

# BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 158

Nueva Serie Año LIII Número 158 Mayo-Agosto 2020

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 LII, número 158, mayo-agosto de 2020, editado 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*. Editora responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2015-060912252900-203. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Margarita García Castillo

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

# BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

*Director y editor*

Raúl Márquez Romero

*Coordinación editorial*

Raúl Márquez Romero

Wendy V. Rocha Cacho

## Comité Editorial

Óscar Cruz Barney (México); Susana Dávalos Torres (México); Flavia Freidenberg (México); Nuria González Martín (México); Luis René Guerrero Galván (México); Ma Carmen Macías Vázquez (México); Raúl Márquez Romero (México); Montserrat Pérez Contreras (México); Alfredo Sánchez Castañeda (México); José María Serna de la Garza (México).

## Comité Científico

Francisco Balaguer Callejón (España); Enrique Calvo Nicolau (México); José Ramón Cossío (México); Héctor Fix Zamudio (México); Lawrence Friedman (Estados Unidos); Sergio García Ramírez (México); Juan Luis González Alcántara (México); Roberto Ibañez Mariel, Universidad Panamericana, (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Donald McRae (Canadá); Jorge Madrazo Cuéllar (México); Loretta Ortiz Ahlf (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Fernando Serrano Migallón (México); Jean Michel Servais (Bélgica); José Luis Soberanes (México); Gerald Torres, Cornell (Estados Unidos); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (México).

## Comité Asesor

Jorge Carlos Adame Goddard (México); María Mercedes Albornoz (México); César Astudillo (México); Manuel Becerra Ramírez (México); Ingrid Brena Sesma (México); Leticia Bonifaz Alfonso (México); José Antonio Caballero Juárez (México); Miguel Carbonell (México); Gabriel Cavazos Villanueva (México); Enrique Cáceres Nieto (México); Francisco Contreras Vaca (México); Alexei Julio Estrada (Colombia); Jorge Fernández Ruíz (México); Eduardo Ferrer MacGregor (México); Imer B. Flores (México); Sandy Gaines (Estados Unidos); David Gantz (Estados Unidos); María del Refugio González (México); Leticia García Villaluenga (España); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México); Alfonso Herrera García (México); Carla Huerta Ochoa (México); Patricia Kurczyn Villalobos (México); Sergio López Ayllón (México); José Pedro López Elías (México); Ricardo Méndez-Silva (México); Jonathan Pratter (Estados Unidos).

Unidos); Gabriela Ríos Granados (México); Carlos Reynoso Castillo (México); Andrés Rodríguez Benot (España); Víctor Manuel Rojas Amandi (México); Javier Saldaña Serrano (México); Miguel Sarre Iguíniz (México); Gustavo Vega Cánovas (México); María Hernany Veytia Palomino (México); Luis Daniel Vázquez Valencia (México); Jorge Witker (México); José Roldán Xopa (México).

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

Primera edición: 25 de marzo de 2021

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 versión electrónica: 2448-4873

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

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE)

Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)

CONACYT

Dialnet

Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP)

International Political Science Abstracts (IPSA)

Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)

Scientific Electronic Library Online (SciELO México)

Scielo Citation Index (SCI)

Scopus

Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)

Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)

## CONTENIDO

### ARTÍCULOS

- Samer ALNASIR Calamidades del derecho (post)colonial y su orientalismo: religión, identidad y libertad individual en Egipto, Iraq y Túnez 485
- José Juan ANZURES  
GURRÍA Naturaleza jurídica y funciones del derecho humano a Internet ..... 521
- Silvana BRENDLER  
COLOMBO A mediação como ferramenta de aplicação dos princípios da therapeutic jurisprudence ..... 553
- Yenny Andrea CELEMÍN  
CAICEDO  
Édgar Hernán FUENTES-  
CONTRERAS Control y calidad de la ley. Análisis de los mecanismos de control de la calidad legislativa y su aplicación en Colombia . 579
- Tania GONZÁLEZ KAZÉN El sistema jurídico de los pueblos indígenas: una forma de hacer justicia ... 619
- Isabel Ximena GONZÁLEZ  
RAMÍREZ  
Bastián CUEVAS CAMPOS Una política pública para la optimización de la calidad de la mediación familiar en Latinoamérica ..... 651

Carlos Eduardo GONÇALVES DE GODOI	El tratamiento jurídico-penal brasileño de la corrupción privada a partir de un análisis de derecho comparado . . . . .	685
Pedro HARRIS MOYA	La legitimación en demandas de responsabilidad ambiental. Las enseñanzas del derecho chileno y francés. . . . .	733
Paulina Elisa LAGUNES NAVARRO	México y la seguridad alimentaria: el uso de las TIC para un etiquetado digital en alimentos . . . . .	763
Soyla H. LEÓN TOVAR	Paridad de género obligatoria en los consejos de administración de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada mexicanas. . . . .	789
Ciro MILIONE Santo NAPOLI	L'anima lavoristica della costituzione della repubblica italiana . . . . .	825
Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA	Hacia un nuevo modelo de Tratado Bilateral de Inversiones para México . . . .	863

## BIBLIOGRAFÍA

Giselle BERAN MEDELLA D'ALMEIDA	PINA, Teresa. 2018. <i>Direitos humanos: o que está por fazer no século XXI</i> . Editora Temas e Debates. . . . .	897
------------------------------------	--	-----

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

MORALES SÁNCHEZ, Julieta. 2018. *Migración irregular y derechos humanos*. México. Tirant lo Blanch, 566 pp. . . . . . 903



---

## **ARTÍCULOS**

---

## CALAMIDADES DEL DERECHO (POST)COLONIAL Y SU ORIENTALISMO: RELIGIÓN, IDENTIDAD Y LIBERTAD INDIVIDUAL EN EGIPTO, IRAQ Y TÚNEZ\*

### *CALAMITIES OF THE (POST)COLONIAL LAW AND IT'S ORIENTALISM: RELIGIOUS AFFILIATION AND INDIVIDUAL LIBERTY IN EGYPT, IRAQ AND TUNISIA*

Samer ALNASIR\*\*

RESUMEN: El principio constitucional español plasmado en el artículo 16.2 de la Constitución Española de 1978, referido a la prohibición de declarar sobre la propia ideología, religión o creencia no tiene cabida en muchos otros sistemas jurídicos. La pertenencia ideológica forma parte del esquema de filiación civil, además de la filiación étnica o política, constituyendo un parámetro de identidad civil, y por ende determinante del fuero jurídico aplicable. Tanto en los casos de Iraq y Egipto como en otros, sus leyes no sólo exigen declarar sobre la etnia y la religión, sino que consignan para ello un asiento específico en el registro

ABSTRACT: *The constitutional principle introduced in article 16.2 of the Spanish Constitution of 1978, which forbids compelling one to declare their own religion, ideology, or beliefs, does not exist in other legal systems, as religious and ethnic belonging is considered to be part of the civil and/or national identity. In cases such as Iraq and Egypt, the law not only requires the declaration of personal religious affiliation but also records it in the civil register along with additional information on ethnicity and religious schools of thought. This officially registered information is a condition for the exercise of other civil liberties. This article analyzes this issue by focusing on several case law studies from such countries. It should be noted that many of these legal*

\* Recibido el 30 de enero de 2020; aprobado el 16 de noviembre de 2020.

Tomo la idea de las *calamidades* del derecho del maestro Garzón Valdés (2004). El presente trabajo se ciñe en la misma línea conceptual, acusando, en este caso, y calificando la aberración intelectual de las secuelas del orientalismo despótico-colonial que instrumentalizó el derecho, y por ende la cognición y la identidad de los pueblos, a su propio servicio.

\*\* ORCID: 0000-0002-9232-9035. Profesor Asociado en Historia del Derecho UC3M. Doctorando en Filosofía Ética y Política en la UNED. Máster en Protocolo UNED. Máster en Derecho Público UC3M. Máster en Filosofía del Derecho AETD y DEA en Derecho administrativo CEU. Ex. Miembro de la comisión constituyente de Iraq. Ex. Asesor de la Corte Penal especial de Iraq. *Correo electrónico: [samer@alnasir.org](mailto:samer@alnasir.org).*

Agradezco infinitamente al tanto apoyo a la investigación de origen de la que procede este artículo al Profesor Tomás de la Quadra Salcedo y Fernández del Castillo, Catedrático Emérito de la UC3M; y al Profesor Francisco Colom González, titular de investigación

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

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

civil y las cédulas de identificación. Estos casos encierran un sinfín de problemas para el ejercicio de muchos otros derechos que el presente estudio tratará de abordar analizando de la praxis judicial y administrativa en los tribunales, una praxis que, habiendo sido prohibida en Europa, fue sembrada e impuesta en otros lugares por los propios colonizadores europeos, dejando a las antiguas colonias en un laberinto de segregación y sectarismo. Así, y mediante un análisis empírico, se intentará poner en evidencia el doloroso dilema que atraviesan a las sociedades fisuradas y lastradas aún por las secuelas impuestas por el colonialismo bajo el pretexto de la protección de las minorías postulado por occidente.

**Palabras claves:** libertad religiosa, calamidades del derecho, orientalismo, identidad, minorías, derecho punzante.

*practices are residuals from European colonialism; while these practices were forbidden in Europe, they were often implemented in the colonies. Using empirical references, this article highlights this issue that still haunts many post-colonial societies under the old legal alibi of the protection of minorities.*

**Key Words:** *religious freedom, calamities of the law, orientalism, minorities, identity, sharp right.*

*La religión, con todo el poder que se le atribuye, intervenga de forma útil para [...] consagración suprema, y que la bondad misma de sus preceptos reclame la atención de quienes, teniendo la carga del bien común, están cualificados para hacerlos pasar al derecho positivo.<sup>1</sup>*

(Gény 2007, 62)

SUMARIO: I. *Justificación.* II. *Introducción.* III. *Reacciones e inicio del proceso judicial.* IV. *La encrucijada registral.* V. *La encrucijada en Iraq.* VI. *La encrucijada*

---

del CSIC, por sus aportes a la última versión de este artículo, además de ambos señores revisores anónimos por sus valiosos comentarios y análisis que mejoraron considerablemente esta versión final

<sup>1</sup> Con esa cita ilustrativa de Gény, no se tiene otra intención que la retórica. Es decir, el presente estudio se empeña precisamente en demostrar las calamidades de esa envoltura. ¡Veremos!

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

*da en Túnez. VII. El origen de la calamidad. VIII. El papel de colonialismo europeo en la fragmentación de las identidades sociales. IX. Epílogo. X. Bibliografía.*

## I. JUSTIFICACIÓN

El presente estudio gira alrededor de tres entornos jurídicos, el iraquí, egipcio y el tunecino. La razón de escoger estos tres ejemplos como botón de muestra se debe a motivos, objetivos y subjetivos. Principalmente, los primeros dos representan el satélite intelectual y jurídico de referencia para el mundo árabe. Es decir, la práctica jurídica y la doctrina, se dicta en estos dos países, y de ellos se propaga para el resto. El movimiento de codificación civil, por ejemplo, nació en Egipto en 1871, el actual Código Civil egipcio es de 1949, replicado por el mismo rector en Iraq en 1951, y posteriormente copiado y promulgado en Libia en 1970; Jordania en 1976; Kuwait en 1980, etcétera. Por lo que analizar estos dos casos, además de su arraigo histórico y lo que representan estos dos Estados, ejemplificaría y daría a entender el conjunto de la práctica jurídica en el mundo árabe oriental. El segundo motivo se refiere a Túnez. Si bien optar por ese ejemplo se debe a otros dos motivos. Primero, porque la práctica jurídica en el mundo árabe occidental (magrebí) es, en alguna medida, distinta y distante al primer contexto (el mundo árabe oriental), y por razones históricas y del curso del tiempo. Pues los Estados de este contexto, todos ellos (a excepción de Libia), son excolonias francesas, se cuajaron y se independizaron del colonialismo francés muy tardíamente después de la segunda guerra: Túnez en 1964; Argelia en 1962, y Marruecos en 1956, aunque con relativa efectividad. El segundo motivo, es que Túnez representa el ejemplo más madurado teóricamente desde la perspectiva jurídica; fronteriza entre una categoría occidental y un distintivo oriental. Referirse al ejemplo tunecino representaría la madurez jurídica positivista en comparación con marruecos como un régimen muy caracterizado por los rasgos del antiguo régimen monárquico, y la particularidad técnica de Argelia.

Además de todo lo anterior, el presente estudio pretende demostrar la práctica jurídica en sociedades pluriétnicas, y plurideológicas, y estos rasgos no se dan sino en los Estados referidos en la presente muestra. Se descarta el caso libanés, aunque también representaría un modelo pluralista, primero por ser un lastre traumatizado que pudiera considerarse

jurídicamente un fracaso técnico —literalmente guerra civil propulsada por factores ideológicos, 1975-1990— por tanto, dada su inestabilidad, debería ser expuesta, y posiblemente comparada en un artículo o capítulo seguido aparte del presente.

Suma a todo lo anterior, la calamidad rubricada en el presente artículo, que es el tractor principal y la hipótesis que se pretende demostrar: cómo estaban estos contextos jurídicos, y cómo de calamitoso resultó la interferencia colonial en sus prácticas jurídicas y la implantación de derechos subjetivos punzantes, hirientes a su cohesión social interna, y que a pesar de ser un reclamo de las potencias extranjeras como un derecho subjetivo de identidad y pertenencia, no resultó ser más que un derecho punzante, dañino a sus categorías socio-jurídicas.

Cabalmente se pretende abordar la calamidad jurídica resultante de la intervención en Iraq desde 2003, y desde una perspectiva más práctica que teórica. Es decir, analizando la praxis jurisdiccional más que los debates teóricos y doctrinales escolásticos, ello además por dos motivos. El primero es consecuencia de los propios hechos y su magnitud, en el caso de Iraq. Pues las tribunas escolásticas sufrieron profunda extirpación de todo el gremio académico: en la mañana de la invasión, en 2003, la sociedad iraquí no solamente amaneció huérfana de su padre, el Estado y las instituciones, sino también de su madre engendradora de su producción científica y doctrinal. García Pelayo en su división de las identidades nacionales entre naciones estériles y otras en progreso se refiere a la “existencia de clase social capaz de generar en cada momento histórico, la cultura nacional” (García Pelayo 1981, 49). Pues, en el caso de Iraq, entre 2003 y 2004, unos 4500 a 6000 profesores universitarios iraquíes de todas las clases y disciplinas intelectuales y científicas fueron asesinados selectivamente bajo distinto argumento de extirpación de los rasgos del antiguo régimen, eso sin contar los que lograron salvar su vida y huir del país para terminar en un exilio en la sombra.<sup>2</sup> Hecho que supone profunda este-

---

<sup>2</sup> Las cifras de víctimas civiles de la invasión de Iraq son objeto de gran vaivén dada a absoluta ausencia de organismos oficiales que lo ofrezcan, por el dismantelamiento abstracto del conjunto del Estado y las instituciones iraquíes por la autoridad colonial en abril de 2003. El Instituto Waston lo cifra cabalmente en 182 miles (Crawford 2018), mientras que el Plos Medicine siguiendo otro método más aritmético lo eleva a medio millón (Rawaf 2013), cifra coincidente con la de 405 mil, propuesta por (Hagopian *et al.*, 2013), aunque otros colectivos locales lo elevan a unos 800 miles (Iraq Body Count s. f.).

rilización social que además se diagnostica en el presente artículo como originador de una sublevación intelectual caracterizada, entre otras, por una revolución sociolingüística en la práctica jurídica,<sup>3</sup> y que además se manifiesta en la carencia de estudios nativos en la temática, por lo que el presente artículo se centrará en contrastar la jurisprudencia de los tribunales aludiendo apenas a los escasos estudios existentes.

La calamidad, hipótesis principal del presente, se postula como uno de los problemas referidos por Smelser de una prosperidad al portador *Ready Made Prosperity* (Smelser 2013, 180 y ss.), que se identifica como una reacción silenciosa a una implantación forzosamente impuesta y calamitosamente gestionada por el personal asesor de las potencias extranjeras, que en muchos casos, actúan simplemente como traductores, antropólogos y orientalistas, hoy llamados estrategas,<sup>4</sup> intrusos y ajenos globalmente

---

<sup>3</sup> Revolución, más que evolución, dado que la sociolingüística sostiene que la evolución lingüística intergeneracional es un rasgo esencial de sobrevivencia lingüística (Hockett 1960), aunque debe progresarse integeneracionalmente, es decir, paulatinamente ente dos a cinco décadas (Moreno Fernández 2009, 269 y 270). Sin embargo, en el caso de Iraq se aprecia una revolución-sublevación de las categorías lingüísticas y los actos del habla demuestran una sublevación del estrado vulgar y *diglose* a las categorías legislativas y jurisdiccionales (Alnasir 2019, 26).

Pues a pesar de que las palabras constituyen el modo de categorizar la realidad, impregnando en ellas todas las cosas (Conde 2010, 230), su estudio en el campo jurídico (lenguaje legislativo-jurisdiccional) es una perspectiva muy fértil para el estudio, y escasamente abonada por los juristas, y que en el presente se pretende abordar como una de las secuelas de la interferencia extranjera poco atendida por los juristas. En cuanto a aspectos de vigilancia, el Tribunal Constitucional español negó reiteradamente su competencia para depurar el lenguaje legislativo, no siendo materia de control de constitucionalidad (STC 58/82 1998) reiterada en (STC 37/87 1987), y (STC 99/87 1987) afirmando que “por el principio de seguridad jurídica se refiere, ya hemos dicho en retiradas ocasiones que la mera existencia de incorrecciones técnicas o formales no sería motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que incurrir en la misma, sino que constituyen materia ajena a la jurisdicción constitucional, pues no es misión de este Tribunal depurar el lenguaje legislativo”.

Sin embargo en el presente caso se manifiesta como uno de los sintamos de la calamidad y el cambio – inversión, que dificulta el estudio del caso. Pues las secuelas de la interferencia colonial en Iraq se demuestran no solo en la calamitosa reversión de los derechos de libertad religiosa y su ejercicio, como se demuestra en los casos de estudiados, sino también en el desorden teórico y normativo de las instituciones instauradas por las potencias extranjeras presentando además un dilema sociolingüístico en el campo del derecho.

<sup>4</sup> Edward Said, en el prefacio de la edición, de 2003, de su obra universal *Orientalism* (1978), ya se manifestó en contra del *lobby* intelectual y mediático en Estados Unidos como

a toda noción o formación jurídica y toda particularidad socio-jurídica de las sociedades orientales, que a su vez podemos rubricarla como uno de los problemas propios de una globalización forzada.

## II. INTRODUCCIÓN

La religión en el mundo árabe es más que un constructo de pertenencia e identidad, un drama de libertad que adquiere cada día más *aversividad* social causando a su vez una esquizofrenia identitaria y desorden normativo.<sup>5</sup> Ese drama no se debe a la religión en sí como ideología, sino más bien como oligarquía instrumentalizada institucionalmente. La diferencia radica en la definición. Las sociedades europeas, a excepción de España, se cuajan como un *synoikismo*, ayuntamiento de moradas basado en un sistema de incorporaciones en el sentido romano-latino (Ortega y Gasset 1921, 8). Una especie de cohesión promovida por un interés recíproco de compartir vecindad por un proyecto común impulsado por dejar la vida nómada salvaje, fortalecerse mutuamente y establecer una coagulación *geoestratégica*.<sup>6</sup> Esta identidad histórica marca la identidad social europea en diferencia con la árabe y de todo orden.

---

propulsores del discurso beligerante, arrogante, hegemónico y de la transbordación del *rule of law* americano sin tener conocimientos de causa ni en las propias categorías jurídicas americanas, ni en los rasgos identitarios de las sociedades medio-orientales (Saïd 2003, 14 y ss.).

<sup>5</sup> La esquizofrenia socio-jurídica, o socio-política en los entornos medio-orientales ha sido identificada como un trastorno de esterilización social y fracaso colectivo plasmado entre entes políticos carentes de identidad ideológica (definidos como partidos políticos o grupos de agitación colectiva), propuestos con ansiosa búsqueda de identidad compensatoria (ficción histórica, alarma conspiratoria o hasta compensación escatológica), e influidos a su vez por constructos vicarios al interés colectivo que son las instituciones religiosas que asientan el incontestable forjamiento dogmático compensatorio, acorralando a los colectivos así en un laberinto de búsqueda, intramuros, de pertenencia (Alnasir 2019).

<sup>6</sup> Las tres guerras púnicas lideradas por el Imperio Romano contra Cartago (actualmente Túnez), su principal propulsor era evitar el fortalecimiento de Cartago que pudiera desafiar en algún momento a Roma. En la segunda guerra púnica (218-201 a. C.) los romanos impusieron a los cartagos severas condiciones para asegurar su debilitamiento, entre ellas era el pago de unos 200 talentos de plata durante medio siglo además de prohibirles disponer de barcos de guerra, ni declarar la guerra contra nadie sin su previa autorización. Sin embargo cuando a mediados del siglo II a. C. el censor romano Marco Porcio Catón, conocido como Catón el viejo, visitó Cartago observó asombrosamente su próspe-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

La tradición histórica creada en Europa se manifiesta como un método más etnográfico que jurídico formando por tres ejes, la tierra como identidad, fuente de riqueza, es decir, vínculo económico y de sostenimiento, además de objetivo de propiedad y por ende de pertenencia identitaria; la sangre como curso troncal de las generaciones, y las alianzas que estampan; además del tiempo como factor de progreso y amoldamiento paulatino de la cohesión (Grossi 2007, 26 y ss.); sin embargo, el miedo en las sociedades europeas-occidentales, como un constructo de forjamiento grupal, un propulsor del ayuntamiento de moradas identificado por Ortega, aunque posiblemente no recogido como tal por Grossi. Pues a los tres elementos de coagulación etnográfica europea sangre, tierra y tiempo habría que añadirles el miedo como un constructo cognitivo de unión socio-política irrenunciable en la sociedad occidental tal y como lo definió Robin (2004), que en el mundo árabe es totalmente distinto, pero era la perspectiva colonial de occidente que intentaba implementarlo como tal presumiendo sus propios constructos pero obviando los de los árabes exhaustos del apoderamiento desfrizado instrumentalizador de la religión desde las guerras de sucesión hasta la colonización otomana desde el siglo XV hasta la Primera Guerra Mundial. Por lo que a pesar de ser la religión un constructo social de adhesión nunca habría sido bien recibida su institucionalización, al no ser otra que un signo colonial ajeno a los constructos social, sino una piedra vicaria de dominio político. Eso no se refiere sólo a la religión islámica, sino igualmente a la cristiana. Pues las iglesias orientales, principalmente la copta de Egipto, la asiria y la aramea de Iraq, y la ortodoxa de Siria, además de la congregación lucana todas ellas se forjaron al hilo de contiendas y alianzas entre poderes extranjeros

---

ra, rica y rápida recuperación, cuando realmente esperaba hallarla hundida en la miseria y las consecuencias de las severas condiciones impuestas por el acuerdo de rendición, hecho que motivó su empeño en convencer al senado romano para lanzar una guerra preventiva pero destructiva definitivamente a Cartago que evite un posterior levantamiento de los cartagos contra Roma bajo su famosa aclamación de que “Carthago delenda est” (Cartago debe ser destruida) (Baños 2017, 41-43). Sin embargo la oposición del senado liderada por los escipiones se basaba en la necesidad de conservar el peligro de Cartago como único adversario que tenía la utilidad de unión y fortalecimiento de Roma, que de abatir el pueblo caería en relajamiento en la disciplina y la austeridad que habían servido para el fortalecimiento del imperio y la grandeza de Roma, por lo que eliminar ese miedo estratégico desembocaría en una decadencia que acabaría con la unidad del imperio romano, y eso fue precisamente lo que ocurrió una vez abatida Cartago (Baños 2017, 227).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.



promovidos ente el Impero Romano y el Pérsico impulsando los únicos contra los otros masacrando y destruyéndose unos otros por medio de los pueblos para servir a intereses totalmente ajenos a los dogmas religiosos como tal. Wojciechowski demostró mediante una construcción histórica del cuajamiento del poder patriarcal oriental cómo las iglesias orientales terminaron liquidándose la una contra la otra para terminar imponiendo su dominio sobre los pueblos (Wojciechowski 2002).

A continuación, veremos varios casos jurisdiccionales de Egipto e Iraq principalmente, cómo la religión, o más bien las instituciones patriarcales de la religión ejercen un férreo poder, en algunos casos, incluso, bi-estatal avivado por influencias extranjeras, acorralando a los individuos en un laberinto jurídico y derechos, supuestamente subjetivos, pero cuya única utilidad es la de fortalecer a las instituciones patriarcales y perjudicar severamente a los ciudadanos. Veremos como, bajo el pretexto de identidad religiosa y la protección de identidades minoritarias, se crearon asientos registrales para, además de asegurar la identidad–pertenencia como derecho, sirvieron a intereses espurios de extender la tutela a instituciones subestatales que terminaron por imponer un dique a todo tipo de libertades individuales, y bajo ese pretexto de asegurar el derecho a la identidad religiosa y la pertenencia, todo un ejemplo de un derecho de doble filo que se propone definir como derecho punzante.

En el Tribunal Administrativo de El Cairo, en el expediente número 10838 del año jurisdiccional contencioso–administrativo número 58 (STAC 10838/58 2007),<sup>7</sup> pleita una multitud de demandantes y demandados por un relato de los hechos referente a una ciudadana de confesión cristiana “copto ortodoxa”. La referida ciudadana, esposa de un sacerdote de su misma confesión, según el relato de los hechos, fue atraída por un programa de televisión, por lo que dice haberse convertido al islam en la intimidad y practicando secretamente los ritos de esta confesión durante dos años. Profundizando en su acercamiento a esta ideología, descubrió

---

<sup>7</sup> La jurisprudencia referida en el presente estudio se extrae de las bases de datos oficiales de cada organismo referido, y son traducidos por este proponente al castellano en lo que afecta al presente estudio, salvo las citas del Tribunal Supremo de Israel, son recogidas de otro auto que se citará en su momento. Cabe destacar en el caso de Egipto que la jurisprudencia se cita por cada orden jurisdiccional atendiendo el año jurisdiccional desde su implementación; es decir, la referencia aquí, año jurisdiccional administrativo egipcio 58, se refiere a 2007.

que no debería mantener su matrimonio y convivencia si su marido no asumiría junto a ella esa confesión, por lo que decidió abandonar el domicilio conyugal y dirigirse al de uno de sus allegados. Le informan entonces que la norma civil de su país le obliga a realizar unos trámites *declarativos* de cambio de religión. Para ello decide acudir a una comisaría de policía de su proximidad, declarando haberse convertido al islam, por lo que solicita que se le expida el correspondiente testimonio de conformidad del ministerio público para proceder a la modificación en sus registros filiales.

Según el mismo relato de hechos, del 2 de diciembre 2004, tras las correspondientes averiguaciones, el ministerio público competente acuerda admitir a trámite la pretendida solicitud. En consecuencia, y en virtud de lo establecido en el acuerdo del Estado egipcio con la congregación copta, la autoridad debe iniciar previamente un trámite de audiencia con la congregación perdedora para que ésta pueda ejercer lo que en su derecho estime oportuno, como el intento de retención y conservación de sus feligreses. Es decir, el acuerdo del Estado con esa congregación le otorga la tutela subjetiva de sus feligreses para que tome medidas de retención o impida el transfuguismo religioso, como si fueran clientes en la economía de mercado. Informada la interesada sobre las pautas del trámite, aceptó, por lo que el Ministerio Público acordó entregarla al representante local de su congregación de origen, quien tendría un plazo máximo de 24 horas para re-entregarla al poder público con la preceptiva propuesta de conformidad u oposición, según el caso. Es decir, en este caso, un ciudadano que desee ejercer su libertad de conciencia y practicar el *transfuguismo* religioso no sólo debe declarar el hecho, sino que además pierde tácitamente su libertad, ya que queda en situación de detención fáctica bajo la tutela de las autoridades administrativas y religiosas hasta que se decida su pertenencia ideológica y filiación a una u otra autoridad religiosa. Este caso tuvo gran repercusión mediática, además de coincidir con las fechas navideñas, lo que llevó a que el Papa copto cancelara su liturgia de Navidad y decidiera acudir personalmente a la sesión correctora. Pues según los rituales de la Iglesia copta, la apostasía se a la herejía, desobediencia, entre otros supuestos de la máxima gravedad.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Sin ir lejos, la Iglesia católica tampoco tiene fácilmente establecido el mecanismo de apostasía. No obstante, ese trámite en las sociedades occidentales es un mero acto voluntario y declarativo sin efectos jurídicos ni civiles. Pero en los casos del presente examen

Una vez trasladada la imputada a la parroquia de la Divina Pastora de El Cairo, donde la esperaba el Papa copto interesado en dirigir personalmente la sesión de su corrección espiritual, y antes de entrar a la sala del tribunal, según el relato de hechos de la sentencia, la interesada solicitó un receso para poder celebrar su oración según su nueva confesión, es decir, para poder rezar según la religión islámica, que tiene marcados los tiempos de oración cotidianos. Aquel hecho, dice la sentencia, causó gran furia del Papa copto, quien decidió retirarse del tribunal y todo el entorno para marcharse a un monasterio a las afueras de El Cairo, dejando los demás miembros del referido tribunal a cargo de los trámites pertinentes de la sesión correctora. Celebrada la sesión de corrección, la referida rectificó y confesó haber incurrido en un error, según relata la sentencia. Entonces fue acompañada por un letrado de la parroquia a la comisaría de origen, donde declaró su rectificación ante el fiscal instructor, quien acordó ponerla en libertad, dejando sin efecto el trámite iniciado y ordenando, por consiguiente, el archivo del caso.<sup>9</sup>

---

suponen un peliagudo laberinto, dado el poder que ostenta la Iglesia en estos países, y el alcance jurídico-civil en la filiación y la determinación, no solamente del estatus civil, pero también del fuero jurisdiccional. Es exactamente a lo que se refirió Luhmann, que en estas sociedades funcionalmente diferenciadas la religión juega un papel determinante como un sistema funcional que ha ganado autonomía-poderío a costa de reconocer la autonomía a otros subsistemas, como la secularización (Luhmann 1977, 225) recojo nota de (Luhmann 1985, 14).

<sup>9</sup> He aquí el relato oficial que recoge el texto de la sentencia. No obstante, en la prensa local e internacional trascendieron otros relatos, que además demuestran varios aspectos. Primero, dada la delicada situación de esta persona, por ser esposa de un sacerdote copto, la Iglesia copta se postuló el caso como un ataque institucional a su dignidad, y que además, por práctica habitual, la Iglesia copta ante la conversión de cualquiera de sus miembros, directamente se postulan el asunto como desaparición forzada, elevándolo a denuncia pública mediática, interesando en sendas ocasiones la mediación internacional ante las autoridades del Estado para que les entreguen referido sujeto, aún en contra de su propia voluntad. Este caso concretamente suscitó una crisis internacional a gran escala. Una asociación que postula la defensa de los derechos civiles de los coptos de Egipto con sede en Washington llamó a la mediación del presidente Israel y al de los Estados Unidos de América para presionar a las autoridades egipcias para la entrega de la referida persona, y a su raíz se presentó una iniciativa parlamentaria interesando la expulsión del embajador de los Estados Unidos de Egipto por interferencia en asuntos internos (Middle East online 2004), dado que además la Iglesia copta promovió violentas manifestaciones a las afueras de la comisaría de la policía en cuestión, resultando de ella violentos altercados y la detención de unos 35 individuos (Aljazera 2004) y (Aljazera 2015).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

### III. REACCIONES E INICIO DEL PROCESO JUDICIAL

Las reacciones a la noticia no se hicieron esperar. Un clérigo de la Universidad de El Azhar<sup>10</sup> presentó demanda contencioso-administrativa contra el fiscal instructor del caso, por haber entregado la referida ciudadana a las autoridades eclesiales y por su conclusión posterior de la instrucción. El recurrente alegó en su recurso que las actuaciones practicadas no son conforme a los principios generales de la religión islámica, vinculantes para el Estado egipcio en virtud del artículo 2o. de la Constitución. Alega una norma del islam que no permite entregar un musulmán que haya optado libremente por la confesión islámica a quien no lo es (Qurán 66, 10). Subsidiariamente alega que, siendo ya musulmana, el islam no permite la renegación inversa de la fe islámica una vez convertida a ella, dado que la referida ya había declarado haberse convertido al Islam y practicado sus liturgias durante los dos años anteriores al día de su comparecencia y declaración. Es decir, ella compareció declarando haberse convertido ya plenamente, no solicitando la conversión.

El recurrente se apoya en la vinculación del Estado a los principios generales del islam establecidos en el artículo 2o. de la Constitución egipcia de 1970 tras su reforma de 1980. En su recurso alega, además, la legítima potestad para sostener la demanda, suponiendo el doble fuero compe-

---

<sup>10</sup> El Azhar, aunque por nombre lleve la distinción de “Universidad”, es además el máximo órgano religioso islámico de Egipto, que ostenta toda la representación, autoridad institucional y de supervisión, además de la educativa, relacionada con la religión islámica en el país. Es un homólogo del patriarcado copto (cristiano-ortodoxo) de Egipto. Ambos actúan a la postre como agencias independientes autoreguladas y de derecho público. Es el único órgano existente, como tal, en un Estado musulmán en la actualidad. No en vano algunos medios de comunicación, ignorantemente, lo designan como el máximo órgano religioso del islam, lo que es una aberración absolutamente ajena a la realidad. Es el máximo órgano institucional de Egipto, nada más, sin ninguna transcendencia transnacional. Otra cosa, es que ostenta el respeto y la veneración académica, y formativa como institución científica. Es cierto que en Túnez existe algo similar, el Qairawan, pero éste sufrió importantes debilitamientos por los sucesivos gobiernos postcoloniales, por lo que acabó siendo un museo, una simple institución académica y arcaica. Esta situación destaca como uno de los problemas de la deriva identitaria y autoritaria en Túnez. En los demás Estados musulmanes, la religión o bien es apadrinada por el propio Estado mediante el ministerio de asuntos religiosos u otros órganos ad hoc, como es el caso de Marruecos y en alguna medida, también de Jordania. Van Bruinessen elaboró un trabajo comparativo sobre las autoridades reguladoras de Turquía e Indonesia (Bruinessen 2018).

tencial —el civil estatal y el espiritual penitenciario correspondiente al Azhar— por lo que recurre el hecho de la entrega y solicita el retroceso de las actuaciones, la devolución de la interesada y su entrega al centro religioso de El Azhar en base a su protectorado sobre la comunidad islámica en Egipto. Finalmente, considera y solicita que la referida persona debe ser procesada por apostasía, que es el más grave delito en la fe islámica.

El recurrente se apoya, en primer lugar, en la vinculación del Estado a los principios generales del islam establecidos por el artículo 2o. de la Constitución egipcia en su reforma operada de 1980 que, en su versión original de 1970, decía que “El islam es una fuente oficial para el legislador”. Tras la reforma de 1980 pasó a decir “El islam es *la* fuente oficial para el legislador”. Por ello, y en su virtud, el recurrente alega suficiente legitimidad activa para sostener el recurso, ya que, a su entender, la citada reforma habría creado un doble fuero concurrente entre el Estado y la religión representada por su máxima autoridad congregacional en Egipto, El Azhar. A su entender, ese mismo precepto le habría otorgado un fuero penitenciario para aplicar sus propias normas religiosas en cooperación con el Estado. Por ello, sostiene el fondo de su demanda contra el Ministerio Público que autorizó la entrega de la referida ciudadana a las autoridades eclesiales por primera vez, su posterior puesta en libertad y el archivo de la causa al día siguiente, todo ello sin informar a la autoridad Islámica en su condición de protectorado de la comunidad islámica de Egipto. Insiste, además, en anular los hechos de la primera entrega y, subsidiariamente, de la segunda, e incoar el correspondiente procedimiento penal por apostasía de la fe islámica, según establecen las pautas de esta confesión.

Es menester destacar que el relato de la sentencia no recoge, ni parece que el recurrente haya impugnado directamente, el acuerdo del Estado egipcio con la congregación copta por no estar conforme con la nueva versión del artículo segundo de la constitución, ni que haya planteado la cuestión de tutela pública en virtud de dicho artículo, tampoco reclama igualdad de trato de la autoridad islámica con la copta.

Como consecuencia de la repercusión mediática del caso, se adhirió al proceso una multitud de actores de ambas congregaciones, la musulmana y la cristiano-copta, asociaciones de derechos civiles y un largo número de actores de la sociedad civil respaldando a cada bando. En su referida sentencia del 24 de abril 2007, expediente 10938 del año contencioso-ad-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

ministrativo número 58 (STAC 10838/58 2007), el tribunal, en sus razonamientos jurídicos, se detiene en que el contenido vinculante del Estado con la religión islámica plasmado en el artículo 2o. de la Constitución es una mera declaración política que vincula a los poderes político y legislativo, pero no comprende ninguna noción jurídica para los demás poderes del Estado, ni judiciales ni administrativos. Es decir, suponer que el islam es la fuente del ordenamiento no conlleva que lo sea para la administración, cuya vinculación es únicamente con el derecho positivo emanado del legislador (STCEG 55/22 2001). Añade, por tanto, que las vías de protección contra las acciones emanadas del legislador son sostenibles ante el tribunal constitucional en acciones directas contrarias a la ley, no ante la jurisdicción administrativa, ni mucho menos contra actuaciones administrativas. Además, considera la carencia de legitimación activa por parte de los actores de ambos bandos, al tratarse de una libertad individual, dado que la interesada había comparecido inicialmente en la comisaría por su propia voluntad y al ser entregada por las autoridades policiales a las eclesiales y devuelta por éstas, y que por su propia voluntad declaró que “su fe natal es la cristiana, que había confesado toda su vida, y que con ella morirá”. Todo ello en los términos que se recogen literalmente del atestado levantado al efecto en una declaración que contaba con la fe pública procesal del fiscal instructor. Por ello rechaza, además, llamar a la interesada —según solicitaba alguna de las partes— para que vuelva a manifestar ante el tribunal su intención sobre la fe que desee practicar. Finalmente se desestima íntegramente la demanda en ambos términos y a todos los efectos.

Es obvio que, a nuestro entender, este caso levantaría reclamaciones, repulsas y críticas de todo tipo, pero la calamidad, lo más triste de ello, aún apareció fuera del juicio. Aparte del contenido de la sentencia y toda la contienda legal, lo más trágico vino después, en la prensa local del día siguiente a la publicación de la sentencia, cuando los medios egipcios difundieron la noticia de que se había hallado al cuerpo de la referida ciudadana “sin vida” en un convento de monjas al que había sido enviada en un retiro penitenciario. Estos fueron los términos: “hallado el cuerpo sin vida en un convento la que fue enviada a un retiro penitenciario”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> La noticia de su muerte aparece recogida en unos medios, sin embargo, la Iglesia copta mantuvo en silencio, a pesar de trascender otras noticias de su posible aparición en

#### IV. LA ENCRUCIJADA REGISTRAL

La encrucijada de ese ángulo registral contiene aún muchos más ejemplos y supuestos de lo que cabe imaginar. Con el abanico de supuestos, existe otro de respuestas judiciales que han ido intentando *respaldar* la libertad individual, creando una línea divisoria entre las declaraciones decorativas de las cartas constitucionales y los principios opacos que en ellas se albergan, en defensa del derecho a la libertad individual, pero más e imperiosamente de la positividad del derecho. El objetivo es impedir que la imbricación/bicefalia del derecho con la religión termine con una forma de huida y vía de escape de la normatividad (Alnasir 2019, 98). Es obvio que la práctica merma una protección que en muchos casos depende no sólo del poder público, de una decisión individual o populista de uno de sus agentes, sino también del conjunto del entorno social y de la labor mediática que ejercen los medios de comunicación agitando en una u otra dirección.

En efecto, la sentencia, del 9 de febrero de 2008, del Tribunal Administrativo de El Cairo tuvo que lidiar con el caso de un ciudadano de origen cristiano copto que se había convertido al islam y, presionado por su entorno social de origen, dice la sentencia, decidió retractarse y volver a su confesión cristiana.<sup>12</sup> Dicho cambio-retroceso le fue denegado por el encargado del Registro Civil, quien entendió individualmente que el Estado egipcio está sujeto a la religión islámica en virtud del artículo 2o. de la Constitución anteriormente comentado, y que por su parte la religión islámica no sostiene la posibilidad de renegar de ella. Para entonces, el Tribunal Administrativo de El Cairo le había ordenado al recurrido encargado del Registro Civil a que procediese a la interesada inscripción,

---

una cadena de televisión copta, respondió el Papa copto de que la referida se encuentra *recluta* en un convento cristiano, dedicada a la devoción y sujeta a un lavado de cerebro de lo que le habían sometido y no tiene ningún interés en exponerse ante los medios (Alarabiya 2008).

<sup>12</sup> Los motivos trascienden el propósito de este estudio, aunque en el caso tunecino repasaremos parte del mismo. Si bien en ese caso se relató que el motivo fue el nombre propio, ya que los cristianos egipcios usan nombres mayoritariamente hebreos, y aunque le hicieran el cambio de fe y constara en la cédula de identidad musulmana, seguirá manteniendo el mismo nombre y apellido, lo que revela claramente que fue cristiano. Hechos que le causan estigmatización en la nueva comunidad, además de persecución por parte de su comunidad de origen. Volveremos con más ejemplos más adelante con el caso tunecino.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.



haciendo constar en el asiento la mención, sin precedentes, de: “Copto cristiano, musulmán anteriormente”.

Tal casuística en Egipto demuestra un sinfín de conflictos promovidos por el férreo poder de la Iglesia copta de Egipto sostenida por el exterior bajo el postulado de protección a las minorías y la libertad religiosa y cuajada como un Estado dentro del Estado egipcio (rftf 2010) y (Al'wā & Mnšwr 2010). Por otra parte, el transfugismo entre cristianos hacía el islam se debe, en gran medida, a una práctica de fraude de ley, para huir del fuero jurisdiccional copto que prohíbe el divorcio y mantiene férreas normas matrimoniales y de castigo a la disolución matrimonial. Por ello se dan los casos en los que varios ciudadanos optan por convertirse al islam, para conseguir con ello someterse a la jurisdicción de ese fuero, divorciarse según establece esta jurisdicción, volver a casarse nuevamente según esta orden, y volver a solicitar su regreso a su fe de origen alegando haberse resentido instando la polémica rectificación del asiento registral.

## V. LA ENCRUCIJADA EN IRAQ

En Iraq se desconocía tal problemática con anterioridad a 2005, aunque también existía ese precepto registral. El Estado, en todo caso, era el titular de todas las potestades públicas y ninguna confesión revestía identidad jurídica propia. Todas caían bajo el paraguas de la identidad estatal, a pesar del contenido del artículo 4o. de la Constitución de 1971, que se limitaba a declarar que “el Islam es confesión del Estado”, sin especificación ni imposición material a los poderes del mismo, es decir, quedando desde entonces como mera declaración opaco-política en un Estado materialmente civil, positivo, e institucionalizado. El problema surge del documento redactado por los aprendices y becarios de la coalición *democratizadora* estadounidense, que lo rubricaron como “Constitución” de 2005, cuyo artículo 2o. proclamó que “el Islam es la confesión oficial del Estado, siendo fuente principal para el legislador”, a saber que este artículo ha sido enérgicamente criticado por varias organizaciones de derechos humanos, no sólo desde el esquema del sectarismo y la fragmentación social, además por inducir desigualdad subjetiva y un desorden subestatal más dañino que lo que parezca como beneficioso (*Minorities and the Law in Iraq* 2011).



En la práctica jurisdiccional que relata la jurisprudencia del Tribunal Iraquí de Casación (STCI 1741/2008, 2008), surgió un procedimiento de rectificación registral por el que el encargado del Registro Civil admitió la instancia de un ciudadano musulmán que, aportando una certificación bautismal de una comunidad eclesial cristiana, se interesó en modificar su filiación de musulmán a cristiano. La praxis iraquí, como comentábamos, es diferente de la egipcia, pues siendo el Estado el titular único de la soberanía, o así lo era, no se comunica a ningún ente las modificaciones referentes a ningún ciudadano, sino que la normativa registral —del antiguo Estado institucional, aún vigente—, siendo pública, establece la simple obligación de publicar cualquier alteración registral que se practique mediante un edicto en la gaceta del Registro Civil. Hecho muy similar y común a cualquier otro país de las categorías del estimado lector. Así, y ante la publicación del edicto, un representante del Ministerio Público recurrió la referida modificación, cuyo recurso fue denegado, por lo que llegó finalmente al Tribunal de Casación.

En el recurso se sostiene que el Estado actual, por imperativo del artículo 2o. de la Constitución de 2005, se ve sometido imperativamente a los mandamientos doctrinales del islam, el cual, a su vez, no permite la alteración registral practicada, por lo que se interesa su anulación. Es menester destacar la dificultad para comprender la sentencia, dada la sublección lingüística y profesional que padece el país *democratizado* desde 2005 (Alnasir 2019, 26). La redacción de la sentencia no parece estar clara, si bien el edicto debería haberse realizado antes de practicar la modificación del asiento y no con posterioridad. Es un trámite previo, no post facto. Sin embargo, del relato parece desprenderse que se recurre por haberse practicado la modificación, por lo que se interesa declarar su nulidad. En su resolución casacional, el tribunal iraquí, sin motivación ni argumentos —en una escueta resolución de dos líneas—, acuerda dejar nulo y sin efecto el cambio practicado por entenderlo contradictorio con la religión islámica, que no lo permite, en virtud de la vinculación del Estado a esa religión impuesta en el apartado primero del artículo 2o. de la Constitución de 2005, donde se dice que “El Islam es la confesión oficial del Estado, siendo fuente principal para el legislador”; es decir, mediante esa interpretación, en comparación con el caso egipcio visto en los apartados anteriores, se amplía la esfera de confesionalidad que se delimitó en Egipto para el legislador, la extiende en el nuevo Iraq —americanizado y

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

democrático— para todo el Estado, haciéndola vinculante también para el juez y la administración, cosa que realmente la Constitución no dice, sino que literalmente el texto constitucional lo incumbe al legislador, no a las subsiguientes instituciones del Estado, pues en ese caso se daría una clara bicefalia normativa y jurisdiccional.

La calamidad no termina ahí, pues el tribunal de casación iraquí *se inventa* un nuevo procedimiento y remite el interesado a instar un proceso civil declarativo para que, mediante ello intente probar el cambio interesado, y que se le dicte sentencia declarativa que haga efectivo el cambio de religión. Es decir, por un lado, remite el justiciado a que inste un procedimiento inexistente en el ordenamiento jurídico que se lo inventa el tribunal y dice “declarativo para el cambio de religión”, a pesar de haber anulado su pretensión por disconformidad con la Constitución, y se pronuncia ya sobre el fondo de la causa. O sea, no sólo lo anula por defecto procesal y lo retrocede para iniciar otro procedimiento, sino que lo hace prejuzgando tácitamente la causa como anti-jurídica, remitiendo al justiciado a otro calvario procesal, cuando ya el mismo tribunal lo dejó en prejuzgado como inconstitucional.

Este ejemplo pone en evidencia el gran revés que emergió en Iraq después de 2003 -2005. No sólo en el ámbito práctico-forense, sino en toda la disciplina jurídica, procesal, y hasta científico-conceptual. El desmantelamiento del Estado y las instituciones no solamente afectó a la forma y la apariencia, sino a la sustitución del personal al frente de las instituciones por personal lego investido sin fundamento técnico ni científico para ello. Eso se ve reflejado en actuaciones tan controvertidas como ésta, instada precisamente por el ministerio público. En esa sentencia se demuestra la gravedad de la situación actual de la judicatura iraquí. Siendo instancia casacional, casa la resolución recurrida y, haciendo referencia cabal a una base religiosa extrajurídica, remite al afectado a instar un procedimiento que no está tasado ni establecido por la legislación procesal, dice “declarativo para el cambio de religión” y, además de ello, anticipa los hechos posteriores, al concluir prejuzgando que el cambio de religión no es posible, ya que el Estado está sometido a la religión por mandato del artículo 2o. de la Constitución y que ésta, la religión, no permite tal cambio. ¿Para qué remite entonces el interesado a instar otro procedimiento declarativo, si el alto tribunal ya se situó sobre el fondo declarando la imposibilidad del cambio? Totalmente diferente a la situación anterior de Egipto, como

demostramos cuando los tribunales tomaron distanciamiento de la postura religiosa delimitando su sumisión únicamente al legislador y dejando extramuros lo religioso, a las afueras de todo lo jurídico.

Con anterioridad a 2003, en Iraq la interferencia o implicación de la jurisprudencia islámica en el derecho positivo, en concreto en el ámbito penal, era impensable. Ello gracias al muy arraigado principio *nullum crimen sine lege*, implementado en el Código Penal Bagdadí de 1917 y en el posterior artículo 1o. del Código Penal de 1969. No era, de ningún modo, sostenible invocar ninguna acción penal basada en un principio ajeno al Código Penal.

El caso se dio en 1989 ante el consejo del estado iraquí, en el que se trataba de una condena a muerte por renegación del islam. En el relato de hechos se dice que se trataba de una ciudadana iraquí, de confesión musulmana, a la que se había denegado el permiso para contraer matrimonio con un compatriota de confesión cristiano-ortodoxa. La normativa vigente entonces prohibía a una mujer musulmana a contraer matrimonio con un hombre de otra confesión. Es decir, se trataba de una disposición normativa de derecho positivo tasada en la ley del estatuto personal iraquí número 188 de 1959.

La interesada, al haberle sido denegada su solicitud de matrimonio, salió del país y contrajo matrimonio en Grecia sin haber contado con la autorización previa de la autoridad consular para hacerlo, ya que, al parecer, el proceso local en dicho país no lo exigía.<sup>13</sup> Es decir, acordó el matrimonio sin la previa instrucción y capacidad matrimonial establecida para ello, esquivando lo tasado en su normativa personal.

---

<sup>13</sup> En la práctica actual este problema se da en cuanto a uniones del mismo sexo, cuando el país de origen de uno de los contrayentes no lo permita, no lo reconozca, lo prohíba, o lo penalice, siendo un *jus connubii* subjetivo e internacionalmente reconocido al portador (Calvo Caravaca & Carrascosa González 2005). Sin embargo, esta práctica es bien conocida históricamente en este ámbito de patriarcado étnico-ideológico, que son los casos que ocupan el presente constituyéndose como una ventana de huida del asfixiante poder patriarcal religioso y su poderío subestatal, creando al efecto paraísos matrimoniales en los países más próximos y flexibles (Alnasir 2020). Hasta la actualidad este tema sigue sin lograr armonización internacional, ni siquiera en ámbitos regionales de consolidada proximidad normativa, como la Unión Europea, cuyos Estados miembros siguen cada uno aplicando sus propias normas de conflicto sin alcanzar un consenso intramuros, ni extramuros al efecto (Cebrián Salvat 2017, 7).

Así, y después de celebrar dicho matrimonio, en contra de su normativa personal, regresó al país casada y formando familia según el derecho griego. No aparece en el relato del caso si había solicitado la transcripción del matrimonio o si haya iniciado algún otro trámite más. La contienda comenzó por una denuncia que un clérigo musulmán interpuso ante el Ministerio Público para que se le imputara la responsabilidad penal por el abandono de la religión islámica, solicitando que se le impusiera la condena de pena capital, según establece la doctrina islámica por la renegación de la fe. En su denuncia se alegaba la vinculación del Estado a la religión, siendo el islam la confesión del Estado, según lo consagra el apartado primero del artículo 5o. de la Constitución de 1970, vigente entonces, y que rezaba: “el Islam es confesión del Estado”.

Al parecer, y por primera vez, el Tribunal de Casación de Iraq, en una sentencia casacional sin precedentes, traspasó el límite del principio *nullum crimen sine lege* como fundamento básico para el derecho penal iraquí y confirmó la pena de muerte sobre una base puramente religiosa.<sup>14</sup>

Iniciada la fase de ejecución de la pena, ésta no se podría llevar a cabo sin la autorización ejecutiva del jefe del Estado, previo informe del consejo de estado, que se limitaría a corroborar la formalidad procesal y sus garantías.

Felizmente, el caso llegó al consejo del estado iraquí, que en 1989 emitió un dilatado, muy estudiado y acertado dictamen en el que manifestó su profundo malestar sobre el caso, ya que excedía la separación de la religión del Estado, además de invocar una condena a muerte no tipificada en el Código Penal, invadiendo el principio *nullum crimen sine lege* amparándose en una fuente manifiestamente extrajurídica, lo que suponía un grave precedente para el conjunto del ordenamiento jurídico. En su dictamen, el consejo del estado iraquí partió de la interpretación del

---

<sup>14</sup> Cabe destacar un defecto manifiesto en la jurisdicción iraquí, que dificulta drásticamente el estudio, motivo por lo cual nos limitamos a la sumaria exposición de los casos. Ello se manifiesta en que la práctica jurisdiccional iraquí no es motivada. Es decir, las resoluciones judiciales iraquíes se publican únicamente con un breve relato de los hechos y la decisión, de forma muy escueta, en apenas una sola línea, sin expresión de motivación *ni ratio decidendi*. Incluso en los órganos colegiados, las deliberaciones y argumentaciones son orales e internas para los órganos, y no reproducidos en las decisiones. Obviamente, este es un defecto de enorme gravedad, pero no es el objeto del presente artículo, por lo que hacemos este inciso a efectos ilustrativos de la comparación.

artículo 5o. de la Constitución provisional de 1970, vigente en aquel momento, que disponía simplemente que “el islam es confesión del Estado”. Este artículo, dijo, supone que la confesión islámica es rectora y directriz de actuación del poder político para mantener un marco de respeto y consideración moral hacia las instituciones religiosas. Sin embargo, no es vinculante para las instituciones del Estado ni supone ninguna ampliación *esférica* del derecho positivo hacia este orden moral, ni mucho menos en el ámbito penal, cuya única potestad radica exclusivamente en el Estado. El consejo de estado añadió, además, que las acciones penales son cuestiones de orden público, no susceptibles de supeditarse a ninguna categoría de orden espiritual ni extra-positiva, lo cual supondría un doble fuero penal que no tenía cabida en el orden constitucional entonces vigente.

De tal suerte que, en su conclusión, rechazó la propuesta de conceder el indulto, al entender el indulto como mera concesión subjetiva de gracia ante la ejecución, pero que no invalidaba la decisión en sí, manteniendo el precedente en el tráfico jurídico, cosa que rechazó globalmente. Por ello, la propuesta final del consejo al jefe del Estado, como titular máximo y garante de la justicia, fue casar íntegramente la sentencia y anular todas las actuaciones, entendiendo la acusación como improcedente e inadmisibile desde su raíz y sin perjuicio del vicio civil que acarrea el matrimonio llevado a cabo sin el preceptivo trámite de capacidad civil, cuestión totalmente ajena a la jurisdicción penal. Así, terminó abordando un posible *legis vacantis* por el que proponía al legislador promover iniciativas legislativas para evitar semejante fraude procesal civil e incoar las preceptivas actuaciones disciplinarias contra quienes estuvieron implicados en la causa.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> La afectada en aquel caso, después de la anulación de la condena, fue recibida por el presidente de la república e indemnizada por los perjuicios que le fueron causados, en demostración de reparación de esa huida del derecho y de la intromisión de la religión en el mismo. Además, los jueces componentes del Tribunal de Casación y la Corte de Bagdad integrantes de la causa fueron procesados por prevaricación y separados del cargo. Lo curioso es que, una vez instrumentalizada la democracia de importación norteamericana, a esos mismos jueces se les restauró su estatus e incluso les reconocieron los años de suspensión y se les indemnizó, ya que alegaron haber sido perseguidos políticamente por sus opiniones y en contra de la independencia judicial. Incluso siguen ocupando la plana mayor de la jurisdicción iraquí, motivo por el cual hemos adelantado el primer ejemplo, que hace hincapié en la calamidad actual.

## VI. LA ENCRUCIJADA EN TÚNEZ

A pesar de su similitud con los casos anteriores y la constante consagración constitucional de la confesionalidad estatal del islam, Túnez no cuenta con ese esquema de filiación confesional. Es decir, no existe un precepto declarativo de la fe, ni existe para ello un asiento registral en los registros públicos. La religión del Estado es el islam, dice el artículo 1o. de su actual Constitución de 2014 en consonancia con las cartas anteriores, pero el artículo 6o. de la carta dice que “el Estado es aparguador<sup>16</sup> de la fe, garante de la libertad de conciencia, ideología y práctica religiosa, y neutralidad de las mezquitas y templos de cultos ante cualquier instrumentalización política de la religión” (Constitución de Túnez, artículo 1o.).

Sin embargo, de la conversión al islam surge el problema del nombre propio, primero por parte de los judíos, con significativo asentamiento sefardí, suponen una fracción muy menor de la población tunecina y tienen nombres tradicionales hebreos, muy señalados y reconocibles, además de otros individuos de otras procedencias cuyos nombres responden a una identidad cultural diferente. De ahí que el incipiente legislador tunecino de 1964, en la mañana de la independencia, tuvo esta circunstancia en cuenta, no precisamente por los judíos, sino por los restantes coloniales que permanecieron en suelo tunecino tras la retirada colonial francesa. Por ello, la ley número 20 del 20 de mayo de 1964 (Ley 20/1964, 20) auto-

---

<sup>16</sup> Hago uso de ese término *aparguador* que es inusual en la materia. Actualmente se usa en el derecho de las telecomunicaciones refiriéndose al operador primario gestor de la red física que ofrece el peaje de su red a otros operadores virtuales, MVO para interactuar con la red pública sin contar con instalaciones propias en el espectro. El aparguador es sólo el propietario del dominio físico, ni es guardián, ni es visible para los beneficiarios finales, es simplemente proveedor de recursos. Y es en ese caso idéntico. El Estado es post-facto a la religión, ni es su guardián, ni es su creador. Garantiza el derecho a la libertad religiosa, pero no es su titular, ya que ésta preexiste a su creación, crea templos, pero simplemente es el titular del dominio afectado por la servidumbre de la religión, cuya misión es apargar los templos, y actuar, sí como guardián, para mantener su neutralidad y evitar su perversión. Esa misma perspectiva fue de las muy prematuras adoptadas en España por el Tribunal Constitucional español entendiendo prohibiendo al Estado a actuar en concurrencia con el ciudadano quien debe gozar de plena inmunidad de ningún signo de interferencia del poder público en su elección o práctica ideológica (STC 24/1982) reiterado en (STC 101/2004), siendo derechos previos al momento legislativo (formación del Estado), que originan por tanto el derecho a la inmunidad de regulación y tutela constitucional consagrado en el artículo 53 de la Constitución (STC 11/1981).

rizó el cambio de nombre y apellidos a toda persona una vez adquirida la nacionalidad tunecina, y en su artículo 2o. autorizó a “todo tunecino que no cuente con un nombre árabe o africano, o que tenga interés legítimo para ello, que inste el procedimiento del cambio”. Sin embargo, esa autorización para el tunecino de origen se limita únicamente al nombre y no se extiende al apellido, que se autoriza tan sólo al recién nacionalizado. El problema persiste entre los conversos, quienes, temiendo legítimamente un posible repudio por su comunidad de origen y la repulsa de la nueva comunidad, carecen de la posibilidad de cambiar los apellidos como una forma de normalización social, para poder vivir homogéneamente dentro de la sociedad sin una distinción que les ponga de relieve.<sup>17</sup>

## VII. EL ORIGEN DE LA CALAMIDAD

El origen no se remonta al antiguo sistema colonial otomano, aunque éste también mantenía una sociedad estamental de rasgo ideológico. Los súbditos del imperio eran musulmanes o vasallos<sup>18</sup> de otras religiones que gozaban de la misma protección imperial siempre que mantuvieran su lealtad al emperador otomano. Aquella situación cambió con las reformas imperiales de finales del siglo XIX que comenzaron a fomentar la noción del Estado nación en el imperio otomano. Así, por decreto imperial del 19 de enero de 1869 se aprueba el Estatuto de la Ciudadanía Imperial, en virtud de *ius sanguinis* para los otomanos y otorgar el *ius soli* a los vasallos sin perjuicio de la ideología, religión o la pertenencia étnica, acabando así con cualquier otro precepto de vasallaje anterior.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> La actual normativa civil en España se ciñe en la misma línea de limitar el derecho a la alteración de nombre y apellidos. En cuanto al apellido, el artículo 205 del Reglamento del Registro Civil (Decreto 14 de noviembre de 1958) ofrece apenas tres supuestos cerrados y restringidos para el cambio, aunque en tales supuestos el art. 208 se refiere a graves inconvenientes, incluida la deshonra. No obstante, este cambio no se refiere a la conversión lingüística de apellidos extranjeros nacionalizados, que de alguna manera debería incluirse para impulsar la integración social, al mismo efecto que la conversión religiosa.

<sup>18</sup> Los orientalistas estudiosos de la materia optaron por un uso transliterario, del término árabe [ذمى] como *Dhimmi*, sin ofrecerle una traducción concreta. A mi entender, éste se refiere concreta y exactamente al vasallaje del antiguo régimen, sin necesidad de dar más rodeos, y ambigüedad antonomástica.

<sup>19</sup> La intencionalidad de la universalidad de la ciudadanía imperial se debía inicialmente a las reformas emprendidas por el Emperador Abdul-Mejid I (1823-1861) desde



Parece que esa homogenización no agradó al colonialismo europeo, que rápidamente intervino en el imperio otomano bajo el pretexto de la protección de las minorías, de las identidades nacionales y de los cristianos.<sup>20</sup> Así, una vez descolonizados los Estados, normativamente se impuso la fragmentación de las etnias, las fracciones y las identidades sociales de toda índole. Es decir, mediante los propios tratados de independencia, hicieron reservas que *garanticen* el derecho de las minorías, que en realidad no fueron otras que semilla de fragmentación, fisuras y segregación. Los incipientes Estados amanecieron acorralados, errantes entre su pertenencia nacional violada por el colonialismo durante los siglos precedentes mediante la instrumentalización religiosa, como postulado colonial y su nueva identidad condenada a una servidumbre impuesta por otro colonizador europeo, en los tratados de independencia, pero también con eje religioso. Este acorralamiento fue el principal motivo de repulsa de los movimientos del forjamiento nacional árabe durante las primeras décadas

---

su coronación en 1839 se empeñó en integrar los no musulmanes con los musulmanes bajo el lema de una ciudadanía e identidad nacional única en plena igualdad jurídica a todos los efectos, asegurando en primer nivel la igualdad entre cristianos y musulmanes, ya que formaban la absoluta mayoría de la población (Edib 1930, 68). Sin embargo, los cristianos se revesaron la obligación de prestar el servicio militar, gozando, por tanto, de absoluta libertad de integración comunitaria que les resultó más ventajosa en comparación con los demás. Pues por las circunstancias geopolíticas el imperio, las guerras eran incesantes, y el resto de los ciudadanos otomanos tenían su vid condena a la servidumbre militar; oportunidad que permitió a los cristianos mejor formación, estabilidad económica y social que les aventajó significativamente de los demás, en cambio se les prohibía portar armas, además de se infravaloraba su testimonio, en juicio, en caso de contradicción con el de otro testigo musulmán, sobre-valorando el honor de palabra del musulmán por considerarle combatiente imperial *gazi*. Este último criterio fue el que más les irritaba, siendo el arma de occidente alegando la discriminación de los cristianos, y la necesidad de su protección propiciando su alineación con occidente. Este hecho irritaba, al mismo tiempo, a los musulmanes, cuya vida estaba condenada eternamente a servir en los ejército imperiales enredados en continuas guerras contra occidente, defensor de los cristianos, y quienes gozaban de estable y acomodada vida acumulando riquezas y prosperidad a costa de los demás (Edib 1930, 68 y 69); es decir, las reformas que se proyectaban para integrar y otorgar derechos, acabaron produciendo más resentimiento, fisuras y fragmentación por las reivindicaciones patriarcales y la interferencia extranjera.

<sup>20</sup> Sin lugar a duda, también el colonialismo otomano, en su nueva regulación tuvo otra intención, que fue la de resolver el estamento identitario de los armenios, contra quienes desarrolló políticas de exterminio étnico. Esa cuestión se sale del objeto del presente artículo, pero es menester abordarla como otra posible finalidad de la nueva regulación de la identidad colonial otomana.



del siglo XX empeñado primero en expulsar la religión del mix identitario, centrifugándose en otros valores de pertenencia como la lengua, o el imaginario histórico para la asimilación patriótica.<sup>21</sup>

### VIII. EL PAPEL DEL COLONIALISMO EUROPEO EN LA FRAGMENTACIÓN DE LAS IDENTIDADES SOCIALES

Desde la invasión napoleónica de Egipto, su principal consecuencia fue la segregación social. Bajo el mandato de Napoleón se formó el primer tribunal mixto en Egipto. Al frente del mismo colocó a 12 jueces mixtos: seis musulmanes y otros seis coptos. A pesar de que los coptos apenas representaban el 10% del tejido social en ese órgano jurisdiccional, Napoleón les asignó la mitad de la representación, dejando fuera a los judíos y a las demás confesiones no monoteístas, como los bahaítas.<sup>22</sup> Y para colmo en la presidencia colocó a un copto.<sup>23</sup> A ese tribunal se le confirieron muchas competencias en detrimento de la jurisdicción preexistente. Primero se le otorgó competencia mercantil con el pretexto de agilizar el comercio. Un año más tarde se le confirió la segunda instancia de la jurisdicción común, es decir, terminó ejerciendo funciones casacionales sobre todas los demás órdenes (Şalm 1986).

Además de ello, la época napoleónica impulsó la creación de jurisdicciones para las demás etnias de Egipto (distintas de las de musulmanes y copto-ortodoxas) como respuesta a la necesidad de restar parte de las competencias a los tribunales previamente existentes, que también sufrieron esa maniobra, cambiando la forma de elecciones de sus titulares. En lugar de ser nombrados por el emperador otomano pasaron a ser elegidos

---

<sup>21</sup> Tomo prestada la acepción del forjamiento patriótico de Gamio el considerado padre del ideal nacionalista mexicano (Gamio 1982).

<sup>22</sup> Hasta el día de hoy, los bahaítas no cuentan ni siquiera con identidad civil en Egipto.

<sup>23</sup> En correspondencia interna de Napoleón con uno de sus generales, el general Ke-leber, el 28 de agosto 1798, le confiesa que: “Quant à l’administration de la justice, c’est une affaire très-embrouillée chez les musulmans; il faut encore attendre que nous soyons un peu plus mêlés avec eux; laissez le divan faire à peu près ce qu’il veut”. Sin embargo, parece que la divina providencia le guio a que unos días después instaurará un tribunal en forma de Caballo de Troya que acabará globalmente con el sistema judicial egipcio y sembrará la fragmentación sectaria de la justicia (Napoléon Ier 1858, 73).

por el pueblo de entre los eruditos de mayor reputación. De esta manera se trivializó la jurisdicción, pasando de ser jurisconsultos a ser legos popular y carismáticamente electos bajo el pretexto de su democratización. Desde entonces, y sin necesidad de adentrarnos en las particularidades, al igual que en Iraq, comenzaron a emergerse tribunales religiosos arbitrarios, es decir, tribales como recursos populares en detrimento, no sólo de la titularidad estatal, sino de la integración social, propiciando así la segregación sectaria bajo el pretexto general de la defensa de las minorías. Sociedades que convivían integradas, como un gazpacho, de pronto, una vez llegado el orientalismo colonial, acabaron siendo fragmentadas, definidas e identificadas como una ensalada mediterránea (Lamo de Espinosa 2007). Una quiebra de la razón, devolviendo al roble a su estado salvaje de bellota (Berlin 2017, 20).

Paradójicamente, todo esto era lo contrario de lo que pasaba en Europa. En Francia, concretamente, los tribunales metropolitanos franceses ya suprimieron, desde 1846, toda particularidad religioso-subjetiva en los procesos civiles y penales (CCF Cerf c. Gougendheim 1846) Entonces la Corte de Casación francesa se enfrentó a la cuestión del juramento *More Judaico*, el cual requería que una persona de confesión judía gozaba de reservar para no jurar ni pronunciarse sobre la Torah, sino dentro de un templo consagrado al efecto, y en presencia de un rabino, hecho que dificultaba por una parte el procesamiento judicial, además suponía una involucración de los tribunales civiles con instituciones extrajudiciales. La casación francesa en este caso asentó la extirpación de los vínculos ideológicos-étnicos de los litigantes en proceso estableciendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley en todos los aspectos y esquemas procesales. Al mismo efecto en la (CCF Mohamed-Amokran-Oukaci 1882), la Corte volvió a enfrentarse con un caso paradójico. Procedía de una casación de la corte de Argel (cuando ésta era colonia francesa). Para entonces un ciudadano argelino, habitante de su propio país colonizado por la administración francesa impugnó el artículo 312 del Código de Instrucción Criminal, vigente entonces, en cuanto al pronunciamiento genérico del juramento en forma “juro”, que a su parecer violaba su identidad religiosa al no concretar el objetivo del juramento. La Corte concluyó entonces que el juramento es un todo indivisible, sin reservas, enmiendas ni alteraciones en su fórmula que supondría su nulidad, no siendo objeto de alineación subjetiva. Es decir, cuando Europa se encaminaba hacia una

sociedad humanista y de individuos asociados, los mismos poderes coloniales se empeñaron en desvertebrar las demás sociedades, convirtiéndolas en colectivos disociados y estratificados en un laberinto de minorías y derechos sectoriales y sectarios, punzantes, punzantes.

En Europa se rechazó la estratificación social basada en pertenencias étnicas o religiosas, al considerarla estéril e improductiva para el progreso social por su origen y su función. Por su origen, porque se trata de estructuras vicarias, ajenas al tejido social propio, procedentes de la sumisión o lo que García Pelayo llamó superposición y dominio de la colectividad social común a un poder ajeno a su cohesión propia. La identidad religiosa sólo sirve a los objetivos de su razón de ser, ajenos a la identidad social y colectiva. Una estratificación religiosa sirve únicamente a su ideología mística, una segregación étnica sirve a los intereses propios de la identidad étnica y, además, impide la cohesión de ésta en la ontología nacional (García Pelayo 1981, 61 y ss.). En cambio, en las colonias fueron los europeos quienes sembraron exactamente lo contrario. Mediante sus paquetes de prosperidad al portador, se auto-complacieron con sus fantasías, se encapricharon en imponer valores e instituciones que no sirvieron para otra cosa que alentar la xenofobia racial y el sectarismo social, y motivaran falsas adherencias a agresivos movimientos populistas que se empeñaron en movilizar a las masas sin otro objetivo que alentar el rencor contra el colonizador, un objetivo se agotó nada más lograr la independencia, cuyo día después amaneció impregnado de ansiosa búsqueda de nuevos valores para su nueva identidad, además condenada a adherirse a nuevos derechos punzantes impuestos por el colonizador. Es decir, el amanecer postcolonial árabe no fue otro que un drama de libertad errante entre unos derechos de identidad religiosa gestionados por poderosas oligarquías emergentes del colonialismo, y un idealismo melancólico de un espejismo del pasado.

En Iraq la situación no fue distinta. El protectorado británico, antes de otorgar la independencia, se aseguró de sembrar la asimetría jurídica y la segregación identitaria como encargo impuesto al futuro gobierno. Ello a pesar de que la ley fundamental del incipiente Estado iraquí de 1925 era de carácter aconfesional. Los artículos 73-75 ya sembraron la asimetría de los fueros jurisdiccionales islámico, evangélico y hebraico, que nunca habían existido como tales anteriormente. En virtud de ello se cristalizaron las jurisdicciones confesionales, primero por la Ley 78/1931, que creaba los tribunales de jurisdicción secular, civil y de familia, a los que se asig-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

naron todas las competencias civiles y de familia, salvo las reservadas al ámbito constitucional y de orden público que afecten a derechos individuales. Desde entonces estigmatizaron la imbricación jurídica del ámbito personal, reservado a los tribunales confesionales, y el ámbito público, conferido a los tribunales penales y administrativos del Estado. Se *impuso* así una bicefalia conceptual entre el futuro Estado nacional, su derecho y acepciones políticas, por un lado, y la pertenencia religiosa, étnica e identitaria por otro.

La bicefalia fue rechazada por las propias comunidades y minorías a las que las fuerzas coloniales decían querer proteger, instrumentalizándolas con meros fines coloniales. Un cuarto de siglo tuvo que transcurrir para que los judíos aceptasen codificar sus normas en el Estatuto Personal de la familia judía por la ley del 31 de diciembre de 1949. La fundación del Estado de Israel en 1948 fue uno de los motivos que movilizó a los judíos iraquíes para acceder a dicha codificación, ya que en cierta medida se resistían a emigrar a Israel y aceptaron dicha codificación bajo presión política. Con las comunidades eclesiales no fue tampoco fácil ni se logró el objetivo. Los caldeos (cristiano-ortodoxos) se negaron a prestar sus enseñanzas y a que fuesen investidas y codificadas por el legislador civil, al considerar “el proceso codificador como una intromisión en su independencia, por lo que puede suponer someter sus normas canónicas al legislador positivo, quien puede interferir de algún modo en la forma de aplicarlas, entrando en una pugna entre la iglesia y el Estado”.<sup>24</sup> En cambio, los asirios (católicos-orientales) sí dieron ese paso tras largas negociaciones que llevaron a la ordenación de su situación jurídica, tanto como los judíos, codificando sus ordenanzas canónicas en la ley del 6 de julio de 1950, gaceta oficial núm. 2855 (Albazzaz 1958, 118).

Los musulmanes, por su parte, no culminaron su Estatuto Personal hasta 1959, es decir, en tiempos de la república nacida en 1958, siendo éste precisamente uno de los motivos de este proceso, el oponerse a su segregación sectaria. El largo proceso codificador del Estatuto Personal islámico se debió a la intención de *disecionarles* en dos grupos o cuerpos legales, una cuestión que no se zanjó hasta la derrota de la monarquía y

---

<sup>24</sup> Según sus alegaciones registradas en el Ministerio de Justicia iraquí, recogidas en el registro de actas del proyecto de ley del 1949, citado por quien fue ministro de justicia iraquí (Albazzaz 1958, 117, nota 3).

la instauración de la república. Ésta se alzó con el afán de impulsar una identidad nacional única y culminó, por tanto, el proceso mediante la promulgación de un solo y único estatuto de familia, la Ley 188/1969 personal aplicable a todos los musulmanes en Iraq sin segregación; es decir, lo que realmente impuso el colonialismo como protección de derechos identitarios no obtuvo la benevolencia ni fue abrazado por sus destinatarios, que rechazaban ser identificados como tales. Así siguió la situación hasta la llegada de la invasión americana que, con su pretexto clásico de defender las identidades culturales y minoritarias, impuso la segregación entre suníes y chiíes. La primera decisión del gobierno transitorio de 2004 fue la de derogar el estatuto iraquí de la familia, alegando que no representaba a las minorías religiosas, que reclamaban la imposición de sus propias ideologías. Esto se hizo mediante el decreto 137/2004 del 29 de diciembre, que contenía apenas tres artículos que rezaban así:

Artículo primero: imponer las normas de la jurisprudencia islámica sobre todo lo relacionado con el matrimonio, la promesa matrimonial, la capacidad matrimonial, su prueba, el matrimonio mixto, los derechos matrimoniales y sus obligaciones, además de la nulidad, la separación y el divorcio y las demás cuestiones referentes a la custodia, manutención, el testamento, el legado y la herencia, sometidas todas a la jurisdicción de los tribunales seculares en virtud de cada escuela religiosa.

Artículo segundo: Se derogan todas otras leyes, reglamentos y demás disposiciones referentes a toda materia mencionada en el artículo anterior.

Artículo tercero: la presente ley entrara en vigor a la vista el presente.

Esto en plena ocupación, recién derrotado el Estado y en proceso de desmantelamiento de las instituciones, como si no hubiese otro asunto más importante del que ocuparse. Esta decisión fue motivo de gran repulsa social, por lo que rápidamente intervino la autoridad colonial, que la anuló para impedir la disidencia social en un momento considerado crítico. Precisamente los americanos, asesorados por sus orientalistas, lo impulsaron pensando que este gesto amistoso atraería a la población, pero la repulsa social les hizo entender rápidamente que no era así. Sin embargo, a pesar de retirar la ley, la estrategia sectaria siguió su camino en los posteriores procesos constitucionales. Volvieron a imponerla intencionadamente a propuesta del embajador americano en el impreciso artículo 41 de la rubricada *Constitución* de Iraq, de 2005, cuando declaró que “los iraquíes

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

son libres de mantener su estatus personal según su religión, creencia, ideología u opción. La ley lo regulará”. Cabe destacar, finalmente, que existía otro cuerpo legal, el Estatuto Personal Civil, Ley 78/1931, designado como norma predeterminada aplicable a todos aquellos no afectados por las normas segregacionistas, es decir, a los que no contaban con una codificación: las demás ideologías y ritos, los agnósticos o voluntariamente ateos.

El problema nace de ahí precisamente. La segregación conllevó la determinación del fuero civil mediante la declaración del asiento registral para que, en virtud suya, abarcase la correspondiente competencia jurisdiccional y sirviese de instrumento de identificación. Esa instrumentalización excluyó a todos los efectos a todo agnóstico o a quien se opusiese a confesar una ideología concreta, ya fuese monoteísta o pagana. Por un lado, no tendría derecho a modificar su filiación registral, ni siquiera a optar por la jurisdicción civil si la contraparte no se sometiera a ésta, ya que se designaban por defecto los tribunales seculares como jurisdicción predeterminada por la ley con circunscripción subjetiva sobre todo aquel en cuya cédula de identidad figurase la filiación ideológica referida por la jurisdicción.

Un caso comparado al que podemos aludir es la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Israel, en el caso de *Backer vs. Eilat* (172/78), entonces un testigo de un caso de homicidio se negó a jurar sobre la Torah ante un tribunal penal alegando ser ateo. El tribunal entonces le negó tal objeción basada en la libertad de conciencia, considerando que no tenía acomodo dentro de la libertad de creencia por entender que ésta consiste en optar libremente por una creencia reconocible. Pero no siendo el ateísmo una religión como tal, sino se encuadraría dentro de la libertad de conciencia que es distinta de la libertad religiosa, el ateísmo sería una filosofía subjetiva, no una religión amparada por la libertad religiosa. Por tanto, y según el mandato de la Torah, el testigo ha de jurar respetar el buen y cierto testimonio ante el tribunal. Dicho incidente dio lugar a que el legislador israelí tomará la inmediata medida de suprimir el juramento ante los tribunales por la Ley 5740/1980, evitando así la controversia; es decir, evitó el problema sin resolverlo (Sinclair 1996, 410 y 411).

## IX. EPÍLOGO

El colonialismo operó siempre bajo dirección de unos asesores que en muchos casos eran apenas filólogos, los llamados orientalistas, ajenos a oriente y a las disciplinas por las que hablaban.<sup>25</sup> Esto desde Sacy y la escuela francesa *Jeunes de Langues* hasta la actualidad. Conocer el oriente nunca fue una cuestión románica ni científica, sino todo lo contrario. Era la carrera colonial a la que se refirió Said en palabras de Disraeli (Said 2003). Diseñaban estrategias, postulaban, hacían y deshacían no sólo en contra de los pueblos, sus culturas y cogniciones, sino también en contra de las categorías y conceptos con las que actuaban en su propia casa. Esa contradicción o paradoja no es un caso aislado ni una casualidad. Es la práctica despótica del colonialismo de convertir a pueblos y naciones en su conejillo de indias. Lo que los aliados americanos hicieron en Iraq con la Constitución de 2005 sería cabalmente incomprensible, inconstitucional e inconcebible en sus propios países. En los Estados Unidos de América no existen los derechos políticos de las minorías ni se reconoce la representación parlamentaria por cuotas de pertenencia religiosa, ni se reparten las carteras de la administración según las fracciones étnicas o confesionales. Sin embargo, en Iraq aplicaron todo eso. No fueron a llevar

---

<sup>25</sup> Insisto en llamarles orientalistas, tal y como debe ser, aunque ese adjetivo desde la aparición de la polémica obra de Said en 1978 lo dotó de dimensión negativa. El orientalista es el ignorante de oriente quien apenas ni sabe ubicarlo geográficamente, ni había pesado en su vida tierras orientales, como un químico de aulas ajeno al laboratorio. Cierto que el lenguaje brindó términos cambiantes, pues desde la reivindicación de Said, los orientalistas se negaron esa rúbrica negativa acogándose a nuevas denominaciones, desde antropólogos, hasta recientemente en las décadas de los noventa expertos en terrorismo, antirradicalización, para que ahora pasen a autoproclamarse geoestrategas. Interesante y muy breve la reflexión que hizo Jasso Huevo sobre el ambiguo uso de ese concepto mediáticamente (Jasso Huevo 2020). En efecto, John Nixon, el principal analista de la CIA encargado del caso del presidente Iraquí Sadam Husein, antropólogo de formación, y autor del famoso libro de confesiones *Debriefing the President* (Nixon 2017), quien fue el primer y más extenso inspector de la CIA quien se entrevistó con el entonces preso Sadam Husein, en una entrevista televisiva con la cadena Alaraby al ser preguntado sobre su impresión al conocer a Sadam Husein en persona, dijo “me sentí totalmente defraudado por toda la literatura y la formación que me dieron en occidente, tuve que retirarme de las sesiones, regresar a Estados Unidos un mes para despejarme e intentar olvidarme de todo mi bagaje formativo y regresar nuevamente a conocer una realidad totalmente ajena a lo que domina nuestros relatos” (Nixon 2020).



su propia democracia, como anunciaron, sino todo lo contrario: llevaron una ideología diseñada por los becarios de sus asesores orientalistas, unos aprendices ajenos a toda realidad y prospección que se basaban en fantasías de la escuela orientalista. Una estrategia colonial diseñada por un orientalismo radicalmente ficticio (Said 2003, 13), destructivo, más nocivo que el despotismo ilustrado: “una fantasía vana, no un logro intelectual” (Berlin 2017, 23). La única conclusión empírica que se puede obtener es que Westfalia no sirvió para imponer la paz como tal frente a las guerras de religión, sino más bien para cambiar el argumento. En lugar de guerras de religión, ofreció la semántica para que fuesen guerras por la paz: por la paz de las minorías, por la paz industrial, por la paz de los intereses despóticos, o más bien, una paz hegemónica.

La conclusión que se deduce de todo esto es que el paradigma actual por el que se rige la academia occidental hacía el mundo árabe no sólo es perjudicial, sino que su nocividad ha alcanzado grados de criminalidad que deben seriamente repensarse. Es desde esta perspectiva empírica como hay que entender el rencor y la confrontación que se arrastra de generación en generación y que hoy han terminado llamándola terrorismo. No es otra que la cosecha de lo que se lleva sembrando desde hace décadas, o siglos. ¿A quién se debe el fruto de la cosecha? ¿A quien siembra en servidumbre o al dueño de la tierra?

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ALARABIYA. 2008. *Shayq wfa' qstntyn: «hy bkhyr» wmtshar alknysr almsyr' ablgħ alnyabi*. Alarabiya. <https://www.alarabiya.net/articles/2008/08/26/55501.html>.
- ALBAZZAZ, A. 1958. *Mdkhl ldras' alqanwn (II)*. Mtb't al'any.
- ALJAZERA. 2004. *Aṣabī al'shrat fy mṣahrī llāqbat balqahrī*. Aljazera. <https://www.aljazeera.net/news/miscellaneous/2004/12/12/%D8%A5%D8%B5%D8%A7%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B4%D8%B1%D8%A7%D8%AA-D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%B8%D8%A7D9%87%D8%B1%D8%A9-%D9%84%D9%84%D8%A3%D9%82%D8%A8%D8%A7%D8%B7>.
- ALJAZERA. 2015. *Wfa' qstntyn wkamylyā shḥat' t'wdan llwajhī*. Aljazera. [https://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews/2015/2/16/%D9%](https://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews/2015/2/16/%D9%84%D8%A3%D9%82%D8%A8%D8%A7%D8%B7)



- 88%D9%81%D8%A7%D8%A1-%D9%82%D8%B3%D8%B7%D9%86%D8%B7%D9%8A%D9%86-%D9%88%D9%83%D8%A7%D9%85%D9%8A%D9%84%D9%8A%D8%A7-%D8%B4%D8%AD%D8%A7%D8%AA%D8%A9-%D8%AA-%D8%B9%D9%88%D8%AF%D8%A7%D9%86.
- ALNASIR, S. 2019. *Concepto jurídico, religión y secularidad: los casos de Israel, Egipto e Iraq*. Universidad Carlos III de Madrid.
- ALNASIR, S. 2020. *Ceremonial nupcial y protocolo matrimonial en el mundo árabe-islámico*. <https://www.protocolo.org/social/bodas/ceremonial-nupcial-y-protocolo-matrimonial-en-el-mundo-arabe-islamico-i.html>.
- AL'WA, M. S., & Mŋŋwŋ, āħmd. 2010. *Atham alknyst alqbtŋt baltghwl ŋy aldwlŋ walqanw*. Aljazeera. <https://www.aljazeera.net/programs/without-bounds/2010/9/23/%D8%A7%D8%AA%D9%8%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%86%D9%8A%D8%B3%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A8%D8%B7%D9%8A%D8%A9-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%BA%D9%88%D9%84-%D8%B9%D9%84%D9%89>.
- BAÑOS, P. 2017. *Así se domina el mundo*. Espasa.
- BERLIN, I. 2017. *El sentido de la realidad: sobre las ideas y su historia*. H. Hardy (ed). P. Cifuentes (trad.). Taurus.
- BRUINESSEN, M. van. 2018. "The Governance of Islam in Two Secular Polities: Turkey's Diyanet and Indonesia's Ministry of Religious Affairs". *European Journal of Turkish Studies. Social Sciences on Contemporary Turkey*, 27, Article 27. <https://doi.org/10.4000/ejts.5964>.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2005. "Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo". *Anales de Derecho de Murcia*, 23: 11-70. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56411>.
- CCF Cerf c. Gougendheim (Cour de Cassation Française 8 de marzo de 1846). <https://play.google.com/books/reader?id=DHoNyj3qS54C&pg=GBS.PA1>.
- CCF Mohamed-Amokran-Oukaci (Coure de Casation Française 20 de mayo de 1882). <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5580135z/f999n993.texteBrut>.
- CEBRIÁN SALVAT, M. A. 2017. "Ley aplicable a la celebración del matrimonio en la Unión Europea". *InDret Privado Revista para el Análisis del*

- Derecho*, 4. <https://indret.com/ley-aplicable-a-la-celebracion-del-matrimonio-en-la-union-europea/?edicion=4.17>.
- CRAWFORD, N. 2018. *Costs of War: Iraqi Civilians*. Waston Institue of International Affairs. <https://watson.brown.edu/costsofwar/costs/human/civilians/iraqi>.
- EDIB, H. 1930. *Turkey Faces West*. Yale University Press. <https://ia902700.us.archive.org/30/items/turkeyfaceswesta010382mbp/turkeyfaceswesta010382mbp.pdf>.
- GAMIO, M. 1982. *Forjando patria*. F. Armstrong-Fumero (trad.). Porrúa.
- GARCÍA PELAYO, M. 1981. *El tema de las nacionalidades: la teoría de la nación en Otto Bauer*. Editorial Pablo Iglesias.
- GARZÓN VALDÉS, E. 2004. *Calamidades: la responsabilidad humana ante la atrocidad*. Gedisa.
- GÉNY, F. 2007. *La libertad en derecho: entre certeza e incertidumbre*. M. J. Bernuz Beneitez (trad.). Comares.
- GROSSI, P. 2007. *Europa y el derecho*. L. Giuliani (trad.). Editorial Crítica.
- HAGOPIAN, A. et al. 2013. "Mortality in Iraq Associated with the 2003-2011. War and Occupation: Findings from a National Cluster Sample Survey by the University Collaborative Iraq Mortality Study". *PLOS Medicine*, 10(10), e1001533. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001533>.
- JASSO Huezo, R. 2020. "Sobre la palabra geopolítica". *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/ricardo-jasso-huezo/sobre-la-palabra-geopolitica>.
- LAMO de Espinosa, E. 2007. "La globalización cultural. ¿Crisol, ensalada o gazpacho civilizatorio?". Almaraz Pestana, J. y Carabaña, J. (eds.). *Lo que hacen los sociólogos: Homenaje a Carlos Moya Valgañón*. Centro de Investigaciones Sociológicas, 543-575.
- LEY 20/1964. <http://www.legislation.tn/sites/default/files/journal-officiel/1964/1964A/Ja02764.pdf>.
- LUHMANN, N. 1977. *Funktion der religion*. Suhrkamp.
- LUHMANN, N. 1985. "Society, Meaning, Religion: Based on Self-Reference". *Sociological Analysis*, 46(1), 5-20. JSTOR. <https://doi.org/10.2307/3710892>.
- Middle East online. 2004. *Qbtyr tthyr àzmt fy mšr bsbb ašlamħa [Regional press]*. Middle East online. <https://middle-east-online.com/%D9%82%D8%A8%D8%B7%D9%8A%D8%A9-%D8%AA%D8%AB%D9%8A%D8%B1-%D8%A3%D8%B2%D9%85%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D>

- 9%85%D8%B5%D8%B1-%D8%A8%D8%B3%D8%A8%D8%A8-%D8%A7%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%87%D8%A7.
- Minorities and the Law in Iraq. 2011. *Institute for International Law and Human Rights*. <http://iilhr.org/indexarreport.html>.
- MORENO FERNÁNDEZ, F. 2009. *Principios de sociolingüística y sociología del lenguaje*. 4a. ed. Ariel.
- NAPOLÉON Ier. 1858, 1869. *Correspondance de Napoléon Ier*. Tome 4. Publiée par ordre de l'Empereur Napoléon III. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9636650x/f404.item?fbclid=IwAR0nMBh-VjG7h8OH8nkxx7fxrt8wF1bhVEJe9ElImz3e9hH68okSgYmyqjE>.
- NIXON, J. 2017. *Debriefing the President: The Interrogation of Saddam Hussein*. Penguin Random House.
- NIXON, J. 2020. *Asrar 'myl «sy áy áy» aldhy lahq sdam hsyn lsnwat* [Alaraby TV]. <https://youtu.be/gj88mLDjfmE>.
- ORTEGA y GASSET, J. 1921. "España Invertebrada". *Revista de Occidente*.
- RAWAF, S. 2013. "The 2003 Iraq War and Avoidable Death Toll". *PLOS Medicine*, 10(10), e1001532. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001532>.
- ROBIN, C. 2004. *Fear: The History of a Political Idea*. Oxford University Press, USA.
- SAID, W. E. 2003. *Orientalism*. Vintage Books.
- SĀLM, L. mĥmd. 1986. *Alnẓam alqdayy almsry alhdyth (1914-1952)*, vol. II. Dar alshrwq.
- SINCLAIR, D. 1996. "Jewish Law in the State of Israel". Jackson, B. S. y Passamaneck, S. (eds.). *An Introduction to the History and sources of Jewish Law*, vol. 22. Oxford Clarendon Press. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198262626.003.0015.
- SMELSER, N. 2013. *Essays in Sociological Explanation*. Quid Pro Books.
- STAC 10838/58. Tribunal Administrativo de El Cairo. 24 de abril de 2007.
- STC 11/1981. Recurso de inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional Español. 8 de abril de 1981. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/11>.
- STC 24/1982. Recurso de inconstitucionalidad registrado con el núm. 68/1982. Tribunal Constitucional Español. 13 de mayo de 1982. [https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/66#complete\\_resolucion%26completa](https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/66#complete_resolucion%26completa).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 485-519.

- STC 58/82. Recurso de inconstitucionalidad núm. 572/91. Tribunal Constitucional Español. 30 de julio de 1998. Depuración del lenguaje legislativo. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3652>.
- STC 99/87. Recurso de inconstitucionalidad núm. 763/84. Tribunal Constitucional Español. 11 de junio de 1987. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/831>.
- STC 101/2004. Tribunal Constitucional Español 2004. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5106>.
- STCEG 55/22. Tribunal Constitucional Egipcio. 4 de agosto de 2001. <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=uz-zlb09rx&Adf-Page-Id=0>.
- STCI 1741/2008. Tribunal de Casación de Iraq. 25 de noviembre de 2008. <https://www.hjc.iq/qview.948/>.
- WOJCIECHOWSKI, G. 2002. *Las competencias patriarcales en el derecho canónico oriental: estudio histórico-canónico*. Universidad de Navarra.
- ‘RFİ, M. jmał. 2010. *Alknyst almşryř. Hl hy dwłt dakhł aldwlł!* Islam Way. <https://ar.islamway.net/article/6177/%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%86%D9%8A%D8%B3%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D9%87%D9%84-%D9%87%D9%8A-%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D8%AF%D8%A7%D8%AE%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9>.

## NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES DEL DERECHO HUMANO A INTERNET\*

### *THE INTERNET AS A HUMAN RIGHT. LEGAL NATURE AND PURPOSES*

José Juan ANZURES GURRÍA\*\*

**RESUMEN:** La Internet permea hoy en día en todos los ámbitos del ser humano. Desde sus orígenes, ha sido un fenómeno que ha tratado de ser regulado por el derecho. Debido a su trascendencia para el desarrollo de las personas y para el ejercicio de otros derechos humanos, hacen que se le empiece a considerar como un derecho humano. Varios documentos y resoluciones judiciales se han aventurado ya, a reconocer el derecho de acceso a la Internet como un verdadero derecho humano. El presente trabajo aborda dichos documentos para tratar de construir la naturaleza jurídica y lo reconoce como un derecho de *status* positivo que requiere de mandatos de acción por parte del Estado para su materialización. También se aborda como un derecho instrumental que

**ABSTRACT:** *The Internet is, without a doubt, a phenomenon that now permeates every field of human life. Since its origins, it has tried to be regulated by Law, but because of its transcendence in the development of people and for the exercise of other human rights, it has started to be considered as a human right in and of itself. Various documents and judicial resolutions have hazarded already to recognize the right of access to the Internet as a true human right. This present work addresses such documents to attempt to construct its judicial nature and recognizes it as a positive status right that requires specific actions by the State for its materialization. It is also addressed as an instrumental right, which makes possible the full exercise of many other human rights.*

**Key words:** *Internet, human rights, freedom of expression, freedom of information, positive actions.*

---

\* Recibido el 10 de diciembre de 2019; aprobado el 5 de noviembre de 2020.

El presente trabajo fue discutido en un seminario de Derecho Constitucional encabezado por el doctor Ángel J. Gómez Montoro en marzo de 2019 en Madrid, España. Agradezco los comentarios que en ese momento vertieron sobre la exposición los doctores Fernando Simón Yarza, Juan Miguel Matheus, Sonsoles Arias y Miluska Orbegoso. Agradezco el apoyo en la búsqueda de información a Mariana Ososrio, estudiante destacada de la licenciatura en derecho del Tecnológico de Monterrey Campus Puebla.

\*\* ORCID: 0000-0002-8257-8687. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Decano Regional zona Centro -Sur. Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno. Tecnológico de Monterrey. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Correo electrónico: [anzuresgurria@tec.mx](mailto:anzuresgurria@tec.mx).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 521-552.

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

hace posible el pleno ejercicio de muchos otros derechos humanos.

**Palabras claves:** Internet, derechos humanos, libertad de expresión, acceso a la información, accesibilidad, mandatos de acción.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nacimiento y desarrollo de la Internet*. III. *La positivización del derecho a la Internet*. IV. *Naturaleza jurídica y contenido del derecho a la Internet*. V. *La Internet como derecho instrumental de otros derechos*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde los inventos más vetustos de la humanidad, los avances tecnológicos siempre han producido cambios en la vida de las personas, en su interacción con el medio que los rodea y con los seres de su misma especie.

La creación de la Internet ha ocasionado que el hombre desarrolle su individualidad de una manera distinta a como lo venía haciendo desde el inicio de su existencia. Es innegable, hoy en día, que esta herramienta tecnológica ejerce una marcada influencia en el desarrollo diario de la vida del individuo, a tal grado que debido precisamente a esa trascendencia en el actuar cotidiano, podría afirmarse que el acceso a la Internet puede ser considerado como derecho humano en sí mismo.

Hacer esta afirmación puede resultar ciertamente controvertido, sobre todo, si cuando se piensa en derechos humanos se visualizan derechos ligados con la integridad física, la integridad sexual o la libertad deambulatoria. No obstante, tanto en el ámbito nacional como en el internacional empieza a haber voces que desde la doctrina pujan por el reconocimiento del derecho a la Internet como un derecho humano, y no son pocos los países que ya han reconocido este derecho; ya sea por medio de reformas constitucionales, legislaciones secundarias o bien, mediante criterios jurisprudenciales.

Empero, lo cierto es que al tratarse de un derecho de nueva creación, poco se ha analizado sobre su naturaleza jurídica y su contenido. Sin ánimo de ser exhaustivo, el presente trabajo tiene la intención de abordar

precisamente estos ámbitos del derecho a la Internet como derecho humano. Para ello, el texto se divide en cuatro apartados y uno último de conclusiones.

En el primer apartado se hace una aproximación histórica de la Internet, la forma en la que nació, se ha desarrollado y lo que se vaticina como futuro inmediato. En aras de demostrar el reconocimiento positivo que se le ha dado a la Internet como un derecho humano, se hace un recuento de normativas y resoluciones judiciales, tanto nacionales como extranjeras. Posteriormente, se aborda, lo que sería el núcleo del trabajo, esto es tratar desentrañar el contenido jurídico y la naturaleza de dicho derecho; cuáles son los bienes jurídicos que tutela y cuáles las conductas protegidas por su halo protector. Seguidamente, se identifican las funciones de la Internet como un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos humanos, y se hace mención a algunos de ellos. Por último, se concluye que en tanto se trata de un verdadero derecho fundamental con una naturaleza determinada, le corresponde al Estado garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio.

Desde ya, resulta pertinente hacer unas aclaraciones de forma. En primer lugar, es necesario destacar que si bien en el lenguaje coloquial hablamos de “el Internet”, sobre todo en México y América Latina, en tanto se trata de una red de “redes interconectadas” nos referiremos a ella en sentido femenino como “la Red” y utilizaremos el artículo femenino en tercera persona del singular “la” antes de la palabra Internet. En segundo lugar, debe aclararse que el presente trabajo no es un análisis del contenido del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), que reconoce el derecho a la Internet, sino que trata de estudiar el derecho desde una óptica académica comparada, echando mano de la interpretación que otros tribunales supremos y constitucionales del mundo occidental han hecho al respecto. En tercer lugar, señalar que si bien somos conscientes de la distinción dogmática entre los términos *derecho fundamental* y *derecho humano*,<sup>1</sup> a partir de la inclusión de este último en el texto constitucional mexicano y a su ya indistinto uso por la dogmática y la jurisprudencia de nuestro país, nos referiremos al derecho

---

<sup>1</sup> Al respecto véase Anzures Gurría, José Juan. 2019. “Derechos humanos y derechos fundamentales, una aproximación conceptual”. Villabella Armengol, Carlos (coord.). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su septuagésimo aniversario*. México. Mariel, 1 y ss.



a la Internet y a los demás contenidos en nuestra carta magna como derechos humanos.

## II. NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LA INTERNET

El origen de lo que hoy conocemos como la Internet tuvo sus raíces en la denominada ARPANET, un proyecto militar liderado por la *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) durante la Guerra Fría, que tenía la intención de transportar información protegiendo los datos que se emitieran, a pesar de que los centros físicos de almacenaje fueran destruidos. El objetivo de este proyecto es alcanzado en el año de 1969, cuando precisamente, se crea una red de equipos informáticos interconectados —de ahí que la palabra Internet signifique *interconnected networks* o redes interconectadas— capaz de mantenerse activa aunque gran parte de los equipos fueran dañados.

En la década de los setenta ARPA cambia su nombre a *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA) y bajo esta denominación se realiza el primer envío de correo electrónico gracias a un programa creado por Ray Tomlinson.<sup>2</sup> En 1973 se desarrolla el *Transport Control Protocol* (TCP) y el *Internet Protocol* (IP), base fundamental bajo la que opera actualmente la Internet.<sup>3</sup>

En esta misma década algunas universidades estadounidenses, como la de California en los Angeles (UCLA), el Stanford Research Institute (SRI), la Universidad de California en Santa Bárbara (UCSB) y la Universidad de Utah, crean sus propias redes de transporte de información y logran conectarse entre sí.

---

<sup>2</sup> Ray Tomlinson fue un programador norteamericano, nacido en Amsterdam en 1941 y fallecido en EUA en 2016. Tomlinson adaptó el programa *SNDMSG* de forma tal que sirviera para enviar mensajes entre diferentes usuarios conectados a una red más amplia, pero sin que fueran conocidos, lo que hoy en día se conoce como correo electrónico. Fue en ese momento que se decidió utilizar el símbolo arroba (@) como separador entre el nombre del usuario y del servidor.

<sup>3</sup> El IP son las etiquetas numéricas que identifican, de manera lógica y jerárquica, a la interfaz de una computadora dentro de una red, lo que se hace a través de datagramas. Este identificador puede estar definido en niveles bajos (identificador físico) o en niveles altos (identificador lógico) dependiendo del protocolo utilizado. La dirección IP identifica tanto a la red a la que pertenece una computadora como a ella misma dentro de dicha red.



En la década de los ochenta, con la creación de la *World Wide Web* (WWW) la Internet empieza a incorporar a usuarios privados, dando entrada así al sector comercial y económico. En 1989, en México, el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey se convierte en la primera institución del mundo de habla hispana en conectarse a la Internet. Después lo harán el Instituto Politécnico Nacional, la Universidad de las Américas Puebla, la Universidad de Guadalajara y la Universidad Nacional Autónoma de México.

En los noventa, los usuarios de la Internet crecen exponencialmente, pero la Red seguía comportándose de manera semejante a la televisión o el radio, es decir, como una plataforma de traslado y transmisión de información de manera unidireccional donde el usuario se mantenía pasivo respecto del emisor.

Entrado el siglo XXI, la Internet experimenta una de sus más grandes transformaciones, la denominada Web 2.0,<sup>4</sup> a partir de la cual el usuario ya no sólo recibe, sino que también genera y transmite información. De esta forma, la Red se convierte en un medio que tiene como sustento la actividad del usuario, la facilidad para el establecimiento de relaciones hipertextuales y altos niveles de interactividad entre todos los usuarios. Actualmente, la mayoría de las funciones de la Internet tienen que ver con la denominada Web 2.0; de hecho, las más grandes plataformas como *Amazon, Facebook, YouTube, Netflix* o *Spotify*, tienen el común denominador de darle al usuario la facilidad de seleccionar y crear su propio contenido, así como de interactuar de manera inmediata con quien ofrece el servicio, además de generar nueva información y de replicar la misma. Actualmente, la Internet se ha convertido en una red abierta (*open network*) en la que cada uno es libre de aportar su propia contribución al espacio virtual, participando en su ampliación e intensificando el intercambio de conocimiento e información.<sup>5</sup>

El futuro inminente de la Internet es la denominada cuarta revolución industrial o Revolución 4.0, que ha tenido como enfoque principal la incorporación de tecnologías digitales a la industria manufacturera y de generación de servicios. Los aspectos más destacados de esta etapa tienen

---

<sup>4</sup> Pérez Salazar, G. 2011. “La Web 2.0 y la sociedad de la información”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 56, núm. 212. México. UNAM, 57-68.

<sup>5</sup> Pisa, Roberto. 2010. *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?* Diritto. Treccani.

que ver con el llamado Internet de las cosas y los sistemas ciberfísicos, la impresión 3D, la Big Data, la inteligencia artificial, la robótica colaborativa, así como la realidad virtual y la realidad aumentada. Todos estos aspectos se fundamentan en el uso de los datos personales que los usuarios de la Red aportan a sus diversas plataformas, razón por la cual la cuantificación de la información se convierte en un aspecto determinante de la nueva actividad comercial.<sup>6</sup>

### III. LA POSITIVIZACIÓN DEL DERECHO A LA INTERNET

En tanto se trata de una actividad humana, el derecho ha tratado de intervenir en la regulación de la Internet. Desde hace tiempo, existen ya —en el argot jurídico— conceptos tales como el *derecho de Internet*<sup>7</sup> y el *derecho en Internet*. El primero se refiere a la disciplina jurídica autónoma que tiene por objeto el control y la regulación de la informática; el segundo trata de los derechos y obligaciones nacidos del tráfico jurídico que ocurre en la Red y que puede comprender todo tipo de acto jurídico celebrado en ella.<sup>8</sup>

Aunado a estos términos, si quisiéramos referirnos a la Internet como un derecho humano, habríamos de referirnos al derecho a la Internet, entendido como la facultad de toda persona para acceder a la Red. Su reconocimiento como tal se ha venido positivizando desde principios de este siglo y plasmado en distintos documentos, ya nacionales, internacionales e incluso de naturaleza no estrictamente jurídica.<sup>9</sup>

En 2011, la Asamblea General de la ONU declaró que el acceso a la Internet era un derecho humano por tratarse de una herramienta que

---

<sup>6</sup> Gómez-Cano, Alfaro, M., Bastratén Bellovi, M. y Gavilanes Pérez, C. 2018. “Revolución 4.0: el futuro está presente”. *Seguridad y Salud En El Trabajo*, 94, 6 -17.

<sup>7</sup> También se le suele denominar como derecho del ciberespacio, derecho informático o derecho de las tecnologías de la información, aunque el nombre más apropiado suele ser el de “derecho de Internet” (*Internet Law*). Véase por todos Graham J. H. Smith, Bird y Bird contribuyentes. 2007. *Internet Law and Regulation*. 4a. ed. Londres. Thomson.

<sup>8</sup> Cfr. Svantesson, D. 2007. *Private international law and the Internet*. Londres. Rijn: Kluwer Law International.

<sup>9</sup> Por ejemplo, la Carta APC (Asociación para el Progreso de las Comunicaciones) sobre derechos en Internet, o la Carta de Derechos Humanos y Principios en Internet desarrollada por la Coalición Dinámica sobre Derechos y Principios en Internet (*Dynamic Coalition on Internet Rights and Principles*).

favorecía el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto. En el informe denominado *Tendencias claves y los desafíos que enfrenta el acceso a Internet como derecho universal*, Frank La Rue,<sup>10</sup> señaló que la Internet es una de las herramientas más poderosas del siglo XXI para exigir más transparencia en la conducta de quienes ejercen el poder, acceder a la información y facilitar la participación ciudadana activa en la forja de sociedades democráticas.<sup>11</sup> Además, el relator indicó que la Internet permite el intercambio instantáneo de información e ideas a bajo costo;<sup>12</sup> lo cual, a su vez, contribuye al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto. El reconocimiento que ha hecho la ONU encuentra su cobijo en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al identificarlo como una vía indispensable para que las personas ejerzan su libertad de expresión y de opinión.

El 10 de abril de 2008 la Resolución del Parlamento Europeo solicitó a los Estados miembros y a la Comisión Europea “que (reconocieran) que Internet es una gran plataforma para la expresión cultural, el acceso al conocimiento y la participación democrática en la creatividad europea, al crear puentes entre generaciones en la sociedad de la información”,<sup>13</sup> y solicitó evitar cualquier tipo de medida que entrara en conflicto con las libertades civiles, los derechos humanos y con los principios de proporcionalidad, eficacia y efecto disuasorio, como podría ser la interrupción del acceso a la Internet.

En 2009, la Unión Europea reconoció que la Internet es un derecho humano, según se desprende de las Directivas 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa del 25 de noviembre de 2009 propuestas e iniciativas de la Agenda Digital Europea. En esta última Di-

<sup>10</sup> Relator especial en la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas de 2008 a 2014.

<sup>11</sup> Consejo de Derechos Humanos de Sesiones, Tema 3. De la Agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Frank La Rue. GE.11-13204.

<sup>12</sup> Azzariti, G. (coord.). 2016. “Interpretazione costituzionale”. *Revista Jurídica IUS Doctrina* 15, 22. Torino. Giappichelli.

<sup>13</sup> Badocco, Francesco. 2009. “Riflessioni sul diritto d’accesso a internet nell’ambito del diritto dell’Unione europea”. *Revista Informatica e diritto*, núm. 1, 153 y ss.

rectiva, el Parlamento reconoce que la Internet da pleno significado a la libertad de expresión y “concuera plenamente con los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 11”. Además, reconoce que representa una extraordinaria oportunidad para reforzar la ciudadanía activa.

Aunado a ello, el último presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, prometió durante su discurso sobre *el estado de la Unión Europea 2016* equipar a “cada pueblo y ciudad con *wifi* gratis”, cubriendo toda la Unión Europea con acceso a red inalámbrica. La propuesta se enmarca en una mayor reforma de las telecomunicaciones que también incluye un despliegue de la tecnología 5G a nivel continental para el 2025.

En el continente americano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no reconoció expresamente que el acceso a la Internet fuera un derecho humano, pero sí señaló que tiene el potencial para ser una aliada en la promoción y diseminación de los derechos humanos y los ideales democráticos, y que constituye un importante instrumento para potenciar las organizaciones protectoras de derechos humanos. Por otro lado, la Comisión reconoció que el inmediato envío y recepción de información repercute en los derechos fundamentales de los individuos en diferentes partes del mundo.<sup>14</sup>

Varios países han legislado sobre el derecho de acceso a la Internet. En el año 2000, el Parlamento de Estonia aprobó una legislación que declaraba el acceso a la Internet como un derecho humano básico. En 2009, Finlandia aprobó un decreto que estableció que toda conexión a la Internet debía tener una velocidad mínima de 1 megabit por segundo (en conexiones de banda ancha), y para el 1o. de julio de 2010 entró en vigor una ley que reconoció el acceso a la Internet como un derecho. En 2008 Suiza garantizó una conexión a la Internet con una velocidad de, por lo menos, 600 kbit/s de descarga y 100 kbit/s de subida, a un precio de 69 francos suizos. En México, en 2013, se reformó el artículo 6o. de la CPEUM para reconocer el derecho de acceso a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluyendo banda ancha e Internet.<sup>15</sup> En 2014,

---

<sup>14</sup> IACHR, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1999: Report of the Office of Special Rapporteur for Freedom of Expression; Chapter II: Evaluation of the State of Freedom of Expression in the Hemisphere, Part D: The Internet and Freedom of Expression.*

<sup>15</sup> Artículo 6o. “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones,

Brasil aprobó *el Marco Civil de Internet*, una ley debatida durante casi cinco años, que incorporó aspectos como la neutralidad de la red, la responsabilidad de los intermediarios y la privacidad de los usuarios.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTERNET

Al hablar de un derecho humano a la Internet, ha de enfatizarse que éste se refiere a la facultad que tiene toda persona para acceder y conectarse a esta Red. El principal argumento ha descansado, hasta el momento, en la idea de que se trata de un medio indispensable para que la persona pueda ejercer plenamente su libertad de expresión y su derecho de acceso a la información. Pero, además, parece ser que el derecho humano de acceso a la Internet descansa en su instrumentalidad para poder ejercer plenamente muchos otros derechos humanos, e incluso el libre desarrollo de la personalidad. Siguiendo este razonamiento, una tesis aislada de un tribunal colegiado de nuestro país sostuvo, refiriéndose a la energía eléctrica, que el acceso a ésta debía considerarse como un derecho humano en tanto que se constituye como “una condición necesaria para el goce de múltiples derechos fundamentales”.<sup>16</sup> Así pues, parece claro que el acceso a la Internet garantiza también el ejercicio de múltiples derechos fundamentales y en consecuencia debe considerarse un derecho en sí mismo.

---

incluido el de banda ancha e internet. [...]”. Y más adelante, en el apartado B, fracción I del mencionado artículo, se refuerza el derecho de acceso a las TIC con la obligación que tiene el Estado de garantizar “a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales”. “El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión”. Está encargado de regular, promover y supervisar “el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, la infraestructura, las redes y la prestación de los servicios”. Además, “impulsa condiciones de competencia efectiva en los mercados, favorece el derecho a la información y promueve el acceso a las tecnologías y servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, para el beneficio de los usuarios, de las audiencias y del país”.

<sup>16</sup> ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA. DEBE RECONOCERSE COMO DERECHO HUMANO POR SER UN PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA EL GOCE DE MÚLTIPLES DERECHOS FUNDAMENTALES. Tesis: I.3o.C.100 K (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 61. Diciembre de 2018. Tomo II, 959.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 521-552.

En términos parecidos, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH) consideró que la conectividad a la Internet debía garantizarse por las empresas proveedoras del servicio, y que la interrupción en el acceso a la Internet equivalía en su intensidad a la imposibilidad de usar algún tipo de vehículo automotor<sup>17</sup>. El Tribunal consideró que la Internet es un medio a través del cual la persona cumple ciertas obligaciones hacia el Estado, tales como el pago de servicios públicos o sus impuestos.

Está claro que el acceso a la Internet como derecho humano es un derecho que surge en las nuevas sociedades (tecnológicas, digitales, informatizadas) y que, en consecuencia, responde a ciertas necesidades que no habían aparecido con anterioridad.<sup>18</sup> Si tratásemos de catalogar al derecho a la Internet en la ya clásica clasificación de los *status* de Jellinek, diríamos que se trata de un derecho *status positivo*, o sea que se trata de un derecho que hace nacer para las personas la facultad de exigir prestaciones positivas por parte del Estado.<sup>19</sup>

Dentro de las conductas positivas estatales se encuentra en primer lugar los mandatos dirigidos al legislador; como todos los derechos fundamentales, el de acceso a la Internet es un derecho de configuración legal que requiere de la intervención del legislativo para regular las condiciones de su ejercicio. En nuestro país, el artículo 6o. de la CPEUM es muy claro en este sentido, pues no reconoce un derecho subjetivo exigible de manera directa frente al Estado, sino que se trata de un enunciado normativo programático redactado en tiempo futuro que obliga al Estado a garantizar “el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet”, y, más adelante, reitera que “el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios” (los de banda ancha e Internet).

---

<sup>17</sup> El caso se refiere a la demanda interpuesta por un usuario de la Internet por los daños causados en su persona debido a la interrupción el servicio de Internet por una compañía proveedora de servicios de Internet BGH, Urt. V. 24.01.2013 – III ZR 98/12 = VuR 2013, 18.

<sup>18</sup> Gaspar Escalona, Martínez. 2004. “La naturaleza de los derechos humanos”. Gómez Sánchez, Yolanda (coord.). *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México. CNDH, 145.

<sup>19</sup> Alexy, Robert. 2012. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a. ed. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 229.

Por mandato constitucional entonces, el legislador tiene la obligación de crear un entorno jurídico adecuado que fije las bases que garantizarán un pleno acceso y uso a la Internet. Ello comprende la sana competencia entre empresas servidoras de Internet y la eliminación de los monopolios gubernamentales. Este marco normativo debe generar además las condiciones para que posteriormente sea el ejecutivo el que implemente distintas medidas y acciones que concretarán el ejercicio del derecho.

El Ejecutivo por su parte, tienen varias obligaciones que cumplir. En primer lugar, debe promover las ventajas y beneficios que representa para el individuo, para la sociedad y para el mismo Estado el estar conectado a la Red,<sup>20</sup> pues como ya señalamos, la conexión redundante en un ejercicio más pleno de la libertad individual y de otros derechos fundamentales. En segundo lugar, el Estado debe garantizar que toda persona pueda conectarse a la Internet y, para que esto ocurra, el acceso debe ser disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población. En tercer lugar, el Ejecutivo tiene la obligación de elaborar una política pública eficaz y concreta, a fin de que la Internet sea asequible para todos; aunque es cierto que esto dependerá de las posibilidades económicas y la determinada situación de cada país.<sup>21</sup>

Sin importar las condiciones económicas y los recursos del Estado, éste debe esforzarse por garantizar un acceso universal a la Internet, incluso podría sostenerse que mientras menos desarrollado sea un país, más debe esforzarse por garantizar un acceso universal a la Internet en aras de lograr una mayor igualdad real y estrechar, en la mayor medida de lo posible la *brecha digital*<sup>22</sup> entre los distintos sectores poblacionales.

En cuarto lugar, y en el marco de esta política pública, el Ejecutivo tiene la obligación de proveer la arquitectura e infraestructura necesaria para poder conectarse a la Red, que deberán adoptarse a las condiciones

---

<sup>20</sup> Prietrangelo, M. (a cura di). 2010. *Il diritto di accesso ad Internet*. Roma. Atti della Tavola Rotonda. Edizioni Scientifiche Italiane.

<sup>21</sup> El acceso a Internet implica un complicado y costoso proyecto, sin acceso, según Frossini, este puede garantizarse por medio de inversiones estatales, políticas, sociales y educativas, elecciones de gasto público. Frossini, T. E. 2011. “Il diritto costituzionale di accesso a internet. *Studio in Onori di Franco Modugno*. Nápoles. Scientifica.

<sup>22</sup> “Con la expresión “brecha digital” se hace referencia a la separación entre quienes tienen acceso efectivo a las tecnologías digitales y de la información, en particular a Internet, y quienes tienen un acceso muy limitado o carecen de él.



regionales, nacionales y locales, pero ofreciendo siempre un acceso fácil y asequible.

La omisión de estas acciones por parte del Estado redundaría en la conculcación del derecho, tal y como lo entendió la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ha estimado varios recursos de amparo relacionados con problemas de accesibilidad de Internet por parte de personas que vivían en zonas alejadas, y ha argumentado precisamente que la omisión de infraestructura necesaria por parte de las autoridades administrativas para brindar los servicios de Internet y telefonía celular en comunidades marginadas, constituye una violación al derecho de acceso a la Internet y a las telecomunicaciones.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> En las sentencias núms. 12790-2010; 2012-15018; 2014-0531 estimó un recurso de amparo y ordenó al Gerente General del Instituto Costarricense de Electricidad, para que dentro del plazo de dos meses, contado a partir de la notificación de esta resolución, dicho ente plantee un proyecto con cargo al Fonatel a efectos de que se valore la viabilidad de instalar la infraestructura en materia de telecomunicaciones en beneficio de los vecinos de la Urbanización Jorge Brenes Durán, de Golfito con el fin de garantizar el acceso a internet. En la motivación de la sentencia se indicó que: ...Se encuentra plena e idóneamente demostrado que en la Urbanización Jorge Brenes Durán, de Golfito, no cuenta con Internet de Banda Ancha o Cobertura de Voz y Datos (Wimax). También, consta que el Instituto Costarricense de Electricidad no tiene programado el desarrollo de ninguna obra de telecomunicaciones que permita el acceso al servicio de Internet en esa comunidad (informe). Aunado a lo anterior, según apuntaron las autoridades públicas recurridas, como operador de la red pública y proveedor del servicio de telecomunicaciones, su representado se encuentra facultado para realizar una valoración del servicio solicitado, para determinar si la implementación del servicio resulta financieramente viable o no (informe). Conviene, en primer término, señalar que es a la Superintendencia de Telecomunicaciones, a través del Fondo Nacional de Telecomunicaciones y no a este Tribunal, a la que le corresponde promover el acceso a los servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente, a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país, donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable, asegurando la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad en los servicios de telecomunicaciones (artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones). Precisamente, por lo anterior, lo procedente es que la recurrente, por medio de sus padres o representante legal, ocurra ante el proveedor del servicio o la Superintendencia de Telecomunicaciones a hacer valer sus derechos, mediante la reclamación correspondiente. No obstante lo anterior, este Tribunal en un asunto similar al de estudio, reconoció que con independencia de las razones técnicas y financieras que se aducen para calificar el proyecto como no rentable, el ente recurrido posee iniciativa para formular un proyecto de desarrollo de telecomunicaciones como el que reclama la amparada (artículo 23 del Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad),

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 521-552.



La Corte Constitucional ha señalado además que ante la imposibilidad física de implementar la infraestructura necesaria para garantizar un acceso universal a la Internet, el Estado, debe al menos, establecer ciertos puntos de acceso público a la Internet, como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y otros.

Ahora bien, es cierto que en tanto derecho prestacional, el derecho de acceso a la Internet depende del desarrollo y la capacidad económica del Estado, de tal forma que, como ocurre con casi todos estos derechos, el Estado puede argumentar la falta de recursos para proveer un adecuado acceso a la Red.<sup>24</sup>

En el fondo, la realización plena del derecho de acceso a la Internet depende de una progresiva implementación de infraestructura por parte del Estado. En otras palabras, aunque exista la obligación de promover y garantizar el acceso universal a la Internet, su realización dependerá de su nivel de desarrollo y de su capacidad económica. Quizá, un Estado no esté en posición de proveer un acceso universal a la Internet a todos sus ciudadanos, pero el derecho de acceso se traduce en la obligación que existe para el Estado de ir implementando distintas medidas de manera

---

los conocimientos técnicos y la información indispensable para procurar la inclusión de ese proyecto en el Plan Anual de Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Sentencia 2011017704 de las 9:05 horas del 23 de diciembre de 2011). Desde esa perspectiva, la omisión que se apunta, lesiona el derecho constitucional a las telecomunicaciones de los afectados. En sentido similar, en la sentencia número 2014-0531 se estimó un recurso de amparo y se ordenó al presidente ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad realizar las acciones que estén dentro del ámbito de sus competencias, para que dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia, se plantee un proyecto a cargo de Fonatel, a efectos de que se valore la posibilidad de instalar la infraestructura necesaria para brindar los servicios de internet y telefonía celular en la comunidad de Santa Ana de Nicoya. Asimismo, se ordenó a la presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), realizar las acciones que estén dentro del ámbito de sus competencias para que dichas solicitudes sean valoradas, de forma que si resultan factibles, sean incluidas dentro de los proyectos financiados por Fonatel. Cfr. Jinesta Lobo, E. 2015. *Derecho procesal constitucional*. Editorial Guayacán. Bonilla Haideer, M. 2016. "La utilización de precedentes constitucionales extranjeros por la Sala Constitucional". *Revista Judicial Corte Suprema de Justicia*, núm. 120. San José. Nannipieri, L. (s.f.) *Profilii costituzionali dell'accesso ad internet*. [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it). Hernández Valle, R. 2014. *Derecho procesal constitucional*. San José. Juricentro. Pisa, R. 2010. *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?* <http://www.treccani.it/>.

<sup>24</sup> CLD. A Truly World-Wide Web: Assessing the Internet from the Perspective of Human Rights. Centre for Law and Democracy (CLD). Halifax, 8 y 9.

gradual para que, eventualmente, se logre dicho objetivo.<sup>25</sup> El derecho de acceso a la Internet comprende entonces, los esfuerzos encaminados a desarrollar los planes que aseguren que la infraestructura y los servicios tiendan a garantizar progresivamente el acceso.<sup>26</sup>

Por último, el Estado tiene un mandato especial de protección hacia determinados usuarios de la Internet, como es el caso de las personas con discapacidad y de los menores de edad. En este sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 21 inciso c que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan. Además, la Convención establece un mandato para los Estados y para las empresas proveedoras de servicios de Internet en el sentido de que los primeros deberán alentar a las segundas a proporcionar información y servicios en formatos accesibles para personas con discapacidad.

En esta tónica, una tesis aislada de un tribunal colegiado de nuestro país señaló que:

a fin de lograr el pleno ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, contenido en el artículo 6o., apartado a, de la norma fundamental, tratándose de personas con diversos grados y tipos de discapacidad, los referidos entes públicos deben implementar medidas tendentes a la consecución de esa finalidad, como la obligación de efectuar ajustes razonables cuando sean requeridos, siempre que no impliquen una carga desproporcionada o indebida, y proporcionar ayudas técnicas eficaces, como son los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> Badocco, Francesco. 2009. “Riflessioni sul diritto d’accesso a internet nell’ambito del diritto dell’Unione Europea”. *Revista Informatica e Diritto*, núm. 1, 153 y ss. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Informe Libertad de Expresión e Internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 5 y ss.

<sup>27</sup> Personas con discapacidad. A fin de lograr el pleno ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la información, los sujetos obligados y el Instituto Nacional de Transparencia, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, DEBEN EFECTUAR AJUSTES RAZONABLES Y PROPORCIONAR AYUDAS TÉCNICAS EFICACES. Tesis:

En relación con los menores de edad, está claro que el Estado debe tener especial cuidado respecto de la información contenida en las plataformas de Internet. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ha señalado que si bien los menores de edad son titulares del derecho de acceso a las tecnologías de la información, comunicación, radiodifusión y telecomunicaciones, ello no significa que puedan y deban acceder a cualquier material disponible en estos medios, ni que lo puedan hacer en cualquier etapa de su niñez. Nuestro máximo tribunal estableció que para determinar el derecho de acceso a la información contenida en la Internet por parte de los menores de edad, debe tomarse en consideración *a)* la edad y el nivel de comprensión del menor; *b)* que el derecho de acceso a ciertos contenidos se va desplegando en cuanto va aumentando el nivel de comprensión del sujeto y *c)* que en todo caso, la información ahí contenida debe contribuir positivamente en la realización de los derechos del niño y adolescente.<sup>28</sup>

#### V. LA INTERNET COMO DERECHO INSTRUMENTAL DE OTROS DERECHOS

La Internet ha venido a cambiar la forma de ejercer los derechos como se venía haciendo tradicionalmente, a tal grado que hoy en día, casi todos los derechos fundamentales se ejercen en gran medida por la Internet o incluso existen algunos cuyo ejercicio es casi exclusivamente a través de él, de tal manera que podríamos referirnos a ellos como derechos de ejercicio digital.

Resulta notorio advertir que, la mayoría de las veces, el derecho a la Internet ha sido reconocido como un medio por medio del cual se ejercen otros derechos fundamentales, principalmente la libertad de expresión y el acceso a la información. No obstante, la Internet ya no es sólo un medio

---

I.7o.A.153 A (10a.). Tribunales colegiados de circuito. Libro 47. Octubre de 2017. Tomo IV, 2512.

<sup>28</sup> DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES. EL HECHO DE QUE EL ARTÍCULO XX, DE LA LEY RELATIVA, RECONOZCA A LOS MENORES EL DERECHO DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, NO CONLLEVA EL ACCESO A CUALQUIER CONTENIDO. Tesis: 2a. IX/2018 (10a.). Libro 50. Enero de 2018. Tomo I, 534.

para ejercer estos derechos fundamentales, sino muchos otros.<sup>29</sup> Incluso, la Internet constituye no sólo una herramienta mediante la cual las libertades han podido crecer y ampliarse significativamente, sino que constituye en sí mismo un ámbito de la libertad humana.

### 1. *Libre desarrollo de la personalidad*

El libre desarrollo de la personalidad es un derecho de cuño alemán recogido por primera vez en el artículo 2o. de la Ley Fundamental de Bonn y adoptado hoy por casi todo el constitucionalismo occidental.<sup>30</sup> En México, nuestro texto constitucional no hace mención alguna, pero ha sido ya reconocido en varias resoluciones de la SCJN.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> En este sentido, las Declaración de Principios de Ginebra y la Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información, la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI), así como todos los Foros Internacionales de Internet celebrados desde principios de la década del 2000, reconocen que las nuevas tecnologías de la Información y la comunicación (TIC) representan una gran oportunidad para el desarrollo de las personas, comunidades y pueblos y para el disfrute de todos los derechos humanos contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En este mismo sentido, el Parlamento Europeo entendió en su resolución del 18 de abril del 2008 que ante este fenómeno global (Internet) surge la imperiosa necesidad de proteger la seguridad y la privacidad en Internet y garantizar a los ciudadanos un espacio libre de intromisión de terceros, sean estos privados o estatales.

<sup>30</sup> Artículo 2o. de la Ley Fundamental de Bonn. “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral...”. Véase también el artículo 16 de la Constitución colombiana o el artículo 10.1 de la Constitución Española.

<sup>31</sup> Tesis: 1a. /J. 4/2019 (10a.). Primera Sala. Libro 63. Febrero de 2019. Tomo I, 491. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA. La libertad “indefinida” que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, tales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas. En este sentido, este derecho es especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad. Ahora bien, la doctrina especializada señala que el libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión externa y una interna. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica “libertad de acción” que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una “esfera de privacidad” del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la auto-

En términos generales, se trata del reconocimiento de la libertad general de la persona, a esa facultad que tiene para tomar sus propias decisiones e ir configurando su propia identidad. Por eso, suele entenderse que al fin y al cabo, casi todos los derechos fundamentales son concreciones del libre desarrollo de la personalidad.

Hoy en día, gran parte de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad se realizan a través de la Internet. En ella, las personas manifiestan sus gustos, preferencias, ideologías, tendencias, filiación política, estado civil, y profesión. En ella también desarrollan su personalidad o al menos, gran parte de ella, por ejemplo, cuando se busca pareja, trabajo, educación, entretenimiento, o actividades de ocio.

Por lo demás, en la era digital en la que vivimos, el ejercicio de la individualidad se ejerce, muchas veces, frente a una colectividad virtual o digital, y es que hoy en día, la persona se comunica con sus semejantes de manera digital y va configurando su propia identidad digital y hasta su reputación *online*.<sup>32</sup> La Internet pues, es un medio para que la persona no sólo socialice en el mundo real, sino también en el mundo digital. Se trata de un instrumento que garantiza la sociabilidad de la persona, en tanto que ésta puede comunicarse con otros por medio de distintos instrumentos como los correos electrónicos, los *chats*, los foros, los *blogs* o distintas redes sociales.

En resumen, se puede afirmar que gran parte de la personalidad del individuo y de sus derechos fundamentales, como concreciones de ésta,

---

nomía personal. Al respecto, si bien en un plano conceptual puede trazarse esta distinción entre los aspectos externos e internos, resulta complicado adscribir los casos de ejercicio de este derecho a una sola de estas dimensiones. Ello es así, porque las acciones que realizan los individuos en el ejercicio de su autonomía personal suponen la decisión de llevar a cabo esa acción, al tiempo que las decisiones sobre aspectos que en principio sólo incumben al individuo normalmente requieren de ciertas acciones para materializarlas. En todo caso, parece que se trata de una cuestión de énfasis. Así, mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona.

<sup>32</sup> En este sentido, respecto de los menores de edad, véase Gil Antón, A. M. 2015. "El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015". *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 277 y 278.

se desarrollan de manera tan activa por medio de la Internet que podría hablarse ya de una libertad en sentido digital o bien de una *ciberlibertad*.<sup>33</sup>

## 2. *Libertad de expresión*

La libertad de expresión, reconocida en las primeras declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII<sup>34</sup> y principios del XIX, entendía que su ejercicio se materializaba principalmente por medio de la libertad de imprenta. En esta tónica, es lógico que el artículo 7o. de la Constitución mexicana de 1857 reconociera sólo el derecho a publicar y escribir y que su texto se mantuviera vigente al redactar la carta de 1917.

Fue hasta 2013 cuando el texto fue reformado para reconocer *la libertad de difusión de opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio*.<sup>35</sup> La reforma en comento pone de manifiesto, por un lado, que el ámbito de protección de la libertad de expresión reconoce los avances en las tecnologías de la información y otros mecanismos por medio de los cuales se pueden poner en circulación información, ideas, u opiniones de manera libre y sin cortapisas. Por otro lado, la reforma deja en claro que la libertad de expresión se materializa no sólo de forma escrita sino mediante cualquier otro medio;<sup>36</sup> o sea que muchas actividades o conductas que se realizan en

---

<sup>33</sup> De hecho, ya se habla de un “nacimiento” digital de la persona, de un crecimiento virtual, de una identidad virtual, biografía digital, derechos digitales y de la herencia digital.

<sup>34</sup> Por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

<sup>35</sup> Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

<sup>36</sup> En este sentido, la SCJN reconoció en un criterio del 2014 que todas las formas de expresión se encuentran protegidas constitucional y convencionalmente, a excepción de aquellas que y si bien existen ámbitos que no encuentran protección bajo su regazo, como la toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o

Internet son concreción de la libertad de expresión, como el hecho de “subir” videos o fotografías o incluso al utilizar cualquier iconografía como los denominados “emoticones”, o sólo dando “like” a alguna publicación o página. Se trata ya no sólo de un derecho a la libertad de expresión, sino de un derecho a la comunicación en general (*ius communicationis*) en el que se tutela todo el proceso comunicativo.<sup>37</sup>

En México, la SCJN señaló en una resolución de 2017, que el Estado debe llevar a cabo las medidas necesarias para asegurar a los particulares el acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La Corte hizo eco de los argumentos sostenidos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y vinculando el derecho a la Internet con la libertad de expresión, afirmó que “el Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión, atento a sus características singulares, como su velocidad, alcance mundial y relativo anonimato”.<sup>38</sup>

En Francia, en su resolución 2009-580 DC del 10 de junio de 2009,<sup>39</sup> el Consejo Constitucional vinculó el acceso a Internet a la libertad de expresión y de opinión reconocidas en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>40</sup> El Consejo interpretó

---

religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SE PRESUME QUE TODAS LAS FORMAS DE EXPRESIÓN SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS POR LA CONSTITUCIÓN. Tesis:1a. CDXXI/2014 (10a.). Primera Sala. Libro 13. Diciembre de 2014. Tomo I, 237.

<sup>37</sup> Sobre este concepto véase Corredoira y Alfonso, L. 2007. “Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva “Sociedad de la información”. Estudio específico del artículo 19. *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia. Tirant lo Blanch, 58-73.

<sup>38</sup> Tesis: 2a. CII/2017 (10a.). Segunda Sala. Libro 43. Junio de 2017. Tomo II, 1433. FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE.

<sup>39</sup> En este caso, el Consejo impidió la publicación de una ley que requería a los proveedores de servicios de Internet bloquear de manera permanente el acceso a la Red a aquellos usuarios que hubiesen sido acusados por cometer actos vilatorios de los derechos de autor.

<sup>40</sup> El artículo 11 de la Declaración señala: “la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.



que la libertad de expresión implica la libertad de acceder a estos servicios en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea, así como a la importancia que tienen éstos para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones.

En Alemania, en el ya citado caso del BGH, el Tribunal entendió que el acceso a Internet resulta de crucial importancia para la vida diaria de las personas, toda vez que les provee de información comprensible por medio de textos, imágenes, videos, y audios, e incluso, afirmó, que se trata de una plataforma que reemplaza a los medios tradicionales de información.<sup>41</sup>

Ciertamente, la Internet logra actualmente una proyección mayor en la transmisión de la información y las opiniones que cualquier otro medio de difusión, como podría ser la televisión, el radio o el periódico. Mientras éstos se habían constituido en el único vehículo a través del cual se concretaba la libertad de expresión y los periodistas eran su personificación; hoy en día, el individuo no tiene que ejercer la profesión de periodista para poder ejercer su libertad de expresión y lo que es más, no tiene que pertenecer a ningún medio masivo de comunicación para manifestar sus ideas, ni sobre todo, para hacerlas llegar a una gran cantidad de personas.

En tanto derecho de libertad, la de expresión se materializa en la medida en que el Estado realiza conductas de omisión,<sup>42</sup> y en el caso de la libertad de expresión manifestada por medio de Internet, también el Estado debe mostrar una conducta pasiva frente a cualquier tipo de contenido o intervención en el envío de la información. Nótese que, mientras el Estado tiene el mandato de promover, garantizar y hacer efectivo el acceso universal a la Internet a través de conductas positivas, en lo que respecta al contenido que circula por la Red, el Estado debe mostrarse pasivo.

---

<sup>41</sup> BGH, UrT. V. 24.01.2013 – III ZR 98/12 = VuR 2013, 18.

<sup>42</sup> Como ha señalado la SCJN, la libertad de expresión se refiere a la facultad de toda persona de manifestarse libremente sin ser cuestionado sobre el contenido de sus opiniones y los medios que ha elegido para difundirlas, se trata de un derecho de libertad que concretiza la autonomía de la voluntad y suele entenderse como un prerequisite para evitar la atrofia o el control del pensamiento. Libertad de expresión. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. Tesis: 1a. CDXX/2014 (10a.). Primera Sala. Libro 13. Diciembre de 2014. Tomo I, 233.



A esta obligación de pasividad suele denominársele como *principio de neutralidad en la red*, y se concreta en la prohibición de bloqueo, interferencia, discriminación, entorpecimiento y restricción del derecho de “cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir cualquier tipo de información”.<sup>43</sup> Cabe aclarar que el principio vincula no sólo al Estado, sino también a las empresas proveedoras del servicio.

En este sentido, la SCJN, en la ya mencionada resolución de junio de 2017, reconoció que el flujo de información por la Internet debe restringirse lo mínimo posible, y que ello sólo podría realizarse, en circunstancias excepcionales y limitadas, previstas en la ley, en aras de proteger otros derechos humanos.<sup>44</sup>

En el caso *Ahmet Yildirim vs. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció que el acceso a Internet constituye una forma de ejercer el derecho a la libertad de expresión, que comprende no sólo la facultad de transmitir información, sino también de recibirla, por lo que el bloqueo absoluto de una plataforma de Internet (*Google Sites*) constituía una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). 1 de junio de 2011. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Punto 5 (a).

<sup>44</sup> Tesis: 2a. CII/2017 (10a.). Segunda Sala. Libro 43. Junio de 2017. Tomo II, 1433. FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE.

<sup>45</sup> La demanda fue presentada por Ahmet Yildirim, un académico turco que tenía una página de Internet alojada en *Google Sites* y en la que publicaba sus opiniones y sus trabajos académicos. En junio de 2009 el Tribunal de la provincia turca de Denizli ordenó el cierre preventivo de una página web alojada en esa misma plataforma, y que contenía insultos contra el expresidente Mustafa Kemal Atatürk, lo que según la legislación turca constituía un delito. Pero ante la imposibilidad técnica de bloquear una sola página, el Tribunal ordenó que se bloqueara el acceso a toda la plataforma de *Google Sites* en Turquía, lo que significó dejar a todos los usuarios, incluido el demandante, sin dicho servicio. El TEDH señala en su sentencia que la decisión del tribunal de Denizli fue una medida desproporcionada que atentó contra la libertad de expresión y opinión consagrada en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. EGMR, Urt. V. 18.12.2012 -3111/10 *Ahmet Yildirim vs. Turkey*.

En Estados Unidos, un caso emblemático fue el *United States et al., vs. American Civil Liberties Union et al.*, que fue resuelto por sentencia del 26 de junio de 1997 (96-511). En este caso se recurrió ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos una sentencia del Tribunal de Distrito de Pennsylvania que declaraba la inconstitucionalidad de la Ley para la Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act* o *CDA*) aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en febrero de 1996. La Suprema Corte reiteró que la *CDA* era abiertamente contraria a la Primera Enmienda y señaló que: "...El interés por fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática sobrepasa cualquier teórico e improbable beneficio de la censura".<sup>46</sup>

Ahora bien, el principio de *neutralidad en la Red* no significa que la Internet sea un espacio vacío de regulación, sino más bien un ámbito en el que deben prevalecer los principios y valores del Estado constitucional y democrático de derecho. En consecuencia, la libertad expresión ejerci-

---

<sup>46</sup> La Ley para la Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*) (*CDA*), aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en febrero de 1996 prevé sanciones para quienes almacenen o distribuyan por la red informaciones, imágenes o sonidos que puedan considerarse obscenos o indecentes por agredir a la media de los valores morales de la comunidad. Esta norma fue sumamente polémica e impuganda ante varios tribunales. Como resultado de uno de ellos, un Tribunal de Pennsylvania declaró la inconstitucionalidad de dicha ley, el 11 de junio de 1996, por decisión unánime de sus tres jueces. Se considera que la *CDA* limita injustificadamente el derecho a la libertad de expresión garantizado en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, ya que al no considerar las informaciones transmitidas por Internet como prensa escrita se las somete a la censura previa por parte de la influyente Comisión Federal de Comunicaciones. Se denuncia también que esta ley lesiona las debidas garantías procesales (*due process of law*) reconocidas por la Quinta Enmienda y, en definitiva, la seguridad jurídica de los ciudadanos por la forma excesivamente vaga e imprecisa con la que se tipifican los supuestos que pueden entrañar atentados contra la decencia. Asimismo se considera que, la legítima protección de los menores, no debiera limitar la libre difusión de informaciones o imágenes normales para adultos, ya que los suministradores de servicios no pueden determinar la edad de los usuarios. Uno de los jueces del Tribunal que declaró la inconstitucionalidad de la *CDA*, Stewart R. Dalzell, entendió que Internet implica una garantía para el desarrollo libre y autónomo de las comunicaciones entre los ciudadanos normales frente a la prepotencia de los grandes magnates poseedores de los medios de información. Internet puede considerarse, según este juez, como una "conversación mundial sin fin". Por ello, el gobierno no puede arbitrariamente interrumpir esta conversación cívica por medio de normas como la *CDA*. Internet, según el juez Dalzell, por ser la forma más utilizada para un diálogo participativo de masas desarrollada hasta el presente, merece la más eficaz protección jurídica frente a intervenciones restrictivas gubernamentales que no se hallen debidamente justificadas.

da por medio de la Internet debe ser limitada en aras de proteger estos otros principios y valores. Así pues, el contenido de la información que se transmite en la Internet debe estar sujeto a determinadas restricciones,<sup>47</sup> mismas que obedecerán a un estricto principio de ponderación entre la libertad de expresión y el principio o valor constitucional con el que entre en colisión. Así, por ejemplo, en una resolución de 2017, la SCJN reconoció que la protección de los derechos de autor no justificaba, en sí y por sí misma, el bloqueo de una página web.<sup>48</sup>

Por lo demás, la libertad de expresión tiene un contenido no sólo individual sino también social o político, y es que al garantizar la libre circulación de ideas y de pensamiento se garantiza la consolidación de una

---

<sup>47</sup> Al respecto, la política de desnudos en las normas comunitarias de Facebook dice: Restringimos la exhibición de desnudos para evitar que determinados sectores de nuestra comunidad mundial que muestran una especial sensibilidad ante ellos se puedan sentir mal, en particular, por su contexto cultural o su edad (...) Como resultado, nuestras políticas pueden ser a veces más directas de lo que nos gustaría y restringir contenido compartido con fines legítimos (...) Eliminamos fotografías que muestren los genitales o las nalgas en su totalidad y de una forma directa. También restringimos algunas imágenes de senos femeninos si se muestra el pezón, pero siempre permitimos fotos de mujeres amamantando o que muestren los pechos con cicatrices por una mastectomía. También permitimos fotografías de pinturas, esculturas y otras obras de arte donde se muestren figuras desnudas. Las restricciones sobre la exhibición de desnudos y actividades sexuales también se aplican al contenido digital, a menos que dicho contenido se publique con fines educativos, humorísticos o satíricos. Se prohíben las imágenes explícitas de relaciones sexuales. También podemos eliminar descripciones de actos sexuales que sean demasiado gráficas.

<sup>48</sup> Tesis: 2a. CIX/2017 (10a.). Segunda Sala. Libro 43. Junio de 2017. Tomo II, 1437. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EJERCIDA A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). La protección de los derechos de autor no justifica, en sí y por sí misma, el bloqueo de una página web. Si bien los derechos de autor se reconocen como derechos humanos por el parámetro de regularidad constitucional, lo cierto es que las restricciones impuestas al derecho humano a la libertad de expresión ejercido a través de la red electrónica (Internet), con el propósito de proteger la propiedad intelectual deben referirse a un contenido concreto y no ser excesivamente amplias a efecto de cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. De ahí que, salvo situaciones verdaderamente excepcionales, las prohibiciones genéricas al funcionamiento de páginas web por violar derechos de autor no se consideran como constitucionalmente válidas, en tanto implican una medida innecesaria o desproporcionada, al no centrarse en objetivos suficientemente precisos y al privar de acceso a numerosos contenidos, aparte de los catalogados como ilegales. Al respecto, las situaciones de excepcionalidad a la prohibición de restricciones genéricas al derecho de expresión, podrían generarse en los casos en donde la totalidad de los contenidos de una página web violen el derecho a la propiedad intelectual, lo que podría conducir al bloqueo de ésta, al limitarse únicamente a albergar expresiones que vulneren los derechos de autor.

ciudadanía activa y participativa, requisito indispensable para una democracia plural.<sup>49</sup> Así pues, la Internet se constituye en un catalizador de la función social y política de la libertad de expresión, en un medio a través del cual se transmite información, se construye oposición y se mantiene una crítica constante sobre el gobierno en funciones.

### 3. *El acceso a la información pública*

El derecho de acceso a la información es evolución natural de la libertad de expresión y se refiere a la facultad que tiene toda persona de solicitar el acceso a la información que se encuentra bajo control del Estado, lo que comprende a su vez el derecho a recibir dicha información y constriñe al Estado a suministrarla, y en caso de negarse deberá dar respuesta fundada de su negativa.<sup>50</sup>

Tener acceso a la información bajo control del Estado permite la formación de una opinión personal que precede a cualquier expresión de opinión. Por lo tanto, es tan importante para la democracia como la libertad de expresión. Hoy en día, la solicitud y el acceso a dicha información se realiza, la mayoría de las veces, ya sea ingresando directamente a las páginas web de las dependencias de gobierno o bien, solicitándola directamente mediante sus portales o correos electrónicos; incluso, el artículo 6o. de la CPEUM impone al Estado la obligación de publicar en medios electrónicos la información sobre el uso de los recursos públicos (incluyendo los que se entregan a personas físicas y morales).<sup>51</sup> En consecuencia, se podría afirmar que la Internet es una herramienta casi indispensable para el correcto ejercicio del derecho de acceso a la información.

En una reciente resolución del 20 de marzo de 2019, la SCJN resolvió un juicio de amparo promovido por un periodista ante la decisión del fis-

---

<sup>49</sup> LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN POLÍTICA DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. Tesis: 1a. CDXIX/2014 (10a.). Primera Sala. Libro 13. Diciembre de 2014. Tomo I, 234.

<sup>50</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* (sentencia del 19 de septiembre de 2006). (TMX 405329). En esta resolución la Corte señala que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepción.

<sup>51</sup> *Cfr.* Artículo 6o. de la CPEUM.

cal del estado de Veracruz de bloquearlo de su cuenta de *Twitter*. La SCJN entendió que, aunque la cuenta de dicha red social fuera a título personal, la misma era utilizada por el fiscal para dar a conocer información pública y de relevancia para la ciudadanía, razón por la cual bloquear de dicha cuenta a un determinado usuario, en este caso un periodista, constituía una violación al derecho de acceso a la información.<sup>52</sup>

#### 4. *Autodeterminación informativa y protección de datos personales*

Con la reforma del 1o. de julio de 2009 al artículo 16 de la CPEUM se reconoce como un derecho autónomo el derecho a la autodeterminación informativa; se trata de un apéndice del derecho a la privacidad que consiste en la facultad de toda persona para decidir y tener control sobre sus datos personales, o sea sobre los datos o informaciones que la identifican o la hacen identificable.

El derecho a la autodeterminación informativa cobra especial importancia en nuestros días, toda vez que nuestros datos son registrados, guardados, almacenados y procesados de manera digital por grandes corporaciones que los utilizan con fines económicos en sus modelos de negocio. El conjunto de datos en posesión de estas organizaciones permite extraer conclusiones sobre distintos, sino es que todos los ámbitos de la vida de una persona, y en consecuencia se logra obtener un perfil bastante preciso de los patrones de comportamiento, hábitos, consumos y características de un sujeto.

Muchas de las obligaciones que existen para los tenedores de datos son mandatos en el mundo digital. La Internet es el medio por medio del cual los sujetos obligados cuidan los datos personales en su posesión, pero además el ejercicio de los derechos *ARCO* se realiza también de manera digital; a tal grado que podría afirmarse que el derecho a la protección de los datos personales es hoy día un derecho de ejercicio meramente digital.

Precisamente, los casos que ha habido frente a las grandes empresas de la Internet como *Google* o *Facebook* no son otra cosa que la protección de los datos personales en posesión de estos entes. Los casos de derecho al olvido en Internet, no son otra cosa que el ejercicio del derecho de cance-

<sup>52</sup> Amparo en revisión 1005/2018.

lación, oposición o rectificación de los datos frente a los sujetos poseedores de los mismos.<sup>53</sup>

Aparte de la delimitación que efectúan del derecho al olvido, sendos pronunciamientos realizan una cuidadosa reflexión sobre la ponderación de éste con el ejercicio del derecho a la información. En su resolución del 15 de octubre de 2015, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España se refiere al derecho al olvido digital fijando sus contornos y límites de una manera detallada y precisa.<sup>54</sup>

### 5. *Derecho a la profesión, industria, comercio y trabajo*

El artículo 5o. de la CPEUM reconoce el derecho de toda persona de dedicarse a la industria, trabajo o profesión que desee sin limitación alguna por parte del Estado. No es novedad que en nuestros días, el ejercicio de este derecho se ejerza también, en gran medida por medio de la Internet. Las personas buscan empleo y los comerciantes hacen negocios por la Red; además, las empresas necesitan de manera indispensable de la Internet para poder operar día a día, sin hablar ya del uso de la Internet como un instrumento de trabajo, o de las modalidades laborales que la Red ha acarreado en las relaciones entre el patrón y el trabajador.

Por lo demás, numerosos modelos de negocios se basan en servicios de la Internet. Las redes sociales como *LinkedIn* o *Xing* ayudan con la búsqueda de empleo y los mensajeros (*WhatsApp*) y correos electrónicos son ahora los medios más importantes de comunicación en las empresas. Además, las máquinas y los robots de producción están conectados en red para op-

---

<sup>53</sup> Quizá el *leading case* a nivel internacional sea el caso Mario Costeja, C131/12, que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 7 de julio de 2014.

<sup>54</sup> Continúa en el mismo FD y apartado: “El llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara 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 Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones.

timizar los procesos de producción (Industria 4.0) y los registros de datos de las empresas se almacenan localmente en las nubes.

En consecuencia, la garantía de poder utilizar los servicios de la Internet de manera confiable, permanente y sin interrupción está estrechamente relacionada con la libertad de conducir un negocio o la libertad de ocupación en virtud del artículo 5o. de la CPEUM.

## 6. *Derechos políticos y participación ciudadana*

Otro ámbito en el que la Internet ha repercutido de manera directa ha sido en la consolidación del Estado constitucional y democrático de derecho, pues los principios de éste se ven fortalecidos por el uso de la tecnología y el nuevo entorno digital.<sup>55</sup> La Internet ha funcionado como plataforma para que la ciudadanía participe más y de manera más activa sobre temas políticos, sobre decisiones de Estado y ha propiciado un mayor y cada vez más cotidiano debate sobre lo público.

Pero la Internet ha influido no sólo en la creación de un ambiente más político, sino que ha generado las condiciones para que la ciudadanía se organice más y de mejor manera para formar parte de manera activa en las decisiones políticas. Hoy en día, la participación política por medio de la Internet constituye cada vez más el modo en el que las personas se relacionan con los poderes públicos y, por tanto, ejercen sus derechos de participación política.<sup>56</sup> La Internet ha resultado útil en países donde no hay medios de comunicación independientes, ya que permiten a los usuarios intercambiar opiniones críticas y encontrar información objetiva.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Sánchez Gómez, Amelia. 2017. “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: arencias, interrogantes y retos del legislador”. *Revista Boliviana de Derecho*, núm 23, 173.

<sup>56</sup> Frossini, T. E. 2011. “Il diritto costituzionale di accesso a internet”. *Studio in Onori di Franco Modugno*. Nápoles. Scientifica.

<sup>57</sup> Consejo de Derechos Humanos de Sesiones, Tema 3. De la Agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Frank La Rue. GE.11-13204.



En este sentido, la Internet se ha constituido como un parteaguas respecto a la forma de hacer política a la forma en la que la ciudadanía participaba con el gobierno. Además, fomenta un nuevo modelo de activismo y moldea la conexión entre gobernantes y gobernado.<sup>58</sup> La dimensión política y democrática de la Internet constituye un potencial para la ciudadanía que si bien, no sustituye al espacio físico, contribuye a la creación de las condiciones para el ejercicio legítimo de la soberanía.

La Internet ha propiciado la confirmación de nuevos movimientos sociales y sus reivindicaciones sociopolíticas, consolidando una nueva autonomía respecto de las instituciones políticas convencionales. De la mano de la Internet nace un nuevo poder político o ciberpoder, un ciberactivismo político y una ciberresistencia o ciberdisidencia política. Se trata, según Eugenio Moya (Moya 2012, 23), de una cuarta transformación de la esfera pública (*Öffentlichkeit*) que permite repensar la institucionalización de un amplio dominio de la esfera pública —precisamente el emergido con el desarrollo de las tecnologías de la telecomunicación— más allá de su entendimiento como una *counterpublic sphere*.<sup>59</sup> Este proceso de cambio hacia una cultura política de la Red contribuye a crear nuevas formas de participación dentro de los sistemas de gobierno.

La obligación que tiene el Estado para garantizar un acceso universal a la Internet pretende además lograr una igualdad real de todas las personas. Por ello también es significativo el párrafo del artículo 6o. de la CPEUM que señala que “el Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales”. El acceso o no a la Internet es también una manifestación de igualdad o desigualdad entre las personas.

Por otro lado, la Internet se constituye en una herramienta del gobierno para volverse más eficiente, más capaz, más ágil, más transparente y en consecuencia menos corrupta y corruptible. Mientras más procesos y trámites burocráticos estén informatizados, menos será la intervención de las

---

<sup>58</sup> Véase Thompson, K., La Rocca D., Gallagher, P., Cintron, J. *Impact of Internet and Communication Networks and Technologies on Concepts of and forms of Democratic Government and Rule*. [http://www.qcc.cuny.edu/SocialSciences/ppectorino/CISESHV\\_TEXT/Chapter-12-Political-Change/Study.html](http://www.qcc.cuny.edu/SocialSciences/ppectorino/CISESHV_TEXT/Chapter-12-Political-Change/Study.html) (consultado el 4 de julio de 2014).

<sup>59</sup> Moya, Eugenio. 2012. “La emergencia del pronet@riado”. Revisión Crítica del Concepto Habermasiano de Esfera Pública. *Revista de Filosofía*, vol. 37, núm. 2, 23.



personas en ellas, menos posibilidades habrá de que se cometan actos de corrupción. En este sentido ha nacido el concepto de la *e-democracy* y de la *e-government*, que consisten precisamente en la informatización de los procesos y la administración pública.

## VI. CONCLUSIÓN

Es un hecho indiscutible que la Internet forma parte de la realidad cotidiana del mundo en el que vivimos y que tiene una injerencia directa en las relaciones sociales, en las relaciones del hombre con el Estado, en la economía, en la forma de hacer negocios y en la política.

Es innegable también que la Internet es una herramienta esencial para el libre ejercicio de la personalidad de cada individuo y que se ha constituido en un instrumento indispensable para el ejercicio de muchos derechos humanos; incluso, como se ha argumentado en estas líneas, el acceso a la Internet es en sí mismo un derecho humano cuyo ejercicio se materializa en la medida en que el Estado lleva a cabo distintas conductas positivas que vinculan a todos los ámbitos de gobierno, a fin de lograr un acceso universal a la Red.

Garantizar el acceso a la Internet es una tarea del Estado contemporáneo que redundará no sólo en el ejercicio de una interconexión, sino en una serie de beneficios a favor que cada persona “conectada”, y es que mientras más personas tengan acceso a la Internet, más y de manera más asequible se pueden ejercer los derechos humanos, combatir la desigualdad y consolidar el Estado constitucional y democrático de derecho.

Asegurar el acceso a la Internet debe ir acompañado de acciones positivas por parte del Estado, mismas que se deben direccionar a garantizar un mínimo necesario para que cualquier persona pueda, si así lo desea, conectarse a la Red. Aunque el actuar de los gobiernos pueda verse limitado por los recursos que se poseen, será esencial que las políticas públicas dirigidas al cumplimiento del derecho humano de acceso a la Internet tengan un crecimiento progresivo, es decir, que haya un avance constante en infraestructura o estrategias de inclusión cibernética para dar certeza al libre desarrollo de la personalidad de cada sujeto.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. 2012. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a. ed. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.
- ANZURES GURRÍA, José Juan. 2019. “Derechos humanos y derechos fundamentales, una aproximación conceptual”. VILLABELLA ARMENGOL, Carlo (coord.). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su septuagésimo aniversario*. México, Mariel.
- AZZARITI, G. (coord.). 2016. “Interpretazione Costituzionale”. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, núm. 15. Turín, Giappichelli.
- BADOCCO, Francesco. 2009. “Riflessioni sul diritto d’accesso a internet nell’ambito del diritto dell’Unione Europea”. *Revista Informatica e Diritto*, núm. 1.
- BOBBIO, Norberto. 1999. *L’eta dei diritti*. Turín. Editorial Eunadi.
- BONILLA HAIDEER, M. 2015. *Derechos fundamentales en América Latina*. San José. Jurídica Continental.
- BONILLA HAIDEER, M. 2016. *Diálogo judicial interamericano (entre constitucionalidad y convencionalidad)*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica.
- BONILLA HAIDEER, M. 2016. “El acceso a Internet como derecho fundamental”. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 1-23.
- BONILLA HAIDEER, M. 2016. “La utilización de precedentes constitucionales extranjeros por la Sala Constitucional”. *Revista Judicial Corte Suprema de Justicia*, núm. 120. San José.
- CARBONELL, Miguel. 2014. “El acceso a Internet como derecho humano”. VEGA GÓMEZ, J. *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos*.
- CLD. *A Truly World-Wide Web: Assessing the Internet from the Perspective of Human Rights*. Centre for Law and Democracy (CLD). Halifax, 8 y 9
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. *Informe Libertad de Expresión e Internet*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
- DÁVILA Peña, A. 2000. “Derecho de la información e Internet”. CARPISO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.). *Derecho a la información y derechos humanos*, 329-249.
- FERRARESE, M. R. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Milán. Il Mulino.
- FROSSINI, T. E. 2011. “Il diritto costituzionale di accesso a Internet”. *Studio in Onori di Franco Modugno*. Nápoles. Scientifica.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 521-552.

- GARCÍA SÁNCHEZ, M. del R. y REYES AÑORVE, J. 2014. “Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos”. *Revista Iberoamericana de Las Ciencias Sociales y Humanística*, 3.
- GÓMEZ-CANO Alfaro, M., BASTRATÉN BELLOVI, M. y GAVILANES PÉREZ, C. 2018. “Revolución 4.0: El futuro está presente”. *Seguridad y Salud En El Trabajo*, 6-17.
- GUERRA VAQUERO, A. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 2012. “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Madrid. Editorial Universitas, S. A., 199-204.
- HERNÁNDEZ VALLE, R. 2014. *Derecho procesal constitucional*. San José. Juricentro.
- JINESTA LOBO, E. 2015. *Derecho procesal constitucional*. Editorial Guayacán.
- LE RUE, F. 2016. “A/HRC/17/27 del 16 de mayo del 2011”. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, núm. 15. ISSN-1659-3707, 23.
- LUCENA CID, I. V. (s.f.). *El derecho de acceso a Internet y el fortalecimiento de la democracia*, 185-589.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, M. 2000. “¿La vida “en línea”?: un esbozo sobre el derecho de la comunicación telemática”. CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.). *Derecho a la información y derechos humanos*, 351-376.
- NANNIPIERI, L. (s.f.). *Profili costituzionali dell'accesso ad internet*. [www.gruppo-dipisa.it](http://www.gruppo-dipisa.it).
- PASSAGLIA, P. 2011. *Diritto di accesso a internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*. [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) 2011.
- PASSAGLIA, P. 2013. *ID. Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*. [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).
- PEGORARO, L. 2007. *Giustizia costituzionale comparata*. Turín. Editorial Giappichelli.
- PÉREZ SALAZAR, G. 2011. “La Web 2.0 y la sociedad de la información”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 56 (212), 57-68.
- PRIETRANGELO, M. (a cura di). (2010). *Il Diritto di accesso ad Internet*. Atti della Tavola Rotonda. Roma. Edizioni Scientifiche Italiane.
- PISA, R. 2010. *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*
- PIZZORUSSO, A. 2008. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Turín. Giappichelli.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. 2017. “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor.

- Mecanismos jurídicos de protección: arencias, interrogantes y retos del legislador”. *Revista Boliviana de Derecho*, 168-191.
- SCAGLIARINI, Simone. 2016. *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*. [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) 2016.
- SVANTESSON, D. 2007. *Private international law and the Internet*. Londres. Rijn: Kluwer Law International.
- THOMPSON, K., LARROCCA D., GALLAGHER, P., CINTRON, J. (s.f.). *Impact of Internet and Communication Networks and Technologies on Concepts of and forms of Democratic Government and Rule*.
- TREJO DELARBRE, R. 2000. “Derecho, delitos y libertades en Internet”. CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.). *Derecho a la información y derechos humanos*, 377-397.
- TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, *Regulación jurídica de Internet*, Centro de Documentación, Información y Análisis, Cámara de Diputados LX Legislatura.
- ZOLO, Danilo. 2009. *Nuovi diritti e globalizzazione*.

## A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA THERAPEUTIC JURISPRUDENCE\*

### *LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JURISPRUDENCIA DA TERAPÉUTICA*

Silvana BRENDLER COLOMBO\*\*

**RESUMO:** O presente artigo aborda a mediação como uma ferramenta da therapeutic jurisprudence. Inicialmente será feita a exposição do significado do acesso à justiça, a definição da mediação e suas vantagens em relação ao processo judicial, além dos atores envolvidos nesta. Posteriormente será abordado a origem e o conceito da therapeutic jurisprudence, além da aplicação dos seus princípios no âmbito da mediação. O método utilizado para a realização da pesquisa foi o dedutivo, por meio de revisão bibliográfica das obras dos autores que escrevem sobre o tema.

**Palavras-chaves:** consensual, mediação, humanização da lei, princípios, therapeutic jurisprudence.

**RESUMEN:** Este artículo aborda la mediación como herramienta de la jurisprudencia terapéutica. Inicialmente se explicará el significado del acceso a la justicia, la definición de mediación y sus ventajas en relación con el proceso judicial, además de los actores involucrados en el mismo. Posteriormente, se abordará el origen y concepto de jurisprudencia terapéutica, además de la aplicación de sus principios en el ámbito de la mediación. El método utilizado para realizar la investigación fue deductivo, por medio de una revisión bibliográfica de los trabajos de los autores que escriben sobre el tema.

**Palabras clave:** consensual, mediación, humanización del derecho, principios, jurisprudencia terapéutica.

\* Recibido el 11 de noviembre de 2019; aprobado el 6 de octubre de 2020.

\*\* ORCID: 0000-0003-2235-0792. Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (2002), mestrado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2006) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2018). É docente titular do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai. Participa dos Grupos de Pesquisa: Os efeitos sociais e econômicos das decisões administrativas e sociais ambientais (PUC/PR) Therapeutic Jurisprudence (URI). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Teoria do direito, mecanismos consensuais de resolução de conflitos, especialmente na área ambiental. Correo electrónico: [silvanabrendlercolombo@hotmail.com](mailto:silvanabrendlercolombo@hotmail.com)

SUMARIO: I. *Introdução*. II. *Acesso à justiça*. III. *Definição de mediação*. IV. *As vantagens da mediação e os atores envolvidos*. V. *O conceito e aplicação de therapeutic jurisprudence à mediação*. VI. *Conclusão*. VII. *Referências*.

## I. INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição federal, é tarefa do Poder Judiciário estabelecer mecanismos de tratamento adequado às demandas que lhe são apresentadas, seja por meio dos serviços prestados nos processos judiciais, seja por meio de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Além da Resolução 125, do 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu e rege a política nacional dos meios adequados à solução de conflitos, os novos dispositivos do Código de Processo Civil (CPC, Lei 13.105, do 16 de março de 2015) e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) corroboram a política judiciária de incentivo à solução consensual dos conflitos, antes ou durante o processo.

O Poder Judiciário está investindo na mediação, por meio da oferta de cursos de formação a magistrados e funcionários do Tribunal e da divulgação da mediação, bem como está incentivando projetos que resultem em uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e que priorize a restauração do diálogo entre as partes como forma de garantir o acesso qualificado à justiça, ou seja, atingir a satisfação do jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução de conflito.

Desta forma, nas páginas que seguem, procede-se um estudo dos métodos consensuais de resolução de conflitos, dentre estes se destaca a mediação como um instrumento que vem ao encontro da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Inicialmente, aborda-se o princípio<sup>1</sup> do acesso à justiça ambiental, entendida como o acesso qualificado ao Poder Judiciário do ponto de vista econômico, temporal e de resultados (artigo 5º., XXXV da CF/88) como fundamento jurídico-constitucional para aplicação da mediação.

---

<sup>1</sup> Para Alexy (2014: 117 e 118): “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”. (...) “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.

A partir disso, chega-se ao segundo ponto, que trata do conceito da mediação e seus princípios, em especial, a autonomia das partes. Além disso, o artigo também aborda as vantagens da mediação em relação ao processo judicial e quem são os atores que podem participar da mediação.

Explanado os principais aspectos conceituais acerca da mediação, o último ponto versa sobre a origem e conceito da *therapeutic jurisprudence*, visto que esta corrente filosófica e jurídica que vê a lei como um agente terapêutico ainda carece de estudos aprofundados no Brasil, apesar de e haver pesquisas acadêmicas que têm se dedicado a este tema. Por fim, o artigo aborda a *therapeutic jurisprudence* associada à mediação, para demonstrar que esta é uma ferramenta adequada para aplicação dos princípios daquela.

Como a definição de método está diretamente relacionada ao problema de pesquisa, às hipóteses e aos objetivos, optou-se como método de abordagem para desenvolver o tema escolhido, o método dedutivo. Como marco teórico, adotou-se a teoria de acesso à justiça, porque a mediação e também os demais mecanismos de resolução de conflitos são formas de desenvolver o acesso à justiça que, para Capelletti e Garth (2002), é um direito e garantia fundamental do cidadão a todos os meios legítimos, jurisdicional ou extrajurisdicional, de proteção e concretização dos direitos. Neste sentido, esse direito envolve o acesso a mecanismos que assegurem a obtenção de um resultado célere e adequado às reais necessidades do direito material e, especialmente, o direito à participação no procedimento de construção da solução.

## II. ACESSO À JUSTIÇA

Cumprе esclarecer o conceito de acesso à justiça que irá nortear este artigo devido às várias acepções que foram atribuídas à expressão e, especialmente, para não restringir o seu conceito ao viés formal. Isso porque a possibilidade de reclamar pela ameaça ou violação de um determinado direito, embora seja importante, bem como a existência de normas de cunho material avançadas são insuficientes se não existirem instrumentos adequados para atuarem em caso de sua violação.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Coadunam com esse posicionamento Capelletti e Garth (2002: 11 e 12) ao mencionarem que [...] “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como

Além da possibilidade de reclamar pela reparação de um direito ameaçado ou violado (sentido formal), o acesso à justiça deve possibilitar que a resolução do conflito seja realizada de forma célere, justa e satisfatória para as partes (sentido material). Isso exige que elas possam optar por mecanismos, sejam judiciais ou extrajudiciais, para a proteção de direitos individuais e coletivos. Concorda com este posicionamento Watanabe (1998, 57), para quem “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

É nesse contexto que se defende o acesso à justiça com fundamento jurídico-constitucional da mediação, pois essa abrange não apenas a garantia de acesso formal ao Poder Judiciário, mas também a disponibilização de mecanismos adequados sob o viés econômico, temporal e de resultados, conforme será discutido no decorrer desta pesquisa.

Para fins de efetivação do acesso à justiça, Cappelletti e Garth (2002) apontam alguns obstáculos que devem ser superados, entre os quais se destacam os de ordem financeira, temporal, psicológicos e culturais. Os obstáculos de ordem financeira abrangem o alto valor das custas judiciais cobradas daqueles que ingressam com a ação para reclamar da violação de um direito e também os honorários advocatícios. Conforme pesquisa realizada pela Comissão de Eficiência Operacional e Gestão de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça sobre o regime de cobrança de custas, com ênfase na justiça estadual, nos estados com menores índice de desenvolvimento humano (IDH) e renda per capita, os custos processuais estão entre os mais altos. Das cinco unidades da Federação com valores de produto interno bruto (PIB) mais elevado, quais sejam o Distrito Federal, São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Espírito Santo, três delas praticavam os valores mais baixos para as custas judiciais (DF, SP e SC) (CNJ 2017).

Já os obstáculos de ordem temporal consistem na demora da tramitação dos processos perante o Poder Judiciário, decorrente de fatores como a má administração, ausência de modernização tecnológica, insuficiência de juízes e servidores e a infundável interposição de recursos. Como expli-

---

sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destruída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 553-577.



cam Cappelletti e Garth (2002, 20 e 21), essa demora “aumenta os custos para as partes e pressiona economicamente os mais fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muitos inferiores àqueles que teriam direito”. Assim, o direito de todos terem acesso à justiça de forma igualitária é desrespeitado quando a justiça não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável.

A relevância atribuída à celeridade processual está consubstanciada na inclusão do direito à “razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo” e aos “meios que garantam a celeridade da sua tramitação” como um dos direitos fundamentais expressos no inciso LXXVII do artigo 5o. Da mesma forma, o artigo 4o. do Código de Processo Civil diz que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Para aferição da concretização do direito à duração razoável do processo, este deve ser analisado a partir de parâmetros desenvolvidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tais como a complexidade da causa, o comportamento das partes e do juiz na condução do processo e a importância do direito reclamado para vida da parte prejudicada pela duração excessiva do processo (Sarlet, Marinoni, Mitidiero 2017).

Os obstáculos psicológicos e culturais decorrem do excesso de formalismo do Poder Judiciário e dos advogados, na baixa confiança da população na justiça e na dificuldade para a população reconhecer a existência de um direito e, em especial, os de natureza coletiva por parte da população em geral (CNJ 2017).

Destaca-se, ainda, que os obstáculos de ordem temporal impedem que a população obtenha uma prestação jurisdicional célere e de qualidade, o que afeta o grau de confiança nas instituições. Já os obstáculos de natureza financeira, psicológica e cultural impedem o acesso formal ao Poder Judiciário (Souza, 2015).

Na obra *Acesso à justiça*, Cappelletti e Garth (2002) apresentam tentativas de soluções para se garantir a efetividade do acesso à justiça, e cada movimento foi denominado por eles de *onda*. A primeira onda refere-se à necessidade de o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que demonstrarem insuficiência de recursos econômicos e, assim, está relacionada à superação do obstáculo de ordem financeira como forma de garantir o pleno acesso à justiça.

No Brasil, a consolidação da *primeira onda* decorre da criação do instituto da justiça gratuita pela Lei 1.060, do 5 de novembro de 1950 (Lei da Assistência Judiciária), que garante a gratuidade das custas e despesas processuais até a consolidação dos sistemas de assistência. O primeiro desses sistemas é a assistência judiciária, que “compreende as diversas organizações estatais e paraestatais que garantem a indicação de advogados aos pobres (ex serviços de assistência universitários e convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil)” (Rosenblatt *et al.* 2014, 30). O segundo deles é a assistência jurídica, que abrange não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também a garantia de orientação e composição extrajudicial de conflitos. Por fim, a *primeira onda* de acesso à justiça se encerra com a consolidação da assistência jurídica integral, alcançada com a criação da Defensoria Pública, instituição que tem o compromisso com o acesso à justiça (Rosenblatt *et al.* 2014).

Esses sistemas de assistência se sobrepõem no sentido de que o surgimento de uma forma nova e mais eficiente, tal como a assistência jurídica integral prestada pela Defensoria Pública, não exclui os sistemas anteriores, neste caso, a assistência judiciária e jurídica, que continua existindo dentro de uma perspectiva limitada.

Diante de um processo civil preparado apenas para a tutela dos direitos individuais, a *segunda onda* renovatória teve como foco a superação dos obstáculos de acesso à justiça relacionada à representação dos direitos difusos e coletivos em juízo. No Brasil, esta fase foi representada pela criação da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, pela Lei 8.078/1990, que trata da proteção do consumidor, e também pela Lei Complementar 80/1994, que organiza a Defensoria Pública (Cappelletti e Garth, 2002).

Apesar de Cappelletti e Garth (2002) terem se mostrado céticos quanto à legitimidade coletiva do Ministério Público, no Brasil, o órgão ministerial contribuiu para a consolidação da *segunda onda* do movimento de acesso à justiça, face à função de legitimado coletivo universal atribuído pela Constituição da República. Além de legitimado ativo para a propositura da ação civil pública (Lei 7347/1985) e atuar, obrigatoriamente, na condição de fiscal da lei, ao Ministério Público foi atribuída a função de presidir o inquérito civil, com a finalidade de apurar os danos causados aos direitos coletivos e difusos (Gavronski 2014).

E, finalmente, a *terceira onda*, denominada de “novo enfoque global de acesso à justiça” por Capelletti e Garth (2002), é pautada pela simplificação dos procedimentos judiciais, desburocratização e incentivo aos mecanismos consensuais de resolução dos conflitos com a finalidade de tornar a justiça mais célere e acessível à população.

Muito embora a Constituição da República tenha previsto no inciso XXXV do artigo 5o. que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a interpretação sistemática da lei fundamental direciona o alcance desta garantia constitucional para a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos, sejam estes judiciais ou não, para a tutela de direitos. O que a Constituição veda é a proibição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado (Sarlet; Marinoni, Mitidiero 2017).

O acesso à justiça equivaleria ao acesso a uma ordem jurídica justa, conhecida social e individualmente e efetiva (implementável). Para tanto, seria necessário combinar um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos de resolução de conflitos, além de “sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas” (Benjamin 1995, 74 e 75).

Quanto ao aprimoramento legislativo, no Brasil, a *terceira onda* influenciou a configuração das seguintes leis: a) juizados de pequenas causas (Lei 7.244/1984), substituídos pelos juizados especiais; b) juizados especiais estaduais (Lei 9.099/1999); c) juizados especiais federais (Lei 10.259/2001), e d) Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996) (Gavronski 2014).

Além disso, o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, firmado em 13 de abril de 2009 pelos presidentes dos três poderes da república, incluiu o “aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos”, como um dos seus objetivos principais (Souza 2012).

Como resposta à exigência da celeridade processual e concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução 125, do 29 de novembro de 2010, que estabelece e rege a política nacional dos meios adequados à solução de conflitos, os novos dispositivos do CPC e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015)

corroboram a política judiciária de incentivo à solução consensual dos conflitos, antes ou durante o processo.

Esclarecido que o acesso à justiça envolve a possibilidade do titular ingressar em juízo, seja para evitar a lesão a um direito, seja para repará-lo, assim como a existência de mecanismos para a efetiva garantia do direito, no próximo item será abordado o conceito de mediação de acordo com a Lei que regulamenta esta matéria no Brasil.

### III. DEFINIÇÃO DE MEDIAÇÃO

Antes de abordar o conceito de mediação, faz-se necessário contextualizar brevemente o surgimento dos métodos consensuais de resolução de conflitos. Assim, nos Estados Unidos, os anos 1960 e início de 1970 foram marcados por um período de intensa atividade política pública, motivada pelo fato de que grupos sociais sentiram-se motivados a reivindicar os direitos civis, direitos da mulher, direitos ambientais, entre outros, assim como foi um período de críticas a leis e advogados, especialmente, àquelas relacionadas aos recursos e direitos. Com a finalidade de pôr fim aos movimentos sociais e também acalmar os protestos pela guerra do Vietnã, a tratativa dos conflitos passou a ser pautada pela harmonia e consenso e não mais pelo confronto (Nader 1994).

É neste contexto que surgiu o movimento denominado Alternative Dispute Resolution (ADR), marcado pela utilização dos meios não judiciais para a resolução dos conflitos, além da substituição da cultura do litígio pelo consenso. Dessa forma, uma justiça informal, célere e mais preocupada com a eficiência e harmonia consolidaram-se como pilares deste movimento (Nader 1994).

Essa mudança cultural na sociedade americana –que se alicerçou na harmonia e eficiência que passaram a ser considerados o modelo ideal na tratativa dos conflitos, em substituição ao litígio– ganhou destaque na Pound Conference: Perspectivas da Justiça no Futuro, evento realizado em 1976, no Estado de Minnesota, com a finalidade de fomentar a utilização da mediação e da arbitragem na resolução dos conflitos.

Nos anos subsequentes à Pound Conference, esse movimento ganhou o apoio dos advogados e magistrados, que começaram a se familiarizar com os meios alternativos, além dos grupos empresariais, interessados em

reduzir os custos de litigância para as partes. Abriu-se espaço, então, para investimentos de recursos públicos em projetos piloto de mediação e arbitragem, em especial no mundo dos negócios (Goldemberg *et al.* 2003).

No final dos anos 1990, a fase de discussão, experimentação e dos projetos pilotos foi substituída pela institucionalização dos meios consensuais de resolução de conflitos, em especial no âmbito do Poder Judiciário. Como exemplo da institucionalização, no Alternative Dispute Resolution Act (1998), o Congresso americano determinou que as Cortes Federais estabelecessem programas próprios de ADR, modelo replicado também nas Cortes Estaduais (Gabbay 2011; Goldemberg *et al.* 2003).

Na América Latina, o debate sobre os meios consensuais de conflitos teve ênfase nos anos 1990, impulsionado pela crise econômica vivenciada pelos países latino-americanos, marcada pela recessão, inflação e aumento da dívida externa. Em razão disso, economistas do Fundo Monetário Internacional (FMI) elaboraram um conjunto de medidas para o ajustamento da economia agrupadas no Relatório 613 do Banco Mundial (Meirelles 2007).

Assim, no âmbito da proposta de redução do Estado, a partir do diagnóstico do Poder Judiciário dos países latino-americanos e caribenhos, os meios alternativos de resolução de conflitos (MARC) apareceram como forma de reforçar o acesso à justiça, descongestionar os tribunais e propiciar a participação da população na resolução dos conflitos (Dakolias 1996; Highton e Alvarez 1996).

Os métodos consensuais de resolução de conflitos, no Brasil, ganharam destaque com a publicação da Resolução 125, do 29 de novembro de 2010, pelo CNJ, que trata Política Judiciária Nacional de tratamento adequados dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, com destaque para a mediação e a conciliação. A referida Resolução teve como finalidade não apenas reduzir a excessiva judicialização dos conflitos e a quantidade de recursos e de execução, mas também garantir o acesso à justiça material, a celeridade e o tratamento adequado dos conflitos (Morales; Spengler 2012).

Neste contexto, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), criado pelo artigo 7o. da Resolução 125/2010, é o órgão responsável pela política pública de tratamento adequado dos conflitos. Entre as atribuições previstas pela Resolução, destaca-se a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cida-

dania (CEJUSCS), responsables pela realização das sessões de conciliação e mediação bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão e a atualização permanente de servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de conflitos (CNJ 2010).

Os avanços legislativos nesta matéria também são visualizados no Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual atribuiu aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de promover a qualquer tempo, a autocomposição. Além de detalhar os procedimentos e princípios aplicáveis à mediação e à conciliação, o Código de Processo Civil também se preocupou em abordar a autocomposição extrajudicial, bem como estabeleceu as linhas procedimentais que devem guiar a sua.

Em consonância com a filosofia adotada pelo Código de Processo Civil de incentivo à utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos e redução da litigiosidade, em junho de 2015, foi publicada a Lei 13.140/2015, que estabeleceu a linha procedimental para a realização da mediação no âmbito judicial e extrajudicial assim como os princípios que a orientam. Além disso, tratou da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, de acordo com o artigo 32 e seguintes.

Como se nota, o estímulo e a difusão aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos estão expressos na Resolução 125 do CNJ, no Código de Processo Civil, na lei que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial, nos CEJUSCs e nos centros de mediação extrajudicial. Por fim, o Poder Judiciário também está investindo na mediação por meio da oferta de cursos de formação à magistrados e funcionários do tribunal bem como incentivando projetos que resultem em uma prestação jurisdicional pautada pela qualidade e celeridade (Souza 2012).

Feita a breve explanação sobre a sua origem, faz-se necessário mencionar conceito de mediação que será adotado nesta pesquisa. Assim, ela é um meio autocompositivo de resolução de conflitos na qual uma terceira pessoa, sem poder de decisão e imparcial, escolhida ou aceita pelas partes, facilita a negociação entre elas, para ajudá-las a compreender melhor suas posições e a encontrar soluções que lhes pareçam mais adequadas aos seus interesses e necessidades (Bacellar 2015; Yarn 1999).

Com base no conceito apresentado, evidencia-se que a autonomia é um dos pilares da mediação, pois as partes assumem a responsabilidade

pela construção da resposta ao conflito. É justamente esse ponto que a diferencia da solução adjudicada por meio da sentença, no qual o juiz, terceiro imparcial, decide o conflito trazido ao seu conhecimento.

Expostos o conceito de mediação, o próximo item é dedicado às vantagens da mediação e seus atores.

#### IV. AS VANTAGENS DA MEDIAÇÃO E OS ATORES ENVOLVIDOS

Assim, é necessário apresentar as principais vantagens da mediação em relação ao processo judicial. A primeira delas é o incentivo à paz social, visto que a mediação como mecanismo de resolução consensual de conflitos pautada pela tolerância, autonomia e diálogo é uma ferramenta valiosa para a construção de uma cultura de paz. A participação ativa das partes na resolução dos conflitos ambientais, ou seja, esse sentimento de inclusão estimula-as a promover o bem estar da comunidade. Por fim, a importância da cultura da paz social está materializada no 16 objetivo do desenvolvimento sustentável (ODS), o qual atribui aos Estados o dever de “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ONU 2015, 58).

Importante frisar que todo conflito requer uma resposta célere para garantir o efeito útil de uma decisão, inclusive a duração razoável do processo é direito fundamental. Contudo, esse fator temporal em matéria ambiental é essencial tanto para prevenir os danos ambientais, quanto para fazer cessá-lo. O que se propõe é um equilíbrio entre a justiça do procedimento, a rapidez e a qualidade da decisão e não a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, a mediação pode alcançar esse ponto de equilíbrio, pois as partes são as responsáveis pela construção da solução que lhes pareça mais adequada e justa ao conflito.

Além da celeridade, a mediação embora tenha um custo para as partes, mas, por ser um procedimento simples, informal e controlado por elas, ele é menor do que o custo de um processo judicial. Em vez de enfrentar um processo judicial demorado, as partes investem o seu dinheiro e tempo para construir uma solução adequada ao conflito. No caso das partes não chegarem a um acordo, a mediação também apresenta um resultado positivo, pois melhora a comunicação entre elas e diminui os pontos de



divergências que serão levados ao Judiciário. Isso gera uma redução de custo e de tempo para todos os envolvidos no conflito (Hamacher 1996).

A liberdade atribuída às partes para escolher um mediador com conhecimentos na área do conflito, aliada à formação específica em mediação, apresenta-se indispensável tanto para a qualidade das decisões, que corresponde à própria especialização do mediador mais preparado para conduzir o procedimento, quanto à celeridade e à redução do custo de acesso à justiça.

A participação da sociedade civil é um direito consagrado pela Constituição que prevê a presença de outros atores sociais, além do Estado, na proteção do meio ambiente. Sob esse viés, a mediação é uma ferramenta não apenas de exercício da cidadania, mas também de fortalecimento da democracia, na medida em que estimula a tomada de decisão pelas partes, sem a necessidade de um terceiro decidir em nome dos afetados em um conflito. Assim, elas aprendem a autogerenciar os seus conflitos, bem como passam a ser autorresponsáveis pelas mudanças de seus comportamentos em relação ao meio ambiente. Por fim, essa aproximação entre a democracia e a mediação ocorre por meio da horizontalização das relações humanas, diz Muszkat (2003).

Se no processo judicial, a solução é imposta pelo juiz, na mediação sua construção é feita pelas partes. Essa diferença no modo de resolver o conflito impacta diretamente no grau de comprometimento delas com as obrigações pactuadas. Em outras palavras, a possibilidade de chegar a uma solução mais duradora e que tem maior probabilidade de ser cumprida ocorre na mediação, devido à autonomia conferida às partes e ao seu caráter consensual (Susskind e Zion 2012).

Além da celeridade e do alto grau de comprometimento das partes com as obrigações pactuadas, a mediação é marcada pela flexibilidade e informalidade. A informalidade do procedimento de mediação significa que não existe um rito formal e solene próprio. Já a flexibilidade indica a possibilidade de adaptação do seu procedimento às necessidades das partes, às circunstâncias e ao objeto de uma mediação.

Sabe-se que não é suficiente apenas assegurar ao cidadão o direito de acesso à justiça, é necessário que o resultado alcançado seja aproveitado por ele. Nesse sentido, a possibilidade de proceder à adequação procedimental é importante. Assim, essa adaptabilidade do procedimento à causa



aceita na mediação dificilmente é permitida no Poder Judiciário em razão do seu caráter formal e solene.

Em decorrência do caráter informal e flexível do procedimento de mediação, as partes, auxiliadas pelo mediador, podem gerar soluções que atendam às peculiaridades do conflito, com maior celeridade e a um custo menor. A possibilidade conferida às partes de resolver os conflitos de forma criativa significa que elas poderão encontrar uma solução funcional e mutuamente satisfatória cuja execução seja imediatamente viável (Estavillo 1996). Assim, os pontos positivos da mediação, como a celeridade, o grau de comprometimento das partes com a solução acordada e o protagonismo delas, sustentam a sua utilização como mecanismo de resolução de conflitos.

Delineadas as vantagens da mediação, cabe agora mencionar quem pode compor uma mediação, de acordo com a ordem jurídica.

É importante esclarecer que poderão fazer parte da mediação qualquer pessoa física ou jurídica, poder público, representantes de empresas e setor privado, desde que os envolvidos tenham poder de decisão e estejam dispostos a construir um consenso com a ajuda de um mediador, mas sem a interferência de um terceiro com poder de decisão (Ruiz 2016, 98).

Ou seja, devem participar do processo da mediação aqueles “direta e significativamente afetados pelo conflito e também os titulares de competência (no sentido jurídico), conhecimentos técnicos e/ou recursos financeiros imprescindíveis para resolver o conflito” (Souza 2012, 94).

Destacam-se as observações de Souza (2012, 85) sobre o rol dos participantes no processo de mediação coletiva que podem incluir os seguintes atores:

- a) o Ministério Público, como autêntico representante da coletividade;
- b) a Defensoria Pública, como representante das pessoas carentes, cujos interesses são prioritários em matéria de políticas públicas;
- c) todos os entes, na esfera do Poder Executivo, que detenham competência para atuar na matéria, incluindo-se notadamente agentes públicos com competência técnica na matéria, além de advogados públicos de cada ente;
- d) representantes do Poder Legislativo, tendo em vista possíveis repercussões orçamentárias e eventuais necessidades de alterações normativas, inclusive em razão de possíveis inconstitucionalidades

- por ação ou por omissão, além da legitimidade que possuem para a fiscalização da atuação do Poder Executivo;
- e) entidades representativas de setores afetados pelas políticas públicas;
  - f) representantes de titulares de direitos individuais homogêneos envolvidos no conflito;
  - g) entes privados que tenham interesses e responsabilidades relacionadas ao conflito;
  - h) instituições acadêmicas e de pesquisa que detenham notórios conhecimentos sobre a matéria envolvida no litígio.

Como os conflitos são caracterizados pela presença de multiatores, devem fazer parte do processo de mediação às partes interessadas, aqui entendidas como aquelas “pessoas que influenciam, ou podem influenciar, o desfecho, assim como aqueles atingidos por tal desfecho” (Hemmati 2002, 1).

Feita esta breve explanação sobre os aspectos conceituais da mediação, no próximo item será discorrido acerca do conceito da *therapeutic jurisprudence*, além da sua aplicação no campo da mediação.

## V. O CONCEITO E APLICAÇÃO DE THERAPEUTIC JURISPRUDENCE À MEDIAÇÃO

A *therapeutic jurisprudence* surge com os professores David Wexler e Bruce Winick, nos Estados Unidos no final da década de oitenta, como uma corrente filosófica e jurídica que estuda a lei como um agente terapêutico, a partir de uma perspectiva multidisciplinar, a partir de uma abordagem intelectual interdisciplinar entre as áreas da saúde mental e o direito (Winick s/a; Wexler 2008).

Além dos Estados Unidos, a aplicação dos princípios da *therapeutic jurisprudence* encontra espaço no Canadá, Austrália e México e Brasil. Existe também uma rede internacional com a finalidade de divulgar esta temática por meio de publicações científicas e realização de eventos acadêmicos (Winick s/a).

Embora a *therapeutic jurisprudence* tenha origem na área da saúde mental, esta pode ser aplicada no âmbito do direito, em especial, no di-

reito penal, direito de família, direito da criança e adolescente, além de áreas diversas como a saúde, educação e psicologia e na mediação (Fariña, López, Redondo 2016).

Esta surge com a finalidade de humanizar a lei utilizando-se dos conhecimentos da psicologia, psiquiatria, criminologia, além das ciências do comportamento e do direito. Conforme Wexler (1999, 5) “una de las cosas que la Justicia Terapéutica trata de hacer, es observar con cuidado la literatura prometedora de lapsicología, lapsiquiatría, lasciencias (clínicas) del comportamiento, lacriminología y eltrabajo social para ver si estos conocimientos pueden incorporarse o introducirse en el sistema legal”.<sup>3</sup>

Dito de outra forma, o objeto central de análise e intervenção da therapeutic jurisprudence é o campo jurídico, designadamente em questões relativas ao direito penal, menores, família ou consumo; mas o seu potencial se espalhou para outras áreas tão diversas como a saúde, educação ou acadêmica.

A therapeutic jurisprudence é definida como o “estudo do papel da lei como um agente terapêutico” (Wexler 2014, 65), visto que enquanto força social esta produz consequências que podem ser inseridas no campo denominado terapêutico ou antiterapêutico (Wexler 2014).

Ou seja, uma teoria que estuda o impacto dos processos legais sobre a vida emocional e o bem estar dos participantes, assim como a forma de condução dos processos pelos atores envolvidos na aplicação da lei, numa perspectiva humanizada, por exemplo, o método de diálogo dos juízes com as partes (Winick s/a; Wexler 2008).

Além disso, estas consequências terapêuticas e antiterapêuticas podem ser analisadas a partir das normas legais, dos procedimentos legais, tais como audiências, e também sobre os papéis dos juízes, advogados e demais profissionais envolvidos na área jurídica (Wexler 2014).

Isto porque o modo como os atores legais conduzem o processo e os procedimentos afeta a vida dos indivíduos de forma positiva ou negativa. Como exemplo, cita-se a linguagem inacessível para os atores, réus e terceiros interessados no processo (Wexler s/a).

---

<sup>3</sup> Um dos aspectos que a therapeutic jurisprudence considera relevante é voltar-se para a literatura da psicologia, psiquiatria, das ciências do comportamento e da criminologia com a finalidade de verificar se estes conhecimentos podem ser incorporados ao sistema legal (tradução nossa).

Os processos utilizados pelos magistrados, advogados, nos tribunais, e demais profissionais do sistema de justiça também produzem consequências no que se refere ao bem estar dos participantes. A tomada de consciência destas consequências por partes destes atores legais possibilita que seja admitida a ideia de que a lei possa ser feita e aplicada de forma mais terapêutica, sem que isso represente violação aos valores do devido processo legal e a justiça (Wexler 2014).

Neste sentido, mencionar Wexler (1999, 2): “Mucho de lo que los actores legales hacen, influye en el bienestar psicológico y el espectro emocional de las personas afectadas por la ley. Con esto me refiero, por ejemplo, a los asuntos tales como el diálogo que los jueces tienen con los imputados o que los abogados tienen con los clientes”.<sup>4</sup>

Acerca dos efeitos psicológicos benéficos resultantes da aplicação dos princípios da therapeutic jurisprudence, Brookbanks (2015) diz que esta “litigation can be very destructive or corrosive in terms of people’s relationships and even their mental health, but therapeutic jurisprudence argues that it does not need to be it can be about producing helpful outcomes”.<sup>5</sup>

Neste sentido, para que sejam alcançados os objetivos da therapeutic jurisprudence é necessário que os procedimentos e regulamentos legais sejam revistos à luz dos princípios daquela (Fariña, López, Redondo 2016).

Como a therapeutic jurisprudence tem como finalidade aplicar a lei sob o aspecto terapêutico, destaca-se a mediação como mecanismo de resolução de conflitos, visto que um dos seus pilares são a autonomia e a responsabilidade das partes para resolver o conflito.

Como exemplo, de aplicação da therapeutic jurisprudence, cita-se os casos que envolvem violência contra a mulher, especialmente quando há continuidade na relação do casal e/ou filhos, situação na qual a aplicação dos seus princípios aliado ao atendimento terapêutico pela equipe multidisciplinar resguardam a autonomia e a dignidade da mulher.

---

<sup>4</sup> As condutas dos atores legais influenciam o bem estar psicológico e também emocional das pessoas que são afetadas pela lei. Por exemplo, os diálogos estabelecidos entre os juizes e os réus e àqueles entre os advogados e seus clientes (tradução nossa).

<sup>5</sup> O litígio pode ser muito destrutivo ou corrosivo em termos de relacionamentos pessoais e até mesmo para a saúde mental, entretanto, a therapeutic jurisprudence entende que esse pode produzir resultados úteis (tradução nossa).

Além disso, os princípios da therapeutic jurisprudence podem ser aplicados na esfera penal por meio do Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), um método de origem brasileira que abre a possibilidade de aplicação da pena sob a ótica humanizada e terapêutica, pois respeita os direitos e garantias individuais dos apenados. Em síntese, o método APAC busca “inovar, sair da vala comum do sistema prisional, que via de regra teima em castigar o infrator” (Ottoboni; Fereira 2016, 17).

Se a resolução dos conflitos entre as partes pelo juiz está restrita ao objeto deste, a mediação concede às partes o tempo necessário e o espaço adequado para que estas possam alcançar a solução de seus problemas cuja solução, em algumas situações, está além da capacidade da decisão do juiz (Yarn 1999).

Evidencia-se, assim, que a autonomia é um dos pilares da mediação, pois as partes assumem a responsabilidade pela construção da resposta ao conflito. É justamente esse ponto que a diferencia da solução adjudicada por meio da sentença, no qual o juiz, terceiro imparcial, decide o conflito trazido ao seu conhecimento, e também da conciliação, no qual o conciliador pode propor uma solução ao conflito.<sup>6</sup>

Em relação à finalidade da mediação, não obstante a importância das partes alcançarem um acordo, esta visa não apenas a favorecer e restaurar o diálogo entre elas, mas também a prevenção de ocorrência de novos conflitos por meio de uma visão positiva do conflito. Em outras palavras, a mediação propõe ver o conflito como meio de socialização e de transformação.

Assim como ocorre na therapeutic jurisprudence, a mediação também é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, que compreende o poder-dever que cada uma das partes tem de agir de acordo com a lealdade, honestidade e justiça com a finalidade de que o comportamento entre aquelas colaborativo (Reale Junior s/a). Assim, é dever do mediador pôr

---

<sup>6</sup> No mesmo sentido, Moore (1998, 28) define a mediação como “a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança a respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e danos psicológicos”.

fim à mediação, judicial ou extrajudicial, se uma das partes violar este princípio, já que o diálogo entre eles ficaria prejudicado. Como exemplo, a parte que participa da mediação somente com a finalidade de retardar a resolução do conflito e não está disposta a dialogar age de má-fé.

Nesta perspectiva, a mediação transformativa proposta por Robert Bush e Joseph Folger (1984), na obra *The promise of mediation*, baseada na comunicação e também nas relações interpessoais das partes, é o modelo adequado para resolver os conflitos sociais e jurídicos, porque não visa somente à construção do acordo, mas sim a transformação das relações, aproximando-se do campo da terapia psicológica. Nesta perspectiva, o mediador em geral deverá ter uma formação psicanalítica ou psicodinâmica.

O referido modelo tem duas finalidades. A primeira é o empoderamento das partes, no sentido de que elas têm maior consciência de sua capacidade de administrar o conflito. A segunda é o reconhecimento do outro como parte do conflito. O conflito é visto como uma oportunidade de mudança e também de transformação moral nas pessoas, ajudando-as a lidar com situações difíceis bem como a estabelecer uma ponte entre as diferenças existentes nas disputas (Álvarez 2008).

De acordo com Lederach (2012), a transformação de conflitos visa, além de encontrar respostas imediatas, no caso o acordo, a promover um processo de mudança construtiva nas pessoas e nos seus sentimentos. Para identificar as questões subjacentes ao conflito e não apenas o seu conteúdo imediato, é preciso enxergá-lo com múltiplas lentes para expandir a compreensão de uma realidade complexa. Desta forma, ele propõe três lentes que auxiliam na compreensão do contexto relacional do conflito.<sup>7</sup> A primeira é uma lente para ver o conteúdo imediato. Já a segunda é uma lente para visualizar as causas estruturais do conflito. A última é uma moldura conceitual “capaz de tratar do conteúdo do contexto e da estrutura do relacionamento” e que reúna as duas concepções anteriores.

Quanto à postura do mediador diante dos conflitos objeto de análise, propõe-se que ele exerça o papel de facilitador da comunicação, uma vez que o comprometimento das partes quanto aos termos do acordo é maior quando elas são as protagonistas da mediação. Somente desta forma a

---

<sup>7</sup> Compreender é criar significado, por sua vez, este exige um olhar com mais foco para algo (Lederach 2012).

mediação cumprirá a função de facilitar e restaurar o diálogo entre as partes e, como consequência disso, a construção do entendimento e da solidariedade entre elas.

Se a resolução dos conflitos entre as partes pelo juiz ou pelo conciliador está restrita ao objeto deste, a mediação concede às partes o tempo necessário e o espaço adequado para que estas possam alcançar a solução de seus problemas cuja solução, em algumas situações, está além da capacidade da decisão do juiz e do conciliador. Assim, a mediação cumpre com uma das suas finalidades que é a humanização da lei ao levar em consideração os aspectos psicológicos e emocionais subjacentes ao problema que se pretende resolver, assim como pretende a *therapeutic jurisprudence* (Yarn 1999).

Com isso, a mediação cumpre com um dos princípios da *therapeutic jurisprudence* que é a humanização da lei, ou seja, os aspectos psicológicos e emocionais subjacentes ao problema que se pretende realizar são considerados pelos atores envolvidos no processo (Winick s/a).

Além disso, a mediação procura romper o caráter triádico da jurisdição tradicional (terceiro impõe a solução do conflito para as partes) para assumir uma postura na qual a resposta aos conflitos seja construída pelas próprias partes (autonomia).

Desta forma, essa se apresenta como uma ferramenta de aplicação dos princípios da *therapeutic jurisprudence*, seja pelo fato daquela estar pautada pela voluntariedade e autonomia das partes, seja pela busca de um fim restaurativo (Fariña, López, Redondo 2016).

Cabe dizer, assim, que para a implementação da *therapeutic jurisprudence* é necessário ressaltar “la importancia de la especialización y de la formación reglada de sus agentes, y su actuación multidisciplinar, jurídica y psicosocial. necesario especialización y de la formación reglada de sus agentes, y su actuación multidisciplinar, jurídica y psicosocial” (Fariña, López, Redondo 2016, 12).<sup>8</sup>

Quanto à necessidade de formação multidisciplinar, psicossocial e jurídica das pessoas envolvidas na aplicação dos princípios da *therapeutic jurisprudence*, convém mencionar que o Poder Judiciário brasileiro está

---

<sup>8</sup> Para o bom desenvolvimento e implementação da *therapeutic jurisprudence*, é importante a especialização e treinamento formal de seus agentes, além da sua ação multidisciplinar, psicossocial e jurídica.



investindo na mediação, por meio da oferta de cursos de formação a magistrados e funcionários do tribunal e da divulgação da mediação, bem como está incentivando projetos que resultem em uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e que priorize a restauração do diálogo entre as partes como forma de garantir o acesso qualificado à justiça (Souza 2012).

As questões técnicas, legais e científicas relacionadas ao conflito devem fazer parte da mediação e devem ser de conhecimento das partes envolvidas como forma de assegurar a credibilidade do consenso alcançado entre elas. Desta forma, entende-se como necessária a participação nas mediações de profissionais técnicos ligados ao tema em conflito, seja, fazendo parte de comissões, seja auxiliando o juiz no papel de mediador.

Este entendimento vai ao encontro das conclusões do III Congresso Ibero-americano de Therapeutic Jurisprudence, qual seja: “para fortalecer o crescimento da Therapeutic Jurisprudence necessita-se de um trabalho pedagógico muito grande e constante, de caráter holístico, baseado em conhecimentos técnicos e acadêmicos reconhecidos e cientificamente” (Fariña, López, Redondo 2016).

E, conforme já mencionado, um dos pilares da therapeutic jurisprudence é humanizar as normas jurídicas e o processo, observando o devido processo legal. Isto significa que a lei e a sua aplicação devem proporcionar o bem-estar físico e psicológico das pessoas envolvidas no conflito, ou seja, o efeito terapêutico (Fariña, López, Redondo 2016).

Desta forma, a mediação pode ser compreendida como uma ferramenta da aplicação dos princípios da therapeutic jurisprudence, uma vez que essa promove uma escuta qualificada, resgata a comunicação perdida entre as partes, além de alcançar a celeridade processual, a informalidade e a diminuição de custos. A diminuição da litigiosidade e a redução do número de processos são consequências da mediação, mas não seu objetivo principal, que é o de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Do exposto acima, conclui-se que a mediação revela-se como mecanismo em sintonia com os princípios da therapeutic jurisprudence, seja porque tem potencial para gerar soluções criativas, seja porque no modelo de interação baseado na cooperação, o cumprimento das obrigações ocorre de forma espontânea, já que a ação dos indivíduos ou grupos está direcionada para interesses convergentes. Não há resistência aos direitos de determinada pessoa, em outras palavras, é um estágio de harmonia, no



qual as partes envolvidas pautam suas ações por meio do diálogo, da colaboração e da solidariedade, expressa como um dos objetivos da República Federativa Brasileira no artigo 3o. da Constituição.

## VI. CONCLUSÃO

A mediação, embora presente na história desde a antiguidade, ganha importância na atualidade não somente devido ao excesso de processo, morosidade, custo e falta de acesso à justiça, mas especialmente por ser um instrumento efetivo de pacificação social na medida em que a solução do conflito é construída entre as próprias partes mediante um acordo. No Brasil, a Resolução 125/2010 do CNJ, seguida da publicação do Novo Código de Processo Civil, e da Lei 13.140/2015, que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial, bem como a autocomposição de conflitos na seara da administração pública, constitui o núcleo normativo desse mecanismo.

A natureza do conflito é que determina a escolha pelo modelo de mediação. Assim, frente aos conflitos sociais e jurídicos opta-se pela escola transformativa, criada por Bush e Folger, cujo acordo é apenas uma possibilidade, já que a finalidade principal da mediação é a transformação positiva do conflito e também da relação preexistente entre as partes. A facilitação da percepção do princípio da solidariedade pela mediação tem por finalidade fazer com que o ambiente social torne-se um ambiente propício ao desenvolvimento da dignidade humana, para que assim, o ser humano possa buscar em sua existência fins altruísticos e consumir o ideal de justiça no âmbito difuso, coletivo e individual, trazendo harmonia, paz e justiça, transformando a realidade e concretizando o bem comum.

Ademais, a flexibilidade do procedimento, o controle das partes sobre o processo decisório, possibilitando que a solução escolhida satisfaça o interesse das partes, a celeridade que abrevia o tempo e o custo do procedimento, a criatividade dos acordos obtidos, o comprometimento das partes com o seu cumprimento, que pode alcançar o índice de 90%, e a preservação das relações humanas são algumas vantagens que esse mecanismo evidencia se comparado ao processo judicial.

Em vista do exposto, vale, também, atentar que a mediação como método de solução de conflitos estimula a construção da democracia, ou

seja, acesso à informação, à participação, e à justiça, pelo fato de a solução consensual do conflito ser construída por meio da participação ativa das partes. Além disso, ela apresenta um caráter preventivo, pois evita o surgimento de novos conflitos, e um caráter pedagógico, uma vez que as partes aprendem a se comunicar e a lidar com situações de conflito.

Sob esta ótica, a mediação pode ser vista como uma ferramenta da therapeutic jurisprudence, visto que é pautada pelo bem estar emocional e psicológico daqueles que sofrem o impacto da lei, das técnicas e dos procedimentos legais, além da sua finalidade restaurativa.

Do exposto até aqui, deve-se fazer referência à necessidade de ser consolidada a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos em todas as áreas, como forma de restabelecer as relações de maneira positiva às relações, o que está em consonância com os princípios da therapeutic jurisprudence.

## VII. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. 2014. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella. 2008. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- BACELLAR, Roberto Portugal. 2012. *Mediação e arbitragem*. São Paulo. Saraiva.
- BROOKBANKS, Warren J., 2015, *Therapeutic jurisprudence – not just for specialist courts?* New Zealand. Thomson Reuters.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. 1998. “Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente”. *Revista de Direito Ambiental*. 10, abril-junho.
- CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. 2002. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, S. A. Fabris.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2017. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília. CNJ.
- DAKOLIAS, Maria. 1996. *Setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Tradução Sandro Eduardo Sardá. Estados Unidos. Banco Mundial.

- ESTAVILLO, Fernando. 1996. “Medios alternativos de solución de controversias”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México. Universidad Iberoamericana.
- FARIÑA, Francisca, LÓPEZ, Joaquín y REDONDO, Laura. 2016. *Conclusiones del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica*, Santiago de Compostela, 20-21 de junho. Tradutores Fensterseifer, Daniel Pulcherio e Joaquin A. Lopez Camplá. em:<http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/images/Pdfs/Conclusiones3TJ-p.pdf>. Acesso em: 22 de junho de 2017.
- FERREIRA, Valdeci e OTTOBONI, Mário. 2016. “Método APAC: sistematização de processos”. *Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Programa Novos Rumos.
- FOLBERG, Jay e TAYLOR, Alison. 1984. *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*. Jossey-Bass. San Francisco.
- GABBAY, Daniela Monteiro. 2011. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese Doutorado em Direito Processual, Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.
- GALTUNG, Johan. 2007. *Transcender e transformar: uma introdução ao trabalho de conflitos*. Tradução de Antonio Carlos da Silva Rosa. São Paulo. Editora Palas Athena.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral *et al.* 2014. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público de Minas Gerais*. Brasília. Ministério da Justiça.
- GOLDEMBERG, Stephen *et al.* 1993. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*. 4th ed. New York. Aspen Publishers.
- HAMACHER, Werner. 1996. *Manejo de conflictos en el área de medio ambiente: instrumento de política en los países en desarrollo*. Tradução de M. Heppé-Bustos. Eschborn.
- HIGHTON, Elena e ÁLVAREZ, Gladys S. 1996. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- LEDERACH, John Paul. 2012. *Transformação de conflitos*, São Paulo. Atenas Editora.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. 2000. *El procedimiento conciliatorio. Un enfoque teórico-normativo*. Gaceta Jurídica.
- MEIRELLES, Delton. 2007. “Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 1.

- MOORE, Christopher W. 1998. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre. Art-med.
- MORAIS, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion. 2012. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- MUSZKAT, Malvina Ester (org.). 2003. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo. Summus.
- NADER, Laura. 1994. “Harmonia coercitiva-a economia política dos modelos jurídicos”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, núm. 26. [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_26/rbcs26\\_02.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm). Acesso em: 10 de janeiro de 2017.
- RUIZ, Isadora. 2016. “Mediação: uma solução possível para Mariana?”. *Cadernos FGV Projetos*. Ano 10, núm. 26. Dezembro de 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. 2017. *Curso de direito constitucional*. São Paulo. Editora Saraiva.
- SOUZA, Luciane Moessa de. (coord.). 2015. “Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação”. SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul. Essere nel Mondo.
- SOUZA, Luciane Moessa de. 2012. “Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial”. *Belo Horizonte: Fórum*.
- SUSSKIND, Lawrence e ZION, Liora. 2012. “Can America’s Democracy Be Improved?”. *Draft Working Paper of the Consensus Building Institute and the MIT-Harvard Public*. <http://www.lawrencesusskind.com/wp-content/uploads/2013/07/Improving-American-Democracy-Negotiation-Susskind-Zion.pdf>. Acesso em: janeiro de 2018.
- WATANABE, Kazuo. 1998. “Acesso à justiça sociedade moderna”. Grinover, Ada Pellegrini (org.). *Participação e processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais.
- YARN, Douglas. 1999. *Dictionary of Conflict Resolution*. São Francisco. JosseyBass Inc.
- WEXLER, David. 1999. *Justicia terapéutica: una visión general*. <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/TouroLawReview.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

- WEXLER, David B. 2017. *Jurisprudência terapêutica: as leis e suas consequências na vida emocional e bem-estar psicológico*. <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=157>. Acesso em 23 de junho de 2017.
- WEXLER, David B. 2008. *Rehabilitating lawyers: principles of therapeutic jurisprudence for criminal law practice*. Durham, Carolina Academic Press.
- WINICK, Bruce J. 2017. *Justicia terapéutica y los juzgados de resolución de problemas*. <http://www.scrve.com/~jessica/wexler/intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF>. Acesso em 20 de junho de 2017.

## CONTROL Y CALIDAD DE LA LEY. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA CALIDAD LEGISLATIVA Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA\*

### *CONTROL AND QUALITY OF LEGISLATIVE PRODUCTS. ANALYSIS TO THE CONTROL MECHANISMS OF THE LEGISLATIVE PRODUCTS QUALITY AND THEIR APPLICATION IN COLOMBIA*

Yenny Andrea CELEMÍN CAICEDO\*\*  
Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS\*\*\*

RESUMEN: El artículo identifica la deficiencia de los productos legislativos como una de las principales manifestaciones de la llamada crisis de la representación política. A

ABSTRACT: *The article identifies legislative products problems as one of the main manifestations of the so-called political representation crisis. Based on an analysis of the limited attention on the part of the*

---

\* Recibido el 6 de enero de 2020; aprobado el 12 de octubre de 2020. Artículo de investigación que expone los resultados preliminares de los proyectos de investigación: “Pesos y contrapesos y calidad de la legislación”, vinculado con el grupo de investigación de Derecho Público de la Universidad de los Andes (Colombia) y “Ecos de la Historia” adscrito al grupo “Derecho y Globalización” de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia); asimismo, toma resultados parciales de la investigación posdoctoral de uno de los coautores, que adelanta, como becario, en la Universidad de los Andes, Chile.

\*\* ORCID: 0000-0003-0540-2036. Doctora en Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia); abogada y magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia) y fundadora del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Colombia. Correo electrónico: [ya.celemin24@uniandes.edu.co](mailto:ya.celemin24@uniandes.edu.co).

\*\*\* ORCID: 0000-0002-1066-0999. Doctor en Derecho, con mención internacional, y máster en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España); magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia y abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); actualmente desarrolla sus estudios posdoctorales en la Universidad de los Andes, Chile y se desempeña como el director del Área de Derecho Público de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia). Correo electrónico: [edgar.fuentes@utadeo.edu.co](mailto:edgar.fuentes@utadeo.edu.co); [edherfucon@gmail.com](mailto:edherfucon@gmail.com).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

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

partir de un análisis sobre la escasa atención por parte de la literatura académica frente a esta problemática, el trabajo realiza una revisión de algunos de los mecanismos de control existentes en el diseño institucional colombiano para el examen de la calidad de los productos legislativos. Así, en este trabajo se argumenta que estos mecanismos de control son insuficientes para evaluar la racionalidad y la calidad de las medidas adoptadas por el legislador en la solución de los problemas sociales, mientras que tampoco contribuyen a reducir la discrecionalidad en las posibilidades de adopción de decisiones por parte del órgano legislativo. En tres acápite, iniciando con una metodología explorativa respecto a las temáticas de calidad legislativa y los mecanismos de control de ésta, y después una recolección de la normativa colombiana, incluyendo las respectivas providencias judiciales de la Corte Constitucional, dará una visión crítica sobre la temática abordada y valorará la necesidad la adopción de mecanismos alternativos para sustentar el valor de la legislación nacional.

**Palabras clave:** democracia representativa, producto legislativo, calidad y racionalidad legislativa, control horizontal y vertical de los productos legislativos.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Abordajes teóricos para enfrentar el problema de la calidad de la ley.* III. *Mecanismos de control de la ley: ¿cómo controlar la calidad de la legislación?* IV. *La calidad ¿adjetivo predicable de los mecanismos para controlar la calidad de la legislación?* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las transformaciones más importantes en relación con el concepto de democracia está conectada con una creciente, y cada vez más común, tendencia ciudadana a la antipatía frente a los ideales normativos que dicho concepto encarna. A partir de este cambio, la concepción tradicional

*academic literature regarding this problem, the work makes a review of some of the control mechanisms in the Colombian institutional design for the examination of the quality of legislative products. This work argues that the control mechanisms of legislation are not enough to assess the rationality and quality of the measures used by the legislator in the solution of social problems, neither do they reduce discretion in the possibilities of decision-making by legislators. In three parts, which includes an exploratory methodology regarding the issues of legislative quality and its control mechanisms, and also a set of Colombian statutes and judicial decisions of the Colombian Constitutional Court on the matter, the article provides a critic of the issue and it begins some reflections about alternative mechanisms to support the value of national legislation.*

**Keywords:** *representative democracy, legislative product, legislative quality and rationality, horizontal and vertical control of legislative products.*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

de la democracia representativa, como fuente de legitimidad del poder político, está seriamente cuestionada.

Dicha animosidad a las capacidades de la democracia para permitir el autogobierno de la ciudadanía ha sido calificada como el síntoma más agudo del “síndrome de la fatiga democrática” (Van Reybrouck 2017, 17), “hastío de la democracia” (Rubio Carracedo 2000; Vallejo 2018) y de aquello denominado como “pérdida de centralidad de la representación política” (Criado 2018, 81).

Infelizmente, la pérdida de confianza en la democracia representativa no es el único problema que esta forma de toma de decisiones y de cursos de acción social ha venido enfrentando. Otras complicaciones, igualmente graves, empiezan a ser identificadas desde la teoría de la democracia. Dentro de estos están las dificultades que vienen sufriendo las leyes como productos del proceso de representación política y como mecanismo primario de coordinación social. Entre los factores que han venido produciendo estos inconvenientes para las leyes están, según los autores (Centenera 2012; Gascón 2006; Rubio Llorente 2006):

La proliferación o inflación normativa, antinomias, redundancias, estratificaciones, abrogaciones innominadas, faltas de mínima coordinación normativa, inorgánica regulación de áreas del quehacer jurídico, hipostenia legislativa (un marcado déficit en los grados de eficacia de las normas, lo que trae aparejado un debilitamiento y desconfianza respecto a la legislación como marco de solución de los conflictos sociales) y ausencia de un marco ético justificatorio de su obligatoriedad. Dichos males generan graves problemas legislativos y prácticos que debilitan la autoridad de la ley, perjudicando, además, la labor de quienes son llamados a interpretar y aplicar dichas normas, como también a los ciudadanos destinatarios de las leyes (Pineda 2009, 139).

Del consenso que ha identificado los factores constitutivos de los problemas de la ley o del impacto de este fenómeno en la crisis de la representación, sin embargo, no se sigue la existencia de una amplia gama de recomendaciones en busca de soluciones a estas problemáticas. Por el contrario, el material disponible sobre este tipo de asuntos es más bien escaso, además de que suele tener un lugar más bien marginal en la enseñanza del derecho (Centenera 2016).

Así, es bastante común que estos temas ni siquiera aparezcan dentro del pensum o los programas de formación legal de las universidades, por



lo menos, en Colombia. Ahora, si la atención hacia las soluciones a los problemas de la calidad de la legislación es escasa, mucho menos frecuente es la existencia de un análisis acerca de los mecanismos de control que disponen las Constituciones para asegurar que este tipo de problemáticas de la legislación no se presenten.

Con el propósito, entonces, de reflexionar sobre el tipo de mecanismos de control de la calidad de la legislación<sup>1</sup> el objetivo de este texto es el de realizar un examen preliminar al funcionamiento del control constitucional como mecanismo del control de la calidad legislativa. Este examen será efectuado en el marco de una revisión general de los tipos de mecanismo de control a la calidad de la legislación reconocidos en el sistema jurídico colombiano. Por la naturaleza explorativa del artículo y como resultado preliminar de investigación, este estudio dará cuenta sucinta de los controles existentes en el ordenamiento jurídico colombiano actual para tal fin, pero dando prevalencia en el análisis a los controles que adelanta la Corte Constitucional colombiana. El análisis crítico de estas decisiones nos va a permitir sostener, como hipótesis de este artículo, que los mecanismos de control contemplados en Colombia son insuficientes o demasiado deficientes en sus propósitos de evaluar la racionalidad y la calidad de las medidas adoptadas por el legislador para la solución de los problemas sociales. Estos mecanismos tampoco contribuyen a reducir la discrecionalidad en las posibilidades de adopción de decisiones por parte del órgano legislativo.

Para fundamentar esta hipótesis, el artículo tendrá la siguiente división: en una primera parte se realiza una breve descripción de las propuestas y recomendaciones para solucionar los problemas de calidad de la legislación de acuerdo con la literatura comparada sobre la materia;

---

<sup>1</sup> Pese a la diversidad de nociones y dimensiones que se involucran en el concepto de “calidad de la legislación”, el actual texto asume que esta se desarrolla o mide, en buena parte, por la estabilidad normativa, en sentido jurídico, que debe derivarse de su coherencia con el ordenamiento jurídico al cual pertenece; de ahí que se de prevalencia a la técnica de redacción para el cumplimiento de los fines, que exista el acatamiento de los criterios para pertenecer al sistema jurídico y que, asimismo, sea acreedora de expresiones lingüísticas que direccione una prescripción completa, clara, suficiente para la sociedad. Dicho concepto será acompañado por la idea de racionalidad de ley, el cual será explicado siguiente al profesor Manuel Atienza (1997). Si bien, como será explicado, existe también una dimensión política, incluso una dimensión moral, sobre la calidad de la ley, estos no serán objeto central, a lo sumo coyuntural, del trabajo (*cf.* Centenera 2015).

para enseguida establecer los mecanismos de control de la calidad de la legislación en el constitucionalismo contemporáneo, para, previo a las conclusiones, analizar y explicitar el funcionamiento de algunos de estos mecanismos en el contexto colombiano. Así las cosas, empleado una metodología explorativa respecto a la doctrina tratante frente a la calidad legislativa y los mecanismos de control de ésta, se hará, además, una recolección normativa, incluyendo las sentencias de la Corte Constitucional, para alcanzar los objetivos señalados y los desarrollos propuestos.

## II. ABORDAJES TEÓRICOS PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA DE LA CALIDAD DE LA LEY

Sin duda, el concepto de democracia constitucional puede calificarse como la estructura que de manera dominante caracteriza la conformación de los Estados contemporáneos. Sin embargo, este concepto se ha venido explicando casi exclusivamente a partir de descripciones de las labores y rol de los tribunales en defensa de la supremacía de la Constitución, en general, y, en particular, de los derechos fundamentales. En contraste, no se ha brindado la misma atención a las tareas de los restantes poderes públicos; al final, “Los juristas y académicos solo se ocupan de jueces y tribunales” (Bar-Siman-Tov 2019, 539).

Dicha situación no es diferente en el contexto colombiano, donde tanto la doctrina como la educación y formación legal han dejado *en la penumbra del campo jurídico* el quehacer de democrático de órganos como la propia rama legislativa (Celemín 2016).

Frente a dicha desatención, las explicaciones que se han elaborado pueden concretarse en las palabras Imer Flores (2005, 45) así:

Déjenme señalar que, hasta ahora, el punto de vista dominante, ve a la legislación como un proceso que ha sido representado como político y no legal, y a la legislación como un producto (del proceso político) que ha sido descrito sobre todo como político, pero también como pre-legal, aún no es derecho hasta que la autoridad legal o el oficial pertinente diga que es derecho. Este hueco abierto al menos por la puerta de atrás por un análisis minimalista desde el punto de vista legal de los estatutos como un resultado específico de la legislación ha dejado la actividad que lo originó largamente inexplorada.

De acuerdo con este diagnóstico, lo relacionado con los productos legislativos<sup>2</sup> y, específicamente, los problemas atinentes a la calidad de la legislación son ámbitos de reflexión que suelen estar por fuera del campo jurídico, según el punto de vista dominante en la academia jurídica. Dicha propensión de exclusión, también, puede ser sustentada en diversos argumentos, que no pueden estimarse como mutuamente excluyentes. El primero es la consideración a que las discusiones sobre la calidad legislativa pertenecen el ámbito de la política.<sup>3</sup> Mientras, el segundo de ellos insiste en la idea de la validez como el centro de atención de la disciplina jurídica (y, así, haciendo más visible el legado más elocuente del formalismo jurídico). Este hecho remite el proceso de creación legal a la categoría de fenómeno anterior a las materias y a las problemáticas de las que usualmente se ocupa el derecho como disciplina. En otros términos, la expansión y protagonismo adquirido por el positivismo jurídico, y su afán de superar las aproximaciones al estudio del derecho propuestas desde el racionalismo iusnaturalista, contribuyeron a dejar por fuera del campo de análisis del derecho otra clase de consideraciones, especialmente aquellas que no estuvieran relacionadas con la revisión de las condiciones de validez de las normas jurídicas.

Este paradigma de ciencia jurídica aparece perfectamente sintetizado en la conocida clasificación de Austin entre ciencia de la legislación y jurisprudencia: la primera se identifica con una disciplina normativa cuyo objeto es conocer el “deber ser” del derecho, tarea que corresponde a los filósofos y a los políticos. La ciencia jurídica, como se le denomina en el ámbito continental, es en cambio, una disciplina descriptiva del derecho positivo y el auténtico feudo de los positivistas (Marcilla 2000, 99).

---

<sup>2</sup> En el presente trabajo se entiende por “productos legislativos” a las denominadas leyes formales, es decir, aquellas normas que produce el órgano o Poder Legislativo, en desarrollo de la competencia constitucional legislativa, que cuenta con forma de ley y ha tenido que pasar por el procedimiento legislativo organizado por la normativa del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se excluyen otras normas que puede dictar el legislador general y aquellas que producen los legisladores extraordinarios o excepcionales. Sobre el tema véase (Fuentes-Contreras 2018).

<sup>3</sup> Bar-Siman-Tov (2019, 531) lo expresa para el contexto norteamericano diciendo: “En esta misma línea, hay explicaciones centradas en rasgos de la cultura jurídica tradicional estadounidense, que el derecho de creación jurisprudencial como fuente superior y auténtica del derecho, y contemplan la legislación como una fuente inferior, una fuente que sería más bien un asunto político, no tanto jurídico”.

Además de estos elementos de índole teórica, los trabajos de Atienza han articulado explicaciones adicionales sobre esta desatención hacia los procesos y los productos provenientes del órgano de representación política. En efecto, para este autor, las características institucionales de las legislaturas amplifican la complejidad de los análisis sobre el trabajo o las decisiones que se toman por los cuerpos legislativos. Así, la responsabilidad política, la pluralidad y diversidad de los miembros del Parlamento, incluida la posibilidad que múltiples órganos cuenten con la iniciativa para impulsar la adopción de los proyectos legislativos, son rasgos que hacen más difícil la tarea de comprender el desenvolvimiento del razonamiento legislativo. Sobre este particular explica el profesor Atienza (2005, 300):

Para ponerlo brevemente, el discurso justificatorio ligado a la producción de las normas a través de las asambleas políticas es mucho más complejo que el que se realiza por los cuerpos judiciales. En orden de analizar la justificación hecha por un juez uno se puede enfocar y limitar al texto de la decisión, pero la decisión legislativa es normalmente menos estructurada. En otros términos, el razonamiento judicial tiene lugar entre estrictos límites que facilita su evaluación, pero esto usualmente no ocurre con el razonamiento legislativo. Por eso es por lo que los instrumentos producidos en las últimas décadas por la teoría del razonamiento legal no pueden ser usados con un significado simple para justificar el razonamiento legislativo.

A pesar de lo desalentador de este diagnóstico, como lo asevera Bar Siman Tov, el comienzo del siglo XXI se ha visto marcado por un resurgimiento de la *legislación* tanto en la enseñanza como en los estudios de teoría jurídica. Precisamente, el autor israelí ha explicado tal resurgimiento como una consecuencia directa de la crisis de la ley<sup>4</sup> que se ha vivido en la mayor parte del siglo XIX y XX, donde se ha requerido fortalecer ámbitos y aspectos que contribuya a la solución de esta:

Parece que, en estos sistemas, una de las fuerzas impulsoras principales ha sido el aumento del número de leyes, que se ha visto acompañado por crecientes críticas sobre la mala calidad de la legislación. De ahí que, en Europa, la jurisprudencia haya ganado terreno, en gran medida a resultas de un esfuerzo por mejorar la calidad (y en ocasiones también para reducir la

---

<sup>4</sup> La crisis jurídica de la ley puede verse en: (de Cabo 2000; Laporta 1999; Tudela 2000-2001).

cantidad de legislación). Y este esfuerzo, además, no ha provenído sólo de entornos académicos, sino también de gobiernos, organizaciones internacionales como la (UE y la OCDE) y organizaciones no gubernamentales, que han adoptado o promovido la adopción de programas de mejora legislativa y regulatoria (Bar-Siman Tov 2019, 548).

El conjunto de iniciativas para mejorar la calidad de la legislación tiene algunos puntos en común: el primero de estos es que ellas se centran en el producto legislativo y no prestan la mayor atención a los procedimientos de creación de la ley o a las interacciones de los legisladores entre sí y de los legisladores con otros actores en estos procesos. En segundo lugar, y por este motivo, tales iniciativas dirigen sus recomendaciones, preferiblemente, al grupo o el personal de apoyo legislativo, también conocidos como *drafters*, o las figuras técnicas y administrativas encargadas de cumplir las funciones de proyectar/conceptuar/hacer seguimiento a las iniciativas legislativas. Por consiguiente, estas recomendaciones están encaminadas a establecer una serie de preguntas o puntos de control que el diseñador legislativo debe seguir para lograr cierto grado de efectividad de la ley (Aitken 2013; Centenera 2012; Cormacain 2017; Karpen 2013; Niemivuo 2010).

Si bien debe reconocerse que el trabajo de este personal técnico es importante para lograr una legislación de calidad, no obstante, esta clase de enfoque pierde de vista un aspecto significativo: el tipo de controles que son necesarios sobre aquellos que tienen la responsabilidad directa de legislar, es decir, quiénes han sido elegidos electoralmente para cumplir con la función de creación normativa, que, por demás, no suelen contar con escenarios concretos de rendición de cuentas sobre la calidad de su labor. En ese ámbito, la ausencia de escenarios lo suficientemente significativos o fuertes en los que estas personas, como legisladores individualmente considerados o como miembros de una legislatura, se hagan responsables de las propuestas realizadas por ellos, termina minimizando la relevancia de su tarea y prescindiendo de su responsabilidad, inclusive, de la promulgación de una mala legislación.

Con esto no se indica que estos escenarios deban llegar a ser tan extremos cómo los que se practicaban en la democracia ateniense y que han sido rescatados por autores como John Elster en extractos como el siguiente:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

Since Ephialte's reforms in 462 Assembly had more and more frequently used its increased power to legislate, and the traditional sense of the priority of the law had given way to a sense of that the people in the assembly were the highest power in the state. But in 403 the Athenians returned to the ideas that law, not the people, must be the highest power and the laws must be stable, even if not wholly entrenched. Demosthenes in his speech against Timokrates tells admiringly the story of the Lokrians, who change only one law in 200 years, because they had the marvelous custom that any proposal for a change of a law must be made with a noose round the neck and if the proposal was defeated the noose was drawn tight (1999, 261).

Efectivamente, y como se anticipaba, pese a que no es necesario llegar a los extremos de sacralización de la democracia ateniense, el extremo contrario, el de la banalización del control de la calidad, tampoco resulta deseable si se considera que la labor de crear normas jurídicas tiene alguna valía. Por este motivo es preciso determinar y clarificar los mecanismos de control de la calidad de la legislación en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Naturalmente, tales mecanismos toman aún más relevancia cuando lo que se va a valorar es la calidad de las normas jurídicas producidas por las formas democráticas representativas; al final la rendición de cuentas bien puede ser considerada como la propiedad central de los sistemas representativos (Mattila 2017), dado que: “El gobierno representativo no es un sistema en el que la comunidad se autogobierna, sino un sistema en el que las políticas y las decisiones públicas son sometidas al veredicto del pueblo” (Manin 2005, 236). Si esto es así, la falta de claridad sobre los mecanismos de control de la calidad de la legislación, facilitaría que el trabajo de quienes son elegidos para representar a la ciudadanía continúe en una zona de discrecionalidad bastante amplia y, por demás, intolerable para la estabilidad política: esta zona de discrecionalidad, bajo la sombra de ideas como la de la *libertad de configuración del legislador*,<sup>5</sup> ocasiona que se cuelen muchas acciones irreflexivas o, lo que es peor, carentes de transparencia. Si bien se acepta que la “comprensión de la potestad del legisla-

---

<sup>5</sup> “La libertad de configuración de las leyes a cargo del legislador se pone de manifiesto en el hecho consistente en que —con una misma Constitución— pueden emitirse normas secundarias de contenido político completamente diferente e inclusive antagónico” (Silva García y Villeda Ayala 2011).

dor debe asumir su papel como creador de derecho” (Fuentes-Contreras 2018, 105), las acciones del legislador deben tomar en cuenta tanto la racionalidad como la calidad de los productos que crea: una circunstancia contraria desdibuja, como se ha visto, un concepto nuclear en la democracia representativa, es decir, el de control (Cruz 2003).

En lo que se sigue, la pregunta estará vinculada a *¿cómo entender las ideas de racionalidad y de la calidad de la legislación?* Pues bien, pese a que definir la noción de racionalidad legislativa no es una tarea sencilla en la medida en la que es un concepto de múltiples dimensiones, si resulta necesaria para la evaluación de los mecanismos de control. En ese marco, autores como Manuel Atienza (1997) se han dado a la tarea de distinguir esas dimensiones de la racionalidad de los productos legislativos, así: a) la racionalidad lingüística, relacionada con la claridad y precisión de los enunciados normativos proferidos por el legislador; b) la racionalidad sistemática, que se vincula con la coherencia que debe existir entre los textos normativos creados por el legislador y su ordenamiento; c) la racionalidad teleológica, que pretende facilitar la coordinación de las acciones de conformidad con los medios seleccionados para el cumplimiento de ciertos propósitos; d) la racionalidad pragmática que evalúa la eficiencia de los medios adoptados para la solución de un determinado problema social, y e) la racionalidad ética que busca la afinidad de las decisiones legislativas con pautas de índole axiológico.

Partiendo de ellas, Aitken coincide en afirmar que la propuesta multi-dimensional de Atienza es empleable para comprender, también, calidad de la legislación; dado que esta sería aquella que satisface la mayoría, o porque no, todos estos niveles de racionalidad. Sobre este particular comenta la autora:

La calidad de la legislación está dentro de estos dos extremos. El primer extremo se refiere a la sustancia de la ley o su exactitud para representar la decisión política... Esto también se refiere al problema de una decisión política bien estructurada (lo que incluye un análisis de la necesidad de la legislación, de su proporcionalidad y un análisis detallado de la probabilidad de impacto de la propuesta) que sea apropiada para la implementación de la política. Además, el tipo de instrumento legislativo escogido debe ser efectivo en lograr el propósito legislativo. Para cumplir este propósito es necesario que la ley producida sea coherente con ella misma, que sea legalmente armónica (esto es que cumpla con la Constitución y sea compatible con las



leyes existentes y el sistema legal), que se ajuste a las políticas del gobierno existente, sea eficiente en términos de costos y que se implemente de una manera práctica, transparente y controlable. El segundo extremo está en la forma del texto legal y su inteligibilidad... Esto requiere que el texto legal se caracterice por su claridad, simplicidad y exactitud o falta de ambigüedad, con una estructura lógica que realmente comunique el propósito y los efectos de la ley (Aitken 2013, 5).

En esa dirección, la literatura sobre la materia se ha encargado de efectuar recomendaciones para evitar problemas en la racionalidad lingüística y sistemática de la legislación, bajo el rótulo de *técnica legislativa*.<sup>6</sup>

Mientras tanto, otra serie de abordajes de la calidad legislativa se han enfocado en el desarrollo de propuestas tendientes a mejorar el nivel teleológico y el nivel pragmático de la legislación, es decir, los niveles de racionalidad que analizan la correspondencia entre fines y medios seleccionados por el legislador para la resolución de un determinado problema social y para su efectiva consecución. Estos últimos abordajes se aproximan al concepto de calidad de la legislación mediante la integración de una serie de principios que deben ser tomados en consideración por el legislador a la hora de crear nuevas normas jurídicas. Entre ellos, estaría, por ejemplo, el trabajo de Wintengs. En efecto, Wintengs hablará de principios tales como: el de alternatividad, el de densidad normativa y el de temporalidad. El principio de alternatividad es entendido como una exigencia para que cualquier limitación externa que el legislador imponga a libertad de la ciudadanía requiera de una justificación, la cual se explica en la existencia de fallas o defectos en la interacción social. Por su parte, el principio de densidad normativa establece un requerimiento adicional a las medidas normativas mediante las que se interpongan sanciones. De acuerdo con él, siempre que la sanción es más grave, mayores deben ser las posibilidades con las que se cuenta para el logro un objetivo social propuesto. En otros términos, cualquier propuesta normativa que pretenda incorporar una sanción tiene un deber de justificación adicional para ser incorporada al ordenamiento jurídico. Por último, se encontraría el prin-

---

<sup>6</sup> A pesar de que “la técnica legislativa se ha centrado en atender y señalar la relevancia de la correcta redacción de las normas, no se circunscribe a este aspecto, se extiende al conjunto de saberes que han de permitir la construcción de un ordenamiento jurídico perfectamente estructurado en relación con la forma y con el contenido” (Sánchez 2012).



cipio de temporalidad, el cual exige que el legislador considere el componente temporal del sistema normativo: en razón que las reglas jurídicas son asunto de creación humana es preciso hacerles seguimiento para establecer cuáles han sido sus efectos y cuales efectos inesperados pudieron haber surgido (Wintengs 2006).

Definida, entonces, la utilidad del control, las racionalidades y la propia calidad legislativa, el tema subsiguiente sería la institucionalización concreta de los mecanismos de control en un ordenamiento jurídico puntual.

### III. MECANISMOS DE CONTROL DE LA LEY: ¿CÓMO CONTROLAR LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN?

La estructura del Estado se encuentra determinada por la separación de los poderes públicos, de los cuales se espera mutua colaboración, pero también, en igual medida e importancia, mutuos controles y contrapesos. Éste es el esquema al que la tradición constitucional liberal ha denominado como de “frenos y contrapesos”, implica que las actuaciones de una rama del poder público que este por fuera de las competencias normativas deben ser frenadas por las otras ramas, mediante el uso de los diversos mecanismos de control existentes en el diseño constitucional. En este marco, las democracias constitucionales contemporáneas han forjado un acervo de mecanismos para controlar la calidad de la legislación.

Efectivamente, la lógica de la imposición de frenos o el ejercicio de mecanismos de control de carácter externo a la actividad legislativa, incluido el control a la calidad de los productos legislativos, es bastante amplia en los sistemas constitucionales contemporáneos.

Ejemplo de ello puede ser visto en el contexto colombiano, donde este conjunto de mecanismos de control se encuentra dispersado a lo largo del texto de la Constitución Política (CP) de 1991. Precisamente, por cuenta de esa atomización, tales mecanismos de control presentan características diversas que, con todo, es posible sistematizar a partir de algunas categorías de análisis comunes: la primera de ellas analiza a estos mecanismos de control a partir de consideraciones sobre el momento o el espacio temporal en el que se activan dichos controles. La segunda, agrupa los mecanismos tomando en consideración la naturaleza del órgano que concretiza o efectúa el control. Por último, estaría la clasificación que se valora a partir del nivel de racionalidad que ellos pretenden evaluar.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

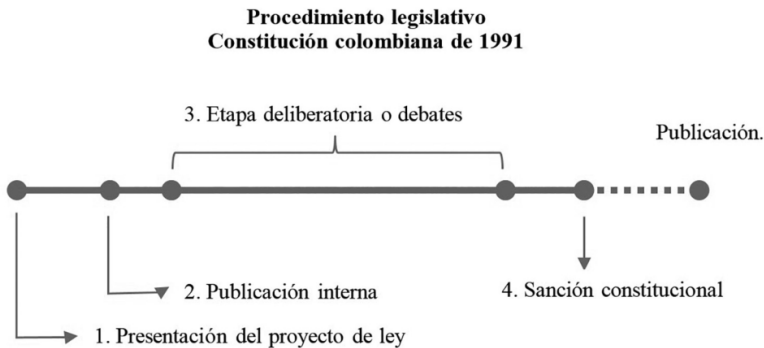
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

GRÁFICA 1. CLASIFICACIÓN DE LOS MECANISMOS PARA EL CONTROL DE LA CALIDAD LEGISLATIVA

MECANISMOS DE CONTROL DE CALIDAD LEGISLATIVA	Espacio temporal de su realización	Previos ( <i>ex ante</i> )
		Posteriores ( <i>ex post</i> )
	Naturaleza del órgano	Horizontal
		Vertical
	Tipo de racionalidad controlada	Lingüística
		Jurídico-formal (Sistemática)
		Teleológica
		Pragmática
		Ética

En ese orden de ideas, algunos de estos mecanismos de control se activan dentro del trámite de elaboración de la ley y otros finalizado éste. En el caso colombiano se tiene que el procedimiento legislativo prescrito por la CP y por la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso —en adelante LORC o Ley 5 de 1992— estará circunscrito al siguiente esquema:

GRÁFICA 2. ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE COLOMBIA (FUENTES-CONTRERAS 2018, 257)



Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
 Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.  
 Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

En esa medida, de forma previa a la promulgación de una legislación *defectuosa* se tendría el mecanismo de objeción presidencial, de los artículos 165 al 167 de la CP, el cual opera antes de la publicación o promulgación de la ley, puntualmente, en el momento de la sanción presidencial o constitucional; buscando por medio de dicha competencia asegurar el cumplimiento de los requisitos materiales (contenido) y formales (procedimentales, forma y competencia) del aún proyecto de ley o su conveniencia política. Desde luego,

...terminada la etapa deliberatoria, siguiendo el artículo 165 de la CP, el proyecto de ley aprobado en los debates será remitido al presidente de la República para la correspondiente valoración y posterior sanción, dentro de los plazos establecidos (artículo 166 de la CP y artículo 198 de la LORC). Debe tenerse en cuenta que la cantidad de artículos que se incluyen en el proyecto de ley será la que determine el espacio de tiempo que tiene el presidente de la República para formular las objeciones, en caso de que haya lugar a las mismas (artículos 166 de la CP y 198 de la LORC).

De ese modo, la valoración que efectuará el presidente, por mandato constitucional, será un control de tipo político y/o constitucional sobre el proyecto aprobado por el Congreso (artículo 200.1 de la CP) y, congruentemente con él, podrá decidir si realizar la sanción constitucional (firma del mismo para darle existencia a la ley) o interponer objeciones al proyecto (Fuentes-Contreras 2018, 271).

Igualmente, estará el control constitucional de las leyes estatutarias: en él, como en el arbitraje que se realiza ante las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, será realizado por la Corte Constitucional. Esto según las prescripciones establecidas en los artículos 153 y 241.8 de la CP, respectivamente.

Asimismo, la Ley 5 de 1992 (artículos 61c y 115), dispone que, en desarrollo del proceso legislativo, diversos actores sociales puedan ser convocados a audiencias públicas, con el propósito de exponer sus puntos de vista sobre un proyecto legislativo. Cada uno de estos mecanismos, en suma, posibilitan que, de forma anterior al proceso de promulgación de la ley, su calidad sea objeto de control.

En contraste, otros mecanismos de control de la calidad legislativa se activan de forma posterior a la promulgación de la ley. Ciertamente, la calidad de la legislación puede ser evaluada *ex post* en los casos de activación

del control constitucional rogado o exhortativo por acción (especialmente, artículo 241.4 de la CP) y con ciertos mecanismos de control vertical producidos por agentes de la sociedad civil, los medios de comunicación y por miembros de la academia.

Ahora, así como es posible identificar mecanismos de control que operan *ex ante* y *ex post* a la promulgación de la ley y cuya naturaleza puede ser externa, también es posible identificar mecanismos de control que operan al interior de las legislaturas: verbigracia, la conformación de las legislaturas por distintos partidos políticos (artículo 107 de la CP), la estructura bicameral del Congreso (artículo 132 de la CP) y la división de las células legislativas entre comisiones y plenarias durante las etapas deliberatorias (artículo 142 de la CP), funcionan como un mecanismo *ex ante* de nivel interno. De cualquier modo, las discusiones y divisiones existentes entre los diversos agentes que conforman el órgano legislativo, y que se espera se vean reflejadas en los debates que se realizan, funcionarían con el propósito de contener la promulgación de “mala legislación”:

El aspecto más prominente del proceso legislativo moderno es que él está repleto de un complejo conjunto de obstáculos que los proponentes de una nueva regulación deben superar antes de que un proyecto se convierta en ley. En cada etapa en el proceso legislativo una propuesta puede ser cambiada o detenida, nuevas coaliciones se forman y las oportunidades para los intercambios de favores, conductas estratégicas y deliberación también se presentan. Debido a que quienes controlan estos puntos de estrangulamiento tienen la habilidad de archivar una propuesta, algunos politólogos han acuñado el término *vetogates* para describir este fenómeno. Estos *vetogates* emanan de un número de recursos: algunos son el resultado de provisiones constitucionales, otros de reglas formales adoptadas por el legislativo y otras de reglas o prácticas que son más informales (Eskridge, Frickey y Garrett 2006, 70).

Por último, los mecanismos de control de la calidad legislativa están dirigidos a evaluar distintos grados de racionalidad: así, por ejemplo, la Constitución y las normas que la complementan, como el Estatuto Orgánico del Congreso y disposiciones jurídicas tales como la Ley 819 de 2003, ordenan el cumplimiento de unos parámetros mínimos de calidad de la legislación en los ámbitos lingüístico, sistemático, teleológico, pragmático y ético. En efecto, en relación con la racionalidad lingüística y sistemática, el artículo 158 de la CP prescribe una obligación para que los proyectos

de ley se refieran a una única materia.<sup>7</sup> Esta norma pone en cabeza de los presidentes de las comisiones constitucionales permanentes, la obligación de rechazar las propuestas legislativas que contraríen este principio denominado de unidad de materia.

Igualmente, esta disposición establece que: “la ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”. Esta prescripción constitucional está dirigida a obtener unos niveles básicos de coordinación normativa que garantice la coherencia interna del sistema jurídico.

Asimismo, el artículo 4 de la CP ordena el deber respetar la racionalidad del sistema jurídico a partir del principio de supremacía constitucional. Este principio está dirigido a todas las autoridades pública incluidos aquellos que crean la ley.

Adicionalmente, el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 ordena unos requisitos mínimos de racionalidad pragmática de la legislación: especialmente de las leyes que ordenen gastos o que otorguen beneficios tributarios. Esta norma determina la necesidad que este tipo legislación sean promulgada una vez se haya realizado un estudio de “los costos fiscales de la iniciativa y de las fuentes de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”.

Todos estos preceptos asignan una línea de base, aunque poco ambiciosa, a la idea del control de la calidad de la legislación.

De tal modo, la racionalidad lingüística y sistemática, vinculada con el principio de unidad de materia y de publicación en un único texto de las modificaciones a los textos legislativos, puede ser objeto de control por los mecanismos internos de la legislatura. También por mecanismos de control horizontal tales como la objeción presidencial y el control constitucional. Por su parte, lo relacionado con la racionalidad pragmática de la ley es controlado por los mecanismos internos y también por mecanismo externos tales como la objeción presidencial.

Ahora, aunque el sistema legal colombiano hace estas mínimas referencias a ciertos puntos de control de la calidad de la legislación por

---

<sup>7</sup> Ha dicho la Corte Constitucional que “este precepto [artículo 158 de la CP] “se orienta a lograr un mayor grado de racionalización y tecnificación del proceso legislativo en la instancia parlamentaria, garantizando que el trámite de deliberación y aprobación de las leyes se lleve a cabo sobre materias definidas y conocidas desde el mismo surgimiento de la propuesta legislativa” (Sentencia C-392/07).

medio de los mecanismos horizontales de carácter interno o externo, este ordenamiento guarda un profundo silencio frente a los mecanismos de control vertical. En otras palabras, no existen muchas normas jurídicas que establezcan unos puntos que le faciliten a la sociedad civil, a los medios de comunicación o la academia realizar algún tipo de control de la calidad de la legislación, especialmente después de su promulgación. Lo único que establece la Ley 5 de 1992 es la posibilidad de que la ciudadanía pueda ser citada a audiencias públicas dirigidas por las comisiones legales como la Comisión de los Derechos Humanos, la Comisión de Equidad de la Mujer o las Comisiones Regionales Interparlamentarias con el propósito de desarrollar, informar y divulgar los temas relacionados con estas materias y discutir acerca de los proyectos de ley que sobre estas temáticas cursen en las cámaras legislativas.

Sin embargo, esta normatividad no establece puntos de control *ex post* o de forma posterior a la promulgación. Pese a que en la actualidad está cursando en el Congreso el proyecto de ley 146/18 en Senado y 255/18 en Cámara que impone una obligación en cabeza de los congresistas de presentar un informe de gestión en audiencias públicas una vez culmine cada legislatura, esta iniciativa tampoco suple este silencio. En efecto, el proyecto establece la obligación de consignar en un informe de gestión lo relacionado con la realización de las funciones jurisdiccionales, electorales, de control político y administrativas de los miembros del Congreso. De igual modo, la iniciativa propone la rendición de cuentas acerca de reuniones con miembros del gobierno y lobistas, viajes, manejo de dinero y sanciones que hayan tenido quienes presentan estos informes durante la legislatura. No obstante, el control de la legislación, de los procesos y de la calidad de los productos legislativos no aparece relacionado como un aspecto que deba ser expuesto al público en los informes de gestión que los congresistas deberán presentar a la ciudadanía.

La siguiente tabla resume los diversos mecanismos de control de la calidad de la legislación en el ordenamiento jurídico colombiano.

TABLA. MECANISMOS DE CONTROL DE LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN EN COLOMBIA

MECANISMOS DE CONTROL DE CALIDAD LEGISLATIVA						
Momento en el que se activa el mecanismo de control		Naturaleza del órgano que ejerce el mecanismo			Tipo de racionalidad que controla	
<i>Ex ante</i>	Multiplicidad y diversidad de partidos al interior del Congreso. Bicameralismo y división entre comisiones y plenarias. Control previo de constitucionalidad. Audiencias con ciudadanos y expertos durante el proceso. Objeción Presidencial.	Horizontales	Internos	Multiplicidad y diversidad de partidos al interior del Congreso. Bicameralismo. División entre cámaras y comisiones.	Lingüística	Bicameralismo. División entre cámaras y comisiones.
			Externos	Objeción presidencial. Control constitucional previo y automático. Control constitucional posterior y rogado.	Sistemática, teleológica y ética	Control constitucional previo y automático. Control constitucional por acción. Objeción presidencial. Controles verticales <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> .
<i>Ex post</i>	Control constitucional posterior. Controles verticales por parte de los medios de comunicación. Controles verticales por parte de la academia. Control electoral de la ciudadanía.	Verticales ( <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> )		Audiencias públicas durante el proceso. Denuncias de los medios de comunicación. Redes sociales. Pronunciamientos desde la academia.	Pragmática	Bicameralismo. División entre comisiones y plenarias. Concepto previo del Ministro de Hacienda sobre estudio de impacto fiscal. Objeción presidencial Controles verticales <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> .

Presentado el resumen sobre los mecanismos de control regulados por la CP, se da cabida sobre la pregunta relacionada a la calidad de estos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

#### IV. LA CALIDAD ¿ADJETIVO PREDICABLE DE LOS MECANISMOS PARA CONTROLAR LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN?

Tal y como se afirmó en el acápite anterior, los ordenamientos jurídicos contemporáneos disponen de múltiples mecanismos para controlar la calidad de la legislación. Empero, de la existencia de esta variedad de mecanismos no necesariamente se sigue que ellos controlen, simultáneamente, todos los tipos de racionalidad legislativa, ni tampoco que estos controles se realicen de forma adecuada. Este aspecto es especialmente importante frente a los niveles más básicos de racionalidad que parecen estar en un estado de *orfandad de control*. Orfandad que puede tener como consecuencia la agudización de la idea de la crisis de la representación.

Así, las normas jurídicas terminan siendo descritas y calificadas como inflacionarias, redundantes, segmentadas, confusas, descoordinadas y como predicaciones que sufren de graves padecimientos de hipostenia. Esto es un fenómeno que puede estar directamente relacionado con deficiencias en el tipo de control que se ejerce de los propios niveles básicos de la calidad de la legislación.

En consecuencia, el control horizontal efectuado por los tribunales constitucionales, por ejemplo, se han enfocado en realizar revisiones de los niveles de racionalidad sistemático, teleológico, y hasta ético, de la ley frente a las normas constitucionales. Esta focalización ha implicado un correlativo descuido del control de racionalidad lingüística y de coherencia interna de la propia ley —el nivel más básico de racionalidad de la legislación—. A pesar de lo sorprendente de una afirmación de esta naturaleza, ella no parece ajena a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, tal como se ha señalado en el contexto español:

Hay que tener en cuenta que la nuestra es una cultura jurídica en la que la regla o el punto de partida es el no control, y la evolución se identifica con un control contingentado de la ley. Desde luego, entendida la calidad como bondad o acierto, incluso como corrección técnica, el Tribunal Constitucional no considera parte de su ámbito competencial el control de la calidad de las leyes. El Tribunal Constitucional, en efecto, que siempre ha puesto sumo empeño en transmitir la noción de que «su poder» es limitado, ha encontrado en esta esfera, la de la «calidad», un espacio ideal al que confinar su falta de competencia. Su capacidad para controlar a la ley, y de rebote al legislador,



sería tan contrastablemente limitada que tan pronto se suscita una cuestión de «calidad» se ve obligado a declararse incompetente (Cruz 2003, 152).

Por su parte, la objeción presidencial como medio de control en el contexto colombiano muestra una notoria preferencia por controlar los niveles de racionalidad sistemática y pragmática.<sup>8</sup> Este mecanismo también ha dejado más bien huérfana a la idea del control de la calidad de la racionalidad de la legislación en sus niveles básicos. Al parecer, entonces, el control de la calidad legislativa en estos niveles primarios recae en la academia y otros cuerpos de control vertical, y, a lo sumo, en los mecanismos de control interno. Sólo que ninguno de estos mecanismos se encuentra bien situado para realizarlo de forma efectiva: en primer término, la escasa y lenta incidencia que puede llegar a tener la evaluación realizada desde la academia no muestra una potencia muy fuerte para mejorar la calidad de la legislación. En contraste, los mecanismos de control interno de

---

<sup>8</sup> En este trabajo, por razones de extensión, no hemos realizado un análisis a profundidad del funcionamiento de la figura de la objeción presidencial como medida de control de la calidad de la legislación, debido a que sobrepasada al objetivo propuesto. Debe tenerse en cuenta que para acometer esta tarea en el contexto colombiano es preciso analizar las decisiones proferidas por la Corte Constitucional cuando este tribunal se pronuncia sobre estas objeciones y también las objeciones realizadas por el presidente de la República que han sido acogidas o aceptadas por el Congreso de la República. En estos casos, como la iniciativa legislativa finalmente es archivada, no hay oportunidad para que la Corte Constitucional se pronuncie sobre los motivos que originaron la objeción, ni la aceptación del Congreso de tales objeciones. Sin embargo, una revisión preliminar de las objeciones presidenciales conocidas por la Corte Constitucional en sentencias como la C-625 de 2010 muestra que el presidente de la República suele activar este tipo de control en los casos en los que el órgano legislativo omite incluir el estudio de impacto fiscal de las medidas legislativas propuestas por el órgano parlamentario. En la decisión identificada el Congreso aprobó un proyecto de ley para promover la maternidad responsable mediante la autorización de operaciones de ligaduras de trompas de Falopio con cargo al presupuesto estatal. El presidente objetó el proyecto de ley bajo el argumento de la inexistencia de los estudios de impacto fiscal de la medida propuesta por el Legislativo. Igualmente, la objeción presidencial se activa como mecanismo de control en eventos en los que el Legislativo invade la competencia del presidente para iniciar el trámite legislativo de proyectos de su órbita exclusiva de iniciativa como ocurrió en el caso de la sentencia C-932 de 2009. En este caso específico el Congreso de Colombia amplió la vigencia temporal de una exención tributaria. El presidente objetó el proyecto acusando la carencia de racionalidad sistemática de la iniciativa por trasgredir el artículo 154 de la Constitución. Específicamente, la determinación de la competencia del presidente de la República para iniciar el trámite de leyes sobre “exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”.

las legislaturas no parecen estar funcionando, al menos, cuando se trata de efectuar normas claras y coherentes con el sistema legal.

Así las cosas, estos mecanismos tampoco parecen ser los más idóneos para discutir e incorporar otros niveles de racionalidad más exigentes en los productos legislativos. Ciertamente, y por ejemplo, a partir del uso o no del principio de proporcionalidad en la producción de leyes estatutarias bajo la CP, se ha concluido que estos mecanismos internos no suelen ser rígidos en la necesidad de justificar las elecciones regulatorias del legislador, ni la coordinación entre fines y medios seleccionados a la luz de los principios constitucionales (Rodríguez 2017, 97).

Ahora, respecto a los parámetros mínimos constitucionales y legales exigidos en Colombia en relación con los niveles de racionalidad lingüística, sistemática (de coherencia interna de la ley con el sistema legal) y pragmática, las evidencias serán clarificadas, con algún nivel de detalle, empleando los desarrollos efectuados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. En este orden de ideas, a continuación, se va a realizar una exposición de la forma como ha funcionado el Control Constitucional de estos niveles básicos de racionalidad legislativa, a partir de las sentencias más importantes que ha proferido la Corte Constitucional sobre la materia.

No obstante, antes de ello, debe recordarse que una de las características más particulares del funcionamiento del control constitucional en Colombia está derivada, además de lo ya explicado, de la universalidad de la titularidad de la acción de inconstitucionalidad: dicha titularidad universal, desde la Ley 2 de 1904 e implementada en el acto legislativo 03 de 1910, frente a la Constitución de 1886 y en la CP, con sustento en el artículo 40.6, produce que exista una amplia utilización de este mecanismo de control. En ese marco, dentro de la multiplicidad de alegaciones de las que son susceptibles las normas legales, en algunas ocasiones, la ciudadanía ha acudido para reprochar defectos de calidad de la legislación relacionados con dificultades para comprender los mensajes establecidos en las normas jurídicas proferidas por el órgano legislativo. En esta clase de escenarios, los titulares de la acción de inconstitucionalidad, y el presidente mediante las objeciones, han realizado cargos que esbozan los siguientes problemas de racionalidad básica: 1. Dificultades para comprender el texto legal, derivado de la técnica legislativa, por las inconsistencias en la redacción; 2. Problemas para la interpretación del texto legal en razón a

afectaciones al principio de unidad de materia; 3. Inconvenientes para la comprensión del precepto legal por la ausencia de correspondencia entre lo dispuesto en el título de la ley y el texto aprobado; 4. Falta de publicación de una nueva ley en un solo texto normativo que determine con claridad las disposiciones vigentes de la anterior legislación.

Empero, en estos escenarios, excepción hecha en lo relacionado con la temática de la ruptura del principio de unidad de materia, el tribunal constitucional colombiano no ha reclamado mayor competencia para pronunciarse estrictamente en relación con esta falta de racionalidad básica, tal como será sintetizado.

### 1. *Dificultades para comprender el texto legal por problemas de técnica legislativa por inconsistencias en la redacción*

Uno de los primeros abordajes realizados sobre este asunto se hizo en 1999, mediante el salvamento de voto realizado por los entonces magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, quienes reconocen explícitamente los problemas de redacción con los que cuenta el parágrafo del artículo 59 de la Ley 336 de 1996. Sin embargo, los magistrados admiten que

...estos defectos de redacción de la disposición no afectan en sí mismos su constitucionalidad, pues finalmente es posible desentrañar su sentido, aun cuando pueden dificultar notablemente su aplicación, debido a los problemas de interpretación legal que generan, por lo cual nuevamente la Corte insiste en la importancia que tiene una adecuada técnica normativa en los procesos de aprobación de las leyes (Sentencia C-066/99).

Igualmente ocurrió en la sentencia C-479 de 2001, donde la Corte prefirió, pese al reconocimiento de los inconvenientes de redacción, dictar una sentencia condicionada con fines de interpretación.

Para 2004, el accionante expresó una serie de errores de digitación, gramaticales y de redacción de los preceptos demandados que resultaron pasar inadvertidos en su trámite dentro del Congreso. Frente a ello, la Corte dirá que:

...no cabe, de manera general, una pretensión como la expresada, y conforme a la cual sería función del juez constitucional corregir los errores evidentes,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

de digitación, gramaticales o de redacción, o incluso de coherencia interna que se descubran o crean descubrir en las normas. Ciertamente ello puede conducir a dificultades en la aplicación de las normas, pero es allí en donde habrá de producirse la correspondiente respuesta jurídica... tales problemas se desenvuelven en el ámbito de aplicación de la norma y no plantean, *per se*, un problema de constitucionalidad (Sentencia C-910/04).

Conjuntamente, la Corte terminaría aseverando que no se construyó “un verdadero cargo de inconstitucionalidad y habrá de declararse inhihida para hacer un pronunciamiento en relación con tales disposiciones” (Sentencia C-910/04).

En sentencias como la C-030, de 2006, se mantiene la tesis sobre que no es necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad en casos similares; subregla que inclusive, de cierta forma ha sido empleada en ámbitos sancionatorios, en los cuales el tribunal ha dicho que las ambigüedades, derivadas de los conceptos jurídicos indeterminados, afectan el principio de legalidad. Sin embargo, la Corte, en lugar de declarar la inconstitucionalidad, se auto-habilitó para proferir una sentencia condicionada:

...La Corte ha señalado que en virtud de sus competencias puede proferir sentencias de constitucionalidad condicionada si una disposición legal admite varias interpretaciones, “de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente” (Sentencia C-003/17).<sup>9</sup>

Con todo, se ha dispuesto que la diferencia entre un control leve o fuerte sobre esta racionalidad lingüística se basa en la contraposición entre el principio de conservación del derecho y el principio de legalidad. Este último ha tenido un peso mayor en los aspectos sancionatorios. Sin embargo, esto no implica que la Corte siempre proceda a la declaración como inconstitucional de esta clase de normas, sino que más bien acude a complementarlas, mediante condicionamientos o adiciones a los enunciados normativos mediante la sentencia del tribunal.

---

<sup>9</sup> *Cfr.* C-559/99, C-087/00, C-1444/00, C-653/01, C-406/04, C-796/04, C-350/09, C-107/13, C-167/14, C-259/15.

## 2. *Problemas para la interpretación del texto legal en razón a afectaciones al principio de unidad de materia*

Las inconsistencias que generan afectaciones al principio de unidad de materia o deficiencias en la sistematización del proyecto también han sido tratadas en diferentes pronunciamientos. En la sentencia C-810 de 2003 la Corte se encarga de estudiar unas objeciones por inconstitucionalidad, pero no se limita a los cargos expuestos por el presidente, sino que extiende su estudio empleando la categoría de la unidad de materia. Puntualmente, el presidente se oponía a ciertos contenidos, sólo que en su estudio el tribunal determinó que estos terminaban afectando la totalidad del proyecto de ley discutido. Por ello,

...no tiene sentido preservar en el ordenamiento elementos de una totalidad, que carecen de contenido propio tomados aisladamente, pues su verdadero significado depende de su lugar en la totalidad normativa de la cual formaban parte. Eso no significa que todos los contenidos normativos de un sistema declarado inexecutable estén viciados de inconstitucionalidad, pues pueden ser, tomados aisladamente, o incorporados en otro contexto, perfectamente válidos. Sin embargo, debido a la unidad profunda de sus diferentes componentes normativos, es necesario declarar la inexecutableidad de todo un sistema, si la Corte concluye que sus pilares básicos son contrarios a la Carta (Sentencia C-810/03).

No obstante, hay que aclarar que dicha precisión de la unidad de materia y la racionalidad de los contenidos normativos como una totalidad, había sido ya expuesta en providencias previas como la C-087 de 1998, C-557 de 2000, C-778 de 2001, C-251 de 2002.

La Corte retomó el tema, con alguna importancia, en el 2004 con el salvamento de voto parcial de Rodrigo Uprimny Yepes; en él se puso en tela de juicio la calidad del trámite legislativo y la técnica de producción, al tiempo que criticó la decisión mayoritaria que declaró executable<sup>10</sup> una ley aprobatoria de un tratado internacional. Bajo esas ideas, el salvamento

---

<sup>10</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha empleado, manteniendo de esta forma lo que hacía con anterioridad a la Constitución de 1991 la Corte Suprema de Justicia, los términos executable e inexecutable en relación con su función de control de constitucionalidad para señalar que una norma es acorde a las disposiciones constitucionales (executable) o, por el contrario, que la norma revisada está en contra a ellas (inexecutable).

exhibe la línea decisional que ha seguido la Corte sobre dicha temática, esto es: no caer en excesos ritualistas y tomar como criterio orientador al principio de instrumentalidad de las formas. Sólo que el salvamento argumenta que esta línea ha debido tener como límite la protección efectiva de la imparcialidad, la transparencia y la deliberación, así como un control a la ejecución de los diversos controles internos a los procedimientos legislativos (Sentencia C-618/04). Sin embargo, esta postura no ha sido tomada en cuenta para los fallos o decisiones posteriores.

Si se observa en los años subsiguientes, la Corte ha insistido que el control de constitucionalidad que realiza sobre la unidad de materia implica una verificación de conexidades que pueden variar desde lo causal, lo teleológico, lo temático o lo sistemático, después de la determinación del contenido material de la ley concernida (Sentencia C-044, de 2015). En principio y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, basta, la presencia de uno solo de estos vínculos entre las disposiciones, de manera objetiva y razonable, para evitar la declaración de inconstitucionalidad.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la revisión de la unidad de materia, no se ha interpretado en sentido estricto, rígido o absoluto, sino que preferiblemente, esta revisión se ha decantado por una ponderación de dicho principio con el principio democrático y el de la libertad de configuración del legislador.<sup>11</sup> De tal modo, si bien ha dicho la Corte que:

El objetivo de esta garantía constitucional consiste en racionalizar y tecnificar la actividad legislativa, de tal manera que: (i) exista coherencia normativa sistemática reflejada al interior de la Ley con el resto del ordenamiento jurídico; (ii) se impida la inclusión súbita, sorpresiva, inopinada o subrepticia de normas extrañas, aisladas, inconexas y contrarias al objeto de la ley; sobre las cuales no haya existido un verdadero debate; (iii) se consolide la voluntad democrática en el marco de una deliberación pública transparente. Por consiguiente, se restringe la formación de las leyes a un contexto temático determinado, que propende por un diálogo legislativo coherente, informado y productivo y que, como consecuencia de ello; (iv) se garantice la protección de la seguridad jurídica; y (v) se facilite el conocimiento y cumplimiento de

---

<sup>11</sup> Dicha posición fue sostenida de manera reiterada y amplia entre otras sentencias como la C-778 de 2001, C-392 de 2007, C-908 de 2007, C-432 de 2010, C-277 de 2011, C-133 de 2012, C-721 de 2015, C-015 de 2016, C-204 de 2016, C-353 de 2017.

la norma por parte de la sociedad y, en particular, de sus destinatarios (Sentencia C-047, de 2018).

Lo cierto es que la amplitud de la categoría, en términos de la Corte Constitucional, y la flexibilidad del control constitucional, no ha favorecido a la construcción de una racionalidad básica y conjunta de la obra legislativa. Muy por el contrario, este fenómeno puede ser analizado como un control contrario a las finalidades correctivas de un mecanismo como el control constitucional. Adicionalmente, estas deficiencias complejizan la vigencia normativa y la interpretación de los preceptos elaborados por el órgano legislativo; todo lo anterior en perjuicio del destinatario final, dado que lo obliga a conocer no sólo la ley, sino la discusión que ha sostenido el tribunal constitucional.

### 3. *Dificultades para comprender el texto legal por problemas de su título*

En coherencia con el artículo 169 de la CP, que dispone que “El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”, la Corte Constitucional ha desarrollado un control derivado de la unidad de materia, diciendo que

Esta disposición constitucional ha permitido a la jurisprudencia constitucional fijar tres premisas acerca del contenido y alcance del precepto, relativas a: (i) la posibilidad de someter el título de las leyes al control de constitucionalidad, a pesar de carecer de un contenido deóntico autónomo; (ii) la función que tiene el título de las leyes en términos de seguridad jurídica y coherencia del trabajo legislativo; y (iii) la vinculación entre la concordancia del título con el texto de la ley y el principio de unidad de materia (Sentencia C-817/11).

Siguiendo esa postura la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades, como en 2006, en donde determinó que esta revisión se configura como un control de “*unidad de materia en sentido amplio*”, al interrelacionar los artículos 158 y 169 de la CP: “De lo anterior se sigue, entonces, que lo que se busca es que exista “unidad” o “correspondencia” entre las disposiciones del cuerpo normativo y, a su vez, entre éstas y el título de la ley,

el cual debe ofrecer una idea general sobre la materia que dicha ley va a regular” (Sentencia C-821/06).<sup>12</sup> Así,

En cuanto al principio de congruencia, éste busca asegurar que, al realizar la nominación de los textos legislativos, el Congreso de la República se ciña a determinadas pautas que garanticen que dicha labor —orientada a identificar las diferentes leyes del ordenamiento— no obstaculice el cumplimiento de los objetivos que se traza la ley mediante la conducción a yerros o confusiones respecto de su contenido específico. De tal manera, este principio exige del Legislador que al llevar a cabo la tarea de titulación de los textos legislativos, ésta sea realizada de tal manera que permita determinar con simplicidad suficiente su contenido, lo cual ejerce una honda incidencia en el postulado de la publicidad de la ley, pues sin lugar a dudas la errónea o equívoca identificación de ésta puede llevar a su desconocimiento por parte de la ciudadanía y a dificultar su aplicación; lo cual, por esa vía, conduce a la erosión de los objetivos que inspiran la producción legislativa (Sentencia C-908/07).

Pese a que se ha reconocido que el título de una ley carece de valor normativo, si se le observa un valor interpretativo, lo que implica una necesidad de control para que cumpla de manera eficaz las siguientes funciones: a) la conservación de la seguridad jurídica; b) la sistematización del ordenamiento jurídico; c) la publicidad de la ley; d) la influencia en la interpretación del contenido de la ley; y, e. Sirve como uno de los diferentes criterios para establecer el eventual incumplimiento del principio de unidad de materia (Sentencia C-360/16).

Siguiendo ello, ha generado, al interior de su jurisprudencia, ciertas restricciones para los títulos de las leyes; estas son:<sup>13</sup>

- No puede ser discriminatorio, esto es, basarse en criterios que la propia Constitución enuncia como prohibidos para establecer diferenciaciones entre personas, como son la raza, el sexo, el pensamiento político y religioso, etcétera;
- Tampoco pueden sustituir el número y la descripción general del contenido de la jurisprudencia, ya que tales requisitos están esta-

<sup>12</sup> En el mismo sentido, ver, por ejemplo: C-908 de 2007, C-230 de 2008.

<sup>13</sup> Ver, además: C-821 de 2006, C-152 de 2003, C-1057 de 2005, C - 1040 de 2005, C-400 de 2010, C-393 de 2011.



blecidos de manera explícita en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992), parámetro de constitucionalidad en materia de vicios de procedimiento.

- No puede carecer de relación de conexidad con su contenido, en virtud del principio de unidad de materia que no sólo se predica del contenido normativo, sino también del contenido de la ley, según lo disponen los artículos 169 de la Constitución y 193 de la Ley 5 de 1992, y
- Tampoco debe conceder reconocimientos, privilegios u honores a una persona específica, por ser una materia propia de las leyes de honores (CP, artículo 150-15). (Sentencia C-360/16).

Con todo, dicho control ha sido tratado, igualmente, como un control poco estricto, debido a la mayor movilidad y a la dinámica de los debates y las intervenciones propias que se producen. Esta argumentación permite que la Corte reconozca y maximice, en muchas ocasiones, el margen de valoración del propio legislador, el cual sólo ha quedado restringido, al parecer, en las denominadas leyes interpretativas, debido a que su nominación impide al legislador adelantar cualquier otra labor como agregar, modificar, derogar o sustituir contenidos de la ley que será objeto de interpretación.<sup>14</sup> Empero, dicha restricción parece inocua si se observa que este tipo de leyes no son productos realmente comunes en el quehacer del Congreso de la República.

#### 4. Ausencia de publicación de una ley en un solo texto normativo

La Corte también ha centrado su interés en el control respecto a la obligación establecida en la última frase del artículo 158 de la CP,<sup>15</sup> es decir, la necesidad de que una ley que realiza derogaciones a un texto normativo anterior deba compilar las disposiciones vigentes de la anterior disposición en el texto normativo que será vigente; si bien sin una extensión en tratamiento comparado a las anteriores revisiones, la Corte ha aludido a dicho deber vinculando a su función teleológica.

<sup>14</sup> Véase sobre ello, entre otras: C-270/93, C-301/93, C-076/07.

<sup>15</sup> “La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

En esa perspectiva, señala que el precepto constitucional

pretendía combatir la dispersión legislativa” (i); propugnar la certeza jurídica (ii); abolir la incertidumbre derivada de la práctica de la derogación tácita (iii)” (Sentencia C-306/96). Sin embargo, desde temprano, la Corte dispuso que dichos objetivos no serían logrados de manera eficaz, sobre todo en lo relacionado con la primera y última función,

...dada la multitud de causas no fácilmente controlables que determinan ambos fenómenos y en vista de que la derogación tácita no fue prohibida por el Constituyente. En otras palabras, sin perjuicio del ámbito propio que delimita el enunciado normativo constitucional, el texto finalmente aprobado, no garantiza objetivamente que se alcancen los loables propósitos que se tuvieron en mente” (Sentencia C-306/96).

Para 1997, mediante sentencia C-076, aclaró el alcance de dicho control, considerando, en primer momento, que la dispersión normativa es un acaecimiento típico en el ordenamiento colombiano y si bien trata de solventarse por el Constituyente mediante el artículo 158 de la CP, la norma constitucional sobre el tema ocasiona que existan una publicación que hace el Ejecutivo en el proceso de creación de la ley, después de la sanción constitucional, y otra para evitar el fenómeno de dispersión; teniendo cada uno de ellos efectos disimiles:

La publicación que exige el artículo 158 de la Constitución, como se ha explicado, busca establecer un parámetro de orden en nuestra legislación, pero no tiene incidencia alguna respecto de la obligatoriedad de la ley en sí misma. Es decir, la falta de publicación que exige esta norma constitucional no hace inoponible la ley que se modifica ni la que introduce las modificaciones, leyes que, independientemente, obligan desde su promulgación, salvo si en su texto se dice otra cosa (Sentencia C-076/97).

Dicha distinción justificó, tal como siguió referenciado en la sentencia C-161 de 1999, que la afectación al artículo 158 de la CP “en nada se afecta su obligatoriedad por que las leyes correspondientes (la que reforma y la reformada) continúan rigiendo hasta cuando el legislador decida derogarlas expresa o tácitamente”, lo que llevó, por ejemplo, a inhibirse en la sentencia C-1186 de 2008, para conocer el cargo de inconstitucionalidad presentado por el accionante; lo cual es otra muestra sustancial de

un control sin efecto real sobre la calidad legislativa y las racionalidades sistemáticas ampliadas.

Conjunto a lo expuesto, y como fue adelantado, se cuenta con la obligación de la Ley 819 de 2003, la que exige el *estudio de impacto fiscal, o de disponibilidad económica para la ejecución de la ley*. Sobre ello, en las primeras discusiones, la Corte se limitó a definir la exigencia del requisito en ocasión a la vigencia temporal de la ley, así fue, por ejemplo, en sentencias como C-1113 de 2004, C-500 de 2005, C-729 de 2005, C-072 de 2006, donde no hace explicación en extensos y las características del control.

De cualquier manera, en el último pronunciamiento nombrado la Corte dirá que el requisito de estudio de impacto fiscal será para: a) proyectos de ley que ordenen gasto u otorguen beneficios tributarios; b) deberá satisfacerse durante la totalidad del trámite legislativo, es decir, desde las exposiciones de motivos como en las ponencias y debates, y c) el marco fiscal será un referente vinculante para el análisis del impacto fiscal (Sentencia C-929/06). Estos elementos fueron reiterados en las providencias C-856 y C-929 de 2006, donde se dice que si no existe un marco fiscal al cual deba sujetarse el proyecto de ley a evaluar, entonces el requisito no es exigible.<sup>16</sup>

En ese sentido, el tribunal siguió tasando el requerimiento haciéndolo, por demás, dúctil y casi inexigible en estos casos iniciales, al punto de llegar a señalar, en la C-502 de 2007, y reiterado en la C-1139 de 2008, que la obligación debe ser entendida como un instrumento de racionalización legislativa para el mejoramiento de implementación de políticas públicas,

---

<sup>16</sup> La Corte también señaló que los requisitos son: “1. En la exposición de motivos y en las ponencias de trámite del proyecto debe incluirse los costos fiscales de la iniciativa. 2. En la exposición de motivos y en las ponencias de trámite del proyecto debe incluirse la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo; 3. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el trámite del proyecto en el Congreso de la República, deberá rendir un concepto respecto de la consistencia de los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. 4. El concepto rendido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede ir en contravía del marco fiscal de mediano plazo. 5. Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público” (Sentencia C-373/09).

pero que no es un modo de coartar el ejercicio de la función legislativa en cabeza del Congreso de la República. Esta postura explica que el estudio sea una obligación dual del gobierno y del Congreso, sólo que el papel protagónico en esta obligación es asumido, precisamente, por el Ejecutivo, liderado por el ministro de Hacienda y Crédito Público, “en cuanto está obligado a ilustrarlo y prevenirlo sobre las implicaciones económicas de la propuesta, sin que el desarrollo de esa labor llegue a representar un veto u obstáculo en la aprobación del proyecto” (Sentencia C-1197/08).<sup>17</sup>

Resulta llamativo que, en 2009, la propia Corte hace una manifestación sobre la “constitucionalidad” de la exigencia del estudio al decir que:

aunque hasta la fecha no ha examinado la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, empero, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre las formalidades prescritas por este precepto, con motivo del examen de la constitucionalidad de leyes y de proyectos de ley contra los cuales se planteaba el cargo de desconocer lo señalado en dicha disposición” (Sentencia C-373/09).

Esto dando a entender un cuestionamiento sobre el requerimiento legal del estudio.

Todo lo expuesto termina, en consecuencia, dejando desprovista a la voluntad legislativa de control y la capacidad de garantizar la calidad de la legislación y de su proceso de creación. Escaseando, pese a las modalidades de control establecidas, un ejercicio pensado desde la propia democracia, lo cual bien explica que las políticas públicas no reflejen procesos de planificación y coherencia, y que, en ese contexto desalentador, se termine dando un visto bueno para la contaminación o inflación legislativa.<sup>18</sup>

Si bien *per se* la cantidad de leyes puede verse como negativa, si se advierte que, como ejercicio político, una mayor cantidad de leyes favorece proporcionalmente a la existencia de leyes con defectuosa calidad o si se

<sup>17</sup> Véase, también: C-015A de 2009, C-286 de 2009, C-662 de 2009, C-850 de 2009, C-373 de 2010, C-593 de 2010, C-540 de 2012.

<sup>18</sup> “A nivel comparado, Ávila (1990) da cuenta de términos que grafican el incremento de normas; así, refiere a «lluvia de leyes» (Gesetzesflut), «histeria legislativa» (Gesetzgebungshysterie) y «caos legislativo» (Gesetzgebungschaos). Además, habla de «huracán normativo», «incontinencia legislativa» y «aluvión de normas». En esa misma línea, Laporta (2004) refiere a la «proliferación desordenada de leyes», «marea incontenible» y «explosión legislativa»” (Campos 2018). Véase, entre otros: (Mackay 2018; Šulmane 2011).

quiere, simplemente, peores leyes. Como bien lo reconoce el profesor Luis Prieto Sanchís, “los efectos de esta inflación legislativa son los mismos que los de la inflación monetaria, la desvalorización” (2012), en otras palabras, la pérdida del valor del derecho en términos de eficacia, certeza, racionalidad y sistematización.

Por demás, analógicamente, también este fenómeno inflacionario o de pérdida de valor se extiende a los mecanismos de control de la calidad legislativa que pese a su existencia y a su cantidad estos suelen ser tan defectuosos, en su aplicación, como la misma ley. Este tipo de problemática, por ende, conduce a la necesidad de pensar propuestas para generar transformaciones institucionales en los mecanismos de control de la calidad de la legislación, las cuales deben estar vinculadas con el fundamento democrático y representativo que sustenta la creación de la ley por medio de órganos de representación. Ello hace que estas propuestas deban estar en manos de la ciudadanía y en los propios procesos de elección de sus representantes como productores de la ley. El ejercicio, entonces, de ese control garantiza la doble participación ciudadana, que se constituye en el fundamento de un Estado democrático de derecho (Díaz 1996).

Por tal motivo, la participación de la ciudadanía y la formulación de rendiciones de cuentas frente al cumplimiento de la labor legislativa dará pie, seguramente, a un conglomerado informado y responsable de los asuntos públicos, mientras valore el impacto de su voto, más allá de la percepción de ser uno entre millones. Al mismo tiempo, esta participación puede conducir a que se obligue a los representantes, y a los demás órganos públicos que ejercen los controles, a tomar en serio la idea de una ley sujeta a calidad para su aplicación y para la (re)construcción constante de la democracia.

## V. CONCLUSIONES

Con evidencia, y pese a este ser un resultado preliminar de análisis, si se piensa en la deficiencia de los productos legislativos, estos pueden no sólo ser un síntoma, sino la propia causa de la enfermedad de los sistemas democráticos representativos. A su vez, si a esto sumamos la carencia de controles sobre la calidad del producto de la voluntad general, el debilitamiento de dichos sistemas es una consecuencia, por demás, predecible.

Justamente, la formación de normativas aparentes,<sup>19</sup> más allá de lo ficcional y con excesos, se configura también como un reflejo de insuficiencia en las racionalidades propias de la ley, es decir, la lingüística, la sistemática, la teleológica, la pragmática y la ética.

Si bien es cierto que se aspira un proceso de creación, donde la deliberación y los controles internos favorezcan al perfeccionamiento del producto legislativo como ideal, es sensato pensar, por más visión esperanzadora que se predique, que estos procesos siempre pueden llegar a ser incompletos. Por lo tanto, se necesita un equilibrio y punto de apoyo a la legislación con herramientas que fortalezcan la calidad normativa desde afuera, es decir, desde mecanismos de control externo.

Dichos aspectos han sido examinados, tal como se presentó, por diversos autores, sólo que no siempre en ordenamientos puntuales como el colombiano.<sup>20</sup> En ese sentido, y habiendo dado cuenta no sólo de la existencia sino del tratamiento de los controles a la calidad de la legislación efectuados *ex post* por la Corte Constitucional colombiana, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones, para el contexto colombiano:

1. Lamentablemente, en Colombia hay una escasa atención por parte de la literatura académica frente a la problemática de la calidad de la ley, y aunque aquella existe, ella se ha organizado en aspectos más de técnica legislativa, sin que se hayan fortalecido y ampliado los estudios jurisprudenciales sobre esta temática.

El robustecimiento de “lo constitucional” y la idea del precedente judicial, hizo que, con la aparición de la CP, se diera un énfasis en la mayor parte de los estudios académicos a definir o cercar lo que piensan las cortes en consonancia con problemas jurídicos o temáticas, y cuando se aborda la ley, su observancia suele ser más referencial en lo correlacional o analítico; con lo cual parece inexistente, en Colombia, una *legisprudencia*, como forma de estudio del fenómeno jurídico.

2. Quizás es esa ausencia doctrinal la que también explica que la labor creativa de la ley y su calidad se asuma como viciada. Justamente, parece existir una aceptación que el Legislador puede hacerlo “mal”, porque

<sup>19</sup> En referencia, parcialmente, al uso empleado del texto: (Law y Versteeg 2018).

<sup>20</sup> En comparación y sobre propuestas para los sistemas, se sugiere, entre otros: (Caetano y Sarlo 2012; Campuzano 2016; Carrillo 2012; Fernández 2017; Gallegos 2014; Kristan 2014; Marchili 2009; Orta 2017; Raigosa 2008; Rangel y Coutinho 2019; Villota, Pérez y Rengifo 2015).

existe una Corte Constitucional que redireccione la tarea o complemente la misma. En el ordenamiento jurídico colombiano existe, por tanto, una confianza en el diseño institucional de control *ex post*, pero no hay verificación profunda sobre hasta dónde puede llegar el mismo e incluso hasta donde ha llegado. Sin embargo, lo observado en este análisis muestra que esta confianza no tiene una adecuada fuente de justificación. Por el contrario, en relación con la calidad de la legislación hay más bien una orfandad en esta clase de control. La Corte Constitucional ha optado por la realización de controles flexibles a la hora de exigir el cumplimiento de los niveles básicos de racionalidad legislativa. En este orden de ideas, a pesar de la existencia de un número importante de decisiones judiciales en las que los ciudadanos solicitan la intervención del tribunal constitucional para mejorar y controlar la racionalidad legislativa, estas intervenciones del tribunal constitucional no han tenido un impacto importante para contribuir a la mejora de los productos legislativos expedidos por el Congreso de Colombia.

3. Estos controles, en primer término, no han contribuido a reducir la discrecionalidad en las posibilidades de adopción de decisiones por parte del órgano legislativo, sino que ha fomentado el realce de la llamada “libertad configurativa”. Una libertad configurativa que puede incumplir incluso los objetivos planteados por la propia Constitución. Este problema resulta especialmente grave en la poca precisión de la exigencia de estudios de impacto fiscal de las leyes, que terminan conduciendo a la expedición de normas que, a la postre, no van a contar con recursos para ser implementadas. En segundo lugar, estos controles han contribuido a la generación de un concepto muy amplio de unidad de materia en los textos legislativos. Este fenómeno incide negativamente en la racionalidad sintáctica de la ley y potencia las dificultades interpretativas de los operadores jurídicos que se enfrentan a la tarea de aplicar estas normas. En tercer lugar, la falta de exigencias en relación con la armonización de vigencias legislativas que ha sido permitida por la indiferencia del control *ex post* de la Corte colombiana para hacer exigible los mandatos constitucionales sobre el tema, es un factor que continúa agudizando los problemas de calidad de la legislación por el impacto directo en la racionalidad sistémica del ordenamiento colombiano.

4. De allí, que sea importante avanzar en una serie de propuestas que generen transformaciones reales en el contexto colombiano en relación con

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.



esta temática. Estos avances requieren de una aproximación crítica al funcionamiento de los controles *ex ante* y *ex post* a la calidad de los productos legislativos. Unos controles que como se ha mostrado en esta aproximación preliminar han dejado más bien huérfana a la exigencia de calidad en los niveles básicos de racionalidad legislativa. Una forma de evitar esta orfandad en los controles puede desarrollarse a partir de medidas sencillas y fácilmente aplicables por el órgano legislativo colombiano, tales como la compilación y sistematización de las decisiones de la Corte Constitucional para el control constitucional de la racionalidad de los productos legislativos. Esta clase de sistematización permitirá una identificación y clarificación de los controles jurídicos al producto legislativo, además de ser un factor que puede contribuir a la generación de diálogos que materialicen el principio de colaboración armónica entre los poderes públicos. En efecto, a partir de la identificación de algunos errores o defectos recurrentes se puede generar un efecto virtuoso de control *ex ante* de futuros productos legislativos. Este tipo de mecanismo de chequeo previo debe estar en cabeza de quienes se encargan de diseñar los proyectos que se convertirán en futuras leyes de la República.

Además, este tipo de revisiones podrían estar acompañadas por propuestas que han sido exitosas en derecho comparado, tales como: la implementación y mejora de comisiones o dependencias dentro del Poder Legislativo con el fin de fortalecer la calidad del producto legislativo; la generación y adopción de disposiciones legales o guías para la redacción de las leyes; la publicación de los listados de autores y redactores de los proyectos legales y de sus correspondientes modificaciones; entre otros (*cf.* Carrillo 2012, 30 y 31).

Esta sistematización que detecte el mapa de los principales problemas en la calidad de la legislación y la forma como las subreglas de la Corte Constitucional han contribuido o no a su solución puede contribuir a generar un ambiente de diálogo interinstitucional y de colaboración armónica entre los poderes públicos colombianos. Un diálogo que permita que la Corte Constitucional refine sus líneas y parámetros de control para exigir mayor una calidad y racionalidad legislativa y que a su vez retroalimente el trabajo de los hacedores de normas jurídicas. Esto evitaría una intervención innecesaria y que, por demás, pone en riesgo el equilibrio institucional y el principio constitucional de la división del poder público, consagrado en el artículo 113 constitucional, de la Corte Constitucional



mediante sentencias que adicionen, integren, modulen, las disposiciones del Congreso y que puedan ser vistas como formas de usurpación de las competencias previstas en la ingeniería constitucional, mientras se refuerza una visión de una democracia representativa carente de actividad y confiada en los órganos jurisdiccionales carentes de elección democrática directa.

Al final, si se considera que “no es posible ningún discurso práctico desprovisto de una pretensión de corrección” (García Figueroa 2015, 325), ello supone que se abogue por una razón práctica legislativa desde los controles y que favorezca las exigencias de legislación con calidad para el rejuvenecimiento de una real democracia representativa.

5. Por último, además de los controles horizontales, los problemas de calidad de la legislación deben abordarse, mediante de la adopción de mecanismos de rendición de cuentas ante la ciudadanía de los productos legislativos y de su impacto en el orden jurídico y social. En definitiva, los controles jurídicos son insuficientes para la solución de los problemas de calidad de la ley. Por ello se requieren mecanismos de control social y de rendición de cuentas que simultáneamente se extiendan, como una contribución al ejercicio de renovación de la autorización electoral que hace la ciudadanía por medio de los procesos democráticos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AITKEN, Victoria E. 2013. “An exposition of legislative quality and its relevance for effective development”. *ProLaw Student Journal* (2): 1-43.
- ATIENZA, Manuel. 1997. *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid. Civitas.
- ATIENZA, Manuel. 2005. “Reasoning and Legislation”. Luc J. Wintgens (ed.). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot. Ashgate, 297-317.
- BAR-SIMAN-TOV, Ittai. 2019. “El resurgimiento global de la Legisprudencia: una aproximación comparada al papel de la legislación en la educación e investigación jurídica”. Oliver-Lalana, A. Daniel (ed.). *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 522-558.
- CAETANO, Gerardo y SARLO, Óscar (coords.). 2010. *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*. Montevideo. PNUD.

- CAMPOS RAMOS, Milagros. 2018. “Más normas, menos seguridad: el problema de la seguridad jurídica en todo proceso de reforma”. *Vox Juris* 1 (35): 117-125. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1282/pdf9>
- CAMPUZANO MONTOYA, Irma. 2016. *Técnica legislativa*. México.
- CARRILLO GARCÍA, Yoel. 2012. “Calidad de las leyes: algunos puntos críticos”. *Ratio Juris*, 7 (14): 21-51.
- CELEMÍN CAICEDO, Yenny Andrea. 2016. “La importancia de los mecanismos de control del cumplimiento del trámite legislativo para el derecho constitucional”. Gregorio Eljach Pacheco *et al.* (coords.). *Procesos legislativos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos*. Bogotá, D.C. Senado de la República de Colombia, 72-91. [https://www.academia.edu/37234085/Yenny\\_Andrea\\_Celem%C3%ADn\\_Caicedo\\_La\\_influencia\\_de\\_la\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_Corte\\_Constitucional\\_en\\_el\\_proceso\\_legislativo\\_en](https://www.academia.edu/37234085/Yenny_Andrea_Celem%C3%ADn_Caicedo_La_influencia_de_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Constitucional_en_el_proceso_legislativo_en)
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando. 2012. “La crisis de la ley en Luigi Ferrajoli: algunas consideraciones desde la teoría de la legislación”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 26: 283-309. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1827>
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando. 2015. “La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: un análisis desde la teoría de la legislación”. *Anales de Derecho* 33 (1). <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/188801>
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando. 2016. “La formación en legística: aún una asignatura pendiente”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 20: 283-309. [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/21749/AD\\_2016\\_20\\_art\\_13.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/21749/AD_2016_20_art_13.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- CORMACAIN, Ronan. 2017. “Legislation, legislative drafting and the rule of law”. *The Theory and Practice of Legislation* 2 (5): 115-135. <https://doi.org/10.1080/20508840.2017.1394045>
- CRIADO, Marcos. 2018. “Sobre el concepto de representación política”. *Revista de Derecho del Estado* 28: 77-114. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3180>
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. 2003. “Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley”. *Derecho Privado y Constitución* 17: 147-168. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835575>
- CABO MARTÍN, Carlos de. 2000. *Sobre el concepto de la ley*. Madrid. Trotta.

- DÍAZ, Elías. 1996. "Democracia: Doble participación". *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía [Suplemento I]*: 197-221. <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL1996/ContrastesM96-11.pdf>
- ELSTER, Jon. 1999. "Accountability in atenian democracy". Adam PRZEWORSKI y Susan C. STOKES, Bernard Manin (eds.). *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge. Cambridge University Press, 253-278.
- ESKRIDGE, William N., FRICKEY, Philip P. y GARRETT, Elizabeth. 2006. *Legislation and Statutory Interpretation*. New York. Foundation Press.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina. 2017. *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*. Tesis doctoral. Girona. Universitat de Girona. <http://hdl.handle.net/10803/482041>
- FLORES, Imer B. 2005. "The quest for jurisprudence: Constitutionalism v. Legalism". Luc J. Wintgens (ed.). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot. Ashgate, 26-52.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. 2018. *Legislación en sentido material*. Bogotá, D.C. Ibáñez y otro.
- GALLEGOS MORENO, Martha. 2014. *Elaboración de leyes. Proyectos e iniciativas legislativas*. Zacatecas. Instituto de Investigaciones Legislativas.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. 2015. "Legislación y neoconstitucionalismo". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 49: 311-332. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3287>
- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. 2006. "Calidad de las normas y técnica normativa". *Revista Española de la Función Consultiva* 6: 41-96. <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n6.pdf>
- JARAMILLO JASSIR, Mauricio. 2018. "La vigencia de Satori en las inacabadas definiciones de democracia y régimen democrático". *Desafíos* 1 (30): 359-366. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/5943>
- KARPEN, Ulrich. 2013. "Comparative Law: Perspectives of Legislation". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 17: 141-185. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40777>
- KRISTAN, Andrej. 2013. "Cómo justificar una (no) intervención legislativa? Los elementos clave para un discurso jurisprudencial". GRÁNDEZ, Pedro y MORALES, Félix (eds.). *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, eds. Lima. Palestra, 479-490.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 579-618.

- LAPORTA, Francisco J. 1999. “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”. *Doxa* 22: 321-330. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1999.22.14>
- LAW, David S. y VERSTEEG, Mila. 2018. *Constituciones Aparentes*. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia.
- MACKAAY, Ejan. 2018. “L’inflation normative”. *Lex electronica* (23): 30-51. <https://www.lex-electronica.org/en/articles/volume-23/inflation-normative/>
- MANIN, Bernard. 2005. *Los principios del gobierno representativo*. Barcelona. Gedisa.
- MARCHILI, Luis Alberto. 2009. *Como legislar con sabiduría y elocuencia*. Buenos Aires. Dunken.
- MARCILLA Córdoba, Gema. 2000. “Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación”. Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave (coords.). *Elementos de técnica legislativa*. México. UNAM, 92-115. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/21/tc.pdf>
- MATTILA, Maija. 2017. *From Representative Democracy to Democratic Representation*. Tampere. University of Tampere. <https://trepo.tuni.fi/handle/10024/102309>
- NIEMIVUO, Matti. 2010. *Legislative drafting process. Main issues and some examples*. Strasbourg. European Commission for Democracy Through Law.
- ORTA Flores, Sara Berenice. 2017. *Las violaciones al procedimiento legislativo mexicano: estudio de causas y efectos a través del control abstracto de constitucionalidad*. Ciudad México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- PINEDA Garfías, Rodrigo. 2009. “Teoría de la legislación. Algunos planteamientos generales”. *Nomos* 3: 137-156. [https://www.academia.edu/24708057/Teor%C3%ADa\\_de\\_la\\_legislaci%C3%B3n.\\_Algunos\\_planteamientos\\_generales](https://www.academia.edu/24708057/Teor%C3%ADa_de_la_legislaci%C3%B3n._Algunos_planteamientos_generales)
- PRIETO Sanchís, Luis. 2012. “Política legislativa, técnica legislativa, y codificación en los albores del siglo XXI”. *Anuario de historia del derecho español* 82: 387-412. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-H-2012-10038700412](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-H-2012-10038700412)
- RAIGOSA Sotelo, Luis. 2008. *¿Cómo hacer una iniciativa de ley?*. México. Senado de la República.
- RANGEL Alvarez dos Santos, Fernando y Carlos André Coutinho Teles. 2017. “O Estudo De Impacto Legislativo - Possibilidades E Controvérsias”. Alexandre Walmott Borges y Paulo Roberto Barbosa Ramos (coords.). *Teoría constitucional*. Florianópolis. CONPEDI, 44-59.

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Christian. 2017. *El principio de proporcionalidad por el legislador*. Santa Marta. Universidad del Magdalena.
- RUBIO CARRACEDO, José. 2000. “¿Cansancio de la democracia o acomodo de los políticos?”. *Claves de Razón Práctica* 105: 76-82.
- RUBIO LORENTE, Francisco. 2006. “El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas”. *Revista Española de la Función Consultiva* 6: 27-41. <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n6.pdf>
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Elia. 2012. “Técnica Legislativa”. MORA-DONATTO, Cecilia y SÁNCHEZ GÓMEZ, Elia (eds.). *Teoría de la legislación y técnica legislativa (Una forma nueva de entender y ejercer la función legislativa)*. México. UNAM y otro, 71-127.
- SILVA GARCÍA, Fernando y VILLEDA AYALA, Alfredo. 2011. “Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 31, 177-210. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31970>
- ŠULMANE, Dace. 2011. “Legislative Inflation - An analysis of the Phenomenon in Contemporary Legal Discourse”. *Baltic Journal of Law & Politics* 2 (4): 78-101. <https://doi.org/10.2478/v10076-011-0013-4>
- TUDELA ARANDA, José. 2000-2001. “Calidad y renovación del concepto de ley”. *Anuario jurídico de La Rioja* 6-7: 103-153. <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/ajr/article/view/776/672>
- VALLEJO, César. 2018. “Mínimos democráticos para un Congreso representativo”. PADRÓN PARDO, Floralba y CORREA HENAO, Magdalena (eds.). *¿El Estado constitucional en jaque?.* Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia, 61-89.
- VILLOTA CERNA, Marco Antonio, PÉREZ PAREDES, Yon Javier y REN-GIFO ARÉVALO, Groffer Joy. 2015. *La Ley y la Técnica Legislativa*. Lima. Congreso de la República del Perú.
- VAN REYBROUCK, David. 2017. *Contra las elecciones. Cómo salvar la democracia*. Madrid. Taurus.
- WINTENG, Luc J. 2006. “Legisprudence as a New Theory of Legislation”. *Ratio Juris* 1 (19): 1-25. [https://www.academia.edu/1459886/Legisprudence\\_as\\_a\\_New\\_Theory\\_of\\_Legislation](https://www.academia.edu/1459886/Legisprudence_as_a_New_Theory_of_Legislation).

## EL SISTEMA JURÍDICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UNA FORMA DE HACER JUSTICIA\*

### *THE LEGAL SYSTEM OF INDIGENOUS PEOPLES: A WAY OF DOING JUSTICE*

Tania GONZÁLEZ KAZÉN\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo surge con el propósito de visibilizar un derecho poco explorado: el de los pueblos indígenas en México a mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos conforme a su propia cosmovisión, costumbres e identidad cultural. El cual se encuentra protegido por los derechos constitucionales y convencionales a la autonomía y a la libre determinación. He de advertir que no es mi intención agotar con las siguientes reflexiones la amplitud y diversidad de la presente temática, pues sería imposible llevar a cabo dicha tarea. Por lo tanto, mi objetivo primordial será abrir el debate y el diálogo sobre un derecho que, a mi parecer, considero esencial para que los pueblos indígenas puedan mantener su forma de vida.

**Palabras clave:** pueblos indígenas; derechos humanos; sistemas jurídicos indígenas; derecho a la libre determinación; derecho a la autonomía; debido proceso; interculturalidad.

**ABSTRACT:** *This article has the purpose of making visible a not much explored issue: the right of indigenous peoples in Mexico to maintain and develop their own legal systems according to their own worldview, customs, traditions and cultural identity. Which is protected by the constitutional and conventional rights to autonomy and self determination. I must make a disclaimer that it is not the intention of this article to exhaust the breadth and diversity of this subject with the following reflections, since it would be impossible to carry out such a task. Therefore, my primary objective will be to open debate and dialogue on a right that, in my opinion, is considered essential for indigenous peoples to be able to maintain their way of life.*

**Key Words:** *indigenous peoples; human rights; indigenous legal systems; right to self-determination; right to autonomy, due process; interculturality.*

---

\* Recibido el 31 de mayo de 2019; aprobado el 17 de agosto de 2020.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente se desempeña como integrante del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: [taniagk98@gmail.com](mailto:taniagk98@gmail.com).



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Situación actual de los pueblos indígenas en México*. III. *Autonomía, libre determinación y sistemas jurídicos indígenas en México*. IV. *El artículo 2o. constitucional: hacia el diálogo intercultural*. V. *El debido proceso del sistema jurídico estatal y características de los sistemas jurídicos indígenas en México*. VI. *Sistemas jurídicos indígenas en materia penal: crítica al Código Nacional de Procedimientos Penales*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Para abordar la temática tan diversa y amplia que es el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar y mantener sus propios sistemas jurídicos, primero me dedicaré a describir de forma breve la evolución jurídica que se ha desarrollado en las últimas décadas para reconocer formalmente este derecho en la legislación del Estado mexicano, y desde una perspectiva crítica, analizaré si realmente es efectiva o si dificulta su efectivo goce y ejercicio. Posteriormente, hablaré sobre los diálogos interculturales y la oportunidad que representan para resolver conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico estatal.

Asimismo, para lograr un acercamiento mayor a la temática, realizaré una breve descripción de las características de algunos sistemas jurídicos indígenas en México, los cuales se construyen a partir de su forma particular de ver el mundo y de sus propios sistemas de valores. Lo anterior con la finalidad de demostrar y recalcar que deben ser respetados en un Estado pluricultural.

Por último, analizaré algunas de las restricciones impuestas a los sistemas jurídicos indígenas en materia penal, las diversas lagunas jurídicas que dificultan su ejercicio y las circunstancias poco adecuadas a las que se ven sometidas las personas indígenas cuando se ven obligadas a utilizar el sistema jurídico estatal.

## II. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

El Estado mexicano es rico de una diversidad cultural y social, en donde los pueblos indígenas<sup>1</sup> ocupan un lugar fundamental. En la actualidad

---

<sup>1</sup> Es necesario recalcar que no hay como tal una definición estricta y cerrada de “pueblos indígenas” con el fin de respetar la inmensa diversidad de pueblos indígenas que viven

existen 68 pueblos indígenas y aproximadamente 25 millones de personas que se identifican a sí mismas como tales (Atlas de los pueblos Indígenas en México 2020), formando el 21% de la población (Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas 2018, 4; en adelante CDHNU) que, desde tiempos históricos, han considerado a México su hogar y así lo han podido conservar a pesar de la discriminación, aislamiento y despojo que han enfrentado a lo largo del tiempo (*cf.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México 2008, 17; en adelante OACNUDH México; CDHNU 215, párrafo 41).

Los motivos que han dado origen a dicho contexto son varios, pero uno de los más significativos, ha sido la falta de representación de las personas indígenas en la redacción de las constituciones políticas federales que anteceden a la que nos rige en la actualidad, provocando que sus circunstancias, necesidades y derechos humanos fueran invisibilizados (véase Aragón y Color 2013, 487).

Fue hasta 1992 cuando se reconoció por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) que los pueblos indígenas eran parte fundamental e integrante de la nación (*cf.* Aragón 2007, 208). Sin embargo, la política que adoptó el gobierno mexicano apostó más bien a la asimilación<sup>2</sup> de los pueblos indígenas en lugar de a su autonomía, lo que generó que tal “reconocimiento” no fuera adecuado (CDHNU 2017, 4 y 12).

En años posteriores, a raíz del surgimiento del Movimiento Zapatista de Liberación Nacional, se ejerció presión sobre el Estado para que pres-

---

y existen en el mundo. Sin embargo, para efectos del presente artículo, se entenderá por pueblo indígena lo establecido por el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, y por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo: “Son indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

<sup>2</sup> La asimilación consiste en la adopción de políticas o medidas que tienen por objetivo impedir que los pueblos indígenas desarrollen y mantengan libremente su identidad cultural. Por lo tanto, ésta es una práctica prohibida para los Estados en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, ya que provoca la destrucción a su forma de vida (*cf.* Organización de Estados Americanos 2016, artículo 10).



tara atención a la situación tan desigual que vivían las personas indígenas (CDHNU 2003, párrafo 11). Esto logró un impacto mayúsculo que impulsó la reforma al artículo 2o. constitucional, publicada el 14 de agosto de 2001, en la que se reconoció a México como un Estado pluricultural y situó a la autonomía de los pueblos indígenas como la base fundamental de una variedad de derechos, entre ellos, el de mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos (CPEUM, artículo 2o., inciso a, fracción II).

Por otro lado, es preciso mencionar lo que han aportado los instrumentos<sup>3</sup> y resoluciones de organismos e instancias internacionales<sup>4</sup> al establecer las obligaciones que los Estados deben cumplir para proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, cuyo presupuesto fundamental para su desarrollo y supervivencia radica en respetar su libre determinación y autonomía (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 2010, párrafo 11, en adelante ECOSOC).

Así, algunos de los derechos protegidos internacionalmente son: a la igualdad y no discriminación; personalidad jurídica; identidad cultural; libre determinación; defensa adecuada y recurso judicial conforme a sus especificidades culturales; protección de sus territorios y recursos naturales; consulta y consentimiento frente a cualquier acción que afecte sus intereses; mantener, desarrollar y controlar sus propias instituciones y formas de justicia, entre otros (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2013, 27-38, en adelante SCJN).

Es en este sentido que se puede vislumbrar un progreso en la protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pues al reconocerse no sólo en la CPEUM, sino también en el derecho internacional, idealmente deberían manifestarse y garantizarse en la realidad.

Sin embargo, sus diversas culturas y formas de vida siguen considerándose inferiores a la cultura hegemónica occidental, por lo que aún

---

<sup>3</sup> Por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio 169 de la OIT, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>4</sup> Por ejemplo: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; informes emitidos por organismos de la ONU, como: la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

existe una constante subordinación. Asimismo, todavía prevalecen obstáculos para ejercer su autonomía (CDHNU 2017, 4; 2003, 18) lo que mantiene la enorme brecha entre el reconocimiento de sus derechos en las legislaciones y la garantía efectiva de los mismos.

### III. AUTONOMÍA, LIBRE DETERMINACIÓN Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Para hablar sobre sistemas jurídicos indígenas, primero es necesario comprender los derechos a la libre determinación y a la autonomía, pues ambos configuran el punto de partida para su desarrollo en Estados democráticos y pluriculturales, tal como México lo contempla en el artículo 2o. constitucional.

Por un lado, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es el estatus jurídico que les da la libertad de establecer su propia organización política, económica, social y cultural, con el fin de que puedan dirigir su vida conforme a su cosmovisión, identidad, necesidades y prioridades (véase Organización de Estados Americanos 2016, artículo 3o., en adelante OEA; Naciones Unidas 2010, artículo 3o., en adelante ONU; ONU 2018, párrafo 35; Aragón y Color 2013, 500; Unión Africana 1981: artículo 20, inciso 1, en adelante UA).<sup>5</sup>

Asimismo, este derecho es indispensable para la preservación de su cultura<sup>6</sup> e identidad cultural.<sup>7</sup> Pues sólo por medio del funcionamiento de

---

<sup>5</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 3; *cf.*: Aragón, Orlando, y Color, Marycarmen, *op. cit.*, p. 500; Unión Africana (UA), Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981, artículo 20, inciso 1; Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 3o; ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/73/176, 17 de julio de 2018, párr. 35.

<sup>6</sup> “La cultura de los pueblos indígenas se refiere a su forma particular de ser, ver y de actuar en el mundo, que surge por su estrecha relación con sus tierras, tradiciones y recursos naturales, constituyendo de esta forma su cosmovisión, religiosidad y su identidad cultural” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010, párrafo 174, en adelante Corte IDH).

<sup>7</sup> La identidad cultural es la identificación individual de los pueblos indígenas con el conjunto de tradiciones, valores, cosmovisiones y rituales, entre otros (*cf.*: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia 2016, 14, en adelante TCPB).

sus instituciones sociales y políticas, sin injerencias de terceros, es posible que continúen desarrollando su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2011, 122-124, en adelante TEPJF).

Aunado a lo anterior, la autonomía también resulta un derecho matriz de los pueblos indígenas. Conforme a los estándares internacionales, ésta no involucra la separación del Estado para crear uno nuevo, sino, más bien, significa el derecho a un autogobierno para decidir sobre sus asuntos internos y crear sus propias normas (OEA 2016, artículo 21, inciso 1; CDHNU 2018, párrafo 3).<sup>8</sup> A diferencia de la heteronomía, en donde las personas obedecen normas o valores morales creadas por una voluntad ajena (García Máynez 2013, 22).

Es a partir de esta base sólida, conformada por el derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, que nace el derecho a mantener sus sistemas jurídicos conforme a sus propias instituciones, tradiciones, procedimientos, prácticas, y autoridades (OEA 2016, artículo 22).<sup>9</sup>

Ahora bien, de forma general, la doctrina ha definido que “el derecho no es un mero conglomerado de normas, sino que ellas se encuentran organizadas en sistemas más o menos complejos, esto es, conjuntos dotados de una cierta estructura u orden interno” (Rodríguez 2015, 981). Asimismo, la diversidad de sistemas jurídicos que existen en cada Estado son un reflejo de sus costumbres, convicciones, tradiciones e incluso creencias religiosas (Sirvent 2006, 5).

En los sistemas jurídicos indígenas sucede algo parecido, pues tienen sus propias estructuras organizativas, instituciones, normas, procedimientos, reparaciones, sanciones y autoridades. De igual forma, existe una gran diversidad de sistemas jurídicos indígenas que son un reflejo de sus culturas y costumbres diferentes, por lo que resulta muy difícil encontrar uno que sea exactamente igual a otro (CDHNU 2013, 49).

Sin embargo, existen algunas características que los aparatos normativos indígenas comparten. Una de ellas se deriva de la naturaleza colectiva

---

<sup>8</sup> Cfr. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>9</sup> Cfr. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 5o y artículo 34; Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, artículo 8o., inciso 2.

que comparten la mayoría de los pueblos indígenas, pues es sabido que los actos ilícitos que llegan a ocurrir dentro de su territorio afectan a toda la comunidad y a su tejido social. Por ello, es común que todos los integrantes participen en la resolución de los conflictos que se presenten, al ser sus valores los que se encuentran en juego (Bazurco y Exeni 2012, 129 y 131).

Otro aspecto característico es que usualmente los sistemas jurídicos indígenas buscan llegar con sus resoluciones a una justicia restaurativa. Lo que implica la participación de las partes del conflicto, sus familias y los miembros de la comunidad, para en conjunto determinar la reparación de los daños causados, la reinserción social de la persona, la armonía, el perdón y el equilibrio de toda la comunidad (*cf.* CDHNU 2013, párrafo 52). Asimismo, es común que las fuentes de derecho de los sistemas jurídicos indígenas se presenten en leyes y practicas consuetudinarias orales, recurriendo a formas tradicionales de resolución de conflictos e incluso algunas veces a procesos contenciosos (Bazurco y Exeni 2012, 129).

Es necesario entender que los sistemas jurídicos indígenas siempre han formado parte de la vida e identidad de las personas indígenas, por lo que no son una invención contemporánea en el mundo jurídico. Son sistemas vivos, dinámicos y legítimos, que resultan accesibles a las personas indígenas por su proximidad y sentido de pertenencia (véase CDHNU 2013, párrafo 50), pues han logrado la construcción de la paz y tranquilidad de sus comunidades (véase Colmenares 2006, 56-99). Por ello, deben ser respetados y vistos con el mismo valor que se le da al sistema jurídico estatal.

#### IV. EL ARTÍCULO 2o. CONSTITUCIONAL: HACIA UN DIÁLOGO INTERCULTURAL

Como fue mencionado en apartados anteriores, en la actualidad el artículo 2o. de la CPEUM reconoce la autonomía de los pueblos indígenas para aplicar sus propios sistemas jurídicos para la resolución de conflictos internos, introduciendo principios que ayudan a comprender y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas. Uno de ellos, es el principio del pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico llega a cambiar la concepción de un monismo legal, en el que un sistema jurídico exclusivo (véase Ordóñez Cifuentes

2008, 579) tiene el monopolio de la aplicación del derecho. Por lo tanto, el reconocer los sistemas jurídicos indígenas en la Constitución política debería implicar su coexistencia con el sistema jurídico del Estado, en condiciones de igualdad, donde ninguno sea superior al otro. Por lo que, surge la obligación de las autoridades estatales de respetarlos (TEPJF 2011, 133 y 134; OACNUDH México 2008, 35; SCJN 2013, 9).

A pesar de ello, la reforma constitucional del 2001 causó descontento y fue rechazada por la mayoría de los pueblos indígenas, pues a cada derecho adicionado a la Constitución se establecieron numerosos candados y restricciones que sólo dificultaban su verdadero ejercicio (CDHNU 2017, 14). Lo cual incluye su derecho de mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos.

Por ejemplo, una de estas restricciones señala que los sistemas jurídicos indígenas no pueden ir en contra de derechos humanos. Para abordar este punto, es necesario entender desde una perspectiva jurídica y social, que en el mundo existen otros contextos culturales como el de los pueblos indígenas, así como otros sistemas de valores que —si bien pueden parecer diferentes a los que estamos acostumbrados desde una perspectiva occidental— son igual de válidos y legítimos (de Sousa 2014, 38).

Por ello, si en algún caso se alegara que la resolución o procedimiento de un sistema jurídico indígena violó derechos humanos de alguna de las partes, las autoridades estatales no pueden prejuzgar las prácticas tradicionales del pueblo indígena con argumentos basados en estereotipos o estigmas, y declarar *per se*, que en efecto existió una violación (TEPJF 2011, 186).

En segundo lugar, cuando el artículo 2o. señala a la letra que “la ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes” genera complicaciones, pues delega a las autoridades estatales, constituciones y leyes reglamentarias la tarea de otorgarles validez, cuando ésta ya tendría que haber sido dada por el propio reconocimiento constitucional (véase CPEUM, artículo XII, inciso a, fracción II; OACNUDH México 2008, 46; CDHNU 2017, 10).

Asimismo, la SCJN ha señalado que el artículo 2o. constitucional establece una base mínima de derechos, la cual debe ser incluida y puede ser acrecentada por el orden jurídico de los estados (SCJN 2012, 49; CDHNU 2017, párrafo 15). En este sentido, se pensaría que, desde la reforma

del 2001, las entidades federativas se han dedicado a realizar las adaptaciones correspondientes a sus legislaciones.

Sin embargo, aún hay algunas<sup>10</sup> que en sus constituciones ni siquiera regulan expresamente lo concerniente a los sistemas jurídicos indígenas, o les dan a un papel meramente “alternativo” en contraposición con la jurisdicción ordinaria (Constitución de Yucatán, artículo II, párrafo 11), generando una especie de subordinación. Por ejemplo, en Chiapas se crearon autoridades independientes para resolver los conflictos que surgen en los pueblos indígenas, sobreponiéndose a sus autoridades originales y provocando el desconocimiento de sus sistemas jurídicos (OACNUDH México 2008, 77; Ley de Derechos y Culturas Indígenas del Estado de Chiapas, artículo XII). A su vez, la Constitución de Nayarit establece que la ley regulará la “eficacia” de los sistemas jurídicos indígenas (artículo VIII), cuestionando la legitimidad de estos.

Lo anterior sólo ha generado situaciones sumamente inestables, pues cada entidad federativa le da un distinto reconocimiento y reglamentación a este derecho, lo que provoca que en la mayoría de los casos no exista un verdadero pluralismo jurídico que sea integral y tangible, impidiendo a los pueblos indígenas mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos, que forman parte de su identidad cultural.

Por otro lado, es posible tomar como referente de una buena práctica y apropiada adecuación del derecho a la Constitución Política de la Ciudad de México. En ella se reconocen los sistemas jurídicos indígenas para la resolución de sus conflictos internos, introduce una interpretación intercultural de los derechos humanos,<sup>11</sup> y establece que habrá una coordinación entre las autoridades de los pueblos indígenas con los tribunales de la Ciudad de México en los casos en que sea necesario (Constitución Política de la Ciudad de México, artículo XIX, apartado B, inciso 8, fracción 3). Sería necesario revisar en un futuro próximo si dicha legislación realmente es efectiva en la práctica.

---

<sup>10</sup> Constituciones de Michoacán de Ocampo, Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila de Zaragoza, Guanajuato, Nuevo León, Tamaulipas y Zacatecas.

<sup>11</sup> La traducción intercultural se refiere a que los propios derechos fundamentales deben someterse a una interpretación intercultural. Es decir que, “los valores plasmados en esos derechos deben ser respetados, pero las actuaciones concretas que los respetan o que los violan no siendo éticamente neutras, pueden ser objeto de interpretaciones opuestas conforme a las normas culturales de las que se parta” (de Sousa Santos 2012, 41).

Ahora bien, una herramienta fundamental para mantener la convivencia y coexistencia cuando surgen conflictos de competencia es la coordinación entre jurisdicciones, sin embargo, en la mayoría de las legislaciones estatales y federales no se toma en cuenta (OACNUDH México 2008, 52). La falta de un procedimiento claro de coordinación sólo contribuye a que aumenten las fricciones entre jurisdicciones, y provoca a su vez una subordinación de la jurisdicción indígena a la ordinaria.

De igual forma, otra herramienta indispensable para que un pluralismo jurídico se materialice efectivamente en la realidad y se logre mantener una verdadera interacción armoniosa entre sistemas jurídicos, es la apertura a un diálogo intercultural.

Al respecto, tal como señala la reconocida doctora Catherine Walsh, la interculturalidad crítica pretende dejar de invisibilizar que las desigualdades en la sociedad se originan y construyen a partir de un pasado marcado por el colonialismo, en donde la cultura dominante u occidental aún prevalece sobre la cultura de los pueblos indígenas (Walsh 2019, 4).<sup>12</sup>

Por ello, dicha interculturalidad surge como un proceso que ayuda a reconocer las diferencias y la diversidad que nos caracteriza a todos como seres humanos, con el fin de buscar nuevas formas de relacionarnos y de construir caminos para vivir en una sociedad realmente “justa, equitativa, igualitaria y plural” (Walsh 2009, 2).

De ahí que diversas doctrinas han señalado al diálogo intercultural como la solución a los conflictos que surgen en las sociedades pluriculturales, pues tiene la función de ser una herramienta que pueda garantizar la convivencia entre distintos sistemas jurídicos bajo un marco de igualdad y respeto, en el que reconozcan tanto sus aciertos como deficiencias para aprender una de la otra, complementarse y generar acuerdos mutuos (véase Walsh 2019, 15; OACNUDH México 2008, 33 y 34; Bazurco y Exeni 2012, 34). A diferencia, por ejemplo, de un multiculturalismo liberal, en el cual la interacción entre culturas es más bien asimétrica y distante, la cultura dominante (normalmente la occidental) es la que predomina sin ni siquiera cuestionarse, y no existe realmente una comunicación o

---

<sup>12</sup> Cfr: Walsh, Catherine, “Interculturalidad crítica y educación intercultural”, 2019, *Construyendo interculturalidad crítica*, La Paz, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 4.



compresión entre culturas que permita escuchar y conocer la perspectiva del otro (Vásquez Gutiérrez 2013, 5).

- 1) Por lo tanto, para que puedan operar en la realidad los diálogos interculturales entre el sistema jurídico estatal y los diversos sistemas jurídicos indígenas en México, considero necesario: crear las condiciones necesarias para que exista una relación igualitaria y horizontal entre los dialogantes.
- 2) Asegurar que el diálogo se lleve a cabo en un contexto culturalmente adecuado, con el fin de que las partes expresen sus ideas conforme a su propia identidad.
- 3) Los dialogantes deberán tener siempre presente que existen otras visiones del mundo que son valiosas y necesarias para la diversidad cultural. Por ello, tendrán el deber de escuchar esas perspectivas, antes de asumir posturas totalitarias.
- 4) Los diálogos deberán tener como propósito enriquecer y transformar cada sistema jurídico (Sierra 2015, 312), sin que esto implique arriesgar o perder la identidad cultural que caracteriza a los dialogantes involucrados y al grupo que representan (Robles 2015, 268).

Es evidente lo complejo que puede llegar a ser mantener diálogos interculturales entre sistemas jurídicos diversos, pues además de los contextos completamente distintos a partir de los cuales se han construido, también existen relaciones asimétricas entre culturas arraigadas profundamente en la sociedad. Sin embargo y a pesar de dicha dificultad, considero que las circunstancias y desafíos actuales exigen soluciones que puedan transformar gradualmente las relaciones entre seres humanos, hasta crear unas más justas, tolerantes y plurales. El diálogo intercultural debe tomarse en cuenta para lograrlo.

## V. EL DEBIDO PROCESO DEL SISTEMA JURÍDICO ESTATAL Y CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS EN MÉXICO

En el presente apartado abordaré, en primer lugar, lo que se entiende como debido proceso del sistema jurídico estatal desde una concepción



occidental. Posteriormente, realizaré una breve reseña de las características que conforman algunos sistemas jurídicos indígenas de México.

La importancia del debido proceso estatal radica en que es un medio para la garantía y tutela de todos los derechos humanos (véase Medina 2003, 267; García Ramírez 2012, 5), su conceptualización es compleja pues implica un conjunto de elementos que deben tener las instancias procesales de un sistema jurídico, con el propósito de asegurar que las partes del conflicto puedan en condiciones de igualdad procesal defender sus derechos y alcanzar la justicia (véase Fix 1987, 820-822; Corte IDH 2001, párrafo 69; Corte IDH 1987, párrafos 27 y 28).

De igual forma, una de sus características es que no es estático, pues es común que se vayan agregado nuevos elementos procesales a los ya existentes, por lo que siempre está constante evolución.<sup>13</sup>

Los elementos que integran el debido proceso se encuentran en diversas fuentes. Por un lado, la Constitución Política se refiere a éstos, en “forma de referencias, normas rectoras, instrucciones o fundamentos del enjuiciamiento penal” (García Ramírez 2012, 13), específicamente en los artículos 13, 14, 16, 17, 20, 21, entre otros.

Algunos de estos elementos son los siguientes: juez competente e imparcial; audiencia ante tribunales previamente establecidos; y emisión de resoluciones debidamente fundadas y motivadas por leyes previamente establecidas.

Por otro lado, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos también se pueden encontrar algunos elementos en el artículo 14, a saber: derecho a ser oído por tribunales competentes, independientes e imparciales; igualdad de las partes; principio de presunción de inocencia, entre otros.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) contiene bajo el título de “garantías judiciales” del artículo 8o., párrafo 1, el derecho de toda persona “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. Estas garantías mínimas deben cumplirse en cualquier proceso sin

---

<sup>13</sup> Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la OC-16/99 sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, del 1o. de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párrafo 9.

importar la materia de que se trate, ya sea: laboral, civil, administrativo, etcétera (Corte IDH 2001, párrafo 103).

Por otro lado, el párrafo 2 del artículo 8o. señala las garantías judiciales específicamente en materia penal, sin embargo, no se limitan únicamente a las enunciadas en dicha disposición, pues la Corte IDH se ha dedicado a realizar, a lo largo de los años, una interpretación extensiva de estas (García Ramírez 2012, 17).

Ahora bien, después de comprender lo que es el debido proceso del sistema jurídico estatal, en el cuadro siguiente describiré brevemente la composición de algunos sistemas jurídicos indígenas. Para ello, me limitaré a mencionar la información recopilada de documentos de investigación realizados por la SCJN y la OACNUDH México, los cuales enfocaron su estudio exclusivamente en los pueblos indígenas a los que haré referencia.

Asimismo, es necesario aclarar que la siguiente descripción no pretende agotar todas las particularidades que conforman a cada uno de los sistemas jurídicos indígenas. Pues tal como recalqué en párrafos anteriores, al ser éstos sumamente diversos y dinámicos, no sería posible asumir una postura determinista al respecto.

<i>Jueces, asambleas, consejo tradicional, comisarios, entre otros</i>	
Pueblo indígena maya Ubicación: Yucatán	Los jueces de paz <sup>14</sup> se encargan de administrar justicia en los municipios de composición indígena (OACNUDH México 2008, 57). En la actualidad los jueces de paz son propuestos por los presidentes municipales ante el Tribunal Superior de Justicia, órgano encargado de nombrarlos; anteriormente eran elegidos por la población de cada municipio de forma tradicional (OACNUDH México 2008, 62), por lo que sentían más cercano el sistema de justicia (OACNUDH México 2008, 52 y 62).

<sup>14</sup> Constitución del Estado de Yucatán, artículo 75, fracción III; Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Yucatán, artículo 56 y 57.

<p>Pueblo indígena maya Ubicación: Chiapas</p>	<p>Los Jjmeltsa'anwanejetic (jueces tzeltales), duran en su cargo 3 años y son mediadores en la resolución de conflictos, aplicando las prácticas jurídicas tzeltales tradicionales (OACNUDH México 2008, 84).</p> <p>La normativa tradicional tzeltal establece que este cargo debe ser asumido en conjunto por un hombre y una mujer; el objetivo es atender adecuadamente los casos en que las mujeres son víctimas de violencia, siendo fundamental su participación (OACNUDH México 2008, 84 y 85).</p> <p>Los jueces tzeltales resuelven los conflictos de forma colectiva, por medio de un Colegio de jueces (OACNUDH México 2008, 84).</p> <p>El nombramiento de los jueces tzeltales se da en asamblea y en presencia de quienes los han elegido (OACNUDH México 2008, 86).</p> <p>En este sistema de justicia, la imparcialidad del juez tzeltal es fundamental para llegar a una conciliación entre las partes.<sup>15</sup></p> <p>“El juez debe ser una persona de alta calidad moral, equilibrada y de buen corazón, de buen pensar, que contribuye a la resolución de un asunto, que no daña el corazón ni el pensar de nadie, que más bien, ayuda a mantener la paz colectiva comunitaria” (López Sánchez 2018, 206).</p> <p>La impartición de justicia es gratuita, pues tiene como función ayudar a la comunidad (OACNUDH México 2008, 89).</p>
--	---

<sup>15</sup> Este sistema jurídico busca la conciliación entre las partes, y la reparación del daño de la víctima en el conflicto. Al llegar a la conciliación esperada se levanta un acta en la que consiste la resolución del caso (entrevista con hombres jueces tzeltales, Chiapas) (OACNUDH México 2008, 87).

<p>Pueblos indígenas tlapanecos, mixtecos y náhuas<sup>16</sup> Ubicación: Guerrero</p>	<p>Las autoridades inmediatas a las que acuden se llaman comisarios (OACNUDH México 2008, 92 y 93), para resolver conflictos que surjan dentro de sus comunidades, siempre que éstos no sean de gravedad. Los conflictos graves se resuelven en otra instancia integrada por distintos representantes que analizan en conjunto esos casos.</p>
<p>Pueblo indígena mixteco Ubicación: Oaxaca, Guerrero y Puebla<sup>17</sup></p>	<p>Una asamblea es la autoridad máxima (López Sarabia 2018, 170). Las personas que se encargan de resolver los conflictos se les llaman te' e axi ña' a nee tiñu, jiene kuaryi, que significa: "hombre o mujer que tiene el cargo de cortar el problema" (OACNUDH México 2008, 170). A las autoridades locales de cada núcleo rural les toca resolver el Kuaryi (el problema)<sup>18</sup> en primera instancia; el síndico y alcalde del municipio resuelven en segunda instancia (OACNUDH México 2008, 170).</p>
<p>Pueblo indígena O'dam Ubicación: Durango</p>	<p>La figura es conocida como juez o jefe de cuartel. No tienen autoridad para decidir sobre los casos, lo que hacen es convocar a una asamblea comunitaria para llegar a una resolución de forma comunal, el juez o jefe de cuartel sólo se encarga de ejecutarla (Mendía 2018, 188 y 189).</p>
<p>Pueblo indígena Wizarika Ubicación: Nayarit</p>	<p>La figura se encuentra en forma de un consejo tradicional de ancianos (Muñoz 2018, 216).</p>

<sup>16</sup> La coordinadora regional de autoridades comunitarias de la Costa Chica y Montaña de Guerrero (CRAC), es una organización regional mayoritariamente indígena, cuyo objetivo principal es garantizar la seguridad pública de sus pueblos e impartir justicia. Esta organización abarca a 65 comunidades distribuidas en 10 municipios distintos, que incluyen a tres pueblos indígenas: tlapanecos, mixtecos y náhuas. Entre sus funciones se encuentra la de administrar justicia (OACNUDH México 2008, 93).

<sup>17</sup> Debido al fenómeno de la migración, también pueden encontrarse en la Ciudad de México, San Luis Potosí, Jalisco, Baja California y Baja California Sur (OACNUDH México 2008, 169).

<sup>18</sup> Las resoluciones dependen de las circunstancias en las que se generó el Kuaryi, del arrepentimiento de quien lo cometió, y el compromiso de no repetición frente a las autoridades y familiares. Asimismo, las medidas pueden ser desde sanciones económicas, hasta morales (OACNUDH México 2008, 171).

<i>Audiencias orales, representación y partes del proceso</i>	
Pueblo indígena maya Ubicación: Yucatán	Se llevan a cabo audiencias orales para la resolución de conflictos, en donde se encuentran presentes el acusador, el acusado y las o los juzgadores (Shwant 2005, 263).
Pueblo indígena maya Ubicación: Chiapas	Después de que alguna de las partes acude con los jueces tzeltales a pedir su intervención en el conflicto, los jueces tienen la facultad de convocar a una audiencia para llegar a un acuerdo conciliatorio (OACNUDH México 2008, 87).
Pueblos indígenas tlapaneos, mixtecos y náhuas Ubicación: Guerrero	Las familias representan al acusado, ellas asumen el compromiso de hacer cumplir las resoluciones a las que se lleguen y a su vez la reparación correspondiente. <sup>19</sup>
Pueblo indígena mixteco Ubicación: Oaxaca, Guerrero y Puebla.	Las audiencias se llevan a cabo de forma oral, con la presencia de las partes involucradas en el conflicto, los familiares, parientes, padrinos y personas que colaboren a resolver el kuaryi (el problema) (López Sarabia 2018, 170 y 171).
Pueblo indígena O'dam Ubicación: Durango	Para llegar a una resolución, participan la estructura de gobierno (civil, religiosa y agraria), la persona que cometió el hecho ilícito, sus familiares, y los comuneros. No existen especialistas que se encarguen como tal de llevar la figura de una defensa, más bien, entre los actores mencionados con anterioridad se reconstruyen los hechos y se van proponiendo resoluciones (Mendía 2018, 189).

<sup>19</sup> Los conflictos se resuelven por medio de un acuerdo mutuo de conciliación que es reconocido por la asamblea por medio de un acta firmada. Si la parte que cometió el hecho ilícito no cumple con el acuerdo, se le somete a un mecanismo conocido como reeducación, que consiste en realizar trabajo comunitario rotándose cada 15 días en diversas comunidades, en donde se le proporciona comida, un lugar para vivir, y el trabajo que deberá realizar. El periodo de reeducación dura el tiempo que la persona indígena hubiera permanecido privada de su libertad en un sistema de justicia ordinario (OACNUDH México 2008, 94).

Pueblo indígena Wizarika Ubicación: Nayarit	Las personas que conocen a fondo sus sistemas, costumbres y tradiciones son las que se encargan de desempeñar este papel (Muñoz 2018, 216).
<i>Principios, normas orales y sistemas de valores</i>	
Pueblo indígena mixteco Ubicación: Oaxaca, Guerrero y Puebla.	No hay una clasificación de delitos o de materias. Ellos se refieren a estos como Kuatyí (el problema) (López Sarabia 2018, 170).  Tienen principios que para ellos es fundamental respetar, que se manifiestan de la siguiente forma: “iyo tu’ un nakeeno nu seya ñuu, so suni iyo skunkuin nu ñuo, ne saá je katyi seya ñuu, ya ñ+v+ naa kuvin nu ntakao”, que significa: “tienes derechos que te protegen como ciudadano, pero también debes cumplir con tus obligaciones, hasta en ese momento serás una persona de bien” (López Sarabia 2018, 170).
Pueblo indígena O’dam Ubicación: Durango	Tienen principios y normas que se reproducen y sociabilizan en su organización familiar, llamada Kikcham, y asimismo en su organización de pueblo, llamada Pue’mblo. Estos espacios también funcionan para regularlas y sancionarlas (Mendía Soto 2018, 179 y 181).  No hay códigos escritos, pues sus principios y normas se transmiten mediante la oralidad y la práctica. Sus procesos también son orales (Mendía Soto 2018, 187 y 188).
Pueblo indígena Wizarika Ubicación: Nayarit	Sus principios y normas nacen y se transmiten de forma oral, por medio de tradiciones y a través de asambleas con la participación de todas las personas de la comunidad (Muñoz 2018, 216).  Tras los enjuiciamientos, las asambleas o consejos van catalogando las conductas y las correspondientes sanciones (Muñoz 2018, 217).

Enunciado lo anterior, resulta evidente que los sistemas jurídicos indígenas mencionados tienen procesos para resolver sus conflictos internos que dependen en su totalidad de su propia cosmovisión, tradiciones e identidad cultural. No debe olvidarse que la situación es la misma cuando

nos referimos al sistema jurídico estatal, pues cada uno tiene una construcción histórica y cultural propia.

Por esa razón, en los siguientes párrafos analizaré las características de los sistemas jurídicos indígenas que fueron descritas, con el propósito de comprender por qué es necesario respetarles tal y como son concebidos.

En primer lugar, si abordamos este punto desde una perspectiva occidental, es posible afirmar que los sistemas jurídicos indígenas tienen lo que nosotros conocemos como “juez u órgano competente, independiente e imparcial”. Sin embargo, en sus procesos esta figura se presenta en forma de jueces individuales, o bien, en forma de asambleas, consejos tradicionales, comisarios, entre otros. Asimismo, a menudo asumen un papel conciliador o se encargan de ejecutar las resoluciones, ya que éstas se determinan en la mayoría de los casos de forma colectiva.

Por ello, si bien es claro que los sistemas jurídicos indígenas no tienen una figura de juez idéntica a la de una sociedad occidental, éste no debería ser un argumento para impedirles desarrollar sus sistemas jurídicos. Pues las autoridades u órganos que se encargan de resolver sus conflictos cuentan con:

- 1) Competencia: los propios pueblos indígenas al cual pertenecen los sistemas jurídicos les dotan de la misma, además del artículo 2o. constitucional, las constituciones estatales y los tratados internacionales en la materia.
- 2) Imparcialidad e independencia: estos requisitos resultan de vital importancia para los sistemas jurídicos indígenas, pues se podría afirmar que con estas características sus jueces u órganos cumplen con su propósito, que no sólo consiste en que la víctima obtenga una reparación, o que la persona que infringió sus normas y principios se reinserte en la comunidad, sino también conforme a su identidad cultural colectiva: el restablecer la armonía, unión y el tejido social de su comunidad.

Como segundo punto, la figura de una defensa en el proceso se encuentra en la mayoría de los sistemas jurídicos mencionados, en los familiares de las partes involucradas en la controversia o las personas que son parte de la comunidad y que conocen a fondo sus tradiciones. Estas personas son comúnmente las encargadas de asumir un papel de representa-

ción para apoyar a llegar a una conciliación y restablecer el equilibrio de la comunidad. En tercer lugar, sus procesos se llevan a cabo de forma oral en audiencias públicas, con la presencia de las partes, de la comunidad y de sus representantes. Como último punto, sus normas, principios y sistemas de valores acostumburan en la mayoría de los casos, a ser orales y a transmitirse por medio de sus tradiciones.

Ahora, para analizar por qué estos tres últimos elementos que conforman los sistemas jurídicos indígenas requieren ser respetados sin importar las diferencias que tengan con el debido proceso occidental, tomaré como referencia las aportaciones hechas por tribunales constitucionales de Estados latinoamericanos que reconocen al igual que México, el ser países pluriculturales.

En primer lugar, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que, desde una postura de respeto a la cultura de cada pueblo indígena, no es posible exigirles que los elementos procesales que conforman sus sistemas jurídicos sean exactos a los que conocemos (véase Corte Constitucional Colombiana 1996, en adelante CCC). Por ello, no existe una vulneración al debido proceso si las jurisdicciones indígenas resuelven los casos concretos actuando conforme a sus propios usos, costumbres y prácticas tradicionales que han sido el sustento de su cohesión social (CCC 1996; 1997).

Asimismo, el TCPB se ha pronunciado en la misma lógica, a partir de los sólidos principios de un Estado plurinacional e intercultural, al señalar que las jurisdicciones indígenas no pueden tener los mismos elementos del debido proceso de una jurisdicción ordinaria, pues éstos obedecen legítimamente a tradiciones jurídicas diferentes (TCPB 2016, 9). Por ello, en casos de controversias, el tribunal constitucional sólo debería cerciorarse, por un lado, de que la persona haya podido asumir una defensa, y por otro, de que la resolución no afecte sus derechos a la vida, a la dignidad y a la integridad física (TCPB 2016, 9).

Por último, el Tribunal Constitucional de Ecuador señaló en una de sus sentencias respecto al pueblo indígena Kichwa Panzaleo, que a pesar de no encontrarse de forma escrita los procedimientos para resolver sus conflictos, sí contaban con normas orales establecidas previamente que eran claras, públicas y respetadas por toda la comunidad (Tribunal Constitucional del Ecuador 2014, 20).



Por lo tanto, considerando lo desarrollado por los mencionados tribunales que dan luz sobre el tema, y asimismo que, “desde una perspectiva intercultural se debe tomar en cuenta que cada sistema de justicia tiene maneras distintas y propias de garantizar el valor constitucional del debido proceso” (de Soussa 2012, 43), es posible llegar a las siguientes conclusiones:

Los elementos que conforman los sistemas jurídicos indígenas se presentarán de forma distinta a la que estamos acostumbrados en una jurisdicción estatal, no es posible pretender que se limiten sus características esenciales o intentar que sean iguales a los elementos que conforman el debido proceso desde una perspectiva occidental y dominante. Hacerlo implicaría intentar asimilarlos y privarles de sus derechos a la libre determinación y autonomía.

Esto no significa que los procesos de los sistemas jurídicos indígenas sean incompletos o carentes de garantías —pues esta visión sería contraria a la de un verdadero Estado pluricultural— simplemente implica que deben reconocerse sus diferencias como pertenecientes a su propia historia, cultura y contextos. Asimismo, se debe respetar que, desde su propia perspectiva y forma de ver el mundo, sus procedimientos son legítimos, así como un camino idóneo para resolver sus conflictos internos, buscar y obtener justicia.

## VI. SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS EN MATERIA PENAL: CRÍTICA AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

A pesar de su reciente creación y vigencia en nuestro orden legislativo, el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) cumple con una tarea importante: el ser un código procesal único para toda la república que asegura un nuevo sistema de justicia penal (Gómez 2015, 13). Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, y sus disposiciones son de “observancia general en toda la República Mexicana” (CNPP, artículo 1o.).

Es aquí en donde el derecho de los pueblos indígenas de mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos —específicamente en materia penal— no pasa desapercibido, pues incorpora un apartado especial denominado “Procedimientos especiales” dentro del capítulo I, artículo 420, donde establece algunas cuestiones que a continuación se analizarán.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 619-650.

En sus primeras líneas, el artículo establece que las jurisdicciones indígenas pueden resolver respecto a delitos que afecten bienes jurídicos de éstos o de alguno de sus miembros, siempre y cuando las partes en el conflicto de forma voluntaria den su consentimiento para someterse a dichos sistemas. Este último requisito, el de otorgar un consentimiento, visibiliza una restricción desproporcional que se les imponen a los sistemas jurídicos indígenas y que cuestionan su legitimidad. Pues ni siquiera la jurisdicción estatal penal requiere obtener alguna clase de consentimiento de las partes en un proceso de su competencia.

A su vez, el artículo señala algunos derechos que deben respetar las resoluciones emitidas por las jurisdicciones indígenas, los que consisten en: *a)* considerar una perspectiva de género; *b)* no afectar la dignidad y el interés superior de los niños y niñas; *c)* respetar el derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer.

Para analizar este último apartado del CNPP, tomaré como referencia los pronunciamientos de la CCC, cuando señala que no todas las normas constitucionales pueden ser un límite para los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, ya que, de ser así, no habría realmente un pluralismo jurídico que respetara su diversidad cultural (CCC 1996; Solano 2004, 7).

Por lo tanto, la CCC decide crear un listado de derechos humanos específicos que los pueblos indígenas deben respetar al resolver conflictos por medio de sus propios sistemas jurídicos, el cual es conformado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, y prohibición de la tortura.

Siguiendo esta lógica, podría interpretarse que los derechos enunciados por los legisladores de forma expresa en el CNPP pretendían tener una función parecida, al establecer por medio de un marco legal qué derechos humanos deben respetar en sus resoluciones los sistemas jurídicos indígenas en asuntos de la materia penal.

En ese sentido, si existiera alguna resolución de una jurisdicción indígena que presuntamente no respeto derechos humanos, primero se tendría que asumir una postura respetuosa a su identidad cultural y a partir de ahí, realizar estudios acordes con los principios de un Estado pluricultural, con el fin de construir una traducción intercultural de los derechos humanos. Ese es el deber que habría de adoptar el Estado mexicano para respetar el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus sistemas jurídicos.

A pesar de lo anterior, el artículo 420 sólo establece que para atender este tipo de casos “cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez competente”, omitiendo por completo el esclarecer algunos puntos importantes.

Por ejemplo, no establece si dicha solicitud sólo puede provenir de una persona indígena o si también la puede hacer alguien que no es parte de la comunidad (García Ramírez 2018, 649); no señala de forma clara cuál es el procedimiento que deberá seguirse en dichas situaciones; no determina quién es el supuesto “juez competente” ante el cual acudir, y tampoco señala si existirá algún tipo de coordinación o diálogo intercultural con el pueblo indígena involucrado.

Por otro lado, el artículo 420 del CNPP señala en sus últimas líneas que las jurisdicciones indígenas no tienen competencia para resolver delitos que prevén prisión preventiva oficiosa. Por lo tanto, al ser ésta una limitación material a su competencia, si una persona indígena llegara a realizar un acto ilícito dentro de estos supuestos, deberá someterse a un sistema jurídico estatal.

Para abordar este último punto, me limitaré a señalar algunas de las dificultades que enfrentan las personas indígenas cuando son obligadas a someterse a dichas jurisdicciones.

En México persiste un alarmante contexto en el cual las personas indígenas imputadas en procesos penales sufren de inconsistencias y violaciones a su debido proceso, pues no reciben información sobre sus derechos humanos de forma inmediata y culturalmente adecuada, existe una insuficiencia de intérpretes o traductores que les apoyen durante el proceso y pocos defensores que hablen su lengua para ejercer una defensa técnica (CNDH 2018; Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015, párrafo 256).

En ese sentido, los datos demuestran que el Instituto Federal de Defensoría Pública tiene la posibilidad de cubrir una defensa penal en 34 lenguas indígenas, sin embargo, esta cantidad no es suficiente, pues en el Estado mexicano existen aproximadamente 68 lenguas con sus diversas variantes; es decir, “por cada 600,000 habitantes indígenas hay sólo un defensor público federal” (Saúl y Rosario 2017).

Asimismo, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados ha señalado que deben tomarse acciones urgentes para garantizar el derecho de las personas indígenas a un debido proceso desde su detención y a lo

largo de éste, siendo la falta de intérpretes una de las inconsistencias más graves (Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, Más de 8 mil indígenas en la cárcel por falta de traductores en México 2019).

Es el caso, por ejemplo, de Teresa González, Iberta Alcántara y Jacinta Francisco, tres indígenas hñähñu, quienes fueron acusadas por haber secuestrado a 6 agentes federales, delito que en realidad nunca cometieron. Su detención fue hecha sin apego a la ley y en el proceso penal al que fueron sometidas no se les proporcionó traductores, intérpretes y tampoco fueron admitidas las pruebas que comprobaban su inocencia (véase Centro Prodh).<sup>20</sup>

Lo anterior tuvo como consecuencia que fueran sentenciadas a una pena de prisión por 21 años, permaneciendo en un centro penitenciario por 1335 días, hasta que recibieron apoyo legal del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro Prodh) y finalmente fueron liberadas, recibiendo a su vez una disculpa pública por la Procuraduría General de la República (Castillo 2017; García Jacobo 2017).

Esta situación ha generado que organismos internacionales se pronuncien al respecto, al señalar que los índices de personas indígenas que se encuentran en centros penitenciarios son desproporcionadamente altos debido a la discriminación que padecen en los procedimientos judiciales penales de las jurisdicciones estatales (CDHNU 2013, 43).

Por lo tanto, es evidente que además de obligar a las personas indígenas a someterse a un sistema jurídico estatal totalmente ajeno a su identidad cultural, valores y tradiciones, también sus derechos humanos son transgredidos en dichos procesos penales, dejándolos sin seguridad jurídica.

Lo anterior demuestra la necesidad de generar una verdadera transformación institucional del sistema jurídico del Estado para que sea realmente pluricultural. Asimismo, cuestiona su efectividad para garantizar los derechos de las personas indígenas y reafirma la libertad que se les debe dar para resolver sus conflictos internos por medio de sus propios sistemas jurídicos, los cuales son cercanos a ellos y claramente, culturalmente apropiados.

---

<sup>20</sup> Cfr. Centro Prodh, Alberta Alcántara y Teresa González. Disponible en <http://centro-prodh.org.mx/casos-3/alberta-alcantara-y-teresa-gonzalez/>

## VII. CONCLUSIONES

Después de haber analizado el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos y diversas características que constituyen algunos de ellos, mencionaré algunas conclusiones:

En primer lugar, el derecho a su libre determinación y autonomía son la base fundamental sobre la cual surge el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos.

Es así como en el artículo 2o. de la CPEUM se reconoce que el Estado mexicano tiene una “composición pluricultural sustentada originalmente es sus pueblos indígenas”, e introduce a su vez el principio de pluralismo jurídico, el cual debería permitir la coexistencia entre diversos sistemas jurídicos en un mismo Estado. Sin embargo, al analizar dicho artículo, se encontraron algunas cuestiones que resultaría adecuado solucionar:

- 1) La CPEUM establece que la validez de los sistemas jurídicos indígenas será hecha por otras autoridades y tribunales competentes, cuando ésta tendría que ser dada por el propio reconocimiento constitucional.
- 2) Las constituciones de cada entidad federativa de la república varían en cuanto al reconocimiento que les dan a los sistemas jurídicos indígenas, provocando una falta de certeza jurídica a su derecho de mantenerlos y desarrollarlos conforme a su identidad cultural.
- 3) Antes de determinar en algún caso si los sistemas jurídicos indígenas respetaron los límites que establece la Constitución, siendo éstos los derechos humanos, debe hacerse una traducción intercultural que tome en cuenta su cosmovisión particular e identidad. Para ello, una sugerencia es que debería existir de forma expresa en el texto constitucional o en alguna ley secundaria un procedimiento a seguir que sea claro e intercultural.
- 4) En el caso de existir un conflicto de competencia entre jurisdicciones, debería llevarse a cabo una coordinación pronta y adecuada que haga posible un diálogo intercultural basado en la igualdad y respeto entre culturas, con el objetivo de garantizar su convivencia, transformar sus relaciones y estructuras sociales.

Por otro lado, al analizar los elementos que conforman algunos sistemas jurídicos indígenas en México, se llegó a la conclusión de que éstos obedecen a su propia cosmovisión, principios y tradiciones. Por lo tanto, éstos deben ser respetados, ya que fueron construidos a partir de su identidad cultural, diferencias históricas y contextos sociales propios. Además de ser idóneos para restaurar la armonía y el tejido social de su comunidad.

Intentar asimilarlos, encuadrarlos o pretender que sus características sean las mismas que tiene el debido proceso del sistema jurídico estatal, violaría sus derechos constitucionales y convencionales a la libre determinación y a la autonomía, además iría en contra de los principios que sustentan un Estado pluricultural como lo es México.

Asimismo, en materia penal es un progreso que los sistemas jurídicos indígenas sean reconocidos en el nuevo CNPP; sin embargo, dicho avance resulta insuficiente por los siguientes motivos:

- 1) Establece requisitos desproporcionales a los sistemas jurídicos indígenas para que puedan resolver casos en la materia.
- 2) Es omiso en señalar procedimientos de coordinación o diálogos interculturales entre jurisdicciones, para aquellos casos en donde se alegue que la resolución de un sistema jurídico indígena ha violado algún derecho humano.
- 3) Por último, al restringir la competencia de los sistemas jurídicos indígenas respecto a delitos que prevén prisión preventiva oficiosa, obliga a las personas indígenas a someterse a la jurisdicción estatal, en la cual continúan sufriendo violaciones a sus derechos humanos y en la mayoría de los casos se encuentran privadas de la libertad por dichas inconsistencias.

Es claro que los derechos a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas no nacieron para limitarse a quedar enunciados en constituciones, instrumentos internacionales y leyes. Por lo tanto, el derecho que tienen de mantener sus propios sistemas jurídicos debe respetarse por las autoridades estatales sin cuestionar su idoneidad, validez o legitimidad.

Para lograrlo, es necesario que se impulsen nuevas formas de relacionarse entre seres humanos, se reconozcan las diferencias históricas presentes en la sociedad y exista la apertura a escuchar y aprender de otras

realidades. Sólo de esta forma se podrá erradicar la discriminación y subordinación histórica que han sufrido los pueblos indígenas en México, así como la negación de sus derechos.

Finalmente, resulta esencial comprender y aceptar que existen otras formas de brindar justicia que, a pesar de parecer muy diferentes a las nuestras, son igual de válidas y legítimas. Pues tal como lo ha señalado de forma acertada el reconocido sociólogo Boaventura de Sousa Santos, los sistemas jurídicos indígenas son “todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones propias. Tienen una historia muy larga y una memoria igualmente bastante prolongada, constituida por mucho sufrimiento, pero también por muchísima resistencia hasta el presente” (de Sousa 2012, 22).

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### *Libros y documentos académicos*

- ARAGÓN, Orlando y COLOR, Marycarmen. 2013. “Comentario al artículo 2o. constitucional”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Cristian (coords.). *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. México. SCJN. UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fundación Konrad Adenauer.
- ARAGÓN, Orlando. 2007. *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México: la reforma del artículo 4 constitucional de 1992*. Morelia. Universidad michoacana de San Nicolas de Hidalgo.
- BAZURCO, Martín y EXEN, José. 2012. “Bolivia: justicia indígenas en tiempos de plurinacionalidad”. SOUSA SANTOS, Boaventura de y EXENI, José (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturales en Bolivia*. Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. 1989. “Debido proceso legal”. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México. Porrúa- UNAM.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. 2002. *Introducción al estudio del derecho*. 53a. ed. México. Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2012. *El debido proceso: criterios de la jurisprudencia interamericana*. México. Porrúa.



- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2018. *El procedimiento penal: Constitución y Código Nacional*. México. Porrúa-UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. 2015. "Prologo". MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coords.). *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*. México. UBIJUS.
- ROBLES ZAMARRIPA, José Ricardo. 2015. "Una mirada a los derechos humanos desde la interculturalidad y los diálogos interculturales: un punto de partida hacia la igualdad profunda". *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*. Nueva Época 3.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis. 2015. "Sistemas jurídicos". FABRA ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2 vols. México. UNAM: Instituto de Investigaciones.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. 2018. "El sentipensar indígena y su justicia". LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. México. SCJN.
- LÓPEZ SARABIA, Tomás. 2018. "El ejercicio del pluralismo jurídico en el sistema jurídico mexicano". LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. México. SCJN.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. 2003. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad persona, debido proceso y recurso judicial*. Chile. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Centro de Derechos Humanos.
- MENDÍA SOTO, Honorio. 2018. "La justicia oral y comunal o'dam: un análisis desde los principios de vida y directrices jurídicos". LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. México. SCJN.
- MUÑOZ DE LA CRUZ, Maximino. 2018. "Justicia indígena Wizarika". LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. México. SCJN.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. 2012. "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad". Boaventura de Sousa Santos y Exeni, José. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturales en Bolivia*. Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala.



- SOUSA SANTOS, Boaventura de. 2014. *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. trad. de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Colombia. Colección de Justicia.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblo indígenas*. México. SCJN.
- SIERRA, María Teresa. 2005. “Derecho indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad”. *Revista IIDH* 41.
- SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. 2004. “La jurisdicción especial indígena ante la corte constitucional”. ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.). *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho. XII Jornadas Lascasianas*. México. UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SIRVENT, Consuelo. 2006. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. 8a. ed. México. Porrúa.
- VÁSQUEZ GUTIÉRREZ, Juan Pablo. 2013. “Multiculturalismo y diálogo intercultural”. *IBERO, Revista de la Universidad Iberoamericana* 24.
- WALSH, Catherin. 2009. *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Abya-Yala.
- WALSH, Catherine. 2019. “Interculturalidad crítica y educación intercultural”. *Construyendo interculturalidad crítica*. La Paz. Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello.

### *Legislación nacional*

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Constitución de Aguascalientes.  
Constitución de Baja California.  
Constitución de la Ciudad de México.  
Constitución de Coahuila de Zaragoza.  
Constitución de Guanajuato.  
Constitución de Michoacán de Ocampo.  
Constitución de Nayarit.  
Constitución de Nuevo León.  
Constitución de Tamaulipas.  
Constitución de Yucatán.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 619-650.

Constitución de Zacatecas.  
Código Nacional de Procedimientos Penales.  
Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Yucatán.  
Ley de Derechos y Cultura indígenas del Estado de Chiapas.  
Ley Reglamentaria del artículo 9 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena.

*Decisiones de tribunales nacionales mexicanos*

Amparo en revisión 123/2002, 4 de octubre de 2002. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala.  
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Expediente SUP-JDC-9167/2011, 2 de noviembre de 2011.

*Legislación y decisiones de tribunales nacionales*

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0234/2016-S3, 19 de febrero de 2016.  
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 7-349/96, 8 de agosto de 1996.  
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97, 1997.  
Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia N 113-14-SEP-CC Caso N. 0731-10-EP, 2014.

*Documentos internacionales*

Sistema universal de protección de derechos humanos (ONU)  
Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.  
Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.  
Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

### *Declaraciones internacionales*

- Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2003. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Misión a México, E/CN.4/2004/80.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2013. Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/EMRIP/2013/2.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2015. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, Doc. ONU A/70/301/.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2017. Informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en México.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2018. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, los pueblos indígenas y el autogobierno, Doc. A/73/17.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2018. Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas Victoria Tauli-Corpuz, Ciudad de México.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. 2010. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Pueblos Indígenas: desarrollo con cultura e identidad a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, E/C.19/2010/17.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. 2003. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a México, E/CN.4/2004/80/Add.2.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2008. El reconocimiento legal y vigencia de los Sistemas Normativos Indígenas en México.

- Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos. 2016. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG//RES.2888 (XLVI-O/16).
- Unión Africana. 1981. Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Situación de derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II Doc.44/15.

*Casos contenciosos*

- Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2001, serie C, núm. 71.
- Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74.
- Corte IDH, Caso Yatama *vs.* Nicaragua, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.

*Opiniones consultivas*

- Corte IDH. 1987. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87, serie A, núm. 9.

*Votos sobre los casos*

- Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la OC-16/99 sobre El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, del 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16.

*Otros documentos*

- CASTILLO GARCÍA, Gustavo. 2017. “Disculpa pública de PGR a tres indígenas detenidas injustamente”. *La Jornada*. [https://elpais.com/internacional/2017/02/21/mexico/1487681298\\_217747.html](https://elpais.com/internacional/2017/02/21/mexico/1487681298_217747.html).
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2018. “Informe anual de actividades 2018: personas indígenas en reclusión”. <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=40097>.
- COLMENARES, Ricardo. 2006. “El derecho consuetudinario indígena en Centro y Sur de América: el caso Venezuela”. *Frónesis* 3(13).
- Centro Prodh, Alberta Alcántara y Teresa González. <http://centroprodh.org.mx/casos-3/alberta-alcantara-y-teresa-gonzalez/>.
- Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe. 2019. *Más de 8 mil indígenas en la cárcel por falta de traductores en México*. <https://www.filac.org/wp/comunicacion/actualidad-indigena/mas-de-8-mil-indigenas-en-la-carcel-por-falta-de-traductores-en-mexico/>.
- GARCÍA, Jacobo. 2017. “No sólo queremos perdón, exigimos respeto como indígenas”, *El País*. [https://elpais.com/internacional/2017/02/21/mexico/1487681298\\_217747.html](https://elpais.com/internacional/2017/02/21/mexico/1487681298_217747.html).
- INPI-INALI. *Atlas de los pueblos Indígenas en México*. <http://atlas.cdi.gob.mx/>.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. 2008. “Legalidad y legitimidad del sistema jurídico indígena en el marco del pluralismo jurídico”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XII: *Ministerio Público, contencioso administrativo y actividad jurídica*. México. UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SAÚL, Lilia y ROSARIO AVENDAÑO, Olga. 2017. “México tiene 8,000 indígenas en prisión sin condena”. *Animal Político y Univisión*. <https://www.animalpolitico.com/2017/04/mexico-8000-indigenas-prision-sin-condena/>.
- SHWANT DURÁN, John. 2005. “La costumbre jurídica de los pueblos mayas”. *Revista IIDH*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-10.pdf>.

## UNA POLÍTICA PÚBLICA PARA LA OPTIMIZACIÓN DE LA CALIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LATINOAMÉRICA\*

### *A PUBLIC POLICY FOR OPTIMIZATION OF THE QUALITY OF FAMILY MEDIATION IN LATIN AMERICA*

Isabel Ximena GONZÁLEZ RAMÍREZ\*\*

Bastían CUEVAS CAMPOS\*\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo trata de una política pública que utiliza una validada metodología empírica para optimización de la calidad de los servicios de mediación familiar que presta el Estado de Chile, como modelo a seguir para los países de Latinoamérica. Ello se ha venido implementando durante los últimos siete años, mediante investigaciones experimentales que sirven para la evaluación y formación de los mediadores. El uso de esta metodología cualitativa y cuantitativa ha ido mejorando sus procedimientos e instrumentos de medición de la calidad año con año, permitiendo al Estado chileno ofrecer soluciones sustenta-

**ABSTRACT:** *This article deals with a public policy that uses a validated empirical methodology to optimize the quality of family mediation services provided by the State of Chile, which is a role model for Latin American countries. Experience that has been implemented, during the last seven years, through experimental research that serves for the evaluation and training of mediators. The use of this qualitative and quantitative methodology, has been improving its procedures and instruments of quality measurement year by year, allowing the Chilean State to offer sustainable solutions over time through high quality mediation processes, which evaluates the use of techniques in each of the components that make up each stage of the mediation process.*

---

\* Recibido el 20 de enero de 2020; aprobado el 12 de octubre de 2020.

Investigación realizada por el Centro de Mediación de la Universidad Central de Chile en 2018 y 2019.

\*\* ORCID 0000-0001-6845-8198. Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctora en Derecho Universidad de Buenos Aires y Docente Asociada Regular Derecho Penal, Facultad de Derecho y Humanidades Universidad Central, Mediadora de la Cámara de Comercio. Correo electrónico [ogonzalezr@ucentral.cl](mailto:ogonzalezr@ucentral.cl).

\*\*\* ORCID 0000-0002-9796-1750. Sociólogo, Magister (c) en Docencia para la Educación Superior de la Universidad Central de Chile, Coordinador de Carreras Técnicas, docente titular Carreras Técnicas. Correo electrónico [bastian.cuevas.campos@gmail.com](mailto:bastian.cuevas.campos@gmail.com).

bles en el tiempo por medio de procesos de mediación de alta calidad, que evalúan el uso de técnicas en cada uno de los componentes que integran cada etapa del proceso de mediación.

**Keywords:** *public policy, methodology, quality, family mediation.*

**Palabras claves:** política pública, metodología, calidad, mediación familiar.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunos antecedentes sobre la supervisión de la calidad de la mediación familiar en Iberoamérica.* III. *Política pública sobre la calidad de la mediación familiar licitada en Chile.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo trata sobre una política pública usada para abordar colaborativamente los conflictos jurídicos de familia en Chile. País donde se ha ocupado durante los últimos siete años, una innovadora metodología empírica, para la selección y evaluación de la calidad de los mediadores familiares licitados, que prestan servicios al Estado, implementada por medio de un proceso continuo de investigación (Gonzalez, Valdebenito y Fuentealba 2018), que sirve también como un desafío a los mediadores para mejorar la calidad de sus procesos de gestión colaborativa de estos conflictos y que es una buena práctica a seguir en Latinoamérica.

Para efectos de diseñar esta metodología de tipo cualitativa y cuantitativa, se ha usado un tipo de investigación denominada de desarrollo experimental, que consiste en aprovechar los conocimientos obtenidos de la investigación y experiencia práctica para poner en marcha nuevos procesos o sistemas para la mejora sustancial de los servicios existentes (Cervajal L. 2013).

“La calidad del servicio de mediación familiar, ha avanzado en forma progresiva en la última década, lo que se ha logrado a través de la aplicación de esta política pública de supervisión de la calidad en los procesos de mediación, la que se ha incorporado por medio de métodos objetivos, aplicados de forma sistemática y uniforme en todo el país” (González 2018). Permite la validación de este mecanismo y una percepción favorable de los usuarios sobre ella, respecto a la forma como se sintieron

tratados, como mejoraron sus relaciones interpersonales entre las partes y resolvieron el conflicto, según los estudios de percepción de usuarios, realizados anualmente, el último de CADEM 2017.<sup>1</sup>

Ahora bien, si comparamos las diversas aplicaciones de este sistema a lo largo de siete años consecutivos, es posible afirmar que los resultados del Índice General de la Evaluación de la calidad del proceso de mediación familiar (en adelante ECAME) se mantienen en calidad alta, con una tendencia al alza de los valores que alcanzan los mediadores familiares licitados en procesos de familia (González, Valdebenito y Fuentealba 2018). La última medición se concentra en calidad alta con un estándar nacional de 74%, el que baja en relación a la medición anterior, lo que se explica dado que el número de evaluados es casi el doble (el año 2013 aplicado a 270 mediadores, obtiene un puntaje medio de 68 puntos ECAME; en 2016, aplicado a 243 mediadores, con promedio ECAME 79, y en 2018 a 504 mediadores, promedio ECAME 74) (González y Cuevas 2020).

En 2004 con la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, se incorpora la mediación en forma legal en Chile, la que con la entrada en vigencia de la Ley 20.286 de 2008, se hace previa y obligatoria para las partes el intentar antes de la interposición de una acción judicial en materia de familia referida a los alimentos, cuidado personal y relación directa y regular<sup>2</sup> (González, Valdebenito y Fuentealba 2018), un acuerdo por medio de un proceso de mediación (Stein 2015), la que también opera en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, establecidas en el artículo 106 de esta ley (Acuña 2011).

Sin embargo, los primeros años de su implementación, existía una mala percepción de la calidad de los servicios que prestaban los media-

---

<sup>1</sup> CADEM, diciembre 2017, “Diseño, aplicación y análisis de Encuesta de Satisfacción de Usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar”. Disponible en [https://www.mediacionchile.cl/media/2017/03/Informe-Final-Mediacion-Familiar-2016\\_CADEM\\_VE.pdf](https://www.mediacionchile.cl/media/2017/03/Informe-Final-Mediacion-Familiar-2016_CADEM_VE.pdf).

<sup>2</sup> La mediación familiar ha sido definida como: “Un proceso de resolución de conflictos regulado por principios dogmáticos y legales en el cual, un(a) mediador(a) imparcial, genera comunicación efectiva y constructiva entre las partes y promueve la participación igualitaria, autónoma y responsable en la búsqueda de soluciones a conflictos familiares, facilitando la generación de acuerdos construidos desde las partes interesadas con recíproca satisfacción subjetiva”. Informe Final definitivo, Auditoría externa para la evaluación de la calidad de los procesos de mediación familiar, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011.



dores licitados, tanto desde la ciudadanía como de los abogados y jueces (Muñoz 2015). Razón por la que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, llevó a cabo en 2011, por la Universidad Católica de Valparaíso y del 2012 hasta la fecha, por la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile, siete estudios, que contienen investigaciones aplicadas y experimentales para la evaluación y supervisión de la calidad en los servicios de los mediadores familiares licitados, se creó para estos efectos los instrumentos necesarios para medir y comparar los distintos componentes propios de la calidad en los procesos de mediación familiar de cada mediador, centro de mediación y región del país, retroalimentando la gestión de sus actores, con el propósito de mejorar la calidad del servicio que se otorga a la ciudadanía (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Sistema que actualmente no sólo se ocupa para la supervisión sino también para la selección de los nuevos mediadores, que prestan estos servicios al país por los próximos cuatro años.

Los resultados de las evaluaciones han permitido retroalimentar a sus operadores y orientar espacios de formación focalizados por zonas del país, según las carencias que se manifiestan en cada localidad. Capacitaciones que se han realizado mediante talleres participativos de aprendizaje entre pares, compartiendo buenas prácticas mediadoras con una modalidad de aprendizaje-acción (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

En este contexto y considerando que la mediación en América Latina es un mecanismo de política pública importante en materia de derecho de familia (Preyer 2016), requiere implementarse metodologías para supervisar y mejorar en forma continua la calidad del servicio que se presta y para la selección de los mediadores que deben guiar estos procesos, razón por lo que surge el siguiente planteamiento del problema: ¿cuáles son los principales elementos que sostienen la política pública en Chile, para evaluar la calidad de los servicios de mediación licitada en materia de familia, por medio de la aplicación de una metodología de desarrollo experimental, que componentes mide y cuáles son sus resultados?

Este estudio se plantea una hipótesis en los siguientes términos: los principales elementos de una política pública para mejorar la calidad de los servicios de mediación licitada en materia de familia, son el mantener un sistema permanente y uniforme de selección y evaluación de la calidad de los mediadores que prestan servicios públicos, por medio de un

sistema participativo, centrado en los componentes más relevantes de este mecanismo, como son la legitimación de la mediación, con dimensiones propias de la comunicación, participación y gestión del conflicto y el componente de acogida y contención de emociones, que son los que presentan mayor complejidad en su desarrollo (Gonzalez y Cuevas 2020). Por medio de la sostenida aplicación de una metodología de desarrollo experimental cuyos procesos e instrumentos están en permanente actualización, con un sistema de enseñanza aprendizaje entre pares (Gonzalez, Valdebenito y Fueatealba 2018), que ha entregado resultados que permiten expectativas optimistas respecto a la mejora continua del proceso de mediación familiar en el ámbito público.

El objetivo de este artículo es analizar los principales parámetros de la política pública, los componentes que son evaluados para medir la calidad de los servicios de mediación familiar licitada en Chile y sus resultados, los que pueden considerarse dignos de ser utilizados como modelo en otros países de Latinoamérica.

Para lograr este objetivo se utilizó un diseño exploratorio con una metodología empírica, que da cuenta de los resultados de dos investigaciones realizadas en 2018, por el Ministerio de Justicia y el Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Central de Chile, a todo el universo de mediadores familiares licitados en Chile, que dan claridad acerca de los componentes de los procesos de mediación familia más complejos de aplicar, en las distintas etapas y mediante el uso de técnicas avanzadas y propias de este mecanismo.

La estructura de este artículo se inicia con un apartado que describe someramente la política pública empleada en algunos países de Latinoamérica y en Chile para mejorar la calidad de la mediación familiar licitada. Luego continúa con los más importantes componentes que se miden en el instrumento utilizado para la evaluación de la calidad de la mediación familiar y termina dando cuenta de los resultados que se han obtenido en los ítems seleccionados como los más relevantes en el proceso de medición de la calidad de la mediación y termina con algunas conclusiones obtenidas de este estudio.

Finalmente, podemos señalar que este estudio es relevante, ya que da a conocer una interesante política pública que aplica en forma sostenida una metodología validada para evaluar y mejorar la calidad de los procesos de mediación familiares en el país y seleccionar a los mejores profesionales

para realizar esta función pública, se analizan los componentes que forman parte de las etapas del proceso de este mecanismo. Estudio que puede servir como una etapa previa a otras investigaciones que puedan abordar su aplicación en otras latitudes de Latinoamérica.

## II. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE LA SUPERVISIÓN DE LA CALIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN IBEROAMÉRICA

El análisis del estado arte en materia de supervisión y mejoramiento de la calidad en mediación familiar, da cuenta de que en Iberoamérica se conocen pocas experiencias en profundidad sobre la materia, especialmente que cuenten con sistemas estandarizados de evaluación de la calidad aplicados en el ámbito nacional en forma permanente (González 2018).

Ahora bien, sólo a modo de ejemplo, podemos señalar que en países como Argentina (González 2018), su regulación normativa alude a competencias que deben presentar los mediadores familiares, tales como el saber escuchar, tener una capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de una problemática familiar, hábil en la comunicación, neutral, imparcial, actuar confidencial y éticamente y ser creativo, entre otras (García y Aguilera 2009). También en ese país ha implementado el Estado, por medio de las Defensorías del Pueblo, un sistema de acompañamiento interno a los equipos de mediadores públicos, destinado a fortalecer las competencias jurídicas de atención y el trabajo en equipos multidisciplinarios, para la atención sistémica e integrada de las causas recibidas (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

También en Brasil (Resolución 125 de 2010), donde recientemente se ha implementado el sistema de mediación anexo a los tribunales, la supervisión de la atención de los casos mediados está integrado desde el inicio como mecanismo de control y de aseguramiento de la calidad, al incorporarlo como horas de trabajo de co-mediación y de observación por expertos en sala, sin contar hasta ahora con estudios sobre los instrumentos utilizados (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Por otra parte, en el caso de Guatemala (González, Valdebenito y Fuentealba 2018), existe una investigación que versa sobre la observación de casos de mediación y aplicación de una guía de observación que da cuenta de la calidad de procesos de mediación en 14 casos observados, du-

rante un lapso de 20 días aproximadamente, la que arroja como resultado un parcial cumplimiento de las funciones mediadoras, recomendando la incorporación de sistemas de monitoreo y evaluación efectiva y permanentes (Fernández y Colt 2013).

En España, se realizan procesos de supervisión que contemplan trabajo clínico y análisis de casos (Migrainfo 2008), en materia de mediación comunitaria más que en el área familiar. También en diversas comunidades autónomas de este país, tales como Cataluña, Valencia, Galicia, entre otras, se ha regulado la mediación por recomendación del Consejo de Europa a partir del 16 de septiembre de 1986, como vía alternativa para prevenir y reducir la excesiva carga de los tribunales de justicia (Lopez 2012), y no como una mejor manera de abordar un conflicto de familia (González 2018) lo que nos hace plantearnos la relevancia que se le da a la calidad en dichos procesos.

Finalmente, el cuestionamiento acerca de la calidad de los procesos de mediación en Latinoamérica se ha iniciado con reflexiones teóricas, como es el caso de la de Brandoni, quien plantea interrogantes como: ¿qué mecanismos pueden utilizarse para cuidar y mejorar la calidad de la tarea del mediador?, ¿cómo se establecen los estándares de calidad?, ¿quién y cómo se mide la calidad del servicio de mediación y la tarea de los mediadores? (Brandoni 2011), presenta propuestas en líneas generales, apropiadas para que cada uno de los operadores de justicia, diseñen e implementen mecanismos acordes a su ejercicio profesional, lo que da cuenta de una carencia de sistematicidad en el abordaje de la calidad de aquellos procesos de solución colaborativa de conflictos jurídicos familiares en gran parte de los países (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

### III. POLÍTICA PÚBLICA SOBRE LA CALIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR LICITADA EN CHILE

En Chile, en 2004 con la Ley 19.968, al incorporarse la mediación en los procesos de familia, se creó un Sistema Nacional de Mediación licitado, para garantizar la calidad del ejercicio profesional de los mediadores, cuya gestión y administración corresponde a la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos —en adelante MINJU— (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Con este objeto también se crea un Registro de Mediadores Familiares, en donde deben inscribirse con requisitos de profesión, formación teórica y práctica en mediación y una oficina adecuada, los profesionales que quieran ejercer como mediadores en el ámbito de familia (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Para seleccionar a los mediadores licitados, el Ministerio de Justicia ha establecido, además de su inscripción en el Registro de Mediadores, pruebas de conocimientos aplicadas a nivel nacional y un examen psícolaboral, para evaluar que el perfil del mediador (González 2018), su inteligencia emocional, su equilibrio emocional y características de personalidad sean acordes para desempeñar esta tarea.

Para garantizar una adecuada cobertura de estos servicios en el ámbito nacional, desde 2006 a la fecha, en Chile, ha venido operando un sistema de licitaciones destinadas a la contratación de los servicios de mediadores familiares (González, Valdebenito y Fuentealba 2018), los que otorgan servicios al 87% de la población en esta materia (Correa 2014, 119).

Junto con este conjunto de acciones técnicas, se han sumado otros procesos destinadas a la supervisión de la calidad del servicio prestado por los mediadores licitados, con el fin de evaluarlos y perfeccionarlos, con miras a alcanzar estándares adecuados de calidad (Correa 2014, 119).

Entendemos por mediación familiar en este estudio, el concepto de John Rawls: “Un proceso de resolución de conflictos regulado por principios dogmáticos y legales en el cual, un(a) mediador (a) imparcial, genera comunicación efectiva y constructiva entre las partes y promueve la participación igualitaria, autónoma y responsable en la búsqueda de soluciones a conflictos familiares, facilitando la generación de acuerdos construidos desde las partes interesadas con recíproca satisfacción subjetiva” (Rawls 2002).

Adicionalmente, comprendemos la calidad del proceso de mediación, como la ha definido González, Valdebenito y Fuentealba (2018) como evaluación hecha por las partes durante la prestación del servicio, valorando la calidad como resultado, juzgada por el consumidor después de la prestación del servicio. Se refiere a la evaluación de competencias y destrezas del mediador, que permitan obtener resultados que dan mayor satisfacción final a los usuarios y operadores (González 2018). Cuyo control según algunos, es difícil de determinar con parámetros cuantitativos y

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 651-684.

estadísticos (Aguilar 1994). Y por calidad técnica, la formación y la acreditación profesional y funcional respecto a las normas del proceso a códigos deontológicos y éticos (Lehtinen, U. y Lehtinen J. R. 1982).

Esta política pública en Chile se inicia a propósito de que existían, desde 2004, dudas acerca de la calidad de los servicios de mediación familiar licitada que ofrecía el Estado.<sup>3</sup> Lo que cobra especial relevancia cuando en 2008 con la Ley 20.286 se modificó con la Ley 19.968, convirtiendo este mecanismo en previo y obligatorio para las partes, antes de la interposición de una acción judicial referida a los alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, cuyo acuerdo aprobado por el Tribunal de Familia es equivalente jurisdiccional a una sentencia (García y Aguilera 2009), con lo que este proceso compromete no sólo los servicios del Poder Ejecutivo en el país, sino también los del judicial (González 2018).

Así, en 2011 se comenzó a aplicar en todo Chile una metodología aplicada para el logro de un sistema permanente de supervisión clínica y mejoramiento continuo de la calidad de la mediación familiar.

Metodología de carácter cuantitativa y cualitativa denominada: “Evaluación de la calidad del proceso de mediación familiar” (ECAME). Para lo que se elabora y prueba este instrumento denominado de la misma manera.

La pauta llamada ECAME permite valorar conductas y competencias definidas *a priori*, que deben ser realizadas en el proceso de mediación por los mediadores licitados, la que se logra mediante una observación participante (Stein 2015).

Dicha supervisión, es aplicada de manera uniforme e igualitaria a todos los evaluados, la que es seguida de una autoevaluación del mediador, retroalimentación del supervisor y la entrega posterior de un completo informe sobre su proceso de mediación videograbado, para que el mediador observe su desempeño y finalmente un taller participativo (González 2018), útil para uniformar competencias y fortalecer algunas falencias observadas con cápsulas audiovisuales en que se transmiten buenas prácticas mediadoras (Muñoz 2015).

---

<sup>3</sup> Universidad de Concepción, Estudio Calidad del Servicio de Mediación Licitado por el Ministerio de Justicia. [http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/pub\\_estadisticas.aspx](http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/pub_estadisticas.aspx) (consultado en enero de 2018). Véase <http://mediacionchile.cl>, donde se encuentran las distintas auditorías de evaluación de satisfacción del usuario en mediación, realizadas desde el 2006 en adelante.

Luego de efectuada la supervisión se sistematizan los resultados obtenidos, construyendo informes evaluativos por cada zona, que son analizados estadísticamente y valorados cualitativamente mediante una metodología de carácter mixta, que interpreta los resultados de la supervisión, seleccionándolos por género, mediador, centro de mediación, zona de licitación y por región y un Índice de Gestión de la Calidad de la Mediación, total y por componente, compuestos por ítem que describen las competencias que se espera se desplieguen por los mediadores licitados (González, Valdebenito y Fuentealba 2018). También, se incorpora un enfoque cualitativo en el tratamiento de los diversos aspectos observados en la supervisión, en sus distintas etapas de trabajo clínico (González 2018).

Junto a los análisis ya mencionados, se generó una variable ordinal de resultado del Índice de Gestión de la Calidad de la Mediación (IGCM). Para la correlación entre las variables dependientes y tamaño de centro (González, Valdebenito y Fuentealba 2018), se utilizó el coeficiente Rho de Spearman, adecuado para establecer el grado de correlación entre una variable cuantitativa continua (índices) y una variable ordinal (porte centro) (Hernández 2003).

Finalmente, todos los años se realiza una propuesta de mejoramiento del instrumento y del proceso ECAME, para lo que se sistematizan las opiniones de los supervisores sobre el instrumento y procedimiento de evaluación y sobre la práctica mediadora, lo que se entrega en un informe al MINJU en el que se consolida la información recogida, analizada y procesada durante la investigación aplicada, incorpora los resultados a nivel nacional, el IGCM y las conclusiones (González 2018) y (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

## 1. Método

El ECAME es una metodología compleja, que evalúa el proceso de mediación considerando los componentes de proceso, en sus aspectos técnicos y éticos, con un instrumento validado metodológicamente y por expertos, que es posible de aplicar en cualquier etapa del proceso de mediación e implementar en forma masiva a todos los mediadores en ejercicio, los que participan en este proceso por un periodo de 120 minutos (González 2018 y González, Valdebenito y Fuentealba 2018) siendo evaluados



por un equipo interdisciplinario de mediadores expertos, tanto del sector privado como del público, que actúan como supervisores (Beloff 2010).

## 2. *Participantes*

La última aplicación de la metodología ECAME que da origen a la presente investigación se desarrolló durante 2018, en la cual 505 mediadores y mediadoras en total rindieron la evaluación, como una de las etapas del proceso de selección, que se realiza para desempeñarse como mediador licitado, los próximos cuatro años, obteniendo un promedio general de 74,29 de puntaje.

## 3. *Instrumento*

La metodología empleada en el estudio fue de carácter cuantitativa a partir del instrumento denominado Evaluación de la Calidad de la Mediación, el cual representa un mecanismo sistemático y validado, el cual permite calcular un índice de calidad del mediador/a, por medio de la observación *in situ* de tres especialistas externos.

Esta metodología define las conductas y los indicadores esperados para una mediación de calidad, el cual corresponde a una pauta de evaluación mediante las observaciones de aplicaciones simuladas de sesiones de mediación (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

El instrumento contiene tres componentes con distintos tamaños y pesos relativos, todos correlacionados y con alta consistencia entre sí, los que suman en total 26 ítems. Los tres componentes que integran el instrumento ECAME no se focalizan en modelos de mediación determinados, con el objeto de dar libertad a los profesionales mediadores para elegir su propio estilo y utilizar el modelo más adecuado al caso concreto en que deben intervenir (González, 2018) y (González, Valdebenito y Fuentealba 2018). Dichos elementos corresponden a (Informe Ministerio de Justicia 2015) y (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Componente número 1, proceso de mediación: concentra un total de 18 ítems, que se agrupan en función de conductas y habilidades que despliega el mediador(a) en la sala de mediación, que dan cuenta del proceso de atención, y se divide en cuatro dimensiones, las cuales son:



- a) Dimensión legitimidad de la mediación, esto dice relación con que el mediador explique correctamente que es la mediación, las características que validan a este mecanismo para resolver conflictos, el rol del mediador en el proceso, los principios que la sustentan (voluntariedad, imparcialidad, equilibrio de poderes, interés superior del niño(a) y adolescente y las condiciones de contexto (tales como indicar que es adecuado obtener asesoría jurídica, normas de comportamiento en la sesión) y alguna información jurídica que la regulan (como temas relativos a los alimentos provisorios, prohibición de mediar cuando hay acciones de violencia intrafamiliar vigentes, entre otras (García y Aguilera 2009).
- b) Dimensión de habilidades comunicativas, evalúa la capacidad del mediador de establecer un clima de confianza y un puente de comunicación entre las partes, usando técnicas como el lenguaje analógico, expresar mensajes en primera persona, el parafraseo que ayuda a entender e interpretar los hechos y actos de las personas de una forma distinta a la que habían venido comunicando hasta ahora, eliminando descalificaciones, agresiones, sustantivaciones, y generalizaciones que impedía encontrar soluciones a los conflictos, los resúmenes que dan contexto a las peticiones de las partes y orientan el estado de avance del proceso. Esto ayudado con otras técnicas como preguntas cerradas, abiertas, indagatorias, reflexivas, hipotéticas y circulares, para abrir el conflicto e ir reconociendo al otro, transformando las posiciones en necesidades de las partes.
- c) Dimensión de participación, que pretende crear un clima de confianza, equilibrar el poder y lograr igualdad entre las partes, por medio de una intervención equilibrada de estas, que le permita al mediador dar circularidad al conflicto, mediante técnicas como preguntas circulares, haciendo ponerse a las partes en el lugar de la otra, de hijos o terceros.
- d) Dimensión de gestión, que pretende gestionar el conflicto entre las partes, distinguiendo claramente cuáles son los puntos de acuerdo y aquellos en que debe trabajarse, ya transformadas las posturas en necesidades mutuas, ofreciendo a veces una historia alternativa y común a la que plantearon las partes por separado, usando técnica de recontextualización o reencuadre, ofreciendo otro ángulo y contexto para mirar el conflicto.

Componente núm. 2, contención de emociones en los mediados: conductas o habilidades que despliega el mediador las referidas a la contención de las emociones, especialmente agresiones de corte psicológico y habilidad emocional (Jiménez 2011), el que utiliza técnicas como la identificación y expresión de la emoción y la re-significación de ésta, dándole un contexto, temporalidad y circunstancias en que se manifiesta, con el objeto de ser entendida adecuadamente y que la otra parte pueda empatizar con ella. Otra técnica muy importante es la legitimación que intenta que las partes se reconozcan mutuamente algunos valores, virtudes o actitudes personales, lo que crea un clima de entendimiento que facilita acuerdos (4 ítems).

Componente núm. 3, búsqueda de posibles acuerdos: se refiere a como el mediador va fortaleciendo la reflexión entre las partes para la posible toma de decisiones respecto del problema que les aqueja. Empleando técnicas como la lluvia de ideas, múltiples opciones, selección de opciones, y aplicar filtros a los acuerdos de las partes para que estos sean sustentables, mediante el uso de técnicas como: agente de realidad y abogado del diablo, entre otras (4 ítems).

En cada componente se incorporan algunos ítems de actitudes coherentes con las políticas públicas,<sup>4</sup> al que corresponden 18 ítems y que abordan elementos como el enfoque de género (Lombardo 2003), aspectos de interculturalidad, identidad sexual, violencia intrafamiliar, presencia de los niños, niñas y adolescentes en la mediación (Villacampa 2012), co-parentalidad (Latrop 2013), y derechos de los niños, niñas y adolescentes (Barcia 2013), las que por su importancia y haber sido validados por expertos, se considera necesario incluirlos como variables, cuyo puntaje no se promedia con los componentes y pueden cambiarse con el tiempo conforme a las orientaciones de las políticas públicas determinadas por el MINJU.

---

<sup>4</sup> En adelante ACPD.

EVALUACIÓN PRÁCTICA DE LOS MEDIADORES (PAUTA ECAME)			
1. <i>Datos de identificación del proceso y del mediador evaluado</i>			
Cada Informe ECAME deberá contener la información mínima del mediador evaluado y proceso supervisado que a continuación se indica:			
Nombre Mediador(a) Evaluado(a)			
		Género mediador(a):	Profesión mediador(a):
Materia(s) de ingreso:	Tipo(s) de sesión(es):	Termina Proceso:	
alimentos <input type="checkbox"/>	Inicial <input type="checkbox"/>	Sí <input type="checkbox"/>	
Cuidado personal <input type="checkbox"/>	De gestión <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
RDR <input type="checkbox"/>	De cierre <input type="checkbox"/>	Termina proceso con acuerdo:	
Otros <input type="checkbox"/>	Conjunta <input type="checkbox"/>	Sí <input type="checkbox"/>	
	Individual <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
<i>Identificación del proceso supervisado</i>			
Fecha : __/__/20__			
Hora Inicio		Hora Término	
Ciudad		Región	

## 2. Instrucciones de aplicación del Instrumento ECAME

Pauta ECAME: Consta de un conjunto de ítems que se deben observar si están presentes durante toda la sesión de mediación en el desempeño del mediador/a quien se esté supervisando. Para ello, se debe marcar al costado de cada ítem, el casillero que mejor representa la presencia de la práctica observada en relación al contexto, conforme a la siguiente tabla.

Esta pauta será aplicada por el Comité ECAME, constituido para estos efectos, posteriormente a la videograbación de la simulación.

Muy frecuente (MF)	si está presente entre el 71 y 100% de lo requerido
Frecuente (F)	si está presente entre el 51% y 70% de lo requerido
Ocasional (O)	si está presente entre el 31 y 50% de lo requerido
Muy ocasional (MO)	si está presente entre el 1 y 30% de lo requerido
Ausencia (A)	si no está presente (0%)

## 3. Composición Pauta ECAME

La Pauta ECAME se compone de 44 ítems agrupados en tres componentes y Actitudes Coherentes con Políticas Públicas. Siendo esta su distribución

Componente núm. 1	18 ítems
Componente núm. 2	4 ítems
Componente núm. 3	4 ítems
Actitudes coherentes con las políticas públicas	18 ítems

4. Pauta ECAME						
I: Proceso de mediación						
Dimensión: Legitimidad		MF	F	O	MO	A
ACTITUDES COHERENTES POLÍTICAS	1. Da igualdad en el tratamiento de los intereses de las partes					
	2. Insta a las partes a decidir si desean permanecer en el proceso de mediación					
	3. Sus intervenciones refuerzan la neutralidad sin manifestar juicios de valor					
	4. Favorece la identificación de todos los aspectos de la temática específica a mediar por las partes					
	5. Favorece la información jurídica para todas las partes.					
	6. Facilita el acceso equilibrado de las partes a instancias de asesoría jurídica.					
	7. El lenguaje No verbal es coherente con los principios de neutralidad, imparcialidad y voluntariedad					
	8. Realiza intervenciones que ponen en relieve las diferencias de género					
	9. Promueve que los adultos responsables consideren las necesidades de los NNA					
	10. Posibilita la participación de NNA en el proceso de mediación conforme a su desarrollo integral					
	11. Promueve el dialogo sobre la participación de ambos padres en la crianza y desarrollo de los hijos/as (co-parentalidad)					

12. <i>Aplica criterios establecidos en leyes y reglamentos que prohíben mediar en caso de que exista VIF</i>							
13. <i>Facilita el conocimiento de las normas sobre alimentos provisionales.</i>							
14. <i>Trabaja conforme a la agenda construida por las partes</i>							

Dimensión: Comunicación	MF	F	O	MO	A
-------------------------	----	---	---	----	---

	1. Presenta un ritmo y tono de voz apropiado durante todo el proceso.						
	2. Pide aclaraciones ante los mensajes confusos o contradictorios emitidos por las partes (preguntas aclaratorias)						
	3. Acompaña con lenguaje analógico sus intervenciones de manera coherente						
	4. Expresa los mensajes en primera persona para apoyar la aclaración de relatos de las partes.						
	5. Cuida que las partes respeten las necesidades propias y la de los otros						
	6. Mantiene permanentemente la distancia física con y entre las partes						
A.C.P.P.	7. <i>Utiliza el parafraseo para acoger las afirmaciones de las partes (parafraseo)</i>						
	8. <i>Resalta los aspectos positivos de los mensajes emitidos por las partes (connotación positiva)</i>						
	9. <i>Propicia la circularidad para la mutua comprensión de los mensajes entre las partes (preguntas aclaratorias o preguntas circulares)</i>						

Dimensión: Participación		MF	F	O	MO	A			
	1. Escucha en forma equitativa a ambas partes, cautelando que sus intervenciones sean equilibradas								
	2. Permite a las partes decidir sobre si desean o no llegar a acuerdos.								
	3. Intenta mantener el equilibrio del tiempo de expresión de las partes durante el proceso								
	4. Respeta el ritmo de trabajo de las partes								
	5. Abre espacios de participación para las partes de acuerdo al momento del proceso								
A C.PP	6. <i>Propicia la reflexión de las partes respecto de los posibles efectos de sus posturas en otros (preguntas circulares)</i>								
Dimensión: Gestión		MF	F	O	MO	A			
	1. Recaba datos relevantes sobre el conflicto real								
	2. Profundiza en temas que se mencionan en el relato de las partes								
	3. Formula preguntas orientadas a la exploración y gestión del conflicto								
A.C.PP.	4. <i>Estimula a entender la situación desde otro contexto (preguntas o afirmaciones re-contextualizantes y/o reencuadre)</i>								
	5. <i>Propicia que las partes puedan comprender las necesidades e intereses mutuos</i>								

Componente núm. 2: Contención de emociones		MF	F	O	MO	A				
	1. Maneja las manifestaciones emocionales de las partes									
	2. Maneja las interrupciones entre las partes									
	3. Promueve la legitimación entre las partes.									
	4. Estimula la reflexión de las partes respecto de las consecuencias de sus posturas para sí mismas.									
A.C.PP	5. <i>Estimula entre las partes, la expresión respetuosa de pensamientos y sentimientos.</i>									
Componente núm 3: Resolutivo: Búsqueda de posibles soluciones		MF	F	O	MO	A				
	1. Realiza resúmenes con los datos relevantes que aparecen del proceso									
	2. Destaca la existencia de los acuerdos tomados por las partes en el proceso de trabajo									
	3. Favorece que las partes entiendan y asuman su responsabilidad en las situaciones futuras									
	4. Permite a las partes decidir sobre los contenidos de los acuerdos, sean del proceso, parciales o finales									
A.C.PP	5. <i>Apoya a las partes a seleccionar opciones promoviendo la aplicación de filtros para la posible toma de decisiones</i>									

En total la pauta ECAME está compuesta por 44 ítems, los cuales presentan una estructura de escala Likert, de 5 niveles por ítems, los cuales son: ausencia, muy ocasional, ocasional, frecuente y muy frecuente. El



mecanismo de cálculo del instrumento está distribuido por puntaje según el componente, los cuales cumplen la siguiente lógica (González, Valdebenito y Fuentealba 2018) y (González y Cuevas 2020):

TABLA 1.  
PORCENTAJE DE PONDERACIÓN POR COMPONENTES DE ECAME

Componentes	Ponderación
Componente núm. 1, Proceso de mediación	60%
Componente núm. 2, Contención de emociones en los mediados	15%
Componente núm. 3, Búsqueda de posibles acuerdos	15%
Actitudes coherentes con las políticas públicas	10%

FUENTE: elaboración propia.

Estos resultados, al ser confrontados con la definición del ECAME, permite resaltar la concepción holística que dispone la metodología de calidad, mediante la observación de conductas profesionales complejas en la articulación de la teoría y práctica (González 2018).

#### 4. Hallazgos del estudio

- a) Los resultados obtenidos en este estudio se estructuran con base en tres objetivos, por un lado dar cuenta de los resultados generales obtenidos en la aplicación de la metodología ECAME, lo que permite generar una radiografía de la calidad de la mediación familiar en Chile, a su vez desarrollar un análisis de la consistencia interna del instrumentos mediante el coeficiente Alfa de Cronbach, del nivel en el que los ítems covarían entre sí y, por último, establecer una comparación crítica respecto de los fraseos con mayor puntaje por cada una de las dimensiones (González, Valdebenito y Fuentealba 2018). Si bien la investigación se estructura con base en tres objetivos, estos no representan elementos separados e inconexos, sino

que más bien son insumos entre sí y, por tanto, elementos constituyente del indicador de calidad aplicado al momento de evaluar la mediación familiar.

- b) En cuanto a la calidad de la mediación en Chile: el puntaje promedio obtenido en el proceso para 2018 corresponde a 74,29%, lo que se enmarca dentro de la denominada calidad alta,<sup>5</sup> dicho puntaje se distribuye se la siguiente forma:

TABLA 2.  
PUNTAJE POR COMPONENTES DE ECAME

Componentes	Puntaje (1-100)
Componente núm. 1, Proceso de mediación	77,09%
Componente núm. 2, Contención de emociones en los mediados	67,57%
Componente núm. 3, Búsqueda de posibles acuerdos	73,96%
Actitudes coherentes con las políticas públicas	68,01%

FUENTE: elaboración propia.

La tabla 2 da cuenta de los puntajes para cada uno de los elementos, donde destaca el componente núm. 1 “Proceso de medicación”, siendo precisamente el cual tiene mayor ponderación en el puntaje total (60%), cabe destacar que todas las dimensiones mantienen una relación comparativa no significativamente distante (menos de 10%), lo que a priori da cuenta de la tendencia a la homogeneidad de los puntajes independientemente del componente, dimensiones y fraseos que este tenga (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Pese a ellos existen fraseos dentro de cada componente que destacan como elemento mayormente desarrollados por los y las mediadoras a nivel nacional, en el componente núm. 1 “Proceso de mediación”, en la dimensión legitimidad, el aspecto mejor evaluado corresponde a *si insta a las partes a decidir si desean permanecer en el proceso de mediación*, con un 86.97%,

<sup>5</sup> Puntajes que van de 71% a 90%.

en cambio el más bajo sin ser necesariamente bajo es el relacionado con la *neutralidad del mediador y el hecho de no hacer juicios de valor* con 80.47%.

Respecto a la dimensión de comunicación, el puntaje más alto de conductas evaluadas corresponde al *ritmo y tono de voz apropiado durante todo el proceso*, que obtuvo un 83.76% en cambio el más bajo es *expresa mensajes en primera persona para apoyar las aclaraciones de los relatos de las partes*, con un 75.29%.

En la dimensión de participación el puntaje más alto es el fraseo que menciona que *permite a las partes decidir si desean o no llegar a acuerdo*, con un 84.63% y el elemento como menor puntaje corresponde a *si respeta el ritmo de trabajo de las partes* con un 81.07%.

Por último, la dimensión de gestión, el elemento a destacar corresponde a la *formulación de preguntas para la exploración y gestión del conflicto* el cual obtiene un puntaje de 78.89%, mientras que fraseo con menor evaluación es el de la *profundización en temas que mencionan las parte en el relato*, la que equivale a un 73.98%.

En el componente núm. 2: “Contención de emociones”, se destaca el fraseo de *maneja las interrupciones de las partes*, con 81.11%, por otro lado, el punto a mejorar corresponde a *promueve la legitimación entre las partes* con 65.74%.

En cuanto al componente núm. 3: “Búsqueda de posibles soluciones”, el puntaje más alto es *permite a las partes decidir sobre el contenido de los acuerdos*, con 81.58% y el más bajo, *realiza resúmenes con datos relevantes del proceso* con 76.91% que al igual que el parafraseo en la dimensión comunicación, es de muy escasa aplicación, considerando lo relevante que son ambas técnicas para fortalecer la comunicación y comprender bien el conflicto.

Respecto de las actitudes coherentes con las políticas públicas, destacan debido a su alto puntaje, el fraseo de la *promoción de la importancia de las necesidades de los NNA*, la cual obtiene un 86.97%; por otro lado, las *intervenciones que ponen en relieve la diferencia de género* obtienen el menor puntaje, con 50.14%. Se observa que en este elemento se encuentran los fraseos con mejor puntaje total por lo que en conjunto con el componente núm. 2, corresponden a los elementos a potenciar, igual ocurre en las mediciones efectuadas el 2017 (González 2018 y González, Valdebenito y Fuentelba 2018).

- c) Elementos a destacar del instrumento: los resultados obtenidos a partir de la aplicación de la metodología ECAME, en conjunto con el análisis de la fiabilidad del mismo, dan cuenta de las bondades del instrumento, la coherencia del modelo<sup>6</sup> se observa a partir del coeficiente  $R^2$  que equivale a 1,000 lo que representa que el conjunto de variables explican el 100% del puntaje, lo cual si se suma a que los 44 fraseos obtienen un nivel de significación del coeficiente de 0,000 se puede inferir que las estructuras del modelo se articula de forma correcta, dando de una relación lineal significativa (González, Valdebenito y Fuentealba 2018).

Al tomar los 8 fraseos con mayor peso relativo se observa que el componente núm. 2 corresponde al elemento con mayor relevancia dentro del puntaje total obtenido, lo que representa 0.281 puntos en el *coeficiente beta*, los ítems del componente en promedio un puntaje de 0.70 puntos.

TABLA 4.  
FRASEOS CON MAYOR IMPORTANCIA EN LA CORRELACIÓN

Fraseos	Componente / Dimensión	Coeficientes estandarizados
		Beta
Promueve la legitimación entre las partes.	2	0,081
Expresa los mensajes en primera persona para apoyar la aclaración de relatos de las partes.	1 – 2	0,080
Maneja las manifestaciones emocionales de las partes	2	0,073
Profundiza en temas que se mencionan en el relato de las partes	1 – 4	0,066

<sup>6</sup> El modelo se compone de los 44 fraseos dentro de la metodología de evaluación de la calidad de la medicación ECAME.

Estimula la reflexión de las partes respecto de las consecuencias de sus posturas para sí mismas.	2	0,065
Realiza resúmenes con los datos relevantes que aparecen del proceso	3	0,064
Maneja las interrupciones entre las partes	2	0,062
Destaca la existencia de los acuerdos tomados por las partes en el proceso de trabajo	3	0,062

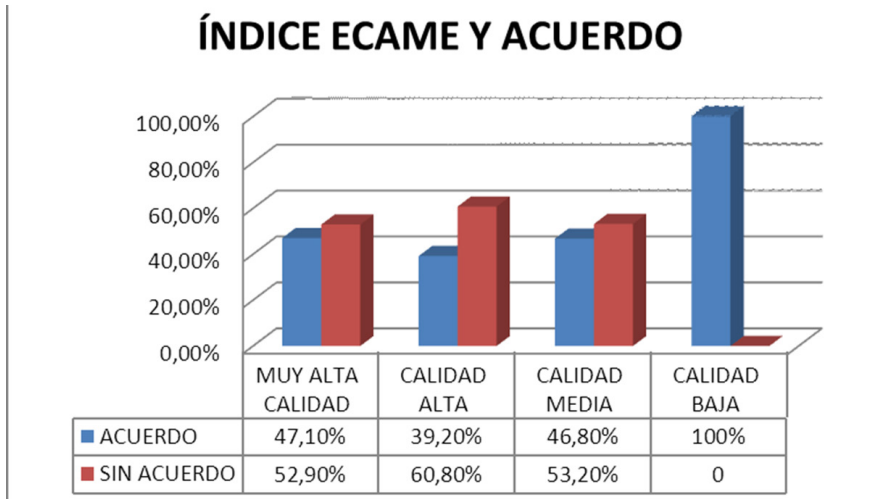
FUENTE: elaboración propia.

La tabla 4 muestra los elementos con mayor importancia respecto del modelo, en este sentido se destaca el ítem de *promueve la legitimación entre las partes* dado que corresponde al elemento con mayor peso, pese a la importancia del fraseo, este obtiene el menor puntaje de la dimensión, dado que requieren de técnicas más complejas y, por tanto, más experiencia del mediador.

Que el componente núm. 2, de contención de emociones sea el de mayor relevancia en el instrumento es coherente con los estudios realizados por el MINJU sobre la percepción usuaria sobre la mediación familiar, que valora que en su proceso se trabajen contenidos más allá del ámbito de los acuerdos (González 2018), puesto que éstos requieren fortalecer los vínculos comunicacionales y emocionales en la familia (Roché Cisneros, J. A. 2011), para lo que necesita de un tercero con conocimientos teóricos y técnico-metodológicos, que le permita al usuario ampliar su visión del conflicto (Gavrielides 2015), para empoderarse, participar activamente y ejercer plenamente sus derechos.

Así podemos observar en el siguiente cuadro, que la mayor o menor calidad que posee el mediador no influye en obtener o no a acuerdo en el proceso de mediación (González 2018). El que puede ser igual de útil y satisfactorio para las partes, aunque no se logre un acuerdo, porque los objetivos del proceso se focalizan más bien a contribuir a fortalecer la relación entre las partes y entender las necesidades que se encuentran tras el conflicto.

GRÁFICA 1.  
 TERMINA CON O SIN ACUERDO LA SESIÓN SEGÚN CATEGORÍAS DE CALIDAD ECAME



FUENTE: elaboración propia.

Otro aspecto que si puede influir en la calidad del proceso de mediación es su duración, es así como en las sesiones cuya extensión es mayor mostraron una mejor evaluación en el índice de calidad con 75.6% en calidad alta y muy alta (duración de 61 a 90 minutos, el 50.4% se ubicó en calidad alta, un 25.2 % en calidad muy alta), en cambio las sesiones que no se prolongaron más allá de los 30 minutos se evaluaron mayoritariamente en calidad media, 71.4%. Es así como el estándar de calidad baja tiende a descender a medida que aumenta la duración de las sesiones, desapareciendo sobre 90 minutos, igual ocurrió en el estudio de González (2018) y de González, Valdebenito y Fuentealba (2018), realizado en 2017.

En contraste con el componente núm. 2 se observa que los ítems correspondientes al ACPP son los que obtiene menor importancia del total de modelo, lo que representa un total de 0.250 en el *coeficiente beta*, es decir, en promedio sus fraseos equivalen a 0,013 puntos de la ecuación de regresión, lo que ocurrió en forma similar en el estudio (González, Valdebenito

y Fuentealba 2018). En este sentido se destaca el ítem de *promueve el dialogo sobre la participación de ambos padres en la crianza y desarrollo de los hijos/as (coparentalidad)* dado que corresponde al elemento con menor peso, no obstante, este elemento representa uno de los fraseos con mejor evaluación dentro del componente.

Se observa que dentro del modelo propuesto por la metodología ECAME existen elementos con mayor y menor importancia, no obstante, no existen relación lineal entre el puntaje de los ítems y el peso de cada uno de ellos (coeficiente de correlación = 0).

Así, este sistema de supervisión y selección, por medio de la sostenida aplicación de una metodología de desarrollo experimental cuyos procesos e instrumentos están en permanente actualización (Sallard 2009), con un sistema de enseñanza aprendizaje entre pares, lo que permite tener grandes expectativas con los resultados futuros de los procesos de mediación familiar licitada y la mejora continua de este servicio en el ámbito público en Chile (González y Cuevas 2020).

Según el estudio de González y Cuevas (2020) como la mediación en Iberoamérica es un mecanismo de política pública importante en materia de derecho de familia (Preyer 2016), se requiere analizar cuáles son los componentes más esenciales en que debe centrarse la supervisión y formación en técnicas de los mediadores familiares licitados, con el objeto de mejorar la calidad del servicio que se presta a la comunidad (Sallard 2009). Investigación que concluye que los principales elementos que miden la calidad en esta materia son relativos al componente de: 1. Legitimidad, 2. Comunicación, 3. Participación, 4. Acogida y contención de emociones y 5. Teniendo como parámetro durante todo el proceso la variable de género, se debe observar que los designados con los números 3, 4 y 5 presentan mayor complejidad en su desarrollo por parte de los mediadores (González y Cuevas 2020).

La legitimidad, en general, es un aspecto en el que casi todos los mediadores tienen buen desempeño y que señala la relación con la obligación del mediador de explicar correctamente que es la mediación: sus características, el rol del mediador, los principios que la sustentan (voluntariedad, imparcialidad, equilibrio de poderes, interés superior del niño/a y adolescente y las condiciones de contexto (tales como indicar que es adecuado obtener asesoría jurídica, normas de comportamiento en la sesión) y alguna información jurídica que la regula (como temas relativos a

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 651-684.

los alimentos provisorios, prohibición de mediar cuando hay acciones de violencia intrafamiliar vigentes, entre otras) (González y Cuevas 2020) y (Briz 2020).

Uno de los ítems a evaluar más ligados a las relaciones de familia son: si el mediador usa un enfoque de género, si promueve que los adultos responsables consideren las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, si posibilitan la participación de NNA en el proceso de mediación conforme a su desarrollo integral y si promueve el dialogo sobre la participación de ambos padres en la crianza y desarrollo de los hijos/as (co-parentalidad) (Briz 2020) y (Lloveras *et al.* 2010).

En cuanto a las intervenciones que ponen en relieve las diferencias de género que es una categoría construida social y culturalmente, que viene a definir qué se entiende en cada sociedad y cultura por lo femenino y masculino, que delimita qué valores, conductas y expectativas deben ser propias de los hombres y cuáles de las mujeres (Espejo 2016). Así, en nuestra sociedad en la que las relaciones entre sexos están jerarquizadas y los valores dominantes son masculinos, regulando el género, la asignación de capacidades, roles, expectativas y pautas esperadas de comportamiento de cada sexo (Lombardo 2003).

Se entiende que el sexismo es un limitador natural que reduce las posibilidades de las personas para desarrollar sus capacidades y, por tanto, supone un lastre para la libertad individual y colectiva (Sivak y Wiater 1997) y (Russell y Radford 2017). La mediación puede servir para aminorar estereotipos de género, que son creencias sobre las características de los roles típicos que los hombres y las mujeres tienen que desarrollar en una cultura social. Mecanismo que ayuda a cuestionarse los estereotipos masculinos y alexitimia entendida como la incapacidad para verbalizar afectos” (Sivak y Wiater 1997) y (González y Cuevas 2020).

Respecto a las habilidades comunicativas del mediador, el instrumento evalúa la capacidad del mediador de establecer un clima de confianza y un puente de comunicación entre las partes usando técnicas como el lenguaje analógico, expresar mensajes en primera persona y el parafraseo (González y Cuevas 2020).

El parafraseo: es una técnica que ayuda a entender e interpretar las expresiones, hechos y actos de las personas de una forma distinta a la que habían venido comunicando hasta ahora, eliminando descalificaciones, agresiones, sustantivaciones y generalizaciones que impedía entender el



conflicto con un enfoque de necesidades de los involucrados (Briz 2018). El parafraseo y los resúmenes dan contexto a las peticiones de las partes y orientan el estado de avance del proceso. Su uso permite sumar a continuación otras técnicas como preguntas cerradas, abiertas, indagatorias, reflexivas, hipotéticas y circulares, lo que facilita abrir el conflicto e ir transformando las posiciones en necesidades de las partes (González y Cuevas 2020). Para Bernaldo de Quirós (2019) consiste en cambiar una forma de presentación conservando la significación de fondo. Para poder cambiar la forma del texto es necesario utilizar otras palabras que, con significado similar, representen el mismo contenido (Szlapelis 2018) y (Sallard 2009).

El objetivo de esta técnica es ganarse la confianza de las partes, evidenciando que las escucha activamente y que comprende lo que el otro dice; asegurarse de que ha comprendido exactamente lo dicho, e identificar los puntos centrales del asunto que se trata (Szlapelis 2018) y (González y Cuevas 2020).

Respecto a la participación, pretende crear un clima de confianza, equilibrar el poder y lograr igualdad entre las partes, por medio de una intervención equilibrada de éstas, para lo que se respeta el ritmo de trabajo de las partes; abre espacios de participación de acuerdo con el momento del proceso y propicia la reflexión de las partes respecto de los posibles efectos de sus posturas en otros con preguntas reflexivas y circulares (González y Cuevas 2020).

Las intervenciones circulares: permiten al mediador dar circularidad al conflicto, hacen ponerse a las partes en el lugar de la otra, de hijos o terceros. Nos ayudan a indagar en la queja de nuestros usuarios de una forma inherentemente sistémica (Ochoa 1995).

Respecto de la contención de emociones: son conductas o habilidades que despliega el mediador referidas a contener las agresiones de corte psicológico y habilidad emocional (Briz 2018), se utilizan técnicas como la identificación y expresión de la emoción y la re-significación de ésta, dándole un contexto, temporalidad y circunstancias en que se manifiesta (González y Cuevas 2020), con el objeto de ser entendida adecuadamente y que la otra parte pueda empatizar con ella.

También la legitimación, es una técnica muy importante, que intenta que las partes se reconozcan mutuamente algunos valores, virtudes o actitudes personales, lo que crea un clima de entendimiento que facilita

acuerdos (González y Cuevas 2020). La legitimación se refiere al título de poder que necesita ser regulado para volverse legítimo (Branda, Corina 2019). En el campo de la mediación, las personas gozan de legitimidad cuando sus actitudes, argumentaciones o pretensiones, se apoyan en razones o motivos socialmente válidos (Branda, Corina 2019). Según Diez y Tapia (2005), se sustenta en dos componentes claves de la mediación, una tiene su origen en el modelo de Harvard, la separación de las personas del problema y la otra en la comunicación que ejerce impactos en la interacción humana.

En cuanto a la búsqueda de posibles acuerdos: se refiere a como el mediador va fortaleciendo la reflexión entre las partes para la posible toma de decisiones respecto del conflicto que los trae a mediación. Se emplean técnicas como la lluvia de ideas, múltiples opciones y aplicación de filtros a los acuerdos de las partes para que estos sean sustentables, mediante técnicas como: agente de realidad y abogado del diablo, entre otras (González y Cuevas 2020).

Finalmente, las actitudes coherentes con las políticas públicas son aquellas que abordan elementos como el enfoque de género (Lombardo E. 2003), aspectos de interculturalidad, identidad sexual, violencia intrafamiliar, presencia de los niños, niñas y adolescentes en la mediación (Villacampa C. 2012), co-parentalidad (Latrop, F. 2013) y derechos de los niños, niñas y adolescentes (Barcia R. 2013), que sus ítems no correlacionaron numéricamente en ninguno de los componentes del instrumento, pero que fueron incluidos por su importancia en el proceso y haber sido validados por expertos, cuyo puntaje no se promedia con los componentes y pueden cambiarse con el tiempo conforme a las orientaciones de las políticas públicas (González y Cuevas 2020).

#### IV. CONCLUSIONES

1. De lo expuesto anteriormente se puede concluir que: el Estado de Chile cuenta con una política pública que permite optimizar la calidad de los servicios de mediación familiar licitados, la que contempla procesos de selección, supervisión y evaluación de la calidad de la mediación familiar estandarizados, confiables y validados con una metodología experimental, participativas y de aprendizaje-acción, que se aplican anual-

mente a nivel nacional, desde 2011 a la fecha 2020, lo que ha aportado al mejoramiento continuo de la calidad del servicio de mediación, la que sería útil de aplicar en otros países de Latinoamérica con los mismos fines.

2. El valor alcanzado por el IGCM en el país, lo sitúan en el tramo de “calidad alta”, cuya tendencia va en alza, lo que se explica, entre otras razones, porque gran parte de los mediadores fueron supervisados en forma anual, entendiendo que la aplicación de este instrumento es un buen método de aprendizaje para las prácticas mediadoras, dado que da la posibilidad al mediador de revisar su actuación por medio de la grabación del proceso y aprender a través de la retroalimentación que le da el par evaluador.

La concentración en valores altos alcanzados en este estudio, también se debe a que el grupo de mediadores licitados que tiene contrato con el Estado, mantiene una práctica habitual de un gran número de mediaciones, al ser permanentemente sujetos a evaluaciones, supervisiones y capacitaciones por la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, permitiéndoles disponer de una considerable cantidad de conocimientos, herramientas procedimentales y técnicas para un buen estándar de desempeño.

3. Ahora bien, en cuanto al alza en el puntaje de mediadores que han entrado recién al sistema licitado se puede explicar porque han subido los estándares de exigencia que se imponen al ingreso al sistema licitado, aplicando este mismo instrumento ECAME para la selección de los nuevos mediadores.

4. Los tres componentes, sus dimensiones y las actitudes coherentes con las políticas públicas, que presenta la pauta ECAME utilizada en las supervisiones, corresponden a criterios mínimos de contenido y relacionales que se deben desarrollar en un proceso de mediación familiar y que deben estar presentes en las conductas observadas de los mediadores, por lo tanto, son aplicables a todos los países de Latinoamérica que tienen una cultura y legislación similar en esta materia.

5. La metodología cumple los estándares de fiabilidad y significancia requerida para representar un modelo articulado de medición de la calidad de la mediación familiar.

6. El peso relativo de cada ítem contenido en cada componente, no presenta una relación con el puntaje que se obtenga en éste, no obstante, existen elementos que independientemente de puntaje obtenido tiene ma-

yor o menor peso dentro del modelo, los cuales son, principalmente, los relacionados con promover la legitimación entre las partes, expresar los mensajes en primera persona, parafrasear para apoyar la aclaración de relatos de las partes, la contención y resignificación de las emociones, el enfoque de género, la importancia que da el mediador a la participación de niños/as y adolescentes y permitir abrir el abanico de recursos y oportunidades que poseen las partes para el logro de sus necesidades mutuas.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

- ACUÑA SAN MARTÍN, M. 2011. *Efectos jurídicos del divorcio*. Santiago. Abeledo Perrot y Thompson Reuters.
- AGUILAR IBÁÑEZ, M. J. 1994. *Introducción a la supervisión*. Buenos Aires. Editorial Lumen.
- BARCIA LEHMANN, R. 2013. “Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado”. *Revista de Derecho. La Serena. Universidad Católica del Norte*, año 20, núm. 1.
- BELOFF, M. 2010. “Comportamiento humano y justicia: los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de protección de los derechos de la infancia y su impacto en las legislaciones nacionales latinoamericanas”. GARCÍA, Eric (coord.). *Fundamentos de psicología jurídica y forense*. México Oxford University Press, 261- 277.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Catalina. 2019. *El parafraseo y la reformulación en mediación*, publicación digital. Sotogrnade.
- BRANDONI, F. 2011. *Hacia una mediación de calidad*. Buenos Aires. Paidós.
- BRANDA, Corina. 2019. *Revista de Mediación*, núm. 8, vol. 12, núm. 2. España.
- BRIZ CLARIGET, María José. 2018. “La mediación y el síndrome de alienación parental”. *Revista de Mediación*, Madrid, 2-56.
- CADEM. 2017. “Diseño, Aplicación y Análisis de Encuesta de Satisfacción de Usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar”. [https://www.mediacionchile.cl/media/2017/03/Informe-Final-Mediaci%C3%B3n-Familiar-CADEM\\_VF.pdf](https://www.mediacionchile.cl/media/2017/03/Informe-Final-Mediaci%C3%B3n-Familiar-CADEM_VF.pdf).
- CARVAJAL, L. 2013. *Desarrollo experimental*. [www.lizardo-carvajal.com/desarrollo-experimental/](http://www.lizardo-carvajal.com/desarrollo-experimental/) (consultado el 17 de diciembre de 2019).

- CORREA, P. 2014. “La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto, ISSN 0719-2150, vol. 5, núm. 2, 111-138, doi.org/10.4067/S0718-65682017000300271.
- CERVANTES, V. 2005. *Interpretaciones del coeficiente alpha de Cronbach*. Colombia. Universidad Nacional de Colombia.
- DIEZ, Francisco y TAPIA, Gachi. 2005. *Herramientas para trabajar en mediación*. Paidós Iberica S. A.
- ESPEJO CASTAGNOLI, Paola. 2016. “Género, estereotipos, alexitimia y violencia conyugal. Análisis psicosocial”. *Revista de Mediación Familiar Chilena*. Ministerio de Justicia.
- FERNÁNDEZ, C. y COLS, A. 2013. “Calidad de la mediación. Teoría versus práctica”. *Revista Momento, Serie Ciencias Sociales*, año 28, núm. 5.
- FOLGER, Joseph. 2006. *La promesa de la mediación*, Barcelona, Gránica.
- GARCÍA PETIT, M. y AGUILERA LILLO, G. 2009. “Tres problemas jurídicos asociados al control y supervisión de los mediadores familiares”. *Revista CREA*. Temuco. Universidad Católica de Temuco, 101-115.
- GAVRIELIDES, T. 2015. *Restorative Justice. The Library of Essays on Justice*. Londres. Ashgate Publishing.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. 2018. “La calidad de la mediación en Chile”. *Revista de Derecho Privado*. Externado de Colombia: 369-390. ORCID 0000-0001-6845-8198.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, VALDEBENITO LARENAS, Caterine y FUENTEALBA MARTINEZ, Soledad. 2018. “Un novedoso instrumento para evaluar la calidad de la mediación de conflictos jurídicos familiares en Chile”. *Revista Caldas*, Bogotá: 65-87.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena y CUEVAS CAMPOS, Bastian. 2020. “La influencia de las variables género, lenguaje y legitimación en la calidad de la mediación familiar”. *Revista de Mediación*, núm. 13: 30. España.
- HERNÁNDEZ-SAMPIERI, R. 2003. *Metodología de la investigación*. México. McGraw-Hill.
- Informes e instructivos de la Unidad de Mediación. 2017. *www.mediacion-chile.cl*.
- KERLINGER, F. 2011. *Investigación del comportamiento*. México. McGraw-Hill-Interamericana Editores.

- LATHROP, F. 2013. “Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile”, *Aportes de la sociedad civil y del mundo académico*. Santiago. ORCID 0000-0001-8324-5908.
- LEHTINEN, U. y LEHTINEN, JR. 1982. “Service Quality: A Study of Quality Dimensions”. *The Services Industries Journal*, vol. 2 núm. 3. <https://technopreneurship.files.wordpress.com/.../dra> (consultado en noviembre de 2017).
- LLOVERAS, N. et al. 2010. *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires, Ediciones Alveroni.
- LOMBARDO, E. 2003. “El Mainstreaming de género en la Unión Europea”. *Revista Aequalitas, Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, vol. 10- 15, mayo-diciembre: 6-11. [http://pendientedemigracion.ucm.es/info/mageeq/documentos/Art\\_MainstreamingUE.pdf](http://pendientedemigracion.ucm.es/info/mageeq/documentos/Art_MainstreamingUE.pdf) (consultado en julio de 2020).
- LÓPEZ, Ema. 2012. *Mediación y calidad*. [http://www.cambrabcn.org/documents/1533402/1541141/GTM5\\_TRIBUNA\\_Mediacion+y+calidad\\_Emma+Lopez\\_Ok.pdf?version=1.0](http://www.cambrabcn.org/documents/1533402/1541141/GTM5_TRIBUNA_Mediacion+y+calidad_Emma+Lopez_Ok.pdf?version=1.0) (consultado en agosto de 2020).
- MUÑOZ LEÓN, F. 2015. “¿Hacia la academización de las facultades de derecho en Chile? Un análisis teórico y comparado del conflicto de las profesiones”. *Revista de Derecho*, vol. XXVII. Valdivia, 81-95.
- OCHOA DE ALDA, Inmaculada. 1995. *Enfoques en terapia familiar sistémica: la entrevista circular como intervención*. Barcelona. Pedido Editorial.
- PREYER, G. 2016. “Una interpretación de la globalización: un giro en la teoría sociológica”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Época, año LXI, núm. 226, enero- abril: 61-88. ORCID 0000-0002-1410-686.
- RAWLS, J. 2002. *La justicia como equidad: una reformulación*, trad. de Andrés de Francisco. Barcelona. Paidós. ORCID 0000-0002-5976-5206.
- ROCHÉ CISNEROS, J. A. 2011. *La mediación y sus principios*. [www.imet.gob.mx/arts\\_dirgral/art004.htm](http://www.imet.gob.mx/arts_dirgral/art004.htm) (consultado en diciembre de 2018).
- RUSSELL, E. H. y Caputi J. 1992. *Femicide: Sexist terrorism against women*.
- RUSSELL D., RADFORD J. 2017. *Femicide, The Politics of Woman Killing* <http://www.dianarusell.com/f/femicide%28small%29.pdf>.
- SALLARD, S. 2009. *Mediación, supervisión y contención. Una visión tridimensional*. México. Universidad de Sonora.
- SIVAK, R. y WIATER, A. 1997. *Alexitimia, la dificultad para verbalizar afectos. Teoría y clínica*. Buenos Aires. Paidós.

- SZLAPÉLIS, Daniel. 2018. *El parafraseo Plottier*. Provincia del Neuquén. Argentina.
- STEIN, A. 2015. “Contra la prueba libre”. *Revista de Derecho*, vol. XXVII, Valdivia: 467-480.
- Universidad de Concepción. 2006. *Estudio Calidad del Servicio de Mediación Licitado por el Ministerio de Justicia*, Santiago, Ministerio de Justicia de Chile. [http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/pub\\_estadisticas.aspx](http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/pub_estadisticas.aspx) (consultado en enero de 2018).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2012. “La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica y de género”. *La Justicia Restaurativa, desarrollo y aplicaciones*. Granada. Comares. ORCID 0000-0002-1791-8788.



## EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEÑO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA A PARTIR DE UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO\*

### *THE BRAZILIAN LEGAL-CRIMINAL TREATMENT OF PRIVATE CORRUPTION FROM A COMPARATIVE LAW ANALYSIS*

Carlos Eduardo GONÇALVES DE GODOI\*\*

**RESUMEN:** Si bien en América Latina existen diversos estudios sobre la responsabilidad de servidores públicos en los ámbitos tanto penal como administrativo, así como de los particulares con ellos vinculados, el tema de las responsabilidades por actos de corrupción entre particulares ha sido mucho menos estudiado, y este contexto llega al marco legislativo, ya que la tipificación del cohecho está ampliamente consolidada en las legislaciones nacionales, mientras que la tipificación penal de los particulares que implican corrupción aún alcanza pocos ordenamientos jurídicos como el de Brasil. Este estudio tiene como objetivo demostrar la relevancia del tratamiento penal de la corrupción en el sector privado y resaltar las distancias entre el marco regulatorio brasileño y el de otros países, incluso dentro de una perspectiva regional, para estimular el debate sobre el tema y las posibles soluciones a la falta de regulación.

**Palabras clave:** Brasil, corrupción, sector privado, tipificación penal.

**ABSTRACT:** Although in Latin America there are various studies on the responsibility of public servants in both criminal and administrative spheres, as well as individuals linked to them, the issue of responsibilities for acts of corruption between individuals has been much less studied, and this The context reaches the legislative framework, since the classification of bribery is widely consolidated in national legislation, while the criminal classification of individuals who involve corruption still reaches few legal systems such as that of Brazil. This study aims to demonstrate the relevance of the criminal treatment of corruption in the private sector and highlight the distances between the Brazilian regulatory framework and that of other countries, even within a regional perspective, to stimulate debate on the subject and the possible solutions to the lack of regulation.

**Keywords:** Brazil, corruption, private sector, criminal classification.

\* Recibido el 18 de diciembre de 2019; aprobado el 17 de noviembre de 2020.

\*\* ORCID: 0000-0002-6567-2655. Grado académico: Posgrado lato sensu en Gestión de Negocios por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais; licenciado en derecho por la Universidad Federal de Juiz de Fora; licenciado en administración por el Instituto Metodista Granbery. Adscripción académica: Abogado en el área de delitos eco-



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La relevancia y expansión del interés científico acerca de la corrupción en el sector privado*. III. *El marco legal internacional y regional en la lucha contra la corrupción en el sector privado*. IV. *El panorama legislativo brasileño sobre la corrupción en el sector privado*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque haya reconocimiento por parte de la academia, de organismos internacionales y de muchas naciones acerca de los efectos puramente negativos de la corrupción en el sector privado para toda la sociedad, que es suficiente para justificar la persecución penal, civil y administrativa de dicha conducta, muchos ordenamientos jurídicos, sobre todo los sudamericanos, aún tratan la corrupción como un fenómeno asociado exclusivamente al sector público.

Dada la amplitud y complejidad del estudio acerca de la corrupción, sin duda uno de los temas menos explorados se refiere a su ocurrencia en el sector privado que sigue siendo un problema multifactorial cuya amplitud de su planteamiento alcanza muchas medidas importantes en la lucha contra la corrupción, tal como el gobierno corporativo ético, la integridad corporativa, la protección de informantes entre otros. La presente investigación se centra en una de estas muchas medidas que es el aspecto penal del combate a la corrupción en el sector privado, más específicamente la necesidad de tipificar delitos como el cohecho entre particulares o el tráfico de influencia entre particulares.

Hay que señalar que la lucha contra la corrupción privada no se limita a la necesidad de tipificar las conductas de los particulares que implican corrupción como delitos cuyo sujeto activo y pasivo son empresas privadas o particulares, ya que se reconoce que hay muchos otros aspectos a discutir en torno a una lucha efectiva contra el fenómeno en estudio, sin olvidar que la criminalización de las acciones entre particulares es un elemento necesario, pero no suficiente para lograr combatir la corrupción privada. También es importante destacar que el desarrollo de este tema es limitado a exponer las carencias en materia de regulación de los delitos en

---

nómicos y compliance anticorrupción. Líneas de investigación: Derecho Penal, Economía y Empresa; Lavado de Capitales y delitos fiscales, y Corrupción, delitos económicos y políticas de integridad. Correo electrónico: [carlosgodoi@me.com](mailto:carlosgodoi@me.com).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

Brasil en particular y en América latina en general a partir de un análisis de derecho comparado principalmente con Europa.

No se hace un análisis sobre la calidad de la regulación o las buenas y malas prácticas en legislaciones penales de la región respecto de los delitos de corrupción porque sobrecargaría demasiado la delimitación del objeto de estudio, que considera tema para otro artículo dedicado a analizar los diferentes modelos de tipificación de la corrupción entre particulares como delito en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, se hace un análisis del grado de eficacia en la persecución de estos delitos de corrupción en el sector privado y se está relacionado con la forma de legislarlo.

La estructura argumentativa de este estudio buscar articular el tema a partir de la comprensión de la amplitud y complejidad de la corrupción dentro de la dicotomía público-privado, de manera que se llegue al concepto del fenómeno a que se pueda definirse en su variante puramente privada para que sea posible hacer aportes respecto a su relación con la normatividad mencionada y su utilidad para comprender casos concretos. Además, no se puede alejar del análisis teórico de la corrupción privada la breve discusión acerca de sus efectos y costes económicos, sociales, políticos y empresariales, para que sea posible comprender su relevancia científica y, en consecuencia, la necesidad de esta investigación.

Una vez establecido el marco teórico, la discusión pasa al ámbito legislativo, con un enfoque predominante del derecho comparado, partiendo de un recorrido histórico sobre el planteamiento normativo de la corrupción en el sector privado, desde sus escasos avances en la agenda internacional, que está mayoritariamente permeado por tratados y convenciones diseñados para combatir la corrupción que involucra al sector público, hasta el papel de los organismos regionales en la contribución a la aceleración del proceso de tipificación de las conductas entre particulares relacionadas a la corrupción como delitos en las legislaciones de los países. Para ello, el segundo apartado ofrece un análisis descriptivo de la criminalización de la corrupción privada en el contexto europeo en comparación en el latinoamericano, que son profundamente distintos.

El tercer apartado articula los aspectos normativos del caso brasileño, teniendo en cuenta todos los antecedentes discutidos, buscando delinear la etapa brasileña de criminalización de la corrupción privada, discutiendo las propuestas legislativas vigentes, analizar los pros y contras del enfo-

que punitivo para la lucha contra la corrupción privada según el panorama brasileño y acotar los aportes a la parte de la legislación penal.

La metodología de investigación adoptada en el presente trabajo se basa en un análisis exploratorio acerca de los estudios académicos sobre el tema y un análisis descriptivo sobre como las teorías se aplican en el plan fáctico en la realidad normativo-político brasileño. En relación con el delineamiento de la investigación, esta se desarrolla por medio de investigación bibliográfica en las publicaciones notablemente respetadas y las más recientemente producidas, asó como la investigación documental en las producciones legislativas domésticas y los tratados internacionales sobre el tema de la corrupción entre particulares.

La tesis planteada en este artículo busca responder las siguientes cuestiones: ¿qué importancia tiene el marco penal en una amplia gama de medidas para luchar contra la corrupción privada? ¿La criminalización de la corrupción privada puede considerarse un elemento necesario y suficiente para lograr combatir la corrupción? ¿Cómo se aborda la criminalización de la corrupción privada a nivel regional e internacional? ¿Cómo es la etapa de enfrentamiento penal de la corrupción privada en Brasil en comparación con otros países? ¿Cuáles son los aportes a la parte de la propuesta legislativa penal sobre la corrupción privada en Brasil? ¿Cuáles son los efectos extralegales que pueden resultar de la falta de criminalización de la corrupción privada en Brasil?

## II. LA RELEVANCIA Y EXPANSIÓN DEL INTERÉS CIENTÍFICO ACERCA DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

La corrupción, no importa cuál sea su modalidad, es uno de los delitos más difíciles, se no es el más difícil de investigar, pues, en la mayoría de las veces, ella realizase en absoluto secreto y con medios sofisticados orquestados por sujetos que saben ocultar con maestría los rastros de sus acciones y enterrar el fruto de sus delitos, por veces allá de cualquier investigación (Hershman 1996, 62).

La complejidad en torno a la naturaleza de la corrupción hace con que este fenómeno sea difícilmente explicado o definido y este problema no se limita al aspecto semántico (Aidt 2003, 636), sino que a su multifacético carácter que es reflejado en una pluralidad de combinaciones de

conceptos y definiciones en la misma proporción que la cantidad de áreas donde ha producido la corrupción, sin llegar a un solo concepto capaz de contemplar todas sus variantes (Riccardi y Sarno 2014, 630-641), teniendo en cuenta que aún existe desacuerdo en la literatura sobre este tal concepto definitivo, analítico, completo y formal (Tanzi 1998; Shleifer and Vishny 1993; Senturia 1931).

Este escenario multifacético de complejidad en torno a la corrupción tiene en todas sus ramificaciones una raíz común que asume un fundamento en sistemas dinámicos donde no existen reglas deterministas y los elementos que componen el sistema, interactúan entre sí y con el entorno. Queda por enfatizar que la complejidad no puede reducirse sólo al aspecto conceptual de la corrupción, sino que se extiende a toda la órbita de su entendimiento que incluye la dificultad de medirla, por ejemplo (Byrne 1998, 32).

Así, la complejidad puede entenderse tanto como una causalidad de los sistemas, que resulta en su calificación —por tanto, sistemas complejos— como a lo que es producido por los sistemas complejos, que es efecto, los convierten en sistemas no lineares, es decir, que no mantienen correlaciones de causalidad, y por eso que cambian constantemente (Folloni 2016, 31). Esta característica de contingencia explica por qué pequeños cambios en los elementos que componen un sistema pueden generar cambios en el conjunto, en un efecto mariposa predicho por Lorenz (1972) en la teoría de la sensibilidad a las condiciones iniciales, según el cual ligeros cambios en las condiciones iniciales de un sistema pueden resultar en cambios sustanciales en patrones finales, en un proceso caótico en el que el sistema, aunque dinámico, se relaciona con el entorno y a partir de estas interacciones entre los elementos del sistema y estos y el entorno, en consonancia con su capacidad de auto organización, es donde encuentra su camino.

Resulta que estas interacciones pueden ser tanto positivas como negativas, generando perturbaciones de las cuales emergen interacciones más complejas, subsistemas o incluso otros sistemas complejos, y en este contexto, estas interacciones permiten el mantenimiento y supervivencia de los sistemas, ya que permite su ajuste mediante la adaptación a nuevos comportamientos (Biase 2010, 3). Sin embargo, a pesar de la característica de auto organización de los sistemas complejos, sus constantes mutaciones reflejan su inestabilidad debido a problemas internos de sus

elementos, pero principalmente debido a la necesidad de adaptarse al entorno (Gunther 2011, 68).

A pesar de las múltiples variables, los sistemas complejos no son contradictorios, sino adaptativos, moldeando y adaptando el comportamiento de sus elementos a través de algún tipo de aprendizaje, que en la perspectiva de las acciones delictivas, la estructuración del crimen organizado, como suele ocurrir en los delitos económicos y cuello blanco, se desarrolla de manera no lineal y con diversos grados de complejidad que varían según los diferentes contextos internos y externos, por lo que sus elementos asumen una auto organización que impacta en la reestructuración de la actividad delictiva para adaptarse y continuar operando (Beato y Zilli 2012, 79).

Por esta razón, la corrupción como elemento de un sistema adaptativo complejo funciona ordenando el sistema caótico a través de la articulación y rearticulación de sus fuerzas a intereses económicos específicos de vez en cuando, razón por la cual las actividades delictivas son constantemente sofisticadas para adaptarse y sobrevivir a la crisis. Actuación de las autoridades que desequilibran el sistema cuando descubren los esquemas de corrupción.

Esta complejidad va mas allá de la estructuración de actividad delictiva, a menudo organizada, ya que parte del concepto mismo de corrupción, que se percibe en toda la literatura académica específica que define su concepto desde una perspectiva económica, como un fenómeno de decadencia moral y falta de ética (Huntington 1968), asociado con en el gobierno y la burocracia (Rose-Ackerman y Palifka, 1999), o mismo relacionado con un contexto de insuficiente crecimiento económico o modernización (Nye 1967). Modernamente, la corrupción también se define dentro del marco civilizacional y culturalista (Inglehart y Welzel 2005; Putnan 2006) y desde una perspectiva de elección racional individual dentro de un sentido colectivo (Juraev 2018; Ferejohn y Pasquino 2001), siendo posible encontrar dentro de un contexto social, la clasificación de la corrupción en tipos y subtipos apuntando a una comprensión más operativa, como la clasificación de la corrupción en función de su magnitud económica con conceptos como gran corrupción, corrupción estructural, corrupción sistémica o endémica, corrupción menor (Andvig *et al.* 2001) y el rentismo (Khan y Jomo 2000).

Aunque la corrupción esté bajo a este panorama desafiante, el fenómeno ha atraído crecientemente la atención de la academia ante a su complejidad en términos social, político y económico, cuyos impactos son sentidos por todas las naciones del mundo, independiente del régimen de gobierno —sea autoritario o democrático— y del sistema económico —sea capitalista o socialista—, en un grado mayor o menor a depender de la fuerza y fiabilidad de las instituciones (Robles 2015, 12).

Desde una perspectiva clásica de la corrupción, la literatura mayoritaria la concibe como un fenómeno cuyo sustrato está arraigado en el sector público, suponiendo una desviación en torno a la actividad económica de la administración pública, a la utilización desleal de las potestades públicas de decisión, control y aplicación de fondos públicos, que debería guiarse por los principios de la legalidad, impersonalidad, probidad pública, eficiencia y, sobre todo, de la primacía del interés público, para beneficiar a los intereses privados o particulares del titular de esas potestades o de uno o varios terceros relacionados con él mediante relaciones económicas ilícitas o de confianza que contraria la cláusula constitucional del Estado social de derecho, según la cual todos los intereses privados quedarán supeditados al interés general de la nación (Cascón 2012, 283).

En la base de este concepto teórico, la corrupción es comprendida como un problema relacionado con el conflicto de intereses públicos o generales e intereses privados o particulares, generalmente asociados a la maximización de lucros empresariales y privados, que se interponen a aquellos, aprovechando comportamientos desviados, o mismo omisiones, de quienes tienen competencias de gestión y representación de administraciones y entes públicos con potestades públicas, que puede ser provocada por decisión propia o fomentada por un tercero ajeno a la administración que pretende valerse del poder del titular de las potestades públicas ofreciendo a cambio dádivas o ventajas con sustrato económico (Motta y Belém 2018, 151), distinguiéndose así en la tradicional clasificación entre corrupción activa (el que soborna) y corrupción pasiva (el que es sobornado), que es un modelo ampliamente un modelo ampliamente instituido por las leyes penales de diferentes ordenamientos jurídicos, además de estar ratificado en tratados y convenciones internacionales como mandado mínimo imperativo ser internalizado en los sistemas normativos nacionales, como por ejemplo el artículo 4o., párrafo primero, con artículo el 5o. de la Convención Interamericana contra la Corrupción,

los artículos 15 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el artículo 1o. de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y el artículo 4o., párrafo primero, con el artículo 5o. de la Convención sobre la Prevención y Lucha contra la Corrupción de la Unión Africana.

En el ámbito académico, los conceptos clásicos de corrupción ligados al prisma político se pueden encontrar en teorías que asocian el fenómeno a la falta de institucionalización de los conflictos entre las personas (Aristóteles 1905; Maquiavelo 1981), que lo asocian con la iniquidad del gobernante o la ausencia de poder divino (Montesquieu 1823), que lo conciben como el fracaso del soberano en asegurar la obediencia de sus súbditos (McGing 2010), y que lo considera como la degeneración de las costumbres de una sociedad política (Hobbes 1968; Rousseau 1974; Tocqueville, Mansfield y Winthrop 2000).

La corrupción ha sido objeto de una serie de estudios en varias áreas de investigación, tal como la economía, especialmente en lo que respecta a sus efectos sobre el desarrollo, y el derecho, sobre todo cuanto a sus aspectos penales y en el ámbito de la persona jurídica, orientándose por diversas perspectivas teóricas, sea de los derechos humanos, de la psicología, de la criminología o de la ética (Cuenca 2009, 27).

A partir del momento en que la teorización de la corrupción rompió con la concepción según la cual el fenómeno consiste en el abuso del poder o irregularidad en el proceso de toma de decisión político o administrativo para adoptar una visión basada en el uso de una posición de poder para lograr una ventaja indebida, el estudio de la corrupción empezó a dedicarse no sólo a la corrupción en el sector público, sino también en el sector privado hasta que la corrupción privada alcanzase la autonomía teórica (De la Cuesta Arzamendi 2014, 4).

En vista de las distintas dimensiones de la corrupción respecto al público y al privado, de acuerdo con las lecciones de Argandoña y Berendson (2009, 8), afirmase que:

Debido a la cobertura que ha tenido la corrupción en el sector público, son de sobra conocidos los ejemplos de acciones corruptas en dicho ámbito, como los pagos para que un político o funcionario autorice la concesión de un contrato público; sin embargo, muchas veces resultan menos conocidos



los ejemplos del sector privado —aunque cada vez suenan más—, como las atenciones al director de compras de una empresa para conseguir un pedido o, simplemente, para tener su ánimo inclinado a concederlo en el futuro. Se trata de prácticas que no siempre se pueden distinguir de la costumbre legítima de hacer regalos para mantener buenas relaciones comerciales y sociales.

Los avances en los estudios sobre la corrupción en el sector privado han demostrado que hay varios ejemplos en lo que verificase hechos de corrupción cometidos exclusivamente entre sujetos privados, tales como el soborno de un empleado de un banco para que conceda un préstamo a una empresa en condiciones favorables, el incentivo indebido de los directivos o empleados de una entidad con el fin de obtener una licencia y el cambio de la ingeniería de un procedimiento de contratación de una empresa mediante el pago de soborno (Argandoña 2005, 8).

Además del reconocimiento del universo privado que redoma la corrupción, los estudios científicos también han demostrado que dicho fenómeno produce efectos negativos sobre bienes jurídicamente tutelados y que están íntimamente relacionados al orden económico que son la debida lealtad al propietario de la empresa o al empleador, la protección del patrimonio de la empresa, la protección del consumidor y la justa competencia en el mercado (Encinar del Pozo 2016, 91).

La corrupción ejerce efectos nefastos en la economía y la academia asume dos corrientes teóricas que relacionan la corrupción con el crecimiento económico. La primera es la corriente revisionista que defiende que la corrupción puede ser benéfica para la economía (Leff 1964; Huntington 1968) y la segunda es la corriente *rent-seeking* que destaca la relación negativa entre la corrupción y la economía (Carraro, Fochezatto y Hillbrecht 2006; Fiorino, Galli y Petrarca 2012).

La corriente revisionista tiene sus raíces en la escuela funcionalista y en líneas generales comprende la corrupción como un mal necesario en los países en desarrollo económico hacia la modernización, pues la corrupción funciona como un dinamizador necesario al avance de los negocios. Esta posición es planteada en el marco de la teoría de la modernización para la cual el soborno conduce a un mejor bienestar económico, ya que suprime la carga de las regulaciones burocráticas, acelerar tramitaciones que involucran las empresas y solucionar el problema de mala remuneración de los burócratas corporativos (Myrdal 1997, 406). Estos



efectos también se extienden a la apertura del mercado a nuevos entrantes, ya que considera que la corrupción reduce las incertidumbres sobre los resultados y reduce las barreras de acceso a los proyectos de inversión, además de ser un factor de incremento a la eficiencia del sistema económico, ya que, al estimular la competencia en el mercado, genera una ventaja competitiva en el largo plazo para las empresas debido a costos de producción más racionalizados (Leff 1964, 9).

De acuerdo con Huntington (1968, 70), el proceso de modernización económica de las sociedades introduce nuevos valores que confrontaron las antiguas estructuras económicas, incrementó el movimiento de recursos en el mercado, generó nuevos centros de poder y creó nuevas oportunidades y incentivos al crecimiento económico, que no necesariamente son benéficos para los negocios, por lo que en este contexto la corrupción puede acelerar trámites burocráticos y permitir que las empresas eviten el retraso. Leff (1964, 10) romantiza la corrupción llamándola práctica de *speed money* que permite a los particulares evitar la burocracia en los trámites que retrasan los negocios y hace con que los sobornados trabajen de manera más eficiente, ya que los sobornos sirven para estimular su productividad.

Osterfeld (1992, 273) es más moderado y a pesar de asumir la defensa de un carácter expansivo de la corrupción con relación a los negocios con efectos positivos sobre la competitividad y flexibilidad de la economía, considera los efectos negativos de la corrupción asociados a su carácter restrictivo que limitan las oportunidades de intercambios productivos en el mercado y estimula por consecuencia la permanencia de empresas ineficientes. Huntington (1968, 71) también admite que la corrupción puede tener un efecto inverso en el mediano plazo, porque en lugar de evitar una regulación excesiva e ineficiente, viola sistemáticamente la orientación económica hacia la ineficiencia.

La corriente *rent-seeking* concibe la corrupción como un obstáculo al desarrollo económico de la sociedad con efectos negativos sobre la eficiencia del mercado, ya que desperdicia los recursos, distorsiona el proceso de toma de decisiones sobre inversiones y concentra la distribución de renta en las manos de los corruptos (Rose-Ackerman 1996, 3). La falsa percepción de que la corrupción permite superar las regulaciones burocráticas sólo perdura en el corto plazo, pues la corrupción pronto adquiere una proporción sistémica que termina desperdiciando recursos que podrían

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

invertirse en innovaciones y nuevos negocios y compensando el costo de la corrupción en el precio relativo de los productos y servicios (Alam 1991, 90). La corrupción también lleva a la politización de la asignación de recursos, y en este aspecto la politización no está vinculada con el sector público, sino que en su sentido más amplio, que significa que la transferencia de renta se concentra entre los burócratas y los que les apoyan, lo que resulta en contrataciones que ya no exigen eficiencia pero que se basan en la cantidad de soborno que paga, retornan al mercado productos y servicios de baja calidad y sectores de mercado donde el soborno es facilitado y por eso la probabilidad de detectarlo es más baja (Mbaku 1992, 249).

Los efectos negativos de la corrupción también alcanzan el comercio internacional, ya que las empresas exportadoras radicadas en países industrializados que pagan sobornos en cambio de un ingreso facilitado en mercado menos desarrollados económicamente, generando un patrón de pagos soborno institucionalizado como una etapa de los negocios mucho conocida como tarifa de facilitación, lo que promueve una cultura de ilegalidad y fomenta la ineficacia del mercado que son pagos en última instancia por los consumidores en precios más elevados por productos y servicios con menor calidad, razón por la cual los organismos internacionales con actuación en el comercio y las finanzas internacionales como la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional empezaron a establecer regulaciones para la prevención y detección de corrupción (Carnegie Endowment for International Peace 2002, 2).

Por lo tanto, las economías de los países corren grave peligro de que la corrupción alcance una proporción sistémica, que de un medio para obtener un trato privilegiado a la empresa en detrimento de los demás competidores se convierte en una especie de “impuesto” sobre la actividad empresarial, lo que en el mediano y largo plazo conllevará costos operativos que irán más allá del soborno pagado, ya que incluye en esta suma los costos indirectos relacionados con el mantenimiento del secreto sobre la práctica corrupta, el blanqueo de activos vinculados a las transacciones ilícitas que, al fin y al cabo, resulta en un impacto negativo en la capacidad financiera de la empresa y su supervivencia en el mercado (Furtado 2012, 43).

Estos costos implicados cuando la corrupción es llevada a cabo por la empresa también son concebidos por la escuela del análisis económico del derecho como costes de transacción (Coase 2008, 12), partiendo de la pre-

misa de que cualquier interacción entre sujetos implica costos, considerado también como costos de operar la actividad delictiva (Olken y Pande 2012, 500; Becker 1968, 179). Estos costos van mucho más allá del propio soborno, ya que se relacionan más con las consecuencias secundarias, que pueden ser clasificados como directos, de fácil estimación y control —por ejemplo, multa, encarcelamiento etcétera— e indirectos, de difícil valoración y control —por ejemplo, reducción de la transparencia, cultura organizacional corrupta etcétera— (Argandoña 2007, 4).

La corrupción entre particulares es perjudicial a todos, incluso aquellos no involucrados en tramas corruptas, pues además distorsionar los precios practicados en el mercado, aumenta los costos de hacer negocios repasados en los contratos, introduce una incertidumbre significativa en las operaciones comerciales debido a la tendencia de inflación constante en los pagos de soborno, socava la confianza de los empleados en la gestión de la empresa y promueve un ambiente corporativo permisivo a la corrupción de manera sistémica dentro de la empresa (U.S. Department of Justice y U.S. Securities and Exchange Commission 2017, 3).

Las ventajas inmediatas de la corrupción son poco sostenibles y muy costosas a largo plazo, pues las empresas se descuidan de sus ventajas duraderas que las hacen permanecer en el mercado en medio a la competencia y que están asociadas a la calidad e innovación en productos y servicios. Inicialmente la corrupción coloca las empresas en una zona de confort, haciéndoles creer que los sobornos son los que garantizan las transacciones comerciales, pero terminan perdiendo espacio por el rezago tecnológico y de calidad con relación a sus competidores provocado por el enfoque en actividades corruptas (Argandoña y Berendson 2009, 12).

Los efectos de la corrupción a las empresas pueden ser analizados desde una perspectiva financiera sobre la relación entre el soborno y otros pagos ilícitos y la tasa impositiva marginal. En el primer momento el soborno reduce las tasas impositivas —que serían pagas en el ejercicio regular de la actividad empresarial—, por lo que la tasa marginal del soborno debe ser menor que la tasa impositiva para darle ventaja. En el segundo momento el soborno deja de ser sólo un instrumento para evitar las tasas impositivas para convertirse en un medio para obtener negocios privilegiados y facilitados, y con el aumento de los sobornos la tasa marginal crece por encima de la tasa impositiva y la empresa ya no tiene más las ventajas financieras de la corrupción (Olken y Pande 2012, 493).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

La primera idea sobre la tasa impositiva es el impuesto, lo cual es cierto, pero hay una serie de tasas impositivas que no son oficiales, es decir, que no están calificadas como especies tributarias, tales como, por ejemplo, interés contractual, tarifas de operación, entre otras. No necesariamente los fraudes que objetivan la evasión fiscal involucran un agente del sector público cómo partícipe de la trama corrupta, sino que puede ser practicada en colisión entre particulares, tal como, por ejemplo, una empresa que acepta el pago de soborno —sujeto pasivo— de otra empresa —sujeto activo— para fraudar las facturas de venta a una tasa marginal menor de lo que pagaría a las autoridades fiscales, eso sin pagar cualquier soborno a un funcionario público. En esta hipotética situación, el Estado es la víctima directa de la trama de corrupción privada, pero no hay que olvidar que las demás empresas competidoras en el sector privado también son víctimas indirectas de la práctica de competencia desleal orquestadas por las empresas corruptas.

La empresa donde trabaja el sujeto pasivo del soborno no siempre está en colusión con el sujeto activo del cohecho y puede ser víctima del delito. Muchos esquemas de corrupción están ocultos a la empresa por los gerentes involucrados en el fraude y la empresa termina pagando la compensación del soborno en contratos sobrevalorados, reduciendo su capacidad competitiva en el mercado y en muchos casos traspasando estos costos a los consumidores. De acuerdo con el Banco Mundial, la inflación de precios contractuales puede alcanzar niveles de diez al quince por ciento en determinados sectores de mercado para la obtención de negocios y una décima a dos décimas por ciento sobre los ingresos para la manutención de los negocios (Kenny 2006, 5).

Otro efecto de la corrupción sobre las empresas puede ser sentido cuando las tramas de corrupción son desveladas por las autoridades y tornase pública y notoria con serios perjuicios a la imagen corporativa que se puede sentir en la devaluación de valores cotizados en bolsa, represalias de los consumidores, recisión de contratos comerciales, etcétera. La reputación de las personas jurídicas es susceptible a una rápida devaluación por una serie de factores desde posturas socialmente objetables hasta la participación en actos ilegales y, en muchos casos, la pérdida de credibilidad es irreversible, pues las consecuencias de la corrupción sobre la imagen corporativa llegan a ser peores que las sanciones judiciales, ya que la recuperación/reconstrucción de la reputación de la empresa además de

requerir inversiones muy elevadas y dependiendo de la receptividad o percepción del mercado la reconstrucción de la identidad corporativa puede resultar irrecuperable (Martínez, Juanatey y Blázquez 2004, 49).

Cuando se hacen públicos los casos de corrupción que involucran a empresas, se debe tener en cuenta el aspecto extraterritorial de la legislación anticorrupción en ciertos países (por ejemplo, la Ley de Sobornos del Reino Unido y la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de EE. UU. —aunque esta no prevé el delito de corrupción privada—) donde la empresa opera comercialmente, ya que la persona jurídica puede estar sujeta a sanciones de diferentes jurisdicciones, multiplicando el daño a los activos de la empresa.

Además del daño a la propiedad, se daña el patrimonio humano de la empresa, ya que el descubrimiento de esquemas de corrupción altera la percepción de los empleados sobre la organización, produciendo tres posibles resultados: quienes buscan nuevas oportunidades para aprovechar las prácticas corruptas por el sentimiento de permisividad, los de baja productividad por la sobreviniente incompatibilidad con los valores corporativos y la fuga de profesionales altamente calificados que no quieren vincularse a la empresa para no empañar el currículum (Argandoña y Berendson 2009, 13).

La literatura académica con todos estos estudios señala la debilidad de argumentos desfavorables al reconocimiento normativo penal de la corrupción en el sector privado encampados en el dogma liberal de que el mercado es una entidad eficiente para mitigar por sí solo la corrupción o de que la corrupción en el sector privado produce ínfima lesión a los bienes jurídicos que no justifica la tutela del Estado.

Así, la corrupción no es un fenómeno restringido al sector público, extendiéndose a otros ámbitos de la vida social cómo un fenómeno social complejo que es, con especial destaque para su manifestación en el sector privado, cuyos efectos, mientras afecten no sólo la economía mas perjudica el regular funcionamiento de las instituciones sociales, tiene poco reconocimiento acerca de su relevancia en el escenario legislativo de los países, especialmente los americanos (Bardón 2013, 3).

### III. EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y REGIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

El derecho penal moderno es orientado por el principio del carácter ofensivo que consiste en la evaluación de las posibles lesiones o el riesgo de lesión del bien legal protegido con el fin de verificar la relevancia penal de la conducta para justificar su criminalización. Este principio diseña un modelo de derecho penal que no admite la existencia de un delito sin ofender a un patrimonio legal, es decir, no hay delito cuando la conducta no ha ofrecido el menor peligro de daño al bien legal, siendo así un requisito de delimitación del derecho penal, tanto a nivel legislativo como judicial (Gomes 2007, 464).

Desde del principio del carácter ofensivo, áreas donde la criminalización tiene pocos beneficios sociales se justifica la despenalización de conductas, especialmente se existen otros instrumentos suficientemente efectivos, tales como las sanciones civil y administrativa, así como códigos de ética en el marco de las empresas y sectores del mercado (Rose-Ackerman 2002, 5), lo que remite a otro principio, el de la ultima ratio del derecho penal, también conocido como principio de la intervención mínima o de subsidiariedad, según el cual el derecho penal sólo puede ser utilizado por el Estado como el ultimo recurso para proteger bienes jurídicos, cuando otros órdenes jurídicos han resultado insuficientes, es decir, la actuación estatal está subordinada a la verificación de su necesidad, conveniencia de una acción a esa escala e insuficiencia de las políticas estatales (Rodríguez 2008, 16).

Es inequívoco que el derecho penal es la rama del derecho utilizada predominantemente por los Estados como un instrumento destinado a reprimir comportamientos ilícitos como la corrupción. Este escenario se traslada a los tratados internacionales sobre la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, que en su mayoría enumeran una orden de criminalización como obligación única o mezquina. En otras palabras, los Estados encuentran en el ámbito internacional más compromisos para tipificar conductas como delito que brindar respuestas alternativas más efectivas en el ámbito civil y administrativo.

El derecho penal es una herramienta necesaria en la lucha contra la corrupción, pero mientras sea imprescindible, no lo es de forma aislada, sino que debe ser concebido como uno entre otros instrumentos de do-

ble función preventivo-punitivo, pues el derecho por sí solo es incapaz de acabar con la corrupción, pero puede y debe contribuir a la tarea (García 2015, 30). Superando las fronteras del derecho penal, el análisis de la corrupción no está restringido a esta rama del derecho, sino que encuentra una respuesta eficaz desde un plan económico, político, sociológico, desde su incidencia en las relaciones internacionales o mismo desde distintas perspectivas jurídicas.

Aunque la corrupción tiene una dimensión sobre todo sociológica y política, el fenómeno puede y debe ser abordada desde el terreno de la ciencia jurídica que tradicionalmente es objeto de atención del derecho penal y administrativo en figuras delictivas tales como delitos contra la administración pública, societarios y contra el mercado, régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos, responsabilidad patrimonial de la administración etcétera. Sin embargo, es importante señalar que cuando en el Código Penal se agrupan los comportamientos de corrupción incriminado bajo el título de “Delitos contra la Administración Pública”, sólo se tiene en cuenta la corrupción en el sector público. Por tanto, no la que consiste en actos en los que tanto el corrompido como el corruptor pertenecen al sector privado.

Dotti (2003, 315) y Castillo (2005, 111) afirman que el grado de constrictión de los derechos fundamentales por parte del derecho penal la convierte en la rama de la ciencia que más presta atención al cumplimiento de los principios de legalidad y anterioridad (regla *ex post facto*). Ambos autores afirman que estos principios aportan un mayor nivel de seguridad jurídica a la sociedad debido a la regla obligatoria de descripción exhaustiva y específica de las conductas consideradas delitos y la previa definición normativa de la conducta como delito y de sus penas ante la sanción del individuo, evitando la creación de tribunales de excepción.

Así, el derecho penal es conceptualizado por parte predominante de la academia como una herramienta necesaria para combatir la corrupción, a pesar de su reconocida incapacidad para eliminar por sí misma la práctica de los delitos, pues delitos de esta naturaleza y gravedad requieren una mayor constrictión sobre los derechos individuales de la persona condenada por el acto antijurídico imputado y sirve como disuasivo de conductas ilícitas (Del Moral García 2015, 30 y 31).

En el derecho internacional existe una consagración de la responsabilidad penal de la persona natural involucrada en la práctica de la corrup-



ción como una cláusula imperativa de un tratado como puede verse en la Convención de Mérida de Naciones Unidas sobre la Corrupción (artículos 15, 17 y 23), el Convención sobre el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones de Comercio Internacional de la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (artículos 1o., 3o. y 7o.) y la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (artículos 6o., 8o. y 9o.), por ejemplo.

En este sentido es válido señalar las lecciones de Rose-Ackerman 2002, 18):

El derecho penal puede disuadir la corrupción de varias formas. En primer lugar, puede ser necesario reexaminar el derecho penal sustantivo para determinar si algunas actividades privadas podrían despenalizarse, reduciendo así la corrupción y la participación del crimen organizado. Alternativamente, algunas actividades actualmente aceptables, como los conflictos de intereses, pueden necesitar ser reguladas o prohibidas. En segundo lugar, las sanciones por pagar y recibir sobornos deben reflejar las ganancias marginales de los sobornadores y los receptores de sobornos. El primero debe ser penalizado en proporción a los beneficios que posibiliten los sobornos; esto último en términos de los beneficios de los propios pagos. En tercer lugar, dado el nivel de antecedentes de las sanciones, los fiscales y los investigadores deberían poder recompensar a quienes brinden información útil que ayude a las autoridades a descubrir redes corruptas ocultas. Esto a menudo implicará hacer tratos con aquellos que han pagado y recibido sobornos en el pasado. En cuarto lugar, las cuestiones de responsabilidad individual no deben disuadir a los reformadores de la ley de encontrar formas de responsabilizar legalmente a las organizaciones como corporaciones por los actos corruptos de sus agentes. Esto puede implicar responsabilizar penalmente a las organizaciones, pero es posible que se obtengan resultados similares con sanciones puramente civiles, siempre que puedan estar vinculadas a actos corruptos relacionados con las actividades de la empresa. Finalmente, a menudo se necesitarán esfuerzos especiales para contrarrestar la influencia del crimen organizado, especialmente cuando opera a escala internacional: se necesita la cooperación internacional para enredar redes corruptas y recuperar el producto de negocios ilegales.

Esta investigación no intenta debatir sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues sería un tema más extenso que carece de un estudio dedicado a sus complejas cuestiones. Lo que se intenta es com-



prender en un primer momento la corrupción privada como el cohecho operado en el ámbito privado entre particulares, sin la participación de un agente público. Sin embargo, es importante mencionar que la efectividad de la respuesta criminal del Estado contra la corrupción y los delitos económicos en general han sido cuestionados por una parte creciente de la academia, especialmente en relación con las personas jurídicas. En las últimas décadas se ha prestado atención a los criminalistas a la conexión casi indispensable entre los delitos de cuello blanco y las empresas cuya complejidad puso en cuestión la base clásica de las teorías criminales que fueron conceptualizadas para examinar la conducta individual de las personas naturales (Schünemann 1988, 529-531).

Respecto a la dicotomía entre el público y el privado es importante destacar que la simple separación entre estas esferas consiste en una simplificación demasiado bruto de la estructura social que encierra la corrupción, así como la idea de fusión de los aspectos del público y del privado es deficiente, pues desconsidera el hecho de que la sociedad es fragmentada en diversos sectores que requieren una multiplicidad de enfoques descriptivos distintos que no suenan ser satisfactoriamente comprendidos por una clasificación binaria.

Esta dicotomía es factiblemente verificado en el trato normativo de la corrupción, donde hay legislaciones que conciben un tipo penal unívoco para abarcar la corrupción en los sectores público y privado y toda la suerte de variables, de modo a ser satisfactorio en alcanzar todas sus distintas formas, al paso que hay otras legislaciones que no se limitan solamente a tipificar la corrupción en dos tipos como corrupción pública y privada, pero importa otros tipos penales que tipifican conductas específicas de acuerdo con su gravedad, tales como soborno de oficiales extranjeros, corrupción deportiva, corrupción urbanística entre otros.

La previsión de la corrupción en el sector privado por diplomas normativos no es reciente, habiendo registros históricos de su criminalización en la Ley sobre la Prevención de la Corrupción de 1906 de Gran Bretaña y en la Ley Contra la Competencia Desleal de 1909 de Alemania. Después de un periodo de olvido de la corrupción en el sector privado entre los temas de interés de los Estados, los cambios en el orden económico de los finales del siglo XX contribuyeron a reavivar los temores acerca de dicho fenómeno por razones importantes:

El proceso de privatización masiva emprendido en los últimos años del siglo pasado ha supuesto importantes cambios en el sector económico, y una gran parte de las actividades económicas a través de las cuales el Estado cumplía determinadas funciones se ha transferido a empresas privadas. Dado el carácter privado de estas nuevas empresas, si un empleado actúa de forma corrupta como consecuencia de un soborno, no va a poder responder penalmente con base en las normas relativas a la corrupción, pensadas exclusivamente para castigar comportamientos que se llevan a cabo en el sector privado (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero 2002, 258).

Hasta comienzos de la década de los noventa, la corrupción era considerada como una materia de jurisdicción doméstica que interesaba tan solamente a los Estados frente su soberanía. Sin embargo, tal escenario empieza a cambiar a partir de los fines de la década de los noventa e inicio del siglo XXI, pues la corrupción en general encampó en la agenda de la comunidad internacional que empezó a tratar el tema mediante instrumentos normativos con mandados imperativos de domesticación legal ante diversos contextos que desafiaron la capacidad de los Estados en frenar los efectos transnacionales del fenómeno, tal como la fuga de capitales y de los agentes para otros Estados y la dificultad para ejecución de sentencias y repatriación de las ganancias y la extradición de los corruptos fugitivos (Vargas 2004, 133 y 134).

Sumase a ese panorama, la apertura de los mercados nacionales y la creciente exigencia por desregulación y modernización de los Estados en vista de atraer inversiones extranjeras, resultando en mayor competencia internacional que por consecuencia demandó a los Estados la adopción de niveles más exigentes de transparencia y prácticas más objetivas y predecibles en las contrataciones públicas con el sector privado, especialmente por fuerza de legislaciones nacionales con efectos extraterritoriales.

Sin embargo, la adopción de nuevas prácticas de buen gobierno no fue capaz de evitar la sofisticación de las prácticas corruptas, debido al carácter complejo del fenómeno, demandando a los Estados una postura más enérgica rumbo a la unión de esfuerzos con otras naciones y organismos internacionales de modo a obtener más éxito en el combate a la corrupción. Mismo la corrupción siendo un fenómeno complejo, multifacético y plagado de matices que le confieren un sentido demasiado amplio y metalegal, eso no impidió su integración en el sistema normativo, siendo

aún paulatina la recepción de sus variables, a ejemplo de la corrupción en el sector privado.

Lo que resultó en el interés internacional por la tipificación de la conducta corrupta entre particulares ha sido una serie de factores enumerados por Antonio Argandoña: los avances en la lucha contra la corrupción en el sector público han puesto de manifiesto la importancia que tiene el fenómeno también en el sector privado, materializado en la Convención de la Organización para Desarrollo y Cooperación Económica (OCDE) que resultó en la reforma de las legislaciones domésticas de sus Estados-miembros; el aumento significativo de la corrupción en países emergentes para sobrevivir en medio a la intensificación de la competencia y eficiencia económica de los mercados o de países subdesarrollados para atraer el capital extranjero mediante facilidades ilegales; la sensibilidad de los negocios ante los efectos del soborno y de la extorsión privada sobre la justa competencia; la necesidad de establecimiento de un espacio nivelado para los negocios entre particulares en mercados recién abiertos que aún son conniventes con la corrupción en las costumbres comerciales; la traslación de la cultura de corrupción del sector público para el sector privado en virtud de la privatización de las empresas públicas; los procesos de apertura y desregulación de mercados nacionales sin las necesarias reformas institucionales para que el Estado reúna condiciones para soportar la economía de mercado y la democracia liberal; y, la mayor exposición de los negocios ante la intensificación de prácticas de marketing que resultaron en una valoración mayor por parte de la sociedad a respecto de buenas prácticas y de imagen corporativa (Argandoña 2003, 3).

El protagonismo de la corrupción en las investigaciones académicas en las últimas décadas reflejó en la agenda política global en la medida en que las organizaciones internacionales han centrado esfuerzos en emprender estudios, esta vez empíricos, con la finalidad de colaborar con las medidas para prevención y lucha contra la corrupción, con especial énfasis en la medición de la corrupción, en el análisis de sus posibles causas y en la creación de recomendaciones de buen gobierno, en particular los provenientes de organismos como la OCDE y el Banco Mundial y de entidades no gubernamentales como la Transparencia Internacional.

Las iniciativas internacionales en materia de lucha contra la corrupción expandieron en el plan normativo al largo de los últimos años debido a la conciencia de su importancia por los actores internacionales, cuyos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

principales instrumentos han sido la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre el Tráfico de Drogas (1988), el Grupo de Acción Financiera (1989), el Convenio de Estrasburgo sobre Confiscación y Blanqueo de Capitales del Consejo de Europa (1990), la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea que establece los sujetos obligados a comunicar el origen de sus recursos financieros (1991), la Unidad de Inteligencia Financiera Grupo Egmont (1995), la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (1996), el Convenio sobre el Soborno de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para el Desarrollo y Cooperación Económica (1997), el Convenio sobre la Lucha contra los Actos de Corrupción que Involucran los Funcionarios de las Comunidades Europeas y de los Estados Miembros de la Unión Europea del Consejo de Europa (1997), el Grupo de Estados Contra la Corrupción creado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1998), el Convenio sobre la Lucha contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1999), la Convención de Palermo de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (2000), la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003) y la Convención de Mérida de las Naciones Unidas sobre la Corrupción (2003).

El movimiento de tipificación de la corrupción en el sector privado ultrapasó las fronteras del continente europeo en fines del siglo XX e inicio del siglo XXI, siendo tímidamente recomendado por los organismos internacionales de mayor cobertura a través de instrumentos internacionales de *soft law*, es decir, que aún no tienen mandados imperativos, sino que un carácter de recomendación no vinculante.

El mejor ejemplo de dicho contexto es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, también conocida como Convención de Mérida, firmada en el 2003 por una serie de naciones que se comprometieron a prever normas en sus ordenamientos jurídicos que al menos tipificasen penalmente la corrupción y otros hechos delictivos. Sin embargo, a lo que se refiere a la corrupción en el sector privado, existe tan solamente un mandato de criminalización sin carácter imperativo que recomienda el combate a dicha conducta al menos en la esfera civil y administrativa.

La redacción del artículo 21 de la Convención de Mérida es una clara evidencia de que el consenso internacional es en el sentido de estorbar el avance de la lucha contra la corrupción en un sector estratégico de la sociedad y históricamente poco reglamentado en este sentido, en evidente e innegable trato desigual de la corrupción en el sector público y privado que no sustentase en argumentos validos.

La diversidad de naciones que componen las Naciones Unidas resulta en una inequívoca dificultad para el consenso internacional homogéneo que Sato (2003, 162) afirma ser una cuestión históricamente jamás resulta en las relaciones internacionales, pues:

(...) No hay una formula para establecer los límites de la noción de soberanía en confronto con las normas, principios e instituciones internacionales. La razón central reside en el hecho de que no hay un estándar universal para los conceptos de justicia, de derechos y de obligaciones entre sociedades y pueblos. A pesar de toda la retorica de la globalización, continúan evidentes los señales de que permanecen vivas las diferencias culturales y religiosas entre los pueblos. Esas diferencias revelan más una entre las muchas facetas del paradojo de la propia existencia humana: al mismo tiempo que son esenciales para la preservación de la multiplicidad y riqueza del fenómeno humano, también sustentan diferentes patrones de comportamiento económico, social y político, dificultando la comprensión mutua y la convivencia.

En este aspecto de la construcción del orden internacional hay una gran dificultad que reside en la reluctancia de muchos Estados en ceder parte de su soberanía en favor de las instancias internacionales en lo que respecta a la transformación de la acción política doméstica orientada por en consenso multilateral ante las visiones y percepciones internas acerca del mundo y de las cosas.

La opción seguida por la Convención de Mérida difiere mucho de la seguida por los convenios regionales, a destacarse la Convención para la prevención y el combate de la corrupción de la Unión Africana y la Acción Común 98/742/JAI, sustituida por la Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea, frente a la opción seguida por la Organización de los Estados Americanos (OEA), que refleja la diversidad existente entre los diversos ordenamientos jurídicos que componen la Convención de las Naciones Unidas en punto a la corrupción en el sector privado y el deseo

de lograr, pese a las diferencias, el mayor número posible de ratificaciones del texto (Pérez Cepeda y Bento Sánchez 2012, 42).

Históricamente las legislaciones han condicionado su enfoque sobre la corrupción como un fenómeno asociado al sector público, alejándose de sus proyecciones en el sector privado, tanto que las definiciones gramaticales del término están vinculados a su carácter público. Sin embargo, el derecho continental europeo camina en dirección opuesta, rompiendo los límites del ámbito público y reconociendo la necesidad de también se castigar la conducta corrupta en el seno de las relaciones privadas. La Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea proporcionó un modelo mínimo de clasificación de la corrupción en el sector privado y aceleró su proceso normativo en el ordenamiento jurídico de los Estados europeos que se ha concretado con la Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999 que consistió en un marco comunitario de lucha contra la corrupción en el sector privado (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero 2002, 261).

Debido a ese motivo, la Convención de Mérida se ha tornado un instrumento internacional sin efectos prácticos en el orden interno de muchos Estados reacios en criminalizar la corrupción en el sector privado bajo el argumento de que los pactos internacionales no pueden sobreponer la soberanía estatal. Sumase a eso el hecho de que dicho tratado internacional es carente en mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las disposiciones ratificadas y de mecanismos sancionatorios para los incumplimientos de los compromisos asumidos (Argandoña 2005, 10).

Muchos Estados-miembro de la Unión Europea castigan como delito el hecho de corrupción practicado en el sector privado con un tipo penal específico según los moldes de la Acción Común del bloque europeo, tales como Alemania (sección 299 y ss., *Strafgesetzbuch*); Austria (sección 305 y 306, *Strafgesetzbuch*); Francia (artículo 445-1 y ss., *Code Pénal Français*); Holanda (artículo 328ter, *Dutch Criminal Code*), y Reino Unido (sección 1 y 2, *Bribery Act*). Sin embargo, otros países europeos aún caminan demasiado lento en este aspecto, tal como Portugal e Italia, que sólo recientemente han criminalizado la corrupción en el sector privado, pero España es el peor ejemplo en este aspecto, pues aún no contempla en su legislación penal el castigo a la corrupción en el sector privado (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero 2002, 268).

Mientras los países europeos tengan avanzado en lo que se refiere a la criminalización de la corrupción en el sector privado, debido sobre todo a las iniciativas de la Unión Europea, este avance no pertenece solamente a este continente, sino que países alienígenas al bloco europeo también han combatido la corrupción en el sector privado a través de la tipificación penal de la conducta. En el Oriente Medio, la corrupción en el sector privado es criminalizada en los Emiratos Árabes Unidos (artículo 236/1 del Código Penal) y Líbano (artículo 354 del Código Penal Libanes de 1943). En Asia, la corrupción en el sector privado es delito en Malasia (*Malaysian Anti-Corruption Commission Act 2009*) Singapur (*Prevention of Corruption Act*) y China (artículo 8.1, *Anti-Unfair Competition Law*; artículos 163, 164, 385, 387, 388, 389, 391, 392 y 393 del Código Penal Chino). En el Extremo Oriente, la corrupción en el sector privado es criminalizada en Ucrania (*Law on Prevention of Corruption, Law on Fundamentals of Preventing and Combating Corruption y Criminal Code*), Eslovenia (artículo 241 KZ-1 y 242 KZ-1 del Código Penal), Eslovaquia (artículo 328, 332, 336A y 336B, Código Penal), República Checa (secciones 331-334, Código Penal) y Bosnia y Herzegovina (Código Penal).

Sin embargo, aunque la corrupción en el sector privado haga sido contemplada por las legislaciones de los países europeos en virtud de las iniciativas comunitarias y en otros países del globo debido a los mandados de criminalización constantes en los tratados internacionales, resultado del consenso multilateral en los organismos internacionales, todos estos esfuerzos no han tenido un impacto sustantivo en las legislaciones de los países del continente americano, pues el derecho continental interamericano aún insiste en comprender la corrupción cómo el intercambio de una acción u omisión ejercido de manera irregular en el marco de una entidad de naturaleza pública objetivando una ventaja indebida (Encinar del Pozo 2016, 84).

El contexto de retraso relativo a las iniciativas normativas de combate a la corrupción en el sector privado es muy significativo en el continente americano, pues es la región con menor desarrollo en el mundo en lo que se refiere a esta materia. Tal retraso se reafirma cuando analizase las relaciones internacionales entre los Estados americanos dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo instrumento internacional dedicado al combate a la corrupción es la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1997.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.



Contrariamente a las iniciativas del bloco europeo, que históricamente ha avanzado significativamente en el combate a la corrupción en el sector privado por medio de la criminalización del hecho delictivo entre particulares en las legislaciones de los Estados-miembros de la Unión Europea en virtud de los tratados comunitarios de fuerza imperativa, los países del continente americano viven un retroceso en este aspecto.

Así como en la Convención de Mérida, la Convención Interamericana es compuesta de normas de aplicación imperativa y las de carácter programático, significando un marco en la lucha contra la corrupción en la región interamericana, pero en lo que se refiere al combate a la corrupción en el sector privado el instrumento es deficitario, pues su alcance es limitado a la corrupción en el sector público y ni siquiera contempla disposición sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, ni que sea civil o administrativa, demandando una actualización después de once años sin cualquier discusión.

Mientras el continente americano sea más permisivo con la corrupción en el sector privado que otros continentes, países como Perú y Colombia incorporaron en sus legislaciones la criminalización de la conducta. En Perú, se ha incorporado en el Código Penal, por medio del Decreto Legislativo 1385, los artículos 241-A y 241-B que prohíben las figuras de la corrupción en el ámbito privado y la corrupción en el interior de los entes privados. En Colombia, se adoptó, entre otras medidas contra la corrupción, la incorporación de los artículos 250A, 250B y 258 al Código Penal, mediante la Ley 1474/2011, que castigan las figuras de la corrupción privada, la administración desleal y la utilización indebida de información privilegiada.

Es importante destacar que el ordenamiento jurídico mexicano ha sido lo que más ha profundizado reformas legislativas de lucha contra la corrupción que no resultan ser resumidas a la creación de tipos penales, sino que ha sido una profunda reforma del diseño institucional encargado de combatir la corrupción en carácter preventivo, dirigente, combativo y sancionador. La reforma constitucional de 2015 estableció la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), sustentado en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como la instancia de coordinación del agrupamiento de instituciones y autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en un mismo comité que, de forma alineada, persigue el objetivo de ejecutar la política nacional an-



ticorrupción, sea a través de medidas de prevención, detección e sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, como de fiscalización y control de recursos públicos.

En lo que se refiere a las modificaciones legislativa operadas en el seno del SNA mexicano, el paquete de leyes anticorrupción básicamente orientase en generar mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas en todos los órdenes de gobierno del país y en cambiar el marco legal, notablemente el Código Penal Mexicano y la Ley de Fiscalía General de la República.

La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción establece las bases de coordinación del SNA, a nivel federal y local, así como las características del Sistema Nacional de Fiscalización y de la Plataforma Digital Nacional, además de planear las normas generales de funcionamiento del sistema y de que manera se hará la colaboración entre las instituciones vinculadas. La Ley General de Responsabilidades Administrativas, a ser observada por las leyes de los Estados, establece las obligaciones que todos los servidores públicos, detalla las responsabilidades administrativas y especifica a los tipos de corrupción que los oficiales y los particulares que de algún modo estén vinculados a las faltas administrativas no puedan practicar, así como establece los procedimientos de investigación, detección y sanción. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa encargó al Tribunal la atribución de juzgar los posibles actos de corrupción que investiguen las autoridades y las faltas administrativas graves y crea al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena. Las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establecieron la Secretaría de la Función Pública como órgano de gobierno encargado del control interno de la Administración Pública Federal, de investigación de responsabilidades administrativas graves y resolver las faltas administrativas no graves. Las reformas hechas a la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación dotaron la Auditoría Superior de la Federación de mayores facultades y herramientas de investigación para fiscalizar los recursos federales, incluso las participaciones estatales. Con las reformas de la Ley Orgánica e la Procuraduría General de la República se ha retornado con la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción encargada de investigar y perseguir actos de corrupción.

Sin embargo, a pesar del diseño institucional generado en el SNA constituirse en un modelo para otros países, con resultados claros en el combate a la corrupción, este desarrollo en el marco legal mexicano, por más vasto que sea, no ha contemplado la lucha contra la corrupción en el sector privado. No se puede confundir la sanción de empresas y particulares por actos de corrupción vinculados con los servidores públicos con los actos de corrupción puramente privados. La Ley General de Responsabilidades Administrativas prevé, entre los artículos 65 al 73, sanciones a empresas y particulares por actos vinculados con faltas administrativas graves que son marcadas por la involucración de agentes públicos, lo que no deja de ser actos de corrupción pública, ya que la participación del particular no desnaturaliza el carácter público de la corrupción, sino que es parte de ella. Al revés es la presencia del agente público lo que diferencia la corrupción pública de la privada, pues esta última caracterizase por el cohecho sólo entre particulares, sin la participación de un agente público.

La experiencia mexicana resulta demostrar que la corrupción en el sector privado no está en la agenda de lucha contra la corrupción, así como lo suena ser en otros países de Latinoamérica.

En los EE. UU., mientras la legislación federal no posee un tipo penal que prohíba expresamente la conducta de corrupción entre particulares, el Departamento de Justicia, equivalente a la Fiscalía, se vale de una inteligencia jurídica de las normas para punir los hechos delictivos con base en conductas tipificadas como fraude, conspiración o lavado de dinero. Ante tal ausencia, los dispositivos legales relativos al fraude por correo, medio electrónico y de servicios honestos (S.18 § 1341, 1343, 1346, *U.S. Criminal Law*) y la Ley de Viajes son utilizados por el Departamento de Justicia para enjuiciar el soborno en el sector privado caso estos se vallan del uso de correo o de instalaciones de cable interestatal o cuando hay comunicaciones interestatales con el fin de violar las leyes estatales de soborno comercial. Sin embargo, las sanciones aplicables a dichos hechos con base en estos tipos delictivos son más brandas que el tipo penal de soborno previsto en la legislación estadounidense, pues tales tipos son pensados para situaciones menos complejas o cuya lesión al bien jurídico tutelado es de menor relevancia.

Mientras las legislaciones en el ámbito federal estadounidense tengan un papel inexpresivo en la lucha contra la corrupción en el sector privado, las legislaciones de 36 estados norteamericanos criminalizan la

corrupción en el sector privado, entre los cuales California (sección 641.3, *California Penal Code*), Delaware (sección 881, *Delaware Code*), Massachusetts (sección 39, *Massachusetts General Laws*), New Jersey (sección 2C:21-10, *The New Jersey Code of Criminal Justice*) y Texas (sección 32.43, *Texas Penal Code*).

#### IV. EL PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEÑO SOBRE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

Brasil no distancie tanto de la realidad estadounidense al que se refiere a la ausencia de legislación a nivel federal que castigue la corrupción en el sector privado, sin embargo, el panorama brasileño es aún peor porque no hay siquiera leyes estatales, como en el contexto norteamericano, mismo que haya permisivo constitucional previsto en el párrafo único del artículo 22 de la Constitución de la República.

Así como el Departamento de Justicia de los EE. UU., la Fiscalía de Brasil no deja que la ausencia de un tipo penal específico que castigue los hechos de corrupción en el sector privado impida la persecución penal de las conductas para que sus agentes no permanezcan impunes, y eso ocurre a través de la aplicación de otros tipos penales que puedan ser adoptables. Sin embargo, la consecuencia es la misma verificada en el ejemplo norteamericano, que es la condenación con penas más brandas para hechos muy lesivos a bienes jurídicos muy caros, especialmente en el actual escenario de corrupción sistémica. Además, hay otro efecto negativo ante a esta carencia, que es la imposibilidad de cooperación penal internacional con otros países que estén investigando delitos de corrupción privada practicados por brasileños o mismo por extranjeros, pues en virtud de la atipicidad de la conducta la extradición o el cumplimiento de sentencia tornase imposible de acuerdo con las reglas constitucionales e infra constitucionales de naturaleza procesal penal.

Brasil asumió el compromiso internacional de acoger las disposiciones de la Convención de Mérida en 2003, con su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico interno en 2006 por medio del Decreto 5.687, del 31 de enero de 2006. Sin embargo, hasta hoy, las medidas contra la corrupción en el sector privado no pasan de proyectos legislativos suspensos en los archivos del parlamento brasileño, pues en lo que se refiere a la criminali-

zación de la corrupción en el sector privado, dicho tratado internacional produce tan sólo una recomendación.

Actualmente, los únicos instrumentos punitivos de hechos de corrupción en el sector privado vigente en Brasil son la Ley 12.529/2011, cuya finalidad es la prevención y represión a las infracciones contra el orden económico, y la Ley 9.279/1996, que reglamenta la propiedad industrial y prevé catorce tipos penales relacionados a la competencia desleal, pero que permanece sin eficacia práctica en la represión a los delitos.

Tramita en el Senado Federal, desde el 2012, el Proyecto de Ley 236, para la institución de un nuevo código penal brasileño que propone en el capítulo de los delitos contra el patrimonio el artículo 167 que tipifica la figura del cohecho entre particulares. En un análisis comparado con el artículo 21 de la Convención de Mérida, el citado dispositivo de dicho proyecto de ley es positivo en lo que se refiere a los actos que componen la conducta típica, pues allá de los actos de prometer, ofrecer, conceder, solicitar y aceptar de la convención, la propuesta legislativa acrecienta la exigencia, recibimiento, pago y aceptar promesa, como hechos punibles. Sin embargo, la propuesta cumple deficitariamente la Convención, es decir, no adopta el texto mínimo acordado, pues a lo que se refiere al hecho activo inserto en el párrafo único del dispositivo propuesto, se pune sólo aquél que dirige el acto ilícito al representante de la entidad del sector privado y deja impune aquellos que objetivan practicar el delito frente a otros que ejercen cualquier actividad en la misma entidad.

Es importante señalar que, en dicho proyecto normativo, la tipificación de la corrupción entre particulares prevé una pena de prisión durante un periodo de uno a cuatro años, al paso que el cohecho contra la administración pública prevista en el artículo 276 conmina una pena de prisión de tres a ocho años. La menor severidad en el castigo a la corrupción cometida en el sector privado es injustificable y puede generar una idea de menor reprobación y consecuentemente un estímulo a tal conducta ya que la legislación aún permite la aplicación de sanciones alternativas a la prisión del agente debido al quantum de la pena máxima.

Otro equívoco de dicho proyecto de ley que puede explicar parte de tal discrepancia es la mala vinculación del delito a una lesión al patrimonio, al revés de asociarlo a una lesión contra el orden económico-financiero, que es un bien jurídico de mayor protección y, por lo tanto, las lesiones

son más reprobables y resultarían en penas mayores, así como son los delitos contra la administración pública.

Una escandalosa trama de corrupción de repercusión mundial involucrando la Confederación Brasileña de Fútbol (CBF), el Comité Organizador Local de la Copa del Mundo FIFA Brasil 2014 (COL) y la Federación Internacional del Fútbol (FIFA), en actos de pago de soborno para cesión de derechos de transmisión de los juegos de fútbol de la Copa del Mundo de 2014, irregularidades en contratos diseñados para realización de partidas del time de fútbol brasileño y de los juegos organizados por la CBF, de la Copa de las Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa del Mundo de 2014, impactó negativamente la percepción de la corrupción en Brasil (Bruno 2018).

Dicho escándalo no sólo desveló una trama sistémica y antigua de corrupción involucrando sujetos privados, cómo también señaló para el mundo que dichos hechos no podrían ser perseguidos por las autoridades brasileñas, pues la corrupción en este sector específico no estaba inserta en la legislación nacional como crimen. Esto se tornó aún más claro y vergonzoso cuando la autoridad judicial estadounidense condenó al ex presidente de la CBF, José Maria Marin, a pena de cuatro años de prisión acumulada con multa de \$ 1,2 millones por los delitos de crimen organizado, fraude bancario y lavado de dinero, al paso que en el territorio brasileño los delitos permanecieron impunes (Eastern District of New York Attorney's Office 2018).

Otra trama de corrupción en el sector privado en Brasil se tornó un escándalo internacional en 2016, involucrando al ex jefe del Comité Olímpico Brasileño (COB), Carlos Arthur Nuzman, en pago de soborno de US\$ 2 millones para garantizar el voto del ex presidente de la Asociación Internacional de Federaciones Atléticas (IAAF), Lamine Diack, para elegir Rio de Janeiro como sede de los juegos olímpicos de 2016, mismo la ciudad poseyendo las peores condiciones para recibir el evento deportivo, desmembrándose para otros fraudes en el seno de los proyectos de construcción de la ciudad olímpica y compras de resultados de juegos (Fonseca 2016).

En virtud de los perenes escándalos de corrupción estrictamente perpetrada entre particulares con poder económico en el seno de las tramas deportivas de 2014 y 2016 en Brasil, fue propuesto el Proyecto de Ley 455, de 2016, por La Comisión Parlamentar de Investigación del Fútbol,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

instalada en 2015 en el Senado Federal, para apurar posibles irregularidades en la realización de la Copa de las Confederaciones y de la Copa del Mundo de 2014. Dicho Proyecto de Ley visa acrecer en el actual Código Penal el artículo 196-A para tipificar como delito la conducta de corrupción privada, con sanción de prisión de uno a cuatro años.

La crítica que se hace a la redacción del tipo penal del Proyecto de Ley 455/2016 es que él limita los agentes a un rol taxativo, olvidando del tercero que comete las mismas conductas con la misma finalidad, razón por la cual, el texto del tipo penal del Proyecto de Ley 236/2012 es mejor diseñado, pues alcanza también al tercero, en sintonía con el texto propositivo de la Convención de Mérida, evitándose que se opere la impunidad de determinados sujetos, todavía, dicho dispositivo luego tornase inútil ante la apertura del texto sobre el hecho activo de la conducta a interpretaciones más restrictivas al campo de agentes del delito.

Instrumento normativo	Texto normativo
Convención de Mérida	<p>Artículo 21. Soborno en el sector privado</p> <p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;</li><li>b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.</li></ul>

PL 236, 2012	Artículo 167. Exigir, solicitar, aceptar o recibir ventaja indebida, como representante de la empresa o institución privada, para favorecer a si o a tercero, directa o indirectamente, o aceptar promesa de ventaja indebida, a fin de realizar u omitir acto inherente a sus atribuciones. Pena – prisión, de un a cuatro años. Párrafo único. En las mismas penas incurre quien ofrece, promete, entrega o paga, directa o indirectamente, al representante de la empresa o institución privada, ventaja indebida.
PL 455, 2016	Artículo 196-A. Exigir, solicitar, aceptar o recibir ventaja indebida, el director, el administrador, el miembro del consejo o de órgano técnico, el auditor, el gerente, el prepuesto, el representante o el empleado de la empresa o institución privada, para favorecer a si o a terceros, directa o indirectamente, o aceptar promesa de ventaja indebida, a fin de realizar u omitir acto inherente a sus atribuciones. Pena —reclusión, de un a cuatro años, y multa—. Párrafo único. En las mismas penas incurre quien ofrece, promete, entrega o paga, directa o indirectamente, la ventaja indebida.

Hace más de quince años después de la firma de la Convención de Mérida por parte del Estado brasileño que la criminalización de la corrupción entre particulares aún es una materia en “discusión” que tramita en los cajones del parlamento nacional brasileño, es decir, el lapso temporal entre la firma del tratado internacional y su ratificación a través de los tramites internos se extiende demasiado, mientras que un numero significativo de países ya adoptó la recomendación de tipificación de la corrupción privada desde la asunción del compromiso.

A pesar del tratado internacional posee mandados de criminalización de carácter imperativo y de normas de orden facultativa, la firma solemne del jefe de Estado no se ha comprendido por la academia como una simple formalidad accesoria en el proceso de conclusión de un tratado internacional, sino que un acto que genera un compromiso con el contenido integral del diploma, exceptuadas las reservas, y que parte del presupuesto de la obligación de buena fe de los Estados signatarios previsto en el artículo 18 de la Convención de Viena, de 1969, sobre el derecho de los tratados (Dinh, Daillier y Pellet 2003, 138-140).



Dicho dispositivo de la mencionada Convención determina que los Estados que firman un tratado deben abstenerse de practicar cualquier acto que resulte en la frustración del objeto y de la finalidad del diploma. Para eso, aún que dicho tratado no esté en vigor, es decir, aún que no exista como una norma jurídica, la firma del Estado a un tratado internacional le genera la obligación de no hacer que consiste en abstenerse a cualquier acto que contraria el espíritu del tratado.

En este contexto, parece correcta y asertiva la concepción de que así como los Estados cuando se comprometen con los mandatos de criminalización de un convenio internacional por medio de su firma, y más aún después de su ratificación, asumen una auto limitación al legislador ordinario en la elección de los bienes jurídicos penales, es decir, se comprometen a criminalizar determinados hechos considerados ofensivos a estos bienes jurídicos determinados mediante la imposición de sanción, también asumen un deber ante las normas recomendatorias de criminalización de al menos vincular el parlamento a la discusión legislativa sobre la protección de los bienes jurídicos a que se recomienda proteger, como un acto coherente con la búsqueda de realización del objeto y de la finalidad del tratado que se traduce en por lo menos hacer esfuerzos para cumplir integralmente el convenio internacional.

La existencia de normas facultativas en tratados internacionales que solamente recomiendan medidas de enfrentamiento a hechos ofensivos a determinados bienes jurídicos, tal como el artículo 21 de la Convención de Mérida, no son meros dispositivos figurativos sometidos a la soberanía absoluta y desmedida de lo Estados, pero también los vinculan en la medida que, a pesar de no estar obligados a tipificar los hechos, deben al menos considerarlos y eso implica en tomar iniciativas para discutir en el parlamento las recomendaciones hechas en los tratados internacionales ratificados en tiempo razonable, como un acto de buena fe esculpido en el artículo 18 del Convenio de Viena.

Así, solamente se puede decir que el Estado considera la posibilidad de adoptar la tipificación de la corrupción en el sector privado se este discute en el ámbito domestico según los tramites internos legislativos a respecto del tema que se materializa en los proyectos de ley de discusión parlamentaria y en tiempo razonable. Sin embargo, lo que se critica en el escenario brasileño es que tal discusión es demasiado lenta, sin cualquier esfuerzo de los parlamentares de conferir la relevancia que el tema merece



frente a los crecientes escándalos de corrupción, incluso en el sector privado, que han surgido en los últimos años.

Inicialmente, es fundamental establecer la premisa teórica de que es un gran error la idea de que la corrupción en el sector privado es menos peor o que causa menos efectos negativos sobre la sociedad. El predominio de los estudios acerca de la corrupción en el sector público sobre los del sector privado crea una falsa sensación de que el primer es más importante, pero, al revés, la prevalencia de estudios sobre la corrupción en el sector público puede ser explicada por la mayor dificultad de percepción de la corrupción en las relaciones entre particulares que, por su naturaleza, son privadas del conocimiento público y, por eso, hay pocos subsidios para la investigación.

Sin embargo, este escenario ha cambiado gradualmente en los últimos años debido a la génesis de una serie de nuevos estudios a respecto de la corrupción en el sector privado, mucho impulsado por los movimientos de legislación anticorrupción en diversos ordenamientos jurídicos por el mundo.

Especialmente en la última década, la teoría de los costes transaccionales ha contribuido demasiado para el aumento del interés científico sobre la corrupción privada y sobre su dicotómica relación con el sector público, siendo responsable por una serie de nuevos estudios que desvelaron al mundo un nuevo diseño paradigmático sobre el *modus operandi* de la corrupción y sus consecuencias.

Los primados de la teoría de los costes transaccionales apuntan para la existencia de diferentes tipos de incertidumbres presentes en el ambiente donde una organización actúa y que influyen en diferentes tipos de costes que, al final y al cabo, determinan la toma de decisiones de los entes privados (Karjalainen y Moxham 2013, 271). En lo que dice respecto a la corrupción, este estudio centrarse en dos géneros de incertidumbres: la incertidumbre ambiental y la incertidumbre comportamental.

La incertidumbre ambiental consiste en la ambigüedad presente en el ambiente operacional relativa a la política, procedimientos y prácticas del gobierno que rige el territorio donde la organización está instalada, y a depender del grado de esa ambigüedad hay un menor o mayor grado de imprevisibilidad para los gestores (Miller 1992, 313). Con el objetivo de suprimir la incertidumbre ambiental, en general, los gestores buscan informaciones sobre el ambiente externo; sin embargo, cuando la capacidad

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

de los gestores en esta búsqueda, que dígame de pasaje, es limitada, la previsión de los resultados de sus decisiones tornase más oscuro, culminando en el tipo de incertidumbre ambiental llamado de incertidumbre informacional (Grewatsch y Kleidienst 2017, 293).

Para hacer frente al aumento de la incertidumbre ambiental agravada por el riesgo de conocimiento sobre el ambiente externo, las organizaciones precipitan costes asociados a la búsqueda de informaciones necesarias para la ejecución de transacciones en el mercado de actuación, motivando las empresas a buscaren mercados menos inciertos en términos ambientales para disminuir los costes de información (Madhok 1996, 579).

Mientras la corrupción privada se opere en el seno de las relaciones privadas, el sector público no alejase por completo de mantener cierta influencia en este campo. Como se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, la política, procedimientos y prácticas del gobierno pueden significar una incertidumbre ambiental en la medida que sean poco transparentes o contradictorias. El gobierno brasileño transmite un ejemplo práctico de dicha proposición teórica en la medida que el jefe de Estado asume el compromiso de combatir la corrupción, incluso de discutir acciones efectivas de lucha contra el fenómeno en el sector privado, sin embargo, el Poder Legislativo se mantiene ineficiente en crear normas que tipifiquen tal conducta como delito, mismo frente a los recientes escándalos de corrupción involucrando el sector privado en dos eventos de alcance mundial —Copa del Mundo 2014 y Juegos Olímpicos 2016—, en un camino contrario al adoptado en relación a la corrupción en el sector público.

La postura del gobierno brasileño crea una imprevisibilidad para los gestores de organizaciones privadas que desean operar en el mercado nacional, que necesitan anticipar costes para coleccionar y procesar informaciones sobre la integridad ética de la iniciativa privada y sobre la inclinación política estatal en criminalizar la corrupción privada, así como lo hace con la pública.

El otro género de incertidumbre es la comportamental que está asociada a la previsión de cual comportamiento ha de ser adoptado por las otras personas y cuanto más alta la tasa de incertidumbre más alto es el riesgo de oportunismo (Brouters y Brouters 2003, 1187). El oportunismo es conceptualizado como el comportamiento de aprovechar la oportunidad para defraudar o engañar a otra parte de una relación (Smith 2018, 613). En el ambiente empresarial el oportunismo es una preocupación

constante de los gestores en la conducción de los negocios que, de modo a prevenirse contra sus efectos, precipitan costes de monitoreo y ejecución, tanto para garantizar que las partes cumplan con sus obligaciones predeterminadas, como para castigar o ejercer control sobre la parte que incumpla sus obligaciones, respectivamente (Sampath, Gardberg y Rahman 2018, 745).

Las organizaciones, especialmente las transnacionales, buscan evitar altos costes de transacción relativos a la incertidumbre comportamental en determinados mercados, es decir, el objetivo es evitar mercados que exigen altos costes con monitoreo y seguimiento que consecuentemente impactan en los resultados de los negocios. En este sentido, la corrupción en el sector privado posee un impacto muy negativo sobre la fiabilidad de un mercado, pues le torna menos atrayente a inversiones de capital extranjero y estimula la fuga de capital nacional para otros mercados más fiables.

En el caso brasileño, la ocurrencia de los dos mencionados escándalos de corrupción involucrando los dos mayores eventos deportivos mundiales demuestra las debilidades del gobierno en hacer frente contra tales conductas, pues no sólo desvela la costumbre delictuosa, como también la carencia de instrumentos de persecución, que se agrava debido a la falta de interés del gobierno en luchar contra dicha práctica y tornar el mercado más seguro y atractivo para los negocios.

Engañase aquél que piensa que el país no sufre los perjuicios por la corrupción entre los particulares, así como los sufre la sociedad cuando se trata de desvío de dinero público. Los daños son colectivos, pues la economía nacional siente, como un todo, los impactos de un ambiente de incertidumbre comportamental, pues aumentase los costes de monitoreo y ejecución para hacer negocios en el país y consecuentemente, cuando de la toma de decisión de los gestores, le torna un destino menos atractivo en comparación con mercados más seguros en términos de posee instrumentos de represión contra la corrupción en el sector privado.

Los estudios científicos sobre las perversas consecuencias de la corrupción en el sector privado sobre la sociedad no es una exclusividad de las investigaciones jurídicas, habiendo por cierto una extensa gama de estudio en las áreas de administración y de la ciencia política (Montiel, Husted y Christmann 2012, 1107). Ninguna organización actúa aisladamente, pero si, hace parte de un sistema complejo, de un organismo inteligente

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

conectado con tantas otras instituciones que no solamente entes privados. Dentro de esta organicidad están comprendidos varios actores del campo privado, tales como clientes, proveedores, inversionistas y empleados, los cuales componen lo que la ciencia de la administración y de economía llama de cadena de valor (Jung y Lee 2017, 686).

El éxito de una cadena de valor es sopesado por el grado de confianza entre los actores privados que la componen de que las transacciones serán ejecutadas según lo acordado y con que se espera de una relación íntegra. Sin embargo, la corrupción en el sector privado degrada los lazos de confianza necesario para el establecimiento y manutención de una cadena de valor exitosa, pues debilita la previsibilidad acerca de patrones de comportamiento esperados en las relaciones comerciales (Lange 2008, 717).

La desconfianza generalizada en virtud de un alto grado de percepción pública de corrupción en el sector privado, sobre todo en relación con la incertidumbre comportamental y el consecuente riesgo de oportunismo, hace con que haya un fuerte desestímulo en la realización de negocios en un determinado mercado, pues involucro altos costes de transacción, especialmente con mecanismos de monitoreo y de ejecución (Rose-Ackerman 2010, 222). Con el advenimiento de nuevas leyes nacionales de represión a la corrupción en el sector privado con alcance extraterritorial como la *UK Bribery Act*, por ejemplo, los costes de transacción para un negocio se firman en un país marcado por la impunidad, como es el caso de Brasil, son muy altos y en muchos casos puede tornar la inversión desventajosa.

Así, la economía brasileña siente los efectos negativos de la ineficiencia legislativa en criminalizar la corrupción en el sector privado y del gobierno ejecutivo de desarrollar mecanismos más efectivos de control y represión a la corrupción entre particulares. Las empresas brasileñas también sufren el impacto negativo, tanto para hacer negocios internos frente a la desconfianza con los otros actores del mercado, como también para ampliar sus negocios para otros mercados ya que ellos son verdaderas banderas rojas para los empresarios extranjeros en la hora de considerar un acuerdo comercial.

Otro aspecto que carece ser debatido es el examen de la normativa brasileña dentro de un campo más largo que su análisis comparado en relación al sistema interamericano, pues, a diferencia de la Unión Europea, no hubo ningún esfuerzo por parte de la OEA para armonizar la

legislación penal de los Estados miembros respecto al delito de corrupción en el sector privado, eso porque ni siquiera se dio el primer paso hacia un tratado con mandato imperativo de criminalización de la corrupción entre particulares.

Este esfuerzo hacia la armonización de las legislaciones penales de los países europeos se debe a un conflicto de normas con distintos modelos de tipificación del delito que pone en riesgo la efectividad de la cooperación internacional para cohibir su práctica, especialmente en los delitos de dimensión transnacional. Determinados ordenamientos jurídicos europeos tratan del delito de corrupción privada en el seno de las relaciones laborales como una desviación de los deberes de lealtad, confianza y buena fe por parte del empleado/agente frente al empleador/principal, como por ejemplo los artículos 445-1 y 445-2 del Código Penal Francés, el artículo 504bis del Código Penal Belga y el artículo 328 del Código Penal de los Países Bajos. Esta construcción legislativa tiene como objetivo frenar la conducta injusta del empleado que de mala fe abusa de la confianza del empleador para obtener ventajas indebidas, violando las reglas que rigen la relación laboral (Prado y Rossetto 2015, 55).

En algunos ordenamientos jurídicos europeos e incluso latinoamericanos el bien jurídico que se ha buscado proteger con la criminalización de la corrupción en el sector privado ha sido la competencia leal entre los sujetos particulares en el seno de las relaciones comerciales, evidenciando un contexto marcado por obligaciones de los operadores económicos hacia el mercado, como por ejemplo el artículo 286bis del Código Penal Español y la sección 10 del Código Penal Austríaco, el artículo 241-A del Código Penal Peruano y en los artículos 287bis y 287ter del Código Penal Chileno. En ese sentido, el bien jurídico protegido asume un carácter supraindividual de modo que el delito de corrupción privada es practicado cuando el cohecho entre particulares perjudica a los suministros de mercancías o prestaciones de servicios por otros operadores económicos bajo el régimen de competencia mercadológica, resultando irrelevante para la configuración del ilícito el consentimiento del empleador hacia los empleados en el seno de una relación laboral como en los tipos penales basados en la violación de deberes (Martín 2002, 57).

La criminalización de la corrupción en el sector privado en algunos ordenamientos jurídicos tutela el patrimonio de los socios e inversores, teniendo un contenido material respecto al bien jurídico protegido más

concreto que en las variaciones ya mencionadas. En efectos prácticos, eso permite al aplicador de la norma penal delimitar con mayor seguridad la conducta delictuosa, vulnerando menos a los particulares con respecto al riesgo de interpretaciones casuísticas en perjuicio de los derechos individuales. En este modelo de incriminación es posible distinguir la falta de valor de la conducta fundada en el engaño y del resultado que es la lesión o exposición a un peligro real de lesión al patrimonio, como lo es el antiguo artículo 2635 del Código Civil Italiano y el artículo 251-A del Código Penal Colombiano (Prado y Rossetto 2015, 60).

Y la corrupción en el sector privado puede ser tipificada dentro de un diseño unitario que comprende en un solo tipo penal la corrupción tanto en el sector público como en el privado, también llamado por la doctrina jurídica comparada como delito de privatización administrativa, pero es mayoritariamente conocido como delito omnicomprendivo de la corrupción privada, tal como verificase en la sección 5 del capítulo 10 del Código Penal Sueco (Gontijo 2015, 33).

La discusión sobre los pros y contras de cada modelo de tipificación de la corrupción en el sector privado es tema para otro artículo más dedicado a la profundización de sus complejidades. Si bien Brasil discute proyectos de ley sobre la clasificación de la corrupción privada en línea con el texto mínimo de la Convención de Mérida con base en la violación de deberes, y en este sentido es consistente con el compromiso asumido, esta clasificación es criticada por la doctrina, pues al tratar el ilícito como una ruptura de la confianza en el seno de la relación laboral retira la legitimidad del Estado respecto a la iniciativa del enjuiciamiento de la acción penal, pues la desvaloración de la conducta depende de si el empleador considera que se han violado los deberes de lealtad por el empleado. Otro aspecto negativo de esta tipificación para la lucha contra la corrupción entre particulares es la complicidad del empleador con la conducta fraudulenta o su negligencia respecto a la ausencia de códigos de ética que establezcan deberes de buena fe e integridad, pues cualquier una de estas hipótesis torna la corrupción privada una conducta atípica. En otras palabras, no ha crimen si el empleador es el beneficiario de la actividad corrupta llevada a cabo por su empleado, pues este modelo tipificación supone que el sujeto corrupto únicamente pueda ser el empleado y no el empleador (Nieto 2002, 58).

Es un consenso en la doctrina jurídica que este modelo de tipificación penal no cumple la finalidad de combatir la corrupción privada debido a la injustificada redoma de inimputabilidad de otros sujetos privados involucrados como el empleador, que en muchos casos es el líder de la conspiración y a quien pertenece la legitimidad para iniciar la acción penal, vaciando la propia eficacia de la norma penal, lo que es lo mismo que no tener la ley.

La corrupción es un fenómeno complejo y su tratamiento académico es muy reciente, especialmente en su aspecto privado, comparado a otras ramas del estudio de las ciencias sociales y humanas. Debido a esa característica, ha mucho que avanzar en las investigaciones sobre la corrupción entre particulares, sobre todo en el marco jurídico penal, siendo el actual panorama legal un marco inicial en constante evolución hacia una construcción más sólida como la del cohecho, pero entre todas las alternativas de tipificación del delito, la que mejor cumple el intento de combatirlo es el modelo que lo concibe como un delito de infracción de la competencia leal.

Sin embargo, tal como los modelos anteriores, la tipificación de la corrupción privada enfocada en la infracción de la competencia leal no es exenta de críticas. En realidad, parte de la doctrina jurídica entiende que esta forma de regulación por hora es la que mejor cumple la finalidad de luchar contra la corrupción en el sector privado, pero su relevancia como bien jurídico para justificar la intervención penal es cuestionable, sosteniéndose que existen mecanismos extrapenales más directos y eficaces para proteger la lealtad competitiva que el derecho penal.

## V. CONCLUSIÓN

En términos prácticos, el Estado brasileño no posee esfuerzos sustantivos para criminalizar la corrupción en el sector privado como lo hace con relación al sector público, en un claro conflicto de interés de los parlamentares y de los ciudadanos.

Infelizmente, los escándalos de corrupción involucrando agentes públicos, especialmente los relativos a la Operación Lava Jato, han ocupado el debate público, mucho por fuerza de la prensa, ofuscando el debate sobre la corrupción entre particulares.



Este contexto contribuye para que los parlamentares desvíen la atención para otras medidas de combate al crimen bajo la excusa de una supuesta orden de importancia en donde la corrupción priva está entre los temas de última relevancia. Eso se percibe en el actual escenario de discusión parlamentaria sobre el tema de la corrupción en que el Congreso Nacional brasileño se concentra en el proyecto legislativo sobre abuso de autoridad (PL 7596/2017) y el conjunto de proyectos legislativos anticrimen (PL 881/2019, PL 882/2019 y PL 38/2019) propuesto por el ministro de la Justicia Sergio Moro, que en nada contemplan el sector privado.

La carencia de medidas efectivas de los organismos internacionales para incentivar países como Brasil a implementar respuestas normativas contra la corrupción privada contribuye para la permanencia de estos panoramas de ineficiencia.

Mientras Brasil aun discute hace muchos años la criminalización de la corrupción entre particulares en coherencia con el texto mínimo de la Convención de Mérida, señalando que aún no hay ningún avance sustantivo, este modelo de tipificación es basado en la infracción de deberes, lo que es muy criticado por la academia frente a su fracaso en países que así lo adoptaron y después cambiaron sus legislaciones. No más indicado es que entre todos los modelos de tipificación de la corrupción existentes, el mejor modelo sería el basado en una infracción de la competencia leal que no es objeto de ninguna discusión por los parlamentares brasileños.

La historia brasileña ha mostrado que ni siquiera los escándalos de corrupción divulgados por la prensa que involucraron los dos mayores eventos deportivos sedeados en el país en la última década fueron capaces de surtir efecto sobre el comportamiento parlamentario de inclinación a la criminalización de la corrupción en el sector privado, diferentemente de lo que ocurre cuando el tema es la corrupción en el sector público.

Entre los muchos motivos posibles, hay la poca importancia que se confiere por la opinión pública, que solamente empieza a cambiar a partir del esfuerzo de concientización de las instituciones públicas, de las entidades de la sociedad civil y de los organismos internacionales. Eso camino es un proceso lento de “hormiga” que va produciendo efectos en un largo espacio de tiempo que requiere mucha paciencia y la asunción del riesgo de más perjuicios al orden económico del Estado.

Otra medida importante para presión a los Estados omisos es la actuación de los organismos regulatorios en imponer patrones de conducta



éticas a las empresas del sector, como ya lo hace la Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) con las imposiciones de niveles diferenciados de gobernanza corporativa para clasificar empresas de capital abierto en segmentos de mejor confiabilidad (nivel 1, nivel 2 y nuevo mercado). Se esto se repite en otros mercados regulados, tal práctica empieza a cambiar las costumbres comerciales y fortalecer una demanda por seguridad jurídica más sólida por medio de la edición de leyes de repercusión general, tal como la criminalización de conductas indeseadas socialmente.

Brasil corre el riesgo de tornarse un país menos atractivo a la inversión privada de empresas internacionales reguladas por legislaciones más efectivas en el combate a la corrupción con alcance extraterritorial. Así que los efectos de la omisión del Estado brasileño pueden ser sentidos en la economía en un futuro próximo, ante la posibilidad de Brasil figurar entre los países con mercados de mayor riesgo de desvíos éticos para los negocios internacionales.

Hay mucho que discutir sobre el tema del combate a la corrupción privada debido a su enfoque reciente y a la multiplicidad de soluciones posibles. Por eso, el debate no termina en las breves líneas de este estudio, pero sí, es solamente un punto de partida para un espectro mayor de reflexión.

## VI. REFERENCIAS

- ALAM, M. S. 1991. "Some economic cost of corruption in LDCs". *Journal of Development Studies* (27), 89-97.
- AIDT, T. S. 2003. "Economic analysis of corruption: a survey". *Economic Journal* (113), 632-652.
- ANDVIG, J. C., FJELDSTAD, O. H., WELTZIEN, A., AMUNDSEN, I., SISSENER, T. K., and SOREIDE, T. 2001. *Corruption. A review of contemporary research*. Bergen. Chr. Michelsen Institute.
- ARGANDOÑA, A. 2003. "La corrupción en el sector privado". *Documento de Investigación* (531), 1-18.
- ARGANDOÑA, A. 2005. "Private-to-private corruption". *IESE Business School Working Paper* (531), 1-20.
- ARGANDOÑA, A. y BERENDSON, R. M. 2009. "La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial". *Cuadernos de la Cátedra de Responsabilidad Social de La Empresa y Gobierno Corporativo* (4), 8.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

- ARISTOTLE. 1905. *Aristotle's Politics*. Oxford. Clarendon Press.
- BARDÓN, C. B. 2013. “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”. *Revista para el Análisis del Derecho* (2), 2-10.
- BEATO, C., ZILLI, L. F. 2012. “A estruturação de atividades criminosas: um estudo de caso”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (80), 71-88.
- BECKER, G. S. 1968. “Crime and punishment: an economic approach”. *Journal of Political Economy* (81), 169-217.
- BIASE, F. 2013. “Sistemas auto-organizadores físicos, biológicos, sociais e empresariais”. *International Journal of Knowledge Engineering and Management* (2), 123-146.
- BROUThERS, K. D., BROUThERS, L. E. 2003. “Why service and manufacturing entry mode choices differ: the influence of transaction cost factors, risk and trust”. *Journal of Management Studies* (5), 1179-1204.
- BRUNO, M. M. 2018. “How corruption and football are connected in Brazil”. *The Brazilian Report* [sitio web], 13 de junio. <https://brazilian.report/society/2018/06/13/corruption-brazilian-football/>.
- BYRNE, D. S. 1998. *Complexity theory and social sciences*. Londres. Routledge.
- CARNEGIE Endowment for International Peace. 2002. “Control de la corrupción: clave para el comercio orientado al desarrollo”. *Policy Outlook* (4), 1-11.
- CASCÓN, F. C. 2012. “Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”. *Justitia* (10), 281-342.
- CASTILLO, G. B. 2005. “Principio de la legalidad y proceso penal”. *Derecho Penal y Criminología* (78), 109-124.
- CUENCA, Carlos G. C. 2009. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca, CL. Ratio Legis.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. 2014. “La corrupción ante el derecho y la justicia”. *Diritto Penale Contemporaneo* (1), 1-14.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I. 2002. “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?”. *La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo* (1), 259-263.
- DEL MORAL GARCÍA, A. 2015. *La justicia penal ante la corrupción*. Catalunya: Generalitat de Catalunya.
- DINH, N. Q., DAILLER, P., PELLET, A. 2003. *Direito internacional público*. 2 ed. Lisboa, PT. Fundação Calouste Gulbenkian.

- DOTTI, R. A. 2015. “Principios fundamentales del Derecho penal brasileño”. *Bulletin de la société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste* (30), 313-326.
- ENCINAR DEL POZO, M. A. 2016. *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Navarra. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Eastern District of New York Attorney’s Office. 2018. “Former Brazilian soccer official sentenced to four years’ imprisonment for racketeering and corruption offenses”. *United States’ Department of Justice* [sitio web], 22 de agosto. <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/former-brazilian-soccer-official-sentenced-four-years-imprisonment-racketeering-and>.
- FOLLONI, A. 2016. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba. Jaruá Editora.
- FONSECA, P. 2016. “Brazil Olympic chief brokered \$2 million bribe to buy Rio Games: police”. *Thomson Reuters* [sitio web], 5 de septiembre. <https://www.reuters.com/article/us-olympics-rio-corruption/brazil-olympic-chief-brokered-2-million-bribe-to-buy-rio-games-police-idUSKCN1BG1HV>.
- FURTADO, L. R. 2012. *As raízes da corrupção: estudos de casos e lições para o futuro*. Tesis doctoral. Salamanca. Universidad de Salamanca.
- GATHI, J. T. 2009. “Defining the relationship between human rights and corruption”. *University of Pennsylvania Journal of International Law* (1), 125-202.
- GOMES, L. F. 2007. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais; volume 1*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.
- GONTIJO, C. A. C. 2015. “O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro”. Tesis doctoral. Universidade de São Paulo.
- GREWATSCH, S., KLEIDIENST, I. 2017. “When does it pay to be good? Moderators and mediators in the corporate sustainability – corporate financial performance relationship: a critical review”. *Journal of Business Ethics* (2), 383-416.
- GUNTHER, M. 2011. *Os axiomas de Zurique*. Rio de Janeiro. Record.
- HERSHMAN, Michael J. 1996. “Métodos para la investigación de la corrupción”. *Revista Chilena de Ciencia Política* (18), 61-66.
- HOBBS, T. 1986. *Leviathan*. Baltimore. Penguin Books.
- HUNTINGTON, S. P. 1968. *Political order in changing societies*. New Haven. Yale University Press.

- INGLEHART, R., Welzel, C. 2005. *Modernization, Cultural Change, and Democracy: The Human Development Sequence*. Cambridge. Cambridge University Press.
- JUNG, J. C., LEE, K. P. 2017. "Host country sourcing of multinational enterprises: a corporate social responsibility perspective". *Journal of Business Ethics* (3), 683-701.
- JURAEV, J. 2018. "Rational choice theory and demand for petty corruption". *Journal of Eastern European and Central Asian Research* (5), 1-10.
- KARJALAINEN, K., MOXHAM, C. 2013. "Focus on Fairtrade: propositions for integrating Fairtrade and supply chain management research". *Journal of Business Ethics* (2), 267-282.
- KENNY, C. 2006. "Measuring and reducing the impact of corruption in infrastructure". *World Bank Policy Research Working Papers* (4009), 1-42.
- KHAN, M. H., and JOMO, K. S. 2000. *Rents, rent-seeking and economic development*. Cambridge. Cambridge University Press.
- LANGE, D. 2008. "A multidimensional conceptualization of organizational corruption control". *Academy of Management Review* (3), 710-729.
- LEFF, N. F. 1964. "Economic development through bureaucratic corruption". *American behavioral scientist* (3), 8-14.
- LORENZ, E. 1972. Predictability: does de flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas? Presentado en: American Association for the Advancement of Science en 29 de dicimembre. *file:///Users/carlosgodoi/Downloads/5025-Texto%20do%20Artigo-18930-1-10-20171110.pdf*.
- MARTÍNEZ, V. A., JUANATEY, O., BLÁZQUEZ, F. "Efectos de la corrupción en la imagen percibida de las empresas". *Revista de Estudios de Comunicación* (17), 45-64.
- MBAKU, J. M. 1992. "Bureaucratic corruption as rent seeking behavior". *Konjunkturpolitik* (38), 247-265.
- MADHOK, A. 1996. "The organization of economic activity: transaction costs, firm capabilities, and the nature of governance". *Organization Science* (5), 577-590.
- MACHIAVELLI, N. 1981. *The Prince*. Harmondsworth, Eng. New York. Penguin Books.
- MARTÍN, A. N. 2002. "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)". *Revista Penal* (10), 55-69.

- MCGING, B. C. 2010. *Polybius' Histories*. New York. Oxford University Press.
- MILLER, K. D. 1992. "A framework for integrated risk management in international business". *Journal of International Business Studies* (2), 311-331.
- MONTESQUIEU, C. S. 1823. *The Spirit of Laws*. London. J. Collingwood.
- MONTIEL, I., Husted, B., Christiamann, P. 2012. "Using private management standard certification to reduce information asymmetries in corrupt environments". *Strategic Management Journal* (9), 1103-1113.
- MOTTA, F., Belém, B. 2018. "Persecution of the public interest in a scenario of multiple interests: the OCDE's recommendations and the conflicts regulated by Law 12.813/2013". *Administrative Law Review* (2), 149-175.
- MYRDAL, G. 1997. *Corruption as a hindrance to modernization in South Asia*. En: Heidenheimer, A. J. *Political corruption: a handbook*. 4 ed. New Brunswick. Transaction Publishers.
- NIETO, A. 2002. "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)". *Revista Penal* (10), 55-69.
- NYE, J. N. 1967. "Corruption and political development: a cost-benefit analysis". *The American Political Science Review* (61), 417-427.
- OLKEN, B. A., Pande, R. 2012. "Corruption in developing countries". *Annual Review of Economics* (4), 479-509.
- OSTERFELD, D. *Prosperity versus planning: how government stifles economic growth*. Nueva York. Oxford University Press.
- PRADO, L. R. y ROSSETTO, P. C. 2015. "Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (114), 51-97.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. y BENTO SÁNCHEZ, D. 2012. "La política criminal internacional contra la corrupción". I. B. Gómez de la Torre y A. E. Liberatore S. Bechara (coords). *Estudios sobre la corrupción. Un reflexión hispano-brasileña*. Salamanca, CL. Centro de Estudios Brasileños.
- ROBLES, Manuela U. 2015. *Corrupción, límites y psicoanálisis*. Madrid. El Duende.
- RODRÍGUEZ, R. C. 2008. "Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional". *Revista Ius et Praxis* (14), 13-48.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. 1996. "The political economy of corruption: causes and consequences". *Public Policy for the Private Sector* (74), 1-4.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 685-732.

- ROSE-ACKERMAN, Susan. 2010. "The law and economics of bribery and extortion". *Annual Review of Law and Social Science* (6), 217-238.
- ROSE-ACKERMAN, S., PALIFKA, B. J. 1999. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. 2002. "Corruption and the criminal law". *Forum on Crime and Society* (2), 3-21.
- ROUSSEAU, J. 1974. *The Essential Rousseau: The Social Contract, Discourse on the Origin of Inequality, Discourse on the Arts and Sciences, The Creed of a Savoyard Priest*. New York. New American Library.
- SAMPATH, V. S., GARDBERG N. A., RAHMAN, N. 2018. "Corporate reputation's invisible hand: bribery, rational choice and market penalties". *Journal of Business Ethics* (3), 743-760.
- SATO, Eiiti. 2003. "Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI". *Revista Brasileira de Política Internacional* (2), 161-176.
- SCHÜNEMANN, Bernd. 1988. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (41), 529-558.
- SENTURIA, J. J. 1931. 1931. "Corruption, Political". *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. IV. New York: Crowell, Collier, Mcmillan.
- SHEIFER, A., Vishny, R. W. 2003. "Corruption". *Quarterly Journal of Economics* (108), 599-617.
- SMITH, J. 2018. "Efficiency and ethically responsible management". *Journal of Business Ethics* (3), 603-618.
- TANZI, V. 1998. "Corruption around the world". *IMF Staff Papers* (45), 559-594.
- TOCQUEVILLE, A., MANSFIELD, H. C., and WINTHROP, D. 2000. *Democracy in America*. Chicago. University of Chicago Press.
- U.S. Department of Justice y U.S. Securities and Exchange Commission. 2012. *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Washington D.C. FCPA Unit.
- VARGAS, Edmundo. 2004. "La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional: las convenciones de la OEA y la ONU". *Nueva Sociedad* (194), 133-148.

## LA LEGITIMACIÓN EN DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. LAS ENSEÑANZAS DEL DERECHO CHILENO Y FRANCÉS\*

### *LEGAL STANDING OF ENVIRONMENTAL LIABILITY CLAIMS. CONTRIBUTIONS OF CHILEAN AND FRENCH LAW*

Pedro HARRIS MOYA\*\*

**RESUMEN:** La reciente consagración del perjuicio ecológico en el derecho francés plantea interrogantes ya solucionadas en el derecho chileno. No obstante, también permite interrogarse sobre la conveniencia de las soluciones aplicables en Chile. El régimen de legitimación frente a la reparación de daños ambientales es un ejemplo de ello. La legitimación activa del derecho francés es una enseñanza para el derecho chileno. Respecto de las soluciones adoptadas frente a la legitimación pasiva, esta apreciación se invierte.

**Palabras claves:** legitimación, daño ambiental, responsabilidad, reparación, ambiente.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Las enseñanzas del derecho francés frente a la legitimación activa.* III. *Las enseñanzas del derecho chileno frente a la legitimación pasiva.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

**ABSTRACT:** *The recent enactment of ecological damage in french law raises questions which have already been solved in chilean law. However, it also raises questions about the applicable solutions in Chile. The legal standing of claims for environmental damage is an example of this. Legal standing to sue in French law serves as an example for chilean law. However, regarding the ability to be sued, it is possible to come to the opposite conclusion.*

**Keywords:** *legal standing, environmental damage, liability, compensation, environment.*

---

\* Recibido el 20 de febrero de 2020; aprobado el 17 de noviembre de 2020.

\*\* ORCID: 0000-0002-4361-1739. Doctor en Derecho público de la Universidad de Paris 1, *Panthéon-Sorbonne*. Profesor de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: [pedro.harris@uautonoma.cl](mailto:pedro.harris@uautonoma.cl)

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 733-761.

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



## I. INTRODUCCIÓN

Pese a las diferencias con las que Chile y Francia pueden abordar la función de protección del ambiente, su derecho se aproxima hoy en día en cuanto a las reglas aplicables en ciertos ámbitos, como en materia de responsabilidad ambiental. Actualmente ambos países poseen legislaciones especiales que especifican el régimen extracontractual. Aquellos que dañen o causen perjuicios a ciertos elementos ambientales, deberán desarrollar una reparación mediante reglas específicas. Ellas han sido consagradas en la Ley 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente en Chile, y en la Ley del 8 de agosto de 2016, relativa a la reconquista de la biodiversidad en Francia. Cada una de estas legislaciones inciden en múltiples aspectos, como frente a la noción del daño o perjuicio, el plazo de prescripción o las formas de reparación. Contrario a lo que podría pensarse, las diferencias no son puramente sustantivas, sino también adjetivas. El acceso a la justicia en materia ambiental ha sido uno de los aspectos modificados en dichas leyes.

El acceso a la justicia presenta hoy en día una actualidad difícilmente cuestionable en materia de responsabilidad ambiental. El Estado no sólo es un garante para su protección, sino también un eventual autor que, directa o indirectamente, puede intervenir en la verificación del hecho generador o en su relación causal con el daño o perjuicio provocado. Todo ello explica que sus órganos intervengan como demandantes o demandados en los procesos de reparación en materia ambiental. Una situación similar ocurre respecto de particulares que, ya sea en tanto personas naturales o jurídicas, pueden intervenir ejerciendo un rol y otro. Aunque el acceso a la justicia ambiental “se relaciona con los medios para acudir a los tribunales” (Anglés 2017), la justicia ambiental como tal va más allá e integra también al demandado en un proceso judicial de reparación de daños o perjuicios. Ambas calidades se expresan a través de la legitimación que todos ellos deben poseer.

En efecto, tanto en el derecho chileno como en el francés, la constitución de una relación jurídica procesal supone diferentes condiciones. Estas podrán relacionarse con los órganos jurisdiccionales, las características del proceso o, en fin, las partes que intervienen en él. La noción de legitimación forma parte de este último aspecto. La legitimación es un presupuesto del proceso, referido a la persona que interpone una acción jurisdiccional (recibiendo en tal caso una calificación activa), o a aquella



en contra de quien se ejerce (siendo en este supuesto calificada de pasiva). Aunque la legislación ambiental en Chile se refiera expresamente a este concepto en su primera forma<sup>1</sup>, la doctrina recurre también a ella en esta última modalidad (Bordalí 2010, 234; Delgado 2012, 57). Una y otra noción son traducidas al francés por el empleo de categorías diversas.<sup>2</sup> Cualquiera sea la noción aceptada, se referirá a exigencias que el demandante y el demandado deberán reunir para asegurar la constitución de la relación jurídico-procesal. El acceso a la justicia en materia de responsabilidad frente a daños ambientales no es una excepción a lo anterior.

A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, el régimen de legitimación posee complejidades particulares en materia de responsabilidad ambiental. Desde un punto de vista activo, referido a la posición del demandante, éstas se explican por la carencia de subjetividad de los elementos ambientales, que requieren de legitimados que personifiquen su protección. Desde un punto de vista pasivo, referido a la posición del demandado, dichas complejidades se asocian a la responsabilidad que pudiere afectar a aquellos que dañen de manera significativa uno o más de sus componentes. La ausencia de una titularidad jurídica específica respecto del medioambiente puede suponer restricciones para imponer su reparación al autor, como resultado de la aplicación de ciertas nociones estructurales de la responsabilidad. Las relaciones entre ambas perspectivas, en el marco de un proceso judicial, justifican el análisis conjunto de ambas legitimaciones, frente a la reparación de daños ambientales. Y, para tales efectos, la comparación del derecho chileno y francés es particularmente útil, en términos temporales y materiales.

---

<sup>1</sup> Mientras que el artículo 54 de la Ley 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, se refiere a los titulares de la acción ambiental, el artículo 20 de la Ley 20.600, que crea los tribunales ambientales, alude expresamente a la legitimación, en su variante activa.

<sup>2</sup> En el derecho chileno el concepto de legitimación permite identificar las condiciones subjetivas que requiere el proceso, respecto del demandante (legitimación activa) y demandado (legitimación pasiva). Aunque el derecho francés carece de un término que permita traducirlo, diferentes nociones han sido propuestas. Es el caso de las expresiones de “calidad para actuar” —*qualité à agir*— (García de Enterría 2000, 101) y de “admisibilidad de la demanda” —*recevabilité*— (Esteban 2005). No obstante, la noción de legitimación sufre de ciertas variaciones en el derecho chileno, si se considera que, conforme a la posición mayoritaria de la doctrina, su determinación es una cuestión de fondo —*bien fondé*— de la acción. Contra esta interpretación, pero constatando su extensión (Bordalí 2018, 72).

En términos temporales, la responsabilidad ambiental consagra diferencias significativas entre el derecho chileno y francés. Mientras que en el caso chileno este régimen remonta a 1994, con la dictación de la Ley 19.300; en el caso francés, éste posee una consagración reciente, con la Ley del 8 de agosto de 2016. La separación de más de veinte años entre ambas legislaciones únicamente se aproxima con la legislación francesa en materia de daño ambiental de 2008,<sup>3</sup> por la transposición de la Directiva 2004/35 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la responsabilidad medioambiental. Sin embargo, contrario a lo que podría pensarse, esta directiva no consagra un régimen de responsabilidad *strictu sensu*, sino un mecanismo preventivo y reparador de daños, aplicable a ciertas actividades, mediante el ejercicio de competencias de policía administrativa (Fuchs 2008).

En términos materiales, estas legislaciones en el derecho chileno y francés tienen también una naturaleza distinta. Por un lado, esto se aprecia en relación con su régimen jurídico. Mientras que la Ley chilena 19.300 consagra un sistema de responsabilidad en sentido estricto, la opción seguida por la Ley francesa del 8 de agosto de 2016 ha sido diversa. Sin consagrar una responsabilidad *strictu sensu*, ésta establece un mecanismo de reparación común a sus diferentes regímenes. Por otro lado, las diferencias se asocian a la calificación jurídica. Más allá de la distinción entre las nociones de daño y perjuicio, éstas se relacionan con los componentes afectados. La referencia al *ambiente* en el derecho chileno (que integra tanto elementos naturales, como socioculturales y sus interacciones) explica que la responsabilidad tenga un campo de aplicación extenso (Valenzuela 2010, 318; Ropert y Saavedra 2005) frente al derecho francés,<sup>4</sup> referido al componente *ecológico*.

La separación temporal y material de estas legislaciones incide en el contenido de la protección ambiental consagrada en ambos casos. Las legislaciones relativas a la responsabilidad ambiental en el derecho chileno y francés suponen esfuerzos por adaptar las estructuras tradicionales del derecho de daños en este ámbito específico. Sin embargo, el carácter innovador que esta responsabilidad presenta llevará, necesariamente, a que cada régimen posea una identidad propia, con sus límites y aportes.

<sup>3</sup> Ley del 1o. de agosto de 2008, relativa a la responsabilidad ambiental.

<sup>4</sup> Artículo 2 letra II) de la Ley chilena 19.300; artículo 1247 del Código Civil francés.

De manera tradicional, esta identidad sólo resulta apreciable por contraste con otros ordenamientos jurídicos que, en función de su alteridad, permitan desarrollar la función crítica y constructiva de la comparación (Gaudemet 1989, 905). Este es el resultado de abordar la noción de legitimación en relación con la responsabilidad ambiental en ambos países. En efecto, en el estado de la jurisprudencia actual, el derecho francés consagra enseñanzas relevantes para la legitimación activa frente al derecho chileno (II). Estas enseñanzas, no obstante, se invierten frente a la faz pasiva de la legitimación (III).

## II. LAS ENSEÑANZAS DEL DERECHO FRANCÉS FRENTE A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

En la responsabilidad ambiental, la importancia de determinar la legitimación activa es evidente. Si el ambiente no es ni “una persona” ni bien “apropiado” como entidad (Camproux-Duffrene 2015), se impide que su representación se rija por las reglas generales, que ante la responsabilidad imponen, entre otras condiciones, la necesidad de acreditar el carácter “personal” del derecho o interés lesionado. Ello explica que el legislador haya determinado las condiciones que el legitimado debe poseer, integrando a algunos de ellos, aunque con variaciones significativas en ciertos casos. Estas se observan en las limitaciones de los intereses representados por las personas públicas (1) y privadas (2) frente a la responsabilidad ambiental en el derecho chileno, en contraste con aquellos reconocidos por parte del legislador francés.

### 1. *La legitimación activa de las personas públicas*

Las personas públicas no sólo son legitimadas pasivas frente a los daños causados al medioambiente, sino también, y sobre todo, son unos de sus principales legitimados activos. Así permite constatarlo la simple lectura del derecho chileno y francés. En ambos casos, existe un reconocimiento extenso de la intervención de las personas públicas, en representación de intereses generales. No obstante, diferentes variaciones existen frente a la amplitud con que esta representación es consagrada respecto de órganos que sólo representan una parte de estos intereses (A). Parale-

lamente, una variación también existe frente a órganos que sustituyen la representación de ciertos intereses generales por otros, de una naturaleza colectiva (B).

### A. *Los intereses generales*

La legitimación para demandar la reparación ambiental en el derecho chileno ha sido consagrada por el artículo 54 de la Ley 19.300, en favor de dos clases de personas públicas: tanto el Estado como las municipalidades. En principio, el otorgamiento de ambas titularidades se justifica por las funciones que son consagradas en su favor por otras disposiciones. En el caso del Estado, estas funciones tienen un valor constitucional, al ser éste el destinatario del deber de tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19, 8 de la Constitución Política de 1980), mientras que en el caso de las municipalidades, ellas se integran en sus competencias compartidas, establecidas por el artículo 4, letra b de la Ley 18.695, de Municipalidades, según el cual dichos órganos deben ejercer, entre otras actividades, la protección del ambiente. Cabe preguntarse, sin embargo, si dichas titularidades son representativas de los intereses involucrados frente al daño ambiental.

Las limitaciones se relacionan con el carácter restrictivo que posee la competencia de los órganos públicos para ser legitimados activos en el ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental (Tisné 2014, 341). Más allá de la competencia reconocida al Estado, el artículo 54 de la Ley 19.300 sólo le reconoce a las municipalidades el ejercicio de esta acción. No obstante, las municipalidades únicamente integran una forma específica de organización administrativa territorial, existente en el ámbito comunal o local. *Contrario sensu*, esto caracteriza el rechazo de otras legitimaciones frente a órganos que ejercen competencias en una escala diversa, como la región y provincia, cuya administración ha sido objeto de reformas recientes del derecho chileno.<sup>5</sup> Asimismo, dicha consagración supone negar la legitimación que otros órganos pueden ejercer, no con base al territorio, sino a sus funciones, lo que en el derecho chileno resulta imperativo, por la aplicación de disposiciones favorables a la descentrali-

---

<sup>5</sup> Véase, entre otras, la Ley 21.073, que permite la elección democrática del gobernador regional y la Ley 21.074, sobre el fortalecimiento de la regionalización del país.

zación territorial y funcional, consagradas en el artículo 3 de la Constitución de 1980.

La legitimación activa de los órganos públicos en el derecho francés contrasta con esta situación. Para que una persona sea parte activa en el proceso, el artículo 1248 del Código Civil francés sólo requiere de una calidad y de un interés. Esto se explica por la preferencia del legislador de una enumeración no exhaustiva (Neyret 2017), descartando así la propuesta inicial, favorable a una lista taxativa de legitimados (Jégouzo 2013, 24). Respecto de las personas públicas, ésta es la primera diferencia con el derecho chileno, en donde la enumeración es exhaustiva,<sup>6</sup> como resultado de la expresión “son titulares de la acción” que, pese a ser utilizada en el artículo 54 de la Ley 19.300, resulta difícil de conciliar en materia de derechos constitucionales (Bordalí 2010, 233). Un segundo aspecto se relaciona con la extensión de esta enumeración. Los cuatro primeros titulares de la acción de reparación del perjuicio ecológico en el derecho francés tienen una personalidad pública. Todos ellos corresponden tanto al Estado, como a la Agencia francesa en materia de Biodiversidad, a las colectividades territoriales y a los establecimientos públicos.

Lo anterior tiene incidencia respecto a los intereses que son representados en el proceso. En efecto, cada una de estas personas de derecho público se estructuran, en el derecho francés, según una forma de organización administrativa diversa, lo que se manifiesta en sus intereses para demandar la reparación del perjuicio. “El principal obstáculo al ejercicio de la acción civil por parte de personas jurídicas de derecho público distintas del Estado consiste en que la generalidad de sus competencias tiene por efecto confundir sus intereses con el interés general, cuya protección incumbe sólo al Ministerio Público” (Huten y Dumont 2008, 210). La característica del artículo 1248 del Código Civil francés es distinguir diferentes titularidades. Si bien todo interés general es representado por el Estado, la Agencia francesa para la Biodiversidad, las colectividades territoriales y los establecimientos públicos pueden representar, ya sea un interés general determinado, ya un interés colectivo.

---

<sup>6</sup> Sentencia de Corte Suprema del 16 de octubre de 2017, rol: 62208-2016.

## B. *Los intereses colectivos*

En el derecho chileno, las limitaciones de la representación de los intereses colectivos se relacionan con la competencia municipal. Su legitimación para demandar la reparación ambiental se limita en contraste con aquella consagrada en favor del Estado. En algunos casos, la Ley 19.300 condiciona la facultad del municipio respecto de los “hechos acaecidos en sus respectivas comunas” (artículo 54 inciso 1), mientras que en otros ella requiere que las actividades que causan daño ambiental “se desarrollen” en ella (artículo 54 inciso 2). A partir de cada una de estas expresiones, el legislador chileno parece haber reiterado, respecto de la persona pública municipal, el carácter personal del daño, exigido en materia de responsabilidad extracontractual civil. No obstante, las fórmulas utilizadas acarrearán una serie de inconvenientes, si se considera que los hechos “acaecidos” y las actividades “desarrolladas” pueden hacer alusión a dos lugares en rigor diversos.

En efecto, una característica de la causalidad en materia de responsabilidad ambiental se asocia a las distancias que pueden existir entre el lugar en el que se origina el hecho generador del daño y aquel en el que éste se manifiesta. Sólo una interpretación amplia de los hechos “acaecidos” puede entenderse en relación con cada uno de estos lugares, permitiendo solucionar los problemas de legitimación que supondría un hecho originado en una comuna, que causa daño en otra.<sup>7</sup> El segundo supuesto, en cambio, presenta mayores complejidades, al referirse a actividades “desarrolladas” en la comuna respectiva. Esta referencia sólo puede entenderse en relación con el lugar en el que se origina el hecho que causa daño, descartando aquél en el cual éste se manifiesta. Esta limitación puede ser cuestionable si se considera que, en este supuesto, la municipalidad no podrá representar el interés colectivo de sus propios habitantes. Este cuestionamiento se agrava considerando que, como se verá, esta acción tiene un carácter residual, siendo invocable por todos aquellos que carecen de una legitimación expresa en la ley.

La característica del artículo 1248 del Código Civil francés, en relación con este aspecto, se asocia a la amplitud con que es reconocida la le-

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental del 28 de diciembre de 2017, rol: D-17-2016, cons. 7-10.

gitimación activa de ciertos órganos dotados de una competencia territorial. A diferencia del derecho chileno, la legitimación activa para ser parte en el proceso no asocia a un órgano de naturaleza determinada (como ocurre frente a las municipalidades), sino a un concepto genérico, susceptible de integrar diferentes órganos, agrupados en torno al concepto de colectividad territorial. Esto se explica porque en el derecho francés la colectividad territorial no sólo integra al municipio, sino también a las regiones, a los departamentos, a las colectividades con estatutos especiales, e incluso, a administraciones ubicadas más allá del territorio continental. Todos estos órganos públicos se encuentran legitimados para demandar la reparación del perjuicio ecológico.

Paralelamente, la extensión de la legitimación activa, respecto de colectividades territoriales en el derecho francés, debe entenderse asociada a las características de su intervención en procesos de reparación en materia ambiental. Según el órgano de que se trate, el artículo 1248 del Código Civil francés no consagrará, necesariamente, la atribución de una legitimación original, sino eventualmente una adaptación de ella, frente a otras disposiciones que habilitaran para demandar otros perjuicios. Este es el caso de las colectividades territoriales, cuya legitimación ya era reconocida con anterioridad a esta ley, permitiendo su intervención en casos emblemáticos, como el *Affaire Erika*.<sup>8</sup> No obstante lo anterior, se trataba de un reconocimiento legal previsto en términos restrictivos, que limitaban su competencia respecto a los hechos ocurridos únicamente en su territorio, aproximándose así a la fórmula empleada en el derecho chileno. La Ley francesa del 8 de agosto de 2016, relativiza el empleo de esta expresión, permitiendo con ello extender sus facultades.<sup>9</sup>

Notemos, en último término, que la legitimación del artículo 1248 del Código Civil francés se enmarca en un régimen de reparación que, pese a ser consagrado en dicho Código, introduce variaciones al rol de las personas jurídicas de derecho público. La carencia de reconocimiento de la reparación del perjuicio ecológico, unido a la exigencia de un perjui-

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte de Casación (sala criminal) del 25 de septiembre de 2012, 3439.

<sup>9</sup> El artículo L. 142-4 del Código del Medioambiente francés permite que las colectividades territoriales demanden los “perjuicios directos o indirectos del territorio sobre el cual ejercen sus competencias”. En cambio, el artículo 1248 del Código Civil francés permite que las colectividades territoriales demanden la reparación del perjuicio ecológico del territorio “concernido”.



cio personal, para hacer exigible la responsabilidad, había llevado a que, tradicionalmente, las personas jurídicas de derecho público intervinieran en estos procesos a través de la invocación del perjuicio material o moral que les había ocasionado, indirectamente, el daño ambiental (Nesi 2012). Si bien esta técnica no debe entenderse abandonada a partir de la entrada en vigor de la Ley francesa del 8 de agosto de 2016, a partir de ella las personas jurídicas de derecho público ostentan una legitimación activa diversa, lo que también incide en favor de la intervención como demandantes de las personas privadas en este ámbito.

## 2. *La legitimación activa de las personas privadas*

No parece posible negar que la enumeración de legitimaciones activas en el derecho chileno y francés, respecto de la reparación ambiental, otorgue un rol protagónico a las personas públicas. En ambos países ellas comprenden la mayor parte de la enumeración de demandantes. Dicha extensión, sin embargo, no ignora que las personas privadas puedan tener un rol trascendente como legitimados activos, en mayor o menor medida en ambos casos. En particular, respecto de las acciones ejercidas por asociaciones de protección medioambiental. Todo ello permite que un país y otro integren a las personas privadas, bajo una geometría variable. Así, en el derecho chileno esta atribución no es aceptada unánimemente frente a personas naturales (A), sin perjuicio que sea reconocida en beneficio de determinadas personas jurídicas (B). Ambos aspectos se extienden en el derecho francés.

### A. *Los intereses individuales*

El ejercicio de acciones por personas privadas, frente a las demandas de responsabilidad ambiental, ha sido limitada en el derecho chileno. Esto se explica porque esta legitimación requiere que las personas “hayan sufrido el daño o perjuicio”. Para un sector de la doctrina, la lesión referida por esta disposición sería próxima al perjuicio civil (Barros 2006, 810 y 811),<sup>10</sup> lo que resulta fundado si se considera que el legislador, primero,

---

<sup>10</sup> Véase Sentencia de la Corte Suprema del 16 de octubre de 2017, rol: 62208-2016, cons. 7. No obstante, una interpretación diversa ha sido seguida por algunos tribunales



asimila el daño a un perjuicio (por el empleo de la preposición “o”), abandonando la relación de causa a efecto que estas nociones implican (Sousse 1994, 374), y segundo, requiere que el ejercicio se realice por el “directamente afectado” (Tisné 2014, 334). En todo otro caso, deberá recurrirse al inciso 2 de esta disposición, conforme al cual: “Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental”.

Por ello, la primera limitación se origina por el alcance del artículo 54 inciso 2 de la Ley 19.300. No deben ignorarse las dificultades de interpretación que inicialmente presentó esta disposición. Especialmente, ante la aparente contradicción que existiría entre una referencia a “cualquier persona” y la competencia de la “municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente”. Esta aparente contradicción llevó a que un sector de la doctrina calificara dicha disposición en términos de una acción pública en materia ambiental, que en estricto rigor haría innecesario recurrir a otras legitimaciones (Vidal 2007, 130). Tal interpretación ignoró que el artículo 54 inciso 2 de la Ley 19.300 se limita a consagrar un simple interés en favor de una persona para iniciar la tramitación de un procedimiento administrativo municipal. Por ello, la legitimación activa no es consagrada a favor del solicitante, sino de la municipalidad, quien puede rechazar su ejercicio, debiendo sin embargo comunicar su intención de no ejercer la acción de reparación.<sup>11</sup>

Esta técnica legislativa contrasta con el derecho francés. Teóricamente, las acciones jurisdiccionales en materia de responsabilidad ambiental pueden supeditarse a la lesión de derechos o intereses. Y, en la práctica, ambas formas de legitimación activa son admisibles en Francia. Por un lado, ya que el artículo 1o. de la Carta del Medio Ambiente (que posee valor constitucional, desde la adopción de la ley del 1o. de marzo de 2005) reconoce derechos en favor de toda persona, siendo interpretada extensi-

---

de fondo: Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental del 20 de marzo de 2015, rol: D-2-2013; Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental del 31 de julio de 2017, rol: D-28-2016. Véase también: Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental del 31 de diciembre de 2018, rol: D-7-2015.

<sup>11</sup> Artículo 54 inciso 2 de la Ley 19.300. Véase: Delgado 2012, 64.

vamente por la Corte Constitucional francesa.<sup>12</sup> Y, por otro lado, debido a que los componentes medioambientales (o, al menos, aquellos susceptibles de integrarse en tanto componentes “ecológicos”, referidos por el legislador francés en este ámbito) han sido calificados de interés general.<sup>13</sup> Esto es coherente con la jurisprudencia, al ser la vulneración de derechos e intereses susceptible de reparación. Así se infiere del concepto de perjuicio, definido como “una lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley” (Camproux-Duffrene y Guihal 2013).

Por ello, la condición exigida por el legislador francés para otorgar la legitimación activa constituye una extensión frente al derecho chileno. A diferencia de este último, la Ley francesa del 8 de agosto de 2016 ha abandonado la exigencia de un “derecho” lesionado, permitiendo que un simple interés otorgue legitimación. La cuestión estará vinculada a la entidad del interés. En rigor, el interés es una exigencia siempre necesaria, cualquiera que sea la persona que demande la reparación del perjuicio ecológico. No obstante, su forma concreta no debe confundirse con este último concepto (Gueye 2016, 286), sin perjuicio de la relación que exista entre uno y otro, reflejada en ocasiones en la reducción de los montos de indemnización del perjuicio. Esta distinción es relevante para analizar algunas posiciones, como aquella del Consejo de Estado francés que, como se verá, limita la responsabilidad ambiental frente a la administración, ante el ejercicio de acciones por asociaciones de protección.

### B. *Los intereses asociativos*

Las limitaciones a la representación de intereses individuales, en demandas de responsabilidad ambiental en el derecho chileno, se reiteran frente a intereses asociativos. En tanto personas jurídicas privadas, las asociaciones de protección ambiental carecen de una disposición especial que les otorgue una legitimación activa específica. Ciertamente, ellas pueden intervenir en el proceso conforme al procedimiento general consagrado

---

<sup>12</sup> Sentencia del Consejo Constitucional del 8 de abril de 2011, 2011-116.

<sup>13</sup> Entre otros: artículo 1o. de la ley del 10 de julio de 1976, respecto de la naturaleza; artículo 4o. de la ley del 2 de mayo de 1930, respecto de monumentos naturales; artículo 55 de la ley del 9 de enero de 1985, respecto de la montaña. Véase en este sentido Prieur (2011, 63 y 64).

en el artículo 54 inciso 2 de la Ley 19.300, que permite solicitar la representación del municipio. No obstante, los límites de esta vía han llevado a que dichas organizaciones sustituyan esta invocación por la legitimación general otorgada por el inciso 1 de esta norma, referida a las “personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio”. Ya se ha señalado que este artículo requiere acreditar el perjuicio frente a personas naturales. No obstante, se discute si “el daño o perjuicio” ambiental puede entenderse implícito en aquel que pueden sufrir ciertas entidades y personas jurídicas.

La posibilidad que entidades no personificadas puedan ejercer la acción de responsabilidad por el daño ambiental, conforme al artículo 54 de la Ley 19.300, no resulta aceptable en función de su interpretación literal. Pese a que la consagración de la responsabilidad ambiental tuvo por objeto dissociar el daño al ambiente de su carácter “personal”, el legislador chileno condicionó esta intervención al otorgamiento de una personalidad, respecto de aquellos que estuvieren legitimados. En contraste, una opción diversa ha sido afirmada frente a la responsabilidad civil extracontractual general, donde un sector de la doctrina parece reconocer esta intervención como parte activa (Larrain 2011, 176 y 177). La admisibilidad del ejercicio de esta clase de acciones es ciertamente reducida frente a la responsabilidad ambiental, si se considera que la jurisdicción analiza, de manera invariable, tanto la existencia de la persona jurídica como también sus condiciones de validez.<sup>14</sup>

Algo distinto sucede respecto de entidades personificadas. Aunque un sector de la doctrina ha negado su titularidad frente a estas acciones (Barros 2006, 810 y 811), la jurisprudencia ha sido favorable al ejercicio demandas de responsabilidad ambiental. No obstante, sin que exista claridad acerca de las condiciones que debe reunir. Si bien algunas sentencias favorecen un análisis formal, que consiste en una revisión del objeto social,<sup>15</sup> la jurisprudencia no ha descartado abiertamente un análisis material, aplicable por regla general a personas naturales y a otras personas jurídicas, por medio de la aplicación de la teoría del entorno adyacente,<sup>16</sup> que condiciona la legitimación activa a la afectación que el daño supone

<sup>14</sup> Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental del 20 de marzo de 2015, rol: D-2-2013.

<sup>15</sup> *Ibidem*, cons. 23°.

<sup>16</sup> *Ibidem*, cons. 15°.

(Bermúdez 2007, 81-86). Esta teoría, que ha sido formulada en materia de garantías constitucionales, permite determinar en qué medida la afectación coincidiría con los efectos del daño ambiental, impidiendo que la distancia sea un obstáculo a la legitimación. No obstante, su aplicación no ha estado exenta de críticas, por la dificultad de concretar tal noción, tanto en términos generales (Galdámez 2017, 132-133), como específicos, referidos a las asociaciones de protección (Tisné 2016, 250).

Ello contrasta con la liberalidad del derecho francés, donde la extensión de este aspecto es característico. La consagración de una legitimación activa respecto de asociaciones de protección ambiental no es una innovación de la Ley francesa del 8 de agosto de 2016. Estas asociaciones han sido legitimadas en esta materia, ya desde la Ley Barnier del 2 de febrero de 1995, a partir de disposiciones inicialmente referidas al proceso penal, pero cuya aplicación fue aceptada por la jurisprudencia francesa en otros ámbitos, como es el caso de la reparación de perjuicios civiles (Boutonnet 2010, 93).<sup>17</sup> La técnica para desarrollar esta legitimación ha consistido en reconocer, a favor de estas asociaciones de protección, la reparación del perjuicio moral que un daño ambiental les ocasiona, de integrarse en los objetivos referidos en sus estatutos sociales. Ello explica que, a diferencia del derecho chileno, la intervención de dichas asociaciones haya sido protagónica (Calmette 2008, 269), tanto en la jurisdicción administrativa como judicial.

Ahora bien, la sola circunstancia que las asociaciones de protección ambiental ya contarán con una legitimación tradicional frente a la reparación de estos daños no implica, necesariamente, que la Ley francesa del 8 de agosto de 2016 carezca de toda utilidad al respecto. El legislador francés ha reconocido la legitimación activa de asociaciones autorizadas, cuya calidad e interés ya eran objeto de una jurisprudencia constante, tanto judicial como administrativa. Sin embargo, la ley reconoce también esta legitimación en favor de asociaciones que carecen de un régimen específico, conocido como *agrément*, a condición de que existan durante cinco años antes de la interposición de la demanda. El régimen de *agrément* refuerza la intervención de las asociaciones de protección ambiental, al otorgarles una presunción de interés (Léost 1995, 277), que permitiría su-

---

<sup>17</sup> Véase Sentencia de la Corte de Casación (Segunda Sala Civil) del 7 de diciembre de 2006, 05-20297.

perar el carácter casuístico de su análisis en el derecho chileno. Sin embargo, no es un obstáculo respecto de asociaciones que carecen de él, por el reconocimiento legal de una posición próxima a aquella afirmada por la jurisprudencia judicial (Neyret 2017).<sup>18</sup>

Un último aspecto destacable de la legitimación activa de estas asociaciones en el derecho francés se relaciona con la interpretación de su interés. Es sabido que el interés de las asociaciones de protección ambiental ha sido reconocido con un cierto grado de liberalidad por la jurisprudencia francesa, a diferencia del derecho chileno, donde los tribunales ambientales sólo recientemente han acogido acciones de reparación ambiental ejercidas exclusivamente por ellas.<sup>19</sup> Sin embargo, es posible interrogarse si este reconocimiento ha sido reforzado con la Ley francesa del 8 de agosto de 2016. Antes, la doctrina destacaba cómo la apertura del interés era controlada por los montos de las reparaciones de perjuicios morales, desplazando la discusión desde la admisibilidad de la demanda al éxito de la acción (Thévenot 1994). Hoy, la acción de reparación ambiental es diversa de aquella destinada a obtener dicha indemnización, impidiendo que el juez recurra a esta técnica. La sola limitación deriva de la circunstancia de haberse causado un perjuicio no insignificante,<sup>20</sup> lo que habilitará para accionar en contra del legitimado pasivo.

### III. LAS ENSEÑANZAS DEL DERECHO CHILENO FRENTE A LA LEGITIMACIÓN PASIVA

Las enseñanzas del derecho francés frente a la legitimación activa en materia de responsabilidad ambiental sufren limitaciones, por contraste con el derecho chileno, ante la legitimación pasiva. Diferentes razones podrían explicar esta constatación. *Prima facie*, éstas podrían asociarse a aspectos procesales, como el rol del juez y, más específicamente, a su carácter unitario (propio del derecho chileno) o dual (propio del derecho francés).<sup>21</sup> Sin

<sup>18</sup> En relación con la Sentencia de Corte de Casación (Tercera Sala Civil) del 26 de septiembre de 2007, 04-20.636.

<sup>19</sup> Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental del 30 de noviembre de 2017, rol: D-24-2017.

<sup>20</sup> Artículo 1247 del Código Civil francés.

<sup>21</sup> El derecho chileno carece de una referencia constitucional acerca de su modelo unitario o dual de conformación judicial. Esto ha permitido que algunos autores califiquen

embargo, cada uno de estos ordenamientos jurídicos consagran también diferencias sustantivas. Éstas preexisten a la responsabilidad ambiental, y se enmarcan en el ámbito de las reglas comunes aplicables. Por contraste con el derecho francés, todos estos elementos permiten que la legitimación pasiva de personas públicas (1) y privadas (2) sea más amplia en Chile.

### 1. *La legitimación pasiva de las personas públicas*

Sin perjuicio de las diferencias esenciales de la legitimación activa de las personas privadas, las diferencias contingentes entre el derecho chileno y el derecho francés recaen en la legitimación pasiva de las personas públicas. Los fundamentos normativos para aplicar el régimen de responsabilidad ambiental contra ellas son compartidos en ambos países. Primero, porque en un caso y otro esta responsabilidad carece de destinatario específico, al ser referida a “toda” persona.<sup>22</sup> Y segundo, ya que, aun cuando así no fuera, es evidente que las formas de reparación en este ámbito son específicas, siendo por ello necesaria su aplicación. No obstante, la jurisprudencia administrativa francesa conserva una lectura restrictiva, caracterizada por inaplicar este régimen (A). El contraste con el derecho chileno es significativo, al introducir modificaciones que afectan no sólo la reparación, sino también la responsabilidad (B).

#### A. *La reparación ambiental*

Así como en el derecho chileno el daño ambiental no se confunde con sus efectos civiles, así también en el derecho francés el perjuicio ecológico se distingue de aquellos. Esta separación, en apariencia estrictamente conceptual, tiene efectos significativos en el proceso. Únicamente si el juez accede a reconocer el daño ambiental será posible que éste sea repara-

---

el régimen como hiperespecializado, frente al surgimiento de ciertos tribunales en ámbitos específicos, como ocurre en materia ambiental (Vergara 2017, 138). Por contraste, en el derecho francés este reconocimiento tiene un valor constitucional (Sentencia del Consejo Constitucional del 22 de julio de 1980, 80-119 y Sentencia del Consejo Constitucional del 3 de enero de 1987, 86-224), reflejado el modelo dualista de jurisdicción, que separa a los tribunales administrativos de los judiciales.

<sup>22</sup> Véase artículo 51 de la Ley 19.300; artículo 1246 del Código Civil francés.

ble, con independencia de los perjuicios que se sigan respecto de ciertas personas y sus bienes. A diferencia de lo que ocurre en relación con los privados, la posición tradicional del derecho francés frente a las personas públicas ha sido contraria a esta interpretación. Se trata de una solución que remonta a la Decisión del Consejo de Estado francés del 12 de julio de 1969, *Ville de Saint-Quentin*, 72068. En la especie, con ocasión de una contaminación de aguas, el juez administrativo reconocerá que las federaciones de pescadores de la zona tenían derecho a la reparación de los perjuicios. No obstante, rechazará una indemnización a favor de las “pérdidas de la riqueza biológica de las aguas, que no pueden por sí mismas abrir derecho a la reparación”, siendo sólo eventuales.

Pese a ser adoptada con anterioridad a la consagración de las principales legislaciones ambientales en el derecho francés (Deguegue 2017, 37), la decisión *Ville de Saint-Quentin* no será aislada. Al contrario, ella marcará una posición que será reiterada posteriormente por parte del Consejo de Estado,<sup>23</sup> rechazando toda indemnización de los efectos dañosos sobre el ambiente, en caso de ser disociados de un perjuicio personal. El reconocimiento del perjuicio ecológico por el artículo 1246 del Código Civil francés tiene precisamente este objeto. De aquí que los autores se interroguen acerca de su aceptación por parte del juez administrativo francés. Pese a que la doctrina sea favorable a esta aplicación (Neyret 2017; Huglo 2016), e incluso la califiquen como “inevitable” en el tiempo (Huglo 2013), debe constatarse que esta reparación no ha sido reconocida en términos expresos, y que su consagración civil puede servir de límite a una aplicación integral en el derecho administrativo, considerando que la responsabilidad administrativa se funda en su adaptación.

De manera similar, la aplicación de este régimen de responsabilidad a la administración no ha sido pacífica en el derecho chileno. Si bien dicha aplicación ha sido defendida por un sector de la doctrina (Femenías 2017, 253), algunos autores han rechazado esta extensión, al suponer un régimen común, en circunstancias que la Administración debiera responder conforme a sus propias reglas (Bermúdez 2002, 263).<sup>24</sup> Aunque esta

<sup>23</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 26 de octubre 1984, *Fédération des associations de pêche et de pisciculture de la Somme* y del 13 de noviembre de 2009, *Association La Sauvegarde de la Moine*, 310038.

<sup>24</sup> Una lectura contraria ha sido defendida por el mismo autor. Véase Bermúdez (2007, 229).



lectura tiene respaldo en el artículo 51 inciso 2 Ley 19.300 (que si bien contempla una aplicación básica de sus reglas, afirma una vigencia supletoria en caso que otras leyes consagren regímenes especiales de responsabilidad ambiental), ha retrocedido en favor de una interpretación diversa. Ello se explica por factores compartidos con el derecho francés (como la indistinción del autor del daño), pero también otros particulares, como su forma de consagración. A diferencia del régimen francés, el legislador chileno no recurrió al derecho civil para consagrar esta responsabilidad, dictando una ley de “bases generales”.<sup>25</sup>

Por ello, la extensión del derecho chileno, frente a la legitimación pasiva por el daño ambiental, recae en la consolidación de esta nueva lectura en la jurisprudencia. Dicha consolidación ha sido progresiva. Inicialmente, los tribunales chilenos asociaban las diferentes legislaciones aplicables, tanto en materia administrativa como en el ámbito medioambiental, originando la combinación de la responsabilidad de la administración con el régimen de daños en materia ambiental.<sup>26</sup> Esta articulación podría permitir un resultado similar al que, en rigor, tendría lugar en el derecho francés, frente al reconocimiento del perjuicio ecológico por parte del Consejo de Estado, permitiendo articular en el derecho chileno los fundamentos de la responsabilidad de la administración, con base al régimen de falta de servicio, y las funciones de la responsabilidad por el daño ambiental, que habilitan para reparar sus efectos bajo la Ley 19.300. No obstante, esta interpretación variará progresivamente, afectando al régimen de responsabilidad aplicable.

### B. *La responsabilidad ambiental*

En rigor, el sólo reconocimiento de la reparación del perjuicio ecológico no permite superar las interrogantes sobre la aplicabilidad del régimen en contra de personas públicas, incluso en el evento de ser aplicado por el juez administrativo francés. En contraste con el derecho chileno, estas interrogantes se asocian al régimen de responsabilidad. Debe recordarse que, a diferencia de la Ley 19.300, la Ley francesa del 8 de agosto de 2016, no consagra un régimen de responsabilidad, sino de reparación, por

<sup>25</sup> Artículo 63-20 de la Constitución de 1980.

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 30 de mayo de 2007, rol: 3174-2005.



lo cual los regímenes especiales de responsabilidad administrativa siguen siendo aplicables, incluso respecto de actividades susceptibles de provocar un perjuicio ecológico. Aunque estos regímenes pueden imponer una agravación de la responsabilidad aplicable en el derecho chileno,<sup>27</sup> también pueden presentar ciertas restricciones susceptibles de dificultar su aplicación.

En el derecho francés esto se explica ya que, si bien el régimen de responsabilidad de la administración resulta heterogéneo, una homogeneidad existe en ciertos sectores. Con excepción de las hipótesis en que la administración intervenga activamente en la generación del perjuicio, éste será el caso de la actividad de protección ambiental. Tradicionalmente, la protección del medio ambiente en el derecho francés es interpretada como una intervención de policía especial (Jégouzo 2004, 24 y 25), caracterizada por una naturaleza técnica que agrava las exigencias de la responsabilidad. Respecto del régimen subjetivo, esta agravación podrá traducirse en la exigencia de falta grave o lata, aún afirmada por un sector de la doctrina (Eveillard 2006; Eveno 2003, 246).<sup>28</sup> Inevitablemente, la traducción de dicha posición en este ámbito implicará una limitación de la Ley francesa del 8 de agosto de 2016, pues la reparación del perjuicio ecológico no depende sólo de su reconocimiento por el legislador, sino también de su extensión judicial.

Frente a esta constatación, cabe preguntarse la conveniencia de la solución del derecho chileno, al sustituir integralmente, no sólo las formas de reparación ambiental, sino también el régimen de responsabilidad de la administración. Este tránsito tuvo lugar por la prevalencia otorgada a los artículos 51 y siguientes de la Ley 19.300, que consagra una responsabilidad por culpa en materia ambiental, por sobre disposiciones generales, que establecen un régimen de responsabilidad por falta de servicio de la administración.<sup>29</sup> Podría pensarse que la inaplicación de ciertos cuerpos

---

<sup>27</sup> Esto es posible si se considera la posición favorable a la responsabilidad subjetiva en el derecho chileno, que requiere la prueba de la falta de servicio. La doctrina francesa ya ha destacado la aptitud que ciertos regímenes ante riesgos ambientales; por ejemplo, el régimen de trabajos públicos y hospitalario (Deguergue 2000, 108).

<sup>28</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 10 de febrero de 1905, Tomaso Grecco.

<sup>29</sup> El régimen de falta de servicio ha sido consagrado, tanto en términos generales (artículo 42 de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado; artículo 152 de la Ley 18.695, de Municipalidades), y en ciertas actividades específicas (artículo 38 de

legales en beneficio de otros no tendría trascendencia, por su proximidad, al referirse a sistemas subjetivos de responsabilidad. Esta interpretación, que no es sostenida por toda la jurisprudencia,<sup>30</sup> sin embargo, se limita frente a la interpretación de la doctrina, que rechaza la división tripartita de la culpa en el régimen de responsabilidad civil extracontractual (Ramos 1999, 250; Abeliuk 2001, 122-123), interpretación que es aplicada por los autores frente al daño ambiental (Astorga 2014, 442). Esto, unido a una extensa presunción de culpa ante la infracción de las disposiciones aplicables,<sup>31</sup> impide que la culpa condicione la responsabilidad en ámbitos técnicos, e incide también respecto de personas privadas.

## 2. *La legitimación pasiva de las personas privadas*

El que por regla general la persona pública ejerza la vigilancia de las actividades desarrolladas por personas privadas en materia ambiental no basta para prescindir de su responsabilidad. Razonar de otra forma llevaría, no sólo a carecer de la intervención que ellas tienen en el hecho generador, sino también a exceder los límites de la responsabilidad administrativa. En consecuencia, será necesario analizar la legitimación que se le otorga a las personas privadas. Diferentes razones llevan a afirmar que ellas, en el derecho francés, sufren de limitaciones por contraste con el derecho chileno. Así se observa frente al daño ambiental, en las hipótesis de pluralidad de autores (A) y de causas (B) intervinientes.

---

la Ley 19.966, que establece el régimen de garantías de salud). Aunque un sector de la doctrina interpreta que éste sólo procedería en supuestos de omisión (Soto Kloss 2012, 845), esta lectura no ha sido seguida por la Corte Suprema, al aplicar la exigencia de culpa, en los términos de la legislación ambiental.

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 5 de marzo de 2008, rol: 6346-2006.

<sup>31</sup> Conforme al artículo 52 de la Ley 19.300: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

A. *El concurso de autores*

Como se ha señalado, la Ley francesa del 8 de agosto de 2016 no consagra un régimen de responsabilidad *strictu sensu*, aplicable al autor de un perjuicio ecológico. Así se desprende de las disposiciones de apertura del régimen. Y, en particular, del artículo 1246 del Código Civil francés, conforme al cual: “toda persona responsable de un perjuicio ecológico es obligada a su reparación”. Como se observa, esta disposición parte de una responsabilidad acreditada en su contra. Por ello, este artículo reenvía a los múltiples regímenes de responsabilidad del derecho francés. Respecto de personas privadas, ellos guardan cierta armonía con el derecho chileno, como lo demuestra su influencia de su proceso de codificación (Díaz 2007, 83). Una vez que esta responsabilidad sea acreditada según cada régimen, el autor del perjuicio deberá repararlo con base en los artículos 1246 y siguientes del Código Civil. Así, la opción seguida por el legislador francés ha permitido consagrar esta reparación, limitando ciertas perturbaciones al régimen de responsabilidad.

La finalidad de evitar las perturbaciones del régimen de responsabilidad, sin embargo, debe ser compatibilizada con la eficacia de esta reparación. Y, en especial, con las garantías que son aplicables en esta materia. La responsabilidad por el perjuicio ecológico rara vez será ocasionada por una sola persona. Así lo demostró en su oportunidad la Directiva de 2004/35 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la responsabilidad medioambiental, al ser impuesta específicamente a profesionales en este ámbito. Así también lo demuestra hoy la Ley francesa del 8 de agosto de 2016, por las condiciones de entidad que el legislador establece respecto del perjuicio ecológico, al impedir, en términos negativos, que éste tenga un carácter “insignificante”.<sup>32</sup> Invariablemente, estos aspectos llevan a analizar el régimen de concursos de intervenciones en materia de responsabilidad extracontractual, donde el Código Civil francés carece de ciertas garantías.

La limitación de la legitimación pasiva en el derecho francés, frente a las personas privadas, se asocia a las restricciones que impone al demandante del perjuicio ecológico para decidir en contra de quien debe dirigir su acción en una hipótesis de coautoría. Deberán en tal caso aplicarse las

<sup>32</sup> Artículo 1247 del Código Civil francés.

reglas de las obligaciones conjuntas, que limitan la libertad de elegir el demandado en el proceso. La única alternativa sería interpretar que el perjuicio resulta susceptible de ser integrado en la teoría de las obligaciones *in solidum*, aceptada por la Corte de Casación francesa desde 1939,<sup>33</sup> como limitación del artículo 1310 del Código Civil, que prohíbe presumir la responsabilidad solidaria, exigiendo de una disposición legal, inexistente frente a la responsabilidad civil extracontractual general. No obstante, la aplicación de la teoría de las obligaciones *in solidum* en el derecho francés requiere de una serie de exigencias, entre las cuales se encuentra la unidad del objeto. Esta unidad no ha sido aceptada por la doctrina frente al perjuicio ecológico (Gueye 2016, 257). La dificultad se asocia a la pluralidad de los componentes integrados en la Ley francesa del 8 de agosto de 2016, en relación con los “elementos de los ecosistemas” y sus “funciones”.

Estas limitaciones contrastan con el derecho chileno. Pese a su proximidad al Código Civil francés, la redacción original del Código Civil chileno modificó diferentes aspectos del régimen de responsabilidad civil extracontractual. Entre otros, este fue el caso de las garantías personales favorables a la víctima del delito o cuasidelito civil, en supuestos de coautoría. Aunque el Código Civil chileno conserva el principio del derecho francés, que impide que el intérprete presuma la naturaleza solidaria de las obligaciones, ha modificado su alcance en este ámbito, que ha sido objeto de una disposición específica favorable a la víctima. Así, según el artículo 2317 del Código Civil: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”. La aplicación de esta disposición es amplia. Y, aunque no toda la doctrina califica a la responsabilidad ambiental en términos civiles (Bermúdez 2007, 273), el régimen extracontractual es remitido expresamente.<sup>34</sup>

Por ello, la extensión del derecho chileno, frente a un concurso de autores, recae en las personas en contra de quienes podrá dirigirse el demandante. Así lo impone la articulación de las diferentes legislaciones aplicables a la responsabilidad ambiental. Y es que, si bien esta responsabilidad ha sido consagrada por la Ley 19.300, que carece de codificación, el artí-

---

<sup>33</sup> Sentencia de la Corte de Casación (Cuarta Sala Civil) del 4 de diciembre de 1939, 1941.125.

<sup>34</sup> Artículo 51 inciso final de la Ley 19.300.

culo 51 inciso final de ella, al abrir el régimen de la responsabilidad por el daño ambiental, consagró una remisión particularmente extensa al título XXXV del Libro IV del Código Civil. Esta remisión permite que los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, referidos a la responsabilidad civil extracontractual, sean aplicables supletoriamente, en aspectos que no han sido objeto de una disposición especial en la Ley 19.300. Este ha sido el caso de la responsabilidad solidaria ante el concurso de intervinientes en el hecho generador del daño. Por ello, la lectura de la legislación especial y del Código Civil permiten esta aplicación, también con relación a sus causas.

### B. *El concurso de causas*

*A foritiori*, ciertas restricciones del derecho francés son el resultado de la dificultad de aplicar la teoría de las obligaciones *in solidum* frente al perjuicio ecológico. Pese a que tanto las obligaciones solidarias como *in solidum* son concebidas para la reparación de perjuicios, ellas suponen una afectación indirecta u oblicua de las condiciones de la responsabilidad. La obligación *in solidum* no sólo permite que el actor se dirija en contra de cualquiera de los intervinientes, sino que también contribuye a determinar su responsabilidad. En particular, desde el punto de vista de la causalidad. Los daños ambientales suelen ser el resultado de múltiples causas, que requieren precisar si ellas suponen una adecuación o una equivalencia. La obligación solidaria contribuye a admitir esta última variante (Belrhali-Bernard 2011, 118 y 119), en favor de la reparación del perjuicio. La legitimación pasiva frente al perjuicio ecológico en el derecho francés supone también una restricción en este aspecto.

En efecto, la limitación de unidad de objeto dificulta que la obligación *in solidum* sea admitida por parte de la Corte de Casación francesa, en relación con el perjuicio ecológico. Esta dificultad tiene una consecuencia procesal inmediata, que impedirá que el legitimado activo pueda dirigirse indistintamente en contra de cualquiera de los coautores en el hecho. Sin embargo, también tiene una consecuencia procesal mediata, al imponer que, de existir dicha pluralidad de intervinientes, el legitimado activo deba acreditar, respecto de cada uno de ellos, una causalidad adecuada a la generación del perjuicio. Este efecto mediato supone la agravación de

la prueba respecto de la generalidad de intervinientes en el hecho dañoso, relacionada estrechamente con las proyecciones sustantivas de la legitimación. No es difícil imaginar que el actor prefiera ejercer otras acciones, que le permitan conseguir la unidad del objeto, reduciendo el ámbito de la reparación ambiental.

Por contraste, una nueva extensión del derecho chileno, frente a los legitimados pasivos por el daño ambiental, tiene lugar respecto de las exigencias que impone la coautoría para el surgimiento de la responsabilidad. Ya se ha señalado que una obligación de reparación solidaria ha sido consagrada en el artículo 2317 del Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual. Respecto de personas privadas en materia ambiental, esto ha permitido que intervinientes con un grado menor de intervención en el hecho no siempre vean eximida su responsabilidad frente a otro interviniente. Dicha lectura ha sido afirmada en ámbitos diversos, con independencia que las personas privadas actúen entre sí<sup>35</sup> o en vinculación con personas públicas, encargada de su vigilancia.<sup>36</sup> Esto, sin embargo, no debe llevar a desvirtuar las funciones de la responsabilidad. La solidaridad de la obligación a la deuda no se extiende a su contribución, permitiendo que el peso de la reparación se redistribuya a través de la repetición en contra de los restantes, logrando de esta forma equilibrar las responsabilidades que afectan a los diferentes coautores.

#### IV. CONCLUSIONES

La consagración de regímenes de responsabilidad por daños ambientales en el derecho chileno y francés ha supuesto diferentes similitudes sustantivas. Sin embargo, también ha conllevado la introducción de considerables variaciones adjetivas, como resultado de las disposiciones legales aplicables y también de la forma en que ellas han sido interpretadas. Un ámbito en el que estas variaciones entre ambos ordenamientos pueden observarse ha sido el régimen de la legitimación que tienen las partes en los procesos de responsabilidad por daños o perjuicios. Las variaciones se observan, ya

---

<sup>35</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 26 de junio de 2013, rol: 3579-2012.

<sup>36</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 1o. de septiembre de 2014, rol: 15996-2013 y del 5 de junio de 2016, rol: 3022-2015.

sea que la legitimación de que se trate adopte un rol activo (referido a los demandantes) o pasivo (con relación a los demandados).

El derecho francés aporta múltiples enseñanzas al derecho chileno en el ámbito de la legitimación activa. Frente a personas públicas, el derecho chileno ha seguido una enumeración taxativa de aquellas competentes para intervenir como demandantes. Aunque esta técnica asegura la intervención del Estado y de las municipalidades, otros órganos descentralizados (funcional o territorialmente) carecen de legitimación. El uso de una enumeración no exhaustiva de personas públicas demandantes en Francia asegura una mejor representatividad de los intereses ambientales, si estos no coinciden con aquellos estatales o municipales (sin condicionar, por lo demás, la legitimación activa al lugar en el que se origina el perjuicio).

Frente a personas privadas, los aportes del derecho francés se reiteran. La interpretación del artículo 54 de la Ley 19.300, respecto de personas que “hayan sufrido el daño o perjuicio” no es unánime en Chile. Mientras que algunos asimilan dicha legitimación a aquella civil, otros la caracterizan en el ámbito medioambiental. Esto se refleja también en la jurisprudencia, afectando la intervención de asociaciones de protección ambiental, que carecen de una legitimación especial en la ley. La técnica empleada en el derecho francés parece más apropiada. Primero, ya que sólo exige un interés (y no un derecho), no siendo susceptible de interpretarse patrimonialmente. Y segundo, ya que otorga una legitimación expresa a estas asociaciones.

En contraste con lo anterior, el derecho chileno aporta diferentes enseñanzas al derecho francés con relación a la legitimación pasiva. Si se trata de personas públicas, el Consejo de Estado francés ha conservado una interpretación restrictiva, que ha impedido que dichas personas sean hasta la fecha objeto de sentencias de reparación del perjuicio ecológico. Si dicho régimen fuera aplicable, la responsabilidad en ámbitos técnicos podría limitar su aplicación, al exigir una falta grave. Todo ello contrasta con el derecho chileno. Por un lado, los tribunales han aceptado tradicionalmente la aplicación de este régimen a la administración. Por el otro, la agravación de grados de culpa no es un aspecto que goce de aceptación en la jurisprudencia, menos aún ante las presunciones de culpabilidad que caracterizan este ámbito.

Frente a personas privadas, los aportes del derecho chileno se reiteran. El derecho francés carece de una disposición específica que consagre un



régimen de responsabilidad solidaria ante daños ambientales. Si bien esta responsabilidad podría alcanzarse bajo la teoría de las obligaciones *in solidum*, la reparación del perjuicio ecológico no parece adaptarse a ellas. Esto no sólo limita la reparación en supuestos de coautoría, sino que también impone exigencias en el ámbito de la causalidad, que deberá tener una naturaleza adecuada. El derecho chileno no sólo consagra una disposición que impone la responsabilidad solidaria frente al daño ambiental (artículo 2317 del Código Civil). También ha aceptado que personas con un grado menor de intervención sean responsable, favoreciendo así la equivalencia de condiciones.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René. 2001. *Las obligaciones*. 4a. ed., t. I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- ANGLÉS, Marisol. 2017. “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental”. ESQUIVEL, Gerardo *et al.* *Cien ensayos para el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. II. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ASTORGA, Eduardo. 2014. *Derecho ambiental chileno: parte general*, 4a. ed. Santiago. Legalpublishing.
- BARROS, Enrique. 2006. *Tratado de la responsabilidad extracontractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- BELRHALI-BERNARD, Hafida. 2011. “Quand l’obligation in solidum des coauteurs progresse en droit administratif”. *Actualité juridique du droit administratif*.
- BERMÚDEZ, Jorge. 2002. “La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por falta de servicio y el daño ambiental”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 23.
- BERMÚDEZ, Jorge. 2007. *Fundamentos de derecho ambiental*. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BORDALÍ, Andrés. 2010. “Legitimación activa del Estado para demandar la reparación del ambiente dañado y una indemnización de perjuicios (Corte Suprema)”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23, núm. 2.



- BORDALÍ, Andrés. 2018. “Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 51.
- BOUTONNET, Mathilde. 2010. “La réparation du préjudice causé à l’environnement”. *Hokkaido journal of new global law and policy*, vol. 5.
- CALMETTE, Jean-François. 2008. “Le droit de l’environnement: un exemple de conciliation de l’intérêt général et des intérêts économiques particuliers”. *Revue juridique du droit de l’environnement*, núm. 3.
- CAMPROUX-DUFFRENE, Marie-Pierre y GUIHAL, Dominique. 2013. “Préjudice écologique”. *Revue juridique de l’environnement*, vol. 38, núm. 3.
- CAMPROUX-DUFFRENE, Marie-Pierre. 2015. “La représentation de l’intérêt collectif environnemental devant le juge civil: après l’affaire Erika et avant l’introduction dans le Code civil du dommage causé à l’environnement”. CAMPROUX-DUFFRENE, Marie-Pierre y SOHNLE, Jochen. *La représentation de la nature devant le juge: approches comparative et prospective*. Vertigo, núm. 22.
- DEGUERGUE, Maryse. 2000. “La responsabilité administrative et le principe de précaution”. *Revue juridique de l’environnement*, núm. especial.
- DEGUERGUE, Maryse. 2017. “La responsabilité environnementale vue du Droit administratif”. DEGUERGUE, Maryse y DEVIA, Leila. *Responsabilidad ambiental: el derecho francés y comunitario - El derecho argentino y latinoamericano*. Buenos Aires. Ediciones Universidad del Salvador.
- DELGADO, Verónica. 2012. “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, núm. 1.
- DÍAZ, Regina. 2007. “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 14, núm. 1.
- ESTEBAN, Elisabeth y ESTEBAN, Philippe. 2005. “La traducción de la voz legitimación al francés: ¿un concepto de derecho procesal administrativo inexistente en el derecho francés?”. *Revista de Lengua i Dret*, núm. 44.
- EVEILLARD, Gweltaz. 2006. “Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative?”. *Revue française du droit administratif*.
- EVENO, Nicolas. 2003. *La police administrative et le contentieux de l’environnement*. Rennes. Tesis doctoral, Universidad de Rennes 1.

- FEMENÍAS, Jorge. 2017. “La culpabilidad en la responsabilidad por daño ambiental y su relación con el sistema de evaluación de impacto ambiental”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 48.
- FUCHS, Oliver. 2008. “Le régime de prévention et de réparation des atteintes environnementales issu de la loi du 1er août 2008”. *Actualité juridique du droit administratif*.
- GALDÁMEZ, Liliana. 2017. “Medio ambiente, constitución y tratados en Chile”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 49, núm. 148. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2000. “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”. *Revista de Administración Pública*, núm. 152.
- GAUDEMET, Yves. 1989. “Le droit administratif en France”. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 41, núm. 4.
- GUEYE, Doro. 2016. *Le Préjudice écologique pur*. París. Connaissances et savoirs.
- HUGLO, Christian. 2013. “L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif”. *Actualité juridique du droit administratif*.
- HUGLO, Christian. 2016. “La notion de réparation du préjudice écologique à l'épreuve du droit administratif”. *Énergie-Environnement - Infrastructures*, núm. 11.
- HUTEN, Nicolas y DUMONT, Thomas. 2008. “Dommage écologique”. *Revue juridique de l'environnement*, núm. 2.
- JÉGOUZO, YVES *et al.* 2013. *Pour la réparation du préjudice écologique*. Informe del grupo de trabajo. París, Ministerio de Justicia.
- JÉGOUZO, YVES. 2004. “Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement”, *Revue juridique de l'environnement*, núm. especial.
- LARRAIN, Cristián. 2011. “Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil (en particular sobre el daño moral, el artículo 2331 del Código Civil y la legitimación activa)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 17.
- LÉOST, Raymond. 1995. “L'agrément des associations de protection de l'environnement”. *Revue juridique de l'environnement*, núm. 2.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 733-761.

- NESI, Françoise. 2012. “Le préjudice d’atteinte à l’image”. BLIND-FRANCHOMME, Marie-Pierre. *Image(s) & Environnement*. Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso.
- NEYRET, Laurent. 2017. “La consécration du préjudice écologique dans le code civil”. *Recueil Dalloz*.
- PRIEUR, Michel. 2011. *Droit de l’environnement*. 6a. ed. París. Dalloz.
- RAMOS, René. 1999. *De las obligaciones*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- ROPERT, Rodrigo y SAAVEDRA, Rubén. 2005. “La protección del patrimonio cultural en la Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, a la luz de dos sentencias recientes”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa de Estado*, núm. 11.
- SOTO KLOSS, Eduardo. 2012. *Derecho administrativo: temas fundamentales*. 3a. ed. Santiago. Legalpublishing.
- SOUSSE, Marcel. 1994. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*. París, LGDJ.
- THÉVENOT, Jean. 1994. “Environnement et préjudice moral: observations sur les contentieux en réparation”. *Recueil Dalloz*.
- TISNÉ, Jorge. 2014. “Los intereses comprometidos en el daño ambiental-comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 21, núm. 1.
- TISNÉ, Jorge. 2016. “Las organizaciones ciudadanas como representantes de intereses colectivos ambientales - Reconocimiento a través de la jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 46.
- VALENZUELA, Rafael. 2010. *El derecho ambiental: presente y pasado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA, Alejandro. 2014. “La tendance actuelle du droit chilien pour une juridiction administrative hyper-spécialisée”. BON, Pierre *et al. Mélanges en l’honneur de Pierre Bon*. París. Dalloz.
- VIDAL, Alvaro. 2007. “Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 29.

## MÉXICO Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA: EL USO DE LAS TIC PARA UN ETIQUETADO DIGITAL EN ALIMENTOS

### *MEXICO AND FOOD SAFETY: ICT FOR DIGITAL FOOD LABELING\**

Paulina Elisa LAGUNES NAVARRO\*\*

**RESUMEN:** El problema multifactorial que representa la lucha contra la obesidad y la diabetes en México, se centra en dos factores principales: el primero se aboca en el etiquetado, cuyo objetivo es informar al consumidor sobre el contenido del alimento y su aporte nutricional, sin embargo, tal objetivo se ve obstruido al no manejar un código en común que el consumidor pueda comprender; mientras el segundo factor, involucra la ausencia de educación nutricional del consumidor para cambiar hábitos alimenticios.

Esta situación conlleva a plantear la innovación del etiquetado por medio de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) considerando al código QR y a la realidad aumentada como aliados para atender la necesidad de hacer completa, exacta y entendible la información del etiquetado para el consumidor y fomentar la educación nutricional en éste.

**Palabras clave:** etiquetado en alimentos, TIC, seguridad alimentaria, derechos del consumidor, código QR, realidad aumentada, educación nutricional, inclusión.

**ABSTRACT:** *The multifaceted problem of the fight against obesity and diabetes in México, revolves around two main factors. The first one focuses on food labelling, which aims to inform consumers about the nutritional content and information. However, this objective is hampered by not having a standardized code that consumers can understand. The second factor is the absence of food education for consumers to change their eating habits.*

*This situation raises the question of innovating these labels through the use of Information and Communication Technologies (ICT) with QR Codes and augmented reality as allies to make labelling information more complete, precise and understandable for consumers, and to contribute to their nutritional education.*

**Keywords:** *food labelling; ICT, food safety, consumer rights, QR Code, Augmented Reality, nutrition education, social inclusion.*

\* Recibido el 25 de febrero de 2020; aprobado el 15 de septiembre de 2020.

\*\* ORCID: 0000-0003-3259-7772. Investigadora en el INFOTEC, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. Correo electrónico [paulina.lagunesn@gmail.com](mailto:paulina.lagunesn@gmail.com)

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 763-787.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El contexto mexicano en materia de etiquetado en alimentos*. III. *El uso de las TIC en el etiquetado de alimentos*. IV. *Los obstáculos del etiquetado digital*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde pequeños nos enseñan la importancia de poder comunicarnos con los demás. Para ello, es necesario que existan dos partes: el emisor y el receptor, en donde el primero, es quien emite el mensaje; mientras el segundo, es quien lo recibe y descifra; de esta forma, las personas acceden a la información proporcionada por otras (Araya 2017, 32-34). Sin embargo, para que la comunicación sea óptima se requiere que el mensaje esté bajo un código en común (Araya 2017, 32-34).

Tal acto rutinario pareciera de fácil realización para cualquier persona, pero no para las personas morales; es decir, a partir de que se reconoció el derecho al acceso a la información, el 11 de junio de 2013, se ha debatido sobre los límites de este derecho en cualquier materia, como es el caso del etiquetado de los productos alimenticios. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 6o., párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM).

El etiquetado es un instrumento que se encuentra relacionado con la figura de la seguridad alimentaria, la cual fue definida en 1996 en la Cumbre Mundial de la Alimentación, como: “[...] cuando todas las personas, en todo momento, tienen acceso físico y económico a suficiente alimento, seguro y nutritivo, para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias, con el objeto de llevar una vida activa y sana” (FAO-Programa Especial para la Seguridad Alimentaria (PESA) – Centroamérica 2011, 2, en adelante, FAO-PESA Centroamérica).

De dicha definición derivan cuatro dimensiones que garantizan la seguridad alimentaria: 1) disponibilidad; 2) estabilidad; 3) acceso económico y físico a los alimentos, y 4) consumo y utilización biológica de los alimentos. Es decir, un país debe de tener alimento suficiente y accesible para todos sus gobernados durante todo el año sin importar las circunstancias; asimismo, estos alimentos deben de aportar un valor nutricional adecuado, suficiente e inocuo para su ingesta con la finalidad de salvaguardar la salud del consumidor (FAO-PESA Centroamérica 2011, 4; FAO 2011, 1). Para efectos de este trabajo, nos centraremos en la cuarta dimensión, es

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 763-787.

decir, el consumo y utilización biológica de los alimentos ya que se relaciona con el aporte nutricional de estos (*cf.* FAO 2011, 1).

El etiquetado involucra a dos derechos sociales: el derecho a la salud y el derecho a la alimentación, ambos consagrados en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), entre otros ordenamientos jurídicos.

De esta forma, el etiquetado contribuye en la promoción y protección de ambos derechos sociales, dado que es el medio de comunicación entre las empresas y los consumidores, en donde se le informa a este último sobre el contenido del producto alimenticio que adquiere y consume; así como el valor nutricional, los ingredientes que lo conforman (incluyendo los componentes alergénicos), la forma de preparación del producto y la proporción de datos sobre el valor calórico, azúcares, carbohidratos, grasas, entre otros (*cf.* Stern *et al.* 2011, 9).

Esta información, concientiza e influye en las decisiones del consumidor sobre el valor nutricional del producto y si cumple con los estándares establecidos para llevar una dieta balanceada, sana, nutritiva y de calidad (*cf.* Cowburn y Stockley 2005, 22); conforme a lo establecido en el artículo 4o., tercer párrafo de la CPEUM.

No obstante, en un estudio realizado por Stern, Dalia *et al.*, titulado *Revisión del etiquetado frontal: análisis de las gúas diarias de alimentación (GDA) y su comprensión por estudiantes de nutrición en México*, señalaron que existen dos problemáticas: 1) la falta de comprensión del etiquetado frontal y 2) la escasa educación nutricional de los consumidores (*cf.* Stern *et al.* 2011, 19-20 y 25-34). Es decir, las empresas productoras de alimentos transmiten un mensaje cuyo código no es común para los consumidores, lo cual provoca que no cumpla con su objetivo de informar.

Esta situación vulnera algunos de los principios establecidos en el párrafo 5o. de las Directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, las cuales son:

- [...] b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; c) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; d) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; e) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; f) La educación del consumidor, incluida

la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones; [...]

Asimismo, el artículo 1o. de la Ley Federal de Protección al Consumidor señala que dentro de sus principios se encuentra la protección de la vida, salud y seguridad del consumidor en contra de las prácticas engañosas, productos dañinos para su salud, acceso a información clara y adecuada en el etiquetado para la toma de decisión del consumidor, para ello es necesario la educación y divulgación sobre adquisición de los productos alimenticios; de igual forma, se debe proteger los derechos de los grupos vulnerables como: niñas, niños y adolescentes; adultos mayores; personas con discapacidad e indígenas.<sup>1</sup>

Cabe mencionar que México tiene un problema de salud pública al ser uno de los países con mayor índice de obesidad y diabetes en el mundo, lo cual ha ocasionado que se adopten diversas medidas desde los impuestos sobre alimentos y bebidas hasta las reformas, adiciones y modificaciones a la Ley General de Salud (en adelante LGS) y las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) (cfr. FAO 2019; Instituto Nacional de Salud Pública y UNICEF México 2016, y Montes de Oca Barrera 2019, 13-14 y 55-57).

Aunado a lo anterior, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) elaboraron la “Estrategia para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles, 2012-2025”, algunos de sus objetivos son: el prevenir y controlar las enfermedades crónicas no transmisibles (en adelante ENT) y sus factores de riesgo (OPS-OMS 2012).

En consecuencia, la región de América Latina ha modificado la normativa en materia de etiquetado en países como Chile, Perú, Uruguay y México, con la finalidad de establecer un etiquetado frontal de advertencia (EFA) que apoye al consumidor a comprender el significado del valor nutricional de los alimentos que consume. Sin embargo, se considera que tal avance debe ir acompañado de la innovación mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) que contribuiría a atender la falta de educación nutricional.

---

<sup>1</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, México, 24 de diciembre de 1992. Última reforma publicada el 12 de abril de 2019.



Dicho lo anterior, este trabajo se divide en tres secciones: en el primero, se describe el contexto del Estado mexicano en materia de alimentación y etiquetado; en el segundo, se enfoca en cómo emplear las TIC para mejorar el medio de comunicación entre el productor y el consumidor; y en la tercera sección, se aboca en los obstáculos del uso de las TIC en materia de etiquetado digital en México.

## II. EL CONTEXTO MEXICANO EN MATERIA DE ETIQUETADO EN ALIMENTOS

En México, las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos y amparo trajeron consigo nuevas figuras jurídicas al derecho mexicano, puesto que los artículos 1o. y 133 de la CPEUM son los ejes rectores para lograr la apertura a la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales, tales como la alimentación y la salud, mediante dos principios: dignidad humana y pro persona, los cuales brindan una mayor protección jurídica a la persona en materia de derechos humanos al considerar no sólo el derecho interno sino también a los tratados internacionales de los cuales México es parte (Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) 2011).

Según Baxi Upendra, los derechos sociales derivan de la realidad y la búsqueda de justicia ante los abusos a los derechos de las personas (*cf.* Upendra 2007, 11 y 12). Aunque, Paz González afirma que un efecto adverso que tuvo el Estado del bienestar fue privilegiar al interés económico sobre los demás intereses, lo cual fue un derivado de la inexistencia normativa para modular al sector privado y derivó en abusos que superaron al Estado (Paz González 2017, 5-6 y 13).

No obstante, en un Estado constitucional, los derechos sociales tienen un rol relevante pues ellos conllevan a la inclusión, lo cual favorece la democracia y la participación social; de esta forma, se procura que los derechos humanos sean una necesidad y no se considere como un lujo (Mazhar 2011, 304 y 305). Por su parte, Ferrajoli señala que al garantizar los derechos sociales se procura el desarrollo económico, pues de esto depende el mejorar la calidad de vida de la sociedad (*cf.* Ferrajoli 2011, 107 y 108).



Ahora bien, la CPEUM, en su artículo 1o., párrafo tercero, invoca la obligación que tienen las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, con la finalidad de salvaguardar la dignidad humana de las personas.<sup>2</sup> Adicionalmente, el artículo 25, primer párrafo, de la CPEUM señala que el desarrollo nacional debe ser integral y sustentable para fortalecer la soberanía nacional, el comercio y garantizar la dignidad humana y mejorar la calidad de vida de las personas.

Es ahí en donde la sustentabilidad y el principio de dignidad humana nos conlleva a que el Estado tiene la obligación de vigilar que dentro de su territorio o jurisdicción las empresas sigan los principios rectores que estén encaminados a proteger y garantizar los derechos humanos; por ende, el Estado debe estar pendiente de las empresas y del impacto de sus actividades que éstas generen en los derechos humanos de los ciudadanos del país, conforme lo estipulado en las Directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, anteriormente mencionados (Naciones Unidas 2011, 3 y 5).

Dicho lo anterior, una parte de la base del bienestar social se encuentra en la salud, la cual está ampliamente relacionada a la alimentación nutritiva y de calidad; es decir, en el ámbito internacional, el derecho a la salud se define como “[... el] disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [... incluso social]”; por lo que debe considerar las medidas para prevenir o tratar enfermedades como las ENT (verbigracia sobre peso, obesidad, diabetes), según el artículo 12, puntos 1 y 2 en su inciso c, del PIDESC, y 10 punto 1 y 2 incisos d y e del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Protocolo de San Salvador”, así como la Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (en adelante Observación General No. 14).

Bajo el mismo tenor, el derecho a la alimentación puede ser llevado a ciertos extremos ya sea a la malnutrición, desnutrición o al sobrepeso,

---

<sup>2</sup> *Cfr.* rubro: Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente (SCJN 2018, Tesis: I.10o.A.1 CS (10a.)); rubro: DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO (SCJN 2011, Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.)); rubro: DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. (SCJN 2011, Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.)), y rubro: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA (SCJN, 2016, Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.)).

obesidad y/o diabetes, entre otras, tal derecho se encuentra estipulado en los artículos 11 del PIDESC; 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *OEA*; 25, párrafo primero, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Adicionalmente, el Protocolo de San Salvador define a este derecho como “[...] una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”, según el artículo 12 de dicho ordenamiento jurídico. Así mismo, la Observación General No. 14 menciona en párrafo 43, inciso b, las características al derecho a la alimentación como nutritiva, adecuadas y segura.

En cuanto a la legislación mexicana, los derechos a la salud y a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad se encuentran reconocidos en el artículo 4o., párrafos tercero y cuarto, de la CPEUM.

Desde un punto de vista bioético, el derecho a la alimentación se relaciona con el principio de autonomía, puesto que el consumidor decide qué alimento consumir; sin embargo, para que tal situación suceda, se requiere que sea informado de forma adecuada para obtener el consentimiento de la persona (*cf.* García 2013, 69 y Siurana Aparisi 2010, 123 y 124).

De lo anterior, se derivan los derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la información y la libre elección; es decir, el individuo decide la forma en la cual quiere vivir su vida pues tiene la capacidad de elegir qué es lo que necesita para cumplir con su objetivo, para ello, requiere que sea informado de manera adecuada.<sup>3</sup> En el caso del derecho a la alimentación se logra mediante el etiquetado, que es el instrumento por el cual se da a conocer el valor nutricional del producto alimenticio. Pero ¿qué sucede cuando el etiquetado es confuso o no logra su objetivo de informar?

Esta situación, tan simple pero relevante, tiene un impacto en el derecho a la alimentación cuando un Estado no establece una regulación en materia de seguridad alimentaria.

---

<sup>3</sup> *cf.* rubro: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE (SCJN 2009, Tesis: P. LXVI/2009), y rubro: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA (SCJN 2019, Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.)).

Por consiguiente, la pregunta sería ¿qué entiende el Estado mexicano por seguridad alimentaria? Según el artículo 3o., fracción XXVIII, de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable es: “El abasto oportuno, suficiente e incluyente de alimentos a la población”. Sin embargo, existe una leve pero significativa incompatibilidad entre el derecho humano a la alimentación y la seguridad alimentaria, puesto que la definición debiera contener las características de nutritiva y calidad; en cambio se centra en cantidad mas no calidad del alimento; incluso en la Observación General No. 12 “El derecho a una alimentación adecuada” (artículo 11), en su párrafo 8 señala que el derecho a la alimentación, una de sus partes, comprende “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada [...]”.

En el ámbito federal, no existe una legislación en materia de seguridad alimentaria. En cuanto hace al ámbito estatal, sólo ha sido la Ciudad de México quien publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 17 de septiembre de 2009, la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional para el Distrito Federal. En lo que concierne a otras entidades federativas, sólo el estado de Oaxaca define el concepto de soberanía y seguridad alimentaria, sin embargo, tal descripción versa en la soberanía alimentaria mas no en la seguridad, conforme a lo estipulado en el artículo 15, fracción XIII de la Ley de Desarrollo Social del estado de Oaxaca, publicado en el *Periódico Oficial Extra* del 29 de mayo del 2019; mientras las demás reconocen el derecho a la alimentación y es considerado un indicador para medir la pobreza, acorde a las leyes de desarrollo social o las leyes de desarrollo social y humana.

En dicho país, la autoridad competente en materia de etiquetado es la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) el cual es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, quien se encarga de regular, controlar, vigilar y fomentar la sanidad en materia de alimentos plaguicidas, etiquetado, entre otros; según lo establecido en el artículo 3o., fracción I, del Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*), el 13 de abril de 2004.

En 1984, se publicó en el *DOF* la figura del etiquetado en el artículo 210 de la LGS en donde se estipulaban los datos que debía contener el etiquetado de productos empacados o envasados. Para el 19 de junio de

2003, este artículo fue reformado y dirigió la regulación de dicho instrumento en las NOM.

La reforma y adición a la LGS, publicado en el *DOF* el 8 de noviembre de 2019, representó un impacto significativo en materia de sobrepeso, obesidad y de etiquetado de alimentos y bebidas no alcohólicas, ya que se regula la necesidad de prevenir enfermedades y proteger la salud y promover la alimentación nutritiva de la sociedad mediante las dietas, hábitos alimenticios de la población; además de considerar los tratados internacionales de los que México es parte en materia de etiquetado. Por lo que se establece el EFA que indica los límites máximos del valor nutricional, según lo establecido en los artículos 66, primer párrafo; 111, fracción II; 115, fracción VII; 159, fracción V; 212, primer y segundo párrafos, y se adicionan los artículos 2o., con una fracción VIII; 114, con un tercer párrafo; 210, con un segundo párrafo; 212, con tercer y cuarto párrafos, recorriéndose el actual tercer párrafo para pasar a ser quinto párrafo, de la mencionada ley.

Adicionalmente a lo anterior, el artículo 215, fracción VI, de la LGS define al EFA de alimentos y bebidas no alcohólicas, como: “Sistema de información simplificada en el área frontal de exhibición del envase, el cual debe advertir de manera veraz, clara, rápida y simple sobre el contenido que exceda los niveles máximos de contenido energético, azúcares añadidos, grasas saturadas, grasas, sodio y los nutrimentos críticos, ingredientes y las demás que determine la Secretaría [de Salud]”.

Derivado de esto, el 27 de marzo de 2020 se publicó en el *DOF* la reforma a la *NOM-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados- Información comercial y sanitaria* (en adelante, *NOM-051-SCFI/SSA1-2010 del 2020*), con la finalidad de establecer la regulación del EFA en los productos alimenticios, el cual se establece en los puntos 3.47 y 4.5.3. Cabe mencionar que deroga el etiquetado frontal nutricional, señalado en la modificación del 14 de agosto de 2014, en el punto 3.21 y 4.2.9; además de que esta NOM no se aplica a productos a granel, precisado en el punto 1.2, segundo párrafo inciso b.

Una de las problemáticas que tuvo la modificación del 14 de agosto de 2014 sobre dicha NOM, fue que el etiquetado frontal nutrimental no era entendible para el consumidor y no seguía la recomendación internacional emitida por la OMS sobre la disminución del consumo de azúcar, por lo cual la organización no gubernamental “El poder del consumidor”

promovió el amparo en revisión 240/2018 (WHO 2015 y SCJN 2019, AR 240/2018).

Por lo que, a la modificación NOM-051-SCFI/SSA1-2010 del 2020, se le añade al etiquetado la información nutricional complementaria, es aquí cuando se interpreta la declaración nutrimental del alimento sobre el contenido de azúcares libres, grasas saturadas o trans, y sodio, conforme a los puntos 3.26, 3.38 y 4.5.3.

Para ello, se debe cumplir con las características del sistema de etiquetado frontal: 1) la información nutrimental se muestra mediante sellos y leyendas (por ejemplo, “contiene edulcorantes, no recomendable en niños”; “contiene cafeína- evitar niños”) y 2) la información debe ser veraz, directa, clara, sencilla y visible, cuando el alimento contenga un exceso de energía, nutrimentos críticos e ingredientes que dañen la salud humana, de acuerdo a los puntos 3.47, 4.5.3.4, 7.1.3, 7.1.4 de la NOM-051-SCFI/SSA1-2010 del 2020.

Como se mencionó anteriormente, algunos países (como Chile, Perú, Uruguay, Ecuador)<sup>4</sup> han establecido el EFA (Rodríguez Osiac y Pizarro Quevedo 2018). Sin embargo, la industria alimentaria se ha pronunciado en contra de este tipo de etiquetado bajo diversos argumentos, los más relevantes han radicado en la estigmatización de los alimentos pues el sello podría enviar un mensaje equivocado que produzca miedo o confusión al consumidor y, por ende, la discriminación del producto alimenticio; además de que no se resuelve el tema de la educación nutricional (Ares, G. *et al.* 2020; Ministerio de Salud Pública de Chile, 2015).

Aun así, autores como Roger S. Magnusson (2010, 6-7) y Neha Khandpur *et al.* (2018, 1-15) argumentan que el etiquetado de semáforo o el frontal de advertencia han tenido un impacto favorable en las decisiones del consumidor debido a que puede identificar los alimentos más saludables, lo cual fomenta la responsabilidad del consumidor sobre su alimentación (también véase Ares, G *et al.* 2018, 215-225).

Otro argumento que ha empleado la industria alimentaria es la violación a diversos tratados internacionales en materia de comercio, tales como el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) de la OMC de 1994, Acuerdos sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelec-

---

<sup>4</sup> Véase Reglamento Sanitario de Etiquetado de Alimentos Procesados para el Consumo Humano (Acuerdo No. 00004522), Ediciones Legales, 2013.

tual relacionados con el Comercio (ADPIC), *Codex alimentarius*, Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) y Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

Este argumento radica en que el EFA crea un obstáculo innecesario al comercio internacional, se restringe el uso de las marcas con respecto a los personajes que emplean en sus productos (hace alusión a lo establecido en el punto 4.1.5, inciso a de la NOM-051-SCFI/SSA1-2010) y no existe un estándar internacional emitido por el *Codex alimentarius* sobre el EFA (artículos 2.2, 2.4 del Acuerdo OTC; 15, primer párrafo, del ADPIC; 11.4 del T-MEC).

No obstante, estos tratados le dan sustento al EFA para su implementación bajo los objetivos de: “[...] los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas [...]”, según lo establecido en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.

Ahora bien, este Acuerdo menciona la utilización de las normas internacionales para lograr los objetivos anteriormente mencionados (artículo 2.4 del Acuerdo OTC); sin embargo, las normas emitidas por el *Codex alimentarius* persiguen la finalidad de: “[... orientar y fomentar] la elaboración y el establecimiento de definiciones y requisitos aplicables a los alimentos para favorecer su armonización y, de esta forma, facilitar el comercio internacional. [Además de que ...] son orientadoras no sustituyen ni son una solución alternativa a la legislación nacional. Las leyes y procedimientos administrativos de cada país contienen disposiciones que es necesario cumplir” (*Codex alimentarius*, 2020).

Es decir, a pesar de que el EFA restrinja el uso de las marcas en los productos alimenticios, no limita el comercio, sino que lo vuelve más responsable al respetar y proteger los derechos humanos de los consumidores; así como evitar las posibles violaciones a sus derechos, como es el caso del derecho a la salud, tal como lo menciona el artículo 1o. de la CPEUM y los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos (Naciones Unidas 2011, 3 y 5).

Dicho lo anterior, habría que reflexionar si la modificación a la NOM-051-SCFI/SSA1-2010, del 27 de marzo de 2020, contribuye en la solución al problema de salud en materia de obesidad y sobrepeso. Al inicio de este trabajo, se mencionó la falta de estandarización en el etiquetado era

un factor negativo, aunque queda solventado con el EFA, pero subsiste el problema de origen, la escasa educación nutricional de los consumidores.

Pero, ¿por qué es importante insistir en la educación nutricional, a pesar de tener el EFA, el cual es claro e informa al consumidor sobre el valor nutricional del producto? Esto es equivalente a preguntar ¿por qué enseñarle a un niño de primaria las operaciones básicas (suma, resta, multiplica y dividir), cuando existe la calculadora? O ¿por qué aprender un segundo idioma, cuando existen softwares traductores?

Esto nos conlleva a plantearnos lo siguiente ¿cómo el Estado promueve la responsabilidad nutricional de la población?, ¿existe la educación nutricional? Y desde una perspectiva bioética ¿dónde queda la autonomía del consumidor, cuando la norma prohíbe o facilita su decisión sin enseñarle la forma de cómo balancear los alimentos?

Ahora bien, en la modificación a la NOM, anteriormente mencionada, no considera a los grupos vulnerables, tales como los pueblos indígenas y las personas con discapacidad auditiva o visual. Este aspecto resulta relevante puesto que desde el 2015 México se comprometió a cumplir con los objetivos para el desarrollo sustentable de la Agenda 2030 y, justamente, la inclusión y la educación son dos objetivos fundamentales para lograr el mejoramiento de la calidad de vida, la igualdad de oportunidades y proteger los derechos humanos de estos grupos (*cf.* López Ricalde *et al.* 2005 y United Nations 2017, A/RES/71/313).

De tal manera que el derecho a la educación en materia de nutrición es un factor importante para la toma de decisiones sobre la adquisición y consumo de un alimento. Además de que forma parte de los principios para las buenas prácticas comerciales en donde: “Las empresas deben elaborar, según proceda, programas y mecanismos para ayudar a los consumidores a adquirir los conocimientos y competencias necesarios para comprender los riesgos, incluidos los riesgos financieros, tomar decisiones bien fundadas y acceder a servicios competentes y profesionales de asesoramiento y asistencia, prestados preferiblemente por terceros independientes, cuando sea necesario” (según el párrafo 11, inciso d, de las Directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor; Naciones Unidas 2011).

Dicho esto, la industria alimenticia desde una perspectiva de derechos humanos, está obligada a tratar con igualdad a sus consumidores sin discriminación alguna, con la finalidad de respetar su autonomía y libertad

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 763-787.



para decidir conforme a la información brindada de sus productos sin que medie obstáculo (*cf.* párrafo 11 de las Directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor). Adicionalmente, la Observación General No. 12 “El derecho a una alimentación adecuada” (artículo 11), en su párrafo 15, señala que el derecho a la alimentación debe considerar a las minorías y prevenir cualquier tipo de discriminación. Asimismo, existe la obligación por parte del Estado de respetar, proteger y realizar por medio de la adopción de medidas el acceso a una alimentación adecuada (ONU-Consejo Económico y Social. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1999).

### III. EL USO DE LAS TIC EN EL ETIQUETADO DE ALIMENTOS

En la sección anterior, se analizó el contexto por el cual se modifica la NOM-051-SCFI/SSA1-2010 y las posturas al establecer el EFA como un código en común, en donde la mayor parte de los consumidores son informados y comprender el valor nutricional del producto alimenticio, con la finalidad de decidir por alimentos más saludables. Sin embargo, queda pendiente la educación nutricional del consumidor.

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (por sus siglas en inglés FAO), se entiende por educación nutricional como “[...] la difusión de información acerca de los alimentos y sus nutrientes, [... así como ...] proporciona[r] las herramientas para saber qué hacer y cómo actuar para mejorar la nutrición” (FAO 2020).

No obstante, como se expuso en la sección anterior, esta educación debe ser incluyente y considerar a grupos vulnerables como los pueblos indígenas y las personas con discapacidad visual y auditiva.

Para ello, una herramienta que puede contribuir en la lucha contra la obesidad y la diabetes mediante la educación nutricional es el uso de las TIC, el cual es definido por Juan Cristóbal Cobo Romaní como:

Dispositivos tecnológicos (hardware y software) que permiten editar, producir, almacenar, intercambiar y transmitir datos entre diferentes sistemas de información que cuentan con protocolos comunes. Estas aplicaciones, que integran medios de informática, telecomunicaciones y redes, posibilitan tanto la comunicación y colaboración interpersonal (persona a persona) como la multidireccional (uno a muchos o muchos a muchos). Estas herramien-

tas desempeñan un papel sustantivo en la generación, intercambio, difusión, gestión y acceso al conocimiento (Cobo Romaní 2009, 312).

Esta definición señala un amplio panorama, el cual las TIC pueden ser utilizadas en cualquier materia (como en el etiquetado y la educación nutricional), ya que puede incorporarse tecnologías como la realidad aumentada, cómputo en la nube, internet de las cosas, entre otras. Especialmente, las TIC pueden contribuir a aminorar la desigualdad social (INEHRM-CNDH 2015). Cabe mencionar que el artículo 6o. de la CPEUM consagra el derecho al acceso y uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Dicho lo anterior, se propone el uso del código QR y la realidad aumentada, ya que ambas tecnologías pueden ser empleadas para brindarle una información más clara y precisa al consumidor; además de otorgar un aprendizaje sobre educación nutricional.

A continuación, se explica cómo pueden emplearse ambas tecnologías para tales fines:

### 1. *El código QR (quick response code)*

Este código de barras bidimensional permite almacenar información y otorga la posibilidad de acceder a sitios web u otros recursos digitales; asimismo, puede ser leído mediante cualquier dispositivo electrónico que tenga la tecnología para su procesamiento (Carrillo-Larco y H. Curioso 2013 y Liu *et al.* 2012). Además, tal tecnología se encuentra regulada bajo el estándar internacional *ISO/IEC 18004 Information technology-Automatic identification and data capture techniques-Bar code symbology- QR Code, First edition 2000-06-15*. Es menester mencionar que en las NOM no existe una regulación para la aplicación del código QR en los productos alimenticios.

En otro aspecto, el código QR tiene una capacidad acorde a su formato: numérico (7089 caracteres), alfanumérico (4296 caracteres), binario (2953 bytes) y kanji/kana (1817 caracteres) (Padrón Godínez *et al.* 2020, 3). La creación de dicho código es mediante un programa determinado como *QR code generator* o *código QR de Beaconstac*.

Con respecto al tema del etiquetado de alimentos, el estudio realizado por Dalia Stern *et al.* (anteriormente mencionado) analizaron que el etiquetado frontal de las GDA tenía sus limitantes relativas al consumo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 763-787.

máximo diario ya que se estandarizan su valor acorde a un tipo de persona y su condición física, es decir, no se discrimina si es niño o adulto, ni su género (2011, 13 y 14).

Por tal motivo, emplear el código QR en el etiquetado brindaría al consumidor un mayor entendimiento sobre la información nutricional del producto, pues se ofrecerían datos más detallados y entendibles para los consumidores, lo cual da lugar al consentimiento informado para la adquisición y consumo de un producto bajo la finalidad de llevar una dieta balanceada y saludable.

Por último, el código QR puede ser empleado de diversas maneras, según la finalidad que se persiga, tales como: transmitir la información en materia de salud (Lin *et al.* 2012 y Carrillo-Larco y Curioso Walter 2013), enseñar alguna asignatura escolar (Bonifácio 2012, 71 y 72), innovar la industria periodística impresa al redireccionar al lector a sitios web para ver videos u otro recurso (Meneses Fernández *et al.* 2014), entre otras; puesto que en este código se pueden almacenar y codificar diversidad de recursos multimedia.

Es así como, en materia de etiquetado y educación nutricional, este código puede ser utilizado como un instrumento viable para brindar una información más detallada sobre el valor nutricional del alimento.

Adicionalmente, es necesario mencionar que su aplicación podría aplicar no sólo a los alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados sino también, a los productos a granel e incluso para lograr la inclusión de los consumidores de los grupos vulnerables como los pueblos indígenas y las personas con discapacidad.

## 2. *La realidad aumentada (RA)*

Esta tecnología versa en sobreponer “[...] a una imagen real obtenida a través de una pantalla imágenes, modelos 3D u otro tipo de informaciones generados por ordenador” (Prendes Espinosa 2015, 187).

Dicho en otras palabras, se basa en que, a través de un objeto físico, el individuo pueda interactuar en un entorno donde lo real y lo virtual se combinan dentro de tiempo y momento determinado, es decir, mediante un ordenador se elaboran elementos virtuales en 3D que se sobreponen en el entorno real, apoyados mediante un *display*, ya sea con gafas (*Head*

*Mounted Displays, HMDs*) o por medio de un dispositivo móvil, entre otros equipos electrónicos adaptados a esta tecnología (Ruiz Torres 2011, 215 y 216; Billinghamurst *et al.* 2001, 745 y 746).

La RA tiene aplicación para distintos ámbitos, como el educativo. Por lo que, tal herramienta puede emplearse para fomentar la educación nutricional del consumidor. Asimismo, para la elaboración de esta tecnología se requiere de programas específicos como *Adobe Aero*, *Mergecube*, *Creator de Aumentaty*, entre otras; lo cual permite innovar la forma de enseñanza-aprendizaje.

Al revisar la literatura enfocada en la RA aplicada al ámbito educativo, se muestra cómo ha sido empleada esta tecnología para tales fines. Algunos ejemplos son:

- a) *MagicBook* elaborado por el *Human Interface Technology Laboratory* de la Universidad de Washington, el cual es un libro físico que contiene marcadores (conocidos como interfaces tangibles de usuario) que, al ser visualizados mediante un equipo de realidad virtual, la persona puede interactuar con el contenido de forma natural (Billinghurst *et al.* 2001, 745-753).
- b) *Piano virtual* y *partitura virtual*: el primero, es una herramienta que emula los sonidos de un piano mediante la lectura del posicionamiento de las manos; mientras el segundo, la herramienta da oportunidad de crear melodías con base en el empleo de pentagramas y notas musicales (Peula *et al.* 2007).

Además de estos ejemplos se añade el uso de la RA en los museos (Ruiz Torres 2011).

De esta forma, el uso de las TIC en materia de etiquetado, ofrece la oportunidad para fomentar la educación nutricional del consumidor y no sólo un sello que le advierta, sino que sea consiente de cómo utilizar esa información para saber de qué forma mejorar su nutrición y sus hábitos alimenticios.

De igual manera, su uso coadyuvaría en la encomienda que tienen la Secretaría de Educación Pública y la Secretaría de Salud, en colaboración con el sector social y privado, en fomentar “[...] programas de orientación y educación para una alimentación saludable y nutritiva que mejore la ca-

lidad de vida de las niñas [..., niños y adolescentes]”, según lo establecido en el artículo 41 de la Ley General de Educación.<sup>5</sup>

#### IV. LOS OBSTÁCULOS DEL ETIQUETADO DIGITAL

Hasta el momento hemos abordado que el uso de las TIC en materia de etiquetados podría contribuir en el fomento de la educación nutricional, lo cual puede ser novedoso; sin embargo, se debe de considerar sus limitaciones en cuanto a su viabilidad, factibilidad y aplicabilidad, por lo cual, en este trabajo se consideran las siguientes:

##### 1. *Analfabetismo*

En México, la población analfabeta de 15 y más años de edad representaba el 5.5%, es decir, 4,749,057 personas, según los datos de la Encuesta Intercensal de 2015 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (en adelante INEGI 2015). En cuanto hace a los hablantes de lengua indígena, de ese mismo año, representaban el 23.0%, lo que a nivel nacional era equivalente al 5.5%; sin embargo, para ese año el mayor índice de analfabetas residía en las personas de 65 años en adelante (INEGI 2015).

Con respecto al analfabetismo digital, según la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) de 2019, reflejó lo siguiente:

En los hogares se cuenta con el equipamiento de tecnología de información y comunicaciones tales como computadora (44.3%); conexión a Internet (56.4%); telefonía (92.5%), entre otros.

No obstante, las viviendas puede que no dispongan con un equipo de cómputo por diversas razones, algunas de ellas son: falta de recursos económicos (53.3%); no les interesa (20.9%); no saben usarla (16.5%); utilizan un smartphone u otro dispositivo para conectarse a Internet (5.6%); entre otras. (INEGI 2019a).

---

<sup>5</sup> Este artículo se relaciona con las Directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor en la letra G. *Programas de educación e información*, a partir del párrafo 42 al 48.

## 2. Acceso a la tecnología

Cada día, la innovación tecnológica se adapta mejor a las necesidades sociales; a pesar de todo, hay que considerar que algunas personas no tienen acceso a estas innovaciones y conservan tecnología obsoleta, como es el caso de los dispositivos móviles, lo cual podría dificultar su transición y acceso a la lectura de un etiquetado digital con base al código QR o a la RA ya que tales dispositivos serían incapaces de leer las interfaces tangibles de usuario.

Algunos datos proporcionados en la ENDUTIH de 2019, mostraron que 35.5 % de la población no disponía de un teléfono móvil por falta de recursos; mientras 1.6% declaró que no hay servicio en su localidad ya sea por falta de infraestructura o por cobertura en red (INEGI 2019a).

## 3. Cobertura de Internet

Las TIC (el código QR y la RA) requieren el uso del Internet; sin embargo, en México, la cobertura no está al 100%, lo cual es un obstáculo para que ciertas comunidades queden excluidas de una instauración de etiquetado digital.

En México, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) es el órgano autónomo encargado de “[...] la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, así como del acceso a la infraestructura activa y pasiva y otros insumos esenciales [...]”, según lo establecido en el artículo 7o. de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado en el *DOF* el 14 de julio de 2014 y reformado el 24 de enero de 2020.

Conforme a la ENDUTIH de 2019, algunas de las causas por la cual las residencias no dispongan de la conexión a Internet, tales como: falta de recursos económicos (50.7%); no les interesa o no lo necesitan (24.4%); no hay proveedores o infraestructura en su localidad (15.9%); entre otros aspectos (INEGI 2019a).

No obstante, en 2018 el IFT publicó el diagnóstico titulado “Cobertura del servicio móvil en pueblos indígenas, con base en información

proporcionada por los concesionarios en el año 2018”, cuyos hallazgos fueron:

- 1) El 88% de población indígena cuenta con cobertura móvil (sea 2G, 3G o 4G).
- 2) Sólo 16 pueblos indígenas de los 66 identificados en México, contaban con una cobertura de servicios móvil al 100% (sea 2G, 3G o 4G).
- 3) El 82% de la población indígena contaba con cobertura 3G (IFT 2018, 8).

#### 4. *Etiquetado incluyente.*

Para este aspecto, se consideran dos grupos vulnerables: los pueblos indígenas y las personas con discapacidad visual o auditiva; dado al compromiso adquirido en el 2015 con la *Agenda 2030 para el desarrollo sustentable*.

Bajo ese mismo tenor y conforme a lo desarrollado en este trabajo, recordemos que el EFA no soluciona el problema de la educación nutricional, sino que facilita la comprensión de la información nutricional sobre un producto alimenticio al establecer un código común para la mayor parte de la población. Sin embargo, no se considera que el Estado mexicano es pluricultural y que existen personas con alguna discapacidad; por ende, se podría vulnerar la autonomía de estos grupos vulnerables al no ser informados correctamente y, con ello, su dignidad humana al ser excluidos por no adoptar las medidas necesarias para garantizar su derecho a la salud y, a la alimentación nutritiva y de calidad.

Por tal motivo, el objetivo 4o. del desarrollo sustentable, bajo su indicador 4.5, establece el aseguramiento del acceso igualitario para una educación inclusiva, lo cual involucra a los pueblos indígenas y a personas con discapacidad (Sustainable Development Goal 2017, A/RES/71/313).

No obstante, incluir a ambos grupos vulnerables representa un reto para la industria de alimentos por lo siguiente:

- 1) La obra del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas titulado *Catálogo de las lenguas indígenas nacionales: variantes lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas*, publicado en el *DOF*



el 14 de enero de 2008, expone la variedad lingüística indoamericana en México concentrada en 11 familias (por ejemplo, Álgebra, Yuto-nahua, Cochimí-yumana, Seri, Oto-mangue, Maya), que a su vez tiene 68 agrupaciones lingüísticas, y de las cuales se derivan 364 variedades lingüísticas.

- 2) Con respecto a las personas con discapacidad, en México, existen 7.7 millones de personas de 5 años y más que son consideradas como población con discapacidad, es decir, 6.7%, según la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (ENADID) 2018. Específicamente, esta encuesta expuso que 39.6% de la población tiene una discapacidad visual (aunque utilice lentes); mientras que la auditiva equivale a 24.7% (aunque utilice aparato auditivo) (INEGI 2019b).

Ambos grupos vulnerables son la minoría de la población mexicana; sin embargo, al ser sujetos de derechos humanos se les debe de proteger, promover y garantizar sus derechos sin ninguna discriminación. Por tal motivo, en materia de etiquetado de alimentos se requiere ajustes razonables para adaptarlos acorde a sus necesidades, según lo establecido en el artículo 2o. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por ejemplo, en el caso de las personas con discapacidad visual podría emplearse el código QR de voz; en cuanto hace a la discapacidad auditiva, podría ser un código QR de video en donde se maneje el lenguaje de señas para comunicar el contenido del alimento. Esto mismo, podría aplicar con las personas indígenas. De esta forma, se conseguiría un trato digno para esta población.

## V. CONCLUSIÓN

La implementación de un etiquetado digital en materia de alimento podría contribuir en la educación nutricional del consumidor y hacer más consciente de lo que consume; así como darle la posibilidad de poder llevar una dieta balanceada y nutritiva, puesto que del derecho a la alimentación dependen los demás derechos humanos (*cf.* Naciones Unidas 1999).

Asimismo, este tipo de etiquetado podría contribuir en aminorar la desigualdad social e incluir a los grupos vulnerables. De esta forma, las

TIC se convierten en un aliado para fomentar la educación nutricional del consumidor; mediante la colaboración del Estado, las empresas y el propio consumidor, y contribuir en la lucha contra la obesidad y la diabetes.

Por último, es importante comprender que se pueden desarrollar las mejores políticas públicas, aumentar el impuesto a las comidas chatarra, establecer el EFA o el etiquetado por semáforo, entre otras estrategias, pero si no se comienza a promover y fomentar la educación nutricional para cambiar hábitos alimenticios, el problema podría persistir durante años.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Eric. 2017. *Abecé de redacción*. España. Océano exprés.
- ARES, Gastón *et al.* 2020. “Argumentos de la industria alimentaria en contra del etiquetado frontal de advertencias nutricionales en Uruguay”, *Rev Panam Salud Publica* 44. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2020.20>.
- BILLINGHURST, Mark *et al.* 2001. “The MagicBook: A transitional AR interface”. *Elsevier Computers & Graphics*, 25 (5): 745-753. [https://doi.org/10.1016/S0097-8493\(01\)00117-0](https://doi.org/10.1016/S0097-8493(01)00117-0).
- BONIFÁCIO, V. 2012. “Ensinar Química com telemóveis inteligentes: a tabela periódica em código QR. Química”. *Sociedade Portuguesa de Química*, serie II, 127, 71 y 72.
- CARRILLO-LARCO, Rodrigo M. y Curioso, Walter H. 2013. “Oportunidades del código QR para diseminar información en salud [carta]”. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*. 30(2): 362 y 363.
- COBO ROMANÍ, Juan Cristóbal. 2009. “El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento”. *Zer*. 14(27), 295-318.
- Codex Alimentarius. 2020. “Acerca del Codex”. <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/about-codex/es/> (última consulta 11 de septiembre de 2020).
- COWBURN, Gill y STOCKLEY, Lynn. 2005. “Consumer understanding and use of nutrition labelling: a systematic review”. *Public Health Nutrition*, 8(1): 21-28. DOI: 10.1079/PHN2004666.

- DÍAZ, Adrián Alberto *et al.* 2017. “Etiquetado de alimentos en Ecuador: implementación, resultados y acciones pendientes”. *Revista Panam Salud Pública*, 41, 1-8.
- FAO-Programa Especial para la Seguridad Alimentaria (PESA), Centroamérica. 2011. *Seguridad alimentaria y nutricional. Conceptos básicos*, 3a. ed., FAO. <http://www.fao.org/3/a-at772s.pdf> (última consulta 29 de diciembre de 2019).
- FAO. 2019. “Etiquetado frontal de advertencia, un paso urgente para enfrentar epidemia de sobrepeso y obesidad en México”. *FAO en México*, 30 de septiembre de 2019. <http://www.fao.org/mexico/noticias/detail-events/es/c/1235765/> (última consulta 14 de enero de 2020).
- FAO. 2011. *La seguridad alimentaria: información para la toma de decisiones. Guía práctica*. Programa CE-FAO. <http://www.fao.org/3/al936s/al936s00.pdf> (última consulta 20 de agosto 2020).
- FAO. 2019. “Etiquetado frontal de advertencia, un paso urgente para enfrentar epidemia de sobrepeso y obesidad en México”. *FAO en México*. <http://www.fao.org/mexico/noticias/detail-events/es/c/1235765/> (última consulta 14 de enero de 2020).
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. Andrés Ibáñez, 2a. ed., España, Trotta.
- GARCÍA, José Juan. 2013. “Bioética personalista y bioética principialista. Perspectivas”. *Cuadernos de bioética*, 24(1), 67-76.
- GASTÓN, Ares *et al.* 2018. “Comparative performance of three interpretative front-of-pack nutrition labelling schemes: Insights for policy making”. *Food Quality and Preference*, 68, 215-225.
- IFT. 2018. *Cobertura del servicio móvil en pueblos indígenas, con base en información proporcionada por los concesionarios en el año 2018*. México. [http://www.ift.org.mx/sites/default/files/reporte-cobertura-pueblos-indigenas\\_final-publicar\\_2\\_0.pdf](http://www.ift.org.mx/sites/default/files/reporte-cobertura-pueblos-indigenas_final-publicar_2_0.pdf) (última consulta 21 de agosto de 2020).
- INEGI. 2015. *Encuesta Intercensal 2015*. <https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/> (última consulta 20 de enero 2020).
- INEGI. 2019a. *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*, 2019. <https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2019/default.html#Documentacion> (última consulta 20 de enero de 2020).
- INEGI. 2019b. *Estadísticas a propósito del día internacional de las personas con discapacidad* (3 de diciembre). Datos Nacionales Comunicado de Pren-

- sa, núm. 638/19: 1-11. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/Discapacidad2019\\_Nal.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/Discapacidad2019_Nal.pdf) (última consulta 20 de agosto de 2020).
- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). 2015. *Derecho de acceso y uso de las tecnologías de la información y la comunicación*. Colección INEHRM, Centenario de la Constitución de 1917. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Instituto Nacional de Salud Pública y UNICEF México. 2016. *Encuesta Nacional de Niños, Niñas y Mujeres 2015-Encuesta de Indicadores Múltiples por Conglomerados 2015, Informe Final*. México. Instituto Nacional de Salud Pública y UNICEF México.
- KHANDPUR, Neha *et al.* 2018. “Are Front-of-Package Warning Labels More Effective at Communicating Nutrition Information than Traffic-Light Labels? A Randomized Controlled Experiment in a Brazilian Sample”. *Nutrients*, 10. 688: 1-15. DOI:10.3390/nu10060688.
- LIN C.H. *et al.* 2012. “The feasibility of QR-code prescription in Taiwan”. *Journal of Clinical Pharmacy and Therapeutics*, 37: 643-646. DOI: 10.1111/j.1365-2710.2012.01358.x.
- LIU, Chang, *et al.* 2012. “DNA barcode goes two-dimensions: DNA QR code web server”, *PloS one*, 7 (5). e 35146: 1-7. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0035146>.
- LÓPEZ RICALDE, Carlos David *et al.* 2005. “Desarrollo sustentable o sostenible: una definición conceptual”. *Horizonte Sanitario*, 4(2), 1-6.
- MAGNUSSON, Roger S. 2010. “Obesity prevention and personal responsibility: the case of front-of-pack food labelling in Australia”. *BMC Public Health*, 10:662: 1-12. DOI:10.1186/1471-2458-10-662.
- MAZHAR, Siraj. 2011. “Protection and advancement of Human Rights in developing countries: Luxuries or Necessities?”. *Human Affairs*, Springer, 21(304). <https://doi.org/10.2478/s13374-011-0031-7>.
- MENESES FERNÁNDEZ, María Dolores *et al.* 2014. “Audiovisualización del papel. Usos del código QR para innovar en la industria periodística impresa”. *INNOVAR. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, 24 (1), 67-80.
- Ministerio de Salud Pública de Chile. 2015. “Consolidado de respuestas a observaciones recibidas durante consulta pública nacional e internacional sobre propuesta de modificación del Decreto Supremo N°977/96”.

- Reglamento Sanitario de los Alimentos*. Ministerio de Salud de Chile, para la ejecución de la Ley N° 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, Chile, Ministerio de Salud.
- MONTES DE OCA BARRERA, Laura Beatriz. 2019. *Comida chatarra. Entre la gobernanza regulatoria y la simulación*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales.
- NACIONES UNIDAS. 2000. *Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra. Consejo Económico y Social, E/C.12/2000/4.
- NACIONES UNIDAS. 1999. *Observación General No. 12 El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*. Ginebra. Consejo Económico y Social. E/C.12/1999/5.
- NACIONES UNIDAS. 2011. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Nueva York y Ginebra. [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf) (última consulta 20 de enero de 2020).
- OPS-OMS. 2012. “Estrategia para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles, 2012-2025”. *28.a Conferencia Sanitaria Panamericana, 64.a Sesión del Comité Regional*. CSP28/9. Rev. 1 (Esp.). Washington, D. C.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (por sus siglas en inglés FAO). 2020. “Educación Alimentaria y Nutricional”. *Nutrición*. <http://www.fao.org/nutrition/educacion-nutricional/es/> (última consulta 10 de septiembre de 2020).
- PADRÓN GODÍNEZ, Alejandro *et al.* 2020. “Confidencialidad de datos mediante el grabado de códigos QR cifrados: ID-óptico”. *Revista de I+D Tecnológico*, 16 (2): 1-9. <https://doi.org/10.33412/idt.v16.2.2832>.
- PAZ González, Issac de. 2017. *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales. Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*. México. Porrúa.
- PEULA, J.M. *et al.* 2007. “Realidad aumentada aplicada a herramientas didácticas musicales”. *XXII Simposium Nacional Unión Científica Internacional de Radio (URSI 2007)*. España.
- PRENDES ESPINOSA, Carlos. 2015. “Realidad aumentada y educación: análisis de experiencias prácticas”. *Revista de Medios y Educación*, 46, 187-203. <http://dx.doi.org/10.12795/pixelbit.2015.i46.12>.

- RODRÍGUEZ OSIAC, Lorena y PIZARRO QUEVEDO, Tito. 2018. “Ley de Etiquetado y Publicidad de Alimentos: Chile innovando en nutrición pública una vez más”. *Revista Chilena de Pediatría*, 89(5): 579-581. <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062018005000806>.
- RUIZ TORRES, David. 2011. “Realidad aumentada, educación y museos”. *Revista Icono14*. 9(2), 212-226.
- SCJN. “Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos)”. <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/constitucion/> (última consulta 12 de julio de 2019).
- SIURANA APARISI, Juan Carlos. 2010. “Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural”. *Veritas*, núm. 22, 121-157. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>.
- STERN, Dalia, et al. 2011. “Revisión del etiquetado frontal: análisis de las guías diarias de alimentación (GDA) y su comprensión por estudiantes de nutrición en México”. Cuernavaca. Instituto Nacional de Salud Pública.
- Sustainable Development Goal. 2017. *Resolution adopted by the General Assembly on Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development (A/RES/71/313)*. [https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global%20Indicator%20Framework\\_A.RES.71.313%20Annex.Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global%20Indicator%20Framework_A.RES.71.313%20Annex.Spanish.pdf) (última consulta 02 de febrero de 2020).
- UNCTAD. 2016. *Directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor*. Nueva York y Ginebra. Naciones Unidas.
- United Nations. 2017. *Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development (A/RES/71/313), resolution adopted by the General Assembly*. <https://cea.cepal.org/9/en/documents/work-statistical-commission-pertaining-2030-agenda-sustainable-development> (última consulta 21 de agosto de 2020).
- UPENDRA, Baxi. 2007. *Human Rights in a Post Human World: Critical Essays*. Oxford University Press. Dehli.
- WHO. 2015. *Guideline: Sugars intake for adults and children*. Geneva. World Health Organization.



## PARIDAD DE GÉNERO OBLIGATORIA EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA MEXICANAS\*

### *GENDER PARITY IN THE BOARDS OF DIRECTORS OF MEXICAN CORPORATIONS AND LIMITED LIABILITY COMPANIES)*

Soyla H. LEÓN TOVAR\*\*

RESUMEN: Aunque nuestro país ha adoptado una política decidida hacia la participación igualitaria de la mujer en las actividades políticas, educativas, de salud y económicas, impulsada por instituciones como la Organización de Naciones Unidas (ONU Mujeres), la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Comisión Europea (CE), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y otras organizaciones sociales; ni la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) ni la Ley del Mercado de Valores (LMV) han sido reformadas para exigir participación femenina en los consejos de administración (CA) de las sociedades mercantiles, aunque hubo una iniciativa de reforma que no prosperó y subsiste una segunda presentada en marzo de 2019 únicamente para las sociedades anónimas bursátiles (en adelante SAB o cotizadas). La ausencia de cuotas de paridad en los CA hace lastimoso y tortuoso el proceso natural de inserción de la mujer en la toma de las decisiones fundamentales de

*Abstract: Although our country has adopted a determined policy towards the equal participation of women in political, educational, health and economic activities, driven by institutions such as the United Nations (UN Women), the International Labor Organization (ILO), the European Commission (EC), the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and other social organizations; However, neither the General Law on Mercantile Corporations (LGSM) nor the Securities Market Law (LMV) require female participation in the boards of directors (CA) of corporations, although there was a reform initiative that did not succeed and a second one presented in March 2019 subsists only for stock corporations (hereinafter SAB or listed). The absence of parity quotas in the CA makes the natural process of insertion of women in the fundamental decision making of companies and the exercise and effective enjoyment of their human rights of equal opportunities pitiful and tortuous, which, according to the Davos report (World Economic Forum, hereinafter FEM 2018, VIII), will require at least 60 years for the closing of the global gender gap in Mexico.*

\* Recibido el 28 de noviembre de 2019; aprobado el 28 de julio de 2020.

\*\* ORCID: 0000-0002-4151-9875. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Correo electrónico: [soleon@up.edu.mx](mailto:soleon@up.edu.mx).



las empresas y el ejercicio y disfrute efectivo de sus derechos humanos de igualdad de oportunidades, que, según el informe de Davos (Foro Económico Mundial, en adelante FEM 2018, VIII), requerirá cuando menos de 60 años para el cierre de la brecha global de género en México.

**Palabras clave:** paridad de género, mujeres, consejo de administración, sociedades anónimas, gobierno corporativo.

**Key words:** gender parity, women, board of directors, corporations, corporate governance.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado de la cuestión: participación femenina precaria en los CA*. III. *La experiencia mexicana sobre la participación política de la mujer y su participación económica, una mirada a la legislación y jurisprudencia nacionales*. IV. *Obstáculos a la paridad de género*. V. *Las cuotas femeninas obligatorias en los CA*. VI. *Talento femenino como factor del cambio hacia la paridad*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*. IX. *Apéndice*.

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es evidenciar la escasa participación femenina en los consejos de administración (CA) de las sociedades mercantiles mexicanas y promover la imposición de cuotas de paridad obligatorias para la sociedad anónima (SA) y la sociedad de responsabilidad limitada (S de RL) los dos tipos societarios más utilizados o más activos en México, para erradicar la discriminación implícita de las mujeres y favorecer la efectividad de los derechos humanos de igualdad de oportunidades y de propiedad entre hombres y mujeres, favorecer el incremento de valor de las empresas y cumplir de mejor manera con la responsabilidad social corporativa.

Para ello, se utilizan los métodos deductivo y documental, la observación y el análisis práctico, del derecho comparado, de los índices de participación en sociedades cotizadas divulgados y de tres muestras propias obtenidas de las publicaciones realizadas en el Sistema Electrónico de Publicaciones de Sociedades Mercantiles a cargo de la Secretaría de Economía (PSM), dos de ellas realizadas sobre avisos de convocatorias a asambleas generales de socios y la tercera sobre avisos de transmisión de

acciones y partes sociales, por considerarlas necesarias para comprender el estado del arte del órgano de administración de estas sociedades, la forma de administración más utilizada en México en la S de RL y en la SA, incluyendo los subtipos de ésta, como la sociedad anónima promotora de inversión (SAPI), la sociedad financiera de objeto múltiple (Sofom) y la sociedad anónima bursátil (SAB), y, en particular, los índices del sistema de administración con un administrador general único en la SA o un gerente en la S de RL y con un órgano colegiado de administración, el consejo de administración en la SA o el consejo de gerentes en la S de RL (ambos consejos identificados en conjunto como “CA”) y cuál es la presencia femenina en la integración de éste.

1. *Metodología y contenido de los avisos de convocatorias de asamblea general y de transmisión de acciones y partes sociales*

Para este trabajo se obtuvieron tres muestras de las bases de datos del PSM ya que en México no existen estadísticas, registros ni estudios públicos oficiales o privados que precisen la participación de la mujer en la administración de las sociedades mercantiles en general, únicamente se han elaborado algunos estudios y porcentajes de la participación de las mujeres en los CA de las SAB, mencionados más adelante, y en las actividades económicas en las que se destaca que en 2012 de cada cinco pequeñas y medianas empresas que se abrieron tres fueron lideradas por mujeres (CIMAD 2013), que en 2014 el 43.8% del total de personas ocupadas fueron mujeres y el 56.2%, hombres (INEGI 2014), y que para 2017 las mujeres representaron el 36.6% del empleo formal y el 43.9% de la población económicamente activa (INEGI 2017); en todos los casos estos porcentajes se relacionan con unidades económicas o establecimientos, pero no con las sociedades mercantiles, de manera que las 5,095,953 unidades económicas indicadas por el Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas (DENUE) de INEGI del 10 de abril de 2019, o las 5,447,591 unidades económicas que arroja la décimo cuarta edición del DENUE Interactivo 11/2019 al 14 de noviembre del mismo año y, en general, las más de cinco millones de unidades económicas del mismo DENUE para 2020 no son por sí solas apropiadas para determinar la participación femenina en los CA de sociedades mercantiles.

Tampoco existen datos sobre los CA de la SA y de S de RL, ni sobre el número y género de sus integrantes; incluso, para las sociedades cotizadas a las que la LMV impone un CA apenas en 2017 se incluyó en la Circular Única de Emisoras la obligación de informar sobre el género de los integrantes del CA; por último, la LGSM no exige la inscripción de los nombramientos de consejeros y administradores en el Registro Público de Comercio, lo que impide acudir a este importante registro para obtener datos precisos sobre su integración y la participación de la mujer.

El PSM, es un sistema electrónico administrado por la Secretaría de Economía en donde se deben publicar los avisos de ciertos actos societarios exigidos por la LGSM, entre ellos las convocatorias a asambleas generales de socios y los avisos de estructura accionaria y de partes sociales con la indicación del nombre o razón o denominación social del socio y su tenencia accionaria o de partes sociales; razones por las que se acudió a las bases de datos de dicho sistema para obtener las muestras sobre el género, cargo y número de personas que convocan a asamblea, que conforme la propia LGSM se deben contener en tales avisos.

Se obtuvieron del PSM dos muestras extraídas de las convocatorias a asambleas generales que aparecen firmadas por administradores generales únicos, gerentes y miembros del CA hombres y mujeres en su carácter de presidentes, secretarios, vocales o consejeros, a quienes la LGSM (artículos 90, 81, 181 y 183 LGSM) y los estatutos atribuyen la facultad de convocar a las asambleas cuantas veces consideren convenientes, sin perjuicio de la obligación legal de celebrar, por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social, una asamblea general en la que se discuta, apruebe o modifique el informe de los administradores sobre las operaciones sociales y los resultados, así como los nombramientos y emolumentos de quienes administran la sociedad (asamblea anual). Conforme la LGSM (artículos 81 y 186), salvo pacto contrario, la convocatoria se debe publicar con una anticipación de ocho (S de RL) o quince días (SA) a la fecha fijada para la reunión y debe contener el orden del día, el lugar de la celebración dentro del domicilio social y la firma de quienes convocan; por ello, las muestras de las convocatorias publicadas en el PSM resultan pertinentes, sobre todo porque se trata de convocatorias publicadas dentro del plazo de los cuatro meses de ley y hasta quince días de anticipación al vencimiento del mismo (30

de abril); durante este periodo, los asuntos más recurrentes del orden del día fueron la aprobación de estados financieros.

Con base en este contexto, la primera muestra se extrajo de las convocatorias publicadas durante el periodo del 1o. al 15 de abril de 2018 por ser el más frecuente con en el que se convoca (con cuando menos quince días de anticipación) a la celebración de la asamblea anual, conforme lo exige la LGM, si bien conforme el Código de Comercio (artículo 50 bis) los avisos en el PSM surten efectos al día siguiente de la publicación y el límite para la asamblea anual es el 30 de abril de cada año. La segunda muestra se hizo por un periodo más extenso, del 1o. de marzo al 15 de abril de 2019, para que hubiera la posibilidad de incluir convocatorias a asambleas para otros asuntos adicionales a los de la asamblea anual y aunque también se convocó a la asamblea anual, encontramos convocatorias principalmente para reformar los estatutos, aumentar el capital social, fusionar la sociedad, liquidarla o transformarla. En las convocatorias de los dos periodos revisados, salvo en las de sociedades por acciones simplificadas (SAS) en las que por lo general no se asentó nombre del convocante, aparecen los nombres y el cargo de quienes hicieron las convocatorias, lo que facilitó indagar los porcentajes de hombres y mujeres.

Enseguida, se elaboró una tercera muestra de los avisos de estructura accionaria y de partes sociales publicados en el PSC durante el periodo comprendido del 1o. de junio de 2018 al 28 de febrero de 2019, con un espectro mucho más amplio para recabar más casos que pudieran arrojar datos más consistentes sobre el número de socios de las sociedades mercantiles, especialmente de la SA y de la S de RL con objeto de concluir sobre la factibilidad o no de exigir a estas sociedades una administración colegiada y con paridad de género. Los avisos publicados en el PSM contienen los datos relativos al nombre y número de socios, número, valor y, en su caso, serie de acciones o partes sociales, monto total del capital y la transmisión de acciones o partes sociales. Originalmente se había proyectado esta muestra sobre avisos de un año completo, de junio 2018 a junio 2019; sin embargo, la muestra se cerró el 28 de febrero de 2019 en virtud de que, a partir de esta fecha, la Secretaría de Economía substituyó la publicación del aviso en el PSC por la boleta de publicación en la que se hace constar que hubo un aviso de transmisión de acciones o de partes sociales de cierta sociedad sin mostrar el número ni el género de socios como se venía haciendo; ello de conformidad con los artículos transitorios

del decreto de reforma de la LGSM en los que estableció que la Secretaría se aseguraría de que el nombre, nacionalidad y domicilio del socio contenido en el aviso se mantendría confidencial, excepto en los casos en que la información fuera requerida por autoridades judiciales o administrativas.

A pesar de que la reforma a la LGSM (artículos 73 y 129), que impuso la obligación de publicar este aviso, entró en vigor seis meses después de su publicación realizada el 14 de junio de 2018, la muestra fue tomada desde el mismo mes de publicación de la reforma porque desde entonces ya se habían publicado diversos avisos en este sentido. Esta decisión resultó muy conveniente porque de haberla tomado a partir del 14 de diciembre de 2018 sólo hubiera sido posible obtener los datos de esta fecha al 27 de febrero de 2019, con resultados muy precarios porque las enajenaciones de partes sociales y de acciones de sociedades no cotizadas no ocurren todos los días ni con la frecuencia con la que se convoca a la asamblea general de socios.

## *2. Resultado de las muestras de los avisos en relación con la integración de los consejos de administración*

De las tres muestras antes descritas resultaron hallazgos muy interesantes, entre ellos, que durante el periodo del 1o. al 15 de abril de 2018, del total de 1188 convocantes, 967 (81.39%) fueron hombres y 221 (19.61%) mujeres, que firmaron como consejeros, como administradores generales únicos o gerentes, como delegados, prosecretarios, liquidadores y otros. En relación con el órgano de administración la misma muestra arrojó un total de 195 administradores generales únicos y 622 CA, es decir, 80.22% de las sociedades que publicaron convocatorias en este periodo estaba administrada por un CA, incluyendo a las SAB que adicionalmente son dirigidas por un director general, y que sólo 19.78% fue administrada por un administrador general único o un gerente, lo que hace factible la exigencia legal de un CA en la SA y la S de RL, con independencia de que, conforme la muestra obtenida de los avisos de estructura accionaria y de partes sociales se haya encontrado que 66.03% de las sociedades tiene dos socios, pues esto no ha impedido que prefieran ser administradas por un órgano colegiado y, que por tanto, no sea excesivo exigir que la SA y la S de RL sean administradas por un consejo con paridad de género, un hom-

bre y una mujer cuando el CA sea integrado por dos consejeros y cuando menos con una tercera parte de mujeres si el consejo se compone de tres o más miembros, sin que represente un costo adicional en todos los casos para estas sociedades aunque sean micros o pequeñas empresas, porque la inserción de paridad de género no implica que la mujer participe como consejero independiente (aunque ello sería otra exigencia legal cuyas particularidades no se estudian en el presente trabajo), sino solamente que forme parte del conjunto de personas que toma las decisiones fundamentales de la sociedad mercantil, con la misma suerte de emolumentos que hasta ahora han tenido los miembros de los CA de las sociedades mercantiles no cotizadas cuyos miembros firmaron las convocatorias.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: PARTICIPACIÓN FEMENINA PRECARIA EN LOS CA

En relación con la participación femenina en los CA de las sociedades cotizadas, de acuerdo con el Índice S&P 500 (Standard & Poor's 500 Index) de los Estados Unidos, durante 2019 la mujer participaba en el 20% de la composición de los CA, mientras que en Europa y Asia Central alcanzaba un promedio del 26.2% con países como Islandia con el mayor porcentaje de mujeres en los CA (46%), seguida de Francia (44%) y Noruega (41%) y con Estonia, Grecia, Montenegro y Rumania con participación inferior al 10% (OIT 2019); para 2020, todas las sociedades del Índice S&P 500 cuentan con al menos una mujer consejera (Forbes 2020) y según el Informe de Deloitte (2020), las mujeres ocupan el 16.9% de los puestos del CA de sociedades cotizadas en todo el mundo.

En México, en cambio, de acuerdo con las cifras de los últimos cinco años (2014 a 2019), la inclusión de las mujeres en los CA de las sociedades cotizadas ha sido muy lenta y precaria en relación con el avance en los países antes mencionados, incluso de América Latina. En 2014 apenas alcanzó 6.2%, inferior al obtenido en Brasil (con 6.3%) y en Colombia (con el 7%); en 2017 ascendió al 7%, muy cercano al 7.3% de mujeres en los CA de América Latina, según la Corporate Women Directors International (2017), en adelante CWDI, mayor que el alcanzado en 2018 que osciló entre el 5.9% y 6.1%, representado por 64 mujeres consejeras, las *faldas de oro mexicanas* (*Mexican Golden skirts*), quienes asesoraban a 10 compañías

distintas, algunas por sucesión y otras por experiencia y conocimiento en distintos sectores. Para inicios del 2019, la participación femenina llegó al 7.187%, con 153 mujeres del total de 1978 consejeros de las SAB, es decir, en este año por cada 12.93 hombres hubo una mujer, participación que colocó a México en el último lugar del ranking de las sociedades cotizadas de América Latina (Ocaranza 2019), además de que el 42.2% de las SAB no incluyó mujeres en sus CA.

Respecto a las sociedades mercantiles en general, cotizadas y no cotizadas, no existen en México índices relativos y aunque ninguna de las muestras propias arroja datos para obtener los porcentajes de participación de mujeres en los CA, debido a que la LGSM no impone la obligación de que firmen las convocatorias todos los miembros del CA sino que deja en libertad a los socios para determinarlo en los estatutos, de las dos muestras se obtuvieron resultados indirectos sobre la participación femenina en los CA y, concretamente, respecto de la facultad para convocar a asamblea general, los cuales arrojan un resultado más elevado que el porcentaje exclusivo de las sociedades cotizadas en los CA, como se precisa a continuación:

- 1) Muestra del periodo del 1o. al 15 de abril de 2018. *a)* Del total de 1188 personas que firmaron las convocatorias, 967 fueron hombres (81.39%) y 221 fueron mujeres (19.61%); *b)* las convocatorias fueron firmadas por 195 administradores generales únicos o gerentes (19.78%) y 622 CA (80.22%) incluyendo a las SAB; *c)* los 622 CA convocantes estuvieron representados por 791 personas, de las cuales 683 fueron hombres (84.34%) y 108 mujeres (15.66%); *d)* asimismo, también convocaron a asamblea los comisarios, 43 hombres (79.947%) y 12 mujeres (20.053%); *e)* adicionalmente, convocaron 89 hombres (60.958%) y 57 mujeres (39.942%) como liquidadores, socios y otras calidades, y *f)* de los 622 CA, firmaron las convocatorias como presidentes 304 hombres (91.56%) y 28 mujeres (8.44%).
- 2) Muestra del periodo del 1o. de marzo de 2019 al 15 de abril de 2019. *a)* Del total de 3504 personas que firmaron las convocatorias, 2870 fueron hombres (81.39%) y 634 fueron mujeres (19.61%); *b)* las convocatorias fueron firmadas por 583 administradores generales únicos o gerentes y 1284 CA, de acuerdo con lo cual, el



68.77% de las sociedades estaban administradas por un CA, incluyendo a las SAB que adicionalmente son dirigidas por un director general, y únicamente el 31.33% fue administrada por un administrador general único o un gerente; c) los 1284 CA convocantes estuvieron representados por 2207 firmantes de las convocatorias, en las que aparecen 1953 hombres (94.39%) y 124 mujeres (05.61%); d) convocaron a asamblea como comisarios 253 hombres (78.81%) y 68 mujeres (21.19%); e) convocaron a asamblea 206 hombres (52.41%) y 187 mujeres (47.59%) en su carácter de liquidadores, socios u otras calidades, y f) de los 1284 CA, firmaron las convocatorias como presidentes 1012 hombres (90.19%) y 110 mujeres (9.81%); como se puede apreciar en el apéndice de este trabajo.

Ante dichos resultados es imperante echar una mirada hacia el número de socios que integran las sociedades mercantiles dado que la mayoría de las que publicaron convocatoria están administradas por un CA, lo que se hizo mediante la tercera muestra, como sigue.

- 3) Muestra sobre la estructura accionaria de junio de 2018 a febrero de 2019. Durante este periodo SA, S de RL y SAS dieron aviso sobre la estructura de acciones y partes sociales en virtud de haber registrado en sus libros transmisiones de las mismas, cuyos resultados fueron: a) 70 sociedades (66.03%) asentaron tener 2 socios; b) 13 sociedades (14.1%) fueron SAS y expresaron tener un único socio como lo permite la LGSM; c) 11 sociedades (10.3%) manifestaron tener 4 socios después de la transmisión de acciones o partes sociales; d) 5 sociedades (4%) dijeron tener 3 socios después de la transmisión de acciones o partes sociales, y e) 7 sociedades (5.57%) manifestaron otras cifras, como una unión de crédito con 207 socios y otras 8.

Derivado de las dos primeras muestras se observa que más del 80% de las sociedades que convocaron a asamblea es administrada por un CA y conforme la tercera muestra, que dos terceras partes de las sociedades que dieron los avisos de transmisión de acciones y partes sociales contaba sólo con dos socios; de donde se puede concluir que estos son dos rasgos característicos de las sociedades mercantiles mexicanas y que la constitución o permanencia de sociedades con dos socios no ha sido obstáculo para que las sociedades sean administradas mayormente por un CA, lo que hace

factible exigir que la SA y la S de RL sean administradas solamente por un CA con paridad de género.

### III. LA EXPERIENCIA MEXICANA SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LA MUJER Y SU PARTICIPACIÓN ECONÓMICA, UNA MIRADA A LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONALES

#### 1. *La experiencia mexicana sobre la participación política de la mujer*

Nuestro país tiene una exitosa experiencia en cuotas femeninas en materia electoral, precedida por la lucha constante de mujeres por el voto activo y pasivo desde principios del siglo XX (Lau 2017, 80), en donde se observa, con Francisco I. Madero, que “Las hijas de Cuauhtémoc” buscaron la participación de la mujer en la vida política, protestaron por el fraude en las elecciones y demandaron, en 1916, su participación política y el reconocimiento de su derecho de voto, que se lograría en algunos estados a partir de 1924, después de que, en 1923, en el Primer Congreso Nacional Feminista se exigiera la igualdad de la mujer para elegir y ser electa en los cargos públicos; también se les reconoció el derecho de voto pero restringido a las elecciones municipales y, excepcionalmente, en casos federales bajo el argumento de que las mujeres carecían de la preparación necesaria para intervenir en asuntos políticos más amplios como los estatales y federales.

Así, en San Luis Potosí, el derecho al voto municipal y estatal de las mujeres estuvo condicionado a que supieran leer y escribir, que no fueran miembros de una congregación religiosa ni hubieran hecho estudios en una escuela confesional. En 1925, Tabasco reconoció el voto municipal a mujeres para votar y ser votadas a regidoras, siempre y cuando no ocuparan más de la mitad de las regidurías ni la presidencia municipal, y, además, cumplieran con ciertos requisitos: edad, educación o situación civil, con moral sexual intachable y pensamiento socialista. Este mismo derecho fue reconocido en Chiapas y en Puebla. En 1937, el presidente Lázaro Cárdenas promovió la reforma del artículo 34 constitucional, para la ciudadanía de las mujeres, que fue aprobada en 1938. En 1946 se presentó una iniciativa de reforma constitucional para reconocer el derecho de voto igualitario de las mujeres para las elecciones municipales y hasta

1953, con el entonces presidente Adolfo Ruiz Cortines, se reconoció el derecho de voto en general a las mujeres, un año después de que México firmara el “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”; en 1974, con la reforma de los artículos 4o. y 5o. constitucionales se reconoció la igualdad formal del hombre y la mujer, impulsada y reconocida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al desestimar la acción de inconstitucionalidad, promovida por el presidente del comité ejecutivo de cierto partido político en contra de diversos preceptos de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila de Zaragoza que argumentaba violación al derecho de igualdad y a la autonomía de la voluntad, porque “Las cuotas hacen desigual lo que es igual, y pueden llegar a restringir y limitar los derechos de personas que pueden aportar mucho al municipio, al estado, a la patria y en beneficio de personas no aptas o no capaces para tales empresas”. En las últimas décadas el legislador ha promovido la igualdad formal de la mujer en forma gradual como se observa enseguida: *a*) en 1993 con la reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), que recomendó a los partidos políticos establecer cuotas de género e impulsar la participación activa de las mujeres en la vida política del país, mediante su postulación a cargos de elección popular; *b*) en 1996, con otra reforma al mismo Cofipe (artículo 5o., fracción XXII) para recomendar a los partidos políticos incluir en sus estatutos cuotas de género del 70/30 en las candidaturas a diputados y senadores; *c*) con la reforma, en 2002, al Cofipe para imponer cuota de género obligatoria para candidatos a diputados y senadores; *d*) en 2008 con otra reforma del mismo ordenamiento para imponer cuota de paridad de género en 60/40 para dichas candidaturas, salvo las de mayoría relativa (Zavaleta 2014), con la cual, la participación de la mujer en la política dejó de ser un asunto discrecional de los partidos políticos y se erige como una cuestión obligatoria y de interés general, aunque las resistencias al cambio no se hicieron esperar y algunos políticos le dieron vuelta a la ley, en 2009, con el fraude conocido como el de *Las Juanitas*, en el que en la primera sesión ordinaria de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados ocho diputadas electas solicitaron licencia para separarse del cargo (Zavaleta 2014) y en siete casos fueron sustituidas por sus suplentes hombres.

e) Mediante la reforma constitucional, del 12 de febrero de 2014, a la ley electoral se impuso cuota de igualdad, del 50/50 en candidaturas a legisladores federales y locales (Lau 2017; Zavaleta 2014) y se estableció un término perentorio para fijar las reglas que garantizaran la paridad entre los géneros, cuando la proporción media de mujeres parlamentarias en el mundo apenas superaba el 20% (ONU 2013), lo que permitió que el número de mujeres en la Cámara de Diputados ascendiera al 22.6% en 2005, a 42% en 2016 y para 2018 alcanzara más del 50%, lo que colocó a México en uno de los países con mayor representación femenina en la Cámara de Diputados.

## 2. *Participación económica de la mujer, una mirada a la legislación y jurisprudencia nacionales*

La participación formal de la mujer en el ámbito económico mundial surge con fuerza en los países industrializados después de la Segunda Guerra Mundial y, poco a poco, en los países emergentes, particularmente en la década de los setenta con el reconocimiento de licencias y seguros de maternidad que favorecieron el trabajo de madres con hijos pequeños (Loggia 1988), pero su ascenso en las actividades económicas no ha sido fácil, los estereotipos de género y la discriminación han obstaculizado la igualdad de oportunidades, de salario y de empleo entre hombres y mujeres, al tiempo que la mujer trabaja fuera y dentro de su casa. Por ello, al lado del proceso constitucional de igualdad de género en el ámbito electoral, se han realizado diversas acciones, políticas y movimientos legislativos y gubernamentales hacia la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres para hacer efectiva la participación de la mujer en la economía.

Entre ellos: *a*) la promulgación de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que establece los lineamientos y mecanismos institucionales para el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado y promover el empoderamiento de las mujeres y la lucha contra toda discriminación basada en el sexo; *b*) el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y No Discriminación contra las Mujeres (Pro igualdad) que introdujo la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres; *c*) el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 (Plan Nacional de Desarrollo) dentro de cuyos objetivos estuvieron garantizar la igual-

dad sustantiva de oportunidades entre mujeres y hombres e incorporar la perspectiva de género como principio esencial y de justicia, la necesidad de realizar acciones especiales orientadas a garantizar los derechos de las mujeres y evitar que las diferencias de género sean causa de desigualdad, exclusión o discriminación, así como fomentar un proceso de cambio al interior de las instituciones de gobierno, para evitar que en las dependencias públicas se reproduzcan los roles y estereotipos de género que inciden en la desigualdad, la exclusión y discriminación; *d*) la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); *e*) las reformas a la Ley Federal del Trabajo publicadas en el *Diario Oficial*, del 30 de noviembre de 2012 y el 1o. de mayo de 2019, para reconocer la igualdad sustantiva de oportunidades entre hombres y mujeres, la no discriminación, acoso sexual ni hostigamiento; *f*) la reforma constitucional, del 6 de junio de 2019, que impuso la paridad de género en los cargos públicos, y *g*) la tangencial incorporación de la igualdad en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 (Presidencia 2019), como quehacer gubernamental para impulsarla como principio rector y el compromiso en la erradicación de las prácticas discriminatorias.

Al mismo tiempo, la SCJN ha hecho suya la perspectiva de género como principio esencial y de justicia y ha contribuido en el reconocimiento de la igualdad de derechos y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, como se evidencia con la tesis de jurisprudencia 1a./J. 30/2017 en la que sostiene que el artículo 4o. constitucional busca garantizar la igualdad de oportunidades para que la mujer intervenga activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna por causa de su sexo (SCJN 2017), lo cual es fundamental para acceder a la paridad en los CA de las SA y de las S de RL ante la resistencia de facto a la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres y la precaria participación de éstas en la toma de decisiones de las empresas por medio de dichos CA.

#### IV. OBSTÁCULOS A LA PARIDAD DE GÉNERO

La exigua participación de la mujer en los CA está relacionada con la inercia de las organizaciones hacia estructuras tradicionalmente masculinas, el valor desigual del trabajo femenino, la falta de propiedad y de

autonomía de la mujer y, sobre todo, la permanencia de costumbres, prejuicios y estereotipos de género (Escobar 2017; ONU 2013; Smith 2014), identificados por la doctrina con nombres muy sugestivos como los de “techo de cristal”, “paredes de cristal”, “muros de palabras”, “techos de cemento”, “techos de diamante”, “guetos de terciopelo” y, “tuberías con fugas” (Barberá, *Estellés y Dema* 2009, 44; Bustos 2002; Dumas 1998, Dumas 1989; Roldán-García, Leyra-Fatou y Contreras-Martínez 2012), los cuales en su conjunto conforman una *casa de cristal* que no se ve pero se siente e impide a la mujer el pleno desarrollo y ejercicio de sus derechos de igualdad y propiedad. Los principales obstáculos jurídicos hacia la paridad de género en los CA son, entre otros: 1. La inercia o persistencia de estereotipos de género. 2. La desregulación societaria, y 3. La discriminación tácita del Estado.

### 1. *Persistencia de estereotipos de género*

En gran parte de la colectividad mexicana subyacen de manera arraigada los estereotipos de géneros masculino y femenino (Zabludovsky 2001), por virtud de los cuales, se califica *ex ante* a la mujer de ignorante, incapaz e inexperta “para tomar decisiones como el hombre”, tal y como lo explica el Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito en la sentencia dictada el 8 de marzo de 2019 (TCC 2019); una explicación histórica de ello es que no se trata únicamente de un fenómeno social, “racional y moral” (Carreño 1875), sino legal, institucionalizado y fortalecido hasta el siglo pasado por el Estado por medio de diversas leyes que agravaron y perpetuaron la desigualdad entre hombres y mujeres al imponer a ellas deberes de obediencia y sumisión frente al hombre y destinarlas al cuidado del marido y del hogar, como el Código Civil de Zacatecas de 1829 que imponía a la mujer los deberes de obedecer al hombre, vivir con él y seguirlo a donde fuera (artículos 117 y 118); la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859 (artículo 15) expedida por Benito Juárez, exigía al Oficial del Registro Civil, leer a los contrayentes de matrimonio la denominada “Epístola de Melchor Ocampo”, que calificada a la mujer como la parte más delicada, sensible y fina del hombre, abnegada, bella, compasiva y tierna, obligada a obedecer, agradecer, asistir, consolar y aconsejar al marido, tratándolo siempre con veneración y delicadeza.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 789-824.

Este estereotipo femenino se mantuvo en el Código Civil de 1884 y en los códigos de comercio, incluso el de 1890 (artículos 8o., 10 y 11) exigía a la mujer casada obtener la previa autorización del marido, revocable en cualquier tiempo, para ejercer el comercio y para realizar actos concretos de comercio para fines personales, como parece haberle ocurrido a doña Carmelita Romero Rubio, accionista de sociedades mineras de plata en Tlalpujahua, Michoacán, en Zacualpan y en El Oro del Estado de México, de quien se dice era testaferro de su esposo don Porfirio Díaz (INEHRM 2015). El Código Civil de 1928, aunque reconoció la igualdad entre el hombre y la mujer, mantuvo en su artículo 168 la obligación de la mujer de llevar la “dirección y cuidado de los trabajos del hogar”, de manera que sólo podía “desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio”, cuando ello no perjudicara la misión impuesta por la ley (artículo 169) y su marido no se opusiera (artículo 170); dichos preceptos permanecieron vigentes hasta la reforma del 31 de diciembre de 1974, en la que se reconoce la igualdad formal de derechos y obligaciones del hombre y de la mujer; pero la Epístola de Melchor Ocampo me mantuvo vigente en Oaxaca, Tabasco, Aguascalientes, Baja California, Colima, Jalisco, Puebla y Sonora, hasta que el 26 de abril de 2007 el Senado, los exhortó a eliminar su lectura y no atentar contra los derechos y dignidad de las mujeres.

## 2. *Desregulación societaria*

La desregulación societaria también ha sido un obstáculo para acceder al CA, porque elimina disposiciones legales imperativas para constituir y organizar sociedades mercantiles (Kluiver 1995) y privilegia la autonomía de la voluntad en la integración del órgano de administración de las sociedades y en su organización y funcionamiento (Embid 1998). Se trata de una tendencia reduccionista de la imperatividad en sociedades no cotizadas que busca eliminar o atemperar aquellas normas que impiden establecer restricciones a la enajenación de acciones, celebrar pactos entre socios, alterar los derechos de voto y utilidades, así como la injerencia proporcional en la vida social y, en general, que busca reconocer la libertad negocial y la autonomía de la voluntad de los socios para establecer libremente el régimen interno de la sociedad y eliminar diversos requi-



sitos, formas y formalidades para la constitución de sociedades con una grave desvalorización de la ley (Paillusesau 1997) y una discriminación por omisión hacia la mujer.

La desregularización societaria no es un fenómeno nuevo, ha estado presente en diversas leyes de sociedades de los Estados Unidos, como las de Carolina del Norte en 1795, Massachusetts en 1799, Nueva Cork en 1811 y Connecticut en 1837 y la ley inglesa (Barrera 1989; Cervantes 1980), que permitían la constitución de SA sin necesidad de autorización del Estado; mientras que en otros países, como Francia, se estableció en su Código de Comercio de 1807 un sistema imperativo que anulaba casi por completo la libertad de los socios en aras de proteger a los accionistas y al público en general (Guyón 1999); sin embargo, el desarrollo tecnológico, la globalización, la inversión extranjera, la privatización de empresas de Estado y la constante utilización de cláusulas de dudosa legalidad en sociedades, produjeron cambios sustanciales en el derecho societario de los sistemas romano germánicos y condujeron a la desregulación y flexibilización societarias en Europa y América Latina (Embid 1998; Mairal 2000; Paillusesau 1997).

México no fue ajeno a este fenómeno ni al de la re-regulación que al mismo tiempo floreció como remedio a los escándalos financieros; la Ley del Mercado de Valores, de 2006, endureció el régimen legal de las SAB a las que les impuso gobierno corporativo y al mismo tiempo reconoció un nuevo subtipo de SA, la SAPI con un régimen legal desregularizado, amplia libertad para incluir cláusulas estatutarias y celebrar pactos parasociales sin precedentes en nuestro país; en 2014, la LGSM reconoció un nuevo tipo societario flexibilizado, la SAS para empresas de pequeñas dimensiones a constituirse por medios electrónicos y con un solo socio; además, privilegió la autonomía de la voluntad de los socios, para constituir, organizar y operar la SA y los demás tipos sociales (artículos 1o., 6o. *in fine* y 9o.), con la supresión de normas imperativas como las que prohibían los pactos entre accionistas o fijaban un capital social mínimo y la posibilidad de alterar, suspender o suprimir ciertos derechos de socios que otrora fueron considerados inderogables, como acontece con los derechos de suscripción preferente y de voto.

En este contexto de desregulación, las cuotas femeninas solamente son una aspiración porque dejan a la voluntad de los socios la inclusión o bloqueo de mujeres en los consejos y facilita la decisión de los socios de

la SA no cotizada y de las S de RL para optar por un administrador general único (o gerente) sin obligación de integrar un órgano colegiado de administración ni incluir mujeres en el mismo; por ello, la desregulación perjudica la paridad femenina porque los estereotipos de género subsisten que obstaculizan el acceso de las mujeres al CA.

### 3. *Discriminación tácita del Estado*

La activa participación del Estado con reformas constitucionales y legales ha demostrado ser decisiva en el cambio de paradigmas políticos y estereotipos en México y con ello en el arribo de la igualdad de género en materia política y laboral, para contar con una estructura decisional compartida por mujeres y hombres “más funcional para la creación de mercados integrados sin distorsiones y la implementación de políticas de ajuste en el contexto de la crisis” (Archenti 2014; Bataille y Gaspard 2000) y para evitar que su exclusión sea un obstáculo para los programas de paz y desarrollo.

No obstante, el Estado se ha abstenido de imponer a las SA no cotizadas y a las S de RL la administración colegiada obligatoria por un CA integrado con hombres y mujeres en paridad de género, cuya importancia es mayúscula en virtud de que son los dos tipos societarios por medio de los cuales se llevan a cabo la mayor parte de las actividades económicas del país (además de la SAS que está reservada para pequeñas dimensiones y puede estar integrada con un solo socio y las sociedades de producción rural), ser sociedades capitalistas en las que los socios limitan su responsabilidad al monto de sus aportaciones que además forman parte del capital social y determinan la proporción de derechos corporativos, económicos e instrumentales del socio (H. León 2018); por lo que, al no hacerlo, el Estado discrimina por omisión implícita a la mujer y violenta los tratados internacionales en los que asumió el compromiso de actuar en contra de la discriminación de cualquier tipo y de promover la igualdad de género.

Establecer paridad entre hombres y mujeres en los CA es un imperativo categórico; la Constitución Política federal reconoce la igualdad de oportunidades y la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres obliga al gobierno federal a garantizarla, entre otros, mediante cuotas femeninas (artículo 12, fracción V) y faculta a la Federación

para suscribir convenios o acuerdos de coordinación, para proponer iniciativas y políticas de cooperación para el desarrollo de mecanismos de participación igualitaria de mujeres y hombres en la economía (artículo 9o., fracción V). Conforme la CEDAW, la omisión del Estado mexicano es discriminación por omisión hacia la mujer (artículo 5o.) porque obliga a México a: “Tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Dentro de esas medidas están las cuotas de género, además de las actividades y acciones políticas, planes y programas de apoyo, difusión y estímulo para promover y hacer visible el talento femenino en las organizaciones empresariales y recomendar y reconocer los beneficios de la diversidad en los CA, como nuevas decisiones o la creatividad en ellas, representar la realidad corporativa y aumentar la responsabilidad de la empresa (Esteban 2007; Osborne 2004); no basta con reformas legislativas para suprimir la violencia lingüística es necesario imponer cuotas femeninas obligatorias en los CA, por el tiempo que subsista la situación fáctica de inequidad, para que la mujer participe en las decisiones empresariales, obtenga autonomía y goce de las mismas oportunidades de empleo que el hombre “porque las desigualdades históricas de las mujeres, exigen cerrar las brechas de género” (Medina 2010) y benefician a las empresas con la inclusión de mujeres capaces, responsables, competentes, honestas con nueva visión de la empresa para contribuir de la mejor manera en la producción de bienes y servicios, en beneficio de los accionistas y de los terceros interesados.

## V. LAS CUOTAS FEMENINAS OBLIGATORIAS EN LOS CA

La cuota femenina ha sido uno de los mecanismos más efectivos para erradicar la desigualdad entre hombres y mujeres y la Comunidad Europea ha sido pionera al establecer, desde 1957, en el Tratado de Roma y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el principio de igualdad de remuneración para el desarrollo de un mismo trabajo y ha

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 789-824.

llevado a cabo un cúmulo de acciones para promover la paridad de género en los CA de las sociedades y romper “el techo de cristal” en los países de la Unión con trascendencia internacional; como las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea relativas a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer en los órganos de decisión (DO L 331, del 19/12/1984); la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión; la nueva estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015); el desafío de marzo de 2011, lanzado por Viviane Reading, Comisaria Europea de Justicia para incrementar progresivamente los porcentajes de presencia femenina (al menos un 30% en 2015 y un 40% en 2020), que no prosperó (Huerta 2012); así como, el Compromiso Estratégico para la Igualdad de Género 2016–2019, un marco de referencia para promover la igualdad de hombres y mujeres, como un objetivo y un indicador para el crecimiento económico (COM 2016) y la propuesta de una directiva encaminada para consejeros independientes, para la creación de un marco europeo para la aplicación de cuotas femeninas de, al menos, el 40% de representación para el 1.º de enero del 2020 en las sociedades no cotizadas y del 1.º de enero de 2018 para las sociedades cotizadas (Díaz Gómez 2015).

Fruto de estos esfuerzos han sido las diversas reformas societarias en las legislaciones de los Estados miembros para imponer cuotas femeninas voluntarias (Suecia, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo y Gran Bretaña, de los primeros países con mayor presencia de *mujeres en consejo*) y obligatorias (Noruega, seguido por Francia, Italia, Alemania y Bélgica que exigió cuota femenina del 30% para hacerse efectiva con el nombramiento de nuevos consejeros cada vez que expire un cargo o hasta alcanzar la cuota), con lo cual se ha favorecido la inserción de las mujeres en los CA.

Francia, entre otros países europeos, impuso a las SA la administración por CA (artículo L225-17, Código de Comercio) integrado con al menos 3 miembros y un máximo de 18, con una representación equilibrada de mujeres y hombres no inferior al 40% en las sociedades cotizadas y en las abiertas con un promedio medio de al menos quinientos trabajadores de base y un volumen de negocios neto o balance general de al menos 50 millones de euros. En el mismo sentido, estableció composición equilibrada de hombres y mujeres en el órgano de vigilancia (Redenius 2011).

Las cuotas obligatorias han favorecido, desde 2016, la participación de la mujer en la cuarta parte de los CA de las sociedades cotizadas euro-

peas, el 16.6% de los CA de las empresas familiares más importantes de Francia, Alemania, Italia y España (Díaz Gómez 2015). En España, en 2017, según el Índice Spencer la participación femenina en sociedades cotizadas alcanzó 31% de los consejeros nombrados aunque presentó una reducción porque algunas compañías fueron excluidas de la Bolsa, otras abandonaron el Índice Spencer (Spencer 2018) y otras más (FCC, OHL y Sacy) fueron sustituidas por otras; lo que de acuerdo con el Informe sobre asambleas generales de accionistas de las sociedades del Ibex 35 había provocado que el número de consejeras se redujera por primera al 20%) de 92 a 90 mujeres (Tápies 2018).

La tendencia en nuestro continente, también va en ascenso; en California, Estados Unidos, se expidió en 2019 la Senate Bill número 826, para obligar a todas las sociedades cotizadas residentes a incluir al menos una consejera en sus CA antes de finalizar ese año, incrementar para finales del 2021 la participación en función del número de miembros y respetar el principio de proporcionalidad conforme el cual, en caso de que haya un consejo integrado con cuatro personas, una de ellas debe ser mujer, si son cinco, deberá haber al menos dos a finales de 2020, si son seis o más, un mínimo tres mujeres. Asimismo, prevé una sanción por incumplimiento de cien mil a trescientos mil dólares. México hasta junio de 2020 no había impuesto cuota femenina en los CA a pesar de que han resultado un instrumento adecuado para avanzar mucho más rápido en la participación de las mujeres en las actividades políticas y económicas.

### 1. *La administración de sociedades en México y la participación femenina en los CA*

La administración de las sociedades mercantiles es fundamental para el cumplimiento de su objeto social, la LGSM señala que las sociedades mercantiles serán administradas por una o varias personas quienes serán los representantes legales de las mismas con todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto social; dicha administración se ejerce por una sola persona o por un conjunto de personas en CA, con facultades legales y estatutarias para adoptar las decisiones sociales, disponer de los recursos de la sociedad, fijar las estrategias, las políticas y los lineamientos (Barrera 1989; Frisch 1982; Garrigues 1981; Mantilla 1996; Malagarriga 1941; Mossa 1940) y en el caso de las no cotizadas para ejecutar los actos

de gestión y operación de la sociedad; por eso, una de las instituciones más sensibles para la paridad de género es el CA de la SA y de la S de RL porque son las principales corporaciones que realizan gran parte de las actividades económicas, de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, son fuentes de empleo y salvo las SAB o disposición legal se constituyen con dos socios únicamente, como se observó en la muestra propia que se hizo sobre los avisos de transmisión de acciones y partes sociales.

La LGSM reconoce siete tipos de sociedades de las cuales a la SA no cotizada y a la cooperativa les impone un sistema de administración dualista, es decir, exige que la dirección y control de las sociedades se realice por dos órganos autónomos, el de administración y el de vigilancia y otorga a sus socios, excepto a los de la SAS, plena libertad para elegir la forma de gobernar a las mismas ya sea colegiada (CA) o individualmente (administrador o gerente general). Otras leyes que regulan actividades especiales de sociedades, como las bursátiles o bancarias, exigen que la administración y control de las sociedades se lleve a cabo por un CA y un director general, en donde el primero es el encargado de aprobar y dictar las estrategias, políticas y lineamientos de la sociedad y de controlar al director general, mientras que éste es el encargado de llevar a cabo la gestión, la representación y la ejecución social (sistema monista) con todos los poderes y facultades de administración y los de dominio que le fija el CA (artículos 24 y 44 LMV). La LMV faculta a los socios de la sociedad anónima promotora de inversión (SAPI) a optar por un CA y un comisario o bien por un CA y un director general como las cotizadas.

Aunque la LGSM no fija el número mínimo y máximo de consejeros para las SA, El Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo expedido por el Consejo Coordinador Empresarial, recomienda como mejor práctica su integración con un mínimo de 3 y un máximo de 15 consejeros y la LMV (artículo 24) lo amplía para las SAB a un máximo de 21 consejeros, de los cuales cuando menos 25% debe ser independiente.

Conforme la LGSM (artículos 20 y 142) puede ser administrador general o consejero de una SA cualquier persona, ya sea accionista o extraño, siempre que esté habilitado para ejercer el comercio y no sea corredor público ni amigo íntimo o pariente del comisario, tampoco se exigen requisitos especiales para el gerente de la S de RL, lo que permite que

formen parte del CA socios o personas ajenas, sin embargo, para las SAB, las SAPI y las sociedades del sistema financiero o de objeto especialmente regulado, se exige un CA y salvo la SAPI, una cuota de consejeros independientes, que no están supeditados a intereses personales, patrimoniales o económicos con la sociedad, sus altos directivos o socios, que están libres de conflictos de interés, y no hayan desempeñado en los últimos doce meses, el cargo de auditor externo de la sociedad o de alguna sociedad del grupo al que pertenezca, y que además cuenten con experiencia, capacidad y prestigio profesional (artículo 26 de la LMV).

Las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores (Circular Única de Emisoras o CUE) fueron reformadas el 11 de agosto de 2017, para “impulsar la diversificación” en los consejos pero a la fecha no imponen cuotas femeninas, únicamente un informe sobre el número de miembros del CA, su nombre, sexo, cargo y composición porcentual y si la sociedad cuenta con alguna política o programa que impulse la inclusión laboral sin distinción de sexo en la composición de sus órganos de gobierno y entre sus empleados (CNBV 2017).

La incorporación obligatoria de cuotas de paridad en la Constitución Política federal, respecto de los puestos públicos de los poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo, y en la Ley de Instituciones de Crédito para los consejos de las instituciones de banca de desarrollo y órganos de los fideicomisos públicos constituidos por el gobierno federal constituyen un punto de referencia y la tendencia hacia la exigencia de cuotas de paridad en la LGSM y la LMV para ser congruentes en la lucha por la igualdad de género sin discriminación fáctica ni avances tortuosos hacia la paridad, como lo muestra la iniciativa de reformas a la LGSM y a la LMV de septiembre de 2016, que pretendía imponer cuota femenina de 1/3 en sociedades administradas por CA que no prosperó (Senado 2016), pero sí sacó ámpulas a propias y extraños.

## 2. La cuota de paridad obligatoria en los CA de sociedades mexicanas

Si bien, en las muestras analizadas para este trabajo, el hallazgo fundamental es la participación femenina en la publicación de las convocatorias, también proporciona datos sobre los CA y la inserción femenina en



ellos con porcentajes superiores al porcentaje de mujeres en sociedades cotizadas (7.18%) (OIT 2019), aunque precaria e inestable; por lo que es necesario imponer cuotas de paridad que permitan avanzar más rápido hacia la igualdad en los puestos del CA reservado de facto de preferencia para hombres, perfil habitualmente buscado por los accionistas que los prefieren por el mero hecho de ser hombres, cuya cooptación les permite proponer y designar internamente a los candidatos, por recomendaciones o redes entre ellos, sin considerar el talento femenino (Díaz García 2012; Mateos 2010), en perjuicio de la sociedad y de los terceros interesados que no aprovechan el talento femenino y de los derechos de la mujer que es discriminada para los altos puestos, como lo fue en el siglo antepasado según se observa cuando el ministro de Justicia e Instrucción Pública en 1887, advertía que la educación de las mujeres no se debía orientar hacia las carreras profesionales para no compartir con ellas “la alta dirección de la inteligencia y de la actividad” (Alvarado 2007).

El Centro de Investigación de la Mujer en la Alta Dirección (CIMAD) ha propuesto un excelente Modelo de Promoción y Permanencia de Talento Femenino (MPPTF) para la participación de las mujeres en los CA con base en tres ejes centrales: la empresa, la mujer y la sociedad, al cual se deben agregar las cuotas femeninas obligatorias porque no basta la buena voluntad de los empresarios, se requiere de la ley, de políticas públicas, programas y otras acciones afirmativas (Bernal 2012) para no esperar que en sesenta años haya paridad de género en los CA, porque incluir mujeres en el consejo también es un negocio en sí mismo.

Una participación con paridad de mujeres en los CA de sociedades no cotizadas, micros, pequeñas, medianas y grandes empresas genera mayor oportunidad y mayor confianza en las empresas, constituye una ventana de experiencia y visibilidad, de actuación y aplicación del talento, permite a las mujeres tener experiencia y acceder más natural y fácilmente a los puestos del CA de las sociedades cotizadas, con independencia de la diversidad que es otro factor de peso hacia la paridad de géneros (Del Brío 2009). Las cuotas de paridad, como medidas transitorias, obligan a insertar mujeres talentosas en los CA, sin que tengan que transitar el sinuoso camino por el que pasaron las primeras consejeras y altas funcionarias públicas o administradoras de justicia, no porque sean mujeres sino porque tienen conocimientos y experiencia. Las cuotas son el mazo que rompe la casa de cristal para que las mujeres accedan a los puestos de consejeras,

porque son igual de talentosas y capaces como los hombres, porque cuentan con otras habilidades y cualidades particulares que abonan en favor de la empresa y de los destinatarios de los bienes y servicios que producen (Spencer 2018).

Las cuotas no desvalorizan el esfuerzo y la capacidad de las mujeres, sino que las visualizan y obligan a los accionistas a echar una mirada hacia el talento femenino, hacia la diversidad, la innovación, la originalidad y la honestidad, a incluir mujeres con perspectiva de género, no a rajatabla, sino porque son capaces y talentosas (Huerta 2017).

La cuota de paridad no busca privilegiar un asiento en el consejo para la estadística, la muestra de un gesto de bondad incluyente de los empresarios, o una certificación de responsabilidad social empresarial; sino un reconocimiento de los derechos humanos, un avance hacia la igualdad de oportunidades, hacia el buen gobierno corporativo y la no discriminación, así como hacia la mujer con méritos, habilidades y conocimientos, en igualdad de condiciones que el hombre (Beltrán y Maquieira 2001; ONU 2013), para contribuir a incrementar el valor de la empresa y el bienestar social, y no por el hecho de ser mujer o formar un segmento vulnerable que necesita asistencia o protección (CNMV 2006), sino porque contribuyen a atender y entender mejor las necesidades de los consumidores, máxime que la decisión de las compras en el mundo en casi todos los ámbitos es mayormente femenina, lo que asegura aprovechar su talento, habilidades y cualidades tanto para producir y vender más bienes y servicios con competitividad como con responsabilidad social empresarial en el sentido de atender dichas necesidades con las decisiones y opiniones de las mujeres (Esteban 2007).

Diversos estudios muestran que cuando hay liderazgos femeninos se gasta más en bienes valorados por las mujeres, hay menos corrupción, se reducen los estereotipos de género, se facilita la mentoría al promover a mujeres capaces y se contribuye a la cultura de igualdad y del reconocimiento a la capacidad y competencia de las mujeres, su participación contribuye al incremento de valor de la empresa (Esteban 2007; ONU-Mujeres 2017).

## VI. TALENTO FEMENINO COMO FACTOR DEL CAMBIO HACIA LA PARIDAD

Desde que en 1887 con la Ley de Instrucción Pública se reconoció expresamente el derecho de la mujer a la educación, muchas mujeres se han preparado en las universidades y han estado capacitadas para administrar negocios y sociedades, y desde hace años representan más de la mitad de los graduados universitarios y de posgrados con talento disponible para las empresas (Rivera 2012), como lo reconoce la Comisión Europea: “se gradúan más mujeres que hombres en las universidades, que el 60% de los licenciados son mujeres, la mujer europea trabajadora superó el 60% de la tasa de empleo, hace un mayor uso de su talento y aprovecha mejor sus competencias” (COM 2012). Para 2016 el número de egresadas de carreras idóneas para la administración de sociedades fue mayor que el de hombres: contabilidad (57%), administración (54%), mercadotecnia y publicidad (52%), y comercio y negocios internacionales (51%).

En México, la educación universitaria en general, conforme el Resumen de la Estadística de Alumnos 2017-2018 del Sistema Nacional de Información de Estadística Educativa de la Secretaría de Educación Pública (SEP 2018), prácticamente hubo igualdad entre hombres (50.4%) y mujeres (49.6%) de licenciatura y en posgrado las mujeres superaron (52%) el porcentaje de hombres (48.0%) con cuatro puntos (SEP 2018); lo que de suyo genera la presunción legal y humana de que hay más mujeres preparadas que hombres para administrar empresas y sociedades y eliminar la discriminación por razón de género que se realiza de facto al estimar erróneamente que los hombres *per se* están capacitados y no requieren demostrarlo mientras que las mujeres deben probar su talento porque “históricamente” carecen de él (Beltrán y Maquieira 2001).

Aunado a lo anterior, hoy por hoy, la *identidad profesional* del consejero contemporáneo se integra no sólo con prestigio y experiencia, sino con conocimientos, ética, honestidad, diligencia, lealtad, innovación, responsabilidad social y legalidad de la que gozan las mujeres, aunque carezcan de prestigio y de experiencia porque no han tenido la oportunidad para lograrlas (Díaz Gómez 2015). La nueva tendencia es incluir otros talentos que se traducen en una doble oportunidad para la participación femenina, por un lado, la contratación de mujeres expertas, talentosas, capaces honestas y honradas que han tenido cargos de altos ejecutivos (ejecutiva

C-Suite o ejecutiva C) y han sido bien calificadas y, por el otro, mujeres que son hábiles, líderes, innovadoras, honestas y honradas, que se identifican con objetivos estratégicos, riesgos empresariales y responsabilidad social y con criterios, conocimientos, culturas y experiencias diferentes, que representan la diversidad como un elemento que contribuye a incrementar el valor de las empresas y que en años recientes son contratadas como nuevas directoras independientes, especialmente afroamericanas, hispanas, latinas o asiáticas (Spencer 2017; 2018).

## VII. CONCLUSIONES

*Primera.* Las cuotas de paridad obligatorias constituyen una intromisión legítima, necesaria, positiva y urgente del Estado en la forma de administración de ciertas sociedades mercantiles, porque su actividad empresarial no es una cuestión meramente privada, sino también de interés general, público y social, en tanto impacta la economía, en la permanencia de empleo, y en la esfera de los derechos humanos como el de igualdad de oportunidades, respecto del cual el Estado no puede permanecer pasivo porque al hacerlo, no sólo discrimina por omisión a las mujeres sino que crea dos clases de mujeres: las de primera clase, con las empleadas y funcionarias públicas a quienes la Constitución federal les garantiza la cuota de género del 50/50 en el empleo público, federal, estatal y municipal, y de segunda clase, con las demás mujeres estereotipadas que laboran en el sector privado llevando a cuestras la casa de cristal.

*Segunda.* El Estado debe regular, proteger y hacer efectivos los derechos de igualdad, especialmente de oportunidades de las mujeres y hombres, para lo cual debe imponer como obligatoria la administración de SA no cotizadas y de S de RL por un CA, porque son las sociedades pluripersonales más utilizadas en México por la limitación de responsabilidad de los socios. Estas sociedades y las cotizadas deben imponer cuotas de paridad en los CA, con umbrales progresivos en los que al menos una tercera parte sean hombres o mujeres durante los primeros cinco años de vigencia y se incremente la cuota a partir del sexto año al 40/60.

*Tercera.* Los empresarios están en libertad para dedicarse a cualquier actividad económica productiva de utilidades, pero deben respetar y asegurar los derechos humanos y la satisfacción de las necesidades de los

consumidores con ética y responsabilidad y el Estado debe intervenir para regular el desarrollo sano de sus empresas por ser el motor fundamental de la economía, por lo que poder ser obligados a incluir mujeres en sus órganos de gestión para que contribuyan en la determinación de los métodos y procesos de los productos, ya que son quienes en mayor medida eligen los bienes y servicios que se compran y conocen las necesidades del público, lo cual es beneficioso para dichos empresarios, porque la inclusión favorece su competitividad, la demanda de sus productos y el cumplimiento de su responsabilidad social.

*Cuarta.* El Estado, mujeres, hombres, los empresarios y los participantes de la economía deben contribuir hacia la paridad de género mediante foros, congresos, conferencias, seminarios, programas de divulgación y preparación y mentorías femeninas, que permitan conocer, identificar, promover y aprovechar el talento femenino hacia los CA que impulsen la capacitación, la experiencia, la formación sólida y la visibilidad de las mujeres que les permita tener experiencia y prestigio en la administración de sociedades para acceder a corto plazo a los puestos más altos de las corporaciones (Barrera 2009).

*Quinta.* El Estado debe llevar a cabo los actos legislativos que correspondan para hacer efectiva la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los CA de las SA y de las SDERL mediante la imposición del sistema de administración colegiada, tal y como la impuso para la SAPI pero con una representación equilibrada de mujeres y hombres no inferior a la tercera parte y a partir del sexto año con paridad del 40/60.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, María de Lourdes y BECERRIL GUZMÁN, Elizabeth. 2007. *Mujeres y educación superior en el México del siglo XIX, arranque de un progreso*. Ciudad de México. UNAM. Centro de Estudios sobre la Universidad-Plaza Valdez.
- ARCHENTI, Nélica y TULA, María Inés. 2014. "Cambios normativos y equidad de género. De las cuotas a la paridad en América Latina: los casos de Bolivia y Ecuador". *Revista América Latina Hoy*, núm. 66.
- Banco Mundial. 2019. *Diagnóstico de género en México*. Banco Mundial. World Bank Group.

- BARBERÁ HEREDIA, Ester, RAMOS LÓPEZ, Amparo y CANDELA AGUILLO, Carlos. 2011. “Laberinto de cristal en el liderazgo de las mujeres”. *Psicothema*, núm. 23. Universidad de Oviedo.
- BARBERÁ RIBERA, Teresa, ESTELLÉS MIGUEL, Sofía y DEMA PÉREZ, Carlos M. 2009. “Obstáculos en la promoción profesional de las mujeres: El techo de cristal”. *XIII Congreso de Ingeniería de Organización Barcelona-Terrassa*, 2-4 de septiembre. <http://adingo.es/congresos/web/uploads/cio/cio2009/133-142.pdf>.
- BARRERA GRAF, Jorge. 1989. *Instituciones de derecho mercantil*. México. Porrúa.
- BATAILLE, Philippe y GASPARD, Françoise. 2000. *Cómo las mujeres cambian la política*. Buenos Aires. Ediciones de la Flor.
- BELTRÁN PEDREIRA, María Elena y MAQUIEIRA D'ANGELO, Virginia. 2001. *Feminismos. Debates teórico contemporáneos*. Madrid. Alianza.
- BERNAL, María del Carmen, MORENO MAYA, Alejandra y TARACENA, Enrique. 2012. *Talento femenino en la dirección en México*. México. IPADE Publishing.
- BRÍO, Esther del. 2009. “Los consejos de administración en las sociedades cotizadas: avanzando en femenino”. *Revista de Estudios Empresariales*, Segunda época, núm. 1, 102-118.
- BURIN, M. 1996. “Género y psicoanálisis: subjetividades femeninas vulnerables”. BURIN, M. y DIO BLEICHMAR, E. (comps.). *Género, psicoanálisis, subjetividad*. Buenos Aires. Paidós.
- BUSTOS ROMERO, O. 2002. “Mujeres rompiendo el techo de cristal: el caso de las universidades”. *OMNIA. Revista de la Coordinación de Estudios de Posgrado*, núm. 41.
- CAMARENA ADAME, María Elena y SAAVEDRA GARCÍA, María Luisa. 2018. “El techo de cristal en México”. *Revista de Estudios de Género La Ventana*, núm. 47: 312-347. [https://www.redalyc.org/jatsRepo/884/88453859009/html/index.html#redalyc\\_88453859009\\_ref35](https://www.redalyc.org/jatsRepo/884/88453859009/html/index.html#redalyc_88453859009_ref35).
- CARREÑO, Manuel Antonio. 1875. *Compendio del manual de urbanidad y buenas maneras*. México.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. 1980. *Derecho mercantil*. México. Porrúa.
- Centro de Investigación de la Mujer en la Alta Dirección. 2013. *Estadísticas sobre mujeres y empresarias en México*. México. [https://www.ipade.mx/wpcontent/uploads/2017/04/Estadisticas\\_sobre\\_mujeres\\_y\\_empresarias\\_en\\_Mexico.pdf](https://www.ipade.mx/wpcontent/uploads/2017/04/Estadisticas_sobre_mujeres_y_empresarias_en_Mexico.pdf).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 789-824.

- Comisión Europea. 2012. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones el equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrado*. COM: 615 final. Bruselas. 14.11.2012, 21. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0615:FIN:ES:PDF>.
- Comisión Europea. 2016. *Strategic Engagement for gender equality 2016-2019, Luxembourg, Publications Office of the European Union*. [https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/ugen/lista\\_documentos/64](https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/ugen/lista_documentos/64).
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2018. *Estudio sobre la igualdad entre mujeres y hombres en materia de puestos y salarios en la administración pública federal 2017 programa de asuntos de la mujer y de igualdad entre mujeres y hombres*. Ciudad de México. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc//informes/especiales/estudio-igualdad-20180206.pdf>.
- Comisión Nacional de Mercado de Valores. 2006. *Código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas*. Madrid. [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo\\_unificado\\_Esp\\_04.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf).
- Deloitte. 2015. *Women in the boardroom. A global perspectiva*, 71. <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/risk/articles/mujeres-consejo.html>.
- Deloitte. 2019. “Los consejos de administración necesitan más mujeres, 6to Estudio de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo”. Programa. <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articles/consejos-de-administracion-con-mujeres.html>.
- Deloitte. 2020. *Mujeres en el consejo de administración*. 6a. ed. <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/risk/articles/mujeres-en-consejos-de-administracion-2019.html>.
- DÍAZ GARCÍA, María Cristina y GONZÁLEZ MORENO, Ángela. 2012. “La cuota de mujeres en los consejos de administración: ¿2015 una utopía?”. *Boletín Económico de ICE*, 3027, 53-61.
- DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, PÉREZ CARRILLO, Elena F. y DÍAZ GÓMEZ, Elicio. 2015. “Equilibrio de género en la pequeña empresa familiar. El papel del protocolo. Estudios sobre el futuro del Código mercantil”. ARROYO VENDRELL, Tatiana *et al.* (coords.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*. Gefate. Universidad Carlos III de Madrid.



- DIJKSTRA, Geske. 2006. "Towards a Fresh Start in Measuring Gender Equality: A Contribution to the Debate". *Journal of Human Development*, 7, (2): 275-283.
- DUMAS, Colette. 1998. "Women's pathways to participation and leadership in the family-owned firm". *Family Business Review*, 11 (3), 219-228.
- DUMAS, Colette, 1989. "Understanding of father-daughter and father-son dyads in family-owned business". *Family Business Review* 2 (1), 31-46.
- EMBID IRUJO, José Miguel. 1998. "Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital". *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales* 153.
- ESCOBAR ANDRAE, Bernardita. 2017. "Mujeres inventoras en Chile hasta el Centenario ¿Particularidades o emprendimiento?". LLORCA-JAÑA, M. y BARRUA TRAVERSO, Diego. *Empresas y empresarios en la historia de Chile: 1810-1930*. Santiago de Chile. Facultad de Administración y Economía. Editorial Universitaria.
- ESCRIBANO GÁMIR, María Cristina. 2015. "El acceso de la mujer a los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles: igualdad de género y poder de decisión en el derecho español". ARROYO VENDRELL, Tatiana *et al.* (coords.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Gefate, Universidad Carlos III de Madrid.
- ESTEBAN SALVADOR, L. 2007. "Consejos de administración y creación de valor: la perspectiva del género". *Revista Española de Financiación y Contabilidad, Universidad de Zaragoza*, XXXVI (135), 645-648.
- FARIÑAS, Dulce María José. 2016. "Desregulación versus (Re)regulación: las aporías del Estado de derecho". Ponencia presentada al *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, sección V: Anomia y Estado de Derecho*, del 26 al 28 de mayo. Universidad de Alicante. <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/DESREGULACION%20VERSUS%20RE.pdf>.
- Foro Económico Mundial. 2018. *The Global gender gap report*. <https://www.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2018>.
- FRISCH PHILIPP, Walter. 1982. *La sociedad anónima mexicana*. México. Porrúa.
- GABALDÓN, Patricia. 2013. *Mujeres en los Consejos de Administración y en la Alta Dirección en España*. Centro de Gobierno Corporativo. IE Business School. [https://directivasdearagon.es/wpcontent/uploads/2014/09/IE\\_2013\\_MUJERES\\_opt.pdf](https://directivasdearagon.es/wpcontent/uploads/2014/09/IE_2013_MUJERES_opt.pdf).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 789-824.

- GABALDÓN, Patricia. 2016. "Searching for Women on Boards: An Analysis from the Supply and Demand Perspective". *Corporate Governance: An International Review*, 24 (3), 371-385.
- 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 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social, Internacional y Comunitario, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (67), 25-61.
- GARRIGUES, Joaquín. 1981. *Curso de derecho mercantil*. México. Porrúa.
- GIRÓN TENA, José. 1989. "La reforma proyectada en España de la sociedad anónima". *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera*, t. I. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/644/26.pdf>.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, J. y SÁNCHEZ BARRIOS, M. 2009. "La participación de la mujer en los consejos de administración de empresas del Ibex-35". *Revista de Humanidades* (16).
- GUYON, Yves. 1999. *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats*. 4a. ed. París. L.G.D.J.
- INEGI. 2014. *Mini monografía. Las mujeres y los hombres en las actividades económicas. Censos Económicos*. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ce/2014/doc/minimonografias/m\\_myhae\\_ce2014.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ce/2014/doc/minimonografias/m_myhae_ce2014.pdf).
- INEGI. 2016. *Encuesta Nacional sobre Productividad y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Enaproce)*. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enaproce/2015/doc/ENAPROCE\\_15.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enaproce/2015/doc/ENAPROCE_15.pdf).
- INEGI. 2019. *Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas 2019. Información para la actualización e incorporación de unidades económicas al DEMUE*, datos a abril de 2019. México. <https://www.inegi.org.mx/rnm/index.php/catalog/477>.
- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM). 2015. *Historia de las mujeres en México*, Secretaría de Educación Pública.
- H. León TOVAR, Soyla 2018. "Los derechos inderogables del accionista en la sociedad anónima como derechos mínimos fundamentales y los derechos instrumentales". *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, año 3, núm 9, julio-octubre. Universidad de Guadalajara. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i9.164>.

- HUERTA VIESCA, María Isabel. 2012. “En torno a la propuesta de directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea”. COM (2012) 614 final, 2012/0299(COD). *Revista de Derecho de Sociedades*, 217-248.
- KLUIVER, Harm-Jan de. 1995. “Europe and the Private Company, an Introduction”. *The European Private Company*. Tilburg. MAKLU.
- LAU JAIVEN, Ana y RODRÍGUEZ BRAVO, Roxana. 2017. “El sufragio femenino y la Constitución de 1917. Una revisión”. *Política y Cultura*, (48), 57-81. México.
- MALAGARRIGA, Carlos. 1951. *Tratado elemental de derecho comercial*, t. I. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. 1996. *Derecho mercantil*. 29a. ed. México. Porrúa.
- MEDINA ESPINO, Adriana. 2010. *La participación política de las mujeres. De las cuotas de género a la paridad Cámara de Diputados*. México. LI Legislatura.
- MATEOS DE CABO, Ruth, GIMENO, Ricardo y ESCOT MANGAS, Lorenzo. 2010. “Discriminación en consejos de administración: análisis e implicaciones económicas”. *Revista de Economía Aplicada*, XVIII (53).
- MOSSA, Lorenzo. 1940. *Derecho mercantil, primera parte*. Traducción Felipe de J. Tena. Argentina. Uthea.
- ONU. 2013. *Objetivos de Desarrollo del Milenio, Informe de 2013*. Nueva York. 60. <http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/mdg-report-2013-spanish.pdf>.
- ONU-MUJERES. 2017. “Hechos y cifras: liderazgo y participación política”. *ONU 1*. <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures>.
- OIT. 2019. *Las mujeres en la gestión empresarial, Argumentos para un cambio*. Ginebra.
- OCARANZA, Claudia. 2019. *La Bolsa Mexicana de Valores, última en igualdad de Género Proyecto Mujeres en la Bolsa de Valores*. <https://www.rindicuentas.org/reportajes/2019/03/08/mexico-el-ultimo-en-la-igualdad-bursatil/>. Véase también <https://mujeresenlabolsa.org/>.
- OSBORNE, Raquel. 2004. “Desigualdad y relaciones de género en las organizaciones: diferencias numéricas, acción positiva y paridad”. *Política y Sociedad* 42 (2): 163-180. <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0505230163A>.

- PAILLUSSESAU, Jean. 1997. "La modernización del derecho de las sociedades comerciales". *Tomo 1997. La Ley*.
- Presidencia de la República. 2013. *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*. México. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/abr/Inmujeres-20190423.pdf>.
- Presidencia de la República. 2019. "Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024". *Diario Oficial de la Federación*, 12 de julio. México. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019).
- REDENIUS-HOEVERMANN, J. y Weber-Rey, D. 2011. "La représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance en France et en Allemagne". *Revue des sociétés*.
- RIVERA P., Martha. 2012. "Contexto actual de la mujer directiva". *Talento femenino en la dirección en México*. México. IPADE Publishing, 31-58.
- ROLDÁN-GARCÍA, Elena, Begoña LEYRA-FATOU y CONTRERAS-MARTÍNEZ, Leticia. 2012. "Segregación laboral y techo de cristal en el trabajo social: análisis del caso español". *Portularia* 12 (2), 43-56.
- SANDOVAL, R. 1994. *Derecho comercial*, t. I, Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- SCJN. 2002. "Acción de inconstitucionalidad 2/2002". Partido Acción Nacional. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.
- SCJN. 2017. "Derecho humano a la igualdad entre el varón y la mujer. Su alcance conforme a lo previsto en el artículo 4o. de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales". Tesis 1a./J. 30/2017. 10a Primera Sala. Décima Época. Jurisprudencia Constitucional. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* 41, 789.
- SMITH, Nina. 2014. "Gender quotas on boards of directors, little evidence that gender quotas for women on boards of directors improve firm performance". *IZA World of Labor*. DOI: 10.15185/izawol.
- SPENCER, Stuart. 2017. *Spencer Stuart U.S. Board Index*. [https://www.spencerstuart.com/~media/ssbi2017/ssbi\\_2017\\_final.pdf?la=en](https://www.spencerstuart.com/~media/ssbi2017/ssbi_2017_final.pdf?la=en).
- SPENCER, Stuart. 2018. "How US Boardrooms are reshaping themselves with fresh skills, qualifications and perspectives". *Spencer Stuart U.S. Board Index*. [https://www.spencerstuart.com/~media/ssbi2017/ssbi\\_2017\\_final.pdf?la=en](https://www.spencerstuart.com/~media/ssbi2017/ssbi_2017_final.pdf?la=en).
- TÁPIES, Josep. 2018. "¿Cuándo llegará la paridad a los consejos de administración?". <https://blog.iese.edu/empresafamiliar/2018/paridad-consejos-administracion>.

- Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito. 2019. “Estereotipo de género. Se actualiza cuando en un juicio de divorcio la mujer reclama alimentos y el cónyuge varón manifiesta que las tareas educativas de los hijos le corresponden a ella por encontrarse en el hogar, por lo que el perjuicio derivado de aquél, debe eliminarse por el juzgador”. TA. Décima Época. TCC. *Gaceta S.J.F* Libro 64, marzo de 2019, t. III, p. 2666, VII.2o.C.169 C (10a.).
- Unión Interparlamentaria y ONU Mujeres. 2017. *Mapa de las mujeres en la política 2017*. <http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2017/4/women-in-politics-2017-map>.
- ZABLUDOVSKY, Gina. 2001. “Ejecutivas en México”. ZABLUDOVSKY, Gina y AVELAR, Sonia. *Empresas y ejecutivas en México y Brasil*. México. Porrúa-UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.
- ZAVALETA SALGADO, Ruth. 2014. “Cuotas de Género, una medida necesaria”. *Letras Libres*, 184: 25-27. <https://www.letraslibres.com/mexico/cuotas-genero-una-medida-necesaria>.

## IX. APÉNDICES

Apéndice A: “Paridad de género obligatoria en los consejos de administración de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada mexicanas”

Primera muestra propia sobre las convocatorias a asambleas generales de socios con números y porcentajes de participación de hombres y mujeres como consejeros, administradores generales o gerentes, comisarios u otro carácter.

Periodo del 1o. al 15 de abril de 2018												
Convocatorias de sociedades a asambleas generales publicadas en el PSM												
Totales: 1188												
Hombres: 967												
Mujeres: 221												
Género	Consejo de administración				Administrador		Comisario		Otros		Totales	
	Presidente		Otro consejero		o gerente		Comisario		otros		H	M
	H	M	H	M	H	M	H	M	H	M	H	M
Por cargo	304	28	379	80	151	44	45	12	89	57	967	221
Porcentaje	91.56	8.44	82.57	27.43	77.435	32.565	79.947	20.053	60.958	39.942	81.397%	18.603
totales	332		459		195		57		146		1188	
Total CA	791											
	H	M	H	M	H	M	H	M	H	M	H	M
Por órgano	683	108	151	44	45	12	89	57	967	221	967	221
Porcentajes	84.34%		15.66%		77.435		20.053		60.958		81.397%	

Fuente: PSM, [www.psm.gob.mx](http://www.psm.gob.mx) y [https://psm.economia.gob.mx/PSM/busqueda\\_resultados.jsf](https://psm.economia.gob.mx/PSM/busqueda_resultados.jsf).

Segunda muestra propia sobre las convocatorias a asambleas generales de socios con números y porcentajes de participación de hombres y mujeres como consejeros, administradores generales o gerentes, comisarios u otro carácter.

Periodo del 1o. de marzo al 15 de abril de 2019																
Convocatorias de sociedades a asambleas generales publicadas en el PSM																
Totales: 3504																
Hombres: 2870																
Mujeres: 634																
Género	Consejo de administración				Administrador general único o gerente				Comisario		Otros		Totales			
	Presidente del consejo		Otro consejero		H		M		H		M		H		M	
cantidad	1012	110	941	144	458	125	253	68	206	187	634	2,870	634			
Porcentaje	90.19	9.81	86.72	13.28	78.55	31.45	78.81	21.19	52.41	47.59	81.90	81.90				
Totales	1122		1085		583		321		393		3504					
Total CA	2207															
Por órgano	H		M		H		M		H		M		H		M	
Porcentajes	1953		124		458		125		253		68		206		187	
	94.39%		5.61%		78.55		31.45		78.81		21.19		52.41		47.59	
	81,90		18,10		81,90		18,10		81,90		18,10		81,90		18,10	

Fuente: PSM, [www.psm.gob.mx](http://www.psm.gob.mx) y <https://psm.economia.gob.mx/PSM/index2.jsf>



## L'ANIMA LAVORISTICA DELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

### *EL ALMA LABORAL DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA ITALIANA\**

Ciro MILIONE\*\*

Santo NAPOLI\*\*\*

RIASSUNTO: La Costituzione italiana rappresenta un unicum dal punto di vista degli ordinamenti passati e vigenti, giacché è la sola a porre a suo fondamento il concetto di “lavoro”. Tale nozione, nell’ottica della Carta, assurge a diritto, dovere e principio di natura costituzionale. Va sottolineato che la relazione di impiego che soggiace a questa stessa nozione è quella che le norme civilistiche definiscono come subordinata. L’intenzione del Costituente era quella di conciliare la subordinazione del lavoratore

RESUMEN: La Constitución italiana representa un unicum desde el punto de vista de la normativa pasada y actual, ya que es la única que pone el concepto de “trabajo” a su fundamento. Esta noción, desde el punto de vista de la Carta, se convierte en un derecho, un deber y un principio constitucional. Cabe destacar que la relación laboral que subyace a este mismo concepto es la que el derecho civil define como subordinada. La intención del Constituyente era conciliar la subordinación del trabajador con la libertad

---

\* Recibido el 13 de marzo de 2020; aprobado el 14 de octubre de 2020.

El presente estudio se enmarca en el ámbito del proyecto I+D “*Desafíos del Proceso de Construcción de un Espacio Europeo de Derechos Fundamentales*” (DER-2017-83779-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad) liderado por la Prof.<sup>a</sup> Ana Carmona Contreras, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.

Quisiéramos agradecer las aportaciones del profesor Agudo Zamora que enriquecen ahora este trabajo y su amable labor de revisión, así como la labor de los evaluadores de la revista.

No obstante, cualquier error, omisión o imprecisión es exclusivamente imputable los autores.

\*\* ORCID: 0000-0002-0470-7498. Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales; responsable del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-372, *Democracia, Pluralismo y Ciudadanía*. Correo: [ciromilione@uco.es](mailto:ciromilione@uco.es).

\*\*\* Doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Correo [santo.napoli@uco.es](mailto:santo.napoli@uco.es).

con la libertà del cittadino. Per questo, la Costituzione introduce dei “contrappesi” volti a tutelare quegli individui che, sprovvisti di mezzi di produzione, per vivere dignitosamente sono vincolati al potere direttivo di un datore di lavoro. Sebbene molte disposizioni costituzionali non siano state pienamente attuate, la Costituzione ha comunque assolto la funzione di migliorare le condizioni dei lavoratori italiani. La globalizzazione e le cicliche recessioni del mercato internazionale hanno messo in crisi l’anima lavoristica della Costituzione, esigendo il sacrificio di numerose garanzie. Nonostante oggi si registrino alcune timide miglorie dei livelli occupazionali, è difficile sperare in una restaurazione completa di quelle stesse tutele di cui hanno goduto generazioni passate di lavoratori italiani.

**Parole chiave:** lavoro, Costituzione, principio, Italia, sciopero.

del ciudadano. Por esta razón, la Constitución introduce “contrapesos” destinados a proteger a los individuos que, sin medios de producción, para vivir dignamente están vinculados al poder de gestión de un empleador. Aunque muchas disposiciones constitucionales no se han aplicado plenamente, la Constitución ha cumplido con su función de mejorar las condiciones de los trabajadores subordinados. La globalización y las recesiones cíclicas del mercado internacional han puesto en crisis el espíritu laborista de la Constitución, lo que ha exigido el sacrificio de numerosas garantías. Aunque hoy en día hay algunas tímidas mejoras en los niveles de empleo, es difícil esperar un restablecimiento completo de las mismas salvaguardias de las que han disfrutado generaciones pasadas de trabajadores italianos.

**Palabras clave:** trabajo, Constitución, principio, Italia, huelga.

*SOMMARIO: I. Premessa. Il lavoro come fondamento costituzionale della Repubblica italiana. II. Il diritto al lavoro: un principio costituzionale, una libertà ma anche un dovere fondamentale. III. Il lavoro come un bene da proteggere. La tutela del lavoro nelle previsioni dell'articolo 35 della Costituzione. IV. Il diritto ad una giusta ed equa retribuzione: orientamenti dottrinali prevalenti intorno all'articolo 36 della Costituzione. V. La tutela del lavoro femminile nelle previsioni del primo comma dell'articolo 37 della Costituzione. VI. La tutela del lavoro minorile alla luce del secondo comma dell'articolo 37 della Costituzione. VII. Il diritto all'assistenza ed alla previdenza del lavoratore ex articolo 38 della Costituzione. VIII. La libertà sindacale nelle previsioni dal primo comma dell'articolo 39 della Costituzione. IX. La contrattazione collettiva prevista dal quarto comma dell'articolo 39 della Costituzione e le nuove forme di contrattazione previste nell'ordinamento giuridico italiano. X. Il diritto di sciopero nelle previsioni dell'articolo 40 della Costituzione. XI. Conclusioni: la portata assiologica dell'articolo 1 della Costituzione, la realtà attuale e le sfide del futuro. XII. Bibliografia.*

## I. PREMESA. IL LAVORO COME FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

La tutela del diritto al lavoro e delle persone lavoratrici costituisce in Italia un tema di estrema attualità. Ciò si deve in parte alle continue e repentine modifiche legislative che sono state introdotte nel corso degli ultimi anni con lo scopo di favorire l'occupazione e di semplificare il mercato del lavoro. Purtroppo tali iniziative si sono, quasi sempre, risolte per gli stessi lavoratori in una limitazione di diritti e in una perdita di alcune garanzie che sembravano indelebili radicate nell'ordinamento, tali da essere considerate nella coscienza collettiva pressoché intangibili.

Anche alla luce di tale situazione di precarietà normativa, la fonte primaria e più certa di tutela in materia lavoristica va ancora oggi rinvenuta nei principi e nei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana, che —nonostante la provocatoria proposta di qualche estroso politico di “ritoccarne” il contenuto eliminandone il riferimento— riconosce nell'articolo 1 un ruolo di assoluta preminenza al lavoro tanto da farne addirittura il fondamento della Repubblica (Giugni 1994, 3 e ss.).

La formula utilizzata dai padri costituenti non si riduce ad una semplice espressione di stile con un carattere meramente definitorio. Il principio lavorista enunciato nel primo comma dell'articolo 1 della Costituzione, non dev'essere interpretato in senso riduttivo, come un mero principio dogmatico —un valore supremo come altri— tutelato a livello costituzionale. Esso, piuttosto evoca una nozione più ampia di quella astratta che sembrerebbe emergere dal dato letterale, in quanto si propone di evidenziare il ruolo essenziale ed infungibile che deve essere riconosciuto alla libera determinazione di ogni soggetto, quale strumento di affermazione della personalità (Mortati 1972, 141 e ss.). L'essenza del fondamento “lavorista” della Costituzione va, quindi, ricercata nella volontà di promuovere e rendere effettiva, attraverso la tutela del lavoro, la realizzazione della libertà e della dignità della persona, nonché la partecipazione di ogni cittadino al soddisfacimento dei bisogni della collettività, con la propria opera ed il proprio contributo.

Come emerge dai lavori dell'Assemblea Costituente, fu questa l'idea ispiratrice che indusse i padri fondatori ad attribuire al lavoro un'importanza così preminente nel modello di società prefigurata dall'articolo 1

della Costituzione.<sup>1</sup> Per tali ragioni, è possibile affermare che il principio lavorista implica anche quello partecipativo: tutti, con il proprio lavoro, devono essere posti in condizione di partecipare e di concorrere allo sviluppo economico ed alla crescita sociale del Paese.

Come vedremo a continuazione, il perseguimento di tale obiettivo resta affidato allo Stato, su cui grava il compito di creare le condizioni atte a favorire la piena occupazione.<sup>2</sup>

## II. IL DIRITTO AL LAVORO: UN PRINCIPIO COSTITUZIONALE, UNA LIBERTÀ MA ANCHE UN DOVERE FONDAMENTALE

L'inserimento del diritto al lavoro tra i principi fondamentali della Costituzione è formalmente sancito dal primo comma dell'articolo 4 della Costituzione, secondo cui "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto". Le previsioni contenute nella norma avrebbero come specifico punto di riferimento il lavoro subordinato e sarebbero funzionali allo scopo di configurare un principio di tutela privilegiata per tale categoria di lavoratori anche in considerazione della posizione di debolezza nella quale, tradizionalmente, questi si trovano nei confronti del datore (Baldassarre 1989, 15).

Si è anche sostenuto che la nozione di lavoro cui allude tale primo comma comprenda, più genericamente, ogni attività relativa alla produzione e allo scambio di beni e servizi (Mazziotti di Celso 1956, 60), per cui il diritto al lavoro riguarderebbe sia l'attività di lavoro subordinato, sia l'attività di lavoro autonomo.

---

<sup>1</sup> Vale la pena ricordare le parole dell'onorevole Basso pronunciate in occasione della seduta del 6 marzo 1947, durante i lavori dell'Assemblea Costituente: "Ed ecco anche il senso del lavoro, inteso come fondamento della Repubblica. Perché noi non facciamo, e non vogliamo fare, una Repubblica di individui, ma vogliamo fare non una Repubblica di individui astratti, una Repubblica di cittadini che abbiano solo una unità giuridica, vogliamo fare la Repubblica, lo Stato in cui ciascuno partecipi attivamente per la propria opera, per la propria partecipazione effettiva, alla vita di tutti. E questa partecipazione, questa attività, questa funzione collettiva, fatta nell'interesse della collettività, è appunto il lavoro; e in questo, penso, il lavoro è il fondamento e la base della Repubblica italiana". Anche dati professionali della Camera dei Deputati, disponibile online su <http://bdp.camera.it/imit/cost/scheda/12?links=P-1D1D2D3D4D5D6D7D8D9D10D11D12D13D14D15D16D17D18D19D20D21D22D23D24D25D26D27D28D29D30D31N1> (consultato il 3 de agosto de 2019).

<sup>2</sup> Corte Costituzionale, 27 de ottobre de 1988, n. 998.

In base ad un'interpretazione ancora più estensiva, la nozione di lavoro utilizzata dai padri costituenti avrebbe invece “portata universale”, nel senso che andrebbe riferita ad ogni attività umana economicamente rilevante, includendo tutte “le diverse forme della ‘vita activa’ (il lavoro subordinato, il lavoro autonomo, il lavoro imprenditoriale, eccetera)”, mediante le quali “si realizza quella saldatura tra realizzazione individuale e riconoscibilità sociale su cui si gioca la capacità di progresso di una comunità” (Nania 2009, 68). Per tali ragioni, resterebbero escluse dalle previsioni di tale precetto il non-lavoro, il parassitismo sociale, la rendita improduttiva, così come la mera speculazione finanziaria (Di Gaspare 2008, 876 e 877).

Per quanto concerne, invece, l'effettiva portata della norma, la dottrina (Crisafulli 1952, 153) è stata concorde nel ritenere che il primo comma dell'articolo 4 della Costituzione abbia carattere meramente programmatico, in quanto di fatto non riconosce un diritto soggettivo perfetto, immediatamente azionabile per il conseguimento o la conservazione di un posto di lavoro, ma assume solo una finalità politico-sociale, consistente nel favorire le condizioni generali che dovrebbero permettere ad ogni cittadino di accedere al mondo del lavoro.

In tal senso, il diritto al lavoro è stato ricondotto, in modo pressoché unanime, nella categoria dei diritti sociali, quindi nell'ambito di quei diritti fondamentali “costituzionalizzati” (Paladin 1991, 663) che impongono all'apparato statale la realizzazione di una serie di prestazioni positive. Si è affermato, pertanto, che dalla norma deriva un dovere di attivazione rivolto ai poteri pubblici, un dovere la cui essenza consisterebbe nella massima promozione dell'occupazione. In tal senso, il precetto costituzionale si tradurrebbe in una pretesa a che vengano create dallo Stato le condizioni per cui ogni cittadino possa svolgere un'attività lavorativa (Sirchia 1963, 524).

Prescindendo da elencazioni meramente esemplificative, va evidenziato che la tutela costituzionale del diritto al lavoro si è andata concretizzando con forme assai mutevoli nel corso degli anni. La crisi occupazionale, anche recentemente, ha reso sempre più necessario un adattamento dei rimedi giuridici, che si sono sempre più evoluti nel senso di una maggiore “flessibilità” delle relazioni lavorali, mediante l'adozione di strumenti intesi a garantire una maggiore efficienza del mercato del lavoro e a migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti in

cerca de una prima ocupación. De consecuencia, si è assistito, da un lato, ad un progressivo svuotamento del ruolo e delle funzioni del sistema del collocamento público, dall'altro, ad una sempre maggiore valorizzazione dell'attività di mediazione privada con l'istituzione di imprese preposte all'attività di collocamento. Nella stessa direzione si pongono le linee di intervento volte a liberalizzare il mercado del lavoro, tra le quali rientra senz'altro quella relativa all'introduzione di ulteriori elementi di flessibilità, attraverso l'ampliamento della possibilità di ricorrere a forme contrattuali diverse dal contratto a tempo pieno ed indeterminato. Tale finalità è stata perseguita sia attraverso l'introduzione di nuovi tipi di contratto di lavoro flessibile (lavoro intermittente, lavoro ripartito, lavoro occasionale, contratto di inserimento), sia attraverso modifiche normative tese ad agevolare e promuovere il ricorso a forme contrattuali già previste, quali il lavoro temporaneo, il contratto part-time e l'apprendistato.

Il diritto al lavoro è stato configurato anche come un diritto di libertà, in particolare la Consulta ha ritenuto che l'articolo 4, comma 1, sancisce il riconoscimento della piena libertà di scelta di un'attività lavorativa o di una professione da parte del lavoratore (Baldassarre 1989, 15) e, al contempo, il dovere dello Stato di astenersi da qualsiasi ingerenza nella scelta e nelle modalità di svolgimento.<sup>3</sup> Non si tratta pertanto di un diritto assoluto ed incondizionato, poiché la sua attuazione rientra sempre e comunque nella piena discrezionalità del Legislatore, al quale è riservata la facoltà di regolarne l'esercizio, anche con l'uso di poteri di controllo, e di imporre restrizioni a tutela di interessi pubblici e di valori primari, quali, ad esempio, l'ambiente, la salute dei cittadini, l'istruzione, eccetera.<sup>4</sup>

Per quanto concerne poi, nello specifico, le garanzie previste in caso di licenziamento, va osservato che la corrente di pensiero, in origine minoritaria, volta a rinvenire nell'articolo 4, primo comma, il fondamento di una disciplina limitativa dei licenziamenti illegittimi o arbitrari (Smuraglia 1958, 143) ha finito per prevalere nel momento in cui la Consulta si è pronunciata sulla legittimità dell'articolo 2118 del Codice Civile (CC) con

<sup>3</sup> Corte Costituzionale, 27 gennaio 1957, n. 3; Corte Costituzionale, 8 aprile 1958, n. 30; Corte Costituzionale, 26 gennaio 1960, n. 2; Corte Costituzionale, 22 giugno 1963, n. 105; Corte Costituzionale ordinanza, 11 marzo 1961, n. 3.

<sup>4</sup> *Ex multis* Corte Costituzionale, 30 luglio 1993, n. 365; Corte Costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 294; Corte Costituzionale, 30 dicembre 1997, n. 466.

la sentenza del 9 giugno de 1965, n. 45.<sup>5</sup> Altra parte della dottrina, invece, ha continuato a leggere l'assunto della Consulta in chiave di strumentalità del diritto al lavoro rispetto all'obiettivo del pieno impiego (Pera 1965, 86). È stato affermato che dall'articolo 4 della Costituzione non discenda un vero e proprio diritto soggettivo del lavoratore alla conservazione del posto,<sup>6</sup> ma solo la necessità per il legislatore di approntare una disciplina che consenta al datore di lavoro di recedere dal rapporto solo in presenza di validi e giustificati motivi, e non per una mera scelta arbitraria (Nogler 2007, 16-18).

Infine, va ancora osservato che la dottrina più tradizionale si è orientata nel senso di riconoscere carattere di piena giuridicità al dovere di lavorare (articolo 4, comma 2 della Costituzione), basti pensare, per esempio, al diritto al mantenimento dei figli maggiorenni da parte dei genitori (Cavino 2018, 11-13). Non va trascurato che avendo ogni cittadino il dovere di lavorare secondo scelta e possibilità, scemi l'imposizione di obblighi specifici.

Va tuttavia ricordato che la relazione fra doverosità e libertà bilanciata dalla normativa costituzionale può essere alterata in casi particolari ovvero essere declinata in forme diverse in relazione a situazioni speciali. Ad esempio, una determinata mansione potrebbe essere imposta dalla deliberazione dello stato di guerra, oppure il legislatore potrebbe istituire un obbligo di lavoro anche in relazione a situazioni che si presentano speciali, nel quadro dei normali rapporti tra autorità e libertà. Quest'ultimo è il caso del lavoro dei detenuti, la cui attività all'interno degli istituti di detenzione per adulti può consistere nello svolgimento di compiti strumentali al

---

<sup>5</sup> La Corte Costituzionale ha chiarito che, in una prospettiva di "progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini", il Legislatore dovesse adeguare "sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro", attraverso l'individuazione di "doverose garanzie" e di "opportuni temperamenti" per i casi in cui "si renda necessario far luogo ai licenziamenti". Tutto ciò pur escludendo che la norma censurata potesse ritenersi costituzionalmente illegittima, in quanto non più espressiva di un principio generale dell'ordinamento, stante la presenza di una contrattazione collettiva e di interventi legislativi settoriali che "a tutela di particolari interessi dei lavoratori" ne avevano già "progressivamente ristretto" la sfera di efficacia, introducendo limitazioni al potere datoriale di recesso ad nutum.

<sup>6</sup> Corte Costituzionale, 14 aprile 1969, n. 81.



funcionamiento delle carceri o alla produzione di beni e/o servizi ulteriori, imposta con finalità rieducativa.

Ulteriore ipotesi di lavoro obbligatorio è quella riguardante le prestazioni di pubblica utilità, cioè quelle prestazioni non retribuite che sostituiscono le pene detentive, come previsto dal secondo comma dell'articolo 54 del Decreto Legislativo (DL) 28 agosto 2000, n. 274 che dispone "Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività" (Cavino 2018, 16).

La difficoltà di rinvenire una specifica disciplina repressiva ha invece indotto altri autori ed escludere che la disposizione del secondo comma dell'articolo 4 della Costituzione possa assumere valore prettamente giuridico (Abbamonte 1954, 102 e 103). In ogni caso, l'esame dell'articolo 4 costituzionale nel suo complesso lascia intravedere una vera e propria simmetria tra il primo e il secondo comma, più che una contrapposizione. In un caso come nell'altro, la norma ha come unico centro di imputazione sempre il cittadino che, pur essendo titolare del diritto a un lavoro, in attesa di poterlo rendere effettivo, non deve porsi in una posizione di mera aspettativa, ma ha il dovere di attivarsi e di svolgere comunque un'attività socialmente utile nei limiti delle sue concrete possibilità.

### III. IL LAVORO COME UN BENE DA PROTEGGERE. LA TUTELA DEL LAVORO NELLE PREVISIONI DELL'ARTICOLO 35 DELLA COSTITUZIONE

Le previsioni dell'articolo 4 della Costituzione trovano diretta ed immediata applicazione nel successivo articolo 35, che introduce il Titolo terzo della Costituzione dedicato ai c.d. "Rapporti economici", stabilendo che "La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni".

Sebbene tale disposizione rappresenti una sorta di completamento concretizzazione dell'articolo 4 della Costituzione, in quanto volta a fissare mezzi e direttive a garanzia dell'effettività del diritto al lavoro (Mortati 1972, 237), la Corte Costituzionale nelle proprie decisioni ha ritenuto, pressoché unanimemente, che tale precetto non riconosce situazioni giuridiche soggettive immediatamente tutelabili. In particolare, secondo un orientamento ormai pacifico della Corte, l'articolo 35 della Costituzione,

collocato in apertura del titolo III, “non vuole determinare i modi e le forme di tutela del lavoro, ma solo enunciare il criterio ispiratore comune alle disposizioni stesse, nelle quali ultime esclusivamente sono poi da ritrovare le specificazioni degli oggetti della tutela voluta accordare”.<sup>7</sup> Tutt'al più l'articolo 35 della Costituzione può assumere rilievo quale “parametro di supporto, affiancato da altri e spesso in posizione di sostanziale subordinazione” (Cirillo 2009, 166).

Muovendo da tale principio, la stessa Corte Costituzionale ha affermato che el articolo 35 Costituzionale presuppone un'attuazione della tutela da parte del legislatore ordinario, attraverso un'attività di normazione che resta connotata da un carattere di discrezionalità,<sup>8</sup> giacchè compete a tale organo politico la scelta e la tipizzazione delle forme di lavoro da tutelare.

La discrezionalità alla quale ci riferiamo ha suscitato una serie di problemi in quanto ai suoi stessi limiti, particolarmente in relazione a certe disposizioni di legge che non consentono di qualificare come “lavoro subordinato” quei rapporti che invece ne abbiano e la natura e le caratteristiche (Montuschi 1993, 21-23). È stato sostenuto che i principi costituzionali sanciti negli articoli 35-40 della Costituzione non sono riferibili esclusivamente al lavoro subordinato (Santoro Passarelli 2009, 50) e che, pertanto, non sarebbe immaginabile che la Consulta abbia voluto imporre una siffatta preclusione al legislatore. Pertanto, va riconosciuta a quest'ultimo la facoltà di affermare la natura subordinata di un rapporto di lavoro, ridimensionandone eventualmente il regime di tutela, o, nello stesso tempo, di negarla, stabilendo specifiche garanzie per i lavoratori, senza che da ciò possano scaturire implicazioni di carattere giuridico (Scognamiglio 2001, 118-120). Del resto, la dottrina prevalente è stata concorde nell'affermare che la tutela accordata dal primo comma dell'articolo 35 della Costituzione, si collega con una dimensione economica del lavoro, intesa come attività umana idonea alla produzione di ricchezza (Treu 1975b, 5). Sicché, sebbene la norma esprima un principio di generale favore per il lavoro subordinato in relazione al quale maggiormente si manifestano le esigenze di tutela, la sua ampia formulazione deve far ritenere

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, 9 marzo 1968, n. 22; Corte Costituzionale ordinanza, 4 maggio 1972, n. 87; Corte Costituzionale, 22 gennaio 2015, n. 1.

<sup>8</sup> Corte Costituzionale, 7 febbraio 2000, n. 49.

che la stessa ricomprenda anche altre forme di lavoro, ivi incluse le attività lavorative autonome e, quindi, i lavoratori parasubordinati, i lavoratori in cooperazione, gli autonomi, gli artigiani, i lavoratori a domicilio, le libere professioni, il lavoro prestato nell'impresa familiare, eccetera.

#### IV. IL DIRITTO AD UNA GIUSTA ED EQUA RETRIBUZIONE: ORIENTAMENTI DOTTRINALI PREVALENTI INTORNO ALL'ARTICOLO 36 DELLA COSTITUZIONE

Il primo comma dell'articolo 36 della Costituzione stabilisce il diritto del lavoratore "ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa", facendo assurgere la retribuzione, da mero elemento accessorio del sinallagma contrattuale (come era configurata dall'articolo 2099 del CC, già nel 1942), al rango di diritto costituzionalmente garantito, con una valenza non solo economica ma anche e soprattutto di carattere sociale.

La norma costituzionale, infatti, pur qualificando la retribuzione come corrispettivo da parametrare alla quantità e alla qualità della prestazione lavorativa, àncora l'istituto ad un concetto di sufficienza volto alla realizzazione della dignità del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali. In effetti, tale obbligazione si configura, oltre che come elemento necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali di vita del lavoratore e della sua famiglia, quale strumento di elevazione personale, sociale e culturale dello stesso.

La concezione costituzionale della retribuzione esula pertanto da un dimensione meramente scambistica tra le parti del rapporto e pone al centro della propria tutela la libertà e la dignità del lavoratore, non tanto e non solo come collaboratore dell'imprenditore, bensì quale persona e quale appartenente alla collettività statale (Natoli 1955, 68 e 69).

Il rapporto esistente tra i criteri della proporzionalità e della sufficienza caratterizzanti l'istituto della retribuzione come delineato dall'articolo 36 della Costituzione ha dato origine a diverse, e molto spesso contrapposte, tendenze interpretative. Secondo l'orientamento prevalente i due elementi della proporzionalità e della sufficienza devono essere considerati autonomi e distinti l'uno dall'altro, per cui sotto il profilo giuridico

bisognerebbe distinguere tra retribuzione intesa come obbligazione-corrispettivo (richiamata dal principio della proporzionalità), e la retribuzione quale obbligazione-sociale (aderente a quello della sufficienza) (Zoppoli 1994, 91 e 92).

L'indirizzo più recente in dottrina propende invece per una nozione unitaria di giusta retribuzione che comprende entrambi i requisiti della proporzionalità e della sufficienza che “operano in maniera congiunta, contestuale e simultanea, cosicché la giusta retribuzione ex articolo 36 non può non essere quella che contemporaneamente e in ogni caso soddisfa entrambi i requisiti” (Bellomo 2002, 79).

Va evidenziato, per altro verso, che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, a far data dalla risalente sentenza della Corte di Cassazione, sezione lavoro (da ora Cass. civ., sez. lav.) 21 febbraio 1952, n. 461 sono oggi concordi nell'affermare che il primo comma dell'articolo 36 della Costituzione è una norma immediatamente precettiva, dotata di generale imperatività e, pertanto, incondizionatamente applicabile a tutti i rapporti di lavoro subordinato anche in mancanza di uno specifico intervento del legislatore ordinario in materia di minimi contrattuali (Pugliatti 1949, 187). Ciò contrariamente a quanto sostenuto dai fautori della tesi della natura programmatica e, dunque, della non diretta applicabilità della norma costituzionale, secondo i quali, invece, il diritto alla giusta retribuzione avrebbe potuto attuarsi solo con un intervento legislativo statale vincolante anche le parti collettive (Napoletano 1951, 217 e 218).

In quanto immediatamente precettiva, la disposizione costituzionale in commento e i principi da essa fissati assumono carattere inderogabile, nel senso che attribuiscono al lavoratore il diritto a vedersi riconosciuta *ope iudicis* la giusta retribuzione. In tal modo, il giudice può essere chiamato a determinare l'importo della retribuzione qualora essa non corrisponda ai parametri di adeguatezza sanciti dal precetto costituzionale. L'intervento giudiziale è stato in origine giustificato facendo riferimento all'articolo 2099 del CC, laddove tale Codice stabilisce che, in mancanza di norme imputabili a contratti collettivi o ad accordi individuali tra le parti, la retribuzione è determinata in via giudiziale. Tuttavia, va notato che, più recentemente, il richiamo a detta norma è andato sempre più scemando sulla base della considerazione che, nella quasi totalità dei casi, il decidente non si trova dinnanzi alla mancata determinazione contrattuale della retribuzione, bensì ad una determinazione inadeguata (Treu 1968, 160-162).

Per quanto concerne, invece, il parametro da assumere dal giudice quale riferimento per la verifica della congruità del trattamento retributivo, si è ritenuto pressoché unanimemente che l'elemento più attendibile sia costituito dal contratto collettivo, in applicazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale risalente agli anni cinquanta.<sup>9</sup>

Per quanto riguarda il contenuto e l'ambito oggettivo di operatività dell'articolo 36 della Costituzione, va comunque precisato che la garanzia apprestata dalla norma costituzionale riguarda esclusivamente il trattamento fondamentale o "il minimo costituzionale", ovvero sia il *quantum* strettamente corrispondente ai connotati della proporzionalità e della sufficienza, con esclusione di ogni indennità o emolumento, nonché di ogni altro trattamento accessorio comunque riconducibile al rapporto sinallagmatico di lavoro che non rientri nella retribuzione minima.<sup>10</sup> Inoltre, si è costantemente affermato in giurisprudenza che dal primo comma dell'articolo 36 della Costituzione non può desumersi un principio generale di parità di trattamento nei rapporti di lavoro, poiché tale norma fissa il criterio della proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione con esclusivo riferimento al singolo rapporto di lavoro ed a prescindere perciò da ogni comparazione intersoggettiva e intercategoriale.<sup>11</sup>

## V. LA TUTELA DEL LAVORO FEMMINILE NELLE PREVISIONI DEL PRIMO COMMA DELL'ARTICOLO 37 DELLA COSTITUZIONE

La Costituzione italiana tutela il lavoro femminile. Il primo comma dell'articolo 37 della Costituzione stabilisce a tal scopo che "La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione".

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. lav., 12 maggio 1951, n. 1184; Cass. civ., sez. lav. 21 febbraio 1952, n. 461.

<sup>10</sup> Come, ad es., i superminimi, i trattamenti *ad personam*, scatti di anzianità, mensilità supplementari oltre la tredicesima. Cfr. in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 18 marzo 2004, n. 5519; Cass. civ., sez. lav., 13 marzo 2002, n. 6878; Cass. civ., sez. unite, 29 maggio 1993, n. 6030.

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. lav., 20 maggio 2004, n. 9643; Cass. civ., sez. lav., 18 agosto 2003, n. 12076; Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2003, n. 7752, eccetera.

La formulazione della norma è il risultato del compromesso raggiunto in seno all'Assemblea Costituente, fra due opposti orientamenti volti a valorizzare, da una parte l'uguaglianza giuridica delle lavoratrici e dall'altra la funzione familiare e materna che la tradizione riservava specialmente alle donne alla fine degli anni quaranta (Ballestrero 1979, 109-123). Nel primo trentennio successivo all'entrata in vigore del citato precetto è prevalsa, sul piano normativo, una certa continuità con la legislazione protettiva. Per tanto, nel rapporto tra parità e tutela è stato dato rilievo a tale secondo aspetto, sulla base della convinzione che il lavoro femminile fosse innanzitutto bisognoso di una tutela specifica, volta a preservare il ruolo che i costumi sociali avevano riservato alla donna come moglie e come madre (Treu 1968, 158).

Una rivalutazione dell'obiettivo egualitario posto dalla prima parte del primo comma dell'articolo 37 della Costituzione emerge soltanto con la Legge (L.) 9 dicembre 1977, n. 903, "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro" (c.d. "Legge sulla parità"). Tale legge fu emanata con una finalità di promozione e di attuazione della parità sostanziale tra uomo e donna, tanto da configurare come una mera eccezione la disciplina protettiva che aveva caratterizzato l'attività normativa previgente. È da interpretare in questo senso, per esempio, la previsione contenuta nell'articolo 1, comma 4, della citata legge che, stabilendo che nessun lavoro può essere inibito alle donne, ha poi previsto una potenziale eccezione a tale principio, attribuendo alla contrattazione collettiva la possibilità di vietare che le donne siano adibite a "mansioni particolarmente pesanti".<sup>12</sup> Un altro caso di eccezionale deroga alla parità era contenuto nell'articolo 5, là dove si contemplava la possibilità di rimuovere o limitare attraverso la contrattazione collettiva, il divieto per le aziende manifatturiere di adibire le donne al lavoro notturno.<sup>13</sup>

Anche in questo caso il principio espresso dalla prima parte del primo comma dell'articolo 37 della Costituzione ha una portata immediatamente

---

<sup>12</sup> Bisogna segnalare che, tale precetto, è poi stato abrogato dal DL 26 marzo 2001, n. 151, "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità", a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53".

<sup>13</sup> Vale la pena ricordare che il divieto di lavoro notturno è stato poi definitivamente eliminato dall'articolo 17 della L. 5 febbraio 1999, n. 25, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee-legge comunitaria 1998".

te precettiva ed è fonte di diritti soggettivi immediatamente azionabili. Gli effetti di tale norma si applicano non soltanto rispetto ai singoli contratti individuali di lavoro, ma anche nei confronti di quei contratti collettivi che contengano clausole contrastanti con il precetto costituzionale. Per ultimo, la giurisprudenza di legittimità,<sup>14</sup> ancor prima della L. 9 dicembre 1977, n. 903, ha consentito di superare il dibattito sul significato da attribuirsi all'espressione "parità di lavoro", chiarendo che deve essere intesa come parità di qualifica e di mansioni e non come parità di rendimento (Ballestrero 1990).

Come segnato precedentemente, la ratio alla base del primo comma dell'articolo 37 della Costituzione è stata quella di promuovere delle condizioni di lavoro che permettessero alla donna di adempiere alla funzione familiare, ed assicurare alla madre ed al bambino un'adeguata protezione. Nonostante ciò, la Costituzione stessa indirizza il Legislatore a rimuovere degli ostacoli, di origine sociale e di radice tradizionale, che impediscono un pieno e paritario inserimento della donna nel mercato del lavoro. Una prima e fondamentale attuazione di tale mandato costituzionale si riscontra nella L. 30 dicembre 1971, n. 1204, "Tutela delle lavoratrici madri", successivamente integrata dagli articoli 5, 6, 7 e 8 della già citata L. 9 dicembre 1977, n. 903 (Treu 1968, 167-172). Il quadro legislativo di attuazione dell'articolo 37 della Costituzione è progressivamente mutato non solo a seguito della "Legge sulla parità", ma soprattutto per effetto dei ripetuti interventi in materia da parte della Corte Costituzionale e del recepimento da parte dello Stato italiano di importanti direttive comunitarie, tra cui vale la pena segnalare la Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, "concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento", e la Direttiva 96/34/CE del Consiglio del 3 giugno 1996, "concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES".

Conseguentemente, l'oggetto della tutela si è ben presto spostato dalla protezione della madre, alla tutela della famiglia e soprattutto dell'interesse del minore ad un'adeguata assistenza da parte di entrambi i genitori,<sup>15</sup> con una ridefinizione dei ruoli e delle responsabilità familiari in un'ottica

<sup>14</sup> Cass. civ., sez. II, 15 luglio 1968, n. 2538.

<sup>15</sup> Corte Costituzionale 15 luglio 1991, n. 341.



unitaria ed un ampliamento della sfera dei diritti riconosciuti al padre lavoratore. L'impianto della disciplina è fondamentalmente mutato con l'attuazione della normativa comunitaria contenuta nella citata Direttiva 96/34/CE.<sup>16</sup> I principi contenuti dalla direttiva sui congedi parentali hanno trovato attuazione nella L. 8 marzo 2000, n. 53, "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città", che ha riconosciuto, per la prima volta, la titolarità diretta in capo al padre dei diritti di paternità. Ciò ha consentito così di superare l'originario limite della fruizione subordinata alla titolarità in capo alla madre e in alternativa a quest'ultima, secondo l'orientamento fino a quel momento prospettato dalla stessa Consulta.<sup>17</sup> In attuazione della delega contenuta nell'articolo 15 della L. 8 marzo 2000, n. 53, è stato successivamente emanato il DL 26 marzo 2001, n. 151, che, attraverso l'introduzione e la disciplina di importanti istituti, ha delineato una nuova regolamentazione sull'organizzazione dei tempi di vita e di lavoro dei genitori, volta a favorire l'affermazione di condizioni di sostanziale parità tra lavoratori e lavoratrici nell'adozione delle proprie scelte personali e professionali. Il percorso evolutivo della tutela della genitorialità è proseguito con la L. 28 giugno 2012, n. 92, "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita"; con il DL 15 giugno 2015, n. 80, "Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183"; e con la L. 22 maggio 2017, n. 81, "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato", con la quale è stata ridisegnata la disciplina del lavoro agile allo scopo di "incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro".

---

<sup>16</sup> Bisogna ricordare che tale normativa è poi stata abrogata dalla Direttiva 2010/18/UE del Consiglio dell'8 marzo 2010, "che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BusinessEurope, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE".

<sup>17</sup> Corte Costituzionale 15 luglio 1991, n. 341.

## VI. LA TUTELA DEL LAVORO MINORILE ALLA LUCE DEL SECONDO COMMA DELL'ARTICOLO 37 DELLA COSTITUZIONE

L'articolo 37 della Costituzione detta importanti principi di tutela anche in materia di lavoro minorile, ispirati dalla necessità, più volte emersa durante i lavori dell'Assemblea Costituente, di garantire una tutela differenziata per il lavoro dei minori rispetto a quello femminile e di introdurre una parità di trattamento retributivo rispetto ai lavoratori adulti.<sup>18</sup> La norma costituzionale demanda innanzitutto al legislatore ordinario il compito di determinare "...il limite minimo di età per il lavoro salariato" (comma 2), stabilendo una riserva di legge chiaramente funzionale allo scopo di conciliare l'ingresso dei minori nel mondo del lavoro con le esigenze di tutela della loro integrità psico-fisica e della loro formazione culturale. Al secondo comma dell'articolo 37 della Costituzione è stata data specifica attuazione con la L. 17 ottobre 1967, n. 977, "Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti" che, nonostante le successive modificazioni,<sup>19</sup> è ancora oggi in vigore.

Con la tale legge, per la prima volta, il Legislatore ha affrontato la tematica della tutela del lavoro minorile separatamente rispetto a quello femminile, abbandonando il principio di assimilazione giuridica dei minori alle donne. Di fatto, l'articolo 1 di tale legge determina che il proprio

---

<sup>18</sup> Così si espresse l'onorevole Corbi durante la seduta antimeridiana dell'Assemblea Costituente del giorno 10 maggio 1947: "...di qui l'urgenza, la necessità di disciplinare e di garantire il lavoro dei giovani, così come si è fatto per gli adulti, così come si è fatto per le donne". Banche dati professionali della Camera dei Deputati, disponibile online su <http://bdp.camera.it/init/cost/scheda/843?links=P27D841D842D843D844D845D846D847D848D849D850D851D852D853D854D855D856D857D858D859D860D861D862D863D864D865D866D867D868D869D870D871N29> (consultato il 6 dicembre 2019).

<sup>19</sup> Apportate dal DL 4 agosto 1999, n. 34, "Attuazione della direttiva 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro"; dal DL 18 agosto 2000, n. 262, "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 345, in materia di protezione dei giovani sul lavoro, a norma dell'articolo 1, comma 4, della legge 24 aprile 1998, n. 128"; dal DL 21 giugno 2013, n. 69, "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"; e, da ultimo, dal DL 15 febbraio 2016, n. 39, "Attuazione della direttiva 2014/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che modifica le direttive 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consiglio e la direttiva 2004/37/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, allo scopo di allinearle al regolamento (CE) n. 1272/2008, relativo alla classificazione, all'etichettatura e all'imballaggio delle sostanze e delle miscele".

ambito di applicazione riguarda i minori di anni diciotto titolari di un contratto o di un rapporto di lavoro. Questo stesso precetto introduce una distinzione fondamentale tra due categorie di minori: il bambino, definito come “il minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all’obbligo scolastico”, e l’adolescente cioè “il minore di età compresa tra i 15 e i 18 anni di età e che non è più soggetto all’obbligo scolastico”. L’articolo 3 fissa l’età minima per l’ammissione al lavoro, facendola coincidere con il “momento in cui il minore ha concluso il periodo di istruzione obbligatoria”, con l’ulteriore precisazione che “comunque non può essere inferiore ai 15 anni compiuti”. La scelta di far coincidere l’età minima di accesso al lavoro con l’assolvimento dell’obbligo di istruzione deve esser interpretata come una sorta di adeguamento automatico —*per relationem*— della predetta normativa rispetto a quanto sancito dal legislatore in materia di obbligo scolastico e formativo (Garofalo 2002, 39-43). In tal senso, l’assolvimento di quest’ultimo obbligo avrebbe effetto anche sull’acquisizione da parte del minore dell’idoneità ad essere titolare di un rapporto di lavoro (la c.d. “capacità giuridica speciale”). Nonostante abbia avuto una portata indiscutibilmente innovativa, la L. 17 ottobre 1967, n. 977, è stata comunque oggetto di non poche critiche, tanto da essere giudicata non sufficientemente in grado di dare attuazione al dettato costituzionale,<sup>20</sup> nella misura in cui trascura o non valorizza adeguatamente l’obiettivo di un’efficace formazione professionale (Treu 1975c, 37).

Un altro importante aspetto che riguarda la tutela del lavoro minorile attiene sicuramente alla capacità di agire, cioè a dire alla capacità di stipulare il contratto di lavoro e di esercitare tutti i diritti e le azioni che ne conseguono. Tale materia è attualmente regolata dalla L. 8 marzo 1975, n. 39, “Attribuzione della maggiore età ai cittadini che hanno compiuto il diciottesimo anno e modificazione di altre norme relative alla capacità

---

<sup>20</sup> Si è ritenuto che la norma abbia perseguito finalità prevalentemente protettive attraverso, ad esempio, la prescrizione di visite mediche preventive e periodiche e l’introduzione di svariati divieti e limitazioni al lavoro. Ad esempio: il divieto di adibire i bambini al lavoro, salvo che per attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario, solo previa autorizzazione della Direzione Territoriale del Lavoro (D.T.L.) e previo assenso scritto dei genitori titolari della potestà genitoriale. Allo stesso modo, la L. 17 ottobre 1967, n. 977 ha introdotto il divieto di adibire gli adolescenti a mansioni che comportino l’esposizione a particolari agenti fisici, biologici e chimici, fatta eccezione per il caso in cui tali attività vengano svolte per motivi didattici e di formazione professionale e dietro preventiva autorizzazione della D.T.L.

di agire e al diritto di elettorato”, che però nulla dispone in merito alla capacità del minore di stipulare autonomamente un contratto di lavoro. Tale lacuna normativa ha portato una parte della dottrina a ritenere che il minore di 18 anni non abbia la capacità di stipulare un contratto di lavoro, ma solo quella secondaria di esercitare i diritti e le azioni che da esso derivano. Pertanto, per il perfezionamento di tale negozio giuridico, si ritiene che debba essere necessariamente sostituito dal proprio rappresentante legale (Suppiej 1982, 206-208) e, nello specifico, dai genitori o dal tutore che, ai sensi di quanto previsto dagli articoli 320 e 357 CC lo rappresentano in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni (Smuraglia 1967, 212-216). Ad avviso di una diversa scuola di pensiero (De Cristofaro 1979, 359-370), invece, la circostanza per cui la L. 8 marzo 1975, n. 39, non contenga un esplicito riferimento alla capacità del minore di stipulare il contratto di lavoro, costituirebbe espressione della volontà del legislatore di realizzare una piena coincidenza tra capacità giuridica speciale (ossia, l'idoneità ad essere titolare di un rapporto di lavoro) e capacità di agire del lavoratore minorenni. Ciò appare in perfetta sintonia con la logica sottesa alla legislazione in materia che, con l'apposizione di limiti di età per l'accesso al lavoro, ha inteso valorizzare l'autonomia e la dignità dei soggetti, non residuando conseguentemente alcun margine per l'intervento dei genitori nella stipulazione del contratto (Mazzotta 2019, 322 e 323). Altri autori, tuttavia, richiamandosi alla regolamentazione fissata per il lavoro marittimo ed aereo, hanno avanzato una tesi intermedia tra le due soluzioni contrapposte sopra evidenziate, sostenendo che debba essere comunque salvaguardata la libertà del minore di scegliere l'occupazione preferita (Miscione 2002, 23).

Per ultimo, bisogna ricordare che il terzo comma dell'articolo 37 della Costituzione sancisce il diritto dei minori alla parità di retribuzione a parità di lavoro rispetto agli altri lavoratori. Sicché in caso di assegnazione di una stessa qualifica e di analoghe mansioni da svolgere, la parità di trattamento retributivo tra il minore e il lavoratore maggiorenne deve realizzarsi in concreto, “indipendentemente dalla valutazione del rispettivo rendimento” (Treu 1980, 453).

## VII. IL DIRITTO ALL'ASSISTENZA ED ALLA PREVIDENZA DEL LAVORATORE EX ARTICOLO 38 DELLA COSTITUZIONE

La Costituzione fissa importanti principi a garanzia dei lavoratori anche nel caso in cui, per cause indipendenti dalla loro volontà, si trovino nell'impossibilità, temporanea o definitiva, di prestare attività lavorative con conseguente privazione della retribuzione. In tal senso, il secondo comma dell'articolo 38 della Costituzione prevede che "I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria".

Accanto alla superiore tutela a carattere previdenziale riferita ai soli lavoratori, lo stesso articolo, al comma 1, in una prospettiva meramente assistenziale, stabilisce che "Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale". Sulla portata della norma sono insorte vivaci dispute teoriche sfociate in due principali correnti di pensiero.

Secondo la prima l'articolo 38 della Costituzione avrebbe segnato il passaggio da un modello mutualistico-assicurativo, proprio della previdenza corporativa, ad un sistema monistico ispirato al principio di sicurezza sociale ed al principio di solidarietà generale (articolo 2 della Costituzione) in virtù del quale sarebbe compito dello Stato garantire condizioni di vita dignitose per ogni cittadino ed il libero sviluppo della sua personalità.<sup>21</sup>

Secondo una diversa lettura interpretativa, i primi due commi del precetto anteriormente citato riguarderebbero due distinte componenti del sistema di sicurezza sociale, aventi diversa natura: da una parte "l'assistenza" che è una forma di intervento rivolto a tutta la collettività, dall'altra "la previdenza" che, al contrario, si pone in stretta correlazione con il

---

<sup>21</sup> In questo senso si espresse l'onorevole MEDI durante la seduta dell'Assemblea Costituente del giorno 6 maggio 1947: "È necessario rimettere l'uomo nella dignità, ridargli nella dignità la libertà, e la libertà nell'ordine; ognuno collabori a far sorgere il senso della solidarietà umana, della carità, della assistenza da tutte le parti....Il dovere è quello di aiutare, di favorire, di venire incontro, di guidare, di promuovere. Anche lo Stato organizzerà la sua opera fondamentale di assistenza e di previdenza; e dall'altro verrà incontro a tutte quelle iniziative sane, corrette, oneste che cercano di raccogliere dalle mani di chi più ha quel bene in eccesso, quel superest che sia dato a coloro che ne abbiano meno". Anche dati professionali della Camera dei Deputati, disponibile online su <http://bdp.camera.it/init/cost/scheda/733?links=P-1D733N9999> (consultato il 15 marzo 2019).

lavoro e costituisce uno strumento di tutela per l'individuo che, involontariamente, si trovi nell'impossibilità di svolgere la propria attività lavorativa e quindi di provvedere a sé e alla sua famiglia.<sup>22</sup>

Inoltre, mentre nel primo caso l'articolo 38 della Costituzione si preoccupa di assicurare a tutti i cittadini il minimo esistenziale per vivere con prestazioni uniformi e di pura sussistenza finanziate dall'intera collettività; nel secondo, il precetto viene a garantire non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari essenziali, bensì i mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori sovvenzionati dagli stessi interessati, con il concorso dei datori di lavoro, attraverso i contributi assicurativi versati durante l'attività lavorativa e l'intervento integrativo dello Stato.

Il secondo comma dell'articolo 38 della Costituzione contiene una serie di mandati che vengono in considerazione per il loro valore giuridicamente imperativo e per la loro natura immediatamente operativa nel nostro ordinamento. In tal senso, la Costituzione attribuisce valore di principio fondamentale al diritto dei lavoratori a che "siano previsti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria". Come la stessa Consulta ha segnalato, i diritti sociali previdenziali assolvono una funzione di tutela e di garanzia delle necessità di vita del lavoratore e della sua famiglia,<sup>23</sup> qualora si verificano eventi specifici idonei ad incidere sulla sua capacità lavorativa e sulla possibilità di produrre reddito. A sottolineare l'importanza di questi principi è stata anche la Corte di Cassazione, segnalando che di tali prestazioni possono fruire anche i lavoratori stranieri extracomunitari adibiti ad attività lavorativa, ed anche coloro che risultino privi di permesso di soggiorno, e ciò su presupposto che il lavoro,

---

<sup>22</sup> La relazione dei lavori della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione indica che, nella seduta del 9 ottobre 1946, l'onorevole Dossetti precisò che "all'affermazione del diritto e del dovere da parte del cittadino di svolgere un'attività, segue quella che garantisce a chi lavora una retribuzione che gli assicuri un'esistenza libera e dignitosa; quindi si tiene conto dell'ipotesi di chi, per cause indipendenti dalla sua volontà, si trova ad un certo momento nell'impossibilità di lavorare e quindi di provvedere a sé e alla famiglia". F. Calzaretti, "La nascita della Costituzione. Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione", disponibile online su <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/038/index.htm?art038-006.htm&2> (consultato il 26 novembre 2019).

<sup>23</sup> Corte Costituzionale 20 luglio 1988, n. 926.

anche da un punto di vista previdenziale, è degno di tutela in tutte le sue forme e applicazioni.<sup>24</sup>

Un'altra fondamentale questione interpretativa attiene alla categoria degli accadimenti ai quali deve riconnettersi la tutela apprestata dalla norma, essendosi contrapposte a tal proposito due diverse linee interpretative. La prima ritiene che l'elenco riportato dal secondo comma dell'articolo 38 della Costituzione sarebbe meramente esemplificativo (Persiani 2012, *passim*); l'altra, basandosi sui lavori della Costituente, riterrebbe l'elenco tassativo e non ampliabile (Andreoni 1986, 726). Vale la pena sottolineare che, in alcune occasioni, il Legislatore ha riformato o abrogato prestazioni previdenziali precedentemente riconosciute, senza incorrere in vizi di legittimità costituzionale. È il caso, per esempio, della pensione di anzianità abrogata con la c.d. "Riforma Fornero-Monti" (L. 22 dicembre 2011, n. 214, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici") per essere sostituita dalla pensione anticipata, riconosciuta al lavoratore sulla base della contribuzione maturata al raggiungimento di un requisito anagrafico più favorevole di quello stabilito per la pensione di vecchiaia.

Per quanto concerne, invece, la misura delle prestazioni, la giurisprudenza costituzionale ha consolidato il principio interpretativo in virtù del quale l'articolo 38 della Costituzione non suppone una necessaria corrispondenza tra tali prestazioni ed i contributi versati dal lavoratore.<sup>25</sup> Inoltre, la stessa Corte Costituzionale ha stabilito che detta norma viene ad assorbire, per alcuni profili, sia l'articolo 35 della Costituzione che l'articolo 36 della Costituzione, che esprimono un criterio generale di adeguatezza e di sufficienza della retribuzione in genere.<sup>26</sup> Come previsto dal quarto comma dell'articolo 38 della Costituzione, il compito di realizzare le fina-

---

<sup>24</sup> Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7380: "Il contratto di lavoro stipulato dal cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è affetto da nullità per illiceità della causa o dell'oggetto, pertanto il lavoratore ha diritto alla tutela giurisdizionale con riferimento ai diritti garantiti dall'articolo 2126 CC. Accertato il diritto alla retribuzione, consegue l'obbligo del datore di lavoro di versare i contributi all'Inps in relazione alle retribuzioni dovute".

<sup>25</sup> Corte Costituzionale 26 luglio 1995, n. 390; Corte Costituzionale 26 maggio 1989, n. 307; Corte Costituzionale 9 dicembre 2005, n. 439.

<sup>26</sup> Corte Costituzionale 30 dicembre 1972, n. 213.



lità perseguite dalla norma spetta ad “organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”. In attuazione di tale principio, il sistema previdenziale italiano è imperniato su una articolata organizzazione costituita da Enti pubblici (tra i quali l’INPS e l’INAIL) e da Istituti di previdenza privata a iscrizione obbligatoria (quali a titolo esemplificativo, le casse di previdenza dei liberi professionisti).

#### VIII. LA LIBERTÀ SINDACALE NELLE PREVISIONI DAL PRIMO COMMA DELL’ARTICOLO 39 DELLA COSTITUZIONE

La Costituzione italiana sancisce il diritto dei lavoratori all’autotutela in forma collettiva dei propri interessi professionali, stabilendo al primo comma dell’articolo 39 della Costituzione che l’organizzazione sindacale deve essere libera.

Secondo quanto affermato in dottrina, tale libertà assume, per un verso, un contenuto positivo in quanto attribuisce ai lavoratori la possibilità di organizzarsi costituendo anche più sindacati per la medesima categoria professionale (c.d. “pluralismo sindacale”) (Santoro Passarelli 2007, 28 e 29) e di scegliere in base alle proprie preferenze quello a cui associarsi. Ma al contempo, questa stessa libertà presenta anche una connotazione negativa che trova esplicazione nella facoltà di decidere di non aderire ad alcuna organizzazione sindacale (Treu 1975a, 205).

Oltre alla libertà di associarsi e/o di organizzarsi, la libertà sindacale ricomprende, come ulteriore fondamentale corollario, anche la libertà di agire sindacalmente, ovverosia la prerogativa per i sindacati di operare in modo autonomo, senza poter essere assoggettati a condizionamenti datoriali, né tanto meno ad ingerenze da parte dello Stato, sia per quel che attiene la loro organizzazione interna, quanto per la loro attività esterna. A tal proposito, si è ritenuto (Prosperetti 1971, 15) che la libertà sindacale assume il carattere non già di libertà politica, bensì di libertà civile, nel senso che i soggetti privati vi rivendicano e vi esercitano una sfera di autonomia rispetto alla quale lo Stato deve astenersi, consentendo l’autoregolamentazione degli interessi nel quadro dell’ordinamento.

Sotto altro profilo, va ancora evidenziato che per una parte della dottrina, la libertà sindacale andrebbe ricondotta alla libertà di associazione prevista dall’articolo 18 della Costituzione (Barile 1966, 212).

Secondo altro orientamento (Flammia 1963, 7-10), invece, la fattispecie sindacale differisce dal fenomeno meramente associativo e può realizzarsi attraverso qualsiasi forma di organizzazione purché idonea a perseguire e a rendere effettiva l'autotutela degli interessi collettivi dei lavoratori.

Un corollario ulteriore della libertà di organizzazione sindacale è dato dalla possibilità di stabilire il tipo di interessi collettivi da tutelare e, quindi, la categoria professionale da organizzare sindacalmente. Le più recenti teorizzazioni tendono a riconoscere efficacia anche ad accordi stipulati, ad esempio, da rappresentanze sindacali anche quando non esista un conferimento esplicito di poteri rappresentativi o quando sia addirittura difficile rinvenire negli statuti sindacali regole precise sulla competenza negoziale. Ciò sarebbe possibile ritenendo che il potere contrattuale del sindacato discenda direttamente dal primo comma dell'articolo 39 della Costituzione e che, pertanto, abbia origine normativa, nel senso che si tratterebbe di un potere assegnato *iure proprio* all'organizzazione (Ferraro 1981, 278-411 *passim*).

#### IX. LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA PREVISTA DAL QUARTO COMMA DELL'ARTICOLO 39 DELLA COSTITUZIONE E LE NUOVE FORME DI CONTRATTAZIONE PREVISTE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Il quarto comma dell'articolo 39 della Costituzione stabilisce che i sindacati registrati hanno la possibilità di stipulare contratti di lavoro *erga omnes*, in relazione alla categoria di lavoratori presa a riferimento. La forma tipica, e in qualche modo privilegiata, di disciplina dei rapporti di lavoro è costituita dal c.d. "contratto collettivo di diritto comune" (Bortone e Curzio 1984, 48).

In quanto espressione di autonomia negoziale, i contratti collettivi di diritto comune non hanno efficacia *erga omnes*, ma sono applicabili esclusivamente agli iscritti alle associazioni stipulanti, in virtù del mandato a contrarre in proprio nome conferito al momento dell'iscrizione.

Tuttavia, la Corte di Cassazione è concorde nel ritenere che il contratto collettivo sia vincolante anche per i soggetti non iscritti ad alcuna organizzazione sindacale che abbiano fatto esplicita adesione alle pattu-

iziones contrattuali (obbligandosi pattiziamente ad applicare il contratto collettivo, anche se non affiliati all'associazione stipulante) o che li abbiano recepiti implicitamente attraverso un comportamento concludente, desumibile da una costante e prolungata applicazione delle relative clausole ai singoli rapporti.<sup>27</sup>

Sul punto va ricordato che, secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale,<sup>28</sup> il trattamento economico previsto dal “contratto collettivo nazionale di lavoro” (CCNL) di settore costituisce l'unico valido parametro ai fini della determinazione della giusta ed equa retribuzione ex articolo 36 della Costituzione (vd. *supra*). Sulla base di tale presupposto si è ritenuto di poter riconoscere ai contratti collettivi efficacia applicativa generalizzata, quanto meno per quanto attiene alla parte economica.

Il contratto collettivo riveste innanzitutto una funzione normativa (Giugni 1988, 7 e 8). Oltre che della parte normativa, avente a riferimento la regolazione del rapporto con il lavoratore, il contratto collettivo si compone anche di una parte c.d. obbligatoria. In essa si trovano le pattuizioni destinate ad instaurare vincoli e pretese in capo ai soggetti collettivi, tra cui rientrano, ad esempio, le clausole di rinvio tra diversi livelli contrattuali, le disposizioni sulle procedure di conciliazione e di arbitrato, quelle in materia di informazione o di consultazione (Persiani 1972, 1989).

In ogni caso, va segnalato che non sono passibili di modifiche peggiorative le previsioni contrattuali che attengono ai “c.d. diritti quesiti”, ovvero a quei diritti che sono già entrati a far parte del patrimonio individuale del lavoratore, per i quali opera un principio di assoluta intangibilità.<sup>29</sup>

Un ulteriore limite alla facoltà di deroga *in peius* riguarda le condizioni di miglior favore derivanti dai “c.d. usi aziendali”, cioè a dire da quei comportamenti reiterati e prolungati adottati, per prassi generalizzata, spontaneamente dal datore di lavoro, quando essi determinino un tratta-

---

<sup>27</sup> Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2001, n. 5596; Cass. civ., sez. lav., 19 marzo 1985, n. 5122; Cass. civ., sez. lav., 27 giugno 1986, n. 4303; Cass. civ., sez. lav., 5 marzo 1992, n. 2664; Cass. civ., sez. lav., 6 novembre 1990, n. 10654; Cass. civ., sez. lav., 8 febbraio 1986, n. 829; Cass. civ., sez. lav., 7 giugno 1984, n. 3440; eccetera.

<sup>28</sup> Corte Costituzionale 1 aprile 2015, n. 51; Cass. civ., sez. lav., 18 marzo 2004, n. 5519; Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 2019, n. 4951; eccetera.

<sup>29</sup> Cass. civ., sez. lav., 29 ottobre 2015, n. 22126; Cass. civ., sez. lav., 3 luglio 2003, n. 16635.

mento più favorevole per i lavoratori rispetto a quello previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva.<sup>30</sup>

Oltre che su scala nazionale, l'attività di contrattazione collettiva si svolge su base territoriale, attraverso la stipula di contratti collettivi a livello aziendale. Sempre sotto il profilo soggettivo, nonostante i pronunciamenti non univoci e le decisioni di senso contrario,<sup>31</sup> negli anni è prevalso in giurisprudenza l'orientamento secondo cui i contratti aziendali assumono efficacia *erga omnes*, risultando vincolanti per tutti i dipendenti del complesso aziendale, compresi quelli non iscritti ai sindacati firmatari, con l'unico limite rappresentato dalla non applicabilità ai lavoratori espressamente dissenzienti.<sup>32</sup>

Per quanto attiene, invece, alla problematica dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, è interessante indicare che tale materia ha conosciuto un'importante evoluzione dottrinale. A fronte di un indirizzo ormai remoto e propenso per la tesi dell'inderogabilità *in peius* del contratto nazionale da parte di quello aziendale (Santoro Passarelli 1961, 253 e 254), a partire dagli anni ottanta si sono via via affermate scuole di pensiero più aperte, tra cui una delle più autorevoli è quella del Ferraro, che hanno ritenuto ammissibile la deroga peggiorativa, a condizione che l'accordo aziendale successivo sia stato stipulato da organizzazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative e solo se lo stesso venga a garantire la facoltà di impugnativa dei singoli lavoratori (Ferraro 1981, 361-375).

Un aspetto di novità in materia è stato introdotto dall'articolo 8 del Decreto Legge (DL) 13 agosto 2011, n. 138<sup>33</sup> relativo alla disciplina della "c.d. contrattazione collettiva di prossimità" e della contrattazione aziendale, con cui è stata prevista la possibilità di stipulare contratti collettivi di lavoro a livello aziendale o territoriale.

La Corte Costituzionale è stata la prima ad essere chiamata a pronunciarsi in ordine alle nuove disposizioni.

<sup>30</sup> Cass. civ., sez. lav., 13 dicembre 2012, n. 22927.

<sup>31</sup> Cass. civ., sez. lav., 24 febbraio 1990, n. 1403.

<sup>32</sup> Cass. civ., sez. lav., 5 febbraio 1993, n. 1438.

<sup>33</sup> Convertito dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari".

Investita del problema, infatti, la Corte Costituzionale, con sentenza 4 ottobre 2012, n. 221, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del primo, secondo e secondo comma bis dell'articolo 8 del citato DL 13 agosto 2011, n. 138, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dal rimettente (la Regione Toscana) la realizzazione di specifiche intese a livello aziendale e/o territoriale che possono operare in deroga alle leggi statali e regionali nonché ai contratti collettivi nazionali, non può considerarsi lesivo delle norme costituzionali che demarcano la competenza fra Stato e regioni.<sup>34</sup>

Sotto altro non meno rilevante profilo, risulta ormai pacificamente acclarata l'inderogabilità *in peius* del contratto collettivo da parte di quello individuale di lavoro (Bortone e Curzio 1984, 81-84). Tale impossibilità di deroga *in peius* è stata sancita sulla base delle previsioni dell'articolo 2077 del CC, in modo che la comparazione fra il trattamento dell'accordo individuale e di quello risultante dai contratti collettivi deve avere luogo sulla base di parametri oggettivi e non di valutazioni soggettive, e deve essere sempre finalizzato a garantire al lavoratore l'applicazione del trattamento a lui più favorevole.<sup>35</sup>

Queste stesse regole valgono per ciò che riguarda i rapporti tra legge e contratto collettivo, in quanto anche le situazioni di conflitto tra queste due fonti sono regolamentate dal principio della prevalenza del trattamento più favorevole al lavoratore. Sicché, pur non potendosi mettere in discussione il primato della norma parlamentaria, in caso di conflitto tra norma imperativa di legge e norma collettiva deve essere la prima a prevalere, a meno che la deroga collettiva non sia più favorevole per il lavoratore.<sup>36</sup>

Va comunque notato che, a causa del recente recessivo dell'economía, si è sempre più andata diffondendo una diversa disciplina dei rapporti tra legge e contratto collettivo. Così è avvenuto per effetto della c.d. "legislazione dell'emergenza" di cui al secondo comma dell'articolo 8 del DL 13 agosto 2011, n. 138, norma che ha concesso ai sindacati veri e propri po-

<sup>34</sup> Corte Costituzionale, 4 ottobre 2012, n. 221.

<sup>35</sup> Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 1987, n. 5259; Cass. civ., sez. lav., 15 gennaio 1986, n. 188; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 1984, n. 1674; Cass. civ., sez. lav., 4 novembre 1986, n. 2042.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. lav., 3 aprile 1996, n. 3092.

teri di deroga *in peius* a norme, considerate fino ad allora, inderogabili.<sup>37</sup> Si tratta infatti di materie che riguardano l'organizzazione del lavoro e la produzione, le mansioni del lavoratore, la classificazione e l'inquadramento del personale, i contratti a termine, i contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, il regime nella solidarietà negli appalti e i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro, la disciplina dell'orario di lavoro, le modalità di assunzione e la disciplina del rapporto di lavoro, la trasformazione e conversione dei rapporti di lavoro, le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, etc. Si tratta, dunque, di materie che rappresentano certamente una parte non indifferente di quanto previsto, normalmente, dal comune dispiegarsi delle relazioni industriali fra datori e lavoratori.

#### X. IL DIRITTO DI SCIOPERO NELLE PREVISIONI DELL'ARTICOLO 40 DELLA COSTITUZIONE

Oltre alla libertà sindacale, un altro fondamentale strumento di autotutela degli interessi dei lavoratori è costituito dallo sciopero sancito come diritto dall'articolo 40 della Costituzione, norma che permette il suo esercizio "nell'ambito delle leggi che lo regolano".

Per definizione, lo sciopero consiste in un'astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse collettivo.<sup>38</sup> Ad esso è possibile ricorrere per far valere rivendicazioni contrattuali dirette a modificare —in senso migliorativo— le condizioni di lavoro esistenti e, quindi, quale strumento di risoluzione dei conflitti di lavoro (c.d. "sciopero economico a fini contrattuali").<sup>39</sup>

Si è conseguentemente affermato che il datore di lavoro è costretto a subire lo sciopero anche quando nulla può fare per evitarlo, come quando, per esempio, esso è rivolto al perseguimento di interessi di rango costituzionale che esulano dalla disponibilità del datore di lavoro stesso (Ghezzi e Romagnoli 1997, 219 e 220).

Oltre che per ragioni di carattere economico-contrattuale, le astensioni dal lavoro possono essere proclamate anche in funzione meramente

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. lav., 18 febbraio 1997, n. 1997.

<sup>38</sup> Corte Cost. 28 dicembre 1962, n. 123; Corte Costituzionale 14 gennaio 1974, n. 1; eccetera.

<sup>39</sup> Corte Costituzionale 14 gennaio 1974, n. 1.

política (c.d. “sciopero político”). In merito a tale forma di sciopero si è assistito ad una progressiva evoluzione giurisprudenziale, da un indirizzo restrittivo ad uno più in linea con il *favor libertatis*. In un principio, infatti, si ammetteva la possibilità di perseguire penalmente lo sciopero effettuato “allo scopo di ottenere provvedimenti che attengano all’indirizzo generale del Governo”, ancorché l’astensione dal lavoro non avesse “alcun collegamento con l’ipotesi dell’articolo 40”.<sup>40</sup> In un secondo momento, invece, si è affermato un orientamento che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice: concretamente, l’articolo 503 Codice Penale. La norma in questione è stata considerata lesiva non del diritto di sciopero garantito dall’articolo 40 della Costituzione, bensì della libertà di sciopero considerata quale strumento “idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al comma 2, dell’articolo 3 della Costituzione”,<sup>41</sup> rilevando pertanto che lo sciopero costituisce uno “strumento tipicamente democratico” che permette “al lavoratore una attiva partecipazione alla vita nazionale”.<sup>42</sup>

Riguardo alla distinzione tra diritto e libertà di sciopero imposta dal rinnovato quadro interpretativo, la stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che solo lo sciopero, in quanto diritto tutelato dall’articolo 40 della Costituzione, non è idoneo a produrre conseguenze sul piano civilistico, non potendo essere addotto come “legittima causa giustificatrice di licenziamento o di altre misure previste dalla disciplina del rapporto di lavoro”.

Per ciò che concerne, invece, la semplice libertà di sciopero, anche se essa “non può essere penalmente compressa se non a tutela di interessi che abbiano rilievo costituzionale”, resta comunque un inadempimento contrattuale “conservando ogni rilevanza nell’ambito della disciplina del rapporto di lavoro”,<sup>43</sup> così da rendere il lavoratore passibile di sanzioni disciplinari.

In attuazione del principio sinallagmatico di corresponsività delle prestazioni che sta alla base del rapporto di lavoro, lo sciopero ha come effet-

---

<sup>40</sup> Corte Costituzionale 28 dicembre 1962, n. 123; Corte Costituzionale 14 gennaio 1974, n. 1.

<sup>41</sup> Corte Costituzionale 27 dicembre 1974, n. 290.

<sup>42</sup> Corte Costituzionale 13 giugno 1983, n. 165.

<sup>43</sup> Corte Costituzionale 27 dicembre 1974, n. 290.



to la perdita della retribuzione per il lavoratore (Giugni 2006, 218 e 219), anche per le corrispondenti quote di tredicesima mensilità,<sup>44</sup> di ferie,<sup>45</sup> di festività e di riposi settimanali.<sup>46</sup> Allo stesso modo, al datore di lavoro è data facoltà di far fronte all'assenza dei lavoratori scioperanti con quelli non aderenti all'astensione (c.d. "crumiraggio"), senza che tale iniziativa possa considerarsi comportamento illegittimo o antisindacale (Carinci *et al.* 2002, 494 e 495), con il solo limite di non poter adibire tali lavoratori a mansioni inferiori o diverse.<sup>47</sup>

Pur tenendo conto dei principi fissati dalla Consulta, la prevalente dottrina (Ghezzi e Romagnoli 1997, 222-224) si è dimostrata esitante sulla possibilità di escludere lo sciopero politico dall'alveo applicativo dell'articolo 40 della Costituzione. Secondo alcuni autori, infatti, anche tale tipologia di astensione dal lavoro viene tutelata come diritto a seguito dell'entrata in vigore del settimo comma dell'articolo 2 della L. 12 giugno 1990, n. 146, "Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge". In effetti, tale norma, esentando dall'obbligo del preavviso solo gli scioperi in difesa dell'ordine costituzionale, "pone lo sciopero politico sul medesimo piano sul quale si svolgono tutti gli altri tipi di sciopero anche per quel che riguarda la dinamica del rapporto di lavoro" (*Ibidem*, 215). D'altra parte, vale la pena ricordare che anche la Corte di Cassazione si è espressa nel senso della liceità civile dello sciopero politico.<sup>48</sup>

Non sono sorte, invece, particolari questioni esegetiche con riferimento al c.d. "sciopero di solidarietà", ovvero sia l'astensione dal lavoro attuata con il solo scopo di sostenere le rivendicazioni di altri lavoratori. La Consulta, infatti, è stata propensa a fare rientrare tale forma di lotta sindacale nella sfera di tutela prevista dall'articolo 40 della Costituzione.<sup>49</sup> L'unico motivo di dibattito è stato costituito dal fatto che tale forma di sciopero è considerata come un fatto penalmente rilevante alla luce di quanto stabi-

<sup>44</sup> Cass. civ., sez. lav., 26 maggio 2001, n. 7196.

<sup>45</sup> Cass. civ., sez. lav., 15 febbraio 1985, n. 1315.

<sup>46</sup> Cass. civ., sez. lav., 16 settembre 2016, n. 18195.

<sup>47</sup> Cass. civ., sez. lav., 6 agosto 2012, n. 14157; Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 2009, n. 12811; eccetera.

<sup>48</sup> Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2004, n. 16515.

<sup>49</sup> Corte Costituzionale 28 dicembre 1962, n. 123.

lito dall'articolo 505 del Codice Penale. Tale norma non è stata oggetto di pronuncia di incostituzionalità, in quanto con la stessa Corte Costituzionale (sentenza 28 dicembre 1962, n. 123), esprimendosi in merito, in via interpretativa, ha rimesso al giudice ordinario il dovere di verificare la sussistenza, nei singoli casi concreti, dei presupposti per la tutela dello sciopero, avuto riguardo alla specie e al grado del collegamento esistente “tra gli interessi economici di cui si invoca la soddisfazione”.

Va ricordato che anche l'articolo 40 della Costituzione è dotato di immediata precettività. La mancata emanazione da parte del legislatore delle norme che avrebbero dovuto segnare i limiti e le modalità di esercizio del diritto di sciopero ha determinato tuttavia un vuoto normativo a cui, fino all'emanazione della sopra richiamata L. 12 giugno 1990, n. 146, ha supplito la Consulta.<sup>50</sup> A tal fine, la Corte Costituzionale si è avvalsa della tecnica delle sentenze interpretative, di rigetto o di accoglimento, procedendo ad un'attenta selezione tra le disposizioni penali da abrogare in quanto ancora strettamente collegate al regime repressivo dell'ordinamento corporativo e quelle da preservare, seppure con l'apporto di opportune modifiche, in quanto finalizzate alla tutela di interessi ancora preminenti nell'attuale ordinamento (Perone 1978, 364). Conseguentemente, già prima dell'entrata in vigore della L. 12 giugno 1990, n. 146,<sup>51</sup> la Consulta ha considerato meritevoli di tutela, di fronte ad un esercizio indiscriminato del diritto di sciopero, tutta una serie di beni e di interessi di preminente rilievo costituzionale, tra i quali la conservazione “dell'integrità fisica e della vita delle persone”,<sup>52</sup> la “libertà di lavoro di chi non aderisce allo sciopero”,<sup>53</sup> l'esclusione di “ogni violenza”,<sup>54</sup> la “sicurezza pubblica”<sup>55</sup> e la “sicurezza verso l'esterno”.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> Corte Costituzionale 17 marzo 1969, n. 31.

<sup>51</sup> Successivamente integrata e modificata dalla L. 11 aprile 2000, n. 83, “Modifiche ed integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati”.

<sup>52</sup> Corte Costituzionale, 28 dicembre 1962, n. 124.

<sup>53</sup> Corte Costituzionale, 17 marzo 1969, n. 31; Corte Costituzionale 27 dicembre 1974, n. 290; eccetera.

<sup>54</sup> Corte Costituzionale, 27 dicembre 1974, n. 290.

<sup>55</sup> Corte Costituzionale, 4 gennaio 1977, n. 4.

<sup>56</sup> Corte Costituzionale, 17 marzo 1969, n. 31.

## XI. CONCLUSIONI: LA PORTATA ASSIOLOGICA DELL'ARTICOLO 1 DELLA COSTITUZIONE, LA REALTÀ ATTUALE E LE SFIDE DEL FUTURO

È senza dubbio rilevante che la Costituzione italiana abbia posto a proprio fondamento il lavoro. È in questa singolarità che si cela la profonda portata assiologica e dogmatica del precetto che apre l'articolato costituzionale stabilendo che “L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro”.

È importante ricordare che le norme costituzionali non vanno interpretate come elementi a sé stanti. Eppure, l'analisi giurisprudenziale ha messo in evidenza che il sistema ermeneutico, soventemente applicato in sede giurisdizionale, tende a considerare ogni disposizione costituzionale come una monade, come un elemento svincolato dal resto dei precetti fondamentali. Ciò purtroppo ha spesso provocato che le questioni attinenti alle relazioni normative esistenti nel testo costituzionale, rimanessero sullo sfondo e che si trascurasse, pertanto, quella visione d'insieme della Costituzione che è fondamentale per una corretta comprensione degli obiettivi descritti dalla stessa. Questo ha determinato un restringimento dell'orizzonte problematico che, inevitabilmente, ha riguardato il collegamento esistente tra il principio di cui all'articolo 1 della Costituzione, le altre disposizioni relative ai principi fondamentali ad esso riconducibili ed i restanti precetti costituzionali dedicati ai rapporti economici (Di Gaspare 2008, 864).

Il lavoro è, indubbiamente, l'adempimento di un dovere civico. Esso si esercita attraverso lo svolgimento di un'attività umana che non soltanto serve a soddisfare esigenze di natura individuale, ma viene a concorrere al progresso della società civile nel suo insieme. Per tali ragioni la nozione stessa di lavoro assurge a quella di autentico principio di portata costituzionale (*Ibidem*, 867), tenendo in considerazione quella definizione di “principio” che lo stesso Zagrebelsky (2008) dà, affermando che “Il principio [...] è qualcosa che deve principiare, cioè un bene iniziale che chiede di realizzarsi attraverso attività che prendono da esso avvio e si sviluppano di conseguenza”.

A tutto ciò va aggiunto che il libero svolgimento della personalità, la meta stessa verso cui indirizzare il proprio destino come individui e membri di una collettività, costituiscono aspetti interconnessi con la nozione

di lavoro e con la tutela che la Costituzione stabilisce per questo diritto, dovere e principio fondamentale.

Se una delle funzioni più alte di una Costituzione democratica è quella di permettere, attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali e dei diritti sociali, che ogni cittadino si incontri in condizione di “fare, di essere e di potere”, la tutela del diritto al lavoro e la sua efficace realizzazione concorrono alla consecuzione di queste mete ambite.

In questo senso, il lavoro costituisce una delle manifestazioni più chiare del principio di cittadinanza ed è esso stesso un obiettivo primordiale dell’azione politica e di governo (Cavino 2018, 33). Si badi bene che il concetto di cittadinanza che qui evochiamo non è quello di radice liberale che contrappone colui che gode pienamente dei diritti civili e politici, a colui che, essendo straniero, non versa in tali condizioni. Il concetto di cittadinanza che si riconnetta alla nozione di lavoro è sicuramente più ampio. È quello che evoca un’idea di appartenenza ad un progetto comune nel quale si crede e si partecipa con il proprio impegno, le proprie capacità, la propria motivazione, in una parola, con il proprio lavoro. Si tratta di una collaborazione che trascende e va al di là della nazionalità e delle singolarità, e che conduce ogni individuo a sentirsi parte di un tutto, a condividere un destino comune come lo stesso Calamandrei evocava nel suo celebre “Discorso sulla Costituzione” del 26 gennaio de 1955.

La Costituzione protegge il lavoro perchè descrive un meccanismo di sviluppo che nasce dal lavoro stesso. Per queste ragioni, la tutela di questo bene giuridico richiede l’esistenza di meccanismi legali che servano ad impedire che gli agenti politici, sociali, economici, pubblici o privati possano svilirlo, privarlo di dignità o degradarlo.

In un certo senso il lavoro è dignità e la dignità è lavoro (Bidart Campos 2005, 189).

Così, attraverso l’analisi svolto nelle pagine precedenti, si è cercato di rendere evidente che queste due nozioni sono indissolubilmente legate l’una all’altra. In base a ciò possono essere spiegate le numerose garanzie che la Costituzione italiana descrive per la protezione del lavoro, poichè tutelare quest’aspetto della vita umana, implica irrimediabilmente proteggere anche quel valore superiore dell’ordinamento giuridico che il testo fondamentale della Repubblica riconosce nell’articolo 3: “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale”.

Pertanto, la mancanza del lavoro o anche una sua scarsa qualità, possono comportare —e troppo spesso comportano— effetti marginalizzanti e di esclusione sociale.

Purtroppo, non sempre un impiego retribuito è preludio di quell'integrazione sociale che la Costituzione desidera, nè consente a chi lo svolge il raggiungimento di un livello di benessere economico ed esistenziale sufficiente alla luce degli standard richiesti dalla nostra legge fondamentale. L'azione di un mercato senza regole e la politica sottomessa alle logiche di quest'ultimo hanno fortemente inciso sui diritti costituzionali e svilito in particolare la portata dell'articolo 1 della Costituzione.

I lavoratori, troppo spesso svalutati, sono soggetti possono trovarsi in uno stato concorrenza reciproca per l'ottenimento di una retribuzione che solo lontanamente si mostra conforme ai requisiti stabiliti dall'articolo 36 della Costituzione. La precarietà dei rapporti di lavoro sta facendo perdere il senso di quella solidarietà di classe che fa eco alla libertà sindacale di cui all'articolo 40 della Costituzione. Il lavoratore va perdendo quel senso di appartenenza che ha portato alle celebri conquiste giuslavoristiche che si produssero in Italia fra gli anni sessanta e settanta. L'espressione “disposable worker”, “lavoratore usa e getta” in una traduzione che vorrebbe cercare di renderne l'idea, è una formula che in Italia va, inesorabilmente, acquisendo una ragione di esistere. Ciò si deve al fatto che con essa si indica quella categoria di lavoratori che pur avendo anni di esperienza alle loro spalle, una volta perso il loro lavoro per cause ad essi non imputabili, sono incapaci di trovare altrove un impiego comparabile (O'Flaim e Sehgal 1985), o coloro che sono impiegati in lavori a tempo parziale o per agenzie di lavoro interinale o che sono obbligati all'autoimpiego (Gordon 1996).

L'Italia continua a registrare livelli di occupazione tra i più bassi del panorama europeo. È sufficiente pensare che, le statistiche di Eurostat che descrivono tali livelli relativi al terzo trimestre del 2019, collocano il nostro paese al quint'ultimo posto (subito dopo il Montenegro, la Grecia, la Macedonia del nord e la Turchia), con quasi un 55% di occupati a livello nazionale (Eurostat 2020).

Ed anche se i dati dell'Osservatorio del Precariato, relativi a novembre 2019, descrivono un aumento dei contratti a tempo indeterminato (+383.000 rispetto allo stesso periodo nel 2018) ed un decremento dei contratti a tempo determinato (-257.000 nello stesso arco temporale), è

vero anche che i c.d. “contratti di prestazione occasionale” si mantengono sugli stessi livelli dell’anno anteriore e che “l’importo mensile lordo della loro remunerazione effettiva risulta pari a 233 euro” (INPS 2019).

I dati economici attuali fanno sperare in un lento recupero dell’economia nazionale e, dunque, in un incremento dei livelli occupazionali. Tuttavia è ingenuo pensare che quel patrimonio di diritti, garanzie e tutele che hanno accompagnato i lavoratori italiani fino a quasi un decennio fa, possa essere recuperato nel breve termine.

È lecito aver dubbi circa un ritorno al passato, soprattutto quando si è dimostrato di non aver appreso la lezione che Rodotà ha voluto trasmetterci con queste parole: “i diritti non sono mai acquisiti una volta per tutte. Sono sempre insidiati, a rischio. La loro non è mai una vicenda pacificata” (2012, 31 e 32).

Ciò che è auspicabile è che la nostra coscienza civile sia capace di spingere il Legislatore a dare nuova vita alle politiche di piena occupazione, di un’occupazione di qualità che può essere ottenuta solo ripristinando quelle tutele che la crisi economica mondiale ha impietosamente eroso.

## XII. BIBLIOGRAFIA

- GIUGNI, Gino. 1994. *Fondata sul lavoro?* Bologna. Ediesse.
- ABBAMONTE, Giuseppe. 1954. “Osservazioni sul diritto al lavoro”. *Rassegna di Diritto Pubblico* 1.
- ANDREONI, Amos. 1986. “Assistenza, mutualità e terza via”. *Giustizia Costituzionale* 4, 725-32.
- BALDASSARRE, Antonio. 1989. “Doveri sociali”. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 9. Roma. Ed. Treccani.
- BALLESTRERO, Maria Vittoria. 1979. *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Bologna. Il Mulino.
- BALLESTRERO, Maria Vittoria. 1990. *Donne (lavoro delle)*. Turin. Utet.
- BARILE, Paolo. 1966. *Libertà nella Costituzione*. Padua. Cedam.
- BELLOMO, Stefano. 2002. *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*. Turin. Giappichelli.
- BIDART CAMPOS, Germán. 2005. *Manual de la Constitución reformada*, vol. 2. Buenos Aires. EDIAR Sociedad Anónima Editora.
- BORTONE, Roberta e CURZIO, Pietro. 1984. *Il contratto collettivo*. Turin. Utet.

- CARINCI, Franco, RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, TOSI, Paolo e TREU, Tiziano. 2002. *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale*. 4a. Ed. Turin. UTET.
- CAVINO, Massimo. 2018. “Il diritto-dovere al lavoro”. *Gruppo di Pisa. La rivista* 3, 1-33.
- CIRILLO, Francesco Maria. 2009. “Sub Art. 35”. *Diritto del lavoro*, vol. 1, a cura di Giovanni Amoroso, Vincenzo di Cerbo e Arturo Maresca. Milán. Giuffrè Ed.
- CRISAFULLI, Vezio. 1952. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milán Giuffrè Ed.
- DE CRISTOFARO, Marcello. 1979. “Minore età e contratto di lavoro”. *Rivista di Diritto Civile* 3, 335-92.
- DI GASPARE, Giuseppe. 2008. “Il lavoro quale fondamento della Repubblica”. *Diritto Pubblico* 3, 863-97.
- EUROSTAT. 2020. Employment rates by sex, age and citizenship. [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsq\\_ergan&lang=en](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsq_ergan&lang=en) (4 gennaio 2020).
- FERRARO, Giuseppe. 1981. *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*. Padua. Cedam.
- FLAMMIA, Rosario. 1963. *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*. Milán. Giuffrè Ed.
- GAROFALO, Domenico. 2002. “Minori e formazione professionale”. MISCIONE, Michele (coord.). *Il lavoro dei minori*. Milán. Ipsoa.
- GHEZZI, Giorgio e ROMAGNOLI, Umberto. 1997. *Il diritto sindacale*. Bologna. Zanichelli.
- GIUGNI, Gino. 1988. “Contratti collettivi di lavoro”. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 8. Roma. Treccani.
- GIUGNI, Gino. 2006. *Diritto sindacale*. Bari. Cacucci Ed.
- GORDON, David. 1996. *Fat and mean: The Corporate Squeeze of Working Americans and the Myth of Managerial Downsizing*. Nueva York. Free Press.
- INPS. 2019. *Osservatorio sul precariato*. Dati sui nuovi rapporti di lavoro, report mensile gennaio-novembre 2019. [https://www.inps.it/docallegati/NP/Mig/Dati\\_analisi\\_bilanci/Osservatori\\_statistici/Osservatorio\\_precariato/Osservatorio\\_Precariato\\_Gen\\_Nov\\_2019.pdf](https://www.inps.it/docallegati/NP/Mig/Dati_analisi_bilanci/Osservatori_statistici/Osservatorio_precariato/Osservatorio_Precariato_Gen_Nov_2019.pdf) (4 gennaio 2020).
- MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio. 1956. *Il diritto al lavoro*. Milán. Giuffrè Ed.
- MAZZOTTA, Oronzo. 2019. *Manuale di diritto del lavoro*. Milán. Giuffrè Ed.
- MISCIONE, Michele. 2002. “I minori verso il lavoro”. Miscione, Michele (coord.). *Il lavoro dei minori*. Milán. Ipsoa.



- MONTUSCHI, Luigi. 1993. “El contrato de trabajo fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico”. *Lavoro e diritto*, 21-45.
- MORTATI, Costantino. 1972. “El derecho al trabajo segundo la Constitución de la República (naturaleza jurídica, eficacia, garantías)”. *Raccolta di scritti*, vol. 3. Milán. Giuffrè Ed.
- NANIA, Roberto. 2009, “Reflexiones sobre la “Constitución económica” en Italia: el “trabajo” como “fundamento”, como “derecho”, como “deber””. GHERA, Edoardo y PACE, Alessandro. *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Nápoles. Jovene.
- NAPOLETANO, Domenico. 1951. “Naturaleza y eficacia de la norma de la que el Art. 36, primer cometa, de la Constitución y su relevancia para los contratos individuales de trabajo”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*.
- NATOLI, Ugo. 1955. *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*. Milán. Giuffrè Ed.
- NOGLER, Luca. 2007. “La disciplina de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales”. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 116, 593-694.
- O'FLAINE, Paul y SEHGAL, Ellen. 1985. *Displaced workers of 1979-1983: How well have they fared?* Washington, DC. Bureau of Labour Statistics.
- PALADIN, Livio. 1991. *Diritto costituzionale*. Padua. Cedam.
- PERA, Giuseppe. 1965. *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*. Milán. Giuffrè Ed.
- PERONE, Giancarlo. 1978. “La jurisprudencia constitucional en materia de desempleo y contratación”. SCOGNAMIGLIO, Renato (coord.). *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*. Milán. Franco Angeli Ed.
- PERSIANI, Mattia. 1972. *Saggio sull'autonomia privata collettiva*. Padua. Cedam.
- PERSIANI, Mattia. 2012. *Diritto della previdenza sociale*. Padua. Cedam.
- PROSPERETTI, Ubaldo. 1971. “La libertad sindical”. RIVA SANSEVERINO, Luisa y MAZZONI, Giuliano (dirs.). *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. 1. Padua. Cedam.
- PUGLIATTI, Salvatore. 1949. “La retribuzione suficiente y las normas de la Constitución”. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* 4.
- RODOTÀ, Stefano. 2012. *Il diritto di avere diritti*. Milán. Ed. Laterza.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco. 1961. *Saggi di diritto civile*. Nápoles. Jovene.
- SANTORO PASSARELLI, Giuseppe. 2007. *Diritto Sindacale*. Bari. Laterza.

- SANTORO PASSARELLI, Giuseppe. 2009. *Diritto dei lavori*. Turin. Giappichelli.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. 2001. “La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato”. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* 20, 95-121.
- SIRCHIA, Francesco. 1963. “Lavoro (diritto al)”. *Novissimo Digesto italiano*, vol. 9.
- SMURAGLIA, Carlo. 1958. *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*. Milán. Feltrinelli.
- SMURAGLIA, Carlo. 1967. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milán Giuffrè Ed.
- SUPPIEJ, Giuseppe. 1982. *Il rapporto di lavoro*. Padua. Cedam.
- TREU, Tiziano. 1968. *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*. Milán. Giuffrè Ed.
- TREU, Tiziano. 1975a. “Il Sindacato fuori della Costituzione: riconoscimento e rappresentatività”. *Jus*.
- TREU, Tiziano. 1975b. “Sub Art. 35, co. 1”. Branca Giorgio (coord.). *Commentario alla Costituzione*. Bologna. Utet.
- TREU, Tiziano. 1975c. “Sub Art. 37”. Branca Giorgio (coord.). *Commentario alla Costituzione*. Bologna. Utet.
- TREU, Tiziano. 1980. “La tutela del minore nel diritto del lavoro”. DE CRISTOFARO, Marcello e BELVERDE, Andrea (coords.). *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milán. Giuffrè Ed.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. 2008. “Valori e diritti nei conflitti della política”. *La Repubblica*, 22 febbraio.
- ZOPPOLI, Lorenzo. 1994. “L'Art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva”. CARUSO, Bruno, ZOLI, Carlo e ZOPPOLI, Lorenzo (coords.). *La retribuzione. Struttura e regime giuridico I*. Nápoles. Jovene.

## HACIA UN NUEVO MODELO DE TRATADO BILATERAL DE INVERSIONES PARA MÉXICO\*

### *TOWARDS A NEW MODEL OF BILATERAL INVESTMENT TREATY FOR MEXICO*

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA\*\*

**RESUMEN:** El régimen jurídico de los tratados bilaterales de inversiones (en adelante TBI) se encuentra inmerso en una profunda crisis estructural. En este contexto, muchos países re-negocian o denuncian sus TBI vigentes. Otros han ido más lejos y ya han adoptado nuevos modelos de TBI. México parece quedarse al margen de esta crisis global de la regulación jurídica internacional de las inversiones extranjeras. Adicionalmente, algunas decisiones gubernamentales recientes convierten a México en un país, *de facto*, promotor de la permanencia del actual diseño jurídico-institucional de los TBI. No obstante, en la actualidad, resulta urgente modificar la política exterior de México en la materia y, con este fin, adoptar un nuevo modelo de TBI para nuestro país.

**ABSTRACT:** *The legal regime of bilateral investment treaties (BIT) is suffering a deep structural crisis. In this context, many countries have decided to renegotiate or to denounce their BITs. Others have gone further and have adopted already new BIT models. Mexico is not taking part in the debates surrounding this global crisis of the investment protection regime in international law. Additionally, some recent governmental decisions are transforming Mexico in a, de facto, promoter of the consolidation of the current legal and institutional design of BITs. However, it is urgent to modify Mexico's foreign policy in this area and, in this sense, to adopt a new BIT model for our country.*

**Key words:** *bilateral investment treaties, international arbitration, crisis, reforms.*

**Palabras clave:** tratados bilaterales de inversiones, arbitraje internacional, crisis, reformas.

---

\* Recibido el 3 de diciembre de 2019; aprobado el 20 de octubre de 2020.

\*\* ORCID: 0000-0002-4468-5940. Profesora-investigadora Universidad Nacional Autónoma de México: investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora en la Facultad de Derecho. Correo electrónico: [virginia.geor@gmail.com](mailto:virginia.geor@gmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las causas de la crisis del actual régimen jurídico internacional de los TBI*. III. *La adopción de nuevos modelos de TBI por algunos Estados miembros de la comunidad internacional*. IV. *La adopción de un nuevo modelo de TBI para México*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir de los años ochenta los Estados miembros de la comunidad internacional se abrieron a los flujos de las inversiones extranjeras directas (en adelante IED) porque consideraron que dichas operaciones aportarían el capital necesario para estimular su desarrollo económico; además, al transferir tecnología a las empresas nacionales, las IED crearían empleos y lograrían un efecto de desbordamiento del conocimiento, particularmente benéfico para la competitividad de sus sectores industriales internos. Para obtener estos beneficios, los países desarrollados acordaron con los países en vía de desarrollo la constitución de un régimen jurídico internacional protector de las IED.

A este efecto, a partir de los años noventa, se celebraron tratados internacionales de inversiones que se subdividen en: tratados bilaterales de inversiones —más de 3200, en la actualidad— y acuerdos de liberalización comercial que contienen disposiciones, relativas a las IED —más de 270, en la actualidad—. El resultado directo de este fenómeno consistió en la creación de una entramada red de acuerdos, en la que todos los países del mundo son parte de, al menos, un tratado internacional de inversiones (Organización de Naciones Unidas 2009, 1, en adelante ONU). El objetivo principal de todos estos convenios y, en particular, de los TBI, consiste en promover las IED, al otorgar a los inversionistas extranjeros una protección jurídica eficaz frente a determinados riesgos políticos en el país “huésped”.<sup>1</sup> Asimismo, las disposiciones de los TBI buscan garantizar la seguridad, previsibilidad y estabilidad jurídica en el trato que recibe

---

<sup>1</sup> El riesgo político que enfrentan los inversionistas extranjeros en el país huésped se relaciona, en particular, con la soberanía del Estado. El Estado —sujeto soberano tanto de derecho interno como de derecho internacional— es competente para adoptar sobre su territorio cualquier tipo de actos, de naturaleza legislativa, administrativa, judicial, etcétera. En el ejercicio de dichas capacidades soberanas, el Estado puede ser llevado a vulnerar los derechos individuales de un inversionista extranjero, especialmente sus derechos de propiedad.

el inversionista, mientras desarrolla su actividad económica en el territorio de dicho Estado. La desconfianza inicial de los inversionistas hacia la eficacia de las reglas de protección de las IED, previstas en el derecho interno de los países condujo a la “objetivación” de dicha protección, por medio de su inclusión en normas de derecho internacional, negociadas de común acuerdo.

La protección jurídica que otorgan los TBI a los inversionistas extranjeros se basa, en primer lugar, en el establecimiento de determinadas reglas de “trato favorable” para estos operadores económicos. Dichas reglas se materializan en disposiciones sustanciales del tratado que garantizan, entre otros, el estándar de “trato nacional”<sup>2</sup> y “trato justo y equitativo”,<sup>3</sup> la debida indemnización en caso de expropiación,<sup>4</sup> la libre transferencia del capital y de los beneficios de las IED<sup>5</sup> y la regulación de las exigencias de contenido nacional.<sup>6</sup> En segundo lugar, dichos acuerdos buscan garantizar el cumplimiento de las reglas antes mencionadas por del recurso al

---

<sup>2</sup> Así por ejemplo, en virtud del artículo 1102 del Tratado del Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN): “Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones (...)”.

<sup>3</sup> A título de ejemplo, el artículo 1105 del TLCAN establece que: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

<sup>4</sup> Según lo dispuesto en el artículo 1110 del TLCAN: “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (...) (d) mediante indemnización (...)”.

<sup>5</sup> En virtud del artículo 1109 del TLCAN: “Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora (...)”.

<sup>6</sup> Por ejemplo, conforme con el artículo 1106 del TLCAN: “Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para” (...) (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; (c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio (...)”.

arbitraje internacional para el arreglo de los litigios que surjan de la interpretación o aplicación de sus disposiciones.<sup>7</sup> El recurso a órganos arbitrales, imparciales e independientes de las partes en la controversia, es visto como un componente esencial del carácter protector de los TBI porque “eleva” el conflicto entre el inversionista extranjero y el Estado “huésped” en el plano internacional, evitando así los riesgos asociados con su resolución por los tribunales internos de dicho país (David y Michael 2015, 3).<sup>8</sup>

Así concebido, el régimen jurídico internacional protector de las IED se desarrolló durante las últimas décadas del siglo XX y los TBI siguieron multiplicándose considerablemente. No obstante, en la actualidad, dichos tratados son objeto de cada vez más vivas crítica tanto respecto a la aplicación de sus disposiciones sustanciales, como en lo relativo a su mecanismo arbitral de solución de controversias. Consecuentemente, muchos países están re-examinando sus políticas de regulación de las IED. Algunos de estos países re-negocian o anuncian la re-negociación de sus TBI vigentes. Otros han ido más lejos y se han retirado o han expresado su decisión de denunciar sus TBI u otros tratados que establecen el arbitraje internacional como mecanismo de arreglo de diferencias en materia de inversiones. Finalmente, varios Estados han adoptado nuevos modelos de TBI. Así por ejemplo, en mayo de 2017, la Asamblea Nacional de Ecuador aprobó la denuncia de 12 TBI suscritos con: China, Chile, Venezuela, Países Bajos, Suiza, Canadá, Argentina, Estados Unidos, España, Perú, Bolivia e Italia (Mena, 2010). Tres países latinoamericanos denunciaron el Convenio de Washington de 1965 que creó al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (en adelante CIADI), primero Bolivia en 2008 (Valverde 2008), después Ecuador en 2009 (Boeglin 2013) y, finalmente, Venezuela en 2012 (Ripinsky 2012). Desde 2014, Bolivia anunció, además, su intención de denunciar sus TBI. De igual modo, a partir de

---

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, el artículo X del TBI, celebrado entre México y España establece que: “Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en un plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje”.

<sup>8</sup> El principal obstáculo para el sometimiento de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros a tribunales internos tiene que ver con la imparcialidad e independencia de dichos órganos judiciales. Como lo señala Sloss, en aproximadamente dos terceras partes de los países del mundo, el Poder Judicial no es independiente. En dichos países, los intereses políticos de las personas en el poder subvierten el derecho y el derecho internacional, de manera casi rutinaria (Sloss y Van Alstine 2015).

2014, Sudáfrica, Indonesia The Centre for Research on Multinational Corporations (2014, en adelante SOMO) o India (Nicholas, Donny y Kritika 2016), decidieron re-negociar o terminar sus TBI. A partir de 2017, India, Países Bajos o la República Checa, entre otros, adoptaron nuevos modelos de TBI.

México parece quedarse al margen de esta crisis global del régimen jurídico actual de los TBI y del arbitraje internacional de inversiones.

En efecto, México cuenta con 33 TBI o Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)<sup>9</sup> con países de todas las regiones geográficas del mundo;<sup>10</sup> 21 de estos acuerdos ya concluyeron con su fase inicial de aplicación, prevista por 10 años; consecuentemente, México podría renegociar sus disposiciones o denunciarlos antes de 2020. No obstante, el gobierno mexicano no sólo no ha anunciado su intención de renegociar o retirarse de los APPRI vigentes, sino que ha celebrado un importante número de nuevos acuerdos en materia de inversiones: un TBI en 2013 con Kuwait; otro, en 2015, con Brasil y Haití, y el último, en 2016, con los Emiratos Árabes Unidos. Adicionalmente, México ha celebrado 11 TLC que cuentan con un capítulo sobre inversiones, cuyas disposiciones sustanciales y mecanismo de solución de controversias, están directamente inspirados del actual régimen de los TBI.<sup>11</sup> De igual modo, México no sólo no ha anunciado su intención de revisar el contenido de los capítulos sobre inversiones, contenidos en dichos acuerdos, sino que también ha negociado recientemente dos nuevos TLC, con un régimen de protección jurídica de las IED casi idéntico al de los acuerdos anteriores.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> En adelante dichos términos se utilizarán como sinónimos.

<sup>10</sup> Entre otros, con: Alemania, Argentina, Australia, Bahrein, Belarus, China, Corea, Cuba, Dinamarca, Emiratos Arabes Unidos, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Haití, India, Islandia, Italia, Kuwait, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobagó y Turquía.

<sup>11</sup> En particular: el Acuerdo Integral y Progresivo para la Asociación Transpacífica de 2018; el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico de 2016; el TLC con Panamá de 2015; el TLC con Perú de 2012; el TLC con el Mercado Común Centroamericano de 2013; el TLC con Uruguay de 2004; el Acuerdo Económico con Japón de 2005; el TLC con Chile de 1999; el TLC con Nicaragua de 1998; el TLC con Colombia y Venezuela de 1996, y el TLCAN de 1994. [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta\\_nva.php](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php).

<sup>12</sup> Así, en 2018, México fue el primer Estado en ratificar el Acuerdo Integral y Progresivo para la Asociación Transpacífica y también el primero de los 3 países de América del



La ausencia de iniciativas para modificar el actual régimen de tratados, celebrados por México en materia de inversiones, contrasta drásticamente con el número de demandas iniciadas en contra de nuestro país ante órganos arbitrales internacionales sobre la base de la aplicación de dichos acuerdos. México es el tercer país más demandado de la región de América Latina y el Caribe y el 5º país más demandado del mundo, con 31 casos, en total, de demandas presentadas en su contra por parte de inversionistas extranjeros ante tribunales arbitrales internacionales Transnational Institute (2020, en adelante TNI). En 53% de estos casos ganaron los inversionistas extranjeros y perdió el Estado mexicano. El monto total que se acordó a los inversionistas como indemnización por las constatadas violaciones de distintos tratados de inversiones equivale a 243 millones de dólares, que fueron cubiertos por el erario público (TNI 2020). Este monto no incluye los costos de los arbitrajes, en sí, que, exceden, en promedio, los 5 millones de dólares, por cada caso. A pesar de estos antecedentes contenciosos, México se ha mostrado fiel al fortalecimiento de las instituciones internacionales que los promueven. Prueba irrefutable de ello es la decisión reciente del Estado mexicano de ratificar la Convención de Washington de 1965 y de convertirse, a partir de 2018, en un miembro de pleno derecho del CIADI.

Estas decisiones gubernamentales convierten a México en un país, *de facto*, promotor de la permanencia del actual régimen jurídico internacional de los TBI y lo ubican en una postura de oposición al creciente número de Estados miembros de la comunidad internacional que demandan la urgente reforma del mismo.

Resulta apremiante repensar esta posición del gobierno mexicano. México atraviesa en estos momentos por una coyuntura de cambios internos que deben ir acompañados con ajustes en su política exterior. Dentro de un innegable contexto de globalización, los cambios internacionales afectan a nuestro país y, al mismo tiempo, México puede ser partícipe de transformaciones externas necesarias para hacer frente a la crisis del régimen jurídico internacional protector de las IED. En vista de lo anterior, la hipótesis principal del presente trabajo consistirá en sostener que es necesario modificar la política exterior de México en materia de protección de las IED y, con este fin, adoptar un nuevo modelo de TBI para nuestro país.

---

Norte en aprobar el nuevo T-MEC que reintegra, en lo esencial, y para la relación entre México y Estados Unidos, las disposiciones del viejo TLCAN en materia de inversiones.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 863-894.

La primera parte de la investigación se centrará en analizar las causas de la crisis del actual régimen jurídico de los TBI (II), y las críticas que formulan al respecto tanto países desarrollados como países en vía de desarrollo. En la segunda parte, se estudiarán las iniciativas de reforma a dicho régimen y se discutirán las modificaciones incluidas en los nuevos modelos de TBI, adoptados en la materia por algunos Estados miembros de la comunidad internacional (III). Finalmente, se apreciará la aplicabilidad de dichas iniciativas al caso mexicano y se propondrán una serie de disposiciones que podrían configurar un nuevo modelo de TBI para México (IV).

## II. LAS CAUSAS DE LA CRISIS DEL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS TBI

### 1. *El carácter desequilibrado de los acuerdos en favor de los inversionistas extranjeros*

En varias de las críticas expresadas en torno al actual régimen jurídico de los TBI resaltan los señalamientos de su carácter desequilibrado en favor de los inversionistas extranjeros —frecuentemente empresas multinacionales— y en contra de los Estados, en particular, tratándose de países en vía de desarrollo.<sup>13</sup>

La concepción del régimen de los TBI como una “esclavitud” en la que “todo está en contra de los Estados” y en favor de las multinacionales denuncia la propia lógica “protectora” de dichos tratados. Los TBI otorgan una serie de importantes derechos a los inversionistas extranjeros, pero no les imponen ningún tipo de obligaciones vinculantes. En efecto, dichos tratados establecen derechos sólo para los inversionistas y obliga-

---

<sup>13</sup> Así por ejemplo, en 2017, el entonces presidente ecuatoriano Rafael Correa afirmó que: “No es cierto que (estos tratados) han atraído inversiones, y hubo mucha presencia de abusos (...) todo está en contra de los Estados, por lo que nos han llenado de juicios”. En un discurso similar pronunciado en 2009 a la ocasión del retiro de Ecuador de la Convención de Washington, Correa señaló que dicho retiro era necesario “para la liberación de nuestros países, porque esto significa colonización, esclavitud frente a transnacionales, frente a Washington, frente al Banco Mundial, y eso no lo podemos seguir tolerando” (Correa suscribe decreto que da por terminado convenio con el CIADI, <http://www.eltiempo.com.ec/noticias/economia/1/211881/correa-suscribe-decreto-que-da-por-terminado-convenio-con-el-ciadi>).

ciones sólo para los Estados. Como lo señala Monheburrun (Monheburrun 2014, vol. 11, 204), una parte de la doctrina considera que el derecho internacional de las inversiones es una máquina de “empoderamiento”, buscando sólo la protección de las inversiones y de los inversionistas e ignorando en este camino los intereses de otros actores que intervienen en los procesos relacionados con el funcionamiento de las IED (Sornarajah 2000, 9). En vez de ser bilaterales, los TBI serían caracterizados por una patente ausencia de reciprocidad y por un carácter más bien unilateral (Monheburrun 2014, vol. 11, 211). La relación jurídica que organizarían sería la de “amos” (inversionistas extranjeros) y “siervos” (Estados).

Existe otra muy importante crítica en contra del carácter desequilibrado del actual régimen de los TBI en favor de los inversionistas y en contra de los Estados. En virtud de la misma, habría un conflicto intrínseco entre la protección de los derechos reconocidos a los inversionistas extranjeros en los TBI y la capacidad soberana de los Estados de adoptar regulaciones normativas en asuntos de interés general.

En aplicación de las disposiciones de los TBI, se ha reconocido que uno de los componentes del estándar de “trato justo y equitativo” exige la protección de las “expectativas legítimas” que los inversionistas extranjeros tenían en el momento en el que se realizó su inversión (Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. vs. United Mexican States 2003, párrafo 154). Por lo tanto, si, posteriormente, el Estado modifica su marco regulatorio de una manera no prevista o esperada por el inversionista en el momento en el que se realizó la inversión, y si este cambio genera un costo económico para el inversionista, el Estado tiene que otorgarle una debida compensación por las pérdidas (Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentine Republic 2018, párrafo 207 y 122). Asimismo, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones ha establecido que si el Estado adopta un cambio en su legislación interna y éste provoca una pérdida económica para el inversionista, el Estado puede ser reconocido jurídicamente responsable frente al inversionista extranjero (Lise y Oleksandr 2016) por una “expropiación indirecta”. Dicha forma de expropiación resultaría de una “interferencia sobre los derechos de propiedad del inversionista extranjero, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición” (Faya 2013, 221).

La vaguedad del contenido del estándar de trato justo y equitativo y de las nociones de “expectativas legítimas” y “expropiación indirecta” ha permitido la adopción de interpretaciones muy extensivas de las mismas en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales, con competencia en materia de inversiones (Valero 2016).<sup>14</sup> Estos importantes antecedentes alimentan las vivas críticas en contra del actual régimen de los TBI porque crean la impresión, al menos aparente, que dicho régimen “otorga a los inversionistas extranjeros la posibilidad de contestar nada menos que cualquier línea de acción gubernamental que no les guste” (Dupré 2017).

## 2. *Las críticas al funcionamiento del arbitraje internacional en materia de inversiones*

La primera crítica al actual funcionamiento del arbitraje internacional en materia de inversiones concierne el diseño procesal de dicho medio de solución de controversias.

En efecto, la aplicación de las reglas contenidas en los TBI conduce a otorgar a los inversionistas extranjeros “un monopolio” en la capacidad de iniciar los procedimientos arbitrales. Dicho en otros términos, los inversionistas siempre son los demandantes y los Estados, la parte demandada en dichos procedimientos (Monheburrún 2014, vol. 11, 209). Por otro lado, la utilización de este mecanismo por parte de los inversionistas extranjeros ha conocido un pleno *boom* en las últimas décadas. En los principios de su desarrollo, dicho mecanismo había conducido a sentencias

---

<sup>14</sup> En un polémico asunto reciente, la más grande empresa multinacional tabacalera impugnó, sobre la base de un TBI entre Uruguay y Suiza, una legislación uruguaya, destinada a proteger la salud pública de los efectos nocivos del tabaquismo. En asuntos similares, la empresa multinacional Veolia contestó el incremento del salario mínimo en Egipto (*Veolia vs. Egipto* (salario mínimo), caso pendiente ante un tribunal arbitral de CIADI) y la empresa energética sueca Vattenfall protestó en contra de la decisión de Alemania de renunciar al uso de energía nuclear (Juicio en Alemania al “cerrojazo” nuclear de Merkel, <http://www.elmundo.es/economia/2016/03/12/56e326fb22601dae268b45a5.html>). Ambas empresas demandaron a los Estados ante tribunales arbitrales de inversiones, alegando la violación de “expectativas legítimas” y la adopción, por parte de los Estados, de medidas constitutivas de “expropiación indirecta”.

arbitrales obligatorias en muy pocas ocasiones.<sup>15</sup> A partir de la década de los noventa, asistimos a una multiplicación, sin precedente, de demandas presentadas por empresas inversionistas en contra de Estados soberanos ante tribunales arbitrales internacionales.

Además, la percepción generalizada es que los Estados “siempre pierden y las empresas siempre ganan” en dichos procedimientos. Ciertamente esto no sucede en todos los casos, pero según datos de la ONU, al menos en 60% de las controversias, sometidas a tribunales arbitrales internacionales, los Estados han sido condenados a pagar algún tipo de indemnización a los inversionistas extranjeros por haber incumplido con obligaciones, derivadas de las disposiciones de un tratado de inversiones. Además, se trata de indemnizaciones millonarias. Recientemente en tres asuntos conexos Cour permanente d’arbitrage (2005a, 2005b y 2005c, en adelante CPA), un órgano arbitral constituido bajo los auspicios de la CPA condenó a Rusia a pagar a las empresas inversionistas la cantidad record de 50 mil millones de dólares.

A estas percepciones se suman otra serie de críticas más concretas hacia el actual funcionamiento del sistema de resolución de controversias en materia de inversiones. En primer lugar, se denuncia su falta de legitimidad.<sup>16</sup> En segundo lugar, se apunta a la ausencia de transparencia de los procedimientos arbitrales internacionales en materia de inversiones Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (2012, en adelante CNUCED). En tercer lugar, se denuncia la falta de coherencia en la jurisprudencia, emanada de los órganos arbitrales que resuelven controversias basadas en el derecho internacional de las inversiones.<sup>17</sup> En cuarto lugar, se critica la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros (CNUCED 2015, 5). Finalmente, se señalan los costos exorbitantes que un procedimiento arbitral en materia de inversiones puede representar para las finanzas públicas del Estado. El costo promedio de dicho procedimiento se sitúa alrededor de 3 millones de dólares y, frecuen-

---

<sup>15</sup> Hasta 1995, sólo habían sido resueltos 3 casos contenciosos por medio de órganos arbitrales internacionales competentes en materia de inversiones.

<sup>16</sup> Resulta difícil sostener la legitimidad que poseen tres árbitros —personas privadas— para contestar y revisar las políticas soberanas y públicas de los Estados.

<sup>17</sup> La ausencia de un segundo grado de jurisdicción implica la imposibilidad de apelar una sentencia arbitral para corregir eventuales errores en la aplicación e interpretación de las reglas jurídicas aplicables en materia de inversiones.

temente, aun si las empresas inversionistas pierden el fondo del litigio, los árbitros condenan a los Estados a cubrir las costas, creando así un peso importante para su erario público.

Las posturas cada vez más críticas hacia el mecanismo de resolución de controversias en materia de inversiones y hacia el régimen jurídico de los TBI han conducido a la adopción de varias propuestas de reforma. Dichas propuestas han sido debatidas en numerosos foros internacionales, en particular, en la Comisión de las Inversiones de la CNUCED, el Foro Mundial de las Inversiones y la OCDE. Asimismo, a partir de 2015, la Comisión de la Unión Europea propuso “establecer un órgano permanente para resolver los litigios relativos a las inversiones, abandonando el sistema *ad hoc* de resolución de litigios entre inversores y Estados”. Sin embargo, la ausencia de una institución multilateral, con competencia universal en materia de inversiones, complica la adopción de iniciativas de reforma más amplias. Por lo tanto, muchos Estados miembros de la comunidad internacional han tomado en cuenta las críticas al actual régimen de protección internacional de las IED para adoptar, unilateralmente, nuevos modelos de TBI.

### III. LA ADOPCIÓN DE NUEVOS MODELOS DE TBI POR ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

#### 1. *El modelo de India*

India se ha unido a las críticas actuales acerca del funcionamiento del régimen jurídico de los TBI y a las contestaciones que se formulan en contra del arbitraje internacional de inversiones. Esta postura del Gobierno indio se agudizó después de que este Estado perdiera el caso *White Industries vs. India* (Prabhash *et al.* 2018, 9). En 2016, India adoptó un nuevo modelo de TBI (Prabhash *et al.* 2018, 9), con el objetivo de “garantizar a los inversionistas extranjeros en India una eficaz protección jurídica” y “mantener un equilibrio entre los derechos de los inversionistas extranjeros y las obligaciones del gobierno” (Department of Economic Affairs s. d.). Consecuentemente, el gobierno indio notificó a 58 Estados (entre otros, el Reino Unido, Francia, Alemania y Suecia) con los que ha celebrado TBI que están por expirar, o expiran pronto, su intención de rene-

gociar dichos acuerdos sobre la base del nuevo modelo.<sup>18</sup> Asimismo, India proyecta utilizar su nuevo modelo de TBI para modificar los capítulos relativos a inversiones, contenidos en sus acuerdos de libre comercio (Prabhash *et al.* 2018, 10).

En cuanto a su contenido sustancial, el nuevo modelo de TBI de India, busca reequilibrar la relación jurídica entre el Estado y los inversionistas extranjeros, al otorgar más derechos al Estado y más obligaciones a los inversionistas. En ese sentido, el nuevo modelo de acuerdo abandona la definición amplia de “inversión” de los modelos anteriores para optar por una definición más estricta, basada en la noción de “empresa”.<sup>19</sup> De manera radical, el nuevo modelo de TBI de India suprime, además, al estándar de “trato justo y equitativo” de las disposiciones del acuerdo.<sup>20</sup> Dicha disposición establece condiciones particularmente restrictivas para que el inversionista extranjero pueda comprobar la violación de las reglas de trato, garantizadas por el TBI.<sup>21</sup> Además, por esta nueva concepción de la noción de “trato” se excluye la aplicación de la noción de “expectativas legítimas”. Esto significa que aun si India, por medio de su conducta, crea expectativas legítimas para un inversionista extranjero y no las cumple, el

---

<sup>18</sup> Adicionalmente, respecto a los restantes 25 Estados (China, Finlandia, Bangladesh y México, por ejemplo), India propuso la elaboración de opiniones de interpretación oficial conjunta (*joint interpretive statements*) que permitan a los propios Estados partes en el tratado aclarar cómo deben interpretarse sus disposiciones.

<sup>19</sup> Conforme con el artículo 1 (4) del acuerdo, una inversión significa una empresa constituida, organizada y operando de buena fe, de conformidad con las leyes del Estado en el cual desempeña su actividad económica, incluyendo los bienes de la empresa, que tiene las características de una inversión, tales como la utilización de capital u otros recursos, cierta duración, la expectativa de ganancias y la asunción de riesgo, tomando en cuenta el significado de su actividad económica para el desarrollo del Estado en cuyo territorio se realiza la inversión.

<sup>20</sup> El tratado contiene únicamente una cláusula, denominada “trato de las inversiones” que prohíbe a los Estados partes someter a los inversionistas extranjeros a tratos constitutivos de violaciones a normas de derecho internacional consuetudinario a través de: “a) denegación de justicia (...); b) violación fundamental del debido proceso; c) discriminación por motivos manifiestamente injustificados, basadas en criterios de género, raza o creencias religiosas, entre otros; d) trato manifiestamente abusivo, como, por ejemplo, coerción, coacción o abuso”.

<sup>21</sup> Así, si el inversionista pretende alegar la existencia de una violación del debido proceso, tiene que comprobar que se trata de una violación “fundamental”; asimismo, si intenta demostrar la existencia de discriminación, ha de corroborar que se trata de una discriminación “por motivos manifiestamente injustificados”.



inversionista no podrá demandar al Estado ante un órgano arbitral internacional, sobre la base del TBI (Prabhash *et al.* 2018: 11).

Otra importante innovación del nuevo modelo de TBI indio consiste en re-introducir en sus disposiciones, la regla del agotamiento de los recursos internos<sup>22</sup> y erigir así una “barrera procesal” casi impenetrable al recurso, por parte del inversionista, a un arbitraje internacional de inversiones. Adicionalmente, en cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 15 del nuevo modelo de TBI de India, el plazo disponible para iniciar un procedimiento arbitral internacional en contra del Estado se reduce a alrededor de tres meses (Prabhash *et al.* 2018, nota 61, 29).

## 2. *El modelo de los Países Bajos*

Holanda es uno de los principales países de origen de inversionistas extranjeros que inician procedimientos arbitrales en contra de otros paí-

---

<sup>22</sup> En efecto, en virtud del artículo 15 del modelo, en caso de controversia entre el Estado y el inversionista extranjero, la persona privada tiene que litigar el caso ante los tribunales indios, por lo menos, por un periodo de 5 años, antes de poder “elevar” el conflicto en el plano de la justicia internacional y someterlo a un órgano arbitral internacional. Este periodo de 5 años comienza a correr a partir del momento en el que el inversionista obtenga conocimiento de “la medida en cuestión y del daño o perjuicio resultante de la misma para su inversión” o incluso “cuando debió de haber tenido conocimiento” de dicha medida por primera vez. La obligación de agotar los recursos internos solo deja de aplicarse si el inversionista demuestra que no “hay recursos disponibles” en el derecho interno del Estado para lograr una defensa a su causa. Una vez que termine el periodo de 5 años, el inversionista tiene que notificar al Estado su intención de llevar el caso ante un tribunal arbitral internacional. Esta notificación debe acompañarse de un periodo adicional de 6 meses durante el cual el Estado y el inversionista deben tratar de resolver su controversia por otros medios pacíficos, incluyendo las negociaciones, las consultas u otros mecanismos, sujetos a la intervención de un tercero imparcial. En virtud del artículo 15 del nuevo modelo de TBI, una vez que transcurra este periodo adicional, el inversionista puede iniciar el arbitraje internacional en contra de India si cumple con las siguientes condiciones limitativas: que no hayan pasado más de 6 años a partir del momento en el que el inversionista haya tenido o debió de haber tenido conocimiento de la medida estatal, al origen de la controversia; que no hayan transcurrido más de 12 meses a partir del término de los procedimientos internos; que antes de someter la controversia al tribunal arbitral, se haya otorgado, al menos, un plazo de 90 días al Estado; que el inversionista extranjero haya renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento, basado en el derecho interno del Estado”.

ses (Bart-Jaap y Roeline 2018). Consecuentemente, muchos países han mostrado su descontento respecto a la política demasiado “liberal” de los Países Bajos en materia de inversiones. Sudáfrica, Bolivia, India, Indonesia, Ecuador, Uganda o Venezuela, incluso, han anunciado su intención de retirarse de los TBI que han celebrado con este Estado. Esta situación llevó al gobierno holandés a elaborar, en 2018, un nuevo modelo de TBI que debería ser utilizado para la renegociación de los 79 TBI celebrados con países no miembros de la UE (Bart-Jaap y Roeline 2018).

El nuevo modelo de TBI holandés mantiene una definición muy amplia de “inversión”,<sup>23</sup> pero, al mismo tiempo, busca restringir la definición de “inversionista extranjero”.<sup>24</sup> Dicho modelo también se propone encuadrar las hipótesis en las que un inversionista extranjero pueda sostener la existencia de medidas de expropiación indirecta.<sup>25</sup> En su artículo 9o., el texto del nuevo modelo, incluye una referencia al “estándar de trato justo y equitativo” y establece una lista de ejemplos de tratos violatorios de di-

---

<sup>23</sup> En virtud del artículo 1o. del modelo, es inversión “todo tipo de fondo (...) que incluya cierta duración, y cuenta con la asignación de capital u otros recursos, la expectativa de ganancias y la asunción de un riesgo (...)”. Asimismo, dicho artículo incluye una serie de ejemplos de inversión, entre otros, basados en derechos de propiedad mobiliaria o inmobiliaria, derechos derivados de la tenencia de bonos, acciones u otro tipo de activos de empresas, derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, o derechos otorgados en virtud de normas de derecho público o en virtud de un contrato para explorar, explotar o extraer recursos naturales”.

<sup>24</sup> El artículo 1o. del modelo establece que la persona moral que desee beneficiarse de la protección del tratado deberá demostrar que “es una persona moral constituida según las leyes de uno de los Estados contratantes y que desarrolla actividades de negocio sustantivas en el territorio de este Estado (...)”. Más adelante, el artículo precisa qué debe entenderse por “actividades comerciales sustanciales”. Entre otros; “tener una oficina o la administración establecida en un Estado contratante, un número de empleados en ese Estado, una actividad productiva o un laboratorio de investigación, establecido en dicho Estado”.

<sup>25</sup> En virtud del artículo 2-2 del texto: “Las disposiciones del acuerdo no limitarán el derecho de las partes contratantes de adoptar regulaciones en sus territorios, con el fin de lograr objetivos legítimos, como, por ejemplo, la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, derechos laborales, bienestar animal, la protección social o de los consumidores o por motivos financieros prudentes. El simple hecho de que una parte contratante adopte medidas regulatorias, incluso a través de la modificación de sus leyes, que afecten negativamente a la inversión o interfieran con las expectativas del inversionista, incluyendo sus expectativas de ganancias, no constituye una violación de una de las obligaciones del Estado en virtud del acuerdo”.

cho estándar, que son los mismos que los previstos en el TBI de India.<sup>26</sup> A diferencia del modelo indio, el artículo 9o. del modelo holandés también consagra la protección de las “expectativas legítimas” del inversionista.

El nuevo modelo de TBI de los Países Bajos incluye una sección entera dedicada al “Desarrollo sostenible”. En virtud del artículo 6o. del modelo, cada parte contratante se compromete a promover el desarrollo de las inversiones extranjeras en una forma compatible con los objetivos del desarrollo sostenible. En el mismo sentido, el nuevo modelo reafirma, expresamente, el compromiso de las partes contratantes con las obligaciones que les incumben en virtud de los acuerdos multilaterales aplicables a la protección internacional del medio ambiente, a la cautela de los derechos laborales y de los derechos humanos de los cuales son partes. Adicionalmente, el acuerdo reafirma la obligación de debida diligencia al cargo de los inversionistas en identificar, prevenir, mitigar y tomar en cuenta los riesgos e impactos sociales y ambientales de su inversión y establece su obligación de respetar las leyes internas del Estado huésped en materia de protección del medio ambiente, protección de los derechos humanos y de los derechos laborales.

La sección 5 del nuevo modelo está expresamente dedicada a la resolución de controversias entre un Estado parte en el acuerdo y un inversionista del otro Estado miembro del mismo.<sup>27</sup> La principal innovación procesal respecto al funcionamiento del arbitraje internacional de inversiones concierne el procedimiento de nombramiento de los árbitros. En efecto, en el artículo 20 del mismo se establece que los árbitros no serán nom-

---

<sup>26</sup> Entre otros, se trata de la denegación de justicia, violaciones fundamentales al debido proceso, arbitrariedad manifiesta, discriminación sobre la base de género, raza, nacionalidad, orientación sexual o creencias religiosas, coerción, abuso, prácticas de corrupción o semejantes conductas de mala fe.

<sup>27</sup> El primer artículo 15 de la Sección se intitula “Corte Multilateral de Inversiones” y establece que esta sección del acuerdo dejará de aplicarse una vez que entre en vigor entre las partes un Acuerdo internacional respecto a la creación de una Corte Multilateral, competente para resolver controversias originadas en la aplicación e interpretación del acuerdo. Las otras disposiciones de esta parte del acuerdo retoman, en lo esencial, las disposiciones de los TBI clásicos en la materia. En este sentido, el nuevo modelo holandés establece un recurso al arbitraje internacional, bajo los auspicios del CIADI o un arbitraje internacional ad hoc, con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o con la posibilidad de que los procedimientos sean administrados por la CPA.

brados directamente por las partes en la controversia, como normalmente ocurre, sino que serán nombrados por una autoridad distinta.<sup>28</sup>

#### IV. LA ADOPCIÓN DE UN NUEVO MODELO DE TBI PARA MÉXICO

##### 1. *Modificar la definición de inversión extranjera*

La definición de inversión extranjera en los TBI de México es sumamente amplia y generalmente se basa en lo establecido al respecto en el artículo 1139 del TLCAN. Dicha definición es retomada casi literalmente en el último TBI de México con Emiratos Árabes Unidos.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Estas autoridades son el Secretario General del CIADI, para los procedimientos que se celebren bajo los auspicios de este Centro, o el Secretario General de la CPI para los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 20 del acuerdo).

<sup>29</sup> En virtud de la misma: “inversión significa cualquiera de los siguientes activos propiedad de inversionistas de una Parte Contratante o controlados por éstos y establecidos o adquiridos de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en cuyo territorio se efectúa la inversión: (a) una empresa; (b) acciones, partes sociales y otras formas de participación en el capital de una empresa; (c) instrumentos de deuda de una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres (3) años, sin incluir instrumentos de deuda de una Parte Contratante o de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original de vencimiento; (d) un préstamo a una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres (3) años, sin incluir préstamos a una Parte Contratante o a una empresa del Estado independientemente de la fecha original de vencimiento; (e) bienes raíces u otras propiedades, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; (f) la participación que resulte de la obligación de comprometer capital u otros recursos en el territorio de una Parte Contratante destinados al desarrollo de una actividad económica en dicho territorio, tales como los derivados de: (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de la otra Parte Contratante, incluidos, los contratos de llave en mano o de construcción, o concesiones; (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa, o (iii) concesiones comerciales otorgadas por ley o por contrato, relacionadas con hidrocarburos, las cuales se regirán conforme a los términos y condiciones de las mismas acordadas entre el inversionista y la Parte Contratante o la subdivisión política de la Parte Contratante, cuando sea aplicable, en cuyo territorio se efectúan dichas concesiones; (g) reclamaciones pecuniarias relativas a los tipos de intereses dispuestos en los incisos (a) a (f) anteriores, sin incluir reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio

La definición extremadamente amplia de inversión extranjera directa ha sido una de las principales causas para que México perdiera los casos en los que fue demandado por empresas multinacionales ante órganos arbitrales internacionales, sobre la base de un tratado de inversiones. Así, por ejemplo, en el caso *Cargill* (*Cargill vs. México*, 2009), una empresa estadounidense que demandó a México por daños sufridos respecto a una actividad económica desarrollada en el territorio de Estados Unidos. El tribunal arbitral consideró que: “la definición de “inversión” del artículo 1139 es amplia e inclusiva” y permite cubrir las actividades de Cargill en Estados Unidos. México fue condenado a pagar una indemnización de 77.3 millones de dólares, más intereses, a la empresa, y, adicionalmente, tuvo que cubrir las costas del arbitraje.

La posibilidad de limitar los recursos, en contra de México, por parte de una empresa que no opera en el territorio mexicano, ya está prevista en el último TBI con Emiratos Árabes Unidos. En efecto, en respuesta directa al antecedente del caso *Cargill*, el artículo 11-1 del acuerdo establece que:

Un inversionista de una Parte Contratante podrá someter una reclamación a arbitraje en el sentido de que la otra Parte Contratante ha incumplido una obligación establecida en el Capítulo II, y que el inversionista ha sufrido pérdida o daño en virtud de ese incumplimiento o como consecuencia de éste. Para mayor certeza, cuando un inversionista de una Parte Contratante someta una reclamación a arbitraje puede recuperar sólo la pérdida o daños en que ha incurrido en su calidad de un inversionista de una Parte Contratante.

Por su parte, en virtud de la definición de “inversionista extranjero”, éste debe ser “una empresa (...) que tenga operaciones sustantivas de ne-

---

de una Parte Contratante a una empresa en el territorio de la otra Parte Contratante, o (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, que no se refiera al préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d) anterior; y (h) derechos de propiedad intelectual, incluyendo pero no limitado a derechos de autor y los derechos conexos, las patentes, los diseños industriales, know-how, marcas, secretos industriales y de negocios, nombres comerciales, indicaciones geográficas y esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados y los derechos sobre variedades vegetales; tal como se define o se hace referencia en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio”.

gocios en el territorio de esta parte contratante” y además, se recalca, que la empresa debe haber “realizado una inversión en el territorio de la otra parte contratante”.

La inclusión de la obligación, para los inversionistas extranjeros, de tener “operaciones sustantivas de negocios” en México sigue la lógica del nuevo modelo de TBI de Holanda y busca limitar la posibilidad, para las empresas multinacionales, de librarse al *treaty shopping*. No obstante, la simple inclusión de la noción de “operaciones sustantivas de negocios” es insuficiente, porque deja una gran margen de maniobra a los árbitros internacionales que tendrán que interpretarla a la hora de resolver un litigio surgido de la aplicación del acuerdo. Por lo tanto, se sugiere precisar en el texto del nuevo modelo de TBI de México qué debe entenderse por “operaciones sustantivas de negocios en el territorio de un Estado: entre otros, “tener una oficina o un centro de administración, establecido en un Estado contratante, un número de empleados en ese Estado, una actividad productiva o un laboratorio de investigación, con sede en dicho Estado”.

Adicionalmente, la definición de inversionista extranjero en el TBI entre México y los Emiratos Árabes Unidos debería complementarse con una revisión de la definición extremadamente amplia de inversión extranjera porque ésta puede permitir a un tribunal arbitral internacional, constituido con fundamento en sus disposiciones, otorgar una protección jurídica a empresas que no tienen utilidad económica en el territorio mexicano. Por lo tanto, se recomienda tomar en consideración la definición de “inversión”, prevista en los nuevos modelos de TBI de India y de Holanda y se sugiere la inclusión de un artículo con la siguiente redacción: “una inversión significa una empresa constituida, organizada y operando de buena fe, de conformidad con las leyes del Estado en el cual desempeña sus actividades comerciales sustanciales, incluyendo los bienes de la empresa, que tienen las características de una inversión, tales como la utilización de capital u otros recursos, cierta duración, la expectativa de ganancias y la asunción de riesgo”.<sup>30</sup> El objetivo de esta modificación con-

---

<sup>30</sup> Una opción más minimalista consistiría en seguir utilizando la definición de “inversión” insertada en el TBI con Emiratos Árabes Unidos, pero modificarla para restringirla en cuanto a los requisitos económicos de la inversión. En este sentido, podría tomarse en consideración la definición utilizada en el TLC entre Canadá y la UE (conocido como el CETA). Dicha definición es casi idéntica a la empleada en el TBI de México con Emiratos Árabes Unidos, pero, se prevén, adicionalmente, criterios restrictivos en cuanto a las

siste en limitar la protección jurídica, ofrecida por el TBI, a operaciones que verdaderamente se desarrollen en el territorio mexicano y representen un beneficio para la economía interna de México.

## 2. *La inclusión de un capítulo sobre “Desarrollo sostenible”*

Se recomienda tomar en consideración el modelo de TBI holandés e incluir en el nuevo modelo de TBI de México un capítulo sobre “Desarrollo sostenible”. Se sugiere que en dicho capítulo se incluyan disposiciones referentes a la protección de los objetivos del desarrollo sostenible, en el respeto de las leyes internas y de las normas de derecho internacional aplicables en la materia. Así, por ejemplo, el nuevo modelo de TBI mexicano podría establecer que “cada parte contratante se compromete a promover la realización de las inversiones extranjeras en una forma compatible con los objetivos del desarrollo sostenible”. En segundo lugar, se sugiere la inclusión de obligaciones directas para los inversionistas extranjeros respecto a la prevención y reparación de daños ambientales, susceptibles de ser ocasionados por su actividad económica en el territorio mexicano. En particular, el nuevo modelo de TBI podría enunciar que: “los inversionistas extranjeros se obligan a respetar las leyes mexicanas y los tratados celebrados por México en materia de protección del medio ambiente” y prever que: “los inversionistas adquieren un deber de debida diligencia para prevenir, evitar y mitigar el impacto ambiental de su inversión en el territorio de una de las partes contratantes”.

La razón de la inclusión de dichas disposiciones radica, en primer lugar, en los aprendizajes obtenidos de los casos en los que México ha sido demandado por empresas multinacionales ante tribunales arbitrales internacionales, con competencia en materia de inversiones.

En el caso *Abengoa vs. Estados Unidos Mexicanos* (2013), una empresa multinacional española demandó a México por la cancelación de la licencia de operación de una planta de tratamiento de residuos industriales

---

características económicas de la inversión, en particular, se exige que ésta, en todo caso, implique “la asignación de capital u otros recursos, la expectativa de ganancias y la asunción de riesgo”.



peligrosos en el municipio de Zimapán, Hidalgo.<sup>31</sup> El municipio sostuvo que: “a) La Licencia de Funcionamiento contraviene el derecho constitucional a disfrutar de un medioambiente adecuado (...)”. Este argumento no fue discutido por los árbitros internacionales en el procedimiento que la empresa multinacional inició en contra de México ante el CIADI (TNI s. d.). El tribunal arbitral desarrolló una interpretación estricta del TBI entre México y España que no contenía ningún tipo de disposiciones referentes a la protección del medio ambiente. Asimismo, consideró que “no existe ninguna evidencia de que la planta pudiera comportar algún riesgo para la salud pública” (Abengoa S.A. y Cofides S.A. *vs.* Estados Unidos Mexicanos 2013, párrafo 619). A pesar de que la inversión inicial de la empresa multinacional fue de 12 millones de dólares, los contribuyentes mexicanos fueron condenados a pagar 45 millones de dólares de indemnización (el equivalente a 3 veces el PIB anual del estado de Hidalgo) (TNI s. d.). De manera similar, en el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos* (1997), una empresa estadounidense introdujo una demanda en contra de México ante un tribunal arbitral internacional constituido sobre la base del capítulo XI del TLCAN, alegando que el rechazo de un permiso de construcción de una planta de tratamiento de residuos peligrosos por un municipio del estado de San Luis Potosí era equivalente a una expropiación indirecta. De nueva cuenta, los árbitros no apreciaron el impacto de la actividad económica del inversionista extranjero en materia de protección del medio ambiente y se apegaron a las disposiciones del TLCAN en materia de inversiones que no establecían ningún tipo de obligaciones al cargo del inversionista en materia de promoción de los objetivos del desarrollo sostenible. La indemnización acordada al inversionista fue de 16.7 millones de dólares. En el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos* (2001), una empresa española inició un arbitraje internacional en contra de México sobre la base del TBI entre México y España, sosteniendo que había sido víctima de una expropiación indirecta, como consecuencia de la negativa por el Instituto Nacional de Ecología de renovar su autorización para operar una planta de confinamiento de residuos peligrosos. En este caso tampoco se apreció el cumplimiento, por parte del inversionista, de las leyes mexicanas y de los

---

<sup>31</sup> Dicha planta había sido instalada a 2 kilómetros de una reserva natural y a menos de 500 metros de la comunidad indígena hñañu.

tratados internacionales en materia de protección del medio ambiente.<sup>32</sup> La indemnización otorgada a la empresa inversionista fue de 5.5 millones de dólares.

Otra razón por considerar la inclusión de disposiciones relativas a las obligaciones de las empresas de prevenir y mitigar los posibles daños ambientales que cause su actividad económica tiene que ver con los impactos ambientales de algunas inversiones extranjeras en el sector energético mexicano. Así, por ejemplo, distintas empresas, en particular, canadienses, extraen recursos naturales en México por medio del *fracking* que produce efectos nefastos para el medio ambiente.

Sin una regulación clara de la relación entre la protección de las IED y la protección del medio ambiente, el actual modelo de TBI mexicano seguirá sirviendo de base legal para que inversionistas extranjeros que desarrollen actividades, susceptibles de causar un daño ambiental de gran envergadura en el territorio nacional, gocen de importantes derechos, pero no sean deudores de ningún tipo de obligaciones convencionales de prevenir o mitigar el impacto ambiental de dichas actividades. La atracción de las IED, en ningún caso, debe seguir justificando la degradación de los recursos naturales de México y la producción de daños ambientales, en la mayoría de los casos, irreparables.

### 3. *Limitar el alcance del estándar de “trato justo y equitativo” y de la noción de “expectativas legítimas”*

Se sugiere limitar el alcance del estándar de “trato justo y equitativo”, por el de una enumeración limitativa en el texto del nuevo modelo de TBI, de conductas y medidas estatales, susceptibles de constituir un trato

---

<sup>32</sup> En sus alegatos México sostuvo que la denegación del permiso, hecha por una autoridad nacional “es un acto regulatorio dictado dentro del marco de los poderes de policía del Estado en el contexto altamente regulado y particularmente delicado de la protección del medio ambiente y de la salud de la población. Los árbitros consideraron “que no se establece” que las actividades de la empresa “comprometan la salud pública o perjudiquen el equilibrio ecológico o la protección del medio ambiente, o que sean la causa de una genuina crisis social.” Esta conclusión fue realizada sin que se entrara en un examen a fondo de los efectos potenciales de la actividad del inversionista sobre el medio ambiente y sin que se tomara en cuenta la obligación del operador económico de ejercer un deber de debida diligencia para evitar que su inversión dañe al medio ambiente.

injusto e inequitativo. En este sentido, se podría recurrir a las disposiciones de los nuevos modelos de TBI de India y Holanda para prohibir a los Estados partes someter a los inversionistas extranjeros a tratos constitutivos de violaciones de normas de derecho internacional consuetudinario mediante: “a) denegación de justicia; b) violación fundamental del debido proceso; c) discriminación por motivos manifiestamente injustificados, basadas en criterios de género, raza o creencias religiosas, entre otros; d) trato manifiestamente abusivo, como, por ejemplo, coerción, coacción o abuso; e) actos de corrupción...”.

Es de señalarse que el último TBI de México, celebrado con Emiratos Árabes Unidos, ya limita el significado del estándar de trato justo y equitativo, al equipararlo con el del estándar de trato mínimo a los extranjeros, reconocido en el derecho internacional consuetudinario.<sup>33</sup> México tradicionalmente ha argumentado que el estándar de trato justo y equitativo no puede ir más allá que el estándar de trato mínimo de los extranjeros reconocido en el derecho internacional consuetudinario. La jurisprudencia arbitral en materia de inversiones ha considerado que “son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato (...) y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables (International Thunderbird Gaming Corporation *vs.* los Estados Unidos Mexicanos 2006, párrafo 194).

No obstante, el verdadero problema tanto del estándar de trato mínimo a los extranjeros, como del de trato justo y equitativo es su vaguedad y la dificultad para determinar su contenido normativo. Como atinadamente lo señaló el tribunal arbitral en el caso *El Paso vs. Argentina* (*El Paso Energy International Company vs. The Argentine Republic* 2011), “el contenido del estándar de trato mínimo del derecho internacional está tan vagamente definido como el estándar de trato justo y equitativo (...)” (El

---

<sup>33</sup> En virtud del artículo 4o. del acuerdo: “1. Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, lo que incluye trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza: (a) los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, ni que vaya más allá de éste, y (...)”.

Paso Energy International Company *vs.* The Argentine Republic 2011, párrafo 335). Por lo tanto, si México mantiene en sus TBI una referencia al estándar de trato mínimo a los extranjeros en el derecho internacional consuetudinario, se corre el riesgo de que los árbitros internacionales vuelvan a interpretarlo de una manera extensiva. Sería preferible, en todo caso, definir expresamente en el tratado, qué actos u omisiones del Estado pueden considerarse como violatorias al trato mínimo de los extranjeros y, por ende, al trato justo y equitativo.

Asimismo, se sugiere eliminar cualquier referencia a la noción de “expectativas legítimas” de los inversionistas extranjeros del cuerpo del tratado. En este sentido, el TBI entre México y Emiratos Árabes Unidos ya excluye dicha noción del contenido de sus disposiciones. Es de recordarse que en el caso *Tecmed*, se desarrolló una noción demasiado amplia del concepto de “expectativas legítimas” del inversionista que no corresponde al estado de desarrollo del derecho internacional en esta materia.<sup>34</sup> Dicha noción ha permitido a los árbitros, llevar la protección ofrecida a los inversionistas mucha más allá que los términos del tratado cuando: “en principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar” (El Paso Energy International Company *vs.* The Argentine Republic 2011, párrafo 335). Así, por ejemplo, en los casos *Gemplus S. A., SLP S. A. y Gemplus Industrial S. A. de C. V. y Talsud S. A. vs. los Estados Unidos Mexicanos* (*Gemplus S. A., SLP S. A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. vs. The United Mexican States* 2010), dos empresas argentinas demandaron a México sobre la base del TBI entre México y Argentina, denunciando que la revocación de una concesión del servicio público había violado las expectativas legítimas del inversionista (*Gemplus S. A., SLP S.A., Gemplus*

---

<sup>34</sup> En particular, el tribunal consideró que: “Brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. (...)” (Caso *Tecmed*, párrafo 154).

Industrial S. A. de C. V. *vs.* The United Mexican States 2010, párrafos 5-7).<sup>35</sup> El tribunal consideró que las medidas gubernamentales habían sido “manifiestamente irracionales, arbitrarias y perversas, y dirigidas de mala fe contra las demandantes y sus derechos como inversionistas en virtud de los dos TBI”. Por lo tanto, estimó que se habían violado las expectativas legítimas de los inversionistas. México fue condenado a pagar una indemnización a las dos empresas de 4, 5 millones de dólares y de 6, 4 millones de dólares, respectivamente.

En vista de lo anterior, resulta urgente modificar las disposiciones de los TBI de México que incluyen referencias al “estándar de trato justo y equitativo” y a la noción “expectativas legítimas” de los inversionistas. La misma consideración es válida tratándose del concepto de “expropiación indirecta”.

#### 4. *Restringir los casos en los que las modificaciones de leyes internas pueden constituir una “expropiación indirecta”*

A la protección que los TBI de México ofrecen a los inversionistas extranjeros en cuanto a la “expropiación directa” se suma la indemnización que éstos pueden obtener por una indemnización indirecta. Como fue señalado anteriormente, la noción de expropiación indirecta es una de las más criticadas en la actualidad porque permite a un inversionista extranjero atacar cualquier medida gubernamental que interfiera negativamente con sus intereses y derechos económicos.

La existencia de una “expropiación indirecta” ha sido invocada con mucha frecuencia en los casos iniciados en contra de México ante tribunales arbitrales internacionales. Así, por ejemplo, en el caso *Metalclad*, los árbitros consideraron que la adopción de un decreto por parte del gobernador del estado de San Luis Potosí que declaró reserva ecológica

---

<sup>35</sup> Según los árbitros: “ En el preámbulo de los TBI, México se obligó a proporcionar a) condiciones favorables para las inversiones argentinas (TBI de la Argentina) y b) crear condiciones favorables para las inversiones francesas (TBI de Francia). Con respecto a las expectativas del inversionista, la doctrina ha observado que: Las expectativas legítimas del inversionista se fundarán en [un] marco legal claramente perceptible y en los compromisos y declaraciones formulados expresa o implícitamente por el Estado receptor. El retiro por parte del Estado receptor de las garantías ofrecidas por éste que originaron las expectativas legítimas, violará el principio de trato justo y equitativo”.

la zona donde se ubica un confinamiento de residuos peligrosos, operado por la empresa Metalclad constituía una expropiación indirecta de su inversión (Metalclad Corporation *vs.* The United Mexican States 1997, párrafo 103).<sup>36</sup> En el mismo sentido, en 2001, tres empresas estadounidenses productoras de jarabe de maíz de alta fructosa —Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC., Corn Products International, INC. y Cargill— demandaron a México ante el CIADI, alegando que la modificación de una la ley interna mexicana era constitutiva de una expropiación indirecta (Cargill *vs.* México 2009) (Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. *vs.* The United Mexican States 2007). Adicionalmente, México ha sido demandado por expropiación indirecta en los casos *Azinian* (Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca *vs.* Estados Unidos Mexicanos 1999), *Feldman* (Marvin Feldman *vs.* Estados Unidos Mexicanos 2002, 16), *Waste Management* (Marvin Feldman *vs.* Estados Unidos Mexicanos 2004) y los casos ya comentados *Gemplus* (Gemplus S. A., SLP S. A., Gemplus Industrial S. A. de C. V. *vs.* The United Mexican States 2010), *Tecmed* (Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. *vs.* The United Mexican States 2001) y *Abengoa* (Abengoa S. A. y Cofides S. A. *vs.* Estados Unidos Mexicanos 2013).

Es recomendable y urgente incluir en el nuevo modelo de TBI de México, disposiciones que permitan limitar y encuadrar la posibilidad para los inversionistas extranjeros de atacar medidas gubernamentales, adoptadas con base en el interés público general. En todo caso, es necesario que el nuevo modelo de acuerdo afirme el derecho legítimo del Estado receptor de las inversiones de adoptar todo tipo de medidas para regular asuntos de interés público. Los inversionistas extranjeros sólo deberían poder invocar una expropiación indirecta si dichas medidas no son adoptadas o implementadas de buena fe o si no resultan violatorias de las garantías de consistencia, transparencia y no discriminación. Los TBI de México no pueden seguir suponiendo la inmutabilidad del orden jurídico interno “y

---

<sup>36</sup> En términos de los *árbitros*: “expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State” (caso Metalclad, párrafo 103).

jugar el papel de una cláusula de estabilización específicamente diseñada en beneficio de los inversores extranjeros con los que el Estado ha firmado acuerdos de inversión” (El Paso Energy International Company *vs.* The Argentine Republic 2011, párrafo 368).

Por lo tanto, se sugiere la utilización de la redacción empleada en el nuevo modelo de TBI de Holanda para establecer que: “El simple hecho que una parte contratante adopte medidas regulatorias, incluso a través de la modificación de sus leyes, que afecten negativamente a la inversión o interfieran con las expectativas del inversionista, incluyendo sus expectativas de ganancias, no constituye una violación de una de las obligaciones del Estado en virtud del acuerdo”. Asimismo, es necesario complementarla con una fórmula, derivada de la *Third Restatement of the Foreign Relations Law of United States 1987* (Ley de Relaciones Extranjeras de los Estados Unidos, Tercera Enmienda 1987) para establecer que: “El Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de la aplicación de buena fe de leyes internas u otro tipo de medidas de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios, irrazonables o arbitrarias”. Así, correspondería a los inversionistas extranjeros demostrar que la legislación interna mexicana es aplicada de manera discriminatoria, irrazonable o arbitraria. Esto permitiría recobrar la soberanía normativa de México y evitar que se tenga que indemnizar una afectación al bienestar (económico) de un inversionista extranjero para poder proteger el bienestar general. Como lo manifestaron los árbitros en el caso *Saluka*: “Existe hoy consenso en el derecho internacional, en el sentido de que los Estados no son responsables por el pago de indemnización a un inversor extranjero cuando, en ejercicio de sus facultades regulatorias ordinarias, adoptan una norma no discriminatoria de buena fe que persigue el bienestar general” (*Saluka Investments BV vs. La República Checa* 2006, párrafo 255).

##### 5. *Modificar las disposiciones relativas al acceso de los inversionistas extranjeros a un arbitraje internacional*

Se recomienda tomar en cuenta los fundamentos de las críticas al arbitraje internacional de inversiones y limitar, en un nuevo modelo de TBI,



la posibilidad de los inversionistas extranjeros de recurrir a este mecanismo *ad hoc* de solución de controversias.

Es de señalarse que el último TBI celebrado con los Emiratos Árabes Unidos ya establece algunos límites temporales al sometimiento de la controversia, por parte de un inversionista extranjero, a un arbitraje internacional de inversiones.<sup>37</sup>

Se sugiere que en el nuevo modelo de tratado se amplíen dichos límites para dar la oportunidad al Estado de lograr una resolución pacífica de la controversia antes del inicio del arbitraje internacional. Por lo tanto, se recomienda incluir un artículo que establezca lo siguiente: “Con el objeto de resolver la controversia de forma amistosa por otros medios pacíficos, incluyendo las negociaciones, las consultas u otros mecanismos, sujetos a la intervención de un tercero imparcial, el inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte Contratante contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje cuando menos ocho (8) meses antes de que la reclamación sea presentada”.

Asimismo, se sugiere incluir en el nuevo modelo de TBI de México, el contenido del artículo 11-8 del TBI con los Emiratos Árabes Unidos, con el objetivo de fijar un periodo máximo de tres años para introducir una demanda en contra del Estado ante un tribunal arbitral internacional, que cuente a partir de la fecha en la que el inversionista tuvo o debió de haber tenido conocimiento de los hechos que dieron origen a la controversia. También se recomienda que el nuevo modelo incluya la cláusula *fork in the road*, ya insertada en el artículo 11-10 del TBI con Emiratos Árabes Unidos.<sup>38</sup> Esto reduciría significativamente la posibilidad para las empresas inversionistas de desarrollar estrategias judiciales en múltiples foros de so-

---

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, el artículo 10-2 del acuerdo establece que: “Con el objeto de resolver la controversia de forma amistosa, el inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte Contratante contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje cuando menos seis (6) meses antes de que la reclamación sea presentada”. Asimismo, en virtud del artículo 11-8 del acuerdo: “8. Una controversia podrá ser sometida a arbitraje dentro de los siguientes tres (3) años a partir de la fecha en que el inversionista o la empresa de la Parte Contratante contendiente, que es una persona moral que el inversionista posee o controla, tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de los hechos que dieron lugar a la controversia”.

<sup>38</sup> Según dicha disposición: “Si el inversionista o una empresa propiedad del inversionista o controlada por éste presenta la controversia referida en los párrafos 1 ó 2 anteriores ante un tribunal administrativo o judicial competente de la Parte Contratante, la misma

lución de controversias, para así obligar al Estado a desperdiciar recursos y tiempo para responder a sus estrategias de litigio.

Adicionalmente, se sugiere que se considere la posibilidad de que las partes, mediante un mutuo acuerdo, decidan que los árbitros sean nombrados por una autoridad neutral, por ejemplo, por la Secretaría del CIA-DI.<sup>39</sup> De esta manera, se lograrían evitar los posibles conflictos de intereses de los árbitros y preservar al máximo su necesaria independencia e imparcialidad.

Finalmente, también se recomienda que el nuevo modelo de tratado regule cuestiones de ética de los árbitros. En este sentido, se podría incluir una referencia directa al Código de Ética de la CNUDMI o al de la *International Bar Association* (IBA). Con el mismo fin, se podría incorporar una referencia al artículo 1428 del Código de Comercio Mexicano.<sup>40</sup> Las normas sobre ética de los árbitros ya figuran en los reglamentos de arbitraje; no obstante, al elevarlas al texto del TBI se lograría unificar los criterios aplicables en la materia y mostrar la importancia que esta cuestión reviste para recobrar parte de la legitimidad perdida del arbitraje internacional de inversiones.

---

controversia no podrá ser sometida a arbitraje de conformidad con lo establecido en esta Sección”.

<sup>39</sup> De ahí que se puede adoptar la siguiente redacción de un artículo, inspirándose del nuevo modelo de TBI de Países Bajos: “1. A menos que las partes contendientes acuerden otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada parte contendiente nombrará un árbitro, y las partes contendientes nombrarán de común acuerdo al tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral. 2. Las partes pueden acordar que los miembros del tribunal arbitral sean nombrados por una Autoridad central: el Secretario General del CIADI para los procedimientos que se celebren bajo los auspicios de este Centro o el Secretario General de la CPI para los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”.

<sup>40</sup> En virtud de dicho artículo: “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 863-894.

## V. CONCLUSIÓN

La actual regulación jurídica de los flujos de IED en el plano global no aporta respuestas eficaces a algunos “efectos perversos” de la liberalización y desregulación de dichas operaciones: entre otros, degradación del medio ambiente, “dumping jurídico”, violaciones de derechos humanos e inexistente “responsabilidad social” de las empresas inversionistas. Ante la gravedad de dichos fenómenos, la reforma del régimen jurídico de los TBI se torna apremiante para todos los países, incluyendo México. La ausencia de una instancia multilateral que adopte modificaciones aplicables en el plano global, implica que la única vía para reformar dicho régimen sean las modificaciones unilaterales o selectivas de los modelos de TBI.

La gran desventaja de estas modificaciones se relaciona con el concepto de *forum shopping* o la posibilidad que tienen los actores económicos de escoger entre los “foros” disponibles aquéllos que resulten más favorables para la defensa de su “causa”. En el caso de una modificación selectiva de sólo algunos TBI, los inversionistas extranjeros podrían escoger instalarse en el territorio de los Estados que ofrezcan condiciones “más favorables” para el desarrollo de sus actividades económicas. Consecuentemente, la principal cautela de los Estados ante la adopción de nuevos modelos de TBI tiene que ver precisamente con la posibilidad de “asustar” a las IED y de provocar su “huida” hacia el territorio de otros países.

En este sentido, tal vez, la negativa actual de México de adoptar un nuevo modelo de TBI tenga que ver con la potencial pérdida de su carácter atractivo para las IED. No obstante, la decisión de un inversionista extranjero de instalarse en el territorio de un Estado no se basa únicamente en el contenido de sus TBI, sino que toma en cuenta factores más amplios, asociados con el denominado “riesgo país” (situación política, sistema bancario, imposición de restricciones comerciales, riesgos de expropiación, comportamiento de los consumidores, medidas fiscales, bloqueo de transferencia de fondos o no convertibilidad de divisas, burocracia gubernamental, corrupción, tasas de interés, tipos de cambio, nivel de inflación, crecimiento del PIB, tasas de desempleo, etcétera). Por ende, los efectos negativos de una modificación del marco jurídico internacional protector de las IED sobre la atracción de dichas operaciones no deben ser exagerados y sus consecuencias positivas serían, en todo caso, superiores.

## VI. REFERENCIAS

- Abengoa S. A. y Cofides S. A. *vs.* Estados Unidos Mexicanos. 2013. ARB(AF)/09/2.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, EUM-ESP, 10 de octubre de 2006.
- Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. *vs.* The United Mexican States. 2007. ARB (AF)/04/5.
- BOEGLIN, Nicolas. 2013. "ICSID and Latin America: Criticisms, withdrawals and regional alternatives". Disponible en <https://www.bilaterals.org/?icsid-and-latin-america-criticisms&lang=en>.
- Cargill *vs.* México, 2009. ARB(AF)/05/2.
- CNUCED. 2015, Transformation du régime des accords internationaux d'investissement, Note du Secretariat.
- Conférence des Nations Unies Sur le Commerce et le Développement (CNUCED). 2012. *Transparency: A Sequel, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II*, ONU, Nueva York y Genève.
- DUPRÉ, Mathilde. 2017. *L'arbitrage d'investissement à la croisée des chemins, Alternatives Économiques*. Disponible en <http://www.veblen-institute.org/L-arbitrage-d-investissement-a-la-croisee-des-chemins.html>.
- EL Paso Energy International Company *vs.* The Argentine Republic. 2011. ARB/03/15.
- FAYA RODRIGUES, Alejandro. 2013. "¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo": 219-246. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf>.
- Gemplus S. A., SLP S. A., Gemplus Industrial S. A. de C.V. *vs.* The United Mexican States. 2010. ARB(AF)/04/3. ARB(AF)/04/4.
- Hulley Enterprises Ltd. *vs.* Fédération de Russie, 2005. AA 226.
- International Thunderbird Gaming Corporation *vs.* los Estados Unidos Mexicanos, Laudo arbitral TLCAN. 2006. párrafo 194.
- JOHNSON, Lise y VOLKOV, Oleksandr. 2016. *State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law*. [https://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/#\\_ftn3](https://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/#_ftn3).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 863-894.

- Marvin Feldman *vs.* Estados Unidos Mexicanos. 2002. ARB (AF)/97/2
- MENA, Paul. 2010, *Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones*. [https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100915\\_ecuador\\_fin\\_tratados\\_bilaterales\\_inversiones\\_jp](https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100915_ecuador_fin_tratados_bilaterales_inversiones_jp).
- Metalclad Corporation *vs.* The United Mexican States. 1997. ARB(AF)/97/1.
- MONHEBURRUN, Nitish. 2014. “Essay on unequal treaties and modernity through the example of bilateral investment treaties”, *Brazilian Journal of International Law*, vol. 11.
- MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S. A. c. República de Chile. 2004. ARB/01/7, párrafo 113.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). 2009. Contribution des accords internationaux d’investissement à l’attrait des pays en développement pour l’investissement étranger direct, Études de la CNUCED sur les politiques d’investissement international au service du développement, publication de l’ONU, New York.
- PEACOCK, Nicholas, SURTANI, Donny y VENUGOPAL, Kritika. 2016. *India seeks to re-negotiate Bilateral Investment Treaties with over 47 countries*. Disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e9408e6c-fa1b-47cf-9206-8517de5ac5fc>.
- RANJAN, Prabhash, VARDHANA, Harsha Singh, JAMES, Kevin y SINGH, Ramandeep. 2018. “India’s Model Bilateral Investment Treaty: Is India Too Risk Averse?”, *Brookings India IMPACT*. Series núm. 082018.
- RIPINSKY, Sergey, “Venezuela’s Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve”. <https://www.iisd.org/itm/fr/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>.
- Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca *vs.* Estados Unidos Mexicanos. 1999. ARB(AF)/99/1, 16.
- Saluka Investments BV *vs.* La República Checa. 2006, 255.
- SLOSS, David y VAN ALSTINE, Michael, 2015, “International Law in Domestic Courts”. *Faculty Scholarship at Santa Clara Law Digital Commons*. <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>.
- Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S. A. *vs.* Argentine Republic 2018. ARB/03/17, párrafo 207.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2000. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague Kluwer Law International: 408.

- Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. *vs.* United Mexican States 2003. ARB(AF)/00/2, párrafo 154.
- The Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), 2014, *After South Africa, Indonesia takes a brave decision to terminate its Bilateral Investment Treaty with the Netherlands*. <https://www.somo.nl/after-south-africa-indonesia-takes-a-brave-decision-to-terminate-its-bilateral-investment-treaty-with-the-netherlands/>.
- Total S. A. *v.* República Argentina. 2016. ARB/04/01, párrafo 122.
- Transnational Institute (TNI). 2020. *México profundiza derechos a los inversores extranjeros a pesar del alto número de demandas*. Disponible en <https://isds-americalatina.org/mexico/#notexi>.
- Transnational Institute (TNI), s. d., “Abengoa *v.* México”. Disponible en <https://isds-americalatina.org/casos/abengoa-v-mexico/>.
- VALERO, Carmen. 2016. “Juicio en Alemania al ‘cerrojazo’ nuclear de Merkel”. Disponible en <http://www.elmundo.es/economia/2016/03/12/56e326fb22601dae268b45a5.html>.
- VALVERDE, Max. 2008. “Bolivia se margina del CIADI”. Disponible en <https://ictsd.iisd.org/bridges-news/puentes/news/bolivia-se-margina-del-ciadi>.
- VERBEEK, Bart-Jaap y KNOTTNERUS, Roeline. 2018. *Le projet 2018 de TBI néerlandais: évaluation critique*. Disponible en <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus/>.
- Veteran Petroleum Ltd. *vs.* Fédération de Russie. 2005. AA 228.
- Waste Management, Inc. *vs.* Estados Unidos Mexicanos. 2004. ARB(AF)/00/3.
- Yukos Universal Ltd. *vs.* Fédération de Russie. 2005. AA 227.

---

---

## **BIBLIOGRAFÍA**

---

---



PINA, Teresa. 2018. *Derechos humanos: o que está por fazer no século XXI*. Editora Temas e Debates.

## I. INTRODUCTION

The most important moment in the history of human rights was, in the post-World War II period, giving rise to the creation of the United Nations (UN) and the proclamation of the Declaration of Human Rights on 10 December 1948.

Despite its extreme importance, the Declaration of Human Rights does not legally bind all Member States, which has often lead to its lack of effectiveness.

Thus, almost 70 years after the Declaration of Human Rights, the difficulty in protecting them led the Secretary General of Amnesty International in 2016, Salil Shetty, to question the efficacy of the current system of human rights protection in the world, since it has proven incapable of solving problems such as the migration crisis in Europe, police violence, prisoners of conscience, the right to privacy and freedom of expression among others.

On the 70th anniversary of the Declation of Human Rights many of these difficulties are masterfully addressed by Teresa Pina, in the book.

The author is a law graduate. She was a journalist for “Sic Notícias” for almost ten years. She holds a Master’s degree in Human Rights from Birkbeck College, University of London, where she collaborated with the International Secretary of Amnesty International. In Portugal, she was the Executive Director of the Portuguese section of Amnesty from 2012 to 2016 and is a PhD student in Public Policy at ISCTE in Lisbon.

With the certainty that human rights are not guaranteed, Teresa Pina’s book provides a comprehensive, up-to-date narrative account of human rights, showing both mistakes and successes in the performance of Amnesty International, indicating paths for the future.

Teresa Pina reflects on important themes and recent historical events such as the “Arab Spring” and political prisoners, the right to privacy and freedom in *online* reality, economic rights when austerity policies are ad-

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 897-902.

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

opted by the Member States for the recovery of economies, and racism, and the problem of refugees.

With a narrative that grips the reader from the first to the last page, the author makes the reader reflect on the need to extend the concept and protection of human rights beyond the rights of political prisoners or refugees.

The author portrays the setbacks that have occurred in recent decades, exemplifying and personifying these, giving face and name to the violations through their humanization. Thus, far from sticking to data and statistics, she manages to convey the humanity underlying human rights and their violations today.

## II. THE BOOK

The book is organized into three parts. The first, in three chapters, presents the important theme of freedom of expression in the digital age. The second, in two chapters, relates human rights to economic and social rights and the social economic crisis. The third and final part, also in two chapters, deals with discrimination and refugees.

Finally comes the conclusion, in which the author returns to the themes addressed in the preceding chapters, in the order in which they were introduced, presenting the issues in a succinct way, seeking possible solutions and paths, with a national (Portugal, in this case) and European agenda to broaden and make effective the protection of human rights in the 21st century. After the conclusions is the bibliography of the work.

In total, the book has seven chapters of 322 pages. At the end of each chapter are the notes indicating the depth of the research, although the flow of the text does not resemble an academic text.

The book begins by recounting the arrest, hunger strike and release of Luaty Beirão, who writes the preface to the book. Rapper and Portuguese-Angolan activist, Luaty was sentenced to six years in prison for organizing a peaceful demonstration in favor of human rights in Angola. The situation exposes the limits to human rights and their violations in Angola, where the case has become a real matter of life and death.

On the basis of this example, the author reflects on the delicate issue that is sometimes ignored by many, namely the existence of prisoners of

conscience in the 21st century throughout the world. In the second chapter, Raif Badawi narrates the account to explain the movement known as the “Arab Spring” and its outcome in Egypt, Tunisia, Libya, Syria and Saudi Arabia. The activist and blogger was arrested and sentenced in Saudi Arabia in 2014 to 10 years in prison with 1.000 lashes, on charges of insulting Islam through electronic means.

Through this example, the author demonstrates how the technological revolution; the use of mobile phones with *Internet* and social networks, mobilized society and threatened dictatorial governments in North Africa and the Middle East. She recalls that the opportunities brought about by technology have also made it possible to track people by digital means.

The author links this to the third chapter of the book, which introduces the theme of freedom of expression and *online* privacy and their relationship with serious human rights violations. Once again personifying and humanizing the issues, the author recounts the story of Edward Snowden.

Snowden was a systems analyst, a former CIA systems administrator and former NASA contractor, who became famous for making public, details of programs that revealed a global NASA surveillance system vis-à-vis the U.S. and world citizens.

His courage cost him forced exile in Moscow since he was considered a traitor in the United States. He denounced a veritable worldwide espionage system, committed not only by the United States but also by private companies.

The invasion of privacy and mass surveillance, often justified by the United States as a means of preventing terrorist attacks, has been condemned and considered by the UN a serious violation of human rights.

The second part of the book addresses the violation of human rights through world economic crises, relating them to the austerity measures adopted by the United States.

In an innovative approach, the author pays attention to the fact that austerity measures always reach the most vulnerable, poor and needy part of society, such as children, the elderly and minorities, citing, in the case of Portugal, the Roma community.

The author thus relates the management of public resources to human rights, emphasizing that the financial difficulties encountered by states in managing crises cannot result in the suppression of rights.

Teresa Pina invokes the right to access justice as well as human rights since in the face of an economic and social crisis, every citizen should have the possibility to judicially demand from the state their right to housing, health and food.

The third and last part of the book is dedicated to discrimination and refugees, addressing the issues of racism of the descendants of Africans, foreigners and the Roma community.

At this point, it is worth making a minor criticism of the author's approach, which on several occasions relates racism to the violent action of the police in Portugal. With the focus on police violence, the author sometimes avoids the main issue of this chapter and addresses aspects which should not be deemed racist, such as acts of violence against journalists and demonstrators.

Pursuing this connection of racism with the police force, the author deals superficially with other types of discrimination, such as those pertaining to the Chinese, Ukrainians and Brazilians, without developing the subject.

Thus, the author misses the opportunity to express herself on other aspects of racial discrimination in Portugal and in the European community, not giving the theme the breadth and depth it deserves.

The seventh and last chapter of the book deals with the crisis of refugees in the European Union, when in 2015, it experienced the biggest migration crisis since World War II.

The author is right in leaving to the end of the book a question that is closely linked to human rights, showing that these are not only limited to the question of refugees, a theme which represents and illustrates the problem universally.

Teresa Pina explains in a clear and timely way the economic, political and social crises that Europe has gone through in recent decades, its relationship with the *Arab Spring* and the origin of the fugitives from war, clarifying that they are not only from Syria, but also from Iraq, Afghanistan and other countries.

The book conveys a little of the role of countries that have stood out, either to welcome refugees, despite serious consequences for their economy, such as Greece and Germany, and others that have not received a single refugee, such as Poland, and Hungary.

A parallel with other non-European countries is also drawn, such as Uganda, which has welcomed three times more refugees than those who crossed the Mediterranean towards Europe.

In this chapter, the lack of cohesion in the response of the European Community to the migration of refugees is addressed, whereby the EU did not know how to act as a bloc in providing humanitarian aid for a more effective solution to the problem.

As a result, intolerance and xenophobia has grown on the continent, not only with regard to refugees, but also with regard to minorities, a scenario that is aggravated by the economic crisis and the policies of austerity.

The author points out that the consequences of Europe's cohesive inaction in relation to the refugee crisis are in the rise and also in the victory of extreme right wing parties not only in Europe, but in the world, the Brexit victory in 2016 in the United Kingdom, and the return of populism and nationalism.

The book takes a critical position, not only of Portugal but also in relation to Europe regarding the lack of reception, asylum and relocation of refugees, as well as the lack of uniformity and cohesion in response the issue.

Finally, the last chapter of the book is dedicated to pointing the way towards a global human rights agenda, with the suggestion of measures to be adopted at national level (Portugal) as well as by the European Union, so that the human rights violations, addressed throughout this book, are more effectively dealt within the near future.

### III. CONCLUSION

It is a topical and necessary book, which has the potential to be translated into other languages besides Portuguese, in order to reach a wider readership.

Although its main focus is on Europe and Portugal, with some references worldwide, it can be said that the issues addressed by the author are of global interest, requiring the reader to reflect deeply on this subject.

The author's approach to such harsh and serious human rights violations is recounted in a light, delicate, personified, humanized and coherent way.

With a portrait of the fragility of police relations between the countries of the European Union, which has led to human rights violations that we already thought were outdated, the author's reflections serve as a compass of what can happen and of what should be done in relation to human rights after the health crisis and its unfolding caused by the *Covid 19* pandemic, and other crises, that will certainly follow.

Giselle BERAN MEDELLA D'ALMEIDA\*

---

\* ORCID: 0000-0002-8733-7292. Doctoranda en Derecho en la Universidad Nova de Lisboa. Máster en Derecho en Acceso a la Justicia por la Universidad Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil. Graduada por la UERJ - Universidad Estadual do Rio de Janeiro en 1998. Defensora Pública de Rio de Janeiro con entrada en la carrera en 2001, habiéndose dedicado principalmente en las áreas civil y de familia. Miembro del CEDIS - Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho y la Sociedad (Universidad Nova de Lisboa). Mediadora del IMAP (Instituto de Mediación y Arbitraje de Portugal). Correo electrónico: [gisaberan@hotmail.com](mailto:gisaberan@hotmail.com)

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 897-902.

MORALES SÁNCHEZ, Julieta. 2018. *Migración irregular y derechos humanos*. México. Tirant lo Blanch, 566 pp.

En mi prólogo a esta obra evoqué la imagen fotográfica del niño Aylan Kurdi, nacido en Kobane, Siria, en 2012, y muerto en una playa de Turquía el 2 de septiembre de 2015. Fue uno de los testimonios más elocuentes sobre el drama universal de la migración irregular. También hay constancias equivalentes de México y los Estados Unidos de América, a raíz del torrencial movimiento migratorio que se presentó en 2018 y continuó en 2019. A este fenómeno universal, con diversas expresiones regionales, se refiere la obra que ahora comento.

La autora, Julieta Morales Sánchez, es licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas y obtuvo el doctorado, con excelencia, en la Universidad Nacional Autónoma de México. Además, es doctora por la Universidad de Castilla La Mancha. Se desempeña como catedrática de la UNAM y ha impartido cursos y conferencias en varios planteles, nacionales y extranjeros. Se distingue en el tratamiento de temas constitucionales e internacionales. Entre sus actividades académico-administrativas figura la Dirección del Centro Nacional de Derechos Humanos, de la Comisión Nacional de esta materia. Somos coautores de una obra en torno a los derechos humanos en la Constitución mexicana a partir de la reforma de 2011.

La doctora Morales no se limita a exponer la regulación jurídica de la migración indocumentada. También atrae datos indispensables sobre los procesos migratorios y sus numerosas implicaciones políticas, sociales, económicas y culturales. No pretende hacer un tratado de sociología, economía o política sobre la migración irregular, pero tampoco ignora que el puro examen normativo sería insuficiente si no se provee al lector con elementos de comprensión y juicio acerca de la realidad en que se desenvuelve el fenómeno examinado.

Es indispensable considerar la migración irregular desde la perspectiva de los derechos humanos. En el orden internacional —o supranacional— se ha puesto énfasis en la necesidad de brindar medidas especiales de protección a los integrantes de ciertos grupos o sectores sociales a los

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 903-907.

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



que se suele identificar como “vulnerables”. De ello se han ocupado en el medio americano diversos pronunciamientos y recomendaciones de la Cumbre Judicial Iberoamericana, señaladamente las Reglas de Brasilia y el Protocolo de Santiago de Chile sobre acceso a la justicia, que la autora de esta obra invoca y analiza.

En la relación de personas y grupos vulnerables figuran las mujeres, los niños, los indígenas —y los afrodescendientes—, las personas mayores y quienes enfrentan diversas formas de discapacidad, los sujetos privados de libertad, los integrantes de distintos grupos minoritarios y, por supuesto, los migrantes y las víctimas de desplazamiento forzado, tanto interior como internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado consideraciones orientadoras —demás de vinculantes— acerca de los derechos de los migrantes y la prevalencia de éstos frente a políticas demográficas, laborales o económicas de los Estados, que pudieran traer consigo vulneración de esos derechos primordiales.

En este punto, la autora comparte el criterio sustentado por la Corte Interamericana: “el hecho de entrar a un país distinto del propio violando sus leyes de inmigración no supone la pérdida de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y tampoco suprime la obligación del Estado receptor de protegerlos”. El Estado puede regular sus fronteras, fijar políticas de migración y disponer la deportación de migrantes indocumentados, “pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tienen las personas: su vida, libertad y dignidad. Hay que reprobamos las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de ella”.

Al examinar los “hechos de la migración”, la autora pasa revista a las corrientes migratorias en diversos lugares del planeta. Son situaciones ampliamente observadas en el pasado, que en la actualidad revisten características especiales. Se han “visibilizado”, como nunca antes, merced a los medios de comunicación que siguen la huella de estos procesos. Para dar cuenta de estos hechos, se acude a diversas fuentes, entre ellas las provenientes de la Oficina Internacional para las Migraciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

En el cimiento de los derechos fundamentales se halla el concepto de dignidad humana, que ha recibido consideración destacada por parte de la doctora Morales. En su obra se hace referencia al orden constitucional moderno. Son ejemplo —que menciona la autora— las Constituciones de

Alemania, España, Brasil, Ecuador y República Dominicana. También la mexicana se ha ocupado de esta cuestión destacada, aunque debió hacerlo con mayor énfasis en el artículo 1o reformado en 2011.

La doctora Morales analiza la conocida tensión entre el derecho internacional y la normativa constitucional interna, tensión que se puede reflejar en la deficiencia tutelar de los derechos humanos. Se alude a este asunto bajo un epígrafe revelador: las “rivalidades decimonónicas”. La autora se pronuncia por el valor supremo del ser humano, con todo lo que ello entraña a la hora de interpretar las normas bajo el principio “pro persona”. Cuando la doctora Morales aborda —en el tercer capítulo de la obra—, el “derecho internacional de los derechos humanos de migrantes”, examina esa relación entre el derecho interno y el internacional

Un punto interesante en la reflexión de la doctora Morales es el concerniente a la “justificación” del fenómeno migratorio, y consecuentemente de la conducta de quienes abandonan su territorio y buscan lugar de refugio. Se pregunta: estos migrantes ¿actúan en estado de necesidad, que sería una causa de justificación o licitud incluso bajo la óptica muy severa del orden punitivo? Ver las cosas de esta manera —expresa la autora— pudiera parecer un “atrevimiento académico”; afirma que “el estado de necesidad (...) justifica las conductas y las convierte en acciones legítimas no punibles”. He aquí una sugerente “reflexión ante la realidad (...) creciente de la migración irregular”.

En la obra que comento desfilan varios temas específicos: así, el derecho a la igualdad y la no discriminación, cuestiones de primer orden en este campo. El tratamiento de la materia se hace con triple sustento: doctrinal, normativo y jurisprudencial. En el marco de las consideraciones correspondientes, aparecen las decisiones de la Corte Interamericana y se examina la diferencia que media entre discriminación y distinción. La doctrina “busca la igualdad en la diferencia”. Es aquí donde rige —en mi concepto— el indispensable principio de especificidad, que complementa y perfecciona el de igualdad formal; el dato de la especificidad sustenta la orientación social del derecho; en él se funda la pretensión de equidad que avanzó a lo largo del siglo XX.

La autora también se ocupa de los ingentes problemas que suscita la práctica efectiva de los derechos humanos en condiciones económicas sumamente desfavorables para sus titulares. Menciona una antinomia: “¿Derechos civiles y políticos *versus* derechos económicos, sociales y culturales?”. A partir de este planteamiento, se alude a las “defensas” que

elevan los Estados para incumplir obligaciones nacionales o internacionales relacionadas con los derechos humanos. El parecer de la tratadista es claro: “un argumento no puede ser la falta de recursos para garantizar derechos humanos de migrantes indocumentados; tampoco es argumento el que dichos derechos son normas programáticas de realización futura e incierta (...). La obligación del Estado en este sentido es indeclinable”.

En este libro se reflexiona sobre el derecho emergente en Europa y América en torno a la “regionalización”. En aquél figuran, desde luego, numerosos pronunciamientos relacionados con los procesos migratorios. Hay detallada referencia a este punto, con importantes consideraciones críticas, como ocurre en el examen de la “Directiva Retorno” en el ámbito europeo. Se trata —dice la doctora Morales— de un instrumento de des- embarazo, “muestra de la aplicación de prejuicios y arbitrariedades violatorias de derechos humanos de los migrantes indocumentados (...) Son este tipo de disposiciones justamente las que deben evitarse en los países americanos y en cualquier punto del orbe”. Aquéllas “impiden el adecuado funcionamiento de los órganos de justicia constitucional y el necesario diálogo de la justicia nacional e internacional para la protección efectiva de los derechos humanos”. La autora expone señalamientos críticos semejantes en torno a las decisiones ejecutivas del presidente de los Estados Unidos y a la posición adoptada por la Suprema Corte de ese país.

Debo destacar la revisión que se hace acerca de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, especialmente en Europa y América. En este ámbito descuellan los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de cuyo plausible desempeño hay constancia en este libro, la Corte de Estrasburgo y la mencionada Corte de San José, con eficacia vinculante, cuestión que también examina la doctora Morales.

Es relevante el panorama sobre el papel que en este espacio compete a los tribunales constitucionales, llamados a proteger los derechos humanos. A este respecto, abundan la información y las reflexiones sobre jurisprudencia en Alemania, España, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y México. En el examen de la jurisprudencia europea surgen algunas cuestiones, entre ellas el criterio del Tribunal Constitucional de España acerca de la relación entre dignidad humana y derechos individuales en el supuesto general y en la hipótesis de ciertos grupos, como los migrantes. Se menciona una “graduación” de la tutela de derechos y se formula una pregunta inquietante: “si la postura es que todo derecho está

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 903-907.

vinculado a la dignidad pero existen intensidades (en esa vinculación), entonces ¿las intensidades ya están determinadas *a priori* o se deben precisar por el tribunal en cada caso concreto y con base en qué criterios?”.

En el mismo panorama jurisprudencial, la autora se refiere a decisiones de tribunales americanos. Subraya el criterio adoptado en 2009 por la Corte Suprema de Argentina y fija su propio parecer: “en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (...) si lo que siempre ha prevalecido y debe prevalecer es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia (...) ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada”.

Por supuesto, la doctora Morales trae a cuentas la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México: se concibe la dignidad como “derecho absolutamente fundamental”; y se reconoce que “en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás”.

La obra de la doctora Morales Sánchez se refiere al “control de convencionalidad”, concepto generado a partir de mis votos concurrentes en el caso *Mack Chang*, y posteriormente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A este respecto, reiteraré lo que expuse en el prólogo al libro que ahora comento:

el control de convencionalidad es un tema abierto a la reflexión ponderada, cuidadosa, que considere todos los aspectos de esta figura, sus implicaciones y su destino natural. Esa reflexión permitirá precisar la naturaleza y los alcances del control, así como sus aplicaciones, sujetos y efectos, consecuencias y resultados, considerando que el control sirve a dos finalidades principales: la protección de derechos internacionalmente reconocidos por parte de los tribunales internos —¿y otros órganos del poder público?— y la formación del deseable *jus commune* en la región americana, que se halla en marcha.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.