órganos del poder público: la seguridad y la justicia, dentro de la vertiente penal. No sobra recordar la importancia que revisten ambas cuestiones para el orden jurídico y social, especialmente desde la perspectiva de los derechos humanos y la construcción y preservación del sistema democrático en su vertiente integral, a la que alude el artículo 3o. de la Constitución general de la República.

Invoco esa importancia de aquellos temas como justificación de esta breve reseña, con la que procuro acompañar —como lo he hecho en otras publicaciones, a lo largo de 2019— al abundante análisis de los nuevos preceptos constitucionales. El examen de las disposiciones que emergieron en 2018 y 2019 se ha emprendido a través de libros y artículos, seminarios y coloquios diversos celebrados en distintos escenarios, entre ellos el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Academia Mexicana de Ciencias Penales y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe).

Es bien conocida la relación —siempre inquietante y a menudo controvertida— que existe entre el reconocimiento y la tutela de los derechos básicos del individuo, a los que calificamos como “derechos humanos”, y el ejercicio del poder político constituido en Estado, depositario del “monopolio de la violencia” —o más precisamente, el “monopolio de la fuerza”, que puede ser violencia—, que despliega un amplio arsenal de instrumentos, a menudo demoleedores, para cumplir su misión original como garante de la seguridad y administrador de la justicia. Hay una copiosa doctrina, que ocupa a estudiosos de los siglos XVIII a XXI, en torno a esta materia. Por supuesto, no pretenderé acoger en una reseña legislativa esa doctrina, que se expande a medida que cambian las condiciones de la vida social, se altera el panorama de la criminalidad y aparecen nuevas exigencias sociales y políticas a propósito de la seguridad y la justicia.

En la trascendente reforma penal que alumbró al cabo del siglo XVIII, movida por ideas humanistas y liberales, se advirtió que la legislación penal —y las prácticas que ésta propicia— constituye un buen indicador sobre el imperio de la libertad o de la tiranía que prevalecen en una sociedad y la orientan y caracterizan. Esta idea mantiene su vigencia y su

eficacia. A menudo se previene sobre la función reveladora que poseen las cárceles, las corporaciones policiales, los tribunales, las fiscalías, acerca de las convicciones públicas y el desempeño del poder.

Tómese en cuenta que, como se ha subrayado con frecuencia, en el ámbito de la seguridad —o de lo que se invoca como tal— y la reacción penal frente a la conducta ilícita, comparecen el poder público y el individuo —a título de imputado o de víctima del delito— que protagonizan un desencuentro entre fuerzas desiguales, encuentro que puede desbocar las tensiones autoritarias y menguar las defensas y garantías del individuo. Este es el escenario en el que han operado u operarán las disposiciones que comentaré en esta reseña.

Al cabo de la campaña electoral de 2019, que culminó en la elección federal del 1o. de julio del mismo año, se presentaron al país un conjunto de propuestas relacionadas con los graves problemas de seguridad pública que han caracterizado la etapa presente en la vida de México, y que anteriormente motivaron sendas reformas de diverso rango, sobre todo a partir de 1993. Esos problemas abarcan el incremento —a veces desmesurado— de la criminalidad, tradicional o “evolucionada”, y las modificaciones que ello introduce en la acción del Estado. De las propuestas adelantadas durante la campaña electoral derivaron cambios constitucionales de gran alcance, a los que me referiré en esta nota, así como innovaciones legales e institucionales.

La primera presentación “oficial” de las sugerencias de reforma corrió a cargo del denominado “Plan Nacional de Seguridad y Paz 2018-2024”, presentado por el presidente electo de la República el 14 de noviembre de 2018, documento con gran fuerza política, aunque no fuera jurídicamente vinculante de manera directa e inmediata. Poco después llegó, al amparo de ese Plan y de las propuestas que formuló, una iniciativa de reformas constitucionales ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión —primer acto en el proceso total ante el Constituyente Permanente—, suscrita el 21 de noviembre de 2018 por varios legisladores del grupo parlamentario del Movimiento de Renovación Nacional (Morena), fracción mayoritaria en ambos cuerpos legislativos del Congreso de la Unión.

En la exposición de motivos de esta iniciativa se hizo notar, como concepto central y determinante, que “la obligación primera de cualquier Estado es preservar la integridad de la población ante toda suerte de amenazas”. Asimismo, los autores del citado Plan y de la propia iniciativa se

refirieron, en términos enfáticos, al notorio incremento de la criminalidad en la República y al fracaso de las medidas adoptadas para enfrentarla, lo cual trae como consecuencia la imperiosa necesidad de proveer un nuevo modelo de seguridad —con sus conexiones con la justicia penal— que frene y revierta la criminalidad. La aplicación de ese modelo tomaría en cuenta una serie de medidas preventivas vinculadas con diversos temas y problemas sociales, no sólo la actuación persecutoria de los delitos.

La reforma constitucional propuesta implicó cambios de gran calado en preceptos de la parte dogmática y de la parte orgánica de la ley suprema, a saber: los artículos 10, 16, párrafo quinto; 21, párrafo noveno y párrafo décimo y su inciso b); 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XXIII; 76, fracciones IV y XI, y 89, fracción VII; adiciones como párrafos décimo primero, décimo segundo y décimo tercero al artículo 21; y derogación de las fracciones XV del artículo 73 y I del artículo 78, todos bajo el común denominador de la Guardia Nacional.

El proceso corrió con intensidad y visibilidad en las tres etapas que derivan del régimen de reforma constitucional: la primera, ante la Cámara de Diputados, instancia de origen; la segunda, ante el Senado, y la tercera, ante las legislaturas de las entidades federativas, con arreglo al proceso dispuesto por la ley suprema. También implicó consultas a diversos opinantes en distintos sectores: gobierno y sociedad civil, como adelante mencionaré. En los términos de las disposiciones constitucionales vigentes, una vez alcanzada la aprobación del Congreso federal, hubiera bastado con la de diecisiete congresos locales, pero se optó por aguardar a que todas las entidades de la Unión aprobaran los cambios. Esto daría mayor legitimidad —se dijo— a la reforma que finalmente rigiera.

Ante las dos cámaras del Congreso de la Unión se desarrollaron intensos debates y se emitieron varios dictámenes, que recogieron el resultado de aquéllos, y en ocasiones aportaron algunas variantes a los planteamientos originales. En la deliberación realizada ante los cuerpos legislativos —y, desde luego, en el debate público, que fue importante y vehemente— intervinieron tanto los propios integrantes del Congreso como los gobernadores de los estados, presidentes municipales, académicos, miembros de organismos públicos diversos y representantes de corporaciones de la sociedad civil. Todos comparecieron ante los legisladores y dieron cuenta de un amplio conjunto de observaciones.

Los dictámenes elaborados para informar el criterio de los cuerpos legislativos fueron los siguientes, que menciono en orden cronológico: 1) de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, el 21 de diciembre de 2018 (al que se agregaron opiniones de las comisiones de Seguridad Pública y de Gobernación); 2) de la misma comisión, el 16 de enero siguiente, que revisó el anterior; 3) de las comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, el 19 de febrero de 2019, a partir de la minuta remitida por la cámara de origen; 4) revisión de aquél acordada por la Junta de Coordinación Política y representantes de los grupos parlamentarios, el 20 de febrero, y 5) documento final en la Cámara de Diputados (considerando la remisión del proyecto por parte del Senado), del 28 del mismo mes. Hubo prácticamente unanimidad favorable —con salvedad de un voto— tanto en la Cámara de Senadores como en la de Diputados. En la noticia sobre el éxito de la votación se proclamó el carácter democrático del proceso, que permitió alcanzar ese resultado.

Es necesario considerar en esta reseña, igualmente, las reformas incorporadas en el mismo periodo de trabajos legislativos en otros preceptos constitucionales, en virtud de la conexión que guardan con los que he mencionado, y atendiendo al hecho de que todos ellos han traído consigo un nuevo régimen penal, determinado por motivos comunes y atento a los mismos problemas de inseguridad pública. En consecuencia, me referiré también a dos figuras del nuevo derecho mexicano, que surgieron en 2008 y anidaron en la reforma de 2018-2019.

Esas figuras, muy preocupantes en concepto de numerosos analistas y de buena parte de la opinión pública, son: *a)* la prisión preventiva oficiosa —regulada por la reforma de 2008 y modificada por la de 2019—, a la que se refirieron el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores (cuerpo de origen de esta reforma), el 6 de diciembre de 2018, y los dictámenes formulados en la de Diputados (revisora) el 16 de enero de 2019 y el 19 de febrero siguiente, y *b)* la extinción (o privación) de dominio, regulada en los artículos 22 y 73, fracción XXX, de la Constitución, promovida en la Cámara de Diputados el 30 de marzo de 2017, con dictamen favorable del 28 de abril del mismo año, remitida al Senado y dictaminada el 15 de noviembre de 2018, con retorno a la Cámara de Diputados y dictamen en ésta el 18 de diciembre.

El punto central que abordan el Plan de Seguridad y Paz, de 2018, la iniciativa de los legisladores de Morena y la más amplia reforma constitucional de 2019, tiene que ver con la institución a cargo de la prevención e investigación de los delitos; esto es, la función de policía en sentido estricto. El Constituyente de 1916-1917 distinguió claramente entre la policía investigadora —entonces llamada “judicial”— y la administrativa, preventiva o gubernativa, sin funciones de investigación criminal. Este deslinde se moderó, e incluso se diluyó en el curso de varias décadas.

Acerca de la policía, personaje crucial del sistema penal, ha habido —y hay, por supuesto— fuertes señalamientos críticos y constantes requerimientos de profundo cambio en la organización y el desempeño policial. Generalmente ha sido desfavorable el concepto social en relación con la policía; el descrédito se incrementó en los últimos años. En un importante documento generado en 2011 por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, denominado *Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia*, consecuencia de una conferencia internacional celebrada en ese año, se instó a llevar a cabo una reforma de fondo que aportara un nuevo modelo policial.

En ese documento de 2011 se dijo que “la reforma policial parte de la responsabilidad política de construir políticas públicas democráticas de seguridad: la policía sigue a la política de seguridad, y ésta a la política social”. Asimismo, se insistió en que “de la construcción de comunidades seguras y policías modernas y profesionales en los municipios se sigue el establecimiento de Estados seguros, y de un país seguro. Nunca es al revés. La reforma policial debe apuntar a la configuración de una policía más civil, democrática y eficiente, con un amplio reconocimiento ciudadano”. En seguida, se afirmó que “la base original para construir esas políticas públicas es el municipio, que es el punto a partir del cual se deben enfocar los esfuerzos de reconstrucción policial para trascender posteriormente a las esferas estatal y federal”.

La reforma de 2019 marchó por otro rumbo. El énfasis se depositó en: a) una nueva corporación (con ciertos antecedentes históricos, que no viene al caso analizar ahora), la Guardia Nacional, diseñada —se dijo— a ejemplo de instituciones similares que han arraigado en otros países y alcanzado en ellos buenos resultados; b) la reorientación de las fuerzas armadas hacia tareas de seguridad pública, reorientación anunciada expresamente en el

Plan Nacional al que me he referido, y *c*) cierta consideración —que estimo menor y carente de eficacia— con respecto a las corporaciones policíacas locales (estatales y municipales), que en concepto de muchos observadores y al amparo de la experiencia y de los resultados acumulados hasta ahora debió ser la pieza primordial de la seguridad pública.

Adelantaré aquí que los dos extremos más relevantes del examen desarrollado dentro y fuera del Congreso con respecto a la reforma constitucional emprendida a partir del Plan Nacional y la iniciativa presentada por los diputados de la fracción parlamentaria de Morena fueron, por una parte, la distribución de facultades y tareas entre las autoridades federales y locales, mirada desde la óptica del sistema federal que hemos adoptado (siempre en movimiento), y por otra parte, el carácter civil o militar que se desea imprimir a la función del Estado sobre seguridad pública, y por lo tanto, la naturaleza y la orientación de los organismos que tienen a su cargo —y tendrán, en el futuro— el cumplimiento de esa función. Se discutió ampliamente la merma de facultades de las autoridades locales que provocaría la propuesta de reforma constitucional, y se manifestó reiteradamente el temor que suscita la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad pública: “militarización” de la seguridad, fue un concepto frecuentemente mencionado.

En los últimos años se ha dispuesto crecientemente de las fuerzas armadas para apoyar acciones en materia de seguridad pública. La circunstancia de grave inseguridad y la incompetencia de las corporaciones policíacas ordinarias para afrontar la delincuencia, especialmente en su expresión de “crimen organizado”, favoreció la intervención constante del ejército y la armada, que halló un marco político y social en la llamada “guerra contra el narcotráfico”, estrategia dominante en el curso de varios lustros, hoy severamente criticada.

Esa política no tuvo asidero constitucional claro y suficiente, tomando en cuenta la disposición constitucional que limitaba el quehacer de esas fuerzas en tiempo de paz. En efecto, el artículo 129 de la ley suprema dispuso: “en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. Y es claro que la seguridad pública —a diferencia de otras vertientes de la seguridad, como la nacional— no tiene esa exacta conexión, sin perjuicio de que las cosas ocurran de otra manera en circunstancias críticas y bajo la responsabilidad última de la autoridad civil.

En virtud de que el empleo de las fuerzas armadas en el ámbito de la seguridad pública motivó constantes debates, surgió la necesidad de “legitimar” su presencia a través de una legislación adecuada a la circunstancia en la que aquéllas operaban. Fue así que se expidió la cuestionada Ley de Seguridad Interior, promovida por el Ejecutivo, aprobada por el Congreso de la Unión y publicada el 21 de diciembre de 2017. La aparición del mencionado ordenamiento se acompañó con frecuentes cuestionamientos. La ley tropezó en la Suprema Corte de Justicia, que la declaró inconstitucional en sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas, notificada al Congreso de la Unión el 15 de febrero de 2018. Por lo tanto, quedó un “vacío” en este espacio de la actuación del Estado, vacío insatisfactorio y peligroso.

La legislatura y el gobierno electos en 2018 optaron por dar un giro a esta normativa, giro que se produjo al amparo de la discusión sobre la Guardia Nacional, a la que aludiré adelante. En el marco de ese importante viraje se resolvió y expuso el reencauzamiento de las fuerzas armadas; para ello era necesario reformar la Constitución. En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional del 20 de noviembre de 2018, documento medular del cambio, se indicó: “el Estado no puede asegurar el cumplimiento de la legalidad ni construir la paz sin el concurso de los institutos armados. El retiro de los soldados y marinos de las tareas de seguridad pública colocaría a diversas regiones y a sus habitantes en una total indefensión ante la criminalidad organizada”.

En consecuencia, se propuso remontar las restricciones estatuidas en el artículo 129 de la ley suprema y facultar a las fuerzas armadas para intervenir en materia de seguridad pública. A fin de conciliar la necesidad de esta medida con la oposición que suscitaba, el Congreso introdujo un criterio de temporalidad que acota —pero ciertamente no modifica esencialmente— la intervención militar en asuntos de seguridad. El artículo quinto transitorio del decreto de reforma constitucional, laboriosamente construido, dispone:

Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto (de reforma), en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria.

La misma disposición transitoria añadió un dato relevante para la conducción militar hacia la seguridad pública. Ordenó que el Ejecutivo —esto es, el presidente de la República, precisamente— informará sobre “el uso de esta facultad” en la presentación del informe anual que debe rendir al Senado sobre las actividades de la Guardia Nacional, conforme a la nueva redacción de la fracción IV del artículo 76 constitucional.

En otra ocasión he observado que el artículo quinto transitorio al que me referí se propone acomodar la Constitución a las condiciones de la realidad. Pone de manifiesto que es imposible prescindir de la presencia de las fuerzas armadas en el sector de la seguridad pública; es decir, en el enfrentamiento de la delincuencia. Consecuentemente, la nueva norma transitoria dota a las fuerzas armadas, del marco jurídico constitucional que no se había logrado anteriormente. De esta suerte, coloca a aquéllas en funciones de policía y abre un periodo de prueba de los compromisos políticos y jurídicos inherentes a la reforma constitucional y a la nueva política de defensa social, e implícitamente reconoce que la plena integración y operación de la Guardia no se logrará en muy corto plazo.

En el proceso de la reforma se aludió constantemente al indispensable deslinde entre el quehacer policial y la actividad militar, que toma en cuenta las funciones de cada corporación y las características que revisten la vocación y la preparación de sus respectivos integrantes. Entró en el escenario el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada vez más invocada en México. Fue así como en dicho proceso de reforma se invocó la jurisprudencia de ese tribunal supranacional, que acepta cierta intervención militar cuando no existe otra vía para brindar seguridad a la sociedad y combatir la criminalidad, sujetando esa intervención a una serie de principios que fijan sus fronteras, y que los autores de nuestra reforma constitucional dicen haber observado. Los criterios del tribunal regional corresponden —con diversos antecedentes de la misma jurisdicción— a la sentencia dictada en el *caso Alvarado Espinoza vs México*, el 29 de diciembre de 2009.

En aquella sentencia se afirma que la intervención de las fuerzas armadas deber ser:

- a) Extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario

en las circunstancias del caso; —b) Subordinada y complementaria, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial; —c) Regulada, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y —d) Fiscalizada, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.

Como señalé, la institución de la Guardia Nacional es una pieza básica en las reformas normativas e institucionales en la materia que estoy comentando. Dadas las características de esta reseña legislativa, dejaré de lado los antecedentes de esta figura en el orden constitucional mexicano, y tampoco me ocuparé de las características que revisten ciertas instituciones extranjeras, que pudieran resultar similares a la mexicana —cuyos autores proclamaron este parentesco, fuente de inspiración de la reforma—, pero obedecen a las circunstancias propias de los países y las épocas en las que surgieron, muy diferentes de las nuestras. Obviamente, es importante e incluso indispensable el estudio comparado de las instituciones y las disposiciones, pero en todo caso se requiere, para que ese estudio devenga orientador y eficaz, tomar en cuenta —también comparativamente— las circunstancias en las que surgen y se desarrollan las normas y los organismos que éstas instituyen.

Antes de la reforma de 2018-2019, la Guardia Nacional se asociaba tanto a la jurisdicción federal como a las atribuciones de las entidades federativas. La reforma de 2019 excluyó la vinculación con los estados y abrió la puerta a la idea de coordinación entre los organismos federales y los estatales. En el arranque del proceso, la iniciativa de reforma constitucional de los legisladores de Morena planteó una adición al artículo 21 constitucional, que diría: “La Guardia Nacional es una institución del Estado que participará en la salvaguarda de la libertad, la vida, la integridad, y el pleno ejercicio de los derechos de todas las personas, protegiendo su seguridad, sus bienes, así como preservar el orden, la paz pública, los bienes y recursos de la Nación”. La iniciativa de los diputados, que en su conjunto tenía un fuerte tono militarista, invocó “razones de peso, tanto de índole histórica como internacional, para adscribir a la nueva corporación al ámbito castrense”; la Guardia “nace como una institución adscrita al mando castrense”.

Merced a la fuerte presión de los opositores a una reforma constitucional de esa naturaleza, en la propia Cámara de Diputados se afirmó el carácter “civil, disciplinado y profesional” de la Guardia Nacional, a título de institución de seguridad pública, y se postuló inscribir la siguiente fórmula en el antepenúltimo párrafo del artículo 21: la Federación

...contará con una institución policial de carácter y dirección civil denominada Guardia Nacional, responsable de las tareas de seguridad pública para la salvaguarda de la vida, la libertad, la integridad y el patrimonio de las personas, la preservación de los bienes y recursos de la Nación, así como la colaboración con las entidades federativas en los objetos anteriores.

Desde luego, la regulación propuesta, atenta al debate que se desarrollaba en el Congreso y fuera de él, debió ocuparse en un tema de gran importancia, cuya solución acogiera los planteamientos en pugna. Por ello, el dictamen de los diputados del 16 de enero de 2019, que moderó los términos de la iniciativa, señaló que la Guardia Nacional quedaría “adscrita a la Secretaría del ramo de Seguridad”, pero también declaró que la Guardia “tendrá una Junta de Jefes de Estado Mayor compuesta por integrantes de las dependencias de los ramos de Seguridad, Defensa Nacional y Marina”.

En el mismo rumbo conciliador, el segundo dictamen de los diputados destacó la condición policial de la Guardia y su actuación en el marco de los principios constitucionales: “la formación, la capacitación y el desempeño de los integrantes de la Guardia Nacional se regirán por una doctrina policial fundada en la disciplina, el acatamiento de las órdenes superiores, el respeto a los derechos humanos y la perspectiva de género en el ejercicio de sus funciones”.

En la norma finalmente aprobada, el antepenúltimo párrafo del artículo 21 indicó que “la Federación contará con una institución policial de carácter civil denominada Guardia Nacional, cuyos fines son los señalados en el párrafo noveno de este artículo”; es decir, aquellos asignados a la función de seguridad pública: “salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes de la materia”.

Este régimen se atendería a los principios que han figurado en el mismo párrafo del artículo 21 a propósito de la función de seguridad a cargo del Estado: “legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos previstos en esta Constitución”. Estos derechos son los mencionados literalmente en la propia ley suprema, al igual que los reconocidos en tratados internacionales, conforme a las estipulaciones de los artículos 1o. y 133 de la Constitución. En el enunciado de los fines a los que atenderá la Guardia Nacional se agrega “la coordinación y colaboración con las entidades federativas y municipios, así como la salvaguarda de los bienes y recursos de la Nación”.

En artículos transitorios del decreto de reforma constitucional quedó estatuida la integración de la Guardia, a partir de tres corporaciones, de las que se toman los efectivos que constituirán aquélla: Policía Militar, Policía Naval y Policía Federal (artículo segundo). Obviamente, la Guardia Nacional es un cuerpo mayoritariamente militar, que predomina en el panorama total de la policía del país.

Hubo un alivio a la excesiva centralización a través del artículo 4o. transitorio previsto en el dictamen de los diputados del 16 de enero de 2019, que señaló: “El Sistema Nacional de Seguridad Pública implementará un esquema de fortalecimiento del estado de fuerza y las capacidades institucionales de los cuerpos policiales, bajo objetivos cuyos resultados sean verificables”. No dejaré de reiterar mi punto de vista, que coincide con el parecer de muchos especialistas en esta materia, e incluso de opinantes de diversos sectores sociales, en el sentido de que es verdaderamente indispensable fortalecer a las corporaciones policiales locales, sean estatales, sean municipales. Son éstas las instancias familiares para los ciudadanos en sus propias comunidades, que atienden cotidianamente, y cuyas características y necesidades conocen o deben conocer puntualmente.

En otro texto se previno, recogiendo sugerencias previamente aportadas en el proceso de reforma y reelaboradas para dar paso al consenso parlamentario, que la Guardia contaría con una “instancia de coordinación operativa interinstitucional formada por representantes de las secretarías del ramo de Seguridad, de la Defensa Nacional y de Marina”.

El artículo sexto transitorio del decreto de reforma, que también se refiere detalladamente a la conformación y funcionamiento de la Guardia Nacional y a la homologación de disposiciones aplicables a ésta y a la fuerza armada permanente, encomienda esa tarea a las secretarías de Se-

guridad y de Defensa y Marina, que la cumplirán a lo largo de cinco años. Parece que una vez transcurrido ese plazo las fuerzas armadas retornarán a sus cuarteles, puesto que ya se contará con una Guardia Nacional suficiente y competente para contener el asedio del crimen.

No han faltado expresiones de escepticismo con respecto a ese retorno de las fuerzas armadas a sus cuarteles. Sucede que la asunción de nuevas atribuciones y la ocupación de nuevos espacios de poder constituyen factores poderosos para la redefinición de las instituciones y la previsión de su porvenir. Difícilmente se prescindirá de esas atribuciones y se abandonarán esos espacios. Sin embargo, conviene mantener en vigilia la expectativa de regreso a la normalidad, que implicaría la revisión y reversión de muchas decisiones adoptadas para hacer frente a circunstancias que consideramos excepcionales, sustento de medidas que también revisten ese carácter.

En este mismo orden de consideraciones, corresponde analizar la injerencia de la Guardia Nacional en la investigación de los delitos. Al respecto, tómesese en cuenta que el artículo 21 de la Constitución ordena que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”. Antes de que se contara con una reglamentación de los mandamientos constitucionales, era natural que los analistas de esta materia se preguntaran si subsistiría la facultad indagatoria de delitos que se pretendió atribuir a la Guardia Nacional, considerando que ésta es una institución policial, y que por eso podría caer en el término genérico “policías” que utiliza el primer párrafo del artículo 21 de la ley suprema.

Esa interrogante ha encontrado respuesta, no necesariamente alentadora, en el artículo 7o. de la nueva Ley de la Guardia Nacional, emitida para reglamentar la reforma constitucional sobre esta materia, y publicada el 27 de mayo de 2019. La fracción III de este precepto señala que la Guardia tendrá a su cargo “investigar la comisión de delitos, bajo la conducción y mando del Ministerio Público competente en el ejercicio de esta función”. Como se advierte, queda de manifiesto que la Guardia tiene atribuciones investigadoras, a la manera de los cuerpos policiales previstos en el artículo 21 constitucional. Asimismo, del citado artículo 7o. se desprende que esas investigaciones podrán realizarse a instancia del Ministerio Público “competente”. La expresión pudiera abarcar tanto al M. P. federal como al local, en sus respectivas competencias.

La reforma constitucional atribuye al Senado la compleja función de “analizar el informe anual que el Presidente de la República” le presente acerca del desempeño y los resultados de la Guardia (artículo 76, fracción IV); pero la Constitución misma no prevé la consecuencia de ese informe. También compete al Senado “analizar y aprobar la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, en el plazo que disponga la ley, previa comparecencia del titular de la secretaría del ramo. En el caso de que el Senado no se pronuncie en dicho plazo, ésta se entenderá aprobada” (*idem*, fracción XI). Esta facultad se relaciona con las prevenciones contenidas en los artículos 21, penúltimo párrafo, y transitorio cuarto, 2, 8.

La Ley de la Guardia Nacional se refiere al control parlamentario por parte del Senado a propósito del informe anual de actividades de la Guardia Nacional. Prevé un detallado conjunto de datos (artículo 97), a los que el Ejecutivo deberá agregar los que solicite, en su caso, la Cámara de Senadores (artículo 98), que “analizará y, en su caso, aprobará el informe dentro del mismo periodo ordinario de sesiones en el que haya sido presentado”.

Hasta aquí el panorama de las normas constitucionales más relevantes acerca de la pieza fundamental acogida por el sistema penal para enfrentar la delincuencia: una pieza que militariza —directa o indirectamente— la función de seguridad pública a cargo del Estado mexicano y pone el mayor acento en la corporación federal integrada a toda velocidad, no tanto en la recomposición de las policías locales.

Como señalé en las líneas iniciales de esta nota, paso a reseñar otras dos aportaciones de las reformas constitucionales aprobadas en 2019 para prevenir y combatir la delincuencia, a saber: la prisión preventiva oficiosa y la extinción de dominio, que han suscitado, al igual que las anteriormente examinadas, un fuerte debate.

Para examinar la figura de prisión preventiva oficiosa, adoptada con gran acento en 2008 y extremada —bajo fuertes críticas— en 2019, es preciso recordar que la prisión preventiva misma es una medida cautelar que anticipa la restricción de algunos derechos —ante todo, el de libre desplazamiento personal— a la condena del imputado. Al igual que otras medidas cautelares, entra en tensión manifiesta con el principio —o presunción— de inocencia: ¿cómo afectar derechos de quien no ha sido procesado y condenado como responsable —probablemente— de un delito que efectivamente no ha cometido?

Sin dejar de advertir las contradicciones que surgen en la tensión entre el principio de inocencia y la restricción de derechos del imputado, los analistas de la prisión preventiva aceptan la procedencia de ésta en determinados supuestos: *a)* riesgo de que el imputado se sustraiga a la justicia; *b)* probabilidad de que aquél altere la marcha del proceso sustrayendo o destruyendo pruebas, y *c)* peligro que surge para otros participantes en el proceso, particularmente la víctima de la conducta ilícita. Este encauzamiento de la prisión preventiva implica un análisis casuístico de cada caso, que debe ser revisado y resuelto en sus propios términos, judicialmente, no a partir de “prejuicios legislativos” que se extiendan sobre “series” de casos en función del delito supuestamente cometido, y que excluyan el examen judicial y las consecuentes facultades (y responsabilidades) del juzgador.

Nuestra Constitución acoge tanto lo que podríamos llamar prisión preventiva ponderada, sujeta a la petición razonada del Ministerio Público y a la decisión reflexiva y motivada del tribunal, como lo que se ha denominado prisión oficiosa; esto es, necesaria, automática (puesto que no se pone en manos del tribunal la “posibilidad” de acordarla o prescindir de ella, sino se le ordena aplicarla), que no está sujeta al mismo razonamiento individualizado, sino sólo al delito que se atribuye al imputado. Es notorio que semejante imposición legislativa desconoce la naturaleza de la medida cautelar y le confiere un alcance que le es extraño.

En el proceso de la reforma de 2019 sobre seguridad y Guardia Nacional se llevó adelante la revisión del texto que la ley suprema adoptó en 2008 a propósito de la prisión preventiva oficiosa (artículo 19 constitucional). En esta materia, los antecedentes se localizan tanto en dicha reforma de 2008 como en varias iniciativas de reforma constitucional presentadas a la Cámara de Senadores y dictaminadas, en conjunto, el 28 de noviembre de 2018. La minuta aprobada por el Senado y enviada a la Cámara de Diputados se sustentó en un dictamen senatorial del 6 de diciembre de 2018. Una vez recibida la minuta en la Cámara de Diputados, se dictaminó el 19 de febrero de 2019. El pleno de esta cámara no acogió los términos del dictamen y optó por la regulación adoptada en la Cámara de Senadores.

A partir de 2008 y antes de la reforma de 2019, los supuestos genéricos de prisión preventiva oficiosa correspondían a delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas (agregada en

2011), delitos cometidos con medios violentos, como armas y explosivos, así como “delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”. Desde luego, estas últimas categorías abren la puerta a infinidad de hipótesis, provistas por la razón o la imaginación del legislador. Es uniforme la convicción —por la naturaleza misma de las cosas— de que el homicidio es privación de la vida (con diversas modalidades), pero no lo es el contenido de la expresión “libre desarrollo de la personalidad”, que puede implicar muy diversas figuras delictivas, además de las que últimamente ha recogido.

El dictamen elaborado en la Cámara de Diputados, que actuó como instancia revisora, pretendió reducir el amplio conjunto de supuestos de aplicación de la prisión preventiva aprobado por los senadores. Sin embargo, esta moderación no prevaleció, y el pleno de la Cámara volvió a la relación extensa, desatendiendo los criterios acuñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a los principios que es preciso observar para dar cierta racionalidad a la aplicación de esa medida cautelar. Esto implicará, naturalmente, el aumento de la población carcelaria de presos sin condena, que se había reducido en los últimos meses.

En la Cámara de Senadores se agregaron otros delitos, extremando así la aplicación de la prisión preventiva. En definitiva, el catálogo de hipótesis incluyó abuso o violencia sexual contra menores, feminicidio, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del ejército, la armada y la fuerza aérea. Tras esas expresiones genéricas contenidas en la Constitución, conviene examinar cuál es el verdadero número de supuestos ilícitos abarcables, a discreción del legislador secundario, bajo algunos rubros propuestos por el Senado.

El artículo cuarto transitorio del decreto de reforma constitucional sobre esta cuestión ordena evaluar el régimen de prisión oficiosa “para determinar la continuidad de su aplicación, a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia” de dicho decreto. La revisión abarcará tanto “la eficacia de esta medida cautelar” como “la eficiencia del sistema pe-

nal acusatorio”, tomando en cuenta para ello diversos elementos —“críticos”— provistos por fuentes oficiales y por organismos de protección de los derechos humanos. Es plausible, a mi juicio, que se lleve a cabo tanto la evaluación de la prisión preventiva oficiosa como del llamado sistema procesal acusatorio en su conjunto, para reflexionar sobre sus fortalezas —que las tiene— y sus debilidades —que han sido— frecuentemente señaladas.

Es pertinente aludir en esta reseña a otra medida penal de suma importancia adoptada por la reforma de 2019: la privación o extinción de dominio, engendrada por la de 2008, que durante los años de su aplicación no arrojó el éxito práctico que esperaban sus partidarios. Con frecuencia he indicado, y ahora reitero, que esta reforma de 2008 no sólo bifurcó el sistema penal mexicano, separando la regulación aplicable a la delincuencia ordinaria de la que se aplica a la organizada —y a otras expresiones de criminalidad—, y recogiendo así retazos del derecho penal del enemigo, sino también aportó novedades que “harían fortuna” —pero no para bien del Estado de derecho y la justicia, en mi concepto— en los años y las normas siguientes. Ahora tenemos una triple vía para enfrentar las consecuencias de los delitos: la ordinaria y tradicional, la especial acogida en 2008 (sobre la huella de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996) y la “civil”, concerniente a la extinción.

La medida de extinción de dominio, conocida en otras legislaciones que el Constituyente mexicano invocó como modelos (Estados Unidos, Honduras, Guatemala, Colombia, Italia, Brasil y Argentina), se propone afectar recursos de delincuentes —o de supuestos delincuentes, e incluso de incautos ciudadanos, inocentes de cualquier delito—, a través del apoderamiento de aquéllos por parte del Estado, que de esta suerte vulnera las fuentes de abastecimiento, los medios materiales y los rendimientos económicos de los delincuentes. Por supuesto, estos fines son plausibles, e incluso indispensables, pero la consideración de la materia no puede detenerse en la pertinencia de los fines, sino también examinar la legitimidad de los medios con los que se pretende alcanzar aquéllos.

Cuando la privación de dominio llegó al artículo 22 constitucional, en 2008, se dijo que el correspondiente procedimiento sería “autónomo del de materia penal”. Esta afirmación consume una verdadera transmutación de los contenidos de las medidas que contempla. En efecto, la privación de marras se halla directa e inexorablemente vinculada con

delitos, que son materia del derecho penal y debieran serlo del procedimiento respectivo.

Los supuestos de procedencia de la privación o extinción bajo la reforma de 2008 al artículo 22 constitucional fueron los siguientes, todos ellos constitutivos de delitos: delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, asociados a un conjunto de bienes señalados por el propio texto constitucional

En este campo, la reforma de 2019 se extendió sobre los artículos 22 y 73, fracción XXX, de la ley suprema. En el dictamen de los diputados del 11 de diciembre de 2018 se dijo que “la acción de extinción de dominio no reprime la realización de conductas penales (*gloso*: supongo que se quiso decir punibles o típicas penales), en consecuencia, no es en sí misma el castigo de quien ha violado la norma penal”. Y el documento agregó, ahora con razón, que aquella extinción, “dentro de la estrategia de seguridad pública es considerada para atacar los fondos económicos con los cuales la criminalidad organizada corrompe y destruye la institucionalidad del Estado”.

La argumentación insiste en la línea asumida desde la adopción de la figura en México

...la Extinción de Dominio (*gloso*: así en el original, con iniciales mayúsculas) es el procedimiento más eficaz para la recuperación de activos, ya que, como ha quedado mencionado, será de índole diferente al procedimiento jurisdiccional penal, siendo ahora un procedimiento, también jurisdiccional, pero de naturaleza civil, con un estándar probatorio diferente y acorde a la nueva naturaleza que se le pretende dar.

Esto hará que el método “no penal” adoptado resulte “eficaz y viable”, además de que “no choca”, en modo alguno, sigue diciendo el dictamen, con “el marco de respeto a los derechos humanos”.

Cuando la privación de dominio apareció en el escenario del artículo 22 constitucional, hace relativamente poco tiempo, se dijo que ese procedimiento (jurisdiccional y, obviamente, “autónomo del de materia penal”, aunque todos sus supuestos fueran evidentemente delictuosos) procedería en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, con respecto a un conjunto de bienes señalados por el propio texto constitucional.

La reforma de 2018-2019 al artículo 22, que establece un complejo conjunto de medidas de cooperación entre autoridades de diversos órdenes de gobierno, revisó y amplió el catálogo, al fijar una extensa relación de delitos para la aplicación de esta medida “no penal” que tiene su raíz en comportamientos “sí penales”: hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

La reforma al artículo 73 prevé la emisión de una ley de alcance nacional acerca de la privación de dominio. De esta suerte, avanza en el camino de la concentración de atribuciones penales en manos de la Federación —concentración que es centralización, aunque se hable de federalización—, y con ello modifica, como lo han hecho otras disposiciones de la misma o semejante naturaleza, el modelo del federalismo mexicano. Con esta referencia no pretendo cuestionar la concentración racional de la materia penal sustantiva en un solo ordenamiento —objetivo altamente deseable— como ya se ha hecho en el ámbito del procedimiento penal, las alternativas al proceso, la ejecución de condenas y la atención de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Desde luego, las cuestiones controvertibles que suscita esta afectación del dominio de una persona —cuestiones que erosionan derechos fundamentales, primordialmente el de propiedad y el debido proceso conducente a afectarla— no se hallan sólo en el precepto constitucional. Aparecen, muy abundantes, en la ley reglamentaria del 9 de agosto de 2019, que permite desposiciones fulminantes, antes de que se cuente con decisiones judiciales de fondo —desposiciones que corresponden a la lógica que informa la medida—. La desposesión puede verse seguida por una asignación o disposición del bien, en licitación o en acuerdo directo, bajo la capa de programas de utilidad social.

Me he referido en la presente reseña a disposiciones constitucionales. Éste es el límite del somero examen que he desarrollado. Empero, hay muchas otras expresiones recientes de lo que creo pertinente denominar una regresión penal, muy inquietante y ominosa. Mencionemos, sólo por ejemplo, las reformas al Código Penal de Tabasco, del 31 de julio de 2019, que la *vox populi* bautizó como “ley garrote”; los cambios y agravamientos en el Código Penal de la Ciudad de México, del 1o. de agosto

de 2019 —normas vigentes todas ellas— y las reformas aprobadas por el Congreso de la Unión (aunque todavía no publicadas al tiempo de formular este comentario) acerca de diversos delitos fiscales, cuya comisión puede quedar encuadrada bajo el concepto de delincuencia organizada y acarrear, por ende, la aplicación de prisión preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

HERZOG, Tamar. 2019. *Una breve historia del derecho europeo: los últimos 2500 años*, Madrid, Alianza Editorial.

La primera noción del derecho que solemos aprender en las aulas es que se trata de un conjunto de normas que imponen obligaciones o reconocen potestades y prerrogativas para regular la vida en sociedad, y que para ser válidas estas normas deben ser vigentes y haber sido creadas conforme a un proceso determinado. Si además los cursos enfatizan en su aspecto práctico, como instrumento para la resolución de controversias, terminamos por imaginar al derecho como algo dado, atemporal.

Esta idea del derecho como una realidad independiente funciona como una suerte de recurso metodológico para estudiar las categorías, conceptos y procedimientos que ejercemos en los tribunales, pero sacrifica el enorme potencial del enfoque jurídico para comprender los fenómenos sociales y culturales que han dado forma al mundo como lo conocemos.

Consciente de estas limitantes formativas, la historiadora del derecho Tamar Herzog ha apostado por los estudios interdisciplinarios para explorar cómo ha colaborado el derecho en la construcción e imaginación del pasado. Profesora de la cátedra Monroe Gutman de Estudios Latinoamericanos, Radcliffe Alumnae profesor en el Departamento de Historia de la Universidad de Harvard y profesora asociada de la Facultad de Derecho de Harvard, Tamar Herzog se ha especializado en historia latinoamericana, así como en las relaciones entre España y Portugal y sus transformaciones a partir del proyecto colonial.

Herzog ha realizado notables contribuciones a la historia del derecho, particularmente con respecto a la época colonial, con obras de amplia referencia, entre las que destacan *Mediación, archivos y ejercicio: los escribanos de Quito (siglo XVII-XVIII)* (1996), *Ritos de control, prácticas de negociación: pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)* (2000) y *Vecinos y extranjeros. Hacerse español en la edad moderna* (2006), así como múltiples obras colectivas y alrededor de cien artículos y capítulos en libros y revistas especializadas. Su último libro, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia* se publicó en 2018, y un año más tarde fue traducida al español y al chino.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1731-1736.

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

De acuerdo con la autora, al escribir *Una breve historia del derecho europeo: los últimos 2500 años*, su objetivo central fue aportar una obra útil para estudiantes y profesores, que proporcionara algunas claves para cuestionar los procesos que condujeron la formación del derecho en Europa y para comprender su enorme influencia en otras partes del mundo.

Tamar Herzog logra que este libro no sea exclusivo para quienes están familiarizados con el derecho; su lenguaje claro y conciso, así como su estructura con apartados sintéticos, permiten que pueda ser consultado por estudiantes, profesores y público sin una formación propiamente jurídica, aunque es un referente idóneo para introducir un enfoque histórico en los estudios del derecho y para adquirir un panorama general sobre su evolución en Occidente.

La narración toma como punto de partida el surgimiento del derecho en Roma durante la antigüedad, como una alternativa a la violencia para solucionar conflictos y garantizar el orden; si bien en sus inicios se aplicaba únicamente a los ciudadanos, Herzog explica cómo con la extensión de la ciudadanía logró imponerse como un orden jurídico en todo el imperio: al ampliar sus sujetos amplió la validez del sistema jurídico, lo cual le permitió asegurar las conquistas y consolidar su dominio sobre un vasto territorio alrededor del Mediterráneo.

Desde entonces, el derecho romano se mantiene como el hilo conductor de los sistemas normativos en Europa y posteriormente de una gran parte del mundo. Lejos de ser un elemento estable, las múltiples revisiones, variaciones e intentos de sistematización que se refieren a lo largo de la obra, así como la escisión del imperio en el siglo V, nos llevan a cuestionarnos cuándo inicia y cuándo termina el derecho romano, y cómo podríamos identificarlo en el presente.

Aunque su influencia en las instituciones y figuras jurídicas actuales no es una novedad, los aspectos esenciales del derecho romano que destaca Herzog dan cuenta de cómo el derecho se ha construido sobre tradiciones, rituales y creencias, en una inalcanzable búsqueda por soluciones y fundamentos universales que puedan aplicarse a causas concretas.

A lo largo de 2,500 años, la justificación de la observancia de las normas ha encontrado lugar en fundamentos filosóficos, divinos, morales, políticos, racionales... por el año 312, anota la autora, con el reconocimiento del cristianismo como religión permitida en Roma, y aunque no en forma inmediata, la normatividad se vinculó a un credo compartido. Este

proceso fue enormemente significativo para el derecho y para la propia cohesión de Europa:

...los historiadores se han preguntado a menudo si el imperio fue devorado por la iglesia o la iglesia por el imperio. La mayoría coincide, no obstante, en que el cristianismo transformó Roma y que la sociedad romana transformó al cristianismo, y que, en el proceso, el derecho adquirió un carácter nuevo.

La integración del derecho romano con el cristianismo implicó profundas modificaciones en lo permitido y lo prohibido jurídicamente en relación con los pecados, en la regulación de la conducta conforme a los mandatos de la Iglesia, pero también en la estructura política y la legitimación del poder, que derivaron en la paulatina formación e imposición del derecho canónico en Europa. Este proceso también fue el preámbulo para una nueva organización social, política y económica, que se ha identificado como feudalismo.

A lo largo del texto, Herzog es cuidadosa en identificar y hacer notar aquellas cuestiones controversiales para la historia, y que funcionan como una invitación a una lectura crítica. El feudalismo es uno de estos aspectos. Ella cuestiona si existió como tal un sistema con las características que se le han atribuido o si más bien responde a una abstracción teórica para explicar lo que entonces sucedía.

Esta época, situada entre los siglos IX, X y XI, se define por sociedades estructuradas en torno a relaciones de dependencia personal entre individuos poderosos (señores) y poblaciones de súbditos o vasallos. Los señores adquirieron las funciones que ahora identificamos con el gobierno, como la vigilancia, la recaudación y la administración de justicia, que precedieron a la formación de monarquías y Estados. Asimismo, refiere la autora, durante el feudalismo germinó “el mito fundacional del consentimiento, el acuerdo y el intercambio como la base del poder político [que] con el tiempo se convertiría en el elemento central de la historia europea” (104).

Tamar Herzog también refuta la tesis ampliamente difundida sobre el desarrollo independiente del *common law* en Inglaterra con respecto al *ius commune* continental, pues encuentra grandes similitudes con el antiguo derecho romano, especialmente por lo que ve a las etapas de los

juicios: una primera fase de alegatos o *pleading* en Inglaterra y la intervención de un pretor en Roma; y una segunda, de evaluación de la causa a cargo de jurados y de *iudex*, respectivamente. Herzog identifica vínculos entre la creación *writs* en el *common law* con las “fórmulas” romanas como soluciones a casos concretos; ambas tendían a repetirse, registrarse, y finalmente regular nuevas situaciones jurídicas, como sucede actualmente con la jurisprudencia.

Entre muchos otros aspectos, el análisis del *common law* que ofrece el libro pone de relieve la fuerza de la costumbre como fuente de derecho y el complejo proceso de convertir la conquista normanda en un “no acontecimiento” al fomentar, entre los siglos XVI y XVII, un relato comúnmente atribuido a Edward Coke, que desvinculaba al *common law* de la justicia real —producto de la intervención del rey para juzgar causas— para, en su lugar, asociarlo al derecho consuetudinario inglés.

Naturalmente, este trabajo aborda la introducción del derecho europeo en las colonias de América, Asia y África, así como los cambios producidos por la colonización. Herzog expone cómo significó un verdadero conflicto, al menos para España, justificar jurídicamente la conquista y encontrar los fundamentos para extender la jurisdicción de la Corona a ultramar. El pensamiento de Francisco de Vitoria contribuyó a dilucidar los aspectos más cruciales para resolver ambas cuestiones, al tiempo que marcó los inicios de lo que se convertiría en el derecho internacional público.

El siglo XVIII fue decisivo en la historia del derecho europeo. La independencia de las colonias británicas en Norteamérica dio paso a la construcción de una nueva forma de Estado sobre la idea de la autodeterminación y el reconocimiento de derechos dados por el nacimiento, enunciados en un documento fundacional que se posicionó jerárquicamente por encima de los demás ordenamientos. Este modelo influenció a su vez la organización política de las naciones que emergieron como independientes durante el siglo XIX.

Para Herzog, de todos los cambios que ha sufrido el derecho europeo el más radical lo experimentó a partir de la Revolución francesa, que reclamó una revisión completa del sistema político y legal. Entre muchos otros elementos, introdujo la idea del ordenamiento jurídico como un medio para rediseñar la sociedad y una herramienta para limitar las pretensiones del absolutismo. El nuevo régimen abrazó la noción ilustrada del

individuo como categoría central; en el derecho, las promesas (ficciones) de igualdad llevaron a imaginar a un sujeto jurídico abstracto: un individuo poseedor de todos los atributos que merecían ser protegidos y que se consagraban en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

La legislación, creada por representantes del pueblo conforme a un procedimiento regulado, se convirtió en la principal fuente de derecho y marcó una clara separación del *ius commune*. Asimismo, señala Herzog, la aspiración de consolidar un derecho nacional en Francia que fortaleciera su soberanía representó el final del *ius commune* que se aplicaba en el continente.

Paradójicamente, al apelar a la razón humana como su principio básico, el sistema propuesto por Francia podía exportarse a otros territorios, lo cual de alguna forma justificó la empresa de Napoleón para implementarlo en Europa. La publicación en 1804 del Código napoleónico inauguró un fenómeno de codificación de las normas dentro y fuera del continente europeo; los modelos francés y germánico sirvieron como puntos de referencia, cuyas estructuras aún se conservan en gran parte de los códigos vigentes.

En la última parte del libro, Tamar Herzog presenta una síntesis de los principales tratados y acuerdos de integración económica y política en Europa desde 1951, y afirma que “desde el punto de vista legal la formación de la Unión Europea fue increíblemente importante, pues fue responsable del renacimiento de un nuevo derecho europeo común, en realidad, un nuevo y moderno *ius commune*” (321), que se recrea constantemente a partir de los desafíos que impone la globalización.

Tamar Herzog desarrolla éstas y muchas otras ideas con profundidad y elocuencia; para formularlas, recurre a ejemplos y a referencias de fuentes que contribuyen a la claridad de su explicación. La lectura deja varios mensajes; uno de ellos es que la historia del derecho sólo puede comprenderse a la luz de los fenómenos políticos, económicos y culturales, de los cuales el derecho es resultado y a la vez impulso; de ahí la necesidad de contextualizar a los sistemas jurídicos y de ser conscientes de las distintas versiones que determinan cómo imaginamos nuestro pasado.

Otra de las peculiaridades del libro es que muestra la evolución del derecho, al tiempo que lo asume como el punto de enfoque para pensar la historia de Occidente; es entonces un libro sobre la historia de Europa

desde la mirada jurídica. El derecho aparece como el sujeto histórico de un relato formado en más de dos mil años, una perspectiva que evoca la tendencia historiográfica francesa que se enfoca en el estudio de fenómenos de larga duración.

Una breve historia del derecho europeo: los últimos 2500 años es una obra que brinda respuestas; pero su lectura también multiplica las interrogantes que se tenían al inicio. Este es el mejor síntoma de un texto dirigido sobre todo a estudiantes, porque alienta a profundizar en cada etapa histórica y en los conceptos, procedimientos y figuras jurídicos que se introducen, así como en las producciones académicas de Tamar Herzog.

Por último, el derecho, tal como lo conocemos, no es la culminación de estos acontecimientos y transformaciones, pues el proceso histórico sigue vigente; nuestra época continúa la escritura del relato desde múltiples voces y lugares, con sus propios matices.

Alina CACHO ROBLEDOS VEGA*

* ORCID: 0000-0002-3087-8960. Abogada por la Universidad de Guadalajara y maestra en Estudios Sociales y Humanos por el Colegio de Jalisco. Correo electrónico: alina.cacho@gmail.com

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1731-1736.

VALLESPÍN, Fernando y Máriam M. BASCUÑÁN. 2017. *Populismos*, Madrid, Alianza Editorial.

El libro *Populismos* es una obra de gran importancia para la reflexión nacional. Destaca por su claridad y precisión analítica sobre los principales temas del populismo. Así, se aborda la discusión en torno al significado del término; si constituye una ideología; se exponen las características de los populismos de izquierda y derecha; las causas de su desarrollo en el siglo XXI; si el populismo es compatible con la democracia, y las principales variedades concretas de populismo que en el mundo existen.

Para los autores, el acto más reciente del populismo en la escena mundial fue el Brexit —la salida mediante referéndum del Reino Unido de la Unión Europea el 23 de junio de 2016—. El segundo acto del populismo en el ámbito internacional fue el triunfo de Donald Trump al ganar la presidencia de Estados Unidos el 8 de noviembre de 2016. El tercer acto de la presencia del populismo en la escena occidental han sido los procesos electorales en distintos países europeos entre 2016 y 2017, en donde los partidos nacionalistas, antieuropeos, y de extrema derecha han arañado la victoria política.

El libro alude a estudios como el de la Fundación Konrad-Adenauer sobre el populismo, en donde 550 expertos de 105 países del mundo consideran al fenómeno como la principal amenaza para la estabilidad de los Estados, por encima de la economía, las migraciones o el terrorismo. Les preocupa fundamentalmente a esos análisis, que el populismo elimine o socave las instituciones de la democracia liberal que tienen que ver con el control del poder y la protección del pluralismo social.

La obra recupera la postura de Michael Walzer, que piensa que la mejor manera de enfrentar a populismos como el de Donald Trump es a través de la resistencia, concepto distinto a la clásica oposición política. La tesis básica del libro es que el populismo es una respuesta a la crisis de la democracia liberal, aunque también al modelo económico neoliberal, al fin o debilitamiento del Estado del bienestar, y es una expresión asociada a la desconfianza hacia las elites políticas y las instituciones tradicionales.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1737-1749.

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

El ensayo sostiene, y cita a Rosanvallon y Zizek, que no basta criticar al populismo, sino que es necesario poseer un proyecto de reinversión y reconstrucción de la democracia liberal, así como nuevas reinterpretaciones del mundo. El planeta debe tener cuidado para no transitar de una democracia con múltiples imperfecciones a oligarquías fascistas, confusas y cínicas. Lo importante es contar en el ámbito de la reflexión con teorías estructurales para hacer frente al populismo, y no conformarnos con teorías de la acción.

Los autores señalan que las explicaciones del populismo suelen ser simplistas al presentar la confabulación de las elites en contra del pueblo. El populismo no da cuenta de las dimensiones de la complejidad y de la revolución científica y tecnológica. Tampoco suele proponer medidas para producir una nueva fiscalidad o una nueva concepción presupuestal que distribuya la riqueza. Sin embargo, el populismo tiene razón al indicar que la globalización lo único que logró globalizar fue el capitalismo, no la democracia.

En el primer capítulo se estudia qué es el populismo. Para los autores lo mínimo de la “ideología” populista es que siempre existe una apelación al pueblo y una denuncia a la elite. Se rechaza a la democracia liberal por imperfecta o porque ésta está secuestrada por las elites. Si el populismo es ideología, lo es de manera parasitaria siempre a la cola de ideologías más densas, como el nacionalismo, el socialismo o el fascismo.

Los autores señalan el decálogo caracterizador de cualquier populismo: 1) no es una ideología política, sino una lógica de acción política; 2) los populismos son reactivos a bruscos cambios sociales, como la globalización, las migraciones, la industrialización, etcétera; 3) su estilo político está impregnado de negatividad; 4) se apela al pueblo frente a una elite o a los inmigrantes; 5) el populismo siempre busca un antagonista, polariza socialmente; 6) reniega del pluralismo de la sociedad; 7) el discurso político se carga de emocionalidad; 8) el discurso es simplificador de la realidad; 9) existe una guerra de representaciones o hegemonías, y 10) se desmantelan controles y poderes intermedios propios de la democracia liberal para hacer prevalecer la visión del líder.

En el populismo no hay autores clásicos, salvo el caso de algunos, como Laclau, que explica que en el populismo se deben seguir los siguientes pasos: 1) unificar demandas sociales y políticas diversas, 2) re-

significar nociones vacías, como soberanía, democracia plena, independencia, nación, nosotros, elites para saltar diversas fronteras sociales a través de una pluralidad de actores —nociones vacías y flotantes—, lo que entraña una lucha por la hegemonía, y 3) lograr un nuevo bloque histórico que implante una hegemonía que entrañe un orden simbólico que construye un discurso alternativo al de la democracia liberal.

El populismo es maniqueo, pues enfrenta al pueblo con la elite o al pueblo con los otros (los inmigrantes). El populismo de izquierda se opone a las elites; el de derecha, a los diferentes. ¿Quién es el pueblo? El que reconoce el antagonismo y se ubica dentro su ámbito.

Los sistemas parlamentarios, proporcionales y del bienestar son buenos antidotos contra el populismo —sobre todo el que enfrenta al pueblo con la elite—. Cuando el poder está mejor repartido en la sociedad y existen condiciones de bienestar, no existen muchas razones para apelar al pueblo, salvo para enfrentarse a los diferentes, a los inmigrantes, y en consecuencia a la elite gobernante que no defiende adecuadamente la soberanía, la independencia o la identidad étnica.

El populismo implica la construcción de un territorio imaginario, “el nosotros”, y es siempre una visión hacia adentro de la respectiva sociedad —tiene un carácter de insularidad—. El populismo tiene raíces comunitarias frente a las concepciones liberal-individualistas de la democracia representativa, y produce a un intérprete que es capaz de significar los deseos, anhelos e intereses de la comunidad: el líder.

La comunidad en el populismo se cohesionan no sólo a través del odio a las elites o a los inmigrantes, sino que se unifica igualmente mediante la solidaridad de los que la integran o son parte de la comunidad.

Los autores aluden a distintas simplificaciones del populismo: la simplificación sociológica y política consistente en considerar al pueblo y a la elite como algo evidente; la simplificación procedimental e institucional que considera que el sistema representativo aliena al pueblo y es corrupto, y la simplificación del vínculo social, que en el populismo sólo se apoya en una variable: la identidad de la comunidad o el pueblo.

Vallespín y Bascuñán aceptan, citando a autores como Wright Mills, Dalh o Acemoglu y J. Robinson, que las elites existen, y ello es inevitable. Sin embargo, los problemas ocurren cuando éstas se sirven de las instituciones para favorecer sus privilegios. Desde la democracia liberal la solución consiste en generar instituciones, reglas y prácticas inclusivas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1737-1749.

En el capítulo segundo, los autores se preguntan por qué el populismo. Las respuestas son diversas: el resentimiento social, la globalización neoliberal, la crisis de la democracia representativa, la ausencia de alternativas, y la pérdida de posiciones de clase.

Sin duda alguna, el populismo tiene un caldo de cultivo en los efectos negativos del neoliberalismo que ha desmantelado el Estado del bienestar y ha implicado el saqueo de recursos colectivos a favor de unos cuantos. Los ciudadanos observan cómo la política depende cada vez más de la economía y de los que deciden su marcha en los centros económicos y financieros transnacionales.

Culturalmente, el neoliberalismo ha producido un individualismo puro y duro, egoísta, y avaricioso. Es consecuencia inevitable que la sociedad quiera tomar revancha para castigar a los tramposos y corruptos que han cooptado a las instituciones en su beneficio.

La globalización y la complejidad han hecho que millones de seres pierdan sentido de vida. Vivimos en una de las épocas con mayor desigualdad en la historia, en donde las clases medias urbanas ven frustradas sus expectativas de ascenso o movilidad social.

El mundo de hoy —la política, la sociedad, la cultura— se encuentra colonizado por la economía capitalista excluyente, extractivista. La realización de un Estado de derecho mundial o la garantía plena de los derechos humanos se contradicen con las asimetrías socioeconómicas crecientes entre los distintos grupos humanos. Ello produce un profundo resentimiento y un gran deseo de venganza —“pasiones nihilistas”— que el populismo ha sabido recoger.

En el mundo desarrollado, el temor y el miedo a los otros o al terrorismo explica el resurgimiento de movimientos xenófobos, nacionalistas y populistas. Es un resentimiento distinto al del tercer mundo, y se dirige contra los diferentes y contra los gobernantes, que no tienen la capacidad de asegurar estabilidad, prosperidad y bienestar en sus vidas. Se crean estados de excepción permanentes, que pretenden brindar una seguridad imposible.

Las democracias representativas imperfectas también contribuyen al nacimiento de los populismos. Los partidos y los parlamentos no resuelven los problemas ni las necesidades que plantean las sociedades, porque las soluciones ya no dependen de centros de decisión nacionales, sino mundiales, y éstos obedecen a lógicas distintas, que casi nunca tienen relación

con el bienestar de las poblaciones, sino con el enriquecimiento de los privilegiados del sistema económico mundial. Existe en el mundo entero un desencanto con la democracia liberal y una desconsolidación de la democracia.

La desilusión democrática también se debe a que la sociedad considera que los partidos se han “cartelizado”, que defienden exclusivamente los intereses de sus oligarquías y que pactan y acuerdan de espaldas a las sociedades, las que entienden que no hay auténtica oposición. La representación de la pluralidad social e ideológica que realizaban los partidos se ha trastocado y se ha transformado en el populismo en una representación identitaria, en donde el líder representa a todo el pueblo. La representación que existe hoy en día se entiende como identificación entre el pueblo y el líder.

Además, casi todos los sistemas representativos han sido cooptados por poderes mediáticos y económicos, nacionales y transnacionales. Las instituciones de la democracia liberal están divorciadas de los individuos y de los grupos sociales. Son instituciones en donde no se debate, son instituciones opacas, administradas por tecnocracias que están por encima de la sociedad y que no asumen sus intereses ni las expectativas de ésta.

El capítulo tercero, titulado “Populismo y política posverdad”, se ocupa de las vías que utiliza el populismo para imponer su visión hegemónica alternativa. Los caminos del populismo son los de los medios tradicionales y el de las redes sociales. Los autores sostienen que en el populismo hay un desprecio a la deliberación racional y a la realidad fáctica. El populismo busca construir su discurso contrahegemónico o alternativo basado en una dictadura mediática.

En el populismo, los medios y los jueces sustituyen a otros actores intermedios, como los partidos, los sindicatos, las asociaciones y al mismo parlamento. Los medios y los jueces se convierten en los vehículos de transmisión de las concepciones del líder, que conectan emocionalmente con el pueblo para distinguir a éste de la elite o de los otros.

La democracia digital es cada vez más importante en los sistemas políticos contemporáneos, y desgraciadamente no construye ciudadanía, no es capaz de profundizar en los temas públicos mediante una deliberación reflexiva. El Internet expresa sentimientos, odios, miedos y resentimientos, y edifica una posverdad en donde los hechos no cuentan sino la percepción social que se tiene de ellos.

El Internet es también un poderoso instrumento para la movilización social en la que descansa la energía política del populismo. Las redes despiertan los sentimientos y las emociones, banalizan las cuestiones fundamentales de la esfera pública. Los hechos objetivos sucumben a las emociones y creencias —la posverdad—.

Las redes sociales han ido elaborando un nuevo totalitarismo, en donde la verdad y la realidad son irrelevantes. Lo que importa son los sentimientos, las emociones. El mundo del populismo debilita la resistencia política y social del pluralismo de la democracia liberal. La democracia consiste en recuperar la verdad y la deliberación en la esfera pública.

En el capítulo cuarto, los autores exponen las variedades de populismos. Por ejemplo, son clasificados como populismos de alta intensidad —rupturas fundacionales que dan paso a la inclusión de lo excluido, pero también a la pretensión hegemónica de representar a la comunidad como un todo— y de baja intensidad, que no logran ese objetivo; populismos de izquierda y de derecha; populismos occidentales y orientales; populismos europeos y latinoamericanos; populismos de primer mundo y del tercer mundo; populismos surgidos de la defensa de la identidad nacional, y populismos que surgen de las desigualdades socioeconómicas, etcétera.

Se estudia en esta parte el populismo en Estados Unidos, desde el siglo XIX hasta Donald Trump. El populismo del último es un populismo antiinmigración, nacionalista, antigobierno, antiimpuestos, proteccionista y supremacista. También se analizan los populismos de izquierda en América del Norte, como el representado en el movimiento Occupy Wall Street, que se caracterizó por la desconfianza a los partidos, a los medios tradicionales, a las élites económicas y políticas de los Estados Unidos, y que impulsó formas de democracia participativas, como las asambleas locales para el debate colectivo. De ese movimiento es heredero el socialista Bernie Sanders, que en su campaña presidencial de 2016 rechazó la globalización neoliberal y al *establishment* político.

En Francia también tenemos expresiones recientes de populismo de derechas y de izquierdas. El populismo de derechas, representado por el Frente Nacional de Marine Le Pen, y el de izquierda, expuesto por Mélenchon, que hace descansar su fuerza en la soberanía del pueblo y en el carácter progresista y abierto de su movimiento.

Sobre el caso español destaca el populismo de Podemos, que no es necesariamente un populismo de izquierda, sino que se basa en el des-

contenido de la crisis económica de 2008 aunque, según los autores, no necesariamente con los excluidos. Podemos da una gran importancia a la autonomía de la superestructura —lectura postmarxista—, y la transformación que pretenden la respaldan en prácticas contrahegemónicas que quieren integrar otra forma de hegemonía. Podemos, como movimiento populista en España, se ha estancado por su ingreso en el Parlamento, porque el movimiento inicial ha ido adquiriendo cada vez más características de partido, y porque la transversalidad del discurso se ha decantado hacia la izquierda política.

El capítulo cuarto también estudia los populismos reaccionarios de Hungría y de Polonia. Asimismo, analiza los populismos identitarios de Holanda, Dinamarca, Suiza y Austria.

Populismo y democracia es el balance del capítulo final. Los autores consideran que el camino no es el populismo ni la idea que éste tiene de que la democracia liberal le ha robado el poder al pueblo, porque el poder sólo se puede hacer efectivo a través de instituciones y procedimientos. Ellos prefieren corregir la democracia liberal con posturas republicanas que fortalezcan los elementos participativos y deliberativos de la democracia liberal. Asumen la distinción de Rosanvallon de pueblo ideal, pueblo real, pueblo electoral, y pueblo social, para demostrar el carácter utópico de pueblo ideal.

El populismo triunfante poseería las siguientes características: 1) apropiación del Estado; 2) clientelismo; 3) descrédito de la oposición; 4) aplicación de medidas iliberales; 5) su carácter antiparlamentario, antirrepresentativo, que somete además al Poder Judicial al control del Ejecutivo.

Al final del libro proponen para superar el populismo: escindir la política de la economía, fortalecer las características representativas de la democracia, al igual que introducirle a ella componentes republicanos.

Es evidente que la obra es de gran trascendencia para la reflexión política en nuestro país, aunque tengo algunas divergencias con él. ¿Hasta dónde el populismo no es ideología? Considero que tanto el neoliberalismo como el populismo son ideologías en busca de la hegemonía en el mundo contemporáneo.* Podemos decir que un grupo o una clase con-

* Rodrigo Borja (1997 769), en su *Enciclopedia de la política*, dice del populismo: “no es un movimiento ideológico sino una desordenada movilización de masas, sin brújula doctrinal”. En cambio, la voz “populismo”, elaborado por Ludovico Incisa (1988, 1280-1288), en el *Diccionario de política*, coordinado por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, le da al

quista la hegemonía cuando logra que sus intereses económicos y políticos sean vividos por la población —por toda o casi toda— como una voluntad general. Para ello, presenta su propio interés como el interés de todos los miembros de la sociedad; es decir, confiere a su interés ropajes ideales e imprime a sus ideas la forma de lo general y hasta de lo universal (Laclau 2011).

El más importante teórico del populismo contemporáneo, Ernesto Laclau, lo concibe como una ideología, que puede ser de izquierda o de derecha, que enfrenta la hegemonía del mundo globalizado; es decir, al neoliberalismo, para reconceptualizar la autonomía teórica e ideológica de las demandas sociales, la lógica de su articulación y la naturaleza de las entidades colectivas que resultan de ellas (Laclau 2005).

¿Por qué surge con esta fuerza el populismo frente al neoliberalismo? Por los excesos del último, que en su práctica ha empobrecido al 99% de la población mundial frente al 1% de los favorecidos por el sistema. El populismo renace, y es mucho más que la práctica política o el estilo político de gobernar como se estimaba generalmente en el pasado, porque la praxis del neoliberalismo ha dislocado las relaciones entre las clases, ha vulnerado los sistemas jurídicos e institucionales nacionales, ha reducido casi a la nada conceptos como la soberanía, y ha mostrado que las tradicionales instituciones representativas están al servicio del 1% de la elite mundial y nacional, y que se ponen en contra del resto, del 99% de la población.

El populismo no debe ser visto sólo como una respuesta a la crisis de la representación política. Un teórico sudamericano lo explica así:

La crisis de la representación política es una condición necesaria pero no una condición suficiente del populismo. Para completar el cuadro de la situación es preciso introducir otro factor: una crisis en las alturas a través de la que emerge y gana protagonismo un liderazgo que se postula eficazmente como un liderazgo alternativo y ajeno a la clase política existente. Es él quien, en definitiva explota las virtualidades de la crisis de representación y lo hace articulando las demandas insatisfechas, el resentimiento político, los senti-

populismo el carácter de ideología. Es en los análisis recientes en donde quedan expuestas las diversas tipologías de populismos y su consideración como ideología. Véase Laclau, Ernesto (2005); Žizek, Slavoj (2006); Agamben, Giorgio (2012); Eposito, Roberto (2012); Fernández Liria, Carlos (2016), y Müller, John (2014).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1737-1749.

mientos de marginación, con un discurso que los unifica y el reordenamiento del espacio político con la introducción de una escisión extrainstitucional (Torre 2011).

Como ideología, podemos decir que el populismo de izquierda presenta las siguientes características: 1) reivindica el rol del Estado; 2) se propone defender la generalidad de los intereses de la población frente a las oligarquías nacionales e internacionales; 3) plantea como vías para lograrlo el estatismo, la intervención del gobierno en la economía y la ampliación de los derechos a la seguridad social. Entre los fines de este populismo están la obtención de la justicia social y el Estado del bienestar.

Lo anterior obliga a distinguir la ideología del neoliberalismo y la del populismo (principalmente el de izquierda). Entender al neoliberalismo como ideología implica asumir que sus piezas y elementos básicos constituyen el discurso dominante de nuestro tiempo, que las elites económicas y políticas consideran como dogma verdadero. La ideología neoliberal sostiene una imagen idealizada del libre mercado, y estima que los individuos son seres descontextualizados y egoístas que sólo persiguen su interés y satisfacción mediante el consumo. El neoliberalismo como ideología recela de la intervención económica del Estado en la economía, a menos que sea para favorecer al gran capital especulativo, condena a las empresas públicas, rechaza el rol del sindicalismo reivindicativo, descarta las negociaciones colectivas obrero-patronales, y desconfía de las normas medioambientales y fiscales que entorpecen el funcionamiento del libre mercado. Cualquier esquema institucional y jurídico que entrañe sustituir o limitar el desempeño individual es reputado como una afectación a la libertad y el progreso (Cárdenas 2016).

En cambio, el populismo de izquierda pretende asumir las luchas y reivindicaciones de los menos favorecidos por el sistema económico dominante, rechaza que el libre mercado pueda ser elevado a la categoría de dogma, y confía no sólo en la mayor presencia del Estado en la economía, sino en formas de organización económicas solidarias de producción como las cooperativas. Para el populismo, los valores a perseguir por los individuos no se apoyan en la ambición y la avaricia personales, sino en la solidaridad, en la cooperación y en la fraternidad. Por tanto, el populismo de izquierda recupera el papel social y económico de los sindicatos y empata sus propuestas con los derechos de los pueblos ori-

ginarios, de los defensores del medio ambiente, de los consumidores, y de todos aquellos que plantean reclamos frente a los poderes económicos nacionales y transnacionales. El populismo de izquierda entiende que el libre mercado es solamente una franja de la economía que tiene que ser completada con la economía a cargo de las empresas del Estado y por medio de la rectoría económica estatal. En materia de democracia, se rechaza la simple democracia representativa electoral y se busca armonizar a ésta con la democracia participativa, deliberativa y comunitaria —la de los pueblos originarios—. El populismo de nuestro tiempo se enfrenta a la globalización económica neoliberal representada en el poder de las transnacionales y de las potencias geopolíticas mediante la organización social y política de los colectivos de las sociedades nacionales. De ahí que se recurra a diversas figuras jurídicas y extrajurídicas de lucha. El referéndum es en este contexto un instrumento de oposición al neoliberalismo, que se emplea para la aprobación de reformas constitucionales o legales, a fin de que las elites nacionales no tengan la última palabra, sino que sea el pueblo y sus colectivos los que defiendan su soberanía y sus derechos sociales. Económicamente, es proteccionista frente a la defensa del libre comercio mundial que promueve el neoliberalismo, y políticamente es cuestionable porque otorga a un dirigente que articula las diversas y múltiples demandas sociales, económicas y políticas, grandes poderes políticos o, según sea el caso, constitucionales, para lograr sus objetivos.

Los teóricos del neoliberalismo no suelen exponer las contradicciones del modelo neoliberal globalizador ni ver en él la principal causa de los populismos. Entre las paradojas del neoliberalismo se deben destacar las siguientes: 1) la competencia económica acaba muchas veces en monopolios y oligopolios, pues las empresas más fuertes expulsan a las más débiles del mercado; 2) la teoría económica neoliberal es incapaz de explicar la existencia de los “monopolios naturales”, como los que existen en el ámbito energético, principalmente en la electricidad; 3) el modelo neoliberal se desentiende de los fallos del mercado, es decir, de las “externalidades” (quién paga la contaminación o la afectación al medio ambiente o a la salud que propicia la actividad económica de las empresas); 4) el modelo neoliberal desconoce las condiciones asimétricas de los diversos agentes que actúan en el mercado nacional y mundial, dado que, por ejemplo, no todos poseen el mismo nivel de información o las mismas capacidades tecnológicas; 5) el modelo neoliberal no se hace cargo que la existencia de

determinados derechos de propiedad que como la propiedad intelectual propician la búsqueda de rentas y no la competencia económica; 6) el modelo neoliberal omite describir que en muchas ocasiones el desarrollo científico y tecnológico están desconectados del mercado y las innovaciones que se producen suelen no tener demanda; 7) el modelo neoliberal no da cuenta de las consecuencias especulativas que propicia la gran acumulación del capital financiero; 8) el modelo neoliberal tampoco atiende los elementos disolventes del propio modelo, es decir, quién se hace cargo de los menos aventajados de las sociedades y de los países; 9) el modelo neoliberal elude los elementos autoritarios que prohija, tales como la democracia electoral elitista o de expertos que promueve, lo que motiva amplios descontentos sociales por la ausencia de canales de participación efectivos, y 10) el modelo neoliberal no afronta la ilegitimidad y opacidad que sostiene a los organismos financieros internacionales y a las corporaciones transnacionales que crean y aplican el *soft law* y la *lex mercatoria* (Harvey 2013).

En síntesis, el modelo neoliberal globalizador mercantiliza todos los derechos humanos y los bienes comunes en beneficio de las grandes corporaciones transnacionales, y en ese sentido es peor que los populismos. El modelo neoliberal globalizador se mantiene autoritariamente con enormes déficits de legitimidad democrática y de transparencia (Benz 2010), en tanto que no se promueve la participación y la deliberación pública de los asuntos colectivos. El modelo neoliberal globalizador no respeta el medio ambiente ni las culturas ancestrales, pues expolia y saquea intensiva y extensivamente los recursos naturales del planeta en beneficio de unos cuantos. Y el modelo neoliberal globalizador es el principal promotor de la pobreza y la desigualdad mundial; es un modelo diseñado desde los intereses de las clases dominantes y, por tanto, alienta los populismos, los Estados racistas, clasistas y profundamente injustos, que favorecen la represión policial de los débiles, la construcción de relaciones interpersonales basadas en el miedo, en el estereotipo, en la distancia física y en la sospecha (Santos 2010).

En cuanto a México, creo que aún no tenemos un populismo triunfante y consolidado. Los rasgos de Morena y de su líder no son enteramente populistas. Andrés Manuel López Obrador no aspira a representar a toda la sociedad mexicana; sabe que cuando gobierne habrá oposición parlamentaria y contrapesos de los otros poderes, que ha llegado al poder

debido al hartazgo social propiciado por la corrupción y la desigualdad generada en los gobiernos neoliberales previos, no ha usado el clientelismo para acceder al poder, y no planea ejercer el poder de manera omnímoda. Sin embargo, los próximos años confirmarán o desmentirán mis opiniones.

En todo caso, los elementos populistas que existen en Morena y en algunos sectores de la población son derivados de la gran corrupción nacional y de la desigualdad propiciada por el modelo neoliberal. Éste ha prolijado una nación cada vez más injusta y dividida (Cárdenas 2016; Cárdenas 2017).

Jaime CÁRDENAS GRACIA**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. 1999. *Homo sacer I. El poder soberano y la muda vida*, Valencia, Pre-Textos.
- BENZ, Arthur. 2010. *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BORJA, Rodrigo. 1997. *Enciclopedia de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. 2016. *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, Editorial Flores-UNAM.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. 2017. *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. México, UNAM.
- ESPOSITO, Roberto. 2012. *Diez pensamientos acerca de la política*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- FERNÁNDEZ, Liria, Carlos. 2016. *En defensa del populismo*, Madrid, Los Libros de la Catarata.
- HARVEY, David. 2013. *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal.
- INCISA, Ludovico. 1988. "Populismo", en BOBBIO, Norberto y MATEUCI, Nicola (eds.), *Diccionario de política*, México, Siglo XXI.

** ORCID: 0000-001-7566-2429. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Correo electrónico: jaicardenas@aol.com

- LACLAU, Ernesto. 2005. *La razón populista*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal. 2011. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- MÜLLER, John (coord.) 2014. *#Podemos: Deconstruyendo a Pablo Iglesias*, Barcelona, Centro Libros PAPP, S. L. U.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2010. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Siglo XXI Editores.
- TORRE, Juan Carlos. 2011. *La audacia y el cálculo*, Buenos Aires, Sudamericana.
- ZIZEK, Slavoj. 2006. "Against the Populist Temptation", *Critical Inquiry* año 32.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1998. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar.

Para quienes estudiamos en los márgenes como Latinoamérica, el derecho penal se nos presenta como una cuestión ante todo y casi absolutamente dogmática. La ley penal, como *dogma* no modificable por el jurista, debe ser analizada, interpretada, sistematizada y, en la medida de lo posible, racionalizada. Sin desmerecer la importancia de la dogmática en el estudio del derecho, el puro análisis dogmático resulta cómodo y funcional a un sistema discriminatorio, racista, cruel e inhumano. De ahí la necesidad de otro enfoque que despierte la crítica y la desconfianza hacia el poder punitivo.

En busca de las penas perdidas, apartándose de los estudios tradicionales del derecho penal, invita a reflexionar sobre realidades incómodas, vinculando el estudio deontológico del derecho con el oscuro mundo ontológico de la pena, sin esconder su significado verdadero y doloroso. A tres décadas de su publicación, el libro mantiene plena vigencia y sirve a estudiantes y juristas latinoamericanos como un puente que desde el derecho penal nos acerca a cuestiones criminológicas, de política criminal y de sociología del castigo.

La obra de Raúl Zaffaroni introdujo a una generación de estudiantes de derecho de fines del pasado siglo —la mía— al pensamiento penal crítico, despertando en nosotros la disidencia hacia las pretendidas justificaciones de la pena, y muy especialmente a su operatividad. Gracias a *En busca de las penas perdidas* pudimos comprender que la ciencia penal, carente de una crítica con base empírica y política, se traduce en el puro esfuerzo por sistematizar los actos del legislador, que suelen estar contaminados por un discurso demagógico vindicativo asociado al populismo punitivo.

Asimismo, un depurado análisis de la funcionalidad del ejercicio del poder punitivo hace visible que la norma penal y su aplicación son, en la mayoría de los casos, una respuesta interesada para quienes detentan el poder. Por lo mismo, no es casualidad que el castigo golpee y estigmatice con violencia brutal a los más carenciados, y, al mismo tiempo, fomen-

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1751-1756.

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

te la impunidad de crímenes tan graves como la contaminación de las aguas, la colusión de los laboratorios, el exterminio de culturas enteras, e incluso el genocidio. Desatento a la realidad y funcional al sistema, el jurista —generalmente acrítico y ridículamente pomposo— reduce su tarea a la de racionalizar los contenidos interesados y delirantes del legislador. Así, su cometido de científico aséptico resulta cómodo, funcional, servil y útil.

Ya desde la primera página —con una dedicatoria a Louk Hulsman— *En busca de las penas perdidas* se presenta como una afrenta a la legitimación del derecho penal. Recordemos que el viejo Hulsman, tras sufrir en carne propia la brutalidad del poder punitivo y salvar su vida del nazismo al saltar del tren que lo llevaba al campo de exterminio, desarrolló una impecable teoría abolicionista del derecho penal. De esta manera, el texto recibe de manera provocadora y con un golpe certero a quien empiece el tortuoso viaje por los senderos ensangrentados del derecho penal.

Al poco andar, el libro se cuestiona la usual pregunta: ¿qué legitima a las penas? La formulación de dicha pregunta presupone una legitimidad, que será cuestionada a lo largo y ancho de la obra. La pregunta misma resulta tramposa, puesto que supone que existe *algo* que legitima la pena, del mismo modo que si preguntásemos qué es lo que legitima la violencia del patriarcado en contra de las mujeres o la esclavitud, la tortura y las bombas atómicas. No olvidemos que una cosa es explicar un fenómeno y otra muy distinta, justificarlo y legitimarlo.

Bibliotecas enteras de derecho penal nos tenían tan mal acostumbrados que, ciegos y alienados, buscábamos distintos discursos para darle un sentido a la brutalidad del poder punitivo. Mi primera lectura de *En busca de las penas perdidas*, cuando aún era estudiante, fue por consejo de Manuel de Rivacoba, entonces mi maestro de derecho penal. Recuerdo que en aquel tiempo hubo muchas cosas que no comprendí. Sin embargo, una segunda lectura, con más años y más estudio, me hace entender que varias de mis ideas tienen su origen en este libro. En muchos sentidos, *En busca de las penas perdidas*, como una gran casa con muchas ventanas, fue mostrándome un mundo que traspasaba las limitaciones de la dogmática y de las doctrinas penales más tradicionales. En numerosos aspectos, esa dialéctica Rivacoba-Zaffaroni fue despertando en mí, y en una entera generación de estudiantes de ese Valparaíso, un duro cuestionamiento y una constante desconfianza por la operatividad del derecho penal.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1751-1756.

En busca de las penas perdidas se balancea entre los problemas universales y el realismo marginal de nuestra periferia latinoamericana. Siempre en clave deslegitimante, nos acerca a diversos autores de la criminología de la reacción social en sus vertientes interaccionistas, fenomenológicas, marxistas, foucaultianas, y los más recientes de la criminología de la economía dependiente.

El libro es una invitación a desconfiar de los discursos legitimantes y a comprender cuánto nos cuesta ver las cosas más terribles, porque están muy arraigadas y aparentemente ocultas. Muchos sostenemos, con convicción, que de haber vivido el nazismo o la esclavitud habríamos sido opositores. Sin embargo, vivimos en la era del encarcelamiento masivo (una nueva versión de la esclavitud y del nazismo) y ni nos oponemos ni nos asombramos. Tampoco nos sorprenden las muertes o la tortura que ocurren constantemente en las cárceles. De alguna manera creemos que quienes viven las penas se las merecen y que estaban predestinados a ellas.

Los juristas, sin menguar su sumisión y obediencia, critican con ímpetu, instituciones del pasado. Formulan duras diatribas a las dictaduras acabadas, haciéndonos olvidar el cómplice silencio que guardaron en los años más terribles. Así, el mutismo y la complacencia actual pueden hacernos creer que vivimos el mejor momento de la historia de la humanidad y que la crueldad y el salvajismo son cosas del pasado. Si bien esta actitud permite mantener las mejores relaciones con personas poderosas, es también responsable de violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales de las personas que sufren la brutalidad de las penas. La falsa modernidad y el progreso bien podrían contrastarse con la premisa *gato-pardesca*, que enseña que para que todo siga igual es necesario que todo cambie.

En Chile y en Latinoamérica, ante las constantes aberraciones de la política criminal, la crítica resulta indispensable y urgente. El discurso penal de los legisladores es tan irracional que incluso plataformas comunicacionales travestidas de saberes criminológicos, como la fundación Paz Ciudadana en Chile, parecen tener un discurso sensato. Lo más lamentable es que del delirio punitivista no se salva nadie, y los cuerpos legiferantes más punitivos e irrespetuosos de los principios básicos del derecho penal tienen un amplísimo respaldo parlamentario y terminan siendo vo-

tados de manera prácticamente unánime (piénsese, por ejemplo, en la ley de tráfico de estupefacientes, las llamadas agendas cortas antidelinuencia, las leyes con nombre de víctimas, etcétera).

Ante un discurso legitimante que racionaliza un puro fenómeno de poder, *En busca de las penas perdidas* pone en evidencia que la sola semántica jamás podrá comprender el problema penal sin incorporar datos de realidad, y acusa que la exclusión de esos datos no es más que una arbitrariedad. Así, la impecable lógica del jurista dogmático es análoga a la del buen torturador o a la autodefensa de Adolf Eichmann cuando sostenía que a él no le incumbían los resultados producidos por su actuar, puesto que las decisiones venían desde arriba, y que él se limitaba a cumplir lo que se le ordenaba.

Ya nos enseñó Stanley Cohen que la negación es cómoda, y, en muchos sentidos, es la única forma de vivir sin deprimirnos o suicidarnos. Los datos, en cambio, suelen ser incómodos, pero no por ello debemos ignorarlos. *En busca de las penas perdidas* señala datos de 1990, que ya anunciaban que las cosas podían empeorar. Entonces, en Estados Unidos había un preso por cada trescientos habitantes, y uno de cada veinte negros de entre veinte y veintinueve años estaba preso.

La aproximación a la realidad evidencia que nuestros sistemas penales están operando como un genocidio en acto, pero los juristas, sumergidos en un mundo deontológico, no quieren ver lo evidente. No pisan jamás una cárcel (salvo que se desempeñen como abogados penalistas), normalizan suicidios, palizas, torturas e incomunicaciones de las personas privadas de libertad. Para los juristas, los datos son sólo números que no tienen que contaminar su ciencia. Así, la cárcel, como jaula o institución del secuestro, sigue golpeando con más fuerza que nunca a los sectores más carenciados de nuestro continente y, al mismo tiempo, nos seduce con un espejismo que nos aleja del peligro: los poderosos no viven las cárceles porque ellos no delinquen. Excepcionalmente podrían cometer errores de caballeros.

El ejercicio del poder verticalizante se racionaliza mediante el discurso justificador del derecho penal, o sea, que éste cumple una función legitimante de todo el sistema penal. Olvidan los juristas que los hechos de poder no desaparecen con sus escritos, porque no es su legitimidad lo que los sostiene, sino su poder. *En busca de las penas perdidas* insiste en la

urgencia de controlar la altísima violencia del sistema penal en los países periféricos. Por lo mismo, se hace necesario reconstruir un discurso de la pena desde su deslegitimación.

La obra deslegitima y acusa. El cómodo silencio de los juristas es cómplice y en muchos casos es también autoría, al generar y legitimar un sistema penal marginal que viola los derechos humanos, toda vez que el poder de los sistemas penales resulta incompatible con la ideología de los derechos humanos. La cárcel, como la pena por excelencia de las sociedades modernas, constituye un espacio carente de derecho y de justicia. Por lo mismo, la respuesta resulta urgente y dada la imposibilidad de legitimar un fenómeno, la necesidad y el apremio de una respuesta desde la deslegitimación del sistema penal se nos impone.

En busca de las penas perdidas se entrega a esta búsqueda, y parece encontrarlas, pero en ello se percató de que éstas no tienen sentido ni fundamento, puesto que “la pena, como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder”. Esta irracionalidad, que no puede ser justificada, sí puede —y debe— ser limitada, contenida, y esta tarea de contención y reducción no terminará jamás. De ahí que los principios limitadores del derecho penal, como verdadera y urgente tarea del jurista, deben considerarse inacabados. Siendo la pena irracional y parte de un hecho de poder violento mucho más amplio, se impone la necesidad de extremar el esfuerzo jurídico por limitarla y restringir su violencia.

En busca de las penas perdidas, aunque sea un texto portador de malas noticias, comparte un espíritu optimista. Nos invita a seguir trabajando, no desde la búsqueda de la legitimación de la brutalidad penal, sino desde su contención. En sus conclusiones hay también esperanza, puesto que es posible reducir los niveles de violencia, salvar muchas vidas humanas, evitar mucho dolor inútil y, finalmente, hacer desaparecer un día al sistema penal y remplazarlo por mecanismos reales y efectivos de solución de conflictos. Asimismo, nos recuerda que el ser humano no es racional, pero puede llegar a serlo, y que la especie humana, como cualquier otra especie, no es suicida.

En el *film* de Marco Ferreri, *La Grande Bouffe*, los personajes comen hasta la muerte. Lo absurdo de la historia deja de serlo cuando nos percatamos de que vivimos en un mundo capaz de consumir hasta el exter-

minio. El *film*, como una metáfora de una civilización autodestructiva, muestra la absurda muerte de sus protagonistas, anunciando el fin de nuestra civilización. Sin embargo, este no es necesariamente el futuro de la humanidad. Que Marcello Mastroianni, Ugo Tognazzi, Michel Piccoli y Philippe Noiret no hayan sobrevivido, no significa que no sea posible.

Silvio CUNEO*

* ORCID: 0000-0003-1072-745X. Doctor en Derecho y profesor-investigador en la Universidad Central de Chile. Entre sus publicaciones destacan sus libros *Cine y derecho penal* (2019), *Cárceles y pobreza. Distorsiones del populismo penal* (2018), *El encarcelamiento masivo* (2017), y *Las influencias de Cesare Zavattini en el cine chileno* (2010). Correo electrónico: silvio.cuneo@ucentral.cl.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1751-1756.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia. 2019. *Conflictos individuales de seguridad social. Interposición y resolución conforme a la Ley Federal del Trabajo*, México, Trillas.

¡Cuánta falta hacía un libro que se ocupara en específico de los *Conflictos individuales de seguridad social!* Y no hago esta afirmación para convencerlo de su compra, si es que usted aún es de los que —como yo— se aventura en las librerías, cada vez más desiertas. ¡Adquiéralo! y encontrará, la feliz oportunidad de tener en él, un buen asesor y compañero.

Permítame —por favor— narrarle brevemente algunos datos sobre la sobresaliente trayectoria académica de la doctora Verónica Lidia Martínez Martínez. Es graduada, con mención honorífica en cada uno de los niveles de estudios que ha obtenido, a saber: licenciatura en derecho, especialidad en derecho social y maestría en derecho, todos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Con posterioridad adquirió, también con honores, el grado de doctora por la Facultad de Derecho en la Barra Nacional de Abogados. Actualmente es doctoranda por la ilustre Universidad de Castilla-La Mancha, lo que demuestra su esfuerzo constante y esmerado en su preparación para mantenerse actualizada, de forma que ello le permita contribuir de manera especializada, docta y valiosa al actual estado del arte del derecho de la seguridad social.

La doctora Martínez Martínez participa en diversos comités editoriales, en los que sus expertas decisiones han llevado a buen puerto diversos artículos que han enriquecido la creación y divulgación del derecho en nuestro país. Es integrante de comités científicos para el CIDE y el CET, y miembro de la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social. Asimismo, ha publicado en diferentes revistas jurídicas de prestigio, tanto en México como en el extranjero; tal es el caso de Brasil, Bilbao, Colombia y Trieste. Es importante destacar que la autora es una docente activa desde hace varios lustros, por lo que su trayectoria es conocida en el foro y en las aulas.

A partir del 24 de febrero de 2017, en teoría, los abogados y los *segurólogos sociales* —término que retoma la doctora Martínez Martínez a partir

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1757-1761.

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

de la obra del maestro Ruiz Moreno—, deberían estar versados en lo que la reforma denominó *justicia laboral cotidiana*, concepto ajeno no sólo a la Ley Federal del Trabajo, sino a los textos constitucionales que dan base al sistema normativo laboral, además, claro, de permanecer pendientes de las denominadas *adecuaciones legislativas* que den cumplimiento al decreto, de forma que los centros de conciliación y los tribunales laborales sean regulados; evidentemente, el legislador no se percató de lo que en la aguda mente del doctor Delgado Moya es evidente: “cambiar de lecho no equivale a cambiar de enfermedad”, y la inadecuada impartición de justicia es ya un mal congénito, cuyos síntomas alcanzan lamentablemente a los procedimientos en materia de seguridad social, donde los derechohabientes se encuentran supeditados al cruel tratamiento que imponen las administradoras de fondos y sus sociedades de inversión.

La clasificación tradicional de los conflictos laborales abarca, por supuesto, la definición del propio conflicto, su diferenciación con respecto a aquellos de *derecho común* y las variantes que pudieran presentarse para el defensor: los más entre trabajadores y patrones, entre sólo trabajadores, sólo sindicatos, sólo patrones, entre sindicatos y trabajadores y, finalmente, entre sindicatos y Estado; en ninguno de los casos la Constitución, la ley o la doctrina se han enfocado en explicar a profundidad la solución de conflictos individuales de seguridad social, y es allí donde la acuciosa investigación que nos presenta la autora en esta ocasión adquiere vital importancia.

La obra *Los conflictos de seguridad social en la Ley Federal del Trabajo. Interposición y resolución conforme a la Ley Federal del Trabajo* es producto de la destacada experiencia profesional y académica de su autora, quien en este libro describe pormenorizadamente la forma en que la seguridad social reconocida como derecho humano de naturaleza social, en diversos instrumentos internacionales, debiera ser una herramienta de los trabajadores para hacer frente a hechos vitales, como la enfermedad, la maternidad, los accidentes de trabajo, la vejez y la muerte, pero que, ante la privatización del sistema, rompe con el principio esencial de solidaridad, y cuando tiene lugar una controversia para reclamar actos u omisiones provenientes de los organismos encargados de administrarla, surge un conflicto, en el que la desigualdad de sus partes, aunado a lo difuso de su procedimiento, relegan al derechohabiente a un total estado de indefensión.

El hecho de que la solución a los conflictos de seguridad social no se encuentre adecuadamente regulada depende de varios factores; en mi opinión, el principal consiste en que este derecho es un estandarte enarbolado durante un periodo de devastación y creció paralelamente al derecho laboral, porque a pesar del individualismo, la realidad social permanecía gritando en el fondo de aquellos que notaban que la degradación de la base trabajadora, eventualmente provocaría la decadencia de la nación entera.

El objetivo de la seguridad social es el establecimiento de medidas para resolver las necesidades previsibles de los trabajadores, desde el presente, con miras hacia adelante, lo que perfectamente es posible resumir en la breve fórmula que Mario de la Cueva rubrica, en su perenne obra *El nuevo derecho mexicano del trabajo*: “la seguridad de la existencia futura producirá la supresión del temor al mañana”. La seguridad social, al crear una relación jurídica entre la sociedad y los trabajadores, es institucionalizada a través de organismos estatales, que brindarán los servicios, pero ¿qué pasa cuando surge el estado de necesidad? ¿Qué hacer cuando las autoridades encargadas de proteger al trabajador y su familia sólo miran con la indiferencia insana de quien no entiende que, incluso en una simple dilación del procedimiento, radica la diferencia entre vivir y sobrevivir? ¿Qué opciones tiene el derechohabiente ante un conflicto cuando privado de sus derechos humanos laborales debe decidir si comprar una hogaza de pan, contratar a un abogado o resignarse a la espera sempiterna de un derecho que no llega?

En palabras del inolvidable maestro Mario de la Cueva: “quién entrega a la economía todo lo que tiene su único patrimonio natural, que es la energía de trabajo con la que viene al mundo, tiene el derecho a que la economía le devuelva todo lo que necesita para vivir hasta su último día es la idea del derecho natural del hombre a vivir como persona humana” (Cueva 1979, 19).

En esta grávida época que nos toca vivir, es indispensable *bregar* por la ética, con sólidos principios que impregnen a todo el derecho de la seguridad social, y es justo en ese orden de ideas donde la obra en comentario será, sin duda, el activo más valioso —en términos de emprendedurismo—, de la biblioteca de un jurisconsulto, pero también de los derechohabientes en búsqueda de respuestas. La autora nos expone en

cuatro interesantes y diáfanos capítulos todo lo que usted, apreciable lector, necesita saber sobre conflictos de seguridad social y no se atrevía a preguntar.

La disertación que nos expone la precisa investigación que realizó la doctora Martínez Martínez comienza (como apreciará en su introducción, el índice y por supuesto, en el texto) con una explicación de lo que la doctrina y la práctica entienden por conflictos de seguridad social, su conceptualización, características, clasificación y elementos. Con posterioridad, en el capítulo 2 nos habla tanto de la jurisdicción y competencia como de la demanda y su contestación.

Más adelante, dentro del capítulo tercero, enfoca su atención en los medios probatorios necesarios para la solución de un conflicto individual de seguridad social; esto es, concepto y tipología de las pruebas, objeto, carga, ofrecimiento, admisión y desahogo de medios probatorios, y, además, pormenorizadamente, desglosa cada uno de ellos e incluye —para todos aquellos que alguna vez pensaron que la tecnología no los alcanzaría— el *Whatsapp* (lo sé, para mí fue también una sorpresa), y la explicación que nos brinda la doctora Martínez Martínez es una brisa fresca del advenimiento de los nuevos tiempos.

Al finalizar, son revisados los aspectos procesales del tema central del libro; por si esto no fuera suficiente, aclara cómo la reforma de 2017 repercute en los conflictos de seguridad social, y adjunta, en un resumen conciso, preciso y puntual, las tres iniciativas existentes para la adecuación de los tribunales laborales y su afectación o beneficio a la judicialización de los conflictos.

Esta obra ofrece a sus lectores alumnos, profesores y especialistas de la materia, la oportunidad de incursionar con un enfoque novedoso en un tema trascendente y de gran importancia, que aún continúa pendiente en las agendas. La autora toma el papel de *Ariadna*, que con su hilo conductor nos ayuda a salir indemnes del laberinto en que nos atrapa un monstruo, formado por la mezcla heterogénea de las administradoras de fondos para el retiro, las sociedades de inversión y los organismos públicos de seguridad social.

Investigaciones como *Los conflictos de seguridad social en la Ley Federal del Trabajo. Interposición y resolución conforme a la Ley Federal del Trabajo* tejen con la docencia, la vela que impulsa el navío de la universidad y abren nuevas rutas en esta navegación. Los estudios académicos son, además de cauces

de pensamiento y lugar de encuentros intelectuales, obras itinerantes y abiertas, como el arroyo dentro de su fluir —como dijera el poeta—, que ni siquiera el tiempo sella...

José Manuel LASTRA LASTRA*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CUEVA, Mario de la. 1979. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. II, México, Porrúa.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia. 2019. *Conflictos individuales de seguridad social. Interposición y resolución conforme a la Ley Federal del Trabajo*, México, Trillas.

* ORCID: 0000-0003-4140-0791. Investigador de tiempo completo, UNAM. Profesor por oposición, UNAM. Investigador nacional. Conacyt. Premio UNAM en Docencia 2002, Correo electrónico: jmlastra@unam.mx.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1757-1761.