

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 159

Nueva Serie Año LIII Número 159 Septiembre-Diciembre 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 159, septiembre-diciembre 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 Ortíz 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: 7 de mayo 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

- | | |
|---|--|
| Piedad Lucía BARRETO
GRANADA
Mariutsi Alexandra OSORIO-
SANABRIA | Análisis comparado de la adopción de go-
bierno abierto en países de América Lati-
na 911 |
| Felipe CANAN
Fernando Augusto
STAREPRAVO | Direito constitucional ao esporte nos países
de língua portuguesa 951 |
| Fernando CASADO
GUTIÉRREZ | La influencia del Convenio 169 de la OIT
en la <i>justiciabilidad</i> de los derechos indígenas
a través de la jurisprudencia en los países
del nuevo constitucionalismo latinoameri-
cano 977 |
| Maurício DA CUNHA
SAVINO FILÓ | Aspectos da formação jurídica do Estado
brasileiro. 995 |
| Fidel GARCÍA
GRANADOS | La autonomía municipal y la conservación
de la biodiversidad en México 1027 |

Ricardo DE MACEDO MENNA BARRETO	Ideología y prejuicio en el discurso judicial: estudio de caso desde una crítica lingüística del derecho 1053
Daniel Francisco NAGAO MENEZES Gerson LEITE DE MORAES	Evolución de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil y la incorporación de la innovación 1087
Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA	Las sociedades de convivencia en Cam- peche. Reconocimiento de la diversidad o discriminación 1117
Mauro Arturo RIVERA LEÓN	De directores y orquestas: análisis compa- rado de la posición institucional del Conse- jo de la Judicatura Federal en México 1139
Carlos RUIZ MIGUEL	Las transformaciones jurídico-políticas de la Gran Bretaña ¿camino sin retorno? 1181
Marcus FIRMINO SANTIAGO	The 1988 Brazilian Constitution and its Country Project: is There Still Room to Dream 1207
Gonzalo SEVERIN FUSTER	La terminación unilateral de los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios UNIDROIT sobre contratos co- merciales internacionales 1235

Joyce VASCONCELOS
Grasielle VIEIRA
Fran ESPINOZA

Aborto no contexto do movimento femi-
nista: comparando Brasil e Uruguai 1269

BIBLIOGRAFÍA

Sergio GARCÍA
RAMÍREZ

Gómez González, Arely (coord.). 2016. *Re-
forma penal 2008-2016. El sistema penal acusa-
torio en México*. México. Instituto Nacional de
Ciencias Penales. 1032 pp. 1303

David LÓPEZ
JIMÉNEZ

Pérez Gallardo, Leonardo B. (coord.).
2017. *Contratación electrónica y protección de los
consumidores*. Madrid. Reus. 337 pp. . 1311

Eduardo TORRES
ALONSO

Barceló Rojas, Daniel, Díaz Ricci, Sergio,
García Rocha, Sergio y Guimarás Teixei-
ra Rocha, María Elizabeth (coords.). 2020.
*COVID 19 y parlamentarismo. Los parlamentos
en cuarentena*. México. Universidad Nacio-
nal Autónoma de México, Instituto de In-
vestigaciones Jurídicas-Instituto Iberoame-
ricano de Derecho Parlamentario-Instituto
de Derecho Parlamentario. 344 pp. . 1319

ARTÍCULOS

ANÁLISIS COMPARADO DE LA ADOPCIÓN DE GOBIERNO ABIERTO EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA*

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE ADOPTION OF OPEN GOVERNMENT IN LATIN AMERICAN COUNTRIES

Piedad Lucía BARRETO GRANADA**

Mariutsi Alexandra OSORIO-SANABRIA***

RESUMEN: Gobierno abierto (GA) es un concepto nuevo en el mundo, el cual propone escenarios conversacionales con el ciudadano y esto puede marcar una diferencia en la co-construcción de las democracias modernas. El objetivo de este artículo es analizar los avances de la implementación de políticas de GA en América Latina. Se trata de una investigación descriptiva comparativa basada en una revisión de literatura y en los planes de acción en GA de Brasil, Chile, Colombia, México y Uruguay. Los hallazgos muestran que existe un esfuerzo por generar modelos conversacionales, presentándose coincidencias en actividades orientadas a hacer transparente el manejo de recursos

ABSTRACT: Open Government (GA) is a new concept that proposes conversational scenarios with the citizen that could make a difference in the co-construction of modern democracies. The purpose of this article is to evaluate if the implementation of GA policies has improved the capacity of the State to meet the needs of citizens. This descriptive comparative research includes a review of the scientific literature and analysis of the GA action plans of Brazil, Chile, Colombia, Mexico and Uruguay. The results show that there is an effort to generate conversational models, coincidences in activities to do transparent the management of public resources and the opening

* Recibido el 20 de abril de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

Este trabajo es resultado del proyecto de investigación INV 2143 financiado en el marco de la Convocatoria CONADI de proyectos generales 2018, en el cual colaboran la Universidad Cooperativa de Colombia y la Universidad Pontificia Bolivariana.

** ORCID: 0000-0002-5153-1907. Coordinadora de la Maestría en Propiedad Intelectual y profesora de la Universidad Cooperativa de Colombia-Sede Bogotá, Facultad de Derecho. Línea de investigación en propiedad intelectual y sociedad de la información. Correo electrónico: piedad.barreto@campusucc.edu.co.

*** ORCID: 0000-0001-7375-3052. Estudiante de Doctorado en Ingeniería y Magíster en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana. Líneas de investigación en gobierno digital, gobierno abierto y datos abiertos. Correo electrónico: mariutsi.osorio@upb.edu.co.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

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

públicos y la apertura del poder judicial en el camino de construir una justicia abierta para superar crisis de confianza.

of the judiciary in the way of building an open justice to overcome a crisis of confidence.

Palabras clave: gobierno abierto, América Latina, transparencia pública, participación ciudadana, colaboración.

Key words: Open government, democracy, Latin America, public transparency, citizen participation, collaboration.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Metodología.* III. *GA y sus ejes de desarrollo.* IV. *Comparación del desarrollo de GA en países de América Latina.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los desafíos del gobierno abierto (GA) plantean una permanente reflexión para el sector público sobre la relación con los ciudadanos, sus necesidades, la capacidad del Estado de prestar los servicios públicos que estos requieren y propiciar cambios en el rol de “subordinación y sujeción, de pasividad y de no capacidad de intervención” del ciudadano (Subirats en Naser *et al.* 2017, 203) en el ejercicio de co-crear y producir valor social. Es así como se consideró pertinente revisar los avances que Brasil, Chile, Colombia, México y Uruguay han tenido en GA y sus tres ejes fundamentales: la transparencia pública, la participación ciudadana y la colaboración, y con ello analizar si su implementación en estos países ha contribuido a optimizar la capacidad del Estado para atender las necesidades de los ciudadanos como camino para la construcción de una “democracia más allá de las urnas” (AGA 2019) y fortalecer mediante las nuevas tecnologías el ejercicio de una democracia activa.

Fomentar, desarrollar e implementar políticas y estrategias de GA en el mundo es una labor que apenas comienza, y de esto dan cuenta estudios previos que analizan políticas, estrategias e iniciativas, entre otros, alrededor de los tres ejes fundamentales de GA, y si bien existen estudios de países de la región, son pocos los análisis comparados que se han realizado sobre América Latina, e igualmente es importante resaltar el lente particular de análisis que ofrece este documento con la selección de fuente que se proponen.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

II. METODOLOGÍA

Se trata de una investigación básica con fuentes de información cualitativa y un alcance descriptivo-comparativo; es descriptiva en la medida que permite la identificación de los elementos del concepto de GA, hacerles seguimiento a través del tiempo mediante la obtención secuencial de datos para poder analizar objetivamente sus características y particularidades (Hernandez Sampieri *et al.* 2014); y es comparativo porque destaca similitudes, diferencias y permite “establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos” (Villabella Armengol 2015, 940).

1. *La planificación para la recolección de información*

En este documento el lente particular de análisis se construyó a partir de las siguientes fuentes: a) la base de datos Scopus con la finalidad de identificar y presentar el estado del arte sobre los conceptos de GA a partir de una revisión de literatura desde 2011 (fecha de creación de la Alianza para el Gobierno Abierto) a 2019; b) los planes de acción de GA vigentes de los países seleccionados para el estudio, y c) los informes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre GA a partir de los resultados obtenidos con el Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe.

2. *Criterios de selección de países*

Para la selección de los cinco países en estudio se tuvieron en cuenta: a) que pertenecieran a la AGA desde su creación en 2011, b) que fueran líderes en la región en el uso de TIC en la gestión pública según el Índice de Desarrollo de Gobierno Electrónico realizado por Naciones Unidas (United Nations 2018) —el cual es resultado del seguimiento del Índice de Desarrollo del E-Gobierno (EGDI) y del Índice de E-participación (EPI)—. En el caso de América Latina las mejores posiciones son las siguientes: Uruguay (puesto 34), Chile (puesto 42), Brasil (puesto 44), Colombia (puesto 61), México (64) (United Nations 2018, 236).

3. *Criterios de comparación*

Para los países seleccionados se llevó a cabo la comparación desde tres perspectivas: 1) como cada país define GA; 2) los avances en términos de desarrollo de normatividad, y 3) como cada país distribuye sus compromisos para desarrollar GA, según los ejes de transparencia pública, participación ciudadana y colaboración.

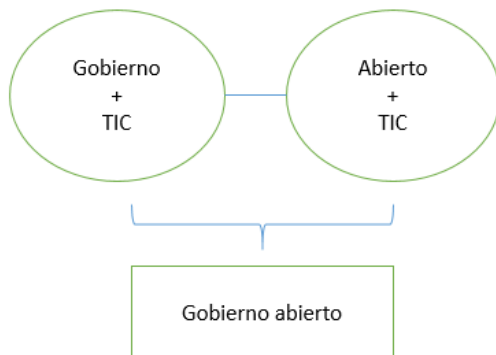
III. GA Y SUS EJES DE DESARROLLO

1. *Gobierno abierto*

El concepto de GA funciona como una palabra clave que evoca múltiples relaciones, elementos y dimensiones, lo cual hace difícil encontrar conceso en cuanto a su significado. Este término compuesto encadena dos palabras con la intención de darles un mismo destino que en muchas sociedades no ha tenido, y esta es quizá la principal dificultad de poner en sintonía palabras que parecen venir de recorrer caminos distintos, pero que en el siglo XXI se juntan para intentar construir un destino propio teniendo como plataforma el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Entonces, al percibir que GA es un término que parece no definirse a sí mismo por ser multidimensional, se propone analizar por separado el término —gobierno— y el término —abierto— pero con un denominador que les es común: las tecnologías de información y comunicación; esto indica que se presenta una doble relación de las TIC en el concepto de GA (como se presenta en la gráfica 1), por ello, al agrupar las contribuciones de diferentes autores a partir de esta nueva forma de organizarlas permite entender los aspectos más relevantes que cada uno de los dos términos aporta a la construcción del concepto.

Gráfica 1.
Doble relación de las TIC en la construcción del concepto de GA



FUENTE: elaboración propia.

El término gobierno evoca la naturaleza política del concepto, por ello es importante mencionar que hace relación a los “métodos que utilizan los gobernantes para administrar, organizar, y ejercer orden y control sobre la población” (Banco de la República de Colombia 2015); a lo largo de la historia esos métodos han adquirido diferentes formas, como: monarquía, aristocracia, y la más reciente que opera en la mayoría de países del mundo, la democracia.

En el contexto de GA resulta lógico entonces suponer que las nuevas tecnologías rompieron con la lógica tradicional en el uso de los canales de comunicación entre gobierno y ciudadanía (Mendieta y Alonso 2017), lo cual impacta en la democracia y esto le otorga un trasfondo crítico que presiona por un cambio.

Este cambio se direcciona hacia una democracia con características nuevas como: hacerla más conversacional (Naser y Ramírez-Alujas 2014), más dialogante con los ciudadanos (Reddick, Chatfield y Puron-Cid 2017) (Fung 2013), y con mayor implicación directa de estos en la política pública (Fox *et al.* 2011), en escenarios electrónicos de interacción sin tiempo (Setiawati y Pratiwi 2015) donde las TIC garantizar un equilibrio en el intercambio de información entre el gobierno y los ciudadanos (Ohemeng y Ofosu-Adarkwa 2015).

Esta coyuntura con las TIC crea escenarios propicios para lograr consenso sobre definiciones colectivas, como por ejemplo los problemas pú-

blicos (Kreiss 2015) que deben atenderse, lograrlo sin duda es el resultado de una nueva cultura social (Schnell y Suyeon 2019) que convierte el ente público en una máquina social (Burégio *et al.* 2015) y esto indudablemente fortalece la legitimidad de los gobernantes y su actuar (Wirtz y Birkmeyer 2015; Marjanovic y Cecez-Kecmanovic 2017; Naser, Ramírez-Alujas y Rosales 2017).

Así pues, GA desde esta perspectiva es una ruta que conduce al desarrollo de nuevos valores públicos (Ohemeng y Ofosu-Adarkwa 2015; Gunawong 2015), pero debe mencionarse que no todas las sociedades están en igual de condiciones en el desarrollo de espacios donde el consenso se logra entre sus miembros, y no es Internet ni la sociedad en red la que hace posible co-crear. Muy seguramente para las más evolucionadas el uso de las TIC será usado para continuar con su cultura de diálogo, mientras que para otras, esa cultura debe construirse, repararse o fortalecerse, y es allí donde las TIC ocupan un papel muy importante como mecanismo, que ayuda a la construcción del valor social que hace de los ciudadanos actores creativos en la construcción de sociedades más inteligentes.

Ahora, respecto al término abierto, en las sociedades modernas desde diferentes escenarios se persigue proactivamente la “apertura” como un principio operativo (Stacey *et al.* 2015) y opuesto al modelo propietario o cerrado, pero lograr la apertura implica la consolidación de capacidades, y ahí se ubican en gran medida los retos que impone a los Estados la relación con las TIC.

El objetivo en el escenario del GA es lograr calidad, integridad y accesibilidad de los registros y datos (Fung 2013; Harrison y Sayogo 2013; Oztoprak y Ruijer 2016; Reddick, Chatfield y Puron-Cid 2017), para convertir los “datos gubernamentales en datos abiertos” (Sandoval-Almazán 2015, 214) logrando de esta manera equilibrar la balanza en el intercambio de conocimiento entre gobierno y ciudadanía, y así propiciar escenarios de diálogo (Ohemeng, Ofosu-Adarkwa 2015).

Desde esta perspectiva, se acentúa el valor del dato como activo nacional (Qanbari, Soheil Rekabsaz y Navid 2015; Chaplow, Beresford y Barnett 2015) y en consecuencia convierte en públicas las etapas de los procesos políticos (Amsler y Blomgren 2010) que por tradición en algunos países estaba cerrado al conocimiento del ciudadano, lo cual encamina al gobierno hacia la adquisición de nuevos atributos, como estar dispuestos a recibir la auditoría pública (Harrison y Sayogo 2013; Kassen 2017;

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

Marjanovic y Cecez-Kecmanovic 2017) y co-construir con los ciudadanos acercándose a ellos como compromiso de su gestión.

No obstante lo anterior, este es un proceso que no resulta ser simple, pues requiere por un lado, la promoción de espacios como los portales de datos abiertos usados por los Estados los cuales deben responder a un modelo de calidad y madurez (Oviedo, Mazon y Zubcoff 2015), pero la capacidad de utilizar datos abiertos no sólo depende de la disponibilidad de tecnologías de datos abiertos (Zuiderwijk *et al.* 2015) (Sieber y Johnson 2015).

En la literatura se resaltan problemas crónicos como la gran heterogeneidad de los conjuntos de datos del gobierno (Qanbari, Rekabsaz, y Dustdar 2015; Thurston 2015), los cuales complejizan la transición del archivo físico a virtual en algunos casos, o la homologación de sistemas virtuales de almacenamiento entre las distintas oficinas públicas (Reddick, Chatfield y Puron-Cid 2017).

Si bien la apertura tiene un trasfondo técnico, también es importante considerar que al asegurarse la disponibilidad de los datos públicos se debe tener en cuenta componentes legales de garantía de derechos como la intimidad y propiedad intelectual, y una vez atendidos, dicha disponibilidad de información tiene el gran potencial de convertirse en una nueva fuente de innovación, un bien común que tiene valor (Qanbari y Rekabsaz 2015; Chaplow, Beresford y Barnett 2015), hallarlo y lograr obtener el mejor de los beneficios para la sociedad, depende de manejar adecuadamente tensiones entre los actores (gobierno, sociedad civil pero también sector empresarial privado) y relaciones éticas, económicas y jurídicas por ejemplo con licencias, términos legales, límites, etcétera).

A continuación se analizarán los tres ejes del GA: transparencia pública, participación y colaboración ciudadana. Usualmente el concepto de GA se construye a partir de estos, es el caso de la definición aportada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), el cual propuso en la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (2016, 5) la siguiente definición sobre GA:

Conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrandolo e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como

en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo.

Este es un claro ejemplo en el cual el concepto de GA obra como un conjunto de palabras clave, de las cuales interesa revisar las principales características de los tres ejes que soportan su construcción.

2. *Transparencia pública*

La transparencia pública es el primero de los ejes de GA y se entiende como un mecanismo que se alimenta del derecho a saber el cual se materializa en la libertad de información y lo convierte en un medio para alcanzar otros objetivos (Janssen y Van den Hoven 2015; Cucciniello, Porumbescu y Grimmelikhuijsen 2017) como garantizar sociedades democráticas en las cuales los políticos respondan por sus acciones y demuestran su disponibilidad a cooperar con sectores privados y no gubernamentales al permitirles monitorear y evaluar su funcionamiento (Oztoprak y Ruijter 2016; Fung 2013; Harrison y Sayogo 2013; Reddick, Chatfield y Puron-Cid 2017; Meijer, Curtin y Hillebrandt 2012; Janssen y Van den Hoven, 2015; Marjanovic y Cecez-Kecmanovic 2017; Piotrowski 2017).

Justamente por lo anterior, la transparencia mantiene una estrecha relación con los procesos de rendición de cuentas de las instituciones públicas (Harrison y Sayogo 2013), y si bien en un principio estos se centran en presentar información a partir de sus fases de gestión interna y ciclos presupuestal, hoy es fundamental que las instituciones enfatizan en cómo su gestión aporta en la creación de valor público (Reddick, Chatfield y Puron-Cid 2017).

En tal sentido, un régimen de transparencia va más allá de promulgar una ley sobre acceso a la información (Daruwala y Venkatesh 2015) debe atender aspectos básicos como permitir la disponibilidad por defecto sin necesidad de solicitarla; preocuparse por que la información sea comprensible para la ciudadanía, pues dependiendo de esa accesibilidad es que puede formar sus opiniones, decisiones y acciones; asegurar su proporcional, es decir que sea completa; finalmente, que los ciudadanos cuenten con la claridad suficiente sobre las acciones que pueden emprender de manera individual u organizados en estructuras políticas, sociales o económicas en caso de verse afectados con la divulgación de información

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

(Fung, 2013; Oviedo *et al.* 2015). Para finalizar, resulta pertinente mencionar el análisis comparado realizado por (Cucciniello, Porumbescu y Grimmeliikhuijsen 2017), en el cual proponen la existencia de seis tipos de transparencia y nueve relaciones entre gobierno y ciudadanía.

3. *Participación ciudadana*

Se refiere al fortalecimiento de las acciones y estrategias encaminadas a lograr escenarios de inclusión (Reddick, Chatfield y Puron-Cid 2017) en el camino de lograr ciudadanos accionantes y propositivos desde sus comunidades locales, movidos por el compromiso cívico en las reformas del sector público (Reggi y Dawes 2016), y en tal sentido comenta Montero (Naser *et al.* 2017, 60) que la inclusión debe asumirse como un derecho y ejercerlo requiere el “reconocimiento pleno de mecanismos formales, informales, directos o indirectos, que viabilicen el involucramiento y empoderamiento” de los ciudadanos.

Concordante con lo anterior, el CLAD reconoce “la existencia de distintos niveles de participación, a saber: informativo, consultivo, decisorio y de cogestión o coproducción” (2016, 7) en este sentido muchos de los esfuerzos en los próximos años estarán relacionados con la cultura, tanto del político, funcionario público, sociedad civil organizada y ciudadano común (AGA 2019, 10) para mejorar los niveles de participación, así como el esfuerzo por parte del gobierno de seleccionar el mecanismo idóneo que asegure el mayor involucramiento de la población.

Desde esta mirada, lo público logrará un nivel alto de realización gracias a lo colectivo, y si bien “ningún ciudadano está excluido legalmente de la participación, la pobreza, la marginación y una educación deficiente son factores que determinan la exclusión en los procesos de participación” (Trigo y Álvarez en Naser *et al.* 2017, 48) y bien puede sumarse a ello el abuso de poder de gobiernos que a pesar de autodenominarse democráticos los resultados en Índice Mundial del Estado de Derecho (World Justice Project 2020) demuestran lo contrario.

4. *Colaboración ciudadana*

Para el desarrollo de este eje adquiere importancia la promoción de espacios donde ciudadanos y administraciones cuenten con la libertad y

los recursos necesarios para asumir riesgos y poder iniciar procesos de experimentación cívica y abierta, esta colaboración es también llamada innovación social o pública (Trigo y Álvarez en Naser *et al.* 2017, 44) y para lograrla, resulta fundamental contar con una sociedad organizada, que según (Álvarez 2017) se convierta en actor protagonista de su desarrollo y por tanto participe de la construcción de políticas públicas y de la coproducción de bienes públicos no estatales donde se premie la creatividad y co-innovación compartiendo recursos que antes estaban estrechamente vigilados para sacar el mayor provecho del poder de la colaboración masiva. Es así que colaboración ciudadana es un proceso político y socioeconómico multidimensional dependiente del contexto (Kassen 2017) para generar utilidad social en consideración a las necesidades de la comunidad.

IV. COMPARACIÓN DEL DESARROLLO DE GA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Desde 2011, con la conformación de la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA) los países integrantes de esta iniciativa multilateral aceptaron cumplir con cuatro compromisos: el primero, consiste en suscribir y aprobar a nivel nacional la declaración de principios de GA; el segundo, proponer planes de acción con vigencia de dos o tres años para el desarrollo del GA, en el presente documento este es el instrumento seleccionado para dar inicio al estudio comparado entre Brasil, Colombia, Chile, México y Uruguay; el tercer compromiso, consiste en someterse a los informes de evaluación con la finalidad de verificar el cumplimiento de metas, y finalmente, el cuarto compromiso es contribuir a la promoción del GA en otros países.

1. *Comparación del desarrollo normativo*

Dar cumplimiento a los compromisos asumidos en los planes de acción de GA lleva implícito el desarrollo o fortalecimiento de un marco normativo transversales, por ello, en este documento se mencionarán las normas que textualmente en su encabezado hace referencia a los ejes de transparencia pública-acceso a la información, participación y colaboración en

cada uno de los cinco países en estudio, y señalando en la tabla 1 con una X el eje al cual aportan.

Tabla 1.
Marco normativo y legal de apoyo al desarrollo del GA

País	Norma	Transparencia pública	Participación ciudadana	Colaboración
Brasil	Medida Provisoria 726 del 12 de mayo de 2016 por medio de la cual se crea el Ministerio de la transparencia, fiscalización y control	X	-	-
	Decreto 8.243 de 2014 Política Nacional de Participação Social (PNPS) e ou Sistema Nacional de Participação Social (SNPS) do Brasil	-	X	-
	Ley Complementaria 131/2009, que amplía la transparencia y responsabilidad en la gestión fiscal de todas las entidades de la federación.	X	-	-
	Ley Federal 12.527 de 2011, de Acceso a la Información	X	-	-
Chile	Ley 20.730, de 2014. La ley regula la publicidad en la actividad de lobby y demás gestiones que representen intereses particulares, con el objeto de fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado	X	-	-
	Ley 20.500, de 2011, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública	-	X	-
	Ley 20.285 de acceso a la información pública de 2008 (Congreso Nacional de Chile, 2008)	X	-	-
	Instructivos Presidenciales 008, de 2006, sobre transparencia activa (Unidad de Modernización y Gobierno Digital, 2006)	X	-	-

Colombia	Ley 1757, de 2015, de promoción y protección del derecho a la participación democrática.	X	-	-
	Decreto 103, de 2015: disposiciones generales en materia de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional (Presidencia de la República de Colombia, 2015).	-	X	-
	Ley 1712 de acceso a la información pública, de 2014 (Congreso de la República de Colombia, 2014).	X	-	-
México	Ley general de transparencia y acceso a la Información Pública, 2015 (Congreso general de los Estados Unidos Mexicanos, 2015).	X	-	-
Uruguay	Ley 18.381, de 2008, de acceso a la Información pública (Senado y la Cámara de representantes de la República Oriental del Uruguay, 2008)	X	-	-
	Ley 19.773, de 2019, esta ley aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, denominado como “Acuerdo de Escazú”.	X	X	-

FUENTE: elaboración propia a partir del marco normativo de los países en estudio.

Los hallazgos demuestran similitud en los cinco países en la aprobación, en primer lugar, de leyes de acceso a información pública, donde las más antiguas son las de Chile y Uruguay en 2008, seguidas por Brasil 2011, Colombia 2014 y México 2015. Aunque en el caso de Chile y Brasil existían antecedentes normativos en transparencia previos a la aprobación de las leyes de acceso a la información, éstos eran de rango menor y relacionadas con la gestión fiscal.

Es de anotar que una mayor antigüedad en la promulgación de leyes de acceso a la información da cuenta de la madurez en el ejercicio ciudadano del derecho a saber, y base para el logro de otros objetivos. Posterior

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

a esto, el énfasis de desarrollo de GA encuentra el mayor peso con el eje de transparencia pública, en el cual los cinco países en estudio reportan existencia de normativas, y en el caso del eje de participación ciudadana, sólo México no cuenta con una ley federal aunque cuenta como antecedente, con Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal de 2008 derogada el 2019 por Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México.

2. Comparación según la forma en que cada país define gobierno abierto

Que mejor escenario para dar muestra de un compromiso estable y duradero con los retos que plantea el GA que la misma construcción de los planes de acción, estos son resultado de un ejercicio de participación con diferentes actores de la sociedad, mediante la realización de talleres, mesas de discusión, grupos focales, comisiones de estudio, entre otros. El resultado, un documento que plasma la forma única que cada país reconoce su realidad y proyecta sus compromisos entre el gobierno y la sociedad. Así entonces, el primer aspecto a comparar sobre los planes de acción es en relación a la definición de GA propuesta por cada uno de los países en estudio, la cual se presenta en la tabla 2.

Tabla 2.
Definición de GA por cada país

País	Definición de gobierno abierto
Brasil	En este país el GA es definido como “una nueva visión de la Administración Pública, que promueve proyectos y acciones para aumentar la transparencia, luchar contra la corrupción, fomentar la participación social y el desarrollo de nuevas tecnologías que hagan a los gobiernos más responsables de sus acciones y preparados para atender las necesidades de los ciudadanos” (Brasil 2018, 6).
Chile	En este país el GA es definido como una política pública de carácter transversal en el marco general del proceso de modernización de las instituciones públicas en el cual se resalta la visión de servicio a sus ciudadanos con el fortalecimiento de atención inclusiva, un uso más adecuado de sus recursos para brindar mejores servicios públicos y fortalecer la colaboración con la sociedad civil (Chile 2018).

País	Definición de gobierno abierto
Colombia	En este país el GA es definido como un escenario que ayuda al cumplimiento del Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, denominado “Acuerdo final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (FARC-EP), el cual tiene como objetivos “generar una mayor integración con los territorios, mayor inclusión social y fortalecer la democracia a través de un gran acuerdo político nacional encaminado a definir las reformas y ajustes institucionales necesarios para atender los retos que la paz demande” (Colombia 2017, 3).
México	En este país el GA es definido “como un nuevo modelo de gestión en el que ciudadanos y autoridades colaboran para producir políticas públicas y acciones encaminadas a construir soluciones colaborativas a problemas públicos” (México 2016, 4).
Uruguay	En este país el GA es definido como una oportunidad para “generar nuevos espacios de propuesta, implementar procesos que permitan la gestión de las ideas ciudadanas, evolucionar los procesos de construcción de los planes de acción a partir de la retroalimentación de los participantes e impulsar el concepto de “Abierto por defecto” como valor de las diferentes políticas públicas” (Uruguay 2018, 5), en las cuales resalta la importancia de reconocer el valor del conocimiento colectivo, la protección universal y la promoción de los derechos humanos.

FUENTE: elaboración propia a partir de los planes de acción de los cinco países en estudio.

De las anteriores definiciones, Brasil, Chile, México y Uruguay resaltan de GA su función de transformación de la administración pública para acercarse a nuevas formas de democracia, por ello, expresiones como: nueva visión, modernización, modelo de gestión, nuevos procesos, anteceden al conjunto de proyectos y acciones que cada país asume. El caso de Colombia es particular, pues el norte de transformación para el gobierno y la sociedad en general es el Acuerdo de Paz firmado en 2016, por eso GA lo entiende como un escenario de ayuda para dar cumplimiento a estos compromisos, en especial, la integración territorial.

3. Distribución de compromisos por país para desarrollar GA

Con el interés de valorar los avances de los países en sus planes de acción el Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

Latina y el Caribe propuso un seguimiento de los compromisos asumidos en cada país, a partir de los temas que se presentan en la tabla 3 (CEPAL 2018).

Tabla 3.

Temas de clasificación de los compromisos de los planes de acción de GA

Temas	Descripción
1. Acceso a la información pública	Compromisos de acción orientados a garantizar el derecho de acceso a la información pública, así como la implementación o mejora de medios de entrega de la información pública digitales y no digitales.
2. Integridad pública y rendición de cuentas	Compromisos de acción orientados a garantizar la ética e integridad en la función pública, así como también a fortalecer los medios para la rendición de cuentas de entidades públicas y mixtas. Se trata de compromisos tales como el desarrollo de normativa sobre declaraciones patrimoniales de funcionarios, actividad de lobby, conflicto de intereses y designación de funcionarios públicos. También se encuentran agrupados bajo este eje la implementación o mejora de mecanismos de rendición de cuentas y el fortalecimiento de instituciones de supervisión independiente de las cuentas públicas.
3. Participación ciudadana y colaboración	Compromisos de acción orientados a: garantizar el derecho de participación ciudadana en la gestión pública; fortalecer los mecanismos de participación ciudadana; promover la colaboración entre actores estatales y no estatales a niveles decisorios y de co-gestión. Se trata de compromisos tales como desarrollo de normativa sobre participación ciudadana; implementación de nuevos y mejores mecanismos y canales para la participación ciudadana en consultas públicas, en procesos de toma de decisiones y en la producción de bienes y servicios públicos. También se incluyen acciones de sensibilización de la ciudadanía sobre las temáticas de GA.
4. Fortalecimiento de capacidades institucionales	Compromisos de acción orientados a fortalecer las capacidades de los recursos humanos del sector público, los procesos de producción de bienes y servicios públicos al interior de las instituciones, así como también la entrega de los mismos. Se trata de compromisos tales como capacitación y sensibilización de funcionarios públicos sobre temáticas de GA, iniciativas de mejora de la gestión documental y la interoperabilidad entre sistemas informáticos de las agencias estatales; así como también la medición del desempeño de los procesos de producción de bienes y servicios públicos y la simplificación de trámites administrativos ofrecidos al público.

FUENTE: Construcción propia a partir del Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe (CEPAL 2018).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

Complementario a lo anterior, se presenta en la tabla 4 la versión de los planes de acción de GA que se encuentran en ejecución, el número de compromisos asumidos y su distribución en los cuatro temas propuestos por el Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe.

Tabla 4.
Comparación de los compromisos asumidos en los planes de acción

País	Planes de acción de GA	Número de compromisos	Acceso a la información pública	Integridad pública y rendición de cuentas	Participación ciudadana y colaboración	Fortalecimiento de capacidades institucionales
Brasil	4to. Plan de acción 2018-2020	16	37%	7%	34%	22%
Chile	4to. Plan de acción 2018-2020	12	23%	18%	18%	41%
Colombia	3er. Plan de acción 2017-2019	26	42%	17%	41%	0%
México	3er. Plan de acción 2016-2018	7	50%	17%	33%	0%
Uruguay	4to. Plan de acción 2018-2020	72	47%	12%	29%	12%

FUENTE: Elaboración propia a partir del Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/opengov>.

A la luz de esta información se presenta una descripción de los compromisos asumidos por cada país según los ejes de transparencia pública, participación ciudadana y colaboración.

4. Planes de acción, compromisos, proyectos y acciones

La comparación de la tabla 4 otorga una visión general sobre las necesidades y fase de madurez de los países para alcanzar los objetivos de GA, y resulta interesante evidenciar que a excepción de Chile, los países del estudio coinciden en concentrar el mayor número de proyectos y acciones en asegurar acceso a información y transparencia pública, siendo México el que otorga el mayor peso (67%) seguido por Colombia y Uruguay con 59%. En el caso de Chile, este país quiso guardar equilibrio entre acceso a información y transparencia (41%) con capacidades institucionales (41%) y al revisar su plan de acción esto se demuestra con el énfasis otorgado a capacitación de recursos humano y cultura de GA.

Una visión más detallada requiere identificar los compromisos específicos de los cinco países. A continuación se presentan una descripción de los planes de acción, cual es el alcance de cada compromiso y cual el nivel de gobierno (nacional o regional) al cual apunta señalándolo con una X.

A. Brasil

En el Cuarto Plan de Acción en GA 2018-2020, Brasil toma como bandera la participación social más allá de la “digitalización de la burocracia” (Brasil 2018, 7). A continuación, los compromisos:

*Tabla 5.
Compromisos asumidos por Brasil en el Plan de Acción 2018-2020*

Compromiso	Alcance	Nivel de gobierno	
		Nal	Reg
1. Gobierno abierto	Mapear prácticas gubernamentales abiertas		X
2. Ecosistema de datos abiertos	Realizar cartografía de las demandas sociales	X	
3. Ciencia abierta	Establecer mecanismos de gobernanza para datos científicos	X	

4. Seguridad alimentaria y nutricional	Capacitación y fortalecer el control social	X	
5. Impacto social en transporte público	Recopilar datos para la mejora de los servicios (encuestas de satisfacción)	X	
6. Transparencia en municipios da região	Acceso a información pública		X
7. Transparencia en procesos legislativos	Aumentar la participación de varios segmentos sociales	X	
8. Transparencia en catastro rural	Poner a disposición datos	X	
9. Cambio climático	Evaluación de acciones y políticas	X	
10. Recursos hídricos	Propiciar control social del Plan Nacional de Seguridad	X	
11. Transparencia en estados y municipios	Desarrollar el Sistema Electrónico solicitud de información (e-SIC)		X

FUENTE: Elaboración propia a partir de Brasil (2018). Cuarto Plan de Acción 2018-2020; http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Brazil_Action-Plan_2018-2020_POR.pdf.

B. Chile

Con el Cuarto Plan de Acción 2018-2020, Chile refleja su compromiso con la modernización del sector público con visión de servicio. A continuación los compromisos:

Tabla 6.
Compromisos asumidos por Chile en el Plan de Acción 2018-2020

Compromiso	Alcance	Nivel de gobierno	
		Nal	Reg
1. Formación cívica	Creación del Plan Nacional en materias de integridad para funcionarios públicos	X	
2. Formación en GA	Desarrollar un modelo formativo	X	
3. Justicia abierta	Defensoría Penal Pública, datos abiertos, creación espacios multicanal	X	
4. Modelo de GA municipal	Ampliación y profundización del Modelo		X
5. Capacidades en servicios para atención inclusiva	Nuevas directrices y medidas para elevar los estándares	X	
6. Fortalecimiento del Sistema de Integridad Pública	Capacitaciones regionales y creación de un portal de información		X
7. Seguimiento a ODS	Diseño y elaboración de plataforma	X	
8. Gestión de recursos hídricos	Acceso a información	X	
9. Fortalecimiento de los Consejos de la Sociedad Civil	Lograr un alza significativa en el porcentaje mecanismos de participación ciudadana	X	
10. Política de Datos Abiertos y Protección de Datos	Desarrollar e implementar un modelo de herramientas para conciliar datos	X	
11. Política sobre creación de un registro de dueños reales de empresas	Construir colaborativamente una propuesta de política	X	
12. Implementación del Estándar Internacional de Datos de Contratación Abierta.	Incorporar el estándar internacional	X	

Fuente: Elaboración propia a partir de Chile (2018). Cuarto Plan de acción 2018-2020. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Chile_Accion-Plan_2018-2020.pdf.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

C. Colombia

Colombia en el Tercer Plan de Acción 2017-2019 entiende este documento como un escenario para la implementación Acuerdo de Paz y la integración territorial para planear el futuro. A continuación los compromisos:

*Tabla 7.
Compromisos asumidos por Colombia en el Plan de Acción 2017-2019*

Compromiso	Alcance	Nivel de gobierno	
		Nal	Reg
1. Territorialización de los lineamientos de prevención de violencia sexual en mujeres y niñas	Construcción de documento, metodología, lineamientos y validación con ciudadana		X
2. Participación Ciudadana en Justicia Comunitaria	Documento, 4 talleres de co-creación para la identificación de subtemas y socialización		X
3. Participación Ciudadana en la producción normativa de la Rama Ejecutiva	Construcción plataforma, estrategia de socialización, prueba piloto.	X	
4. Implementar el Observatorio Ciudadano	Diseño de plataforma observatorio, creación de formularios de recolección de información, diseño laboratorio de innovación.	X	
5. Fortalecimiento de la Mesa Intersectorial para la Democracia Ambiental	Co-creación documento y plan de trabajo.	X	

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

6. Participación Ciudadana en el establecimiento, ejecución y control social de los compromisos establecidos entre el Ministerio de Minas y Energía y partes interesadas	Contratación desarrolladores de plataforma, diseño e implementación	X	
7. Control social al mantenimiento y conservación de las vías de tercer nivel	Desarrollo de plataforma web de georreferenciación de obras viales		X
8. Implementación del Sistema Integrado de Información para el Posconflicto	Diseño e implementación de sistema de información	X	
9. Ciudadanos digitales dialogando sobre lo público	100 ejercicios ciudadanos relacionados con lucha contra la corrupción y fortalecimiento de lazos de confianza	X	
10. Publicación de la ejecución real de los presupuestos del orden nacional en el Portal de Transparencia Económica (PTE) y esquema de seguimiento ciudadano	Actualización de sistema de información y participación ciudadana veeduría con interacción en redes sociales	X	
11. Participación de Niños, Niñas, Adolescentes (NNA) y comunidades para la transparencia en la gestión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	Construcción de presupuesto participativo en tres municipios de Risaralda, informes ejercicios de control social, socialización		X

12. Promover el acceso a la información mediante la atención al ciudadano en el despliegue de la Política Integral de Transparencia Policial	Construcción herramientas incluyentes en los en los canales de atención ciudadana	X	
13. Sistema de Información para la Gestión del Empleo Público	Construcción sistema de información		
14. Estrategia de transparencia y participación ciudadana en la Comisión Nacional del Servicio Civil	Impulsar participación e interacción por sitios web, observatorio de la carrera administrativa		
15. Transparencia y rendición de cuentas en el Consejo de Estado	Espacio virtual de seguimiento elecciones magistrados, con buzón de quejas, espacio académico de socialización mejores prácticas en rendición de cuentas, estandarización socialización sentencias		X
16. Acceso a la información y participación para influir en la toma de decisiones legislativa	Co-construcción de protocolo para la gestión de información, desarrollo espacio de participación ciudadana en APP Mi Senado, herramienta web de seguimiento proyectos de ley		
17. Fortalecimiento de la participación regional y juvenil	Directiva e implementación plataforma web de participación de juventudes, espacios académicos		X
18. Diseño del Sistema de Alertas Tempranas (SAT) en corrupción y mala administración	Espacios de participación ciudadana para la construcción esquema general de prevención de corrupción, implementar un SAT en código de datos abiertos	X	
19. Incentivar la participación ciudadana a través de estrategias pedagógicas y de visibilización para la apertura de información	Diseño metodología de capacitación, publicaciones priorizadas en portal de datos abiertos, informe		X

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

20. Política pública de GA Departamental	Documentos, talleres, mesas de trabajo.		X
21. Abrir y publicar información seleccionada en conjunto con la ciudadanía organizada en formato de datos abiertos	Metodología para formación y capacitación a niños, niñas, adolescentes. Herramienta en estándar de datos abiertos	X	
22. Concejo Abierto de Bogotá	Manual de buenas prácticas		X
23. Promover y fortalecer los procesos de rendición de cuentas en las 20 localidades del Distrito Capital	20 espacios de diálogo con la ciudadanía, Informe de sistematización del proceso de rendición de cuentas		X
24. Articulación de una red de actores que participen en el seguimiento, difusión y retroalimentación de los procesos de contratación	Mapa de actores, documento de oportunidades de mejora procesos de contratación	X	
25. Articulación con entidades público-privadas para el intercambio de datos y la transferencia de conocimientos en materia de género	Mapa de actores, alianza con entidades privadas	X	

FUENTE: Elaboración propia a partir de Colombia (2017). Tercer Plan de acción 2017-2019. https://somosmas.org/aga/docs/III-Plan-Colombia_GobAb.pdf.

D. México

México en su Tercer Plan de Acción 2016-2018 (aún vigente) entiende el GA como un nuevo modelo de gestión para la solución de problemas público. A continuación los compromisos:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

Tabla 8.
Compromisos asumidos por México en el Plan de Acción 2016-2018

Compromiso	Alcance	Nivel de gobierno	
		Nal	Reg
1. Derechos humanos y fortalecimiento del Estado de derecho	Diseñar e iniciar la ejecución de una ruta de acción para la política pública nacional en materia de desaparición forzada y por particulares con la participación de la sociedad civil y víctimas	X	
2. Igualdad de género	Crear un Sistema Nacional de Cuidados con la participación activa de la ciudadanía	X	
3. Pobreza y desigualdad	Contar con un registro único y accesible de la población potencial y de la población atendida de los programas de desarrollo social	X	
4. Servicio público de aguas	Medir el consumo de agua y descargas, información para facilitar la participación ciudadana en la vigilancia	X	
5. Servicios públicos de salud,- obesidad en niños y adolescentes.	Fortalecer las acciones de promoción a la salud con involucrando a la población en todo el ciclo de las políticas públicas en la materia	X	
6. Sistema Nacional Anticorrupción	Incluir mecanismos de participación ciudadana	X	
7. Gobernanza de recursos naturales y cambio climático	Generar difundir y articular información actualizada, asequible, pública y vinculante para la toma de decisiones públicas	X	

FUENTE: Elaboración propia a partir de México (2016). Tercer Plan de Acción 2016-2018. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Mexico_Plan-de-Accion-2016-2018.pdf.

E. Uruguay

Uruguay en su Cuarto Plan de Acción 2018-2020 entiende el GA como un nuevo escenario para la gestión de ideas y conocimiento colectivo. A continuación sus compromisos:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

Tabla 9.
Compromisos asumidos por Uruguay en el Plan de Acción 2018-2020

Compromiso	Alcance	Nivel de gobierno	
		Nal	Reg
1. Protección del medio ambiente y uso sostenible de los recursos naturales	<ul style="list-style-type: none"> — Implementación del Plan Nacional de Aguas — Sistema Único Nacional de Gestión de Denuncias Ambientales — Mitigación y adaptación al cambio climático: Monitoreo, reporte y verificación de compromisos 	X	
2. Igualdad de género y generaciones	<ul style="list-style-type: none"> — Observatorio sobre Violencia Basada en Género hacia las Mujeres — Seguridad y violencia basada en género: acceso a datos abiertos — Crear un plan de capacitación para la prevención, detección e investigación en trata, tráfico y explotación de personas 	X	
3. Transparencia en los procesos electorales y prevención de la corrupción en el Estado	<ul style="list-style-type: none"> — Sistema de recepción y procesamiento de denuncias — Datos de los procesos electorales 	X	
4. Acceso a la información pública	<ul style="list-style-type: none"> — Índice Nacional de Transparencia — Elaboración de propuesta de reforma de la Ley 18.381 de Acceso a la Información Pública — Perspectiva de género en las políticas de transparencia y acceso a la información pública de Uruguay 	X	
5. Justicia Abierta	<ul style="list-style-type: none"> — Acceso a los procesos judiciales. — Audiencias Públicas en Video — Transparencia de Información Estadística del Poder Judicial 	X	
6. Municipios abiertos del Departamento de Canelones	<ul style="list-style-type: none"> — Municipios abiertos. — Hacia la construcción y consolidación del sistema canario de participación a nivel municipal 		X

<p>7. Promoción de sociedades más participativas</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Estudiantes de educación media: protagonistas de participación ciudadana — Cultura de gobierno abierto — Diseño, implementación y seguimiento del Plan Nacional de Danza — Transparencia y participación en el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos — Elaboración de informes de DDHH: nuevo proceso participativo 	<p>X</p>	
<p>8. Equidad, desarrollo y ciudadanía</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Construir una estrategia nacional de desarrollo sostenible hacia 2050 — Mirada de género y juventud en el medio rural — Observatorio de igualdad y no discriminación — Uruguay Concurra: llamados para personas con discapacidad y afrodescendientes — Indicadores de bienestar y derechos económicos, sociales y culturales — Programas sociales de los Gobierno Departamentales — Seguimiento y evaluación permanente del Plan Nacional de acceso a la justicia y protección jurídica de las personas en situación de discapacidad (2015/2020) — Catastro Abierto 	<p>X</p>	
<p>9. Transparencia y rendición de cuentas</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Fortalecimiento del Portal de Transparencia Presupuestaria — Herramientas de monitoreo del Plan Nacional de Eficiencia Energética — Publicación de datos sobre resultados de las políticas del MIEM — Información de las Mercaderías Incautadas y de la Operativa de Comercio Exterior — Rendición de Cuentas de los compromisos del Gobierno Departamental de Rivera 	<p>X</p>	

10. Salud y bienestar	<ul style="list-style-type: none"> — Indicadores de calidad de los Institutos de Medicina Altamente Especializada — Registro de Egresos Hospitalarios del Ministerio de Salud en formatos abiertos — Datos y servicios abiertos a partir de sensores de Internet de las Cosas (IoT) 	X	
11. Internet de las cosas	<ul style="list-style-type: none"> — Datos y servicios abiertos a partir de sensores de Internet de las Cosas (IoT) — Estrategia sobre ciberseguridad para Internet de las cosas 	X	

FUENTE: Elaboración propia a partir de Uruguay (2018). Cuarto Plan de Acción 2018-2020. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Uruguay_Action-Plan_2018-2020.pdf. Último acceso: 15 de marzo de 2019.

5. *Discusión*

Sobre como entienden los cinco países en estudio el GA, ya se anotaba sus grandes diferencias en la redacción, en los términos usados, en la forma que unen el pasado con el futuro planeado desde la mirada de GA, y si bien en la construcción de los compromisos, hay un énfasis en el eje de transparencia pública, también, al revisar las tablas 5 a 9 gran parte de los compromisos reflejan tres alcances similares.

El primero referente a la construcción de política pública que busca hacer operantes las leyes de transparencia y la participación ciudadana, con acciones como: crear lineamientos, directrices, estándares, planes, modelos, métodos, establecer mecanismos, rutas de acción, metodologías, entre otros.

El segundo referente a alcanzar capacidad tecnológica reflejado en acciones como: diseñar, implementar o actualizar herramientas, plataformas, sistemas de información, uso de redes sociales, apps, con fines particulares como dar acceso a información, abrir datos, realizar monitoreos, permitir veeduría ciudadana, optimizar canales de comunicación, todo con un marcado acento incluyente.

El tercer referente a atender aspectos humanos, donde se resalta fortalecer capacidades del recurso humano del sector público en la cultura del GA, y atender segmentos poblacionales particulares como niños, niñas y adolescentes, jóvenes, estudiantes universitarios, minorías, o grupos po-

blacionales con condiciones socio-económicas o personales particulares, con acciones como: identificar actores, realizar talleres, mesas de trabajo, espacios académicos de formación, programas sociales, acciones de promoción, sensibilización, espacios de diálogo y valoración de ejercicios ciudadanos que piensan el sector público (con trabajos como visualización y análisis de datos, periodismo e investigación de datos, desarrollo de soluciones tecnológicas, contenidos digitales, entre otros).

Ahora, atendiendo al nivel de gobierno de los compromisos (nacional o regional), Colombia es el país que más acciones enfocadas a regiones presenta, 10 en total lo cual corrobora su intención de lograr integración territorial como lo anuncia en su Tercer Plan de Acción, y en muchos de los casos, dando prioridad al trabajo con comunidades en sitios donde históricamente se vivió con mayor crudeza el conflicto armado con la consecuente violación sistemática de derechos humanos. Lo sigue en acciones con nivel de gobierno regional Brasil con tres compromisos, Chile con dos y Uruguay con uno, aunque es de anotar que se trata de un compromiso transversal pues se denomina municipios abiertos.

Bien se sabe que una línea tradicional y fuerte en los planes de acción de GA en especial para los países de la región, es el manejo de los recursos públicos y sobre este asunto todos los países dan muestra de un nutrido número de compromisos que buscan combatir la corrupción y mejorar la confianza, pero brota como un tema emergente que se hermana con el manejo presupuestal, los compromisos de justicia abierta.

La imagen de probidad del Poder Judicial es fundamental en sociedades democráticas pues refuerza valores como la moralidad, honradez e integridad para administrar justicia en relación con ciudadanos como funcionarios públicos. Algunas de las acciones sugeridas por el CLAD de justicia abierta son “generar mecanismos de seguimiento de procesos en cada instancia judicial a través del uso de TIC; promover la transparencia en la selección de jueces; contar con expedientes públicos de calificación, evaluación y sanción de jueces” (2016, 18). Ahora, al revisar las acciones propuestas por los cinco países en estudio los hallazgos son los siguientes:

Tabla 10.

Acciones de justicia abierta en Planes de Acción de GA vigentes de países en estudio

País	Acciones de justicia abierta
Brasil	Acceso a información y creación de capacidad para ampliar y calificar la participación y control social en el proceso de reparación a los afectados con la ruptura de la presa de Fundo, en el municipio de Mariana, en el estado de Minas Geraisde y otros 41 municipios de la región.
Chile	Conformación de mesas de participación ciudadana, programa de lenguaje claro y atención ciudadana para lograr el fin planteado de dar a conocer las normas y transparentar la acción de los actores del sistema judicial. Garantizar el acceso a la justicia a través de la Defensoría Penal Pública especialmente a aquellos en situación de especial vulnerabilidad, mediante capacitación y habilitar diversos soportes y canales como cápsulas audiovisuales para redes sociales y web información sobre derechos y como exigirlos en el ámbito penal.
Colombia	Generar espacios de co-creación con las comunidades referentes al componente de justicia comunitaria para los procesos de toma de decisiones en esta materia. Plataformas para hacer seguimiento a los procesos de elección de magistrados del Consejo de Estado y tribunales administrativos. Plataforma de datos abiertos para la publicación de sentencias judiciales y conceptos del Consejo de Estado.
México	Plataforma para presentar denuncias de delitos y de desapariciones forzadas, en datos de acceso abierto de información y la participación de la sociedad civil y las víctimas con mecanismos públicos de seguimiento al funcionamiento del Estado con información permanente actualizada.
Uruguay	Acceso a toda la información pública de los expedientes electrónicos y audiencias públicas en materia penal en video en vivo.

FUENTE: Construcción propia a partir de los Planes de Acción en GA de Brasil, Chile, Colombia, México y Uruguay.

De la anterior lista de acciones en el camino de fortalecer confianza en la administrar justicia, todos los países han desarrollado acciones similares a las propuesta por el CLAD (2016), pero dando paso a revisar particularidades, el caso de México es ejemplar, pues las grandes debilidades

y crisis de institucionalidad por las que atraviesa son transformadas en un escenario que reclama con urgencia la participación y colaboración del ciudadano corriente para atacar las problemáticas vinculadas con la violencia del crimen organizado y la desaparición forzada, y en tal medida, efectivamente las TIC son un medio de comunicación para co-crear y co-producir valor alrededor de la denuncia, documentación, seguimiento de la acción de los funcionarios judiciales y tratamiento de víctimas, acercando gobierno y la ciudadanía en una empresa común que mantiene el país en alarma.

Otro tema de similar interés para los países en sus planes de acción es el relacionado con el medio ambiente, respecto al cual se evidencian acciones desde acceso a información, sistemas de denuncias por riesgos ambientales, escenarios de construcción de planes de acción, mesas de trabajo para la co-creación, pero una vez más, dando paso a la revisión de particularidades el país que más avances presenta es Uruguay.

En su Cuarto Plan de Acción de GA el primer compromiso que establece justamente se titula -Protección del medio ambiente y uso sostenible de los recursos naturales- es de resaltar que desde el 2017 Uruguay cuenta con la Política Nacional de Cambio Climático la cual es resultado de “un proceso participativo liderado por el Grupo de Coordinación del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y Variabilidad (SNRCC), que convocó a todos los actores vinculados a la temática durante el año 2016” (Cuarto Plan de Acción de Uruguay, 28), estos antecedentes justifican un tratamiento detallado en cuanto al conjunto de acciones orientadas a la mitigación y adaptación al cambio climático.

Por otra parte, desde la orilla de las diferencias o particularidades entre los países en la construcción de sus compromisos, llaman la atención los siguientes compromisos:

Brasil menciona su compromiso en la ruta de la ciencia abierta, una de las aristas del movimiento filantrópico global que propaga explícitamente el valor público del libre acceso a la información en sus diversas formas (Kassen 2017).

También propone la creación de un ecosistema de datos abiertos con la finalidad de realizar un mapeo de demandas sociales en todos los niveles del Estado; mencionan (da Silva Craveiro y Albano 2017) que el término ecosistema de datos abierto es usado por algunos académicos a manera de metáfora para enfatizar el amplio rango de múltiples relaciones

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

entre proveedores, usuarios, datos, infraestructura material e instituciones y desde la perspectiva de GA se refiere a la actividad entre los gobiernos, la sociedad y los intermediarios que actúan en medio de estos dos para generar procesos de acercamiento, a los cuales también se les denomina innovadores.

Chile para dar acceso de los ciudadanos al área de decisión, la principal acción propuesta consiste en el diseño de modelos de formación en competencias ciudadanas para el GA las cuales define como el “conjunto de conocimientos, habilidades y predisposiciones que se requieren para acceder y participar de manera efectiva en las oportunidades que promueve el Gobierno Abierto” (Cuarto Plan de Acción, 28).

También, propone la construcción de una política sobre creación de un registro de dueños reales de empresas en Chile pues al ser estos los beneficiarios finales de los subsidios estatales “y se refiere a la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee o controla a una persona jurídica” (Cuarto Plan de Acción, 58), con esta acción se pretende atacar uno de los focos que ha encendido las alarmas por corrupción en este país, y adicionalmente con ello dar cumplimiento a las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Colombia propone la implementación del Sistema Integrado de Información para el Posconflicto con el cual se pretende que la ciudadanía “pueda hacer seguimiento a lo pactado en el Acuerdo de Paz, entablar diálogo con los responsables de su desarrollo y cargar documentos y fotos que demuestren el avance o atraso de las obras” (Plan de Acción Colombia, 18).

También, genera compromisos con niños, niñas, adolescentes y comunidades víctimas del conflicto armado para la transparencia en la gestión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en un país donde los huérfanos, niños vinculados a la guerra y víctimas de diferentes tipos de violencia requieren un plan robusto por parte del Estado, en este caso Colombia propone ocho actividades matizadas por encuentros que aseguren la movilización social de 5000 niños, niñas y adolescentes, atención a la primera infancia en comunidades étnicas y campesinas, 1400 ejercicios de control social en programas de bienestar, mesas de participación en 18 entidades territoriales, entre otros.

México propone crear como datos abiertos un sistema centralizado de las políticas de desarrollo social destinados a reducir la pobreza y la desigualdad, pues existen más de 6700 programas y acciones de desarrollo social en todo el país (Plan de Acción, 21) y centralizar esta información permitirá crear mecanismos adecuados de coordinación entre la administración central y local, así como identificar la población objeto del desarrollo social; otra acción se refiere a conocer los derechos referentes a la igualdad de género en las reformas legislativas vigentes y con ello promover cambios culturales reales frente a la división sexual del trabajo.

Uruguay presenta acciones como Uruguay Concurso, mediante la creación de plazas en el sector público para personas con discapacidad y afrodescendientes. Por otra parte sobre el eje de colaboración, los compromisos adquiridos dan cuenta de su posición aventajada en el desarrollo de las políticas de GA, pues se plantea: elaborar una Estrategia Nacional de Desarrollo al 2050 partiendo de pensarse alrededor de “dos ejes temáticos claves de desarrollo: el cambio demográfico y la transformación de la matriz productiva” (Plan de Acción de Uruguay, 79).

Y también, “co-crear con la ciudadanía, soluciones de tecnología cívica con base en servicios abiertos con datos en tiempo real (...) como transporte, limpieza, o calidad ambiental (Plan de Acción de Uruguay, 114), y con esto Uruguay ve en el internet de las cosas un espacio de colaboración facilitando la presentación de propuestas y el apoyo en el desarrollo de políticas en esta materia a nivel nacional.

Finalmente, vale la pena mencionar como el carácter que refleja cada país en su plan de acción y nivel de evolución son coincidentes con el resultado obtenido en el Índice Mundial del Estado de Derecho 2020 propuesto por *The World Justice Project* en el cual GA es uno de los cuatro principios universales sobre los cuales se fundamenta el concepto de Estado de derecho y donde, al presentar el ranking de desarrollo de GA a nivel mundial las posiciones de los cinco países en estudio fue la siguiente: Uruguay puesto 16, Chile puesto 18, Colombia puesto 27, Brasil puesto 31 y México puesto 36, esto da cuenta del esfuerzo en nutrir de nuevas características la democracia.

V. CONCLUSIONES

En el contexto latinoamericano los logros y resultados de las iniciativas de gobierno electrónico, la aprobación de marcos normativos para fomentar el acceso a la información, transparencia pública y participación ciudadana, así como la consolidación del trabajo colaborativo de la AGA han sentado las bases para hacer la transición hacia la construcción de políticas de GA.

Latinoamérica tiene brechas notables con respecto a la generación de modelos conversacionales con sus ciudadanos y la co-construcción de políticas públicas con participación de la sociedad civil, por ello el compromiso de tomar GA como un escenario de transformación.

Sobre las realidades particulares de cada país, México y Uruguay impactan pues se encuentran de alguna manera en orillas opuestas: el primero reconociendo en las primeras líneas la crisis de gobernabilidad producto del crimen organizado y en consecuencia su Tercer Plan de Acción es una respuesta que pone en primer lugar la defensa de derechos humanos ligándolo con los ODS y ve en las TIC una herramienta poderosa para romper con los malestares de impotencia e impunidad que aquejan a la sociedad; mientras que el segundo país, Uruguay, líder en el continente en mediciones internacionales de transparencia y da cuenta de una democracia cercana a sus ciudadanos que usa el Plan de Acción en GA para proyectar estratégicamente su futuro al 2050.

En el caso de Colombia, al tomar el Acuerdo de Paz firmado entre el gobierno y la guerrilla de las FARC-EP en 2016, como hoja de ruta para superar la guerra de más de medio siglo, llama la atención que en el proceso de construcción de los compromisos en temas de GA fue el país que menos espacio de discusión reportó, además de una total ausencia de referencias textuales con los ODS, aunque demuestra una fuerte movilización para atender a víctimas de su conflicto interno, lo que permite concluir que se volcó en sí mismo al entender el GA como un escenario de ayuda.

Sobre cultura para el GA, el mayor énfasis en este ejercicio lo presenta Chile con la propuesta de orientar el fortalecimiento de competencias ciudadanas y el Plan de Accesibilidad Universal para la Inclusión, y Brasil es ejemplo a nivel mundial con el modelo de presupuesto participativo de Porto Alegre, y concursos para crear plataformas y reutilización de datos abiertos del sector público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alianza para el Gobierno Abierto. 2019. Informe global: Democracia más allá de las urnas electorales. Washington. Alianza para el Gobierno Abierto. https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2019/05/Global-Report_Volume-1_ES.pdf.
- Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento de Uruguay. 2018. Resumen Ejecutivo, Cuarto Plan de Acción de GA de Uruguay 2018-2020, Montevideo. Agencia de Gobierno electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento de Uruguay.
- Banco de la República de Colombia. 2015. Formas de gobierno. Bogotá. Subgerencia Cultural del Banco de la República. http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/formas_de_gobierno.
- BLOMGREN, L. 2010. “Collaborative Governance: Emerging Practices and the Incomplete Legal Framework for Citizen and Stakeholder Voice”. *Journal Of Dispute Resolution*, vol. 2. https://www.researchgate.net/publication/228182348_Collaborative_Governance_Emerging_Practices_and_the_Incomplete_Legal_Framework_for_Citizen_and_Stakeholder_Voice.
- Brasil. 2018. *Cuarto Plan de Acción 2018-2020*. Brasilia: Ministerio de Transparencia y Contraloría General de la Nación. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Brazil_Action-Plan_2018-2020_POR.pdf.
- BURÉGIO, V., KELLYTON, R., NETO, N., GARCÍA, M. VINÍCIUS. 2015. *Towards government as a social machine, en WWW 2015 Companion-Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web*. DOI: 10.1145/2740908.2743976.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. 2016. Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83_Ng==/archivos/1470417708_350c543cc190276e5a10618fd50a3245.pdf.
- CHAPLOW J. S., BERESFORD N. A., BARNETT, C. L. 2015. “Post-Chernobyl surveys of radiocaesium in soil, vegetation, wildlife and fungi in Great Britain”. *Earth System Science Data*. <https://doi.org/10.5194/essd-7-215-2015>.
- Chile. 2018. *Cuarto Plan de Acción 2018-2020*. Santiago de Chile. Ministerio Secretaría General de la presidencia. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Chile_Action-Plan_2018-2020.pdf.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

- Colombia. 2017. *Tercer Plan de Acción 2017-2019*. Bogotá. Presidencia de la República. https://somosmas.org/aga/docs/III-Plan-Colombia_GobAb.pdf.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2018. *Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile. CEPAL. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es>.
- CONCHA, G. y NASER, A. 2012. *El desafío hacia el GA en la hora de la igualdad*. Santiago de Chile. CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/3969-desafio-gobierno-abierto-la-hora-la-igualdad>.
- Congreso de la República de Colombia. 2014. *Ley 1712 de 2014 de Transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional*. Bogotá D. C. Imprenta Nacional.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. 2015. *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. México. *Diario Oficial de la Federación*. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015.
- Congreso Nacional de Chile. 2008. *Ley 20.285 de agosto de 2008, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. Santiago, Chile. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>.
- CUCCINIELLO, M., PORUMBESCU, G. y GRIMMELIKHUIJSEN, S. 2017. “25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions”. *Public Administration Review*, vol. 77, Issue 1, enero-febrero, 32-44. <https://doi.org/10.1111/puar.12685>.
- DA SILVA CRAVEIRO, G. y ALBANO, C. 2017. *Open data intermediaries: co-production in budget transparency, Transforming Government: People, Process and Policy*. Emerald Group Publishing Ltd., 11(1), 119-131. DOI: 10.1108/TG-12-2015-0057.
- FOX, J., HAIGHT, L. y PALMER-RUBIN, B. 2011. “Delivering transparency: To what degree does the Mexican government respond to public information requests? [Proporcionar transparencia hasta qué punto responde el gobierno Mexicano a las solicitudes de información pública?]”, *Gestión y Política Pública*, 20(1), 3-61. <http://www.scopus.com/inward/record.url?eid=2-s2.0-82455246611&partnerID=40&md5=840f8ec481248e911f69d3e3005220b4>.
- FUNG, A. 2013. “Infotopia: Unleashing the democratic power of transparency”. *Politics and Society*, 41(2), 183-212. DOI: 10.1177/0032329213483107.

- GUNAWONG, P. 2015. "Open Government and Social Media: A Focus on Transparency". *Social Science Computer Review*. SAGE Publications Inc., 33(5), 587-598. DOI: 10.1177/0894439314560685.
- HARRISON, T. M. y SAYOGO, D. S. 2013. *Open Budgets and Open Government: Beyond Disclosure in Pursuit of Transparency, Participation and Accountability, Proceedings of the 14th Annual International Conference on Digital Government Research*, 235. DOI: 10.1145/2479724.2479757.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLADO, C. y BAPTISTA LUCI, M. 2014. *Metodología de la investigación*. 6a. ed. Mexico. Mc Graw Hill.
- JANSSEN, M. y VAN DEN HOVEN, J. 2015. "Big and Open Linked Data (BOLD) in government: A challenge to transparency and privacy?". *Government Information Quarterly*. Elsevier Ltd, 32(4), 363-368. DOI: 10.1016/j.giq.2015.11.007.
- KASSEN, M. 2017. "Understanding transparency of government from a Nordic perspective: open government and open data movement as a multidimensional collaborative phenomenon in Sweden". *Journal of Global Information Technology Management*. Routledge, 20(4), 236-275. DOI: 10.1080/1097198X.2017.1388696.
- KREISS, D. 2015. "The Problem of Citizens: E-Democracy for Actually Existing Democracy". *Social Media + Society*. DOI: 10.1177/2056305115616151.
- MANFREDI SÁNCHEZ, J. L., HERRANZ DE LA CASA, J. M. y CALVO RUBIO, L. M. 2017. Transparency and Diplomacy: New social demands and professional routines". *Revista Latina de Comunicación Social*, 72, 832-848. DOI: 10.4185/RLCS-2017-1195.
- MARJANOVIC, O. y CECEZ-KECMANOVIC, D. 2017. "Exploring the tension between transparency and datification effects of open government IS through the lens of Complex Adaptive Systems". *Journal of Strategic Information Systems*, 26(3), 210-232. DOI: 10.1016/j.jsis.2017.07.001.
- MEIJER, A. J., CURTIN, D. y HILLEBRANDT, M. 2012. "Open government: Connecting vision and voice". *International Review of Administrative Sciences*, 78(1), 10-29. DOI: 10.1177/0020852311429533.
- MENDIETA, M. V. y ALONSO, Á. I. 2017. "Developments in transparency in the spanish municipalities: An analytical revision of the last research". *Lex Localis. Institut za Lokalno Samoupravo in Javna Narocila Maribor*, 15(3), 411-430. DOI: 10.4335/15.3.411-432(2017).

- México. 2016. Tercer Plan de Acción 2016-2018. Ciudad de México. Secretariado Técnico tripartita. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Mexico_Plan-de-Accion-2016-2018.pdf.
- NASER, A. y RAMÍREZ-ALUJAS, A. .2014a. *Plan de Gobierno Abierto*. Santiago de Chile. Naciones Unidas.
- NASER, A., RAMÍREZ-ALUJAS, Á. y ROSALES, D. 2017. *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Edited by Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago. Naciones Unidas.
- OHEMENG F. L. K., OFOSU-ADARKWA, K. 2015. "One way traffic: The open data initiative project and the need for an effective demand side initiative in Ghana". *Government Information Quarterly*, vol. 32, Issue 4, 419-428. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2015.07.005>.
- OVIEDO, E., Mazon, Zubcoff, J. 2015. "Quality and maturity model for open data portals". *Proceedings-2015 41st Latin American Computing Conference*. DOI: 10.1109/CLEI.2015.7360011.
- OZTOPRAK, A. A. y RUIJER, E. 2016. "Variants of transparency: an analysis of the English Local Government Transparency Code 2015". *Local Government Studies*. Routledge, 42(4), 536-556. DOI: 10.1080/03003930.2016.1154845.
- PIOTROWSKI, S. J. 2017. The "Open Government Reform" Movement: The Case of the Open Government Partnership and U.S. Transparency Policies". *American Review of Public Administration*. SAGE Publications Inc., 47(2), 155-171. DOI: 10.1177/0275074016676575.
- Presidencia de la República Brasil. 2011. *Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011-Dados da Norma - Portal Câmara dos Deputados*. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12527-18-novembro-2011-611802-norma-pl.html>.
- Presidencia de la República de Chile. 2012. *Instructivo Presidencial sobre Gobierno Abierto 005-2012*, 1-5. http://www.guiadigital.gob.cl/sites/default/files/gab.pres_nde005.pdf.
- Presidencia de la República de Chile. 2014. *Instructivo Presidencial de Participación Ciudadana 007-2014*. Santiago, Chile. <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2015/05/Instructivo-Presidencial-sobre-Participación-Ciudadana.pdf>.
- Presidencia de la República de Colombia. 2015. *Decreto 103 de 2015 Nivel Nacional*. Bogotá D.C. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60556>.

- QANBARI, S., REKABSAZ, N., DUSTDAR, S. 2015. "Open Government Data as a Service (GoDaaS): Big Data Platform for Mobile App Developers, 2015". *3rd International Conference on Future Internet of Things and Cloud*. Roma, 398-403. DOI: 10.1109/FiCloud.2015.34.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Á. 2012. "Gobierno abierto es la respuesta : ¿cuál era la pregunta?". *Más Poder Local*, 14-22. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4013852>.
- REDDICK, C. G., CHATFIELD, A. T. y PURON-CID, G. 2017. *Online Budget Transparency Innovation in Government*, 232-241. USA. Department of Public, Administration College of Public Policy. DOI: 10.1145/3085228.3085271.
- REGGI, L. y DAWES, S. 2016. "Open Government Data Ecosystems: Linking Transparency for Innovation with Transparency for Participation and Accountability". *Electronic Government: 15th IFIP WG 8.5 International Conference, EGOV 2016*, 1-15. DOI: 10.1007/BF03251472.
- SANDOVAL-ALMAZÁN, Rodrigo. 2015. "Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptualConvergencia". *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 22, núm. 68, 203-227. <https://www.redalyc.org/pdf/105/10536227008.pdf>.
- SANHUEZA, A. 2018. "Mecanismos de revisión independiente (MRI)". *Informe de avance de Chile*, Santiago de Chile. https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2018/10/Chile_Mid-Term_Report_2016-2018.pdf.
- SCHNELL, S, y WHICH, S. 2019. "Countries Have More Open Governments? Assessing Structural Determinants of Openness". *The American Review of Public Administration*, 49(8), 944-956. DOI:10.1177/0275074019854445.
- Senado de la República Oriental del Uruguay. 2008. *Ley 18.381 de Acceso a la Información Pública*. Montevideo. http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf.
- SETIAWATI, C. I. y PRATIWI, P. M. 2015. "Conceptual model of citizen's intention associated to e-government and internet behavior: Why do Bandung citizens follow the Mayor's social media?". *3rd International Conference on Information and Communication Technology (ICoICT)*, 336-341. DOI: 10.1109/ICoICT.2015.7231447.
- SIEBER, R. E., JOHNSON, P. A. 2015. "Civic open data at a crossroads: Dominant models and current challenges,". *Government Information Quarterly*. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2015.05.003>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 911-949.

- STACEY, P., FONS, G. y BERNARDO, T. M. 2015. "An open ecosystem engagement strategy through the lens of global food safety [version 1; peer review: 2 approved]". *F1000Research* 2015, 4, 129. <https://doi.org/10.12688/f1000research.6123.1>.
- THURSTON, A. 2015. "Access to Reliable Public Records as Evidence for Freedom of Information in Commonwealth Africa". *The Round Table*, 104:6, 703-713. DOI: 10.1080/00358533.2015.1112095.
- United Nations. 2018. *Encuesta sobre E-Gobierno 2018*. Nueva York. https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2018-Survey/E-Government Survey 2018_Spanish.pdf.
- Uruguay. 2018. *Cuarto Plan de Acción 2018-2020*. http://live-ogp.pantheonsite.io/sites/default/files/Uruguay_Action-Plan_2018-2020.pdf.
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M. 2015. *Los métodos de la investigación jurídica: algunas precisiones*. Mexico. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- WIRTZ B.W., BIRKMEYER S. 2015. "Open Government: Origin, Development, and Conceptual Perspectives". *International Journal of Public Administration*, vol. 38, Issue 5. doi.org/10.1080/01900692.2014.942735.
- ZUIDERWIJK, S., JANSSEN M. y GRÖNLUND. 2015. "Å. Benchmarks for Evaluating the Progress of Open Data Adoption: Usage, Limitations, and Lessons Learned". *Social Science Computer Review*. 2015, 33(5), 613-630. DOI:10.1177/0894439314560852.

DIREITO CONSTITUCIONAL AO ESPORTE NOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA*

DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEPORTE EN PAÍSES DE HABLA PORTUGUESA

Felipe CANAN**

Fernando Augusto STAREPRAVO***

RESUMO: O direito ao esporte tradicionalmente vem sendo previsto no âmbito das Constituições dos países latino-americanos e de língua portuguesa. Contudo, há maior incidência de estudos a respeito no contexto latino-americano. Por tal razão, objetivou-se neste artigo construir a dogmática do direito ao esporte a partir da análise comparada das Constituições dos 10 países de língua portuguesa. A pesquisa é descritivo-interpretativa, quali-quantitativa e documental. Das 10 Constituições, 8 dirimem sobre o esporte, 7 estabelecem um dever do Estado/poder público e 5 preveem o direito ao esporte, que abrange não apenas o esporte de competição, mas também a cultura física. Tem como núcleo essencial a liberdade e apoio à livre associação e prática, a oferta de educação física e a disponibilização de infraestrutura esportiva.

RESUMEN: El derecho al deporte se ha previsto tradicionalmente en el marco de las Constituciones de los países latinoamericanos y también de habla portuguesa. Sin embargo, existe una mayor incidencia de estudios sobre el tema en cuestión en el contexto latinoamericano. Por esta razón, el objetivo de este artículo fue construir la dogmática del derecho al deporte a partir del análisis comparativo de las Constituciones de los 10 países de habla portuguesa. La investigación es descriptiva-interpretativa, cualitativa y cuantitativa y documental. De las 10 Constituciones, 8 de ellos regulan el tema del deporte, 7 de ellos establecen un deber del Estado o poder público y 5 de ellos prevén el derecho al deporte, que abarca no sólo el deporte competitivo, sino también la cultura física. Su núcleo esencial es la libertad y el apoyo a la libre asociación y práctica y la provisión de educación física e infraestructura deportiva.

* Recibido el 1 de julio de 2020, aprobado el 19 de noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0002-9450-778X. Doctorado en Educación Física por la Universidad Estatal de Maringá (UEM); profesor de la Universidad Estatal de Amazonas (UEA). Correo electrónico: felipe.canan@gmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-1655-998X. Doctorado en Educación Física por la Universidad Federal de Paraná (UFPR); profesor en la Universidad Estatal de Maringá (UEM). Correo electrónico: fernando.starepravo@hotmail.com.

Palavras-chave: esporte, cultura física, educação física, políticas públicas. **Palabras clave:** deporte, cultura física, educación física, políticas públicas.

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Procedimentos metodológicos*. III. *Resultados e discussão*. IV. *Considerações finais*. V. *Referências*.

I. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito ao esporte trata-se de um fenômeno recente, originado a partir das Constituições de Cuba (1976a) e Portugal (1976a) (Pachot Zambrana 2016). No ano de 2018, como apontam Canan e Starepravo (2020), dentre um total de 14 países que apresentavam expressamente o direito constitucional ao esporte, o único não latino-americano ou não de língua portuguesa era o Egito. Os demais eram Angola (2010), Bolívia (2009), Brasil (1988), Cabo Verde (1980), Colômbia (1991), Cuba (1976b), Equador (2008), México (1917), Moçambique (2004), Nicarágua, Portugal, República Dominicana e Venezuela. Nesse rol não são inclusos os países que regulam constitucionalmente a matéria do esporte, mas que não o estabelecem expressamente como um direito.

Flores Fernández (2014; 2015; 2019), Castilla (2015) e Pachot Zambrana (2016) também apontam para prevalência latino-americana em relação ao direito constitucional ao esporte, ao passo que Meirim (2006) e Bem (2014) o tratam como um valor lusófono. Mesmo tendo em conta que a constitucionalização de um direito não significa sua garantia, é consenso entre os autores que contribui para sua valorização social e reivindicação em âmbito jurídico.

Daí a importância em conhecer, compreender e/ou construir sua dogmática ou desenvolvimento técnico-jurídico, que abrange os elementos constitutivos do direito, expressamente apontados por Pachot Zambrana (2008; 2016) como natureza jurídica, titulares, objeto, núcleo essencial e limites. Levando em conta também os trabalhos de Meirim (2006), Sarlet (2012), Toledo (2014), Flores Fernández (2014; 2015; 2019) e Castilla (2015), percebe-se que ao exercício de interpretação/construção dogmática podem ser acrescidos como elementos constitutivos, os destinatários, a institucionalidade e a fundamentalidade.

Resumidamente, com base nos autores citados, compreende-se que titular é aquele a quem deve ser garantido o direito; destinatário é quem

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

deve garantir o direito; objeto refere-se ao que deve ser garantido; núcleo essencial diz respeito à parte indispensável do objeto, que não pode ser limitada pelos destinatários; limites referem-se a possibilidades de não garantia do direito por parte dos destinatários; natureza jurídica é a espécie/dimensão de direito fundamental do direito em tela; institucionalidade corresponde à concretude da norma, ao quanto ela subsidia a compreensão a respeito de como exercer e garantir o direito; fundamentalidade remete ao quão essencial é o direito para o Estado democrático e para a dignidade humana.

Esse tipo de análise pode ser construído teoricamente ou tendo como base um ordenamento jurídico (ou parte dele, como a Constituição ou uma lei, por exemplo) ou a comparação entre ordenamentos. O exercício comparado permite que se identifique como diferentes países interpretam e tratam determinado objeto, contribuindo para sua compreensão teórica e para o aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos internos. Contribui também para verificação de padrões e proximidades jus-políticas entre os países, possibilitando a constituição de redes de discussão e construção coletiva.

Entretanto, apesar de já haver algum conhecimento acadêmico-científico produzido em relação ao direito ao esporte, verifica-se que esse direito ainda é bastante jovem (Cazorla Prieto 2013; Pachot Zambrana 2008; 2016; Castilla 2015) e sua interpretação, compreensão e construção acadêmico-científica ainda não informam suficientemente a sociedade em relação ao seu exercício e garantia (Pachot Zambrana 2008; 2016).

Embora esse quadro venha se modificando nos últimos anos, em busca de aprimoramento jurídico do direito ao esporte no âmbito dos países latino-americanos, como identifica-se nos trabalhos do próprio Pachot Zambrana e também de Serrano Lucero (2011), Flores Fernández (2014; 2015; 2016), Castilla (2015), Venegas Álvarez (2019), a lacuna acadêmico-científica ainda mostra-se bastante incidente no contexto de países de língua portuguesa. Em relação a esses países, apesar de alguns autores, tais como Miranda (2011), Bem (2014), Toledo (2014), Santos e Freitas (2015) e Fachada (2017) abordarem perifericamente o tema, apenas Meirim (2006) discute com maior profundidade questões dogmáticas do direito ao esporte.

Tendo em vista a existência de blocos político-culturais, a fertilidade de análises sob a lógica comparada, a prevalência do direito constitucio-

nal ao esporte no âmbito latino-americano e de países de língua portuguesa e a lacuna acadêmica existente especialmente em relação ao segundo grupo, chegou-se à questão-problema do presente artigo, que indaga: ¿quais são os padrões e as diferenças entre a previsão do direito ao esporte nas Constituições dos países de língua portuguesa?

Para responder à esta questão, adotou-se como objetivo geral construir a dogmática do direito ao esporte a partir da análise comparada das Constituições dos 10 países de língua portuguesa. Especificamente, busca-se compreender e comparar as características gerais das previsões constitucionais do esporte e direito ao esporte, identificando semelhanças e diferenças entre as Constituições e possíveis pontos em que uma pode contribuir para o aperfeiçoamento da outra.

Para tanto, parte-se da hipótese de que os ordenamentos jurídicos, Constituições nacionais e, principalmente, as ainda muito jovens previsões do direito ao esporte não são perfeitas, e podem ser aprimoradas por de múltiplas vias, dentre as quais, a de análise comparada. A partir do objetivo proposto e dos consequentes pontos comuns e divergentes identificados no grupo de Constituições analisadas, assim, espera-se que o presente artigo possa contribuir para subsidiar o aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos internos de cada país, a construção de políticas públicas em prol da garantia do direito ao esporte e o fortalecimento de diálogos e redes de pesquisa e ação em função do aperfeiçoamento científico, jurídico e material ou prático desse direito.

II. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Adotou-se uma pesquisa de caráter descritivo-interpretativo e abordagem quali-quantitativa, pautada na análise de documentos (Gil 2008). Foram consultadas as Constituições de Angola (2010), Brasil (1988), Cabo Verde (1992), Guiné-Bissau (1996), Guiné Equatorial (2012), Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993),¹ Moçambique (2004), Portugal

¹ Macau não se trata de um país propriamente dito, mas de um território com relativa autonomia sob soberania chinesa. Apresenta limitações de autonomia somente em relação às relações exteriores e à defesa militar, de forma que a constituição de seu sistema jurídico e socioeconômico, de maneira geral, é autônoma. Por isso, para os fins da presente pesquisa, a título de estudo do direito constitucional ao esporte, pode ser equiparado aos países de língua portuguesa em geral.

(1976b), São Tomé e Príncipe (2003) e Timor-Leste (2002), todos os 10 países que apresentam o português como idioma ou um dos idiomas oficiais. Segundo a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (2019), eles são irmanados não apenas pelo idioma, mas também por uma herança histórica e visão compartilhada de desenvolvimento e democracia, o que permite entendê-los enquanto bloco cultural e político. A coleta acolheu a última versão de cada Constituição até o mês de junho de 2019, incluindo, portanto, emendas, revisões ou outros procedimentos de atualização dos textos originais.

Foram buscadas informações sobre o esporte e direito ao esporte a partir dos descritores “esport”, “físic”, “recre”, “atlet” e “ginast”, tendo em vista identificar os dispositivos constitucionais que tratassem do esporte, educação física, cultura física, atividade física, exercício físico, recreação, atletismo, ginástica, entre outros termos derivados dos prefixos adotados, tais como desporto, desportivo, atlético, etc.

Além da seleção do texto sobre o esporte em si, foi identificada sua localização dentro da Constituição, no que diz respeito ao título, capítulo ou seção. A análise comparativa deu-se em termos de identificação de linhas gerais, padrões e diferenças entre as Constituições, não apenas sobre o direito ao esporte, mas ao esporte de maneira geral. Nessa ótica, questões conceituais ou o local em que a matéria é regulada mostram-se importantes para compreensão da forma como determinado país perspectiva o esporte e, conseqüentemente, o direito ao esporte. Em termos quantitativos, a análise pautou-se em frequência absoluta e relativa. Em âmbito qualitativo, destinou-se especificamente à identificação ou interpretação dos elementos constitutivos da dogmática do direito ao esporte.

Ou seja, em âmbito qualitativo, buscou-se construir a dogmática do direito ao esporte a partir das Constituições dos países de língua portuguesa. Os elementos constitutivos do direito nem sempre aparecem expressos em todas elas, de forma que cada uma poderia ser objeto de uma análise interpretativa específica e pormenorizada, contemplando, em conjunto, outras fontes do direito, como as leis e costumes locais, por exemplo. Entretanto, tendo em vista a perspectiva comparada aqui proposta, buscando identificar a existência ou não de padrões em âmbito dos países de língua portuguesa, a análise interpretativa se dá de maneira mais generalizada, atendo-se exclusivamente aos textos constitucionais, sem levar em conta ordenamentos jurídicos infraconstitucionais ou outras fontes.

III. RESULTADOS E DISCUSSÃO

1. *Características gerais do esporte e do direito ao esporte nas Constituições dos países de língua portuguesa*

Os textos sobre o esporte nas Constituições dos países de língua portuguesa encontram-se transcritos no quadro 01. Apenas as Constituições de Guiné Equatorial (2012) e Timor-Leste (2002), que representam 20% do total, não apresentam qualquer tipo de previsão relacionada ao esporte.

Quadro 01.

Texto relacionado ao esporte nas Constituições

País / ano	Dispositivos sobre o esporte
Angola (2010)	<p>Título II. Direitos e deveres fundamentais, capítulo II. Direitos, liberdades e garantias fundamentais, secção I. Direitos e liberdades individuais e colectivas</p> <p>Artigo 35. (Família, casamento e filiação) 7. O Estado, com a colaboração da família e da sociedade, [...] estimula as organizações juvenis para a prossecução de fins [...] recreativos, desportivos [...].</p> <p>Artigo 42. (Propriedade intelectual) 3. São assegurados, nos termos da lei: a) A protecção às participações individuais em obras colectivas e à reprodução da imagem e voz humanas, incluindo nas actividades [...] desportivas;</p> <p>Capítulo III. Direitos e deveres económicos, sociais e culturais</p> <p>Artigo 79. (Direito ao ensino, cultura e desporto) 1. O Estado promove o acesso de todos [...] ao desporto, estimulando a participação dos diversos agentes particulares na sua efectivação, nos termos da lei. 3. A iniciativa particular e cooperativa nos domínios [...] do desporto exerce-se nas condições previstas na lei.</p>

	<p>Artigo 81. (Juventude) 1. Os jovens gozam de protecção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: d) na educação física e no desporto.</p> <p>Título VI. Poder local, capítulo II. Autarquias locais</p> <p>Artigo 219. (Atribuições) As autarquias locais têm, de entre outras e nos termos da lei, atribuições nos domínios da [...] tempos livres e desportos [...].</p>
Brasil (1988)	<p>Título II. Dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I. Dos direitos e deveres individuais e coletivos</p> <p>Artigo 5o. ...XXVIII ...são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;</p> <p>Título III. Da organização do Estado, capítulo II. Da União</p> <p>Artigo 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:</p> <p>IX. [...] desporto [...].</p> <p>Título VIII. Da ordem social, capítulo III. Da educação, da cultura e do desporto, seção III. Do desporto</p> <p>Artigo 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:</p> <p>I. A autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;</p> <p>II. A destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;</p> <p>III. O tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;</p> <p>IV. A proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.</p>

	<p>§ 1 O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.</p> <p>§ 2 A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.</p> <p>§ 3 O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.</p>
Cabo Verde (1992)	<p>Parte II. Direitos e deveres fundamentais, título III. Direitos e deveres económicos, sociais e culturais</p> <p>Artigo 75 (Direitos dos jovens) 3. Para garantir os direitos dos jovens, a sociedade e os poderes públicos fomentam e apoiam as organizações juvenis para a prossecução de fins [...] recreativos, desportivos [...].</p> <p>Artigo 80 (Direito à cultura física e ao desporto) 1. A todos é reconhecido o direito à cultura física e ao desporto. 2. Para garantir o direito à cultura física e ao desporto, aos poderes públicos em colaboração com as associações, colectividades desportivas, escolas e demais agentes desportivos incumbe designadamente: a) estimular a formação de associações e colectividades desportivas; b) promover a infra-estruturação desportiva do país; c) estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto; d) prevenir a violência no desporto.</p>
Guiné-Bissau (1996)	<p>Título I. Princípios fundamentais da natureza e fundamentos do Estado</p> <p>Artigo 17, 3. Incumbe ao Estado encorajar a prática e difusão do desporto e da cultura física.</p>
Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993)	<p>Capítulo VI. Cultura e assuntos sociais</p> <p>Artigo 127. O Governo da Região Administrativa Especial de Macau define, por si próprio, a política para o desporto. As associações desportivas populares podem manter-se e desenvolver-se nos termos da lei.</p>

	<p>Artigo 132. O Governo da Região Administrativa Especial de Macau aperfeiçoa, de modo gradual e de acordo com as necessidades e possibilidades, a política de subsídios anteriormente aplicada em Macau às organizações populares, designadamente nos domínios da [...] desporto, recreio [...].</p> <p>Artigo 133. O relacionamento entre as associações populares [...] desporto, recreio [...] é baseado nos princípios de não subordinação e não-ingerência recíprocas e respeito mútuo.</p> <p>Artigo 134. As associações populares de [...] desporto, recreio [...] podem manter e desenvolver relações com as suas congéneres de outros países e regiões do mundo e com as associações e organizações internacionais afins, podendo, de acordo com as necessidades, usar a denominação de “Macau, China” quando participarem nas respectivas actividades.</p> <p>Capítulo VII. Assuntos externos</p> <p>Artigo 136. A Região Administrativa Especial de Macau pode, com a denominação de “Macau, China”, manter e desenvolver, por si própria, relações, celebrar e executar acordos com os países e regiões ou organizações internacionais interessadas nos domínios apropriados, designadamente nos da [...] desporto.</p>
Moçam-bique (2004)	<p>Título III. Direitos, deveres e liberdades fundamentais, capítulo V. Direitos e deveres económicos, sociais e culturais</p> <p>Artigo 93. (Cultura física e desporto) 1. Os cidadãos têm direito à educação física e ao desporto. 2. O Estado promove, através das instituições desportivas e escolares, a prática e a difusão da educação física e do desporto.</p> <p>Título IV. Organização económica, social, financeira e fiscal, capítulo III. Organização social</p> <p>Artigo 123 (Juventude) 4. O Estado e a sociedade estimulam e apoiam a criação de organizações juvenis para a prossecução de fins [...] recreativos, desportivos [...].</p>

<p>Portugal (1976b)</p>	<p>Título III. Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, capítulo II. Direitos e deveres sociais</p> <p>Artigo 64. (saúde) 2. O direito à protecção da saúde é realizado: b) [...] pela promoção da cultura física e desportiva [...].</p> <p>Artigo 70. (juventude) 1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: D) na educação física e no desporto;</p> <p>Capítulo III. Direitos e deveres culturais</p> <p>Artigo 79. (cultura física e desporto) 1. Todos têm direito à cultura física e ao desporto. 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com as escolas e as associações e colectividades desportivas, promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto.</p>
<p>São Tomé e Príncipe (2003)</p>	<p>Parte II. Direitos fundamentais e ordem social, título III. Direitos sociais e ordem económica, social e cultural</p> <p>Artigo 56. Cultura e desporto 3. Incumbe ao Estado encorajar e promover a prática e difusão dos desportos e da cultura física.</p>

FONTE: Constituições citadas, adaptado pelos autores.

O fato da maioria das Constituições analisadas prever em alguma medida o esporte em âmbito constitucional corrobora a constatação de Pachot Zambrana (2016) de que há uma crescente tendência internacional de valorização e relevância social do esporte, além do entendimento de Meirim (2006) e Bem (2014), de que o tema goza de especial prestígio nos países de língua portuguesa.

No entanto, ressalvas devem ser feitas. A previsão do direito de imagem a atletas, encontrada nas Constituições de Angola (2010) e Brasil (1988) não se direciona à regulação do esporte. Previsões genéricas que tratam de direitos e liberdades gerais aos jovens, como as encontradas nas Constituições de Angola (2010), Cabo Verde (1992), Moçambique (2004) e Portugal (1976b), ou a previsão que adota o esporte como um dos meios de realização do direito à saúde, na Constituição portuguesa, da mesma

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

forma, não se tratam de normas que regulam o esporte em si, ainda que dêem indícios sobre algumas das funções sociais sob as quais é concebido. Se não fossem complementadas por dispositivos que regulam o esporte propriamente dito, seriam insuficientes para informar a sociedade sobre o tema. Somente as Constituições de Guiné-Bissau (1996) e São Tomé e Príncipe (2003) não dedicam um artigo próprio ao esporte, mas o fazem a partir de um inciso que estabelece um dever específico ao Estado nessa seara.

Dos 8 (100%) países de língua portuguesa que preveem constitucionalmente o esporte de uma maneira específica, 5 (62.5%) são africanos, 1 (12.5%) americano, 1 (12.5%) asiático e 1 (12.5%) europeu. O direito ao esporte é estabelecido expressamente por 5 (62.5%) Constituições, sendo Angola (2010), Brasil (1988), Cabo Verde (1992), Moçambique (2004) e Portugal (1976b). No tocante à divisão continental, tem-se que 3 são africanos (60%), 1 americano (20%) e 1 europeu (20%).

Se levado em conta o total de 14 Constituições que prevê expressamente o direito ao esporte (Canan, Starepravo, 2020), verifica-se que as 5 de língua portuguesa representam 35.71%. Outras 8 são de língua espanhola, que representam 57.14% das 14. Tendo em conta os blocos de países por idioma, em termos absolutos, o maior contingente de Constituições que prevê expressamente o direito ao esporte encontra-se em países de língua espanhola, mas, em termos relativos/percentuais sobressaem-se os países de língua portuguesa. Veja-se:

As 5 Constituições de países de língua portuguesa representam 50% do total de 10 países desse idioma, ao passo que as 8 de países de língua espanhola representam 36.36% do total de 22 países desse idioma (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Espanha, Guatemala, Guiana, Guiné Equatorial, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela). Se esse dado não chega a confirmar o entendimento de Meirim (2006) e Bem (2014) de que o direito constitucional ao esporte é um valor lusófono, ao menos indica que se trata de um valor bastante importante nesse bloco de países.

Ao mesmo tempo, 7 (87.5%) Constituições dos países de língua portuguesa, incluídas as 5 que preveem expressamente o direito ao esporte, estabelecem um dever ao Estado em relação ao esporte. Apenas Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993) não o faz, embora aluda

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

à autonomia relativa à política esportiva e subsídios ao esporte. As 5 Constituições que estabelecem expressamente o direito ao esporte representam 71.43% das 7 que estabelecem um dever ao Estado/poder público.

Bem (2014) compreende que a previsão constitucional de um dever do Estado é suficiente para se presumir o direito, mesmo que este não seja expressamente estabelecido. Cazorla Prieto (2013), Castilla (2015) e Pachot Zambrana (2016), por outro lado, compreendem que a previsão exclusiva do dever não permite que se interprete pela existência de um direito implícito.

A discussão perpassa a questão da fundamentalidade, que é maior no caso de uma previsão expressa do direito. A potencialidade de exigência da pessoa frente ao Estado é indubitavelmente maior no caso de haver um direito expresso. Ressalta-se que em casos de apenas haver inserção da regulação do esporte no título/capítulo destinado à previsão de direitos, mas sem que haja um direito ao esporte expresso, sua existência não deve presumida (Bem 2014). Dessa forma, para que não haja dúvida quanto à existência desse direito em cada país, ele precise ser expressamente estabelecido, como fazem as Constituições de Angola (2010), Brasil (1988), Cabo Verde (1992), Moçambique (2004) e Portugal (1976b).

Ainda assim, a posição em que o esporte é previsto dentro das Constituições pode creditar-lhe legitimidade. No caso do direito ao esporte, a posição pode creditar-lhe também fundamentalidade formal (Sarlet 2012). Dentre as 8 que regulam o esporte, 5 (62.5%) o fazem dentro de um título ou capítulo destinado à previsão de direitos. São exceções Guiné-Bissau (1996), Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993) e Brasil (1988), embora a primeira preveja o esporte dentro do título responsável pelo estabelecimento de princípios fundamentais e o último dentro do título que regula a ordem social. Sarlet (2012), Bem (2014) e Santos e Freitas (2015) entendem o título da ordem social como espaço constitucional destinado ao complemento ou desdobramento de direitos sociais, que, no caso brasileiro, são expressamente previstos no artigo 6 do capítulo II (Dos direitos sociais) do título II (Dos direitos e garantias fundamentais), onde o esporte não está expresso. Se consideradas apenas as 5 Constituições que estabelecem expressamente o direito ao esporte, verifica-se que 4 (80%) o fazem dentro de um título ou capítulo destinado à previsão de direitos, exceto, por óbvio, o Brasil.

Em relação ao conteúdo material dos textos constitucionais, o ponto inicial a ser abordado diz respeito à abrangência do termo “esporte”. O quadro 2 apresenta termos ou expressões relativas a práticas física/corporais que aparecem associadas ou em substituição ao termo esporte. O esforço de compreensão conceitual mostra-se importante para que não se trate fenômenos distintos como semelhantes (Cazorla Prieto 2013; Meirim 2006; Castilla 2015; Pachot Zambrana 2016; Canan 2018; Flores Fernández 2014; 2015; 2019; Venegas Álvarez, 2019). Como precisamente coloca Meirim (2006, 155), “[...] se diferentes forem os conceitos em causa, diferente será também o âmbito de proteção das normas [...]”.

Quadro 2.

Incidência de termos correlatos a esporte nas Constituições

Termo/expressão	Frequência e percentual	Constituições
Esporte e cultura física	3 (37.5%)	Cabo Verde (1992), Guiné-Bissau (1996) e São Tomé e Príncipe (2003)
Somente esporte	2 (25%)	Brasil (1988) e Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993)
Esporte, cultura física e educação física	2 (25%)	Moçambique (2004) e Portugal (1976b)
Esporte e educação física	1 (12.5%)	Angola (2010)
Total	8 (100%)	Todas

FONTE: elaboração própria.

Se a análise levar em conta somente o termo/expressão isolado, identifica-se 8 (100%) vezes esporte, 5 (62.5%) vezes cultura física e 3 (37.5%) vezes educação física. A Constituição do Brasil não trata expressamente da educação física, mas prevê priorização de destinação de recursos ao que denomina “desporto educacional”. Termos relacionados à recreação, recreio, lazer ou tempo livre, com maior ou menor relação direta com o esporte, também se mostram incidentes em 5 (62.5%) Constituições,

sendo elas as de Angola (2010), Brasil (1988), Cabo Verde (1992), Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993) e Moçambique (2004).

Ainda que a simples interpretação literal dos termos ou expressões não seja suficiente para indicar especificidades da previsão do esporte em cada Constituição, serve como primeiro ponto para verificação de sua abrangência. Percebe-se que o esporte tem sido perspectivado pela sua ótica estrita de prática corporal competitiva e regrada institucionalmente ideia que encontra um de seus maiores expoentes teóricos em Parlebas (2001).

Essa perspectiva é diferente da abrangente, que entende o esporte como sinônimo de práticas físicas/corporais em geral (Tubino 1987; Hartmann-Tews 2015; Canan, Starepravo 2019). Justamente pelo fato do esporte ser associado a alguma outra expressão na maioria das Constituições analisadas é que percebe-se que vem sendo compreendido em perspectiva estrita. Na prática, isso significa que, no bloco de países em análise, é importante a conjugação do esporte a outra expressão para que ele não seja assegurado à sociedade apenas em seu aspecto competitivo formal.

Em outras palavras, a complementaridade entre esporte e outra expressão indica uma preocupação ampla com práticas físicas/corporais em geral, comumente abarcadas pela expressão cultura física. Na Constituição do Brasil (1988) há menção a “práticas desportivas não-formais”, que, da mesma forma, podem ser entendidas para além do âmbito do esporte competitivo institucionalizado.

Meirim (2006) corrobora essa assertiva, inclusive a exemplificando a partir de uma proposta de revisão da Constituição portuguesa, que substituiria “cultura física” por “educação física”, mas que fora rejeitada pela maioria dos congressistas, com o argumento de que a cultura física seria o fenômeno maior, enquanto a educação física teria uma relação estrita com o sistema educacional. Essa perspectiva salienta a importância de que o direito, embora seja tradicionalmente tratado como direito ao “esporte”, não perca de vista nas Constituições que deve tratar-se de um direito à cultura física e à educação física.

A última é particularmente identificada em sua importância atribuída pelas Constituições como importante *locus* do esporte e da cultura física. Sua previsão expressa, a relação entre esporte e direitos dos jovens em algumas Constituições, a responsabilização de escolas como destinatárias para garantia do direito ao esporte nas Constituições de Cabo Verde (1992), Moçambique (2004) e Portugal (1976b) e a priorização do “des-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

porto educacional” na Constituição brasileira a reforçam como espaço por excelência para o exercício do direito ao esporte.

Ou seja, percebe-se a educação física como importante e talvez o mais importante *locus* de exercício e garantia do direito ao esporte e à cultura física nos países de língua portuguesa. Meirim (2006) e Flores Fernández (2015) compreendem no mesmo sentido. A segunda autora, inclusive, cita a Lei Geral de Cultura Física e Esporte do México, que, em seu artigo 5o., inciso I, estabelece a educação física como “O meio fundamental para adquirir, transmitir e acrescentar a cultura física” (México 2013).

Essa assertiva da lei mexicana, inclusive, deixa claro que a educação física, assim como o direito ao esporte em si, não se restringe às práticas competitivas, abarcando, na realidade, a apresentação e inserção dos escolares no universo da cultura física, como já dirimia o Manifesto Mundial da Educação Física da Federação Internacional de Educação Física (1970). O direito ao esporte, assim, ao menos no que diz respeito à educação física escolar, acaba inclusive recebendo dupla proteção, por um lado da previsão do direito ao esporte e, por outro, da previsão do direito à educação, inclusive mais concreto e universalizado do que o primeiro.

Daí também a importância das Constituições expressamente associarem a expressão “educação física” ao direito ao esporte, diminuindo os riscos de que essa disciplina deixe de integrar os currículos escolares. Ao mesmo tempo, dentro da lógica de visão ampliada do direito ao esporte, ressalta-se a importância da previsão da expressão “cultura física”, tendo em vista evitar que a educação física e as políticas esportivas em geral restrinjam-se ao esporte competitivo e ao atendimento prioritário ou até exclusivo aos atletas de elite, fato já ocorrido no passado, como aponta Tubino (1987) e o próprio Manifesto Mundial da Educação Física (Federação Internacional de Educação Física 1970).

2. A dogmática do direito constitucional ao esporte nos países de língua portuguesa em perspectiva comparada

Questões como a abrangência da interpretação dada ao esporte e a posição na qual encontra-se nos textos constitucionais contribuem para interpretação do direito ao esporte, mas sua dogmática é construída con-

cretamente a partir da análise de seus elementos constitutivos, de sua institucionalidade e de sua fundamentalidade.

Tendo os elementos constitutivos do direito como categorias de análise, verifica-se inicialmente que, no cômputo geral das Constituições dos países de língua portuguesa, o destinatário principal, à primeira vista, seria o Estado. Apenas a Constituição de Cabo Verde (1992) adota a expressão “poderes públicos”, atribuindo o dever de fomento ao esporte a um conjunto de instituições destinadas ao atendimento e defesa do interesse público. A Constituição de Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993), mesmo não prevendo expressamente o direito ao esporte, atribui ao seu governo (tratasse-se Macau de um país independente, o Governo seria o próprio Estado) a responsabilidade de definição da política esportiva. Na Constituição do Brasil (1988), embora o dever de fomento ao esporte seja estabelecido ao Estado, existe também, no mesmo artigo, a atribuição de incentivo ao lazer pelo poder público.

Contudo, como adverte Meirim (2006), uma atribuição de dever ao Estado não significa a estatização do esporte, até porque o conceito de Estado é variável, ora abrangendo o conjunto de entes, autoridades e entidades públicas, ora circunscrevendo-se à pessoa coletiva de direito público representada pelo governo. No texto esportivo da Constituição de Portugal (1976b), para o autor, o Estado é concebido no sentido amplo, abrangendo todo o rol de entes públicos. Em outros termos, Estado confunde-se com poder público, o que parece comum na maioria das demais Constituições em análise. Dessa forma, tendo em conta as Constituições dos países de língua portuguesa, é possível se interpretar que o principal destinatário do direito ao esporte é o poder público.

Essa ideia de poder público é reforçada porque encontram-se outras instituições elencadas pelas Constituições em apreço, muitas das quais que exercem funções públicas, como as escolas e as instituições dirigentes esportivas, por exemplo. As Constituições de Cabo Verde (1992), Moçambique (2004) e Portugal (1976b) elegem expressamente escolas e instituições esportivas como parceiras. Para Meirim (2006), as escolas particulares estão inclusas. As Constituições de Angola (2010), Brasil (1988), Cabo Verde (1992), Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993), Moçambique (2004) e Portugal (1976b) incentivam a atuação de associações esportivas privadas, o que significa não apenas uma possibilidade de parceria junto ao Estado, mas também de diminuição de sua atuação.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

Ao mesmo tempo, representa a própria garantia do direito, no sentido de liberdade de associação para prática. Canan, Rojo e Starepravo (2019) apresentam e analisam exemplos concretos de políticas multicêntricas e regulatórias tendo em vista a garantia do direito ao esporte, inclusive reforçando o papel de instituições esportivas, principalmente dirigentes, nesse sentido.

Em relação aos titulares, há um padrão nas Constituições, abrangendo todas as pessoas. Entendimento idêntico é apresentado por Meirim (2006) em relação a Portugal, Bem (2014) ao Brasil, Paibe (2015) a Moçambique, Pachot Zambrana (2008; 2016), Flores Fernández (2014; 2015; 2019), Castilla (2015) e Venegas Álvares (2019) a países latino-americanos que estabelecem o direito constitucional ao esporte e Canan e Starepravo (2020) a países em geral que estabelecem este direito. Nas Constituições dos países de língua portuguesa, é identificada, ainda, especial atenção ao público juvenil, atendido predominantemente a partir da auto-organização estimulada pelo Estado, da participação das escolas como destinatárias corresponsáveis e da associação da educação física ao esporte.

O objeto, como advertem Meirim (2006), Pachot Zambrana (2008; 2016), Flores Fernández (2014; 2015; 2019), Castilla (2015) e Venegas Álvarez (2019) não pode ser simplesmente o esporte, sem que antes haja uma especificação mínima sobre seu conceito e abrangência. Como já visto, na maioria das Constituições analisadas, o esporte é associado a outros termos/expressões que, ao mesmo tempo em que restringem seu conceito, ampliam a abrangência do direito. Dito de outro modo, a associação do esporte a termos/expressões como cultura física, educação física ou recreação indica que o esporte é concebido em sentido estrito, como apenas uma das manifestações do movimento humano, mas o direito incide também sobre outras manifestações, englobadas pelos termos/expressões citados. O direito, assim, é à cultura física, às práticas corporais em geral e não apenas ao esporte competitivo formalizado sob regras institucionalizadas internacionalmente, sem perder de vista o *locus* potencialmente universalizante caracterizado pela educação física.

Além disso, Pachot Zambrana (2008; 2016) explica que é indispensável que se tenha certeza sobre o direito abranger a prática esportiva ou o acesso à prática. O primeiro é um direito de liberdade e o segundo um direito social, exigindo prestações por parte do Estado. Ou seja, no direito à prática, basta o Estado/poder público não interferir, garantindo liberdade

de asociación e de prática espontânea aos titulares. O direito de acesso à prática, por sua vez, exige a garantia de criação de condições materiais de acesso à essa prática. Não basta garantir a liberdade se a condição social e cultural dos indivíduos não permite que acessem à prática. Educação física nas escolas e infraestrutura esportiva pública são preponderantes nesse sentido, como apontam Canan e Starepravo (2019) e reforçam Flores Fernandez (2015) e Paibe (2015).

Nas Constituições em análise, tanto o direito à prática quanto de acceso à prática encontram-se presentes. O primeiro é identificado principalmente no estímulo à organização e autonomia associativa, presente na maioria das Constituições. O segundo abarca a promoção, incentivo, apoio e/ou destinação recursos à oferta esportiva, de cultura física e educação física, também presente na maioria das Constituições.

Dentro do vasto objeto, que, no fim das contas, visa garantir a todas as pessoas, toda e qualquer possibilidade de prática e de acesso à prática, o que, devido à limitação de recursos, no sentido de reserva do possível, do poder público e demais destinatários, encontra-se o núcleo essencial, ou seja, o elemento indispensável do direito, o equivalente a um mínimo existencial do direito ao esporte. Nas Constituições em tela, ele consiste na liberdade, autonomia, incentivo e apoio ao associativismo e na oferta da prática físico-esportiva ao público infante-juvenil, normalmente materializada na escola (prevista expressamente como destinatária em algumas Constituições), por meio da educação física (também expressamente prevista em algumas Constituições), como já argumentado.

Em menor medida, mas ainda como núcleo essencial, encontra-se a infraestruturação esportiva do país, sem a qual a própria liberdade de prática não poderia ser, de fato, efetiva. Além da Constituição de Cabo Verde (1992) prever expressamente esta última variante do núcleo essencial, ela apresenta-se tacitamente na ideia de fomento às práticas esportivas não formais encontrada na Constituição do Brasil (1988), nos verbos estimular, encorajar e promover encontrados em várias Constituições e na associação entre esporte e recreação, lazer ou tempo livre prevista nas Constituições de Angola (2010), Brasil (1988), Cabo Verde (1992), Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993) e Moçambique (2004), como já citado.

Pachot Zambrana (2008; 2016) também compreende que o núcleo essencial perpassa a dimensão abstencionista e a dimensão prestacional.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

Canan e Starepravo (2019; 2020) identificam padrão semelhante em análise dogmática tecida sobre documentos esportivos internacionais e sobre as Constituições dos 14 países que preveem expressamente o direito ao esporte, respectivamente. Meirim (2006) cita a Lei 69 de Portugal (1993), que estabelecia como metas para o desenvolvimento esportivo do país, a universalização do esporte escolar, a infraestruturação esportiva e a qualificação de recursos humanos. Flores Fernández (2015) cita lei mexicana, já apresentada, que estabelece a educação física como *locus* para desenvolvimento da cultura física dos mexicanos. Paipe (2006) cita como principal obstáculo à garantia do direito ao esporte em Moçambique, a carência de infraestrutura esportiva. Canan e Starepravo (2019) identificam que os documentos internacionais que difundiram a ideia de direito ao esporte ao longo da década de 1970 garantiam lugar de destaque à educação física e à infraestrutura físico-esportiva.

Os limites do direito comumente são estabelecidos pelo ordenamento jurídico de cada país, mas, tendo em conta o padrão identificado no exercício comparado, abarcam quaisquer medidas que não contrariem a liberdade e apoio à livre prática e associação, a oferta de educação física e a criação de condições mínimas de infraestrutura. Ou seja, sem perder de vista que diferentes ordenamentos jurídicos podem estabelecer limites diferentes, o padrão identificado na análise comparada indica que os limites à garantia do direito encontram seus próprios limites no núcleo essencial do direito.

A institucionalidade, a exemplo dos limites, depende muito do ordenamento jurídico infraconstitucional dos países, onde serão minudenciados ou, ao menos, direcionados os meios para organização das políticas esportivas em função do exercício e garantia do direito. Na análise em pauta e como aponta Meirim (2006), os países de língua portuguesa projetam o esporte a um considerável patamar jurídico, não apenas o inserindo nas Constituições, mas dando-lhe um espaço considerável nas mesmas, inclusive com atribuição de dever ao Estado e direito às pessoas. Dessa forma, em termos gerais, no que diz respeito ao direito constitucional ao esporte, é possível se compreender que os países de língua portuguesa apresentam relevante institucionalidade. Objetivamente, na análise comparada em si, verifica-se que Cabo Verde (1992) apresenta um texto mais concreto em relação às formas de exercício e garantia do direito, elencando expressamente meios para tal e destinatários corresponsáveis. Brasil

(1988), Guiné-Bissau (1996), Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993) e São Tomé e Príncipe (2003), ao contrário, apresentam baixa institucionalidade em relação ao direito ao esporte, podendo valer-se de estudos como o presente para aprimoramentos em sua previsão.

No que diz respeito à natureza jurídica, o esporte enquadra-se inicialmente como direito individual no que diz respeito à liberdade de prática e de associação, bastante salientada, sobretudo, na Constituição do Brasil (1988) e de Macau (Região Administrativa Especial de Macau 1993). O direito ao esporte mostra-se também como direito social, porque exige prestações do Estado, eminentemente na forma de serviços e renda. Os serviços, como visto, são relativos principalmente à educação física e disponibilização de infraestrutura, e a renda refere-se eminentemente ao apoio para o associativismo. O direito social mostra-se patente também porque em 5 (62.5%) Constituições, incluindo São Tomé e Príncipe (2003), que não prevê expressamente o direito, o esporte é previsto no título/capítulo destinado à previsão de direitos sociais e/ou culturais, que, junto aos econômicos, compõem o grupo de direitos fundamentais de segunda dimensão, tratados genericamente apenas como sociais (Sarlet 2012).

Quanto à fundamentalidade, já foi verificado que 4 (80%) Constituições que expressamente estabelecem o direito ao esporte, o enquadram em algum título/capítulo relativo à previsão de direitos, sendo matéria cujo retrocesso é obstaculizado. Essa fundamentalidade, portanto, é formal. Além disso, o fato das 5 Constituições que expressamente estabelecem o direito representarem 50% de todas as 10 de países de língua portuguesa e 62.5% das 8 que preveem o esporte, além de 35.71% das 14 Constituições mundiais que preveem o direito ao esporte, sugere que, em termos gerais, este direito no bloco de países analisados goza de significativa importância social, reconhecida como fundamentalidade material.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito dos países de língua portuguesa, o dever do Estado frente ao esporte é previsto na maioria das Constituições e o direito ao esporte na metade delas. Todas as Constituições que preveem o dever, estabelecem também o direito, que não abrange somente o esporte em sentido estrito,

mas também as manifestações em geral da cultura física. O núcleo essencial do direito consiste na liberdade e apoio à associação e à prática, na oferta da educação física e na infraestruturação esportiva.

Tendo em conta a quantidade de Constituições de países de língua portuguesa que regulam a matéria do esporte e o privilegiado espaço que garantem a essa regulação, além do fato de muitas estabelecerem o esporte como direito das pessoas e dever do Estado/poder público, compreende-se também que o tema goza de institucionalidade e fundamentalidade material nesse bloco de países.

Tem-se clareza que cada país apresenta suas peculiaridades. Não obstante, verifica-se que padrões identificados em âmbito comparado podem contribuir para o aperfeiçoamento dos ordenamentos internos e respectiva construção de políticas garantidoras do direito ao esporte. A inclusão da cultura física e da educação física nas Constituições que ainda não o fazem, é um exemplo de possibilidades de aperfeiçoamento da previsão jurídica do direito ao esporte, aprimorando sua institucionalidade. A atribuição expressa de dever a escolas e instituições esportivas também contribui para uma maior possibilidade de garantia.

Estudos futuros que busquem comparações entre uma Constituição específica e outra e também entre os respectivos ordenamentos jurídicos infraconstitucionais podem agregar à compreensão da temática.

V. REFERÊNCIAS

- Angola. 2010. *Constituição da República de Angola*. Disponível em: http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf.
- BEM, Leonardo Schmitt de. 2014. “La constitucionalización del deporte”. GARRIDO, Antonio Millán y LIÑÁN, Luis Cervantes (dirs.). *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, Lima. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 53-96.
- Bolivia. 2009. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. <http://www.f Tierra.org/index.php/component/attachments/download/>.
- Brasil. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- Cabo Verde. 1992. *Constituição da República de Cabo Verde de 25 de setembro de 1992*. <https://www.governo.cv/governo/constituicao/>.

- CANAN, Felipe, ROJO, Jeferson Roberto, STAREPRAVO, Fernando Augusto. 2019. “Direito ao esporte: possibilidades a partir de políticas multicêntricas, regulatórias e redistributivas”. *Pensar a Prática*, Goiânia, vol. 22, 1-13.
- CANAN, Felipe, STAREPRAVO, Fernando Augusto. 2019. “O significado e a abrangência do direito ao esporte a partir de documentos internacionais”. *Fair Play. Revista de Filosofia, Ética y Derecho del Deporte*. Barcelona, vol. 15, 1-36.
- CANAN, Felipe, STAREPRAVO, Fernando Augusto. 2020. “O direito constitucional ao esporte em perspectiva comparada”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 42, 103-135.
- CASTILLA, Karlos. 2015. “El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana”. *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Barcelona, 2, 96-133.
- CAZORLA Prieto, Luis Maria. 2013. “Deporte y Estado”. 2a. ed. *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento (Monografía)*. Cizur Menor. Thomson Reuters.
- Colombia. 1991. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.
- Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. 2019. *Histórico - como surgiu?* Disponível em: <https://www.cplp.org/id-2752.aspx>.
- Cuba. 1976a. *Constitución de 1976*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2525/51.pdf>.
- Cuba. 1976b. *Constitución de la República de Cuba* (incluye la reforma constitucional del 26 de mayo de 2002). http://www.cervan tesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-cuba-de-1976-incluye-la-reforma-constitucional-del-26-de-mayo-2002/html/d89469f5-2cfd-4009-85ab-ba8540d6d5ec_2.html#L_0_.
- Ecuador. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. https://www.asamblea-nacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- FACHADA, Rafael Terreiro. 2017. *Direito desportivo: uma disciplina autônoma*. Rio de Janeiro. Autografia.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally. 2014. “El contenido esencial del derecho al deporte. Perspectiva constitucional en Latinoamérica”. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Sevilla, núm. 2, 105-120.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally. 2015. “El derecho al deporte en México”. FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (coord.). *El derecho deportivo desde una pers-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 951-975.

- pectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil e Mozambique.* Azcapotzalco. Editorial Flores, 33-61.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally. 2019. “La cultura física y la práctica del deporte en México. Un derecho social complejo”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40, 185-220.
- GIL, Antônio Carlos. 2008. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6a. ed. São Paulo, Atlas.
- Guinea Ecuatorial. 2012. *Constitución de Guinea Ecuatorial*. <https://www.guineaequatorialpress.com/imgdb/2012/LEYFUNDAMENTALREFORMADA.pdf>.
- Guiné-Bissau. 1996. *Constituição da República*. <http://www.anpguinebissau.org/leis/constituicao/constituicaoquine.pdf>.
- HARTMANN-TEWS, Ilse. 2015. “Estratificação social e políticas públicas de esporte na União Européia”. SANTOS, Edmilson Santos dos, LEIRO, Augusto Cesar Rios (orgs.). *Políticas públicas de esporte e lazer: diálogos*. Petrolina. UNIVASF, 151-172.
- Federação Internacional de Educação Física. 1970. *Manifesto Mundial da Educação Física*. <http://cev.org.br/biblioteca/manifesto-mundial-educacao-fisica-1970/>.
- MEIRIM, José Manuel. 2006. *Temas de direito do desporto*. Coimbra. Coimbra Editora.
- México. 1917. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma”. *Diario Oficial de la Federación*, del 29 de enero de 2016. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>.
- México. 2013. “Ley General de Cultura Física y Deporte”. *Diario Oficial de la Federación*, del 7 de junio. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCFD_190118.pdf.
- MIRANDA, Martinho Neves. 2011. *O direito no desporto*. 2a. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris.
- Mozambique. 2004. *Constituição da República*. <http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>.
- Pachot Zambrana, Karel Luis. 2008. *El derecho al deporte, la constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*. Tesis (Doctorado), Universidad de Oriente. La Habana.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis. 2016. “El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 35, 119-150.

- PAIPE, Gustavo. 2015. “Derecho a la práctica deportiva en Mozambique: una mirada hacia la realidad”. FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (coord.). *El derecho deportivo desde una perspectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil e Mozambique*. Azcapotzalco. Editorial Flores, 175-198.
- PARLEBAS, Pierre. 2001. *Juegos, deporte y sociedad. Léxico de praxiología motriz*. Traducción: Román, Fernando González del Campo. Barcelona. Paidotribo.
- Portugal. 1976a. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. <https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>.
- Portugal. 1976b. *Constituição da República Portuguesa de 1976. Sétima Revisão Constitucional-2005*. <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>.
- Portugal. 1993. “Lei n. 69/93. Aprova as Opções Estratégicas para o Desenvolvimento do País no Período 1994-1999”. *Diário da República* 225/1993, Série I-A de 1993-09-24. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/653493/details/maximized>.
- Região Administrativa Especial de Macau. 1993. “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China de 1993”. <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/01/LEI-BASICA-1993.pdf>.
- SANTOS, Edmilson do, FREITAS, Antônio Luís Carvalho de. 2015. “O direito ao desporto: justiça social e políticas públicas”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, 30, 139-157.
- São Tomé e Príncipe. 2003. “Constituição da República Democrática de S. Tomé e Príncipe”. <http://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e>.
- SARLET, Ingo Wolfgang. 2012. *A eficácia dos direitos fundamentais—uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11a. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- SERRANO LUCERO, Martín Alberto. 2011. *El derecho al deporte en Chile: fundamentos y antecedentes para su consagración constitucional*. Tesis (Graduación). Universidad de Chile, Santiago.
- Timor-Leste. 2002. “Constituição da República Democrática de Timor-Leste”. http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/Constituicao_RDTL_PT.pdf.

- TOLEDO, Renata Maria. 2014. *As políticas públicas e o direito “social” ao esporte: uma análise a partir do estado do Paraná (1995-2010)*. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- TUBINO, Manoel José Gomes. 1987. *Teoria geral do esporte*. São Paulo. IBRASA.
- VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia. 2019. “El derecho fundamental a la cultura física y al deporte: un derecho económico, social y cultural de reciente constitucionalización en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 41, 151-180.

LA INFLUENCIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA *JUSTICIABILIDAD* DE LOS DERECHOS INDÍGENAS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO*

*THE ILO CONVENTION NO 169 INFLUENCE IN THE
JUSTICIABILITY OF INDIGENOUS RIGHTS THROUGH THE NEW
LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM STATES CASE LAW*

Fernando CASADO GUTIÉRREZ**

RESUMEN: El trabajo que se presenta a continuación evalúa la influencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en la jurisprudencia reciente en materia indígena de los altos tribunales de los países que constituyen el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Ecuador, Venezuela y Bolivia. La investigación recoge una muestra de sentencias emblemáticas en las que se analiza la influencia del Convenio 169 en la toma de su decisión por parte de los magistrados en pro de los derechos indígenas. La muestra es de carácter cualitativo y no aspiramos a agotar la discusión sino más bien a abrir un debate en torno a la influencia del derecho internacional con carácter vinculante en jurisprudencia de los países del nuevo constitucionalismo latino-

ABSTRACT: The present work assesses the influence of the International Labour Organization (ILO) Convention No 169 on Indigenous and Tribal Peoples Convention on the recent case law regarding indigenous rights in the high courts of the so called New Latin American Constitutionalism: Ecuador, Venezuela and Bolivia. The research collects a qualitative sample of emblematic sentences where the influence of the Convention No 169 is analysed in the judge's decisionmaking process for indigenous rights. We chose a qualitative sample that does not aim to end the debate on the topic, to the contrary, it opens a discussion in the context of the influence of the legally binding international law in the New Latin American Constitutionalism and other member States of the ILO Convention No 169.

* Recibido el 24 de abril de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0003-0818-3924. Profesor principal I en la Facultad de Ciencias Humanísticas y Sociales de la Universidad Técnica de Manabí. Licenciado en Derecho por la Facultad de Granada (España), realizó una maestría en Derechos Humanos y Democratización en la European Inter-University en el año 2004 en Venecia (Italia), y se doctoró en Comunicación Social en 2012 en la Facultad de Comunicación de la Universidad de La Laguna (España). Correo electrónico: francesco.maniglio@utm.edu.ec

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII,
núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

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

americano y otros países signatarios de la Convención 169 de la OIT.

Keywords: ILO Convention 169, New Latin American Constitutionalism, Indigenous Rights.

Palabras clave: Convenio 169 de la OIT, nuevo constitucionalismo latinoamericano, derechos indígenas.

SUMARIO: I. Introducción: el Convenio 169 de la OIT. II. Los derechos de los pueblos originarios en las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano. III. La importancia del litigio estratégico en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONVENIO 169 DE LA OIT

En junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó en forma tripartita, con la participación de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, el Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes. Apenas dos años después el Convenio 169 entró en vigor luego de transcurridos doce meses desde la ratificación de los dos primeros Estados signatarios (Noruega y México), tal y como se establecía en su artículo 38.

Hasta hoy, 22 países lo han ratificado, de las cuales la mayoría (15) son naciones latinoamericanas y del Caribe, por lo que se puede afirmar que es un Convenio regional. Apenas siete Estados dispersos han ratificado el Convenio 169 fuera de América Latina y el Caribe, cuatro en Europa (Noruega, España, Dinamarca y Holanda); uno en Asia (Nepal); uno en África (República Centroafricana); y uno en Oceanía (Fiyi). No obstante, pese al apoyo mayoritario latinoamericano, todavía no han ratificado el Convenio 169 una gran cantidad de países en Sudamérica (como Francia, Surinam y Guyana) y Centroamérica (Panamá y El Salvador) que poseen un importante porcentaje de su población indígena.

Para Christian Courtis, que América Latina sea la región donde se ha producido la mayor cantidad de ratificaciones del Convenio 169 no es casual, pues “muchos países de la región son multilingües y multiculturales, y en algunos casos la población indígena constituye la mayoría de población, o un porcentaje significativo de ella” (2009, 53). No obstante, podemos considerar que la ratificación de 22 Estados sigue siendo insuficiente,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

teniendo en cuenta que el Convenio 169 busca mejorar las condiciones de vida de los 5.000 pueblos indígenas y tribales que existen en el mundo y que representan una población de aproximadamente 370 millones de personas, repartidos por más de 70 países (OIT 2009, 9).

No cabe duda de que un mayor número de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT le daría una mayor fuerza y legitimidad. No obstante, no debemos perder de vista que hoy por hoy este tratado internacional constituye el cuerpo legal internacional vinculante más importante para la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas. De hecho, el Convenio 169 junto con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007 podemos considerar que constituyen el núcleo duro de la protección de los derechos indígenas a nivel internacional, pese a que este último documento pertenezca a llamado *soft law* y no tenga carácter vinculante. Sin embargo, tal y como apuntan Gómez y Berraondo, pese a los avances en materia de reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas “lejos de avanzar en la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, se está retrocediendo de manera muy seria” (2012, 9).

Autores como Montt y Matta reconocen que uno de los grandes logros de la Convención 169 de la OIT es haber llenado una brecha que existía en materia de derecho indígena gracias a la creación de derechos colectivos donde se les reconoce como pueblos y no como individuos (2011, 135). Ahora bien, el Convenio presenta ciertos límites en cuanto a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, lo que ocurre específicamente con el derecho a la libre determinación (Figuera, 2010). Esta especie de *techo* a los derechos de los pueblos indígenas lo podemos identificar en el artículo 1.3 del propio Convenio 169 que expresa: “La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (énfasis añadido en el propio Convenio 169”).

Como se puede apreciar, el Convenio 169 impide la posibilidad de aplicar a los pueblos indígenas el artículo 1.1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en las Naciones Unidas en 1966 y en el que se señala: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su con-

dición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

El Convenio 169 contempla un amplio catálogo de derechos, pero dos son sus pilares fundamentales: en primer lugar, el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, en segundo lugar, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan (artículo 5o.). El Convenio también garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a su desarrollo, que es mencionado hasta en 20 ocasiones a lo largo del Convenio. Esta atención prioritaria que el Convenio 169 concede al desarrollo, puede tener relación, como lo explica Felipe Gómez Isa, con “que los pueblos indígenas se encuentran entre los principales damnificados de políticas de desarrollo inadecuadas y que no han tenido en cuenta sus intereses, necesidades y sus particulares formas de entender y concebir el mundo” (2006, 464).

Al ratificar un convenio de la OIT, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Convenio (OIT 2014, 9). Asimismo, se compromete a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de control (OIT 2014, 10).

El Convenio dedica su parte II (artículos del 13 al 19) al tema de la tierra y su posesión, que como muchos autores han expresado, entre ellos Magdalena Gómez, “sin tierra, sin recursos naturales, no hay futuro para los pueblos indígenas” (2006, 140).

Por otra parte, el Convenio 169 también presta gran atención a los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo a los pueblos indígenas derechos en materia laboral (artículo 20); formación profesional, artesanía e industrias rurales (artículos 21-23); seguridad social y salud (artículos 24 y 25); educación y medios de comunicación (artículos 26-31).

La influencia del Convenio 169 ha sido notable en los nuevos procesos constituyentes en muchos de los países de la región, entre ellos Venezuela, Ecuador y Bolivia, países pertenecientes al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y objeto de nuestro estudio. En primer lugar, queremos caracterizar la influencia del Convenio 169 en el elenco de derechos indígenas que han reconocido las Constituciones de estos países, para pos-

teriormente evaluar su efectividad. Para ello, hemos tomado como referencia una serie de sentencias de los altos tribunales de Bolivia, Ecuador y Venezuela que consideramos emblemáticas por tomar como referencia el Convenio 169 en su fundamentación jurídica. La muestra seleccionada es de carácter cualitativo, una sentencia por cada país, lo que somos conscientes no agota una rica discusión en torno a la justiciabilidad de los derechos indígenas. Las sentencias reflejaron un amplio control de convencionalidad de los tribunales nacionales y la naturalización, no sólo aceptación, del pluralismo jurídico como marco normativo referencial en todos los casos.

Cabe destacar que las sentencias analizadas generaron importantes debates al momento de ser emitidas y constituyen la consolidación y maduración de una jurisprudencia que ha aceptado la pertinencia del activismo contencioso de los grupos defensores de los derechos indígenas. En este sentido las sentencias fueron seleccionadas después de un recorrido suficiente de los altos tribunales como garantes de las nuevas constituciones de sus países: seis años en el caso de Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, siete en el caso de la Corte Constitucional de Ecuador y doce de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

II. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LAS CONSTITUCIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

A continuación, nos centraremos en describir brevemente como son caracterizados los derechos indígenas contemplados en las Constituciones más modernas de lo que parte de la doctrina ha llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (Medici 2010; Viciano y Dalmau 2011; Lascarro-Castellar y Mejía 2019). Nos centraremos por tanto en los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Aunque alguna de las críticas al nuevo constitucionalismo latinoamericano reside en que “es demasiado parecido” al previamente existente (Gargarella 2018, 110) consideramos que los esfuerzos por ampliar el catálogo de derechos, incluidos los derechos de los Pueblos Indígenas, y la expresa declaración de que todos los derechos son justiciables, constituyen avances que deben ser tomados en consideración.

Para Casado, Salamanca y Sánchez, lo primero que debemos destacar es “el esfuerzo por extender y garantizar el catálogo de derechos sociales, y darles el mismo estatus que los derechos civiles y políticos” (2016, 113), lo que se podría también extenderse a los derechos colectivos entre los que se encuentran los derechos indígenas. De hecho, el desafío de este trabajo será evaluar si los avances normativos han tenido algún impacto en la forma de impartir justicia y la garantía de derechos por parte de los jueces. Sin embargo, se debe aclarar que es precisamente el amplio elenco de derechos contemplados en estas constituciones lo que ha servido como “burlas y menosprecio sobre los nuevos textos” (Gargarella y Curtis 2009, 31). En cambio, la representación de los nuevos derechos constituye para autores como Medici un giro decolonial, especialmente en las dos constituciones más recientes de Ecuador y Bolivia, que “se articulan sobre la base de la centralidad del buen vivir” en una tradición distinta a la occidental en la búsqueda de la dignidad de los seres humanos (2010, 16).

Estas Constituciones al mismo tiempo que han realizado una importante ampliación del catálogo de derechos, han llevado a cabo un expreso reconocimiento de la importancia del derecho internacional y declaran su carácter vinculante. El control de convencionalidad por tanto es una herramienta muy importante para la interpretación de los textos constitucionales pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano. En este sentido, la Constitución venezolana otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos “jerarquía constitucional” y establece su prevalencia “en el orden interno en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables” a las de la propia constitución, que serán de “aplicación inmediata y directa por los tribunales” (artículo 23). En la Constitución de Ecuador también se contempla que los derechos y garantías establecidos en “los tratados internacionales serán de directa e inmediata aplicación” (artículo 11.3). Por último, este control de convencionalidad también se encuentra contemplado en la Constitución de Bolivia en el artículo 14.IV que establece la garantía de los derechos contemplados en los tratados internacionales y que la práctica jurisprudencial ha tenido muy en cuenta. En consecuencia, podemos ya interpretar la importancia e influencia que tendrá el Convenio 169 en las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

1. *Venezuela*

La Constitución de 1999 introduce por primera vez en la historia de este país los derechos de los pueblos indígenas, que constituyen un total de ocho artículos (119-126) que conforman el capítulo VIII, llamado de “De los derechos de los pueblos indígenas” dentro del título III “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”.

Los importantes avances en materia de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas generaron positivas valoraciones del texto constitucional venezolano tras su aprobación. En este sentido, Lee Van Cott llegó a decir que “los derechos conseguidos por los indígenas venezolanos son comparables o incluso superiores a aquellos de los países vecinos que cuentan con movimientos indígenas mejor consolidados” (2002, 42).

Venezuela recoge un importante elenco de derechos indígenas entre los que se consideran el respeto por su identidad, cultura y costumbres; la propiedad colectiva de sus tierras y el aprovechamiento de sus recursos naturales; salud; propias prácticas económicas; propiedad intelectual y participación política, entre otros. Observamos que el avance es notable y los derechos contemplados han recogido en gran medida los postulados de la Convención 169.

Pero también se han producido críticas a muchos aspectos de la Constitución venezolana en materia de protección de los derechos indígenas. Como Clavero expresa, pese a lo militante que se posiciona la Constitución venezolana en relación con los derechos indígenas “copia la regla de exclusión [de la libre determinación] del Convenio 169 cuando se trata de indígenas” (2006, 334); es decir, que queda fuera de la fórmula constitucional venezolana, al igual que del Convenio 169, el derecho a la libre determinación, pues el artículo 126 *in fine* está redactado de la siguiente manera: “el término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

2. *Ecuador*

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia son probablemente las más avanzadas en materia de reconocimiento de derechos humanos en el mundo, sus modernos textos se han enriquecido con experiencias constituyentes previas y tomado como inspiración el derecho internacional. Los

derechos colectivos y de los pueblos indígenas no fueron una excepción. Ahora bien, son muchas las críticas que estas constituciones han recibido, no tanto por el reconocimiento de los derechos, sino por su falta de implementación y garantía. En relación con la falta de puesta en práctica de los derechos indígenas, Merino afirma que “la esencia de la economía política en ambos países es la dependencia en industrias extractiva, lo que ha resultado en la acumulación a través de la desposesión de comunidades indígenas” (2011, 2).

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, estos están contenidos en el capítulo IV, llamado “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, perteneciente al título II “Derechos”, con un total de cinco artículos (del 56 al 60).

El primero de los artículos pertenecientes al capítulos IV descarta toda posibilidad de libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 56), y lo hace de una forma más taxativa que la Constitución de Venezuela, pero con un estilo diferente al Convenio 169 de la OIT: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”. Comprobamos que en Ecuador además de los pueblos indígenas existen otras nacionalidades, como los afroecuatorianos y los pueblos montubios, que también reciben una protección constitucional diferenciada.

En el artículo 57 también se contemplan una gran cantidad de derechos, entre ellos: “la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias”; “la consulta previa”, aunque no posee un carácter vinculante; “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social”; “aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”; la preservación y protección de su propio conocimiento ancestral, y la participación política entre otros derechos colectivos.

El trabajo de codificación de los derechos indígenas en los textos constitucionales se produce gracias a un largo recorrido jurídico y de movilizaciones sociales, y como Francisco Palacios expresa “no es un capricho, ni un exabrupto chavista, ni un ingenio insurgente como pretende satirizar buena parte de la cultura y la mediática orgánica” (2015, 228).

3. *Bolivia*

La Constitución de Bolivia, la más reciente entre los textos considerados en este trabajo, contempla en su capítulo IV los llamados “Derechos de las naciones y pueblos originarios campesinos”, entre los artículos 30 y 32 pertenecientes al título I, denominado las “Bases fundamentales del Estado.

En su artículo 30 se establece que Bolivia “es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española”. En este artículo también se contemplan otros derechos como: la cosmovisión propia; la titulación colectiva de tierras y territorios; “a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios”; y “a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios”.

En cuanto a la libre determinación, esta es garantizada en la Constitución, pero como en los textos anteriormente analizados en el marco de la unidad estatal “consistente en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales” (Aguilar *et al.* 2010, 4).

Los derechos hasta aquí señalados se complementan con otros que están diseminados por el texto constitucional boliviano, como el artículo 403 que reconoce a los pueblos indígenas el derecho del “uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables”.

III. LA IMPORTANCIA DEL LITIGIO ESTRATÉGICO EN LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como ya adelantamos anteriormente la influencia en los textos constitucionales del Convenio 169 ha sido muy importante, pero no se ha limitado al papel de inspirar una “legislación modelo”, como afirma Courtis, “ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores –tanto órganos públicos como organizaciones de la sociedad civil” que lo han utilizado en la reivindicación de sus derechos y como parte de la fundamentación de sus causas cuando han

recurrido al litigio estratégico frente a tribunales nacionales e internacionales (2009, 56).

Según Courtis, la jurisprudencia desarrollada en cortes nacionales en el amparo de derechos indígenas ha sido muy variado, pero señala entre los casos más importantes aquellos que “versan sobre conflictos relativos a tierras y a la explotación de las riquezas naturales situadas en ellas, y que varios de esos casos se refieren a la consulta y participación de la comunidad en decisiones relativas a estos temas” (2009, 59). Otros temas tratados por los tribunales serían la relación entre el derecho penal estatal y el consuetudinario, el derecho a la educación, salud, autonomía política y reparación integral intercultural. A continuación, pasaremos a analizar en cada uno de los países objeto del presente análisis sentencias emblemáticas que nos servirán como una primera aproximación a la influencia del Convenio 169 en la jurisprudencia de los países del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

1. Ecuador: el caso “La Cocha” (2014)

El primero de los casos que vamos a analizar es la Sentencia 113-14-Sep-CC, conocido como el caso de “La Cocha”, relacionado con los ámbitos de aplicación del derecho penal consuetudinario indígena y el derecho estatal. La sentencia se produjo en el marco de una acción extraordinaria de protección constitucional a raíz de una consulta por la muerte de una persona indígena del pueblo Kichwa Panzaleo a manos de otras personas también indígenas. Este fue un caso de gran relevancia en Ecuador al ser la primera jurisprudencia que se sentaba en relación con las competencias de las jurisdicciones indígena y estatal.

La Corte Constitucional ecuatoriana como máximo órgano de administración de justicia, estableció en este caso “el grado de movilidad que la justicia indígena guarda bajo el paraguas constitucional” (Seni 2014, 182). La Corte Constitucional tuvo un gran respeto por el pluralismo jurídico en esta sentencia, pese a la posición jerárquica superior en que le colocó el resolver la presente acción extraordinaria de protección, así se puede comprobar en argumentaciones como la siguiente:

Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.

El caso recibió una gran atención pública, pues los medios de comunicación centraron su cobertura en las medidas sancionatorias de la comunidad, vistas de manera aislada a la argumentación jurídica indígena y basadas en el sensacionalismo que suele caracterizar este tipo de publicaciones. Pese a la presión mediática la justicia indígena fue reconocida y respetada por la Corte Constitucional y se evitó un doble juzgamiento, al mismo tiempo que se impuso a los medios de comunicación la obligación de obtener la autorización de las autoridades indígenas para poder cubrir este tipo de eventos. Sin embargo, también se han producido críticas a la sentencia “La Cocha” que no consideró los parámetros interculturales de forma adecuada, como expresa Ximena Ron “al considerar que la comunidad juzgó exclusivamente el delito contra la vida como una transgresión a la comunidad y que, este en cuanto derecho subjetivo, debía ser juzgado por la justicia estatal” (2016, 124).

En esta emblemática sentencia la Corte Constitucional tomó en varias ocasiones en consideración el Convenio 169, hasta el punto de basar en el artículo 8.2 de este tratado internacional el propio reconocimiento del derecho indígena y la validez del pluralismo jurídico que se desarrolla posteriormente en la argumentación jurídica:

es imperativo recordar el marco normativo del derecho internacional, específicamente el artículo 8 numeral 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, que al referirse a la obligación que tienen los Estados de garantizar la conservación de costumbres e instituciones, entre ellas el derecho propio de los pueblos y comunidades determina que dicha garantía va de la mano de un juicio de compatibilidad entre los derechos reconocidos o positivizados en la Constitución y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por último, mencionar en relación con el caso “La Cocha” que en su Sentencia la Corte Constitucional le recuerda a la justicia penal ordinaria su obligación de llevar a cabo siempre el control de convencionalidad “en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”.

2. Bolivia: el caso “Takana El Turi Manupare II” (2014)

En Bolivia después de la entrada en vigor de la Constitución de 2009 que declara al Estado como plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha realizado importantes esfuerzos por garantizar los derechos de los pueblos indígenas. El caso 0572/2014 se relaciona con el derecho al hábitat demandado por la comunidad indígena “Takana El Turi Manupare II”, cuyos miembros fueron objeto de amenazas y amedrentamientos con armas de fuego por quien era el concesionario de las tierras en las que se asentaba la comunidad a raíz de un conflicto por la explotación de las castañas que existen en la zona.

El Tribunal Constitucional Plurinacional concedió la tutela de la acción popular presentada por la comunidad “Takana El Turi Manupare II” al considerar lesionado su derecho al hábitat y al domicilio y lo hizo después de realizar un amplio recorrido del derecho internacional y control de convencionalidad mencionando en varias ocasiones el Convenio 169 de la OIT.

Tomando como referencia el artículo 8.1 del Convenio 169 y el concepto de interculturalidad, el Tribunal expresa la importancia de conseguir la igualdad material entre las distintas culturas:

Efectivamente, la interculturalidad supone el relacionamiento entre sujetos “similares e iguales”, en términos fácticos; pues una interculturalidad en la que se mantenga la base de subordinación y desigualdad no existe; de ahí que el sustento y el contenido de la interculturalidad se asienta en la descolonización, y supone ir más allá de la relación de respeto entre desiguales; pues dichas relaciones difícilmente podrán construirse si es que materialmente no existe igualdad entre culturas.

El propio uso del litigio estratégico y la acción popular por parte de la comunidad Takana, que es contemplado en el artículo 135 de la Constitu-

ción de Bolivia, es interpretado por el Tribunal Constitucional de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT cuando se reconoce en su artículo 3o. que “las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación”. Observamos aquí que la fórmula general de no discriminación es la referencia para justificar el control de convencionalidad que asegure la justiciabilidad de todos los derechos.

Dado que este caso está relacionado con el derecho al hábitat, el Tribunal realizó un recorrido por los artículos de la Convención 169 relacionados con la propiedad y territorio de los pueblos indígenas. Para poder determinar la amplitud del territorio Takana mencionó el artículo 13.2 que expresa: “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Pero también, hizo hincapié en la propiedad de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y el artículo 14.3 por el que se establece que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. Finalmente, respecto a la propiedad y recursos naturales en los territorios de los pueblos originarios el Tribunal menciona el artículo 15 en el que se afirma que “estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

En el presente caso el Tribunal Constitucional Plurinacional hizo mención expresa de hasta cinco artículos del Convenio 169 de la OIT, lo que constituye un serio control de convencionalidad en pro de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas bolivianos. El Tribunal lleva a cabo la protección de la comunidad Takana frente a la amenaza de sus tierras y la explotación de sus recursos y para fundar su sentencia recurrió al Convenio 169, dando un mandato a las autoridades bolivianas:

Así, las autoridades deben tomar en cuenta el dominio ancestral sobre los territorios de la nación y pueblo indígena originario campesinos correspondiente, que desde una perspectiva integral, comprende el espacio donde desarrollan todas sus actividades, incluido el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y donde se desenvuelven sus instituciones sociales, políticas y jurídicas; por ello, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que se determinen y reivindiquen las tierras de los pueblos indígenas, que desde la perspectiva de las

naciones y pueblos indígena originario campesinos, implica la reconstitución de sus territorios ancestrales.

3. *Venezuela: caso “niño indígena Warao” (2012)*

Este es un caso también relacionado con la delimitación de la jurisdicción del derecho penal consuetudinario y el estatal, pero al contrario de lo ocurrido en “La Cocha”, el Tribunal Supremo de Venezuela decidió anular la decisión dictada, por la “jurisdicción especial indígena”, mediante la cual se condenó a un menor de edad a cumplir la pena de veinte años de prisión por la comisión del “delito de homicidio intencional”. La pena fue decidida por los “caciques” de las diferentes comunidades Warao del municipio del Estado Delta Amacuro donde se cometieron los hechos delictivos.

El Tribunal Supremo de Venezuela consideró que se omitieron en la impartición de justicia indígena requisitos contemplados en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y no se verificó “el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos por medio de distintos medios probatorios” cuando era ineludible hacerlo. La Sala Constitucional acabó anulando la sentencia del Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “jurisdicción especial indígena” por no haberse conformado debidamente.

Para la toma de esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo consideró el artículo 9o. del Convenio 169 en el que se contempla el reconocimiento de la jurisdicción indígena, especialmente, en un caso como el presente que se trata de una decisión con fuerza de “cosa juzgada”. Para el tribunal venezolano no hay duda del reconocimiento de las competencias indígenas, y el conflicto residiría en que la decisión no habría sido tomada de acuerdo con derecho consuetudinario por la forma en que se conformó la jurisdicción indígena. De hecho, fundamentándose en el Convenio 169 la Sala Constitucional consideró que la relación entre ambos ámbitos del derecho coexiste en igualdad gracias al reconocimiento del pluralismo jurídico:

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el derecho constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del pluralismo jurídico; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo creado desde la estructura estatal —desde arriba hacia abajo por el Estado—, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican —elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas—, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas.

La Sala Constitucional toma como referencia al propio Convenio 169 y el artículo 8.2 para justificar que “la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional”. La interpretación final es restrictiva pues reconoce al derecho indígena la posibilidad de lograr “la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público”.

IV. CONCLUSIONES

Tras el análisis de las sentencias objeto de nuestro estudio hemos podido comprobar que la influencia del Convenio 169 de la OIT en los países signatarios que constituyen el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha sido importante desde varios puntos de vista. En primer lugar, este tratado internacional ha sido una de las fuentes de inspiración en el reconocimiento del catálogo de derechos de los pueblos indígenas constitucionalmente.

En segundo lugar, el control de convencionalidad del Convenio 169 y su uso estratégico por los distintos actores involucrados en conflictos relacionados con derechos indígenas ha sido frecuente. En consecuencia, el Convenio 169 ha servido como una útil herramienta en la reivindicación y garantía de derechos colectivos. Lo hemos podido comprobar en la protección por parte de los tribunales constitucionales a la propiedad ancestral y el hábitat, reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas que por primera vez empiezan a ser amparados.

Pero quizás el mayor de los logros es que la institucionalidad criolla de los altos tribunales haya empezado a naturalizar el pluralismo jurídico

que aparece en el mandato constitucional. Este no es un asunto baladí ya que el pluralismo jurídico puede ser considerado como un cambio del paradigma de la concepción normativa positivista y jerárquica *occidental*. La pirámide de Kelsen ha tornado en un poliedro en que distintas pirámides convergen en un mismo centro, representado en la Constitución, que ya no es la cúspide. Como resultado, la Constitución ya no se erige en el vértice superior de la pirámide, ahora da coherencia a los segmentos del poliedro desde su centro.

Sin embargo, no todo deben ser celebraciones en torno a la materialización de la justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas. En los tres países analizados los peores indicadores socioeconómicos junto a la mayor pobreza y exclusión, y por lo tanto la mayor cantidad de violaciones de derechos, se registran y afectan a la población indígena. Se puede afirmar que la lucha por la garantía de los derechos reconocidos en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela apenas comienza. Al mismo tiempo, identificamos ciertos gestos en algunos tribunales que fácilmente podrían convertirse en regresiones antes que progresos. Así ocurre con la sentencia analizada del TSJ de Venezuela cuando afirma que el derecho de los pueblos indígenas no podrá coludir con el ordenamiento jurídico nacional u orden público. Una interpretación amplia de esta posición vaciaría de su contenido al derecho indígena y eliminaría en la práctica el pluralismo jurídico. Por lo que consideramos que estas posiciones conservadoras deberían ser abandonadas para no convertirse en nefastos precedentes.

Por último, también podemos afirmar que el impacto del Convenio 169 es continuado pues forma parte constantemente en las argumentaciones de las sentencias de los altos tribunales de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Ahora bien, debemos tener en cuenta que el planteamiento del presente artículo constituye una primera aproximación al impacto del Convenio 169, pero futuros estudios con una mayor sistematicidad servirán para delimitar con mayor exactitud su impacto en la jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos signatarios.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo y STEWARD, Rebeca. 2010. "The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples In Latin America". *Internacional Law Review Online Comparison* 2 (2), <https://bit.ly/32rGV0W>.
- CASADO, Fernando, SALAMANCA, Antonio y SÁNCHEZ, Rebeca. 2016. "La nueva ola de Constituciones en Ecuador, Bolivia y Venezuela: una revolución democrática y jurídica en Ciernes". *Linea Sur* 11.
- CLAVERO, Bartolomé. 2006. "Derechos indígenas y Constituciones latinoamericanas". Berraondo, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- VAN COTT, Donna Lee. 2002. "Movimientos indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa". *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* 8 (3).
- COURTIS, Christian. 2009. "Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina". *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos* 6 (10).
- FIGUERA VARGAS, Sorily. 2016. "Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (22). <https://bit.ly/3l8BX0a>.
- GARGARELLA, Roberto. 2018. "Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista Uruguay de Ciencia Política* 27 (1). <https://bit.ly/36gNrbH>.
- GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. 2009. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile. CEPAL. <https://bit.ly/3pePiq7>.
- GÓMEZ ISA, Felipe y BERRAONDO, Mikel. 2013. *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- GÓMEZ ISA, Felipe. 2006. "Pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo". BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- GÓMEZ, Magdalena. 2006. "El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo". BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto.

- LASCARRO-CASTELLAR, Diemer y MEJIA TURIZO, Jorge. 2019. “Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: perspectivas epistemológicas”. *Revista de la Facultad de Derecho* 46.
- MEDICI, Alejandro. 2010. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador”. *Revista Derecho y Ciencias Sociales* 3. <https://bit.ly/38rMPmm>.
- MERINO, Roger. 2011. “What is ‘Post’ in Post-Neoliberal Economic Policy? Extractive Industry Dependence and Indigenous Land Rights in Bolivia and Ecuador”. *SSRN* octubre. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938677.
- MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. 2011. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. *Estudios Públicos*, 121. <https://bit.ly/3ldpdp4>.
- OIT. 2014. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Lima. OIT.
- OIT. 2009. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*. Lima. OIT.
- DE CABO, Antonio, Carrasco, Manuel, Palacios, Francisco y Soto, Fabian. 2015. *Investigación Jurídica Comparada*. Quito. Corte Constitucional del Ecuador.
- RON ERRAEZ, Ximena. 2016. “La reparación integral intercultural en el Estado constitucional ecuatoriano”. *Estado & comunes. Revista de Política y Problemas Públicos* 2.
- SENI, Ruth. 2014. “Comentarios a al Sentencia 113-14-Sep-CC, dentro del caso 731-10-EP ‘La Cocha’ (Acción Extraordinaria de Protección). Alcances de la Jurisprudencia indígena y la jurisdicción ordinaria”, *Umbral Revista de Derecho Constitucional II* 4.
- VICIANO, Roberto y DALMAU, Rubén. 2011. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General de Derecho Público Comparado* 9.

Sentencias constitucionales

- CC, 0731, Corte Constitucional de Ecuador, 2014.
- TCP, 0572, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014.
- TSJ, 1440, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2012.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

ASPECTOS DA FORMAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO BRASILEIRO*

ASPECTOS DE LA FORMACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO BRASILEÑO

Maurício DA CUNHA SAVINO FILÓ**

RESUMO: Neste artigo, objetiva-se rever a formação do Estado e do Direito público brasileiro, a fim de responder ao questionamento de saber qual foi sua matriz jurídica. A análise dos textos constitucionais ocorreu em dois capítulos, um dedicado ao Brasil Império e outro ao Brasil republicano, sem adentrar o texto constitucional de 1988. O método utilizado na abordagem foi o descritivo-sistemático, valendo-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, envolvendo pesquisas em dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais. O método de interpretação jurídica foi o tópico sistemático. Conclui-se, em linhas gerais, que no império Brasileiro, utilizou-se abundante matéria prima de direito público romano, sendo que, na transposição ao período republicano, houve grande celeuma sobre como organizar os Poderes Estatais, verificada pelas ingerências e sobreposições de suas instituições.

RESUMEN: En este artículo, el objetivo es revisar la formación del Estado y del derecho público brasileño, para responder a la pregunta de conocer su matriz jurídica. El análisis de los textos constitucionales se realizó en dos capítulos, uno dedicado al Brasil imperio y otro al Brasil republicano, sin entrar al texto constitucional de 1988. El método utilizado en el enfoque fue el descriptivo-sistemático, utilizando el procedimiento analítico de descomposición de un Problema jurídica en sus diversos aspectos, relaciones y niveles, involucrando la investigación en disposiciones legales constitucionales e infraconstitucionales. El método de interpretación jurídica fue el tema sistemático. Se concluye, en líneas generales, que en el Imperio brasileño se utilizó abundante materia prima del derecho público romano, siendo que, en la transposición al periodo republicano, hubo un gran revuelo sobre cómo organizar los poderes del Estado, comprobado por las injerencias y solapamientos de sus instituciones.

* Recibido el 26 de febrero de 2020; aprobado el 23 de noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0002-7436-1664. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina. Leciona desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Atualmente é membro do Núcleo Docente Estruturante, sendo que leciona Teoria geral do processo e Prática processual administrativa. Advogado. Correo electrónico: mauriciosavino@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 995-1025.

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

Palavras-chave: Brasil império, direito público romano, instituições, poder moderador, republicanismo.

Palabras clave: imperio de Brasil, derecho público romano, instituciones, poder moderador, republicanismo.

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *As instituições políticas no Brasil império*. III. *Particularidades da república brasileira*. IV. *Conclusão*. V. *Referências*.

I. INTRODUÇÃO

O objetivo geral com este artigo é verificar quais foram as bases jurídicas e políticas utilizadas para a formação do Estado brasileiro.

Como a política e o direito estão calcados na história das instituições políticas (Rodrigues 1969, 153-156) e o Estado de direito é consequência de desdobramento e de influências históricas e políticas, que culminam em diversos fatores especiais (Kaplan 1999, 77-79), parte-se da premissa de que há alguns elementos-chave que devem ser analisados neste tipo de pesquisa.

Os substratos utilizados para construções jurídicas fundamentais do constitucionalismo brasileiro —como o poder moderador, que visava à harmonização entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como seu desaparecimento da Ordem Jurídica nacional— ensejam o problema de pesquisa, que se resume na seguinte pergunta: qual foi a natureza da matriz jurídica do Estado brasileiro?

Sem descartar a ligação do direito com o que já se havia produzido na Europa a partir do século XIX, parte-se da hipótese de que há elementos de direito público romano, como se podem verificar nas criações constitucionais sul-americanas.¹

Com relação à hipótese levantada, é importante realizar alguns esclarecimentos fundamentais. Ressalte-se que reconhecer o uso de matriz românica não significa que as instituições jurídicas e políticas que surgiram na América do Sul eram as mesmas que as antigas, como, por exemplo,

¹ Tratando-se das criações constitucionais realizadas na ocasião da independência da América do Sul, verifica-se, dentre outras influências, forte apelo a Rousseau (2002, cap. V, Livro Quatro), que resgatou muito da experiência constitucional da antiga “República dos Romanos”, em especial o uso do instituto jurídico do Tribunato da Plebe, como forma de resistência a governos tidos como representantes do povo (Lobrano 2016, 24; Catalano 1977, 454).

se verifica nas propostas e ideais constitucionais de Bolívar, que produziram inovações genuínas e originais (Catalano 1981, 5; Lobrano 2006). Ao lado disso, cabe mencionar que há certa cautela de alguns estudiosos em cogitar a influência da antiguidade no constitucionalismo construído no Brasil, com o objetivo de não serem reforçados antigos laços de subserviência cultural com o paradigma jurídico eurocêntrico. Todavia, isso não se justifica, pois, conforme Catalano (2004, 329, 331) o próprio direito brasileiro construiu seu direito privado com bases romanistas e o transcendeu a patamares próprios e autênticos pelas obras de Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua e Abelardo Lobo. Além disso, o paradigma jurídico que foi construído na Europa descartou, por meio de uma releitura seletiva, muitas experiências e institutos romanistas: houve uma opção seletiva do que se encontrava no Digesto do imperador Justiniano (Paricio e Barreiro 2014, 216). Por fim, a própria revisão e contraposto criteriosa das produções constitucionais ocorridas em tempos distintos permite ao jurista conceber a formalizar novas práticas contemporâneas (Pilati 2017, 17).

Realizados esses esclarecimentos, cabe por fim destacar que, em razão da divisão histórica no Brasil não ser matéria de consenso (Rodrigues 1969, 125-144), optou-se pela periodização histórica de as instituições políticas ocorrerem em duas etapas: Império e República,² que corresponderão às duas seções de desenvolvimento deste artigo.

O método a ser utilizado na abordagem é o descritivo-sistemático, valendo-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, envolvendo pesquisas em dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais, além de obras constitucionais de influentes juristas e políticos, a fim de se chegar à resposta sobre a formação da matriz jurídica de direito público estatal brasileiro. O método de interpretação jurídica é o tópico sistemático.

² O período republicano brasileiro é tradicionalmente dividido em três períodos: 1) República velha, de 1889 a 1930; 2) República nova ou Era Vargas, de 1930 a 1945; 3) República contemporânea, de 1945 até os dias atuais. Não obstante isso, faz-se um recorte neste último período, excluindo desta análise a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que demandaria outro tipo de análise.

II. AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS NO BRASIL IMPÉRIO

A colonização portuguesa no Brasil teve como grande vetor a família, que funcionava como importante unidade produtiva, sendo que, em 1532, caracterizava-se por ser rural ou semirural e agregava empregados e um número constante de escravos (Freyre 2006). Os grandes senhores de terra possuíam poder fático para manter a ordem e explorar riquezas em seus domínios; aqueles patriarcas, porém, não contribuíram de forma efetiva para a construção de novos institutos jurídicos e políticos.³ O poder dos antigos senhores de terras foi emprestado, de uma fração do poder real, em um sistema de concessão de poder, por meio de capitanias hereditárias e sesmarias,⁴ que não era nascido da própria estrutura familiar patriarcal, como ocorrera na Antiguidade com o *pater familias* romano, nem se confundia totalmente com o sistema feudal⁵ (Faoro 1958, 63).

Posteriormente, aquele sistema de doações, que foi hereditário, a fim de investir aos donatários de uma espécie de soberania proveniente do Reino Português (Miranda 1967, 344), foi substituído pela estrutura latifundiária. Os donos de moinhos de cana atingiram um nível de poder altíssimo, em nova modalidade de colonização, para fortalecer a saúde econômica da Coroa portuguesa, dando ao senhor de engenho um prestígio e um poder de patriarca, de proprietário de terras e de escravos e, posteriormente, o título de *comandante de tropas* (Freyre 2006, capítulo 3).

De acordo com os aspectos destacados, em linhas gerais, o panorama que se apresentava em terras brasileiras, antes da formação independente de seu Estado, foi caracterizado por uma dependência jurídica e política

³ Não houve previsão jurídica nas Ordenações Filipinas, vigentes em território brasileiro de 1603 até o Código Civil de 1916, pois o patriarca deveria manter a ordem em sua família, mas sem um poder jurídico tão explícito quanto na Antiguidade. Todavia, isso não significa que, em razão da distância entre as propriedades e da natureza da colonização, tal poder se demonstrasse maior do que o texto legal previse.

⁴ Os donatários (também chamados de capitães ou governadores) eram chefes de guerra e se obrigavam à defesa interna e externa de suas capitanias e, recebendo ínfima porção destas, deviam distribuí-las entre outros cristãos (Faoro 1958, 54).

⁵ Para Pontes de Miranda (1967, 343), o Brasil nasceu sendo uma mescla de medieval (religião, direito de propriedade e dominação) e algo moderno, dos séculos XVI e XVII, uma vez que, ao não ser inicialmente uma colônia como as africanas, havia, pelo regime das capitanias, certa ligação, como súdito e extensão da própria metrópole.

da metrópole portuguesa e, ao mesmo tempo, uma autonomia extrema dos grandes latifundiários.

A organização do Brasil após a independência começou a ser feita por meio do embate e acordo de forças políticas, e não mediante pressões populares, a fim de se reformar ou modificar a autoridade constituída.⁶

O constitucionalismo brasileiro nasceu de duas forças políticas: a monarquia liberal portuguesa e os elementos nativos, que buscavam formar uma nova nacionalidade.⁷ Mas como isso não foi percebido à época, surgiram dois poderes constituintes díspares, o que se repetiria em nossa história constitucional: o poder originário e soberano dos governados, que promulga constituições; e o poder derivado do absolutismo, de ato do príncipe, que outorga cartas (Bonavides 2000, 165-166).

O ponto nevrálgico na formação do Estado brasileiro foi a distribuição de poderes, e não a forma de governo, que já se aceitava monárquica (Mello 1863, 16-21). Dessa forma, na Assembleia Constituinte de 1823, onde inicialmente reinava um ambiente de cooperação, as relações com o governo foram abaladas, pois o Imperador se viu ante um poder soberano que o fiscalizava e pedia modificações de seus atos e respeito à separação de poderes (Mello 1863, 7-13).

O constituinte José Joaquim Carneiro de Campos —Marquês de Caravelas—, em 26 de junho, defendeu que sua majestade tivesse ingerência sobre o Poder Legislativo, pois, como se estava pretendendo um governo monárquico-constitucional-representativo, o monarca não poderia ser mero executor de leis (Rodrigues 1974, 64-65, 273).

A dissolução da Constituinte no dia 12 de novembro de 1823 não impediu que seu projeto —ainda em forma de esboço, mas carregado de princípios liberais— fosse continuado pelos novos redatores que levantavam objetivos absolutistas (Mello 1863, 16-21).

Como todo poder exercido em território brasileiro provinha da realeza lusitana e sua legitimidade foi declarada como pertencente ao primeiro

⁶ Toda a legislação da Metrópole foi mantida até 1831, para se tentar traçar (de cima para baixo) a harmonização teórica entre a nova dinastia e os anseios populares (Faoro 1958, 142-143).

⁷ Para Bonavides (2000, 165), a identidade e independência brasileira “[...] tinha raízes nas lutas coloniais de expulsão dos invasores, passava pela Inconfidência e subia de ponto nos sucessos da Revolução Pernambucana de 1817 até chegar ao momento culminante da Assembléia Nacional Constituinte”.

Imperador do Brasil, nos trabalhos iniciais dos constituintes (Homem de Mello 1863, 7), a Carta Constitucional do 25 de março de 1824, naturalmente, confirmou tal assertiva (Brasil 1824).

Carneiro de Campos foi um dos principais redatores da Carta outorgada, quando prevaleceram seus projetos já expostos e defendidos em assembleia, que concederiam o poder de veto ao monarca (Rodrigues 1974, 64-67).

A figura do imperador passou a representar a nação brasileira que se constituía e, para desempenhar sua missão, o artigo constitucional 98 estabeleceu um quarto poder, que não se enquadrava na teoria da tripartição de Montesquieu: “Artigo 98. *O Poder Moderador é a chave de toda a organização política*, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (Brasil 1824, grifos nossos).

A Carta brasileira consolidou um império que, em seu primeiro título, afirmava ser uma associação política entre os cidadãos brasileiros, que formava uma nação, cujo governo seria hereditário, monárquico, constitucional e representativo.

Tendo o princípio de que a divisão e a harmonia dos poderes seria a melhor forma de se tornarem efetivas as garantias constitucionais, o poder moderador, que se definia como “a chave de toda a organização política”, somente poderia ser exercido pelo Imperador que seria o chefe, primeiro representante⁸ e defensor perpétuo⁹ da nação, a fim de melhor equilibrar e harmonizar os poderes.¹⁰

⁸ O sustentáculo teórico desta delegação ao Imperador pode-se encontrar no entendimento de que a nação não poderia representar-se a si própria e que seria necessária uma fiscalização sobre os abusos dos demais poderes, por meio da direção da soberania política ao Imperador (Faoro 1958, 147, 185).

⁹ Pela Lei 234, do 23 de novembro de 1841, o título também foi concedido a dom Pedro II.

¹⁰ A Constituição de 1824 foi a que mais perdurou no constitucionalismo brasileiro e, sendo escrita, somente não superava em antiguidade o texto constitucional norte-americano; alguns autores atribuem sua durabilidade à possibilidade de ser adaptável a qualquer circunstância política (Octaciano 2015, 9-11). Todavia, não se pode ignorar a seguinte conclusão de Vieira (2010, 166, grifos do autor): “Ao investigar a história partidária no Período Colonial e Imperial, percebeu-se que não se pode denominar as organizações que lutaram pela independência ou a manutenção do vínculo com a Coroa Portuguesa, ou as

O imperador constitucional era pessoa sacra e inviolável, não podendo recair sobre ele qualquer responsabilidade. Além de exercer o Poder Executivo, ele tinha ingerência nos outros dois poderes (artigos 99 e 100 da Carta brasileira de 1824), concentrando, em si, a soberania,¹¹ que foi um conceito que se confundiu com o próprio poder.¹²

A indelegabilidade do quarto poder constituía um de seus princípios basilares, pois a tarefa de dar equilíbrio aos demais poderes era concedida somente ao imperador, chefe supremo da nação e seu primeiro representante.

Além do Poder Moderador, havia o Conselho de Estado (artigos 138-144), composto de, no máximo, dez membros vitalícios, nomeados pelo Imperador sob voto de fidelidade (Brasil 1824).

Os conselheiros se manifestavam em todas as questões graves e em todos os momentos em que se utilizasse o Poder Moderador, à exceção da nomeação e demissão dos ministros de Estado.

Credita-se a criação do poder moderador —que possibilitou a união nacional diante de projetos pessoais de poder dos produtores rurais— aos discursos de Constant, pelo fato de esse autor sugerir uma monarquia constitucional (Faoro 1958, 143-145).

A ideia de um poder moderador surgiu, inicialmente, com Clermont Tonnere,¹³ sendo, posteriormente, incrementada e divulgada por Constant, que entendia ser necessário à sua geração conturbada um princípio constitucional conservador (Franco 1957, 245; Vianna 1970, 132).

facções que buscavam os favores da Coroa Brasileira como partidos políticos. Eram acima de tudo organizações de homens, sem vínculos programáticos e ideológicos. *A existência delas dependia da vontade do Imperador, o qual, através de seu Poder Moderador, era quem verdadeiramente exercia o poder de decisão política. As maiorias ou minorias no Parlamento eram constituídas de acordo com o interesse do Monarca*”.

¹¹ O que se comprova ao se verificar que o poder moderador não foi causa, mas consequência do Império brasileiro (Faoro 1958, 198), e que tal poder não pôde ser exercido nas mesmas condições pelos Regentes, após a abdicação de D. Pedro I, pelo que muitos consideram que foi a Regência o prelúdio da República brasileira (Vianna 1970, 133).

¹² Segundo Barreto (1977, 140), jurista da época do Império, “soberania não é um direito, é um fato. Quem diz soberania, diz poder supremo, absoluto, independente; e dizer-se isto é o mesmo que dizer força absoluta, irresistível. Soberania e força são termos correlatos. Onde há força, há soberania; onde falta força, a soberania é frase, é nula”.

¹³ A espécie de mecanismo de equilíbrio entre os outros poderes do Estado apareceu no livro de Benjamin Constant, de *Direito constitucional*; todavia o autor suíço confessa que a ideia não lhe era original, mas sim de Clermont-Tonnerre (Franco e Pila 1999, 27).

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 995-1025.

O governo monárquico, ao ser dotado de previsão constitucional para atuar, fá-lo-ia como um poder neutro, não podendo ser responsabilizado se atuasse em seus limites, a fim de que

[...] pudesse desfazer, sempre dentro de uma linha conservadora, os conflitos surgidos entre os demais poderes, estabelecendo uma espécie de equilíbrio entre o espírito de movimento e o de conservação [...]. Seria um órgão chamado a desempenhar no governo parlamentar, papel correspondente àquele de que aos poucos, graças ao gênio de alguns de seus juízes, se investiria a Suprema Corte dos Estados Unidos (Franco 1957, 245).

Dom Pedro I, entretanto, não introduziu o “instituto de Constant” em 1824 (e, quando consagrado Rei de Portugal e Algarves, repetiu o feito em Portugal, em 1826) buscando atingir a neutralidade entre os três poderes, mas, sim, para aumentar os poderes reais (Franco 1957, 246), razão pela qual Franco (1978) o chamou de “chave de cúpula de toda a organização política”.

A maior concentração de poder na América Latina ocorreu no Brasil, que refutou Constituições republicanas e o controle de constitucionalidade, dando início a uma original ditadura constitucional, pois o corregedor dos demais poderes era quem promovia o absolutismo (Bonavides 2000, 166-167).

Na verdade, Benjamin Constant nunca falou em Poder Moderador, e, sim, em *pouvoir royale*, *pouvoir neutre* (poder real, poder neutro) (Franco 1981, 106), tratando-se de uma criação brasileira (Rodrigues 1974, 65).

Os princípios liberais foram sobrepujados pelo caráter absolutista presente no texto constitucional; logo, não se implementou a teoria de Constant, que pressupunha neutralidade para fiscalizar e julgar os demais poderes (Bonavides 1987, 9-10).

Segundo Franco e Pila (1999, 33), pela análise dos fatos e dos depoimentos registrados, o parlamentarismo imperial brasileiro foi uma falácia, se comparado ao que era considerado como um sistema parlamentar de governo, com base na prática inglesa e no que foi fixado nas teorias constitucionais da Europa continental.

A mesma opinião com relação ao regime político é a de Ferreira (2003, 47), no sentido de que não houve um parlamentarismo propriamente dito, como o inglês,¹⁴ porque a maleabilidade da Carta permitia que o regime

¹⁴ Defendeu-se que o próprio povo brasileiro demoraria para ter confiança em si mes-

transcorresse como o imperador desejasse, o que afastou ainda mais sua neutralidade.

Essa situação exacerbou a figura monárquica no segundo reinado,¹⁵ por isso, D. Pedro II tolerou um “parlamentarismo”, que foi pendular entre liberais e conservadores (Ferreira 2003, 47, Octaciano 2015, 31-33).

A instituição do Poder Moderador no constitucionalismo brasileiro, portanto, foi única no mundo, fazendo com que o governo parlamentar adquirisse sentido diverso do que significava (Franco e Pila 1999, 33), pois o rei reinava e governava por meio de seus ministros (Octaciano 2015, 31-33).

Em seu exercício constitucional, o Poder Moderador, segundo o artigo 101 da Carta brasileira, possuía o alcance de nomear senadores (que eram vitalícios); convocar a Assembleia Geral (formada pelos deputados e senadores); dar força de lei a decretos e resoluções da assembleia pela sanção, assim como aprovar e suspender resoluções das províncias; prorrogar ou adiar a Assembleia Geral. Para salvar o Estado, poderia dissolver —a fim de substituir— a Câmara dos Deputados, nomear ministros de Estado, suspender juízes em razão de queixas, assim como perdoar e moderar as penas que fossem aplicadas e conceder anistia, a bem do Estado.

Mas se o quarto poder não proveio das teorias liberais do século XVIII/XIX, onde se buscou a matéria-prima jurídica para criá-lo? Em que se baseou o instituto que permitiu a D. Pedro I realizar reformas políticas e manter o país unido, e que mais tarde foi retomado por D. Pedro II?

Como ponto de partida, cabe mencionar que o conceito de império civil,¹⁶ em vez de reinado, surgiu na década de 1760, com o marquês de

mo, a fim de atingir o *self-government* dos ingleses, o que impediria, naquele momento, a adoção da tripartição de poderes (Barreto 1977, 89).

¹⁵ Faoro (1958, 199), ao tecer consideração sobre as atuações de D. Pedro II, que parecia se posicionar acima de qualquer interesse pessoal, mas utilizando suas convicções pessoais: “Nume tutelar do povo, árbitro das dissensões e lutas, juiz dos movimentos econômicos e políticos —assim se caracterizava a vontade augusta. [...] Não lhe importou a consideração de desorganizar ou aniquilar a agricultura; o trono era mais poderoso que a estrutura econômica do país— a superestrutura comandava, soberanamente, o ritmo da infraestrutura. Toda a autoridade emanava do calor irradiado da Coroa; [...] Quem afrontasse a opinião augusta tornava-se ‘incompatível’, arruinando as possibilidades de ascensão”.

¹⁶ Segundo Oliveira (2005, 49), “as concepções de poder político, de sociedade e de Estado são assim formuladas em torno da noção de império civil, com a finalidade de legitimar a monarquia portuguesa e consubstanciar projetos de atuação política”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 995-1025.

Pombal, a fim de fortalecer o reinado de José I e secularizar as instituições portuguesas. Para isso, defendeu-se que o rei possuía *imperium*¹⁷ como os antigos cônsules, que, pela concepção romana, não admitiria oposição, nem mesmo eclesiástica (Oliveira 2005, 46).

A terminologia romana é verificada quando se afirma que o Império se tratava de uma “associação política de cidadãos brasileiros”, não se utilizando a palavra sociedade brasileira, em continuação a um conceito jurídico presente em Cícero (Poletti 1994, 146).

Na formação do império brasileiro, uniu-se a concepção de organização por meio de associação de pessoas que concederiam, em aclamação, o poder a um rei sob a aprovação divina, mediante sagração, da razão e da vontade humanas (Oliveira 2005, 53-54).

O poder de censura (nomear senadores), que aquilatou o Poder Moderador, e o *auxilium* tribunício,¹⁸ previsto para aqueles apenados de forma excessiva ou desumana e aos necessitados de anistia, são provas do romanismo em nosso constitucionalismo, pois se basearam nos institutos da censura e do tribunato romanos.

O uso do termo “Império” na Constituição brasileira de 1824, portanto, foi um sinal de originalidade com novo uso de elementos jurídicos antigos, e não uma experimentação de ideais de teóricos liberais franceses, sendo que a nomenclatura “imperador”, em vez de “rei”, tinha também o objetivo de transmitir a impressão de união entre a aclamação e a vontade popular (Catalano 1988, 12).

O substrato do absolutismo do império brasileiro é encontrado, precisamente, em um texto de Ulpiano presente no *Digesto* (D.1.4.1pr.), que confundiu a vontade do monarca com a lei e, ao mesmo tempo, serviu para modificar a teoria de vontade geral de Rousseau, baseada na experiência republicana do Tribunato da Plebe.¹⁹

¹⁷ O *imperium* (Império) foi o poder máximo na república romana.

¹⁸ Quando os plebeus sofriam uma grave penalidade, havia um magistrado que se chamava “Tribuno da Plebe” que tinha o poder de auxiliar a ordem plebeia. Utilizava a *intercessio* contra um decreto ou o *auxilium*, após um apelo de um plebeu ao Tribunato e, posteriormente, chegou a beneficiar até mesmo patrícios. Entretanto, era utilizado o *auxilium* muito mais nos processos criminais, na pronúncia ou após a sentença (Maranca 1982, 83; Meira 1983, 394; Valditara 2008, 116).

¹⁹ “Soberania do povo” seria um conceito teológico-metafísico, que desconsideraria o que os romanos definiram como *maiestas* (*princeps legibus solutus est*) (Barreto 1977, 142).

O criador do Poder Moderador na Carta de 1824, José Joaquim Carneiro de Campos (*apud* Rodrigues 1974, 65) fez referência aos Tribunais da Plebe, a fim de definir esse poder e defender sua concessão ao defensor da nação:

Ele é sua primeira autoridade vigilante, guarda nossos direitos e da constituição. Esta suprema autoridade que constitui a sua pessoa sagrada e inviolável e que os mais sábios publicistas deste tempo têm reputado um poder soberano, distinto do poder executivo por sua natureza, fim e atribuições, esta autoridade, digo, que alguns denominam *Poder Neutro* ou *Poder Moderador*, e outros *tribunício*, é essencial nos governos representativos.

Confrontando o preâmbulo da Carta de 1824 com aquele antigo texto, verifica-se a intenção de induzir o entendimento de que o poder e o império foram concedidos pela vontade popular ao seu defensor. Dessa forma, conseguiu-se unir a força da *lex imperium* à *tribunicias potestas*, presentes no quarto poder e no título de defensor perpétuo do Brasil (Poletti 1994, 146).

A explicação de Bueno (1857, 204-205) de que o Poder Moderador não seria um poder real, imperial ou conservador, mas, sim, a suprema inspeção da nação (soberania), fundamenta-se no direito desta de inspecionar o que fazem os outros poderes.

As construções e as inovações na ordem constitucional, entretanto, visaram à centralização do poder, em um paternalismo expresso na figura do Imperador protetor, que não produziu instrumentos que conseguissem incrementar a democracia.

Tal fato pode ser comprovado ao se verificar que se defendia que o quarto poder somente poderia ser exercido por um Imperador, pois essa posição colocaria qualquer um acima de interesses particulares (neutros) e proporcionaria virtudes que impediriam ferir a ordem constitucional (Bueno 1857, 205).

Se a Bolívia possuiu um libertador, ao se inspirar na interpretação da *Res Publica* de Rousseau, o Brasil, inspirando-se na estratégia de Augusto, passou a ser governado pelo seu defensor, dotado de um quarto poder pessoal, à época em que republicanismo e monarquia se apresentavam como forma de governo (Catalano 1988, 13).

Surgiram, entretanto, ataques à figura do Monarca que, no fundo, revelaram o problema que afetava o Brasil imperial: a ausência de “vontade popular” e a “verdade eleitoral”, pois, geralmente, quando o grupo político dominante perdia a eleição, seduzia o candidato eleito com futuros cargos e vantagens (Faoro 1958, 200).

Vasconcellos (1862, 98-90), líder liberal, por iniciar grande crítica ao poder pessoal do Imperador, foi acusado de “tribuno e de turbulento”, por defender limites, a fim de que o parlamentarismo se concretizasse de fato.²⁰

Vasconcellos reeditou, em 1862, a obra de Bastos (1938, 29), denunciando que todos os erros que afligiam o governo não poderiam ser responsabilidade dos ministros ou de partidos, porque procediam “[...] de um princípio político afetado de raquitis, de uma ideia geradora e fundamental: a onipotência do estado, e no estado a máquina central, e nesta máquina certas e determinadas rodas que imprimem movimento ao grande todo”.

Com base em discurso conhecido por “sorites”, em 17 de julho de 1868, Joaquim Nabuco sentenciou a inevitável queda do Império e a vinda da República. O Poder Moderador, ao violar a vontade dos cidadãos expressa nos votos, não seria mais admissível; ainda mais quando era quase consenso de que não havia um sucessor à altura de D. Pedro II.²¹

III. PARTICULARIDADES DA REPÚBLICA BRASILEIRA

Após a elaboração de um anteprojeto, a Constituição do 24 de fevereiro de 1891 (Brasil 1891) foi a mais concisa de todas as brasileiras, com 91 artigos e 8 disposições transitórias, sendo considerada literal por Baleeiro (2015, 11-13), em alusão ao estilo de seu principal revisor, Rui Barbosa.²²

²⁰ Na verdade, a questão central, proposta por Vasconcellos (1862, 254), era sobre o Brasil poder “reger-se a si mesmo”. Conclui o autor que, se a resposta fosse negativa, dever-se-ia abandonar a Carta de 1824. Em caso positivo, o regime parlamentar estabelecido deveria ser respeitado.

²¹ D. Pedro II tentou por diversas formas transferir seu carisma pessoal para seu genro e filha, mas sem sucesso (Santos 2005, 59-68; Baleeiro 2015, 11-13; Nabuco 1949; Octaciano 2015, 35).

²² Fruto da união de três anteprojetos, o Ministro Rui Barbosa elaborou revisão minuciosa, quando melhorou sua redação e modificou sua estrutura (Vianna 1970, 224).

Tentou-se, no preâmbulo, dar a ideia de que, naquele momento, seria o povo, por seus representantes, que constituiriam a república, e não os representantes dos Estados Unidos do Brasil (Santos e Maximiliano 2005, 123). Conforme observa Vieira (2010, 69-72 e 166), contudo, não houve consolidação de partidos políticos, talvez em razão de a república ter surgido de forma aquartelada.

Estabeleceu-se que o presidente, como chefe do Executivo, até 1926, somente poderia vetar o projeto de lei como um todo; e não poderia mais “[...] dissolver a Câmara dos Deputados, nem era obrigado a escolher Ministros de sua confiança desta ou exonerá-los se perdessem essa confiança [...]” (Baleeiro 2015, 30).

O artigo 42 é, conforme apontado por Santos e Maximiliano (2005, 463), dispositivo original do constitucionalismo brasileiro. Apesar de ter sido descumprido por Floriano Peixoto, em sua sucessão a Deodoro da Fonseca, ele impedia que o vice-presidente exercesse a Presidência da República, caso o eleito no sufrágio fosse impedido antes de completar vinte e quatro meses.²³

O artigo 43²⁴ (*caput* e § 1) é próprio de uma transição entre um regime monárquico para um regime republicano, quando se quer evitar que haja longos momentos de exercício de poder e a “[...] hipertrofia do poder pessoal” (Santos e Maximiliano 2005, 465).

A soberania, conforme Santos e Maximiliano (2005, 131), reproduzia o entendimento de 1918, pois era percebida como o *summum imperium* ou a *potestas suprema*, indicando um poder sem rival.²⁵

A soberania não poderia ser divisível, como teria demonstrado o malogrado sistema dos 13 Estados na América do Norte e o próprio constitu-

²³ “Artigo 42. Se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição” (Brasil 1981).

²⁴ “Artigo 43. O Presidente exercerá o cargo por quatro anos, não podendo ser reeleito para o período presidencial imediato. § 1º O Vice-Presidente que exercer a Presidência no último ano do período presidencial não poderá ser eleito Presidente para o período seguinte” (Brasil 1981).

²⁵ Muito da força militar estava com os proprietários de terras, que formavam a Guarda Nacional, por meio da Lei de 18 de agosto de 1831 —que extinguiu os corpos de milícias, guardas municipais e ordenanças—, mas, como esse poder também lhes havia sido delegado, não lhes era originário. Portanto, aquela força retornou, gradativamente, ao Estado que se fez republicano.

cionalismo brasileiro, que limitava, ainda mais, a atuação política de seus entes, impedindo-os de legislar sobre matérias civis, penais e comerciais (Santos e Maximiliano 2005, 132-133).

Conforme o artigo 15 do texto constitucional, os três poderes seriam órgãos da soberania, mas não a soberania em si, devendo ser exercidos harmonicamente. Mas o principal ponto do novo constitucionalismo era o presidencialismo (Ferreira 2003, 67).

A partir de 1926, em razão de conflitos internos e disputas entre o Executivo e o Legislativo, houve um fortalecimento do poder na figura do presidente da república, por meio da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 (Baleeiro 2015, 49-50; Santos e Maximiliano 2005, 90-97).

Além disso, como os atos do presidente eram discutidos no Congresso Nacional, desde as comunicações com seus ministros até seus atos privativos —onde lhes era proibida a entrada—, criou-se a figura de seu intermediário nas duas Casas, designados pelo próprio chefe do Executivo, conhecido por líder da maioria ou representante autorizado. Essa figura, sem previsão constitucional, alterou o equilíbrio dos poderes (Ferreira 2003, 89).

Na década de 1930, iniciou-se o declínio da república velha. A Revolução de 1930²⁶ deixou como herança um regime discricionário e interventor e, em contraponto, a Revolução de 1932²⁷ legou o desejo de um novo regime constitucional (Ferreira 2003, 98).

²⁶ O movimento que depôs o Presidente Washington Luís preparou a tomada de poder pelo seu líder, Getúlio Vargas, em 3 de novembro de 1930. Por meio do artigo 1o. do Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, estabeleceu-se que o governo provisório exerceria “[...] discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita, a Assembleia Constituinte estabeleça esta a reorganização constitucional” (Brasil 1930). Sendo dissolvidas as casas parlamentares federais, estaduais e municipais, nomearam-se interventores federais nos Estados e nos Municípios, a fim de acabar com a “política dos governadores”, enfraquecer “excessos do federalismo” e os dissídios partidários (Vianna 1970, 284, 287).

²⁷ A demora na reconstitucionalização e a reação contra interventores federais causaram a fratricida Revolução Constitucionalista de São Paulo, de julho a setembro de 1932 (Vianna 1970, 285).

O governo provisório²⁸ determinou a criação de uma comissão para elaborar o anteprojeto constitucional, por meio do Decreto 21.402/1932 (Brasil 1932a), ficando estabelecida sua presidência pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores; a não limitação de membros para estarem representadas as correntes organizadas de opinião e de classe, a juízo do chefe do governo; eleições à Assembleia Constituinte em 3 de maio de 1933.

Mas em 1o. de novembro de 1932, diante da necessidade de acelerar o andamento dos trabalhos, regulou-se novamente a Comissão, por meio do Decreto 22.040/1932 (Brasil 1932b), assinado por Afrânio de Melo Franco e Getúlio Vargas.

Dessa forma, foi nomeado um segundo presidente da Comissão para, em exercício, exercer todas as funções e direitos do primeiro presidente e criando uma subcomissão para formular um projeto constitucional como base de debates em assembleia, com 1/3 dos membros da Comissão.

Afrânio de Melo Franco, ministro das Relações Exteriores, foi o presidente de fato daquela comissão composta de elementos com formação ideologicamente diversificada,²⁹ que ganhou o nome de “Comissão do Itamaraty”, em razão do local de sua reunião (Horta 1986, 16; Poletti 1986, 72).

²⁸ Assinaram o Decreto Getúlio Vargas, Francisco Campos, José Fernandes, Leite de Castro, Oswaldo Aranha, Protógenes P. Guimarães, Afrânio de Melo Franco, Joaquim Pedro Salgado Filho, Mário Barbosa Carneiro, Fernando Augusto d’Almeida Brandão.

²⁹ “Não será difícil, a partir dos nomes da Comissão, desenhar o conteúdo ideológico dos debates, que poderiam ir desde uma inclinação fascista, presente nos espíritos revolucionários mais jovens, até uma postura fortemente esquerdista. Mas de feição democrática, na presença de João Mangabeira, jurista, orador brilhante e cultor de Rui Barbosa. Góes Monteiro exprimia um nacionalismo militarista. Desconfiado das tradições liberais e da técnica da democracia clássica. Oliveira Vianna, discípulo de Alberto Torres, vinha impregnado de concepções sociológicas de cunho aristocrático e autoritário e revelava a grande crítica à República, cuja Constituição lhe parecera distante da realidade nacional. Como Alberto Torres, era também um desiludido com a forma adotada pela República. José América e Oswaldo Aranha tinham aspirações a uma justiça social fundada num Estado forte, à moda europeia. Antônio Carlos indicava o equilíbrio, que de forma candente iria manifestar-se na presidência da Constituinte. Themistocles Cavalcante estava no início de sua brilhante carreira, como cultor do direito público. Arthur Ribeiro era magistrado, membro do Supremo Tribunal Federal. Carlos Maximiliano, nome que dispensa qualquer comentário, já havia sido Consultor-Geral da República e era uma grande expressão da Ciência do Direito no Brasil. Mais tarde, à Comissão vieram integrar-se Castro Nunes, Agenor de Roure e Oto Prazeres” (Poletti 1986, 73).

Ao se elaborar o anteprojeto constitucional de 1933, um dos pontos cruciais foi a discussão da concepção de Federação, pois o objetivo era fortalecer a União em detrimento dos estados, que perderiam o comando de suas polícias militares (Poletti 2015).

O Poder Moderador, composto, por sua vez, de reminiscências da ideia de *intercessio* e do veto do Tribunato —que foi a possibilidade do imperador intervir, auxiliar e vetar atuações do Poder Público em benefício da nação ou do povo—, sedimentou a ideia de um *Defensor do Povo* no regime republicano (Poletti 2007, 222).

Em razão disso e para evitar um retorno ao regime imperial, o anteprojeto pretendia o unicameralismo, mediante a supressão do Senado, e a criação de um Conselho Supremo (Poletti 2007, 222).

Pelo artigo 68 do Anteprojeto, verifica-se que aquele Conselho teria funções políticas e administrativas, a fim de manter a administração pública nacional funcionando adequadamente. Quando fosse consultado pelo poder público, emitira pareceres e, em casos de sua competência, deliberaria.

No artigo 67, verifica-se que os conselheiros teriam de residir, obrigatoriamente, na capital da União e teriam imunidades, como os antigos Tribunos da Plebe romanos, que não poderiam se afastar em demasia da urbe.

Das competências previstas no artigo 69, destaca-se a autorização da intervenção nos estados, quando a decisão coubesse exclusivamente ao presidente; opinar sobre atos do executivo; vetar a nomeação de ministros de Estado e do prefeito do Distrito Federal; rever, ao menos de cinco em cinco anos, por meio de projeto de lei a tributação nacional, a fim de se evitar o *bis in idem* e conciliar interesses econômicos e tributários; propor modificação na tributação a favor das populações dos estados; resolver, em caso de estado de sítio, a detenção política superior a 30 dias; publicar, anualmente, relatório de suas atividades acerca do que houvesse sido tratado no ano anterior.

Como se pode verificar, havia necessidade de um instituto que pudesse moderar a atuação do governo, sendo que o Conselho Supremo ainda poderia propor qualquer projeto de lei, convocar a Assembleia Nacional e acusar o presidente e seus ministros por crime de responsabilidade.

A influência do direito público romano foi imensa no Anteprojeto, pois se propôs a inserção de elementos de atuação dos tribunais adquiridos em seu combate ao *imperium*.

Uma das justificativas do Conselho Supremo foi realizada por João Mangabeira, que entendia que onde vigora o bicameralismo, “[...] a tendência sempre foi para o predomínio de uma das Câmaras, sendo que a Câmara Alta indicava, de forma invariável, um resquício da aristocracia do patriciado” (Poletti 1986, 80).

A existência de representantes dos estados se justificaria no momento da formação do federalismo, e não após seu surgimento, pois à Corte Suprema cabe a defesa dos entes federados (Poletti 1986, 81).

Apesar de o unicameralismo que se pretendia não ter sido aprovado, concedeu-se ao Senado certa função, política e jurídica, compatível com o Poder Moderador, já que poderia, inclusive,³⁰ suspender a execução de regulamentos expedidos pelo governo (Poletti 2015).

Todavia, isso não ocorreu, e os problemas de técnica constitucional oriundos da rigidez do dogma da tripartição foram deixados sem solução (Miranda 1967, 273).

Colocou-se, então, o Senado num dilema: ser um autêntico quarto poder (superórgão) e/ou colaborar com a Câmara dos Deputados em funções legislativas (Ferreira 2003, 97). Entretanto, como os dispositivos discutidos no Anteprojeto de 1934 foram esquecidos, mal resolvidos e pulverizados na Constituição, o Senado atuou como uma casa parlamentar e, conseqüentemente, “[...] o Exército e, depois, as Forças Armadas exerceriam esse poder moderador” (Poletti 2006, 71).

Além disso, o fato de o Senado funcionar permanentemente (Secção Permanente) e a atuação das câmaras dos deputados e do Poder Judiciário revelavam desconfiança com o chefe do Executivo e a desfiguração do presidencialismo (Ferreira 2003, 99; Miranda 1967, 273).

³⁰ Conforme se verifica nos incisos II, III e V, do artigo 91 da Constituição de 1934, ao Senado competia: “II. Examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais; III. Propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou evitados de abuso de poder; V. Organizar, com a colaboração dos Conselhos Técnicos, ou dos planos dos Conselhos Gerais em que eles se agruparem, os planos de solução dos problemas nacionais” (Brasil 1934).

Provavelmente, a Constituição de 1934 —a mais completa antes de 1988—³¹, após ser vítima de caudilhismos de algumas representações estaduais, logo foi substituída em 10 de novembro pelo texto de 1937 (Miranda 1967, 315).

Da noite para o dia, sem revolução sangrenta,³² em meio a aclamações anunciadas nos meios de comunicação, surgiu nova Carta constitucional, que outorgava nova Ordem Jurídica e exaltava ao máximo os poderes presidenciais no “Estado Novo” (Ferreira 2003, 101-104).

O criador daquela Carta —também conhecida como “Polonesa”— foi Francisco Luís da Silva Campos, o “Chico Ciência”. Nela, os procedimentos democráticos foram somente formais, pois não chegam a assegurar a democracia substantiva. O objetivo principal foi institucionalizar o regime do Estado Novo (Ciotola 2010, 94-106).

A maior parte dos juristas brasileiros, em vez de comentar sua anatomia, repudiava seu caráter fascista e suas imprecisões conceituais entre plebiscito e referendo (Porto 2015).

Conforme Franco (1987, 127), existe “[...] um fosso intransponível entre a Constituição de 1937 e o regime do Estado Novo”, pois aquele texto foi construído com a consciência de que não seria aplicado, o que descarta sua importância jurídica e política.

Ignorou-se o elemento autoritário em nome da agregação, da paz social e da integração nacional (Miranda 1967, 315). Todavia, não deixou de ser um documento para justificar uma ditadura, pois o plebiscito que ia “referendá-la” jamais ocorreu e “[...] se declarou o país em estado de

³¹ Pôde-se no início da década de 1930 “[...] realizar a convivência dos fatores políticos (a revolução) com a inteligência constitucional brasileira (a Comissão do Itamaraty e os ilustres da Constituinte) [...]” além de se conseguir “[...] conciliar tendências as mais variadas no ambiente político nacional, sem perda do conteúdo e da eficiência técnico-jurídica”. Entretanto, seus dispositivos não impediram chegada de 1937, permanecendo como “[...] um repositório valioso de temas constitucionais e como um marco relevante de nosso constitucionalismo republicano” (Poletti 1986, 100).

³² Sob o argumento de um plano comunista para a tomada do poder no Brasil, gestou-se o plano do Estado Maior Militar Getulista, que adentrou o país em uma ditadura, na qual a organização político-partidária foi proibida; foi até mesmo vetada a instituição de um partido de caráter fascista que pretendeu fazer frente ao estamento militar brasileiro (Vieira 2010, 167).

emergência, durante o qual juízes e tribunais não poderiam conhecer dos atos durante e em virtude dele praticados”.³³

Miranda (1938 *apud* Porto 2015, 10) realizou os comentários mais profundos, demonstrando que a atividade legislativa estava sendo coordenada e exercida, por meio dos decretos-leis,³⁴ pelo presidente e que a “superstição moderna” do “princípio da separação e da independência dos poderes” não era uma realidade constitucional.

As soluções que se esperavam com a Constituição de 1937, como ausência de cooperação entre os poderes (delegação legislativa), foram suplantadas pelo pensamento fascista do texto e de sua interpretação (Pontes de Miranda 1967, 273).

O presidente tornou-se legislador e executor da Ordem Jurídica, por meio dos decretos-leis, nos recessos parlamentares ou em caso de dissolução da Câmara, o que se tornou insustentável após a queda dos regimes fascistas europeus (Ferreira 2003, 104).

A Lei Constitucional 9, de 1945 (Brasil 1945a), suprimiu as prerrogativas do presidente, previstas nos artigos 74 e 75, como coordenar a atividade parlamentar de grau superior, indicar um dos candidatos à sua sucessão para uma eleição indireta e dissolver a Câmara dos Deputados, quando o exigisse a declaração do estado de emergência ou do estado de guerra.

Pelas novas redações da alínea *b* do artigo 74 e do artigo 14, não poderia mais o chefe do Executivo se autorregular por meio de decretos-leis e necessitaria ter seus atos referendados pelos ministros de Estado (artigo 76).

Por meio de um decreto-lei, que lhe autorizava o artigo 180 da Constituição de 1937, o presidente da república já havia autolimitado seus poderes, que já previa a republicação do texto constitucional, que seria

³³ Conforme a Carta de 1937: “Artigo 186. É declarado em todo o País o estado de emergência. Artigo 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República” (Ferreira 2003, 109).

³⁴ Conforme o texto de 1937: “Artigo 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização; artigo 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes [...]” (Brasil 1937).

“resultante das modificações feitas por esta e pelas leis constitucionais anteriores” (Brasil 1945a).

Pela penúltima justificativa daquele decreto-lei, argumentou-se que parlamentares com poderes especiais poderiam, se julgassem conveniente, reformar o texto constitucional, e que o plebiscito do artigo 187, implicitamente, tolheria a liberdade dos representantes em dispor de matérias constitucionais.

Diante de uma Carta que ampliava sobremaneira os poderes do Executivo e que não era capaz de opor-lhe força, vários juristas que a confeccionaram e a defenderam passaram a demoli-la, até a deposição do ditador.³⁵

Sem qualquer anteprojeto,³⁶ a Constituinte de 18 de setembro 1946 foi promulgada em 18 de setembro, após o fim da Segunda Guerra Mundial, pelo que se quis retirar a exagerada centralização de poder da presidência da república (Baleeiro e Sobrinho 2015), reprimindo-se qualquer forma de delegação legislativa.³⁷

A criação da justiça eleitoral foi uma forma de se dar credibilidade à democracia brasileira, sendo que a maior conquista da Constituição de 1946, conforme Baleeiro e Sobrinho (2015, 37) teria sido o artigo 134, que (com exceção dos analfabetos, dos que não soubessem o idioma nacional e daqueles privados de direitos políticos) estabelecia, para ambos os sexos, o sufrágio universal, o voto secreto e a representação proporcional dos partidos políticos.

Após haver uma restauração democrática (Ferreira 2003, 165), o Poder Executivo voltou a ser fortalecido na Constituição de 1967, que em seu artigo 83 reservava como competências privativas do presidente: a iniciativa parlamentar (nos casos previstos), o veto a projetos de lei, e, pelo

³⁵ Conseguida, sem guerrilhas, a saída do chefe do Executivo, Getúlio Vargas, que ocupou como líder pessoal o poder por quase quinze anos, a Lei 16, do 30 de novembro de 1945 (Brasil 1945b), revogou o artigo 186, que declarava o estado de sítio em todo o país. (Miranda 1967, 315)

³⁶ Ressalte-se que o texto de 1934 foi utilizado pelas subcomissões que recebiam seus textos de forma parcial, para elaborar o chamado “projeto primitivo”, exposto em 27/5/1946, que, após 4.000 emendas gerou o “projeto revisto”, publicado em 8/8/1946, que, por sua vez, deu origem à Constituição de 1946.

³⁷ Determina o artigo 36, § 2º, do texto constitucional de 1946: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. [...] § 2º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições” (Miranda 1967, 274).

artigo 49, V, a emissão de decretos-leis (Brasil 1967a; Cavalcanti; Brito; Baleeiro 2015).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 (Brasil 1967a) demonstrou que o federalismo foi impedido (amortecido) pelo sentimento nacionalista de unidade, adquirido na colonização portuguesa,³⁸ que utilizou a tradição, a língua, a religião e o direito para impedir o desenvolvimento daquela forma de Estado, que soava separatista (Cavalcanti; Brito; Baleeiro 2015; Vianna 1970, 296.).

Um dos problemas mais discutidos pela doutrina era a repartição de competências e delegações de poderes, uma vez que a rigidez anatômica constitucional³⁹ gerava uma espécie de personificação dos três poderes (Miranda 1967, 543-555).

Naquele ano, aproximando-se o fim do governo de Castelo Branco, dois novos diplomas que tratassem sobre a segurança nacional e a reforma administrativa ainda surgiriam, a fim de fechar a reforma do ordenamento jurídico brasileiro (Vianna Filho 1975, 477-480).

O conhecido Decreto-Lei 200, do 25 de fevereiro de 1967 (Brasil 1967b), surgiu para dispor a respeito da nova organização da administração federal, estabelecendo linhas gerais para a reforma administrativa que regularam entidades descentralizadas, com personalidade jurídica própria, a fim de cumprir suas finalidades legais.⁴⁰

³⁸ Freyre (2006) ressalta que a unidade das colônias portuguesas se manteve por meio do catecismo, das Ordenações, da liturgia católica e da língua portuguesa, e que, desde a colonização, tolerou-se o regionalismo, porém, jamais se tolerou o separatismo. Segundo Pontes de Miranda (1967, 334) o universalismo português gerou a catequese mais eficiente de todas, não necessitando apelar a morticínios, como os espanhóis realizaram com os judeus em 1547.

³⁹ A exclusão da jurisprudência e da doutrina como fontes jurídicas por juristas do início do século XX encontra suporte em motivos de interpretação constitucional, a fim de não lesionar sustentação do Estado moderno, cuja coluna está no princípio da divisão de poderes (Grossi 2004, 117).

⁴⁰ Ao controle ministerial da União, de sua administração indireta, uniu-se o controle maior da atuação dos atos de prefeitos e vereadores, por meio do Decreto-Lei 201, do 27 de fevereiro de 1967 (Brasil 1967c), que tipificou com maior rigor condutas criminosas de agentes públicos municipais e revogou a Lei 3.528, do 3 de janeiro de 1959, que, em seu artigo 4o., parágrafo único, estabelecia: “Quando não dispuser de outra forma a legislação estadual, o Julgamento incumbirá à Câmara dos Vereadores, que só poderá proferir sentença condenatória pelo voto de dois terços dos seus membros; e da sentença caberá recurso de ofício, com efeito suspensivo, para a Assembléia Legislativa”.

O cidadão —como era entendido aquele que possuía título de eleitor— poderia ir de encontro aos atos da máquina pública pessoalmente, a fim de anular atos considerados lesivos ao patrimônio público,⁴¹ entendidos como “[...] os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”, § 1º do artigo 1o. da Lei 4.717, do 29 de junho de 1965 (Brasil 1965a).

Essa ação popular é um instituto legado pelo direito romano, que foi criado quando se percebeu que, em casos específicos os pressupostos exigíveis para a proteção judiciária (“interesse pessoal atual e direcionado à disputa”) poderiam não ser observados. Isto ocorreria quando os interesses da comunidade latina autorizassem a legitimação de qualquer cidadão, mesmo alheio ao conflito, a mover uma ação que controlasse o exercício do poder (Tafaro 2012).

Como a Lei 4.717/1965 foi recepcionada pela Constituição de 1967 (Brasil 1965b), manteve-se a possibilidade de qualquer cidadão manejar uma ação de controle contra os autores de ato lesivo ao patrimônio dos entes federados e de suas administrações descentralizadas. Tal fato, todavia, ocorreu sem que se admitisse a análise do mérito administrativo, pois o critério de conveniência e oportunidade não cabia ao povo, conforme dispunha o constitucionalismo brasileiro, fazendo com que todos pudessem ser fiscais dos elementos do ato administrativo,⁴² ao lado do Ministé-

⁴¹ Pela redação original: “Artigo 1o. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos” (Brasil 1965a).

⁴² Conforme disposto na Lei 4.717/1965: “Artigo 2o. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se veri-

rio Público, que, posteriormente, atuaria diretamente baseando-se na Lei 7.347/1985.

O Decreto-Lei 314, do 13 de março de 1967⁴³ —reformulado diversas vezes—, definiu o que seriam os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, completando o que o governo entendeu como vital para o direito (Vianna Filho 1975, 485).

Tratou-se de uma “Constituição-instrumento” cujas poucas contribuições democráticas do Congresso Nacional (que a elaborou de severamente limitada) não ia durar muito tempo (Franco 1987, 132-133).

Após embates com o Legislativo, o Executivo, em nome do comando revolucionário, editou a Emenda 1, de 1969 (Brasil 1969), dando início a um novo texto constitucional que suspendeu o de 1967.

Houve o apagamento do Poder Legislativo diante do Supremo Comando Revolucionário, que se fez detentor do Poder Constituinte e deu ao chefe do Executivo a competência para a intervenção federal (Rosah 1977, 258-264).

A Constituição de 1969 não foi uma constituição propriamente dita, mas, sim, novo instrumento, imposto, que deu “[...] fisionomia jurídica a um regime de poder de fato”, que deveria ser substituído a fim de se reinstalar o regime democrático (Franco 1987, 134).

IV. CONCLUSÃO

Quando houve a formação do Estado brasileiro, diversas foram as discussões a respeito de como deveriam ser os institutos jurídicos e políticos no Estado nacional.

Indo em sentido oposto ao que foi estabelecido na América Latina, no Brasil foram utilizados substratos do antigo direito romano republicano,

fica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (Brasil 1965a).

⁴³ A Lei 7.170, do 14 de dezembro de 1983 —vigente (Brasil 1983)— revogou a Lei 6.620, do 17 de dezembro de 1978, que havia substituído o Decreto-Lei 898, do 29 de setembro de 1969, que, por sua vez, havia revogado o Decreto-Lei 314, do 13 de março de 1967, primeira Lei de Segurança Nacional do regime militar que se iniciou em 1964.

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 995-1025.

notadamente os poderes que se encontravam nos cônsules, nos censores e nos tribunos da plebe, para justificar a existência de novo império.

Como ocorreu na fase imperial da Roma antiga, o Estado brasileiro também necessitou de um fator de união entre os cidadãos, a fim de que seus *associados* legitimassem uma força unificadora. Esse fator foi conseguido por meio de elementos do antigo Tribunato da Plebe, que permitiram que o Poder Moderador e uma espécie de *Defensor do Povo* forjassem a figura do Imperador brasileiro.

Não obstante o uso desses antigos elementos jurídicos republicanos, foi gerado novo absolutismo —naquele momento o único no constitucionalismo ocidental—, promovido e camuflado no original instituto do poder moderador, que —ressalte— não se confundiu com a sugestão de um poder neutro de Benjamin Constant.

Pode-se afirmar, portanto, que no início da experiência política do Brasil não se consagrou a teoria da tripartição dos poderes, tampouco a teoria de Constant, mas, sim, instituiu-se o quarto poder, com a base teórica do poder do *imperium*, camuflado pelo Tribuno da Plebe (*Defensor do Povo*).

Foi uma estratégia habilmente concebida que, na verdade, reprisou uma tática antiga para dar validade e garantir o funcionamento constitucional das instituições brasileira.

Ocorre que, após o fim da monarquia brasileira, permaneceu o hábito de se utilizar a força militar para resolver problemas políticos no Brasil. Tal fato se comprova pelos próprios textos constitucionais, que revelam que se depositou nas Forças Armadas a missão de suprir a carência de instituições democráticas, cujo Poder Executivo, reiteradamente, fortaleceu-se perante os poderes Legislativo e Judiciário.

Pode-se concluir que, durante o período republicano analisado, a grande dificuldade foi harmonizar a relação entre as funções estatais previstas na teoria de Montesquieu, fazendo com que fossem utilizados (de forma camuflada) elementos estranhos a essa própria teoria da tripartição de poderes.

Estudos sobre o constitucionalismo brasileiro devem ser mais aprofundados, a fim de serem analisadas a fundo suas instituições jurídicas e políticas de forma a identificar, em sua fundamentação teórica, a possível origem de esquizofrênicos comportamentos institucionais.

V. REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, A. 2015. 1889. 3a. ed. Brasília. Senado Federal. Edições Técnicas. Coleção Constituições Brasileiras, 2.
- BALEEIRO, Aliomar, Lima Sobrinho, Barbosa. 2015. 3a. ed. Brasília. Senado Federal, Edições Técnicas. Coleção Constituições Brasileiras, 5.
- BARRETO, Tobias. 1977. *A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros*. Petrópolis, RJ. Vozes.
- BASTOS, A. C. Tavares. 1938. *Cartas do solitário*. 3a. ed. São Paulo. Companhia Editora Nacional.
- BONAVIDES, Paulo. 1987. “A Constituição do Império”. *Revista de Informação Legislativa*, 94, 5-16. Brasília.
- BONAVIDES, Paulo. 2000. “A evolução constitucional do Brasil”. Conferência feita pelo autor na Academia Piauiense de Letras em 27 de julho de 2000. *Estudos Avançados*, São Paulo, 14 (40), 155-176. <http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. 2001. *Ciência política*. 10a. ed. São Paulo. Malheiros.
- BONAVIDES, Paulo. 2008. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo. Malheiros.
- BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. 1991. *História constitucional do Brasil*. 3a. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra.
- Brasil. Presidência da República. 1824. “Constituição Política do Império do Brasil. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o imperador”. *Coleção de Leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 mar. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1891. “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 24 fev. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1926. “Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Emendas à Constituição Federal de 1891”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 4 set. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

- Brasil. Presidência da República. 1932a. “Decreto n° 21.402, de 14 de maio de 1932. Fica o dia três de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembléia Constituinte e cria uma comissão para elaborar e anteprojeto da Constituição”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 17 maio. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21402-14-maio-1932-518100-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1932b. “Decreto n° 22.040, de 1° de novembro de 1932. Regula os trabalhos da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da futura Constituição brasileira”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, DF, 4 nov. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22040-1-novembro-1932-502838-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 1o. fev. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1934. “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 16 jul. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1937. “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 10 nov. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1942. “Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 9 set. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1945a. “Lei Constitucional n° 9, de 28 de fevereiro de 1945. Altera a Constituição Federal de 1937”. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1o. mar. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1945b. “Lei n° 16, de 30 de novembro de 1945. Revoga o art. 186 da Constituição”. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 30 nov. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT016.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1965a. “Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 5 jul. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 995-1025.

- Brasil. Presidência da República. 1965b. “Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 16 set. <http://www2.camara.leg.br/legim/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1967a. “Constituição da República Federativa do Brasil”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 jan. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1967b. “Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 fev. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1967c. “Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 fev. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1968. “Ato Institucional 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 dez. 1968. http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1969a. “Emenda Constitucional de 20 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 20 out. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1969b. “Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 20 out. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

- www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm*. Acceso em: 20 abr. 2019.
- Brasil. Presidência da República. 1983. “Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 15 dez. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acceso em: 20 abr. 2019.
- BUENO, José Antônio Pimenta. 1857. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro. Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C.
- CATALANO, Pierangelo. 1981. “Tribunado, censura, dictadura: conceptos constitucionales bolivarianos y continuidad romana en América”. *Quaderni Latinoamericani: rivoluzione bolivariana: istituzioni, lessico, ideologia*, 8: 440-454. Napoli.
- CATALANO, Pierangelo. 1988. “Le concept de dictature de Rousseau à Bolívar: essai pour une mise au point politique sur la base du droit romain”. *Dictatures, Actes de la Table Ronde Réunie à Paris les 27 et 28 Février 1984*. Paris. De Boccard.
- CIOTOLA, Marcello. 2010. “O pensamento autoritário de Francisco Campos”. *Direito, Estado e Sociedade*, 37: 80-112. Rio de Janeiro. <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo4%20Marcelo.pdf>. Acceso em: 25 mar. 2019.
- FAORO, Raymundo. 1958. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre. Globo.
- FERREIRA, Luis Pinto. 1987. “A Constituição brasileira de 1934 e seus reflexos na atualidade”. *Revista de Informação Legislativa*, 93: 15-30, jan./fev./mar. Brasília. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas.
- FERREIRA, Waldemar Martins. 2003. *História do direito constitucional brasileiro*. Edição fac-similar Brasília. Senado Federal.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. 1957. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. 1978. *O pensamento constitucional brasileiro: ciclo de conferencias realizado pela Universidade de Brasília no periodo de 24 a 26 de outubro de 1977*. Brasília. Câmara dos Deputados.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo e PILA, Raul. 1999. *Presidencialismo ou parlamentarismo?* Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial.

- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. 1981. *Afonso Arinos na UNB: conferências, comentários e debates de um seminário realizado de 7 a 9 de abril de 1981*. Brasília. Universidade de Brasília.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. 1987. *Direito constitucional: teoria da Constituição, as Constituições do Brasil*. 3a. ed., Rio de Janeiro. Forense.
- FREYRE, Gilberto. 2006. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51a. ed. São Paulo Global.
- GROSSI, Paolo. 2004. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis. Fundação Boiteux.
- HORTA, Raul Machado. 1986. “Reflexões sobre a Constituinte”. *Revista de Informação Legislativa*, 89: 5-32, jan./fev./mar. Brasília.
- JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. 2005. *Digesto de Justiniano*. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo. Revista dos Tribunais, Livro 1: Introdução ao direito romano/imperador do Oriente.
- KAPLAN, Marcos. 1999. “El Estado de derecho: una perspectiva histórico-estructural”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 94. México, UNAM. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3576/4298>. Acesso em: 3 out. 2019.
- LOBRANO, Giovanni. 2006. “Dottrine della ‘inesistenza’ della costituzione e il ‘modello del diritto pubblico romano’”. *Diritto@Storia: Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, Sassari, 5. <http://www.dirittostoria.it/5/Memorie/Lobrano-Inesistenza-costituzione-modello-diritto-pubblico-romano.htm>. Acesso em: 3 nov. 2020.
- LOBRANO, Giovanni. 2016. “Mezzi per la difesa della libertà” e “forme di governo”, em *Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores Del Pueblo*. Università di Torino Dipartimento di Giurisprudenza Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo Unità di Ricerca ‘Giorgio La Pira’ del CNR Università di Roma ‘La Sapienza’ Tribunado: Poder Negativo y Defensa de Los Derechos Humanos en Homenaje al Profesor Giuseppe Grosso, Torino 8-9.
- MARANCA, Filippo Stella. 1982. *Il Tribunato della Plebe: dalla “Lex Hortensia” alla “Lex Cornelia”*. Con una nota di lettura di Gérard Boulvert. Napoli. Jovene.
- MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. 1983. “O tribunato da plebe em face do direito romano”. *Informativo Legislativo*, 20: 80; 383-400. Brasília.
- MELLO, Francisco Ignácio Marcondes Homem de (Barão). 1863. *A Constituinte perante a história*. Rio de Janeiro. Typographia da Actualidade.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 1938. *Comentários a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro. Pongetti.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 1967. “Comentários a Constituição de 1967”. *Revista dos Tribunais*, 1. São Paulo.
- OCTACIANO, Nogueira. 2015. *1824*. 3a. ed. Brasília. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas (Coleção Constituições Brasileiras, 1).
- OLIVEIRA, Eduardo Romero de. 2005. “A ideia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824)”. *Tempo*, 18: 43-63. Rio de Janeiro. <http://www.scielo.br/pdf/tem/v9n18/v9n18a03>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- PARICIO, Javier e BARREIRO, A. Fernander. 2014. *História del derecho romano e su recepción europea*. 10a. ed. Madrid. Marcial Pons.
- PILATI, José Isaac. 2017. *Audiência pública na Justiça do Trabalho*. 2a. ed., Rio de Janeiro. Lumen Juris.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. 1994. “Repercussão do direito público romano no constitucionalismo brasileiro”. *Colóquio Russo-Latino de História do Direito Público Romano: Tribunato e Constituição*. Moscou, 30 de maio a 1o. de junho 1994. *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*. <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/polet.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. 2006. “Otaviano Augusto: o *imperium Populi*: o império do Brasil”. *Panóptica*, Vitória, ano 1, 2: 60-72. http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_1.2_2006_60-72. Acesso em: 14 jan. 2019.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. 2007. *Elementos para um conceito jurídico de império*. 2007. 315 f. Tese (Doutorado em Direito). Brasília. Universidade de Brasília. <http://repositorio.unb.br/handle/10482/2186>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. 2015. *1934*. 3a. ed. Brasília. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas. Coleção Constituições Brasileiras, 3.
- POLETTI, Ronaldo. 1986. “A Constituição de 1934”. *Revista de Informação Legislativa*, 23, 89: 63-102, jan./fev./mar. Brasília.
- POLETTI, Ronaldo. 2005. “Assembleias populares e democracia direta”. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e MAIA, Antônio Cavalcanti (orgs.). *Direito público romano e política*. Rio de Janeiro. Renovar: 79-90.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 995-1025.

- PORTO, Walter Costa. 2015. *1937*. 3a. ed. Brasília. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas. Coleção Constituições Brasileiras, 4.
- RODRIGUES, José Honório. 1969. *Theoria da história do Brasil: introdução metodológica*. 3a. ed. São Paulo. Companhia Editora Nacional.
- RODRIGUES, José Honório. 1974. *A Assembléia Constituinte de 1823*. Petrópolis. Vozes.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. “O contrato social”. MORRIS, Clarence (org.). 2002. *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo. Martins Fontes.
- SANTOS, Carlos e MAXIMILIANO, Carlos. 2005. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília. Senado Federal.
- TAFARO, Sebastiano. 2011-2012. “Democrazia e controllo del potere”. *Diritto @ Storia: Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 10. <http://www.dirittoestoria.it/10/contributi/Tafaro-Democrazia-controllo-po-tere.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.
- VALDITARA, Giuseppe. 2008. *Lo stato nell'Antica Roma*. Soveria Manelli. Rubbettino.
- VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. 1862. *Da natureza e limites do poder moderador*. 2a. ed., Rio de Janeiro. Laemmert.
- VIANNA Filho, Luís. 1975. *O governo Castelo Branco*. 2. ed. Rio de Janeiro. José Olympio.
- VIANNA, Hélio. 1970. *História do Brasil*. 8a. ed. São Paulo, Melhoramentos, 2: Monarquia e República.
- VIEIRA, Reginaldo de Souza. 2010. *Partidos políticos brasileiros*. Criciúma. Unesc.

LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD EN MÉXICO*

THE MUNICIPAL AUTONOMY AND THE CONSERVATION OF BIODIVERSITY IN MEXICO

Fidel GARCÍA GRANADOS**

RESUMEN: La conservación de la biodiversidad y, en particular, aquella que requiere efectuarse *in situ*, demanda de un fuerte anclaje con el territorio, cuya gestión es, en México, competencia de los municipios. Sin embargo, han sido muy limitadas las facultades que, para ese objeto, explícitamente se les han asignado a los gobiernos municipales en las leyes generales en la materia, emitidas por el congreso federal. No obstante, la autonomía normativa, constitucionalmente reconocida a los municipios, encarna una interesante área de oportunidad para la inclusión de la conservación de la biodiversidad en la normativa de los municipios.

ABSTRACT: The conservation of biodiversity and, in particular, that which needs to be carried out *in situ*, demands a strong anchorage with the territory, whose management is, in Mexico, the competence of the municipalities. However, the powers that, for that purpose, have explicitly been assigned to municipal governments in the general laws on the matter, issued by the federal congress, have been very limited. Nevertheless, the normative autonomy, constitutionally recognized to the municipalities, embodies an interesting area of opportunity for the inclusion of biodiversity conservation in the regulations of the municipalities.

Palabras clave: autonomía municipal, biodiversidad, derecho ambiental, ordenamiento territorial, sustentabilidad.

Keywords: municipal autonomy, biodiversity, environmental law, territorial planning, sustainability.

* Recibido el 21 de febrero de 2020; aprobado el 17 noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0001-6610-2024. Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana León. Maestro en Política y Gestión Pública por el ITESO. Candidato a doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Guanajuato. Profesor de posgrado en la Universidad Iberoamericana León. Decano del Colegio Nacional de Abogados Municipalistas. Correo electrónico: fidel.garcia@derechomunicipal.org.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1027-1052.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La conservación de la biodiversidad*. III. *El marco constitucional para la conservación de la biodiversidad en México*. IV. *La legislación mexicana para la conservación de la biodiversidad*. V. *La autonomía municipal y la conservación de la biodiversidad*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), aprobado en junio de 1992, los estados parte reconocieron a la biodiversidad¹ como interés común de la humanidad, así como un componente integrante del proceso de desarrollo (Ibarra 2003, 180). Por ello, suscribieron ese tratado, resueltos a conservar y utilizar de manera sustentable la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

Sin embargo, algunas evaluaciones sobre la normativa mexicana en esa materia (Sánchez 2012; Olivo 2016) sugieren su escasa efectividad en el cumplimiento de los objetivos de dicho tratado. Si bien, en tales disertaciones se ha reconocido la complejidad intrínseca de la gestión de la diversidad biológica, se ha pasado por alto que, en los estados federales —como el mexicano—, esa gestión se incrusta en un conjunto articulado de sistemas normativos que distribuyen la atención de los asuntos relativos entre diversos órdenes y entes de gobierno.

En México, para la conservación de la biodiversidad, diversas leyes generales, expedidas al amparo del artículo 73, fracción XXIX-G constitucional, delimitan ámbitos de competencia coincidentes —concurrentes, según la propia ley fundamental— entre diferentes órdenes de gobierno, pero que adolecen de una fuerte carga centralizadora y en los que, consecuentemente, los municipios cuentan con una intervención marginal. Ello no sólo ha inhibido la intervención de este orden de gobierno en la gestión de tales asuntos, sino que ha disociado la conservación de la diversidad biológica del ordenamiento del territorio que, por mandato constitucio-

¹ En el CDB se define a la *biodiversidad biológica* como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. Esta es prácticamente la misma definición que se estipula en el artículo 3o., fracción IV de la LGEEPA para denotar a la *biodiversidad*; por tanto, en este artículo se utilizarán ambos términos de manera indistinta.

nal, está fundamentalmente a cargo de los municipios, lo que, a su vez, estaría limitando la efectividad de la normativa para la conservación de la biodiversidad, particularmente aquella que deba efectuarse *in situ*, que incluye, entre otros aspectos, la protección a los hábitats y a las especies en sus ambientes naturales.

Si bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llegado a considerar que tales leyes generales implican *la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias*,² a partir del análisis hermenéutico de las normas constitucionales relativas al ámbito municipal, así como de algunos criterios jurisprudenciales posteriores, sentados por el propio tribunal máximo, es factible ofrecer una interpretación del citado artículo 73, fracción XXIX-G constitucional que sustente la estructuración de ámbitos competenciales verdaderamente coincidentes, así como una intervención mucho más amplia de los gobiernos municipales en la materia que, además, alinee las funciones que les son propias —señaladamente las relativas al ordenamiento del territorio— a la consecución de los objetivos de la conservación de la diversidad biológica.

II. LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, efectuada en Estocolmo en 1972, produjo uno de los primeros instrumentos de alcance global que se refirieron a la conservación de la biodiversidad. En la declaración emitida en esa cumbre se estipula, en su segundo principio, que los recursos naturales del planeta, incluidos la flora y la fauna, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras; en el cuarto principio, por su parte, se afirma que la humanidad tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestres y su hábitat.

En octubre de 1982, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas expidió la Carta Mundial de la Naturaleza con la que se establecieron —sin valor vinculante— los principios generales para su conservación. En el preámbulo de esa declaración, los países signantes se

² Véase la jurisprudencia de rubro “FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES”. Tesis P./J. 142/2001. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, enero de 2002, p. 1042.

manifestaron conscientes de que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales. Asimismo, se manifestaron convencidos de la urgencia que reviste mantener el equilibrio y la calidad de la naturaleza y conservar los recursos naturales.

Con la Carta, los países signantes reconocen que no es posible satisfacer las necesidades sociales a menos que se asegure el funcionamiento adecuado de los sistemas naturales. Para ello, en la planificación y realización de las actividades de desarrollo social y económico, debe tenerse a la conservación de la naturaleza como parte integrante de las mismas; también se consigna que los ecosistemas y los especímenes útiles para la humanidad deben administrarse de manera que conserven su productividad óptima y sin poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan. Asimismo, los países signantes se comprometieron a aplicar los principios establecidos en la carta, incorporándolos en su derecho interno.

A pesar del carácter no vinculante tanto de la declaración de Estocolmo como de la Carta Mundial de la Naturaleza, ambos instrumentos contienen el compromiso de los países signantes, no sólo frente a la comunidad internacional sino ante sus propios conciudadanos (García Granados 2010, 140), para revisar de manera constante sus respectivos sistemas jurídicos, para implementar las medidas que garanticen su aplicación efectiva, a fin de concretar las expectativas jurídicas y políticas que se crean con la suscripción de esos instrumentos, habida cuenta que sus postulados prepararon el camino que un decenio después llevó a la adopción del CDB (Bou 1999, 367).

El CDB fue adoptado en junio de 1992, durante la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se efectuó en Río de Janeiro. El Estado mexicano lo suscribió en la propia cumbre, lo ratificó el 3 de diciembre del mismo año y lo publicó oficialmente el 7 de mayo de 1993. El convenio entró en vigor el 29 de diciembre del mismo año, una vez que, conforme al artículo 36 del propio convenio, fue depositado el trigésimo instrumento de ratificación o adhesión.

El CDB tiene tres objetivos principales —a saber, la conservación de la biodiversidad y la utilización sustentable de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos— cuya finalidad es poner los principios básicos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1027-1052.

sobre los cuales debe estructurarse un marco jurídico adecuado para alcanzar mecanismos de gestión y de salvaguarda de la biodiversidad mundial (Negri 2010, 149).

La consecución de estos objetivos está regida por el principio general previsto en el artículo 3o. del CDB, en el que se reconoce que, si bien, los estados parte tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos, tienen la obligación correlativa de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional, ya que todos los estados parte tienen un interés legítimo común en su conservación (Crawford 2000, citado por González 2016, 203).

Para la implementación de las medidas de conservación previstas en el CDB se distinguen aquellas que han de realizarse *in situ*, de las que deben implementarse *ex situ*. La conservación *in situ* implica, básicamente, la de los ecosistemas y los hábitats naturales, así como al mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales.³ Ello importa la implementación de diversas acciones que, por la variabilidad tanto de los recursos biológicos como de sus hábitats, sólo pueden determinarse y llevarse a cabo en el ámbito nacional e incluso local (Ibarra 2003, 186). Entre las acciones comprometidas por los estados parte en el artículo 8o. del CDB cabe mencionar:

- El establecimiento de sistemas de áreas naturales protegidas o de aquellas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica.
- La protección a los ecosistemas y hábitats naturales, así como el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales.
- La rehabilitación y restauración de los ecosistemas degradados y la recuperación de especies amenazadas.

³ Por su parte, la conservación *ex situ* es definida como aquella que se efectúa fuera de los hábitats naturales de los componentes de la biodiversidad, la cual es considerada, en el artículo 9o. del CDB, como complementaria a la conservación *in situ*, lo que evidencia la preeminencia que se le confiere a la protección tanto a los ecosistemas como a las especies en sus entornos naturales.

- El establecimiento de medidas para impedir la introducción, así como para controlar o erradicar las especies exóticas que amenacen a ecosistemas, hábitats o especies.
- La expedición de normas para la protección a especies y poblaciones amenazadas, así como para la ordenación de los procesos o actividades relacionadas con efectos adversos importantes para la diversidad biológica.

Estos compromisos ponen de manifiesto que el régimen para la conservación de la biodiversidad establecido en el CDB, en particular para aquella que debe efectuarse *in situ*, requiere de un fuerte anclaje local ya que, estando dirigida a la protección a los hábitats y a las especies en sus ambientes naturales, está relacionada directamente con el ordenamiento del territorio que, en México, es fundamentalmente competencia de los municipios.

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD EN MÉXICO

La conservación de la biodiversidad en México encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 27, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que, desde el texto originario, se estipula, por una parte, que la nación tendrá en todo tiempo el derecho tanto de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

La interpretación que ha efectuado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de este supuesto constitucional ha determinado que estas modalidades se materializan cuando, primero, un mandato de carácter general y permanente la impone y, segundo, produce una extinción parcial de los atributos de la propiedad⁴ o sólo de alguno o algunos de ellos; es decir,

⁴ Véase la jurisprudencia de rubro “PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE”, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 157-162, Primera Parte, p. 315.

se limitan⁵ tales atributivos, mas no se suprimen.⁶ Esta potestad pública resulta ambientalmente relevante si se considera que la protección al entorno y la preservación del equilibrio ecológico pueden llegar a requerir la limitación de ciertos atributos del derecho de propiedad (Brañes 2000, 75).

Por otra parte, en el mismo dispositivo constitucional se faculta a la nación, desde el texto originario, a regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para, entre otros objetivos, cuidar de su conservación; con la reforma de agosto de 1987 se especificó que esa potestad pública también incluía la adopción de las medidas necesarias para preservar y restaurar el equilibrio ecológico.

Así, el principio de conservación de los elementos naturales, estipulado en el tercer párrafo del artículo 27 constitucional, se materializa tanto mediante la sujeción del derecho de propiedad a las modalidades dictadas por el interés público como a través de la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, dictando las medidas necesarias tanto para cuidar de su conservación, como para preservar y restaurar el equilibrio ecológico.

Por otra parte, la conservación de la biodiversidad, como acción pública, está condicionada por la manera en que se distribuye la atención de los asuntos relativos entre los diferentes órdenes y entes de gobierno. El Estado mexicano está organizado como una República federal cuyo sistema de distribución competencial está definido en los artículos 73, 115 a 122 y 124 de su Constitución, sostenido a partir del principio establecido en este último precepto, que estatuye que las facultades que no están ex-

⁵ En el *Diccionario de la Lengua Española* se define *modalidad* como modo de ser o de manifestarse algo; concepto distinto al de *limitación* concebida como la acción y efecto de limitar, verbo que, a su vez, es definido, en su tercera acepción, como fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien. Sobre la alteración de estos significados en la interpretación del artículo 27 constitucional, al equipararse el concepto modalidades a la propiedad al de *limitaciones* a la misma, véase Azuela y Cancino (2011).

⁶ La imposición de modalidades a la propiedad privada se diferencia de la expropiación, ya que mientras ésta supone la extinción de alguno o algunos de los atributos de la propiedad, la imposición de modalidades importa sólo una limitación a los mismos. Además, mientras que la expropiación se tiene que realizar mediante indemnización, en la imposición de las modalidades dictadas por el interés público, en principio, no procede indemnización alguna, a menos de que la modalidad impuesta produzca al Estado un beneficio pecuniario autónomo (Mendieta 1980, 72 y 73).

presamente concedidas por la propia ley fundamental a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

En el texto original de la Constitución mexicana no se facultó expresamente al Congreso federal para legislar en materia ambiental, lo que significaría que la misma estaba reservada a los congresos locales, en términos del citado artículo 124 constitucional, ya que sólo era de competencia federal —conforme a lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVII de la propia ley fundamental— la regulación del uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal, habida cuenta que las potestades públicas previstas en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, para el establecimiento tanto de modalidades a la propiedad privada y para la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, tampoco eran exclusivas de la Federación, ya que podrían también establecerse en ordenamientos locales.

La posterior ampliación del espectro competencial de las autoridades federales en determinados asuntos de relevancia ambiental,⁷ aunada a la omisión de las legislaturas locales en desarrollar marcos normativos en la materia —al amparo del artículo 124 constitucional— motivó la reforma de agosto de 1987, con la que, con el propósito de especificar el sistema de distribución competencial que se deriva de la constitución, así como de propiciar un esquema de coordinación administrativa entre los diferentes órdenes de gobierno,⁸ se adicionó la fracción XXIX-G al artículo 73 constitucional, con la que se facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia de los diferentes órdenes

⁷ La fracción X del artículo 73 constitucional ha sido reformada en diversas ocasiones —la primera de ellas, en septiembre de 1929— a fin de facultar al Congreso de la Unión para legislar sobre hidrocarburos, minería, energía eléctrica y nuclear; ya que no se señala excepción alguna, dicha facultad incluye la regulación de los efectos sobre el ambiente ocasionados por la realización de tales actividades. Con la reforma de enero de 1960 al artículo 48 constitucional, se hizo depender directamente del gobierno federal a los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio aéreo situado sobre territorio nacional, lo que da sustento a la prevención y el control de la contaminación del medio marino y de la atmósfera. En julio de 1971 se reformó la fracción XVI del citado artículo 73 para facultar al Consejo de Salubridad General para adoptar las medidas necesarias para prevenir y combatir la contaminación ambiental.

⁸ Véase “Exposición de motivos de la iniciativa del decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente”.

de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

La denotación que del término *conurrencia* se utiliza en ese precepto constitucional alude al ejercicio simultáneo de una serie de atribuciones que, sobre la misma materia, corresponden a la Federación, los estados, los municipios y la Ciudad de México, subyaciendo la noción de que tales facultades deben ejercerse de manera coordinada por tratarse de una misma materia y, por consiguiente, de una misma gestión (Brañes 2000, 89) que, sin embargo, debe desarrollarse en el marco de un diseño institucional que la constriñe a diversificarse entre diversos ámbitos de validez, delimitados funcional y territorialmente conforme a la esfera competencial que la Constitución confiere a los diferentes órganos públicos que intervienen en la consecución de ese cometido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado —al igual que cierto sector doctrinario (Carmona 2003, 23)— que este dispositivo constitucional faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes cuyo propósito principal consiste en distribuir las competencias en materia ambiental, aduciendo que el órgano reformador de la Constitución había estipulado, para ciertas materias, la posibilidad de que fuese el Congreso de la Unión, que no la propia ley fundamental, quien fijara el reparto de competencias entre los diferentes órdenes de gobierno, correspondiendo al propio legislativo determinar la forma y los términos de la participación de dichos entes por medio de una ley general.

Esta interpretación, sin embargo, omite un aspecto relevante de las normas constitucionales relativas a las llamadas facultades concurrentes. Si bien, en determinados casos el Congreso de la Unión está facultado para realizar la distribución de competencias entre los diferentes órdenes de gobierno, en otros supuestos, la norma constitucional explícitamente acota esa potestad legislativa a las *respectivas competencias* que corresponde a cada orden de gobierno, lo que significa que, en tales casos, se da por supuesto que dichas competencias están determinadas de antemano por la propia Constitución y lo único que puede hacer el legislador federal ordinario es señalar las modalidades de su ejercicio (Azuela 1995, 33).

Se trata, entonces, de dos clases distintas de leyes generales; por un lado, aquellas respecto a las que el Congreso de la Unión goza de una amplia libertad configurativa para realizar la distribución de competen-

cias entre los diferentes órdenes de gobierno como, por ejemplo, aquellas en materia educativa y de seguridad pública emanadas de las fracciones XXIII y XXV del artículo 73 constitucional y, por el otro, las leyes generales en las que tal libertad configurativa está acotada a las *respectivas competencias* que la propia Constitución reconoce para cada orden de gobierno, como es el caso de las leyes ambientales sustentadas en la fracción XXIX-G del mismo dispositivo constitucional y de, por ejemplo, aquellas expedidas conforme a la fracción XXIX-C del mismo artículo constitucional en materia de ordenamiento territorial.

El artículo 73, fracción XXIX-G constitucional, así interpretado, importa una norma garantista de la autodeterminación normativa local, tanto estatal como municipal, por la que, ante la eventual asignación de atribuciones de manera distinta a las derivadas de la Constitución mexicana que pudiera mermar la esfera competencial de alguno de los órdenes de gobierno locales, tales leyes generales adolecerían de inconstitucionalidad (Zapata y Meade 2009, 35), dada la condición de que las atribuciones que para las autoridades federales deben ser explícitas en el texto constitucional —en términos del artículo 124 de la Constitución mexicana— frente a la amplitud normativa que se deriva tanto de la reserva de facultades estipulada en el mismo dispositivo constitucional, como de la autonomía municipal reconocida en el artículo 115, fracción II de la propia ley fundamental.

No obstante, en tales leyes generales, no sólo se ha omitido el reconocimiento a la autonomía normativa de estados y municipios, sino que lejos de establecerse mecanismos de concurrencia entre órdenes de gobierno, tal como se ordena en la propia Constitución mexicana, la ley acaba creando regímenes excluyentes de competencias (Azuela 2001, 223) entre la Federación, los estados, los municipios y la Ciudad de México.

IV. LA LEGISLACIÓN MEXICANA PARA LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Al amparo de la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional fue publicada, en enero de 1988, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la

Protección al Ambiente (LGEEPA) en la que se estipularon algunas de las primeras disposiciones para la conservación de la biodiversidad.⁹

En el texto original de esa ley se estableció, en el capítulo V de su título primero, relativo a los entonces denominados instrumentos de la política ecológica, una sección VII, identificada como “Medidas de Protección de Áreas Naturales” e integrada sólo por el artículo 38, en el que estipulaba que los diversos órdenes de gobierno deberían establecer medidas de protección de cualquier área natural, a fin de asegurar la preservación y restauración de los ecosistemas, especialmente los más representativos y aquellos que se encuentren sujetos a procesos de deterioro o degradación. Esta norma configuraba un principio general, aplicable a cualquier espacio natural, independientemente del régimen de protección al que pudiese estar sujeto conforme al propio ordenamiento.

Por otra parte, en el título segundo, de la LGGEPa, entonces denominado “Áreas Naturales Protegidas”, se estableció el régimen jurídico específico relativo a tales zonas, definidas como aquellas en que los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del ser humano y que, entre otros, tienen por objeto preservar los ambientes naturales representativos de las diferentes regiones biogeográficas y ecológicas y de los ecosistemas más frágiles, para asegurar el equilibrio y la continuidad de los procesos evolutivos y ecológicos, así como salvaguardar la diversidad genética de las especies silvestres de las que depende la continuidad evolutiva, particularmente las endémicas, amenazadas o en peligro de extinción.

En el mismo título segundo se contiene un capítulo tercero, originalmente denominado “Flora y Fauna Silvestres y Acuáticas”, en el que se estipularon los criterios generales para la protección y el aprovechamiento

⁹ Las primeras leyes relativas al aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, en particular, aquellas en materia forestal y pesquera, estuvieron básicamente orientadas al desarrollo de los sectores industriales correspondientes (Azuela, *et al.* 2008, 264); en ellas, la conservación de tales recursos no fue abordada más allá de la requerida para mantener las tasas de aprovechamiento. En las primeras *leyes propiamente ambientales* (véase Brañes 2000, 41) —la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental, de marzo de 1971, y la posterior Ley Federal de Protección al Ambiente, de diciembre de 1981, emitidas por el Congreso de la Unión sin sustento constitucional claro—, la flora y la fauna silvestres son sólo mencionadas como potenciales objetos de afectación de los fenómenos de contaminación a que se refieren tales ordenamientos, pero sin desarrollar regímenes relativos a su conservación.

de la vida silvestre, así como el régimen relativo al establecimiento de vedas para conservar, propagar o repoblar especímenes de especies endémicas, amenazadas o en peligro de extinción, así como de medidas de regulación o restricción de la exportación o importación de especímenes de la flora y fauna silvestres; asimismo, se definieron los supuestos normativos relativos al aprovechamiento de la fauna silvestre.

Con el decreto de reforma publicado en diciembre de 1996 —que modificó sustancialmente a la LGEEPA— fue sustituido el contenido y la denominación originales tanto de la citada sección VII del capítulo relativo a los instrumentos de la política ambiental, como de su artículo 38, por las normas relativas a la auditoría ambiental y a la autorregulación. Por otra parte, se cambió la denominación del título segundo por la de “Biodiversidad”, en cuyo capítulo primero se concretaron las disposiciones relativas al régimen jurídico de las áreas naturales protegidas, distribuidas en cuatro secciones, relativas a sus disposiciones generales, los tipos y características de tales áreas, las declaratorias para su establecimiento y la creación y operación del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.¹⁰

Con esa reforma también se modificó la denominación del capítulo tercero del título segundo, relativo a la “Flora y Fauna Silvestre”, así como el contenido de siete de los nueve artículos que lo conformaban y se le adicionaron otros tres dispositivos. El sentido general de estas normas, sin embargo, no ha cambiado, ya que se conservaron la mayor parte de las disposiciones previstas en el texto original, destinadas básicamente a la formulación de principios de política ambiental referidos a la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y la fauna silvestres (Brañes 2000, 304).

Las disposiciones de la LGEEPA, aún con la reforma de diciembre de 1996, fueron insuficientes para contar con un marco jurídico completo e integral en materia de vida silvestre (Azuela *et al.* 2008, 264), por lo que, en julio del año 2000, fue publicada la Ley General de Vida Silvestre (LGVS), misma que tiene por objeto establecer la concurrencia de los diferentes órdenes de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, para la conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y su hábitat.

¹⁰ Mediante el decreto de reforma, de mayo de 2008, se adicionó una quinta sección, integrada por un solo artículo, relativo al establecimiento y manejo de áreas destinadas voluntariamente a la conservación.

El ámbito taxonómico de validez de la LGVS se precisa en su propio objeto normativo, es decir, la vida silvestre, definida como el conjunto de organismos que subsisten sujetos a los procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat, con excepción de los recursos forestales maderables y no maderables así como de las especies cuyo medio de vida total sea el agua, mismos que son objetos normativos de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGDFS) y de la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentable, respectivamente, salvo que se trate de especies o poblaciones en riesgo, en cuyo supuesto, también les serían aplicables las disposiciones de la LGVS.

En el artículo 19 de la LGVS, se estipula un principio general para la conservación de la biodiversidad,¹¹ por el que las autoridades que intervengan en actividades relacionadas con la utilización del suelo, del agua y de cualquier otro recurso natural, deben adoptar las medidas necesarias para que esas actividades se realicen de modo que se eviten, prevengan, reparen, compensen o minimicen los efectos negativos de las mismas sobre la vida silvestre y su hábitat.

La regulación relativa a la conservación de la vida silvestre está contenida en el título VI de la LGVS, mismo que está integrado por diez capítulos, en los que se establecen las normas relativas a la identificación y protección de especies y poblaciones en riesgo y prioritarias para la conservación; la declaratoria y establecimiento de hábitats críticos, así como de áreas de refugio de especies que se desarrollan en el medio acuático; la implementación de programas de prevención y de restauración para la recuperación y restablecimiento de las condiciones naturales de la vida silvestre; la declaratoria de vedas; el manejo ejemplares y poblaciones que se tornen perjudiciales; la movilidad y dispersión de poblaciones de especies silvestres nativas; la conservación de las especies migratorias y de especímenes de vida silvestre que se encuentran fuera de su hábitat natural, además de la liberación de ejemplares al hábitat natural.

Pero entre todo este amplio espectro de acción pública para la conservación de la diversidad biológica, las facultades de las autoridades locales se limitan prácticamente a la regulación de los ejemplares y poblaciones ferales (Sánchez 2012, 155).

¹¹ En términos similares a aquellos en que estaba formulado el artículo 38 de la LGEE-PA, antes de la reforma de 1996.

Por lo que hace a los recursos forestales, la regulación de su aprovechamiento se había constreñido al ámbito federal,¹² pero sin fundamento constitucional claro, ya que la facultad del Poder Legislativo federal se limita al establecimiento de contribuciones sobre la explotación forestal,¹³ no así a la regulación de toda esa materia, habida cuenta que las potestades públicas previstas en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, anteriormente referidas, tampoco son facultades exclusivas de las autoridades federales.

Con la expedición de la primera LGDFS, en febrero de 2003, se incorporó la gestión forestal al régimen coincidente —concurrente, según la norma constitucional— para la protección al ambiente establecido en el artículo 73, fracción XXIX-G de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En su artículo 1o., la LGDFS define como su objeto regular y fomentar el manejo integral y sustentable de los territorios forestales, la conservación, protección, restauración, producción, ordenación, el cultivo, manejo y aprovechamiento de los ecosistemas forestales del país y sus recursos; así como distribuir las competencias que en materia forestal correspondan a los diferentes órdenes de gobierno, conforme al principio de concurrencia estipulado en el citado dispositivo constitucional.

Para fijar su ámbito taxonómico de validez, en la LGDFS se define al *ecosistema forestal* como la unidad funcional básica de interacción de los recursos forestales entre sí y de éstos con el ambiente, en un espacio y tiempo dados; a los *recursos forestales*, como la vegetación de los ecosistemas forestales, sus servicios, productos y residuos, así como los suelos de los terrenos forestales y preferentemente forestales y, por último, a la *vegetación forestal* como el conjunto de plantas y hongos que crecen y se desarrollan en forma natural, formando bosques, selvas, zonas áridas y semiáridas, y otros ecosistemas, dando lugar al desarrollo y convivencia equilibrada de otros recursos y procesos naturales.

El título quinto de la LGDFS de 2003, denominado como “De las Medidas de Conservación Forestal” se integró por cinco capítulos, en los que se establecieron las normas relativas a la sanidad forestal; la prevención,

¹² Las seis leyes forestales del orden federal fueron las de abril de 1926, diciembre de 1942, diciembre de 1947, enero de 1960, abril de 1986 y diciembre de 1992.

¹³ Adicionada con la décima cuarta reforma al artículo 73 constitucional, de octubre de 1942, y actualmente estipulada en la fracción XXIX-A del mismo dispositivo.

combate y control de incendios forestales, además del manejo del fuego; la conservación y restauración de los ecosistemas forestales, incluyendo la reforestación y forestación con tales propósitos; los servicios ambientales forestales, así como a la prevención del riesgo de daño a los ecosistemas y recursos forestales.

Esta primera LGDFS fue sustituida por la promulgada en junio de 2018, de idéntica denominación. Si bien, el régimen para la conservación forestal se mantuvo, en términos generales, respecto al establecido en la ley de 2003, algunas de las modificaciones impuestas con la segunda LGDFS acusan algunos retrocesos; por ejemplo, en la definición originaria de *terrenos forestales* prevista en el artículo 7, fracción LXXI, se había excluido que se consideraran como tales, a los que se localicen dentro de los límites de los centros de población, en términos de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano,¹⁴ lo que les dejaba fuera del régimen de conservación de aquella ley general a la vegetación forestal localizada dentro de las zonas urbanas.

A pesar de la incorporación de la legislación forestal al régimen de las llamadas facultades concurrentes, el sistema de distribución competencial estipulado en las dos leyes generales en esta materia no ha propiciado un cambio sustancial respecto al régimen federal que prevalecía en las leyes anteriores (Azuela, *et al.* 2008, 266).

La legislación relativa a la conservación de la biodiversidad se complementa con la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentable, la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y las leyes federales en materia de sanidad vegetal y animal; sin embargo, las principales normas relativas a la conservación *in situ* de la diversidad biológica están básicamente contenidas en las tres leyes generales analizadas con anterioridad.

V. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Los municipios han tenido a su cargo la prestación de ciertos servicios y funciones públicas de interés local, inherentes a la satisfacción de las

¹⁴ Esta exclusión fue retirada mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de abril de 2020.

necesidades primarias de las personas (Quintana 2003, 422) y, por consiguiente, a su calidad de vida. Sin embargo, fue hasta con la reforma de febrero de 1983 que se precisó, en la fracción III del artículo 115 constitucional, que los municipios tenían a cargo ciertos servicios públicos, así como la construcción y mantenimiento de parques y jardines (Fernández 2002, 200). Con la misma reforma también se asignó a los municipios, en la fracción V del mismo dispositivo constitucional, la aprobación y administración de la zonificación y de los planes de desarrollo urbano; la autorización, control y vigilancia de la utilización del suelo; así como la participación en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas.

Por lo que respecta al espectro competencial determinado a los municipios en las diferentes leyes generales en materia ambiental, pueden distinguirse aquellas de mera ejecución, en las que se les asigna la sola aplicación de lo previsto en disposiciones jurídicas preexistentes, de aquellas de orden normativo, en las que los gobiernos municipales cuentan con capacidad decisoria respecto del contenido de la acción pública (Ugalde 2011, 265). Así, por ejemplo, entre las atribuciones de mera ejecución estipuladas en el artículo 8o. de la LGEEPA está la aplicación de los instrumentos de política ambiental previstos en las leyes locales en la materia, en bienes y zonas de jurisdicción municipal, en las materias que no estén atribuidas a la federación o a los estados.

Las atribuciones normativas asignadas a los municipios son, en buena medida, una reiteración de las facultades originariamente conferidas en la Constitución mexicana, como la creación y administración de parques urbanos, jardines públicos y zonas de preservación ecológica de los centros de población, así como el control y la vigilancia del uso del suelo.

Asimismo, se asignan algunas otras atribuciones, en las que se utilizan categorías de rango abierto (Díaz 2012, 447), tales como la formulación, conducción y evaluación de la política ambiental municipal o la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente en los centros de población, en relación con los efectos derivados de los servicios y funciones públicas constitucionalmente a su cargo. Esta prescripción, que parece estar limitada a constituir una suerte de regla abstracta y de reducidas consecuencias, constituye, sin embargo, una disposición central que manda a los municipios tomar en cuenta el cuidado del medio ambiente en el cumplimiento de sus funciones y en la prestación de los

servicios que constitucionalmente son asignados a los municipios (Ugalde 2011, 267).

El espectro de competencia de los municipios estipulado en la LGDFS de febrero de 2003 fue básicamente de ejecución, tanto en la aplicación de los criterios de política forestal en bienes y zonas de jurisdicción municipal, como en la realización de acciones de colaboración con las autoridades federales y estatales. Las atribuciones de orden normativo se acotaron al diseño y aplicación de la política forestal del municipio, en concordancia con la política federal y estatal. En la LGDFS de junio de 2018, el espectro competencial de los municipios no fue modificado de manera significativa; sólo se adicionaron algunas atribuciones de mera coadyuvancia.

En la LGVS incluso se omitió enlistar las atribuciones a cargo de las autoridades municipales, dejando esa definición a cada legislatura estatal. En efecto, en el artículo 13 de ese ordenamiento sólo se estipula que los municipios ejercerán las atribuciones que se les otorguen en las leyes estatales, así como aquellas que les sean transferidas por las propias entidades federativas, mediante acuerdos o convenios. Dieciocho años después de promulgada esta ley general, veinticuatro entidades federativas carecían de leyes locales en materia de vida silvestre y, por ende, los municipios de ellas también carecían de injerencia en la materia, al menos en términos de la propia LGVS.¹⁵

Resulta, entonces, bastante limitado el espectro competencial explícitamente asignado a los municipios en las leyes generales en materia ambiental. Tales limitaciones normativas podrían responder a una intención deliberada de que la autoridad central aproveche la oportunidad que brindan sus criterios abiertos para ocupar tales espacios; intención sustentada en la presunción de que las autoridades estatales y municipales carecerían de las capacidades técnicas y administrativas para ejercer las atribuciones asignadas en esas leyes generales (Díaz 2012, 447).

Más aún, el fenómeno urbano ha sido excluido de los objetos regulatorios de tales ordenamientos generales. La LGVS carece de referencia alguna a *área urbanizada, asentamiento humano, centro de población, ciudad o zona urbana*. Por su parte, en el original artículo 7o., fracción LXXI de la LGDFS de junio de 2018, se estatúa que, para efectos de ese ordena-

¹⁵ Sólo los estados de Campeche, Chihuahua, Coahuila, Guerrero, México, Querétaro, Quintana Roo y Veracruz contaban, a diciembre de 2018, con leyes en la materia.

miento, no se consideraban como terrenos forestales los que se localizaran dentro de los límites de los centros de población. Incluso la LGEEPA, en que se estipulan algunos criterios ecológicos relativos a los asentamientos humanos,¹⁶ por la manera en que esa ley organiza sus categorías, termina regulando las prácticas humanas transformadoras del ambiente como si ellas no fueran parte del proceso de urbanización (Azuela 2006, 171).

Se trata, así, de una legislación en la que la realidad urbana queda prácticamente borrada, desplazada por una noción de la relación entre la sociedad y el ambiente que prescinde de toda referencia al modo en que la sociedad está territorialmente organizada en la realidad (Azuela 2006, 113), a pesar de que cada vez es mayor el número de individuos que residen en ciudades, quienes, por la fuerza centrípeta del fenómeno urbano, han quedado fuertemente vinculados a aquellas, y para quienes la alternativa a disfrutar de un medio adecuado no es separarse de él, sino padecerlo inadecuado, lo que, a su vez, degrada la calidad de vida y afecta a la dignidad de las personas (Canosa 2002, 129).

La exclusión del fenómeno urbano de la legislación ambiental se ha dado, además, en el contexto institucional en el que el espectro competencial de los municipios en materia de ordenamiento territorial ha sido acotado al medio estrictamente urbano, sustentado en una ley general que, además, ha carecido de los instrumentos normativos y de política pública que permitan incorporar variables ambientales en los planes y programas en materia de desarrollo urbano.

La conjunción de estos cuatro fenómenos institucionales, a saber, el limitado ámbito de competencia de los municipios conferidos en las leyes generales en materia ambiental, la exclusión de la realidad urbana de la propia legislación ambiental, el acotamiento al ámbito urbano de la injerencia municipal en el ordenamiento territorial y la exclusión de los aspectos ambientales de la planeación urbana, ha materializado un entorno institucional en el que no sólo se ha desplazado a los municipios de la gestión de buena parte de las situaciones ambientales que acontecen a sus propias circunscripciones territoriales, sino que ha omitido incorporar a

¹⁶ En el artículo 3o., fracción X de la LGEEPA, se define a los *criterios ecológicos* como los lineamientos obligatorios contenidos en la presente ley, para orientar las acciones de preservación y restauración del equilibrio ecológico, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la protección al ambiente, que tendrán el carácter de instrumentos de la política ambiental.

sus respectivos objetos regulatorios y de política pública, la gestión de la calidad ambiental de los entornos urbanos.

Sin embargo, los municipios se encuentra en ventaja, respecto de otros órdenes de gobierno, por su cercanía a buena parte de los problemas ambientales y de las demandas sociales, particularmente a aquellas surgidas de la ocupación y uso del territorio, lo que les permite la implementación de medidas que requieren previsión y estrecho seguimiento (Pérez 2000, 90) como, por ejemplo, buena parte de las que requieren realizarse en la gestión de la calidad ambiental de los entornos urbanos, misma que puedan ser enfrentadas de manera más eficaz, desde lo local. Ello representa un amplio campo de acción para la política ambiental de los municipios, no sólo porque históricamente han tenido a su cargo la gestión urbana, sino porque se inscribe en el amplio ámbito de la autonomía normativa de los municipios, reconocida en el artículo 115, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los municipios pueden realizar importantes aportes a la conservación de la biodiversidad, particularmente de la que se efectúa *in situ*, toda vez que en su esfera de competencia concurren una multiplicidad de situaciones ambientales y demandas sociales que van desde minimizar los costos ecosistémicos del fenómeno urbano (Nava 2011, 3) —como los asumidos por la biodiversidad local por el retiro de la vegetación nativa tanto para el aprovechamiento urbano del suelo como por su sustitución por especies exóticas—, hasta la regulación del uso y conservación de los elementos naturales que, por estar ubicados dentro de los centros de población, han quedado excluidos de los objetivos regulatorios de las leyes generales en materia forestal y de vida silvestre, así como de la política pública sustentada en tales ordenamientos.

Al amparo de facultad conferida en el artículo 115, fracción II de la Constitución mexicana, los municipios están facultados no sólo a emitir reglamentos delegados, mediante los que sólo se detalla el contenido de normas legales para su aplicación efectiva; con motivo del principio de autonomía municipal, también pueden emitir reglamentos autónomos, con los que pueden regular con mayor libertad aquellos aspectos específicos de la vida municipal.

En tal sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconociendo la potestad de los municipios para expedir cuantas normas resulten necesarias para regular su vida interna, tanto en lo

referente a su organización administrativa y sus competencias constitucionales exclusivas como en la relación con sus gobernados, atendiendo a las características sociales, económicas, biogeográficas, poblacionales, culturales y urbanísticas.¹⁷

Si bien, la protección al ambiente y la preservación del equilibrio ecológico son materias coincidentes —concurrentes, según la ley fundamental mexicana—, en términos de la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los ordenamientos emanados de esa disposición sólo sientan las bases para su regulación, más no pretenden agotarla.

La única restricción que tendrían estados y municipios en el desarrollo de sus respectivos sistemas normativos en materia ambiental sería la de evitar la reducción de las obligaciones o las prohibiciones estipuladas en la legislación general. Salvo este supuesto, los órdenes locales de gobierno pueden tener su propio ámbito de regulación, enfatizando ciertos aspectos que les sean particularmente preocupantes.¹⁸

Más aún, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el principio que rige las relaciones entre los reglamentos municipales y las leyes en materia municipal, en términos de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el de competencia y no el de jerarquía. Por lo tanto, la validez de la reglamentación municipal procede directa y exclusivamente de la Constitución y no de su adecuación a las leyes generales,¹⁹ habida cuenta que tales ordenamientos, en materia ambiental, están sujetas a las *respectivas competencias* de cada orden de gobierno.

¹⁷ Véase la sentencia del Pleno recaída a la controversia constitucional 14/2001, que sentó, entre otras, la jurisprudencia de rubro “MUNICIPIOS. CONTENIDO Y ALCANCE DE SU FACULTAD REGLAMENTARIA”. Tesis P./J. 132/2005. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, octubre de 2005, p. 2069.

¹⁸ Véase la jurisprudencia de rubro “LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES”. Tesis P./J. 5/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2322.

¹⁹ Véase la jurisprudencia de rubro “REGLAMENTOS MUNICIPALES DE SERVICIOS PÚBLICOS. SU RELACIÓN CON LAS LEYES ESTATALES EN MATERIA MUNICIPAL SE RIGE POR EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y NO POR EL DE JERARQUÍA”. Tesis P./J. 43/2011 (9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro I, octubre de 2011, t. 1, p. 301.

Esta interpretación jurisprudencial amplía considerablemente el ámbito de injerencia de los municipios en la gestión ambiental, permitiéndoles atender problemas ecológicos y demandas sociales localmente caracterizadas, a partir de normas y políticas públicas localmente focalizadas, mas no por la vía de la descentralización de funciones previamente ejercidas por otros órdenes de gobierno, sino a través de la identificación de necesidades socio-ambientales, que llevan a los municipios al diseño e implementación de marcos normativos propios.

En un régimen formalmente federal, pero con fuertes tendencias centralistas, como las que caracterizan a las relaciones intergubernamentales en México (Gil 2007, 247), en donde la relación jerárquica se impone por sobre la concertación (García del Castillo 1999, 109), no es factible equiparar la descentralización de funciones con una mayor autonomía de los gobiernos locales. La descentralización suele estar acompañada de alguna clase de condicionamiento a la actuación de las autoridades locales que reciben las atribuciones que se descentralizan (Gil 2007, 263), habida cuenta que no siempre están acompañadas de los recursos financieros y de las condiciones institucionales para su ejercicio.

En contrapartida, la autonomía de los gobiernos locales, particularmente los de los municipios, importa el desarrollo de ámbitos de actuación propios, definidos, en cuanto a su contenido, por los problemas públicos localmente identificados que conforman sus respectivas agendas públicas (Cejudó 2010, 101) y, en cuanto a su sustento jurídico, por el principio constitucional de autonomía municipal plasmado en el artículo 115, fracción II de la Constitución mexicana.

El derecho ambiental surge de la necesidad. Es evidente que el interés público por la protección al ambiente no habría emergido si el deterioro del medio no hubiese alertado de la necesidad de su preservación (Loperena 1998, 24) y son las necesidades localmente identificadas la que definen, en buena medida, los problemas sociales que integran la agenda pública relativa a las condiciones ambientales de esas localidades, que terminan, a su vez, definiendo al marco normativo local.

Si bien, las preocupaciones ambientales suelen variar de un municipio a otro, dependiendo más de la situación local que de consideraciones generales, esa variedad de escenarios representa la oportunidad para la innovación en el diseño e implementación de marcos normativos que eventualmente puedan ser luego replicables, adaptándose a cada escenario local.

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1027-1052.

En tratándose de la conservación de la biodiversidad, tales marcos normativos podrían referirse —acorde a los objetivos establecidos en el artículo 8o. del CDB— al establecimiento de sistemas municipales de áreas naturales protegidas; a la protección de los ecosistemas naturales, mediante la creación de regímenes locales relativos tanto a la contención y consolidación urbanas como a los terrenos con vegetación forestal ubicados dentro de los centros de población; a la rehabilitación de los ecosistemas degradados y su reconversión en parques urbanos, en suelo de conservación²⁰ o en zonas de recarga de mantos acuíferos;²¹ así como a la recuperación de especies nativas y la restricción a la introducción de especies exóticas en las actividades de forestación urbana y de reforestación de espacios naturales, mediante la implementación de las paletas vegetales municipales,²² que son instrumentos normativos mediante los que los ayuntamientos, a partir de criterios ambientales y paisajistas, estipulan las especies arbóreas cuya plantación está permitida en espacios públicos, y las condiciones a la que está sujeta dicha plantación.

VI. CONCLUSIONES

El combate al deterioro ambiental debe situarse en distintas escalas territoriales y considerar también los aportes diferenciales (Bassols 2003, 193) y los municipios mexicanos tienen una gran área de actuación, toda vez que ellos se confrontan los problemas de tenencia de la tierra y el uso del suelo y, consecuentemente, el de los recursos naturales (Gil 2007, 259).

La conservación de la biodiversidad como objeto normativo representa una gran complejidad, en buena medida, por su intangibilidad, ya que no es el mero resultado de la suma de los ecosistemas, las especies y su material genético que la conforman, sino que representa la variabilidad dentro de ellos y entre ellos (Pérez 2000, 186). El área de oportunidad es aún mayor cuando —como en el Estado mexicano— los diseños institu-

²⁰ Artículo 3o., fracción XXXIV de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

²¹ Artículo 120 del Código Territorial para el Estado y los Municipios de Guanajuato.

²² La primera *paleta vegetal* promulgada con tales condiciones normativas fue aprobada por el ayuntamiento de León, Guanajuato, y publicada en el periódico oficial del estado en diciembre de 2014.

cionales que implementa la política ambiental distribuyen la atención de los asuntos relativos a una misma materia entre diversos órdenes y órganos de gobierno.

La conservación de la biodiversidad y, en particular, aquella que requiere efectuarse *in situ*, demanda de un fuerte anclaje con el territorio, cuya gestión habitualmente es competencia de los municipios. Sin embargo, han sido extremadamente limitadas las funciones que para la conservación de la diversidad biológica se le han asignado explícitamente a los gobiernos municipales en las leyes generales emitidas al amparo del artículo 73, fracción XXIX-G constitucional.

No obstante, los principios generales del sistema constitucional de distribución competencial —señaladamente los estipulados en los artículos 124 y 115, fracción II de la ley fundamental— son normas de formulación abierta que, en conjunción con una interpretación del citado artículo 73, fracción XXIX-G de la Constitución mexicana que reconozca la autonomía normativa de estados y municipios, pueden sustentar la creación y ejecución de ámbitos de actuación que la problemática ambiental, el interés político o las demandas sociales localmente requieran, más allá de los regímenes excluyentes de competencias estipulados en las leyes generales en materia ambiental, al amparo en sus respectivos ámbitos de autonomía consagrados en la Constitución mexicana.

Con ello, los gobiernos locales y, en particular, los de los municipios, pueden definir tanto los asuntos que representan prioridades focalizadas, como la manera de abordarlos; ello no sólo puede representar la ampliación de los objetivos de la política ambiental, sino también una gran área de oportunidad para estimular la innovación en el diseño e implementación de normas de carácter local.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZUELA, Antonio. 1995. “La distribución de competencias en la regulación de los usos del suelo”. CARMONA LARA, María del Carmen (coord.). *PEMEX: Ambiente y energía. Los retos del futuro*. México. PEMEX-UNAM, 13-34.
- AZUELA, Antonio. 2001. “Una torre de Babel para el Ajusco. Territorio, urbanización y medio ambiente en el discurso jurídico mexicano”.

- SCHTEINGART, Martha y D'ANDREA, Luciano (comps.). *Servicios urbanos, gestión local y medio ambiente*. México. El Colegio de México, 205-229.
- AZUELA, Antonio. 2006. *Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental*. México. UNAM-Fontamara.
- AZUELA, Antonio et al. 2008. "Una década de transformaciones en el régimen jurídico del uso de la biodiversidad". SARUKHÁN, José (coord.) *Capital natural de México, v. III. Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad*. México. CONABIO, 259-282.
- AZUELA, Antonio y CANCINO, Miguel Ángel. 2011. "Los asentamientos humanos y la mirada parcial del constitucionalismo mexicano". FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y RIVERA HERNÁNDEZ, Juan (coords.). *Derecho urbanístico*. México. UNAM, 143-184.
- BASSOLS, Mario. 2003. "Política ambiental municipal. Del discurso a la práctica". CABRERO MENDOZA, Enrique (coord.). *Políticas públicas municipales. Una agenda en construcción*. México. Centro de Investigación y Docencia Económicas-Miguel Ángel Porrúa, 191-229.
- BOU FRANCH, Valentín. 1999. "La conservación de la diversidad biológica". JUSTE RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid. McGraw Hill, 361-423.
- BRAÑES, Raúl. 2000. *Manual de derecho ambiental mexicano*. México. Fondo de Cultura Económica-Fundación Mexicana para la Educación Ambiental.
- CANOSA USERA, Raúl. 2002. "Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales". CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.). *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 119-166.
- CARMONA LARA, María del Carmen. 2003. *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Comentarios y concordancias*. México. Profepa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CEJUDO, Guillermo. 2010. "Discurso y políticas públicas. Enfoque constructivista". MERINO, Mauricio y CEJUDO, Guillermo (coords.). *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México. Fondo de Cultura Económica-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 93-125.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín. 2012. *Ensayos sobre la propiedad*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1027-1052.

- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. 2002. *Servicios públicos municipales*. México. INAP-UNAM.
- GARCÍA DEL CASTILLO, Rodolfo. 1999. *Los municipios en México. Los retos ante el futuro*. México. Miguel Ángel Porrúa.
- GARCÍA GRANADOS, Fidel. 2010. “La tutela efectiva de los derechos ambientales. El derecho mexicano frente a la Convención de Aarhus”. *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 3, núm. 6, 129-170.
- GIL, Miguel Ángel. 2007. *Crónica ambiental. Gestión pública de políticas ambientales en México*. México. Fondo de Cultura Económica-Semarnat.
- GONZÁLEZ ARRUTI, Carlos Ignacio. 2016. *El derecho internacional y el principio de precaución en el ámbito de la diversidad biológica: una especial atención a los organismos vivos modificados*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- IBARRA SARLAT, Rosalía. 2003. *La explotación petrolera mexicana frente a la conservación de la biodiversidad en el régimen jurídico internacional*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- LOPERENA, Demetrio. 1998. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid. Cívitas.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. 1980. *El sistema agrario constitucional*. México. Porrúa.
- NAVA ESCUDERO, César. 2011. *Estudios ambientales*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- NEGRI, Stefania. 2010. “La biodiversidad como ‘interés común de toda la humanidad’: perfiles controvertidos de reglamentación y de responsabilidad internacional”. Vitulia, IVONE (dir.). *Biodiversidad, biotecnologías y derecho. Un crisol para la sustentabilidad*. Roma. ARACNE, 145-163.
- OLIVO ESCUDERO, Juan Carlos. 2016. “La protección de la biodiversidad en el derecho ambiental mexicano: un análisis de la legislación desde el enfoque de especies amenazadas y su hábitat crítico”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, año XLIX, núm. 147, 347-371.
- PÉREZ, Efraín. 2000. *Derecho ambiental*. Bogotá. McGraw Hill.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. 2003. *Derecho municipal*. México. Porrúa.
- SÁNCHEZ DORANTES, Karina. 2012. “Breve análisis de la gobernanza en materia de biodiversidad”. CARMONA LARA, María del Carmen, HERNÁNDEZ MEZA, María de Lourdes, ACUÑA HERNÁNDEZ, Ana Laura (coords.). *20 años de procuración de justicia ambiental en México. Un homena-*

je a la creación de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. México. UNAM-Semarnat, 141-160.

UGALDE, Vicente. 2011. “¿Hacia una ciudad sostenible en México?”. CABRERO MENDOZA, Enrique (coord.). *Ciudades mexicanas. Desafíos en concierto*. México. Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 248-288.

ZAPATA, Alejandro y MEADE, Oliver. 2009. *Organización y gestión municipal*. México. Porrúa-Senado de la República.

IDEOLOGÍA Y PREJUICIO EN EL DISCURSO JUDICIAL: ESTUDIO DE CASO DESDE UNA CRÍTICA LINGÜÍSTICA DEL DERECHO*

IDEOLOGY AND PREJUDICE IN JUDICIAL DISCOURSE: A CASE STUDY FROM A LINGUISTIC CRITIQUE OF LAW

Ricardo DE MACEDO MENNA BARRETO**

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo proponer una renovación de la crítica del derecho a partir de los *Estudios críticos del discurso* del lingüista holandés Teun A. van Dijk. El encuentro de estas dos perspectivas críticas puede permitir la apertura de un nuevo espacio teórico-metodológico, que llamamos “crítica lingüística del derecho”. Para ello, se revisan la crítica del derecho y las relaciones entre derecho y lenguaje, presentando también las características generales de los estudios críticos del discurso. Se parte del siguiente problema general (en este artículo evidenciado en un estudio de caso): ¿cómo evitar la propagación de ideologías judiciales que perpetúan relaciones de dominación social? Se plantea la hipótesis de que los estudios críticos del discurso pueden ayudar a la crítica del derecho contemporánea en el estudio y denuncia de casos en los que prevalece la dimensión ideológica ante la racionalidad judicial. En cuanto a la metodología, se realiza un estudio exploratorio

ABSTRACT: This article aims to propose a renewal of the critique of law based on the critical studies of discourse by the dutch linguist Teun A. van Dijk. The meeting of these two critical perspectives may allow the opening of a new theoretical-methodological space, which we call the “linguistic critique of law”. Therefore, the critique of law and the relations between law and language are reviewed, also presenting the general characteristics of critical discourse studies. It starts from the following general problem, in this article evidenced in a case study: how to avoid the spread of judicial ideologies that maintain relationships of social domination? It is hypothesized that critical discourse studies can help contemporary critique of law in the study and denunciation of cases in which the ideological dimension prevails over judicial rationality. Regarding the methodology, an interdisciplinary exploratory study is carried out, combining epistemological-legal, methodological-linguistic

* Recibido el 26 de febrero de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

** ORCID 0000-0001-7357-7722. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidade do Minho, Portugal; maestro en Derecho Público por la UNISINOS, RS, Brasil; graduado en Derecho por la UNISINOS, RS, Brasil; profesor invitado en los programas de Máster en Derecho y en la Licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidade do Minho, Portugal. E-mail: ricardo.mennabarreto@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

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

interdisciplinario, combinando aspectos epistemológico-jurídicos, metodológico-lingüísticos y empírico-sociales, a partir de una revisión bibliográfica y un estudio de caso.

Palabras clave: crítica del derecho, derecho y lenguaje, estudios críticos del discurso, ideología, decisión judicial.

and empirical-social aspects, based on a bibliographic review and a case study.

Keywords: critique of law, law and language, critical discourse studies, ideology, judicial decision.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Crítica del derecho y derecho y lenguaje*. III. *Estudios críticos del discurso y crítica del derecho: poder, ideología y dominación*. IV. *El derecho de buen humor: ideología, prejuicio e injusticia. Estudio de caso*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo propone presentar las contribuciones de los *Estudios críticos del discurso* (ECD) de Teun A. van Dijk con el objeto de formular una renovación de la crítica del derecho. En este sentido, intentaremos demostrar cómo los ECD y la crítica del derecho pueden articularse en la apertura de un nuevo espacio teórico-metodológico, llamado “crítica lingüística del derecho” (Menna Barreto 2019), para denunciar casos en los que la dimensión ideológica, el prejuicio y la dominación prevalecen sobre la racionalidad del discurso judicial.

Con la recepción del ECD en el campo jurídico, es posible obtener un rico instrumental teórico, apto para estudiar críticamente ciertas propiedades lingüísticas del discurso jurídico, lo que permite percibir “empíricamente” la existencia de prácticas sociales ilegítimas e ilegales, como el abuso del poder discursivo por parte de jueces, por ejemplo. En este sentido, este artículo presentará no solo una contextualización epistemológica de la crítica del derecho y de las relaciones entre derecho y lenguaje. También implicará una presentación de las líneas generales de los estudios críticos del discurso.

En este artículo, basado en un estudio de caso que involucra los prejuicios de un periodista famoso contra una región de Brasil, se parte del siguiente problema general: ¿cómo evitar la propagación de ideologías judiciales que mantienen relaciones de segregación y dominación social? Se plantea la hipótesis de que los estudios críticos del discurso pueden ayudar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

en la denuncia de casos en los que prevalece la dimensión ideológica ante la racionalidad judicial.

En cuanto a la metodología, este estudio exploratorio articula aspectos epistemológico-jurídicos, metodológico-lingüísticos y empírico-sociales, permitiendo una reflexión interdisciplinaria capaz de proporcionar herramientas para realizar un estudio lingüístico crítico de caso.

Este artículo está dividido en tres partes principales, además de esta introducción y las consideraciones finales. La segunda parte, titulada “Crítica del derecho y derecho y lenguaje”, aborda las características generales de la crítica del derecho y los caracteres del movimiento teórico comúnmente conocido como derecho y lenguaje. Posteriormente, en la tercera parte, “Estudios críticos del discurso y crítica del derecho: poder, ideología y dominación”, nos acercaremos a las líneas generales de los estudios críticos del discurso, con énfasis en su propuesta metodológica y sus concepciones de poder, dominación e ideología. Finalmente, en el cuarto apartado “El derecho de buen humor: ideología, prejuicio e injusticia. Estudio de caso”, realizaremos un estudio crítico-discursivo de una sentencia judicial sobre un caso de prejuicio ocurrido en Brasil, que involucra a un célebre periodista brasileño. El estudio de este caso nos permitirá demostrar la convergencia ideológica del acusado y el juez en una sentencia judicial marcada por la parcialidad.

II. CRÍTICA DEL DERECHO Y DERECHO Y LENGUAJE

La teoría crítica del derecho, o crítica del derecho, está marcada por distintos movimientos teóricos, todos con una preocupación común: establecer una cierta comprensión de “la forma en que el derecho crea sistemas de clasificación y jerarquización, normas e imágenes, que condicionan o incluso instituyen relaciones de poder en la sociedad”, como enfatiza António Manuel Hespanha (1997, 224).

Uno de los roles principales de la teoría crítica del derecho es, por supuesto, la denuncia de la función ideológica que cubre los fundamentos legales. Esto es lo que entiende Carlos María Cárcova, cuando explica que el papel de la teoría crítica del derecho es desafiar el reduccionismo normativista que supone la existencia de un “mero juego de disposición y organización metodológica” del derecho. Con esto, tal crítica postula dar

cuenta de las condiciones históricas del surgimiento del discurso de la ley, así como de su propia producción, circulación y apropiación, revelando los intereses que están en su base. Es, en efecto, una teoría que concibe el derecho como una instancia específica de la totalidad social, prestando especial atención al análisis de sus elementos estructurales y partiendo de una matriz explicativa multi y transdisciplinaria. Esto funciona, según Carlos Cárcova (1991, 7 y 8), como una especie de “discurso de intersección”, al que competen varias áreas de conocimiento, como, por ejemplo, la lingüística, la sociología, la economía política o la antropología.

Se puede decir que los movimientos jurídicos críticos más conocidos en el mundo se desarrollaron, sobre todo, en Francia (*Critique du droit*), en los Estados Unidos de América (*Critical legal studies*) y Alemania (*Rechtskritik*) (Hespanha 1997, 225), a pesar del hecho de que sus influencias se han extendido a diferentes países y han adquirido diferentes matices epistemológicos. Entre los tres movimientos críticos mencionados es posible encontrar importantes características comunes, de las cuales podemos destacar tres: i) la denuncia de la función ideológica que cubre la base jurídica; ii) la elaboración de un pensamiento crítico forjado en matrices teóricas inter, multi y transdisciplinarias, y iii) la crítica a las limitaciones del paradigma dogmático-positivista del derecho. De hecho, de estos tres grandes movimientos críticos surgieron varias corrientes jurídico-críticas alrededor del mundo, todas contando no solo con estos, sino con otros puntos relevantes en común, como por ejemplo la lucha contra la impunidad de las élites, la dominación y las desigualdades sociales.

Sin embargo, independientemente del tono teórico, en un sentido amplio la crítica del derecho puede entenderse como una crítica al reduccionismo de la dogmática jurídica, una premisa que además comparten, de alguna manera y, ciertamente, desde diferentes perspectivas los tres movimientos críticos mencionados. La crítica de la dogmática jurídica puede entenderse como una crítica a las insuficiencias del derecho positivo, que tiene sus propios criterios de racionalidad y neutralidad reproducidos, hoy, de manera amplia y ciega por la educación y la praxis jurídicas, de una manera completamente acrítica.

Entendemos que hoy el alcance del pensamiento crítico depende del desarrollo de competencias a nivel epistemológico. Cabe recordar la sugerencia de Michel Miaille (2014, 270), según la cual, para la formulación de la crítica jurídica, se debe reconocer la “necesidad de una epistemología”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

Y hay, sugiere el jurista francés, “varias epistemologías disponibles”. Está en la libertad del investigador elegir la epistemología más apropiada para la elaboración de su pensamiento.

Podemos destacar, entre tales competencias, la capacidad de elaborar un discurso capaz de demostrar, tanto teórica como empíricamente, las razones por las que vivimos en un contexto de crecientes injusticias, desigualdades y exclusiones sociales, además de la forma en que tales problemas se conectan con el derecho. Otra competencia involucra la capacidad del jurista crítico de reconocer la materialidad político-ideológica del derecho, trascendiendo las meras críticas a las teorías dogmáticas sobre lo jurídico (Rocha 1983, 135). Una vez que se reconoce esa materialidad, las relaciones de poder deben examinarse críticamente. Sin embargo, el concepto de “crítica” aquí no significa “criticar al poder”, sino retirar el velo que lo cubre en el ámbito discursivo. Por lo tanto, involucra la capacidad del jurista crítico para demostrar, más empírica que teóricamente, cómo el poder es una forma efectiva de control social.

Además, hay dos dimensiones de la crítica del derecho, la epistemológica y la social, que merecen una atención especial por parte de los juristas, dadas las características de la sociedad actual. La primera dimensión involucra la capacidad de producir nuevas articulaciones teórico-metodológicas, más acordes con los caracteres del tejido social y jurídico contemporáneo, lo que implica no sólo incorporar nuevos conocimientos, sino también dotar de nuevo significado a los antiguos. El segundo requiere un compromiso social, por parte del jurista, en favor de los diferentes grupos dominados, denunciando teórica y empíricamente la dimensión ideológica y el abuso de poder en las relaciones sociales. Por tanto, es importante que el jurista cuente con un marco lingüístico que le permita comprender los artificios del lenguaje jurídico en el mantenimiento de determinadas ideologías y poder.

Posteriormente, los estudios sobre el lenguaje son importantes para el derecho debido al hecho de que el lenguaje se relaciona a nuestras emociones y valores, así como con el pensamiento y la acción humana. El lenguaje, en esta perspectiva, puede considerarse el punto límite de nuestra propia humanidad. A través de él, desarrollamos nuestras experiencias. Con el lenguaje también construimos el mundo social y jurídico. En este sentido, Joana Aguiar e Silva (2011, 33) afirma que “el mundo del derecho

es un mundo que se mueve, en sus más diversas facetas, a lo largo de las pistas surcadas por la palabra, el texto, el discurso escrito u oral”.

En el contexto latinoamericano de estudios jurídicos sobre el lenguaje, se sabe que una lista de notables teóricos jurídicos fue estimulada (especialmente en las últimas tres décadas del siglo pasado) por la semiótica de Peirce (2003), por la semiología de Saussure (2012) y por la filosofía de Carnap (1969), entre otras contribuciones de innumerables pensadores dirigidos a la lingüística o la filosofía (o incluso a la filosofía del lenguaje).

Específicamente en suelo brasileño, tales discusiones ganaron un espacio especial desde la década de los setenta, especialmente dentro del alcance de la crítica del derecho de Luis Alberto Warat. A raíz del pensamiento waratiano, Leonel Severo Rocha (2005, 26) explica cómo los análisis relativamente sistemáticos de los signos jurídicos fueron causados, principalmente, por tres influencias: a) lógica jurídica; b) la nueva retórica, y c) la Escuela Analítica de Buenos Aires. La semiótica jurídica, propiamente hablando, comenzó a ganar espacio en Brasil en la década de los setenta después del trabajo de Warat (1995).

Estimulado por diferentes autores, Warat (1980) buscó estudiar las funciones sociales, los efectos políticos e ideológicos de los diferentes discursos jurídicos (especialmente el discurso de enseñanza y el discurso de la dogmática jurídica), reconociendo, a la luz de su semiología del poder (Warat 1981), que “los significados siguen siendo un instrumento de poder. Al aceptar que el derecho es una técnica de control social, no podemos dejar de reconocer que su poder solo puede mantenerse estableciendo ciertos hábitos de significación” (Warat 1987, 58 y 59).

Por otro lado, desde una perspectiva teórica diferente, Tércio Sampaio Ferraz Jr., siguiendo la línea de Theodor Viehweg (1986), realizó un análisis de la pragmática de la comunicación jurídica normativa. La propuesta de Ferraz Jr. era tratar el derecho desde un punto de vista normativo, enfrentando la norma en su dimensión lingüística-pragmática. Su propuesta no era exactamente estudiar el lenguaje de la ley o su manifestación normativa, sino investigar cómo el derecho necesita del lenguaje para su existencia (Ferraz Jr. 2005, 5-7; Ferraz Jr. 1973). Eduardo C. B. Bittar (2006) también realizó un análisis semiótico del derecho, todavía transitaba, en general, dentro del inventario teórico ya abordado por otros autores. Por lo tanto, se descubrió que, desde tales contribuciones, el mar-

co teórico para la investigación de derecho y lenguaje en suelo brasileño se ha mantenido relativamente estático.

Vale la pena señalar cómo, por otro lado, también en los Estados Unidos de América, en los años setenta y ochenta en particular, los descubrimientos de una amplia gama de investigadores de diferentes orígenes comenzaron a converger en un área de investigación llamada “law and language” (Conley, O’Barr 1998, 9). Esta área estuvo fuertemente influenciada por dos campos preexistentes, como explican John Conley y William O’Barr: *sociolinguistics* (sociolingüística) y *law and society* (derecho y sociedad), movimientos que se destacaron por haber establecido un punto de partida epistemológico para que los estudios de “derecho y lenguaje” fueran posibles en suelo estadounidense (Conley, O’Barr 1998, 9).

Aunque todos estos diferentes estudios, con gran éxito, se han dirigido no sólo a un análisis lingüístico del fenómeno jurídico, sino también a una crítica de la dogmática, hasta donde se puede ver, no han estado involucrados, en mayor profundidad, con las complejas interrelaciones del discurso jurídico con otros discursos (como los *media*, los políticos, etcétera) y, en este contexto, específicamente con los problemas ideológicos y el uso ilegítimo del poder. Por otro lado, estos estudios tampoco parecen haber abordado las perspectivas crítico-lingüísticas más recientes, como la que pretendemos presentar en este texto.

Hoy, entendemos que los ECD¹ son la referencia lingüística que ofrece un punto de intersección innovador con la crítica del derecho, haciendo uso de una gran cantidad de métodos de análisis y enfoque, de manera específica, “en complejas relaciones entre la estructura social y la estructura discursiva, así como en la forma en que las estructuras discursivas pueden variar o ser influenciadas por la estructura social” (Dijk 2012, 13). Cabe señalar que, según van Dijk (1997, 15), los estudios que implican análisis del discurso se centraron, durante mucho tiempo, en las propiedades lingüísticas de la textualidad, como la coherencia semántica y su expresión gramatical. Así, sólo más recientemente, el discurso se ha pensado a la luz de problemas sociales más amplios, en instituciones y organizaciones.

¹ Los ECD pertenecen a un espacio teórico más amplio: el ACD. El ACD es un movimiento teórico-lingüístico compuesto por un grupo de lingüistas importantes, cuyas preocupaciones sociales son bastante heterogéneas. Por motivos de delimitación, no abordaremos el ACD. Para obtener una descripción general del movimiento, sugerimos ver Wodak (2002).

Ciertamente, en el campo jurídico no fue muy diferente: los análisis de estructuras discursivas se dirigieron, sobre todo, a la semiótica del discurso, descuidando la integración necesaria del análisis de estructuras discursivas con teorías sociales y culturales más amplias. Por lo tanto, tales perspectivas no profundizaron los problemas socialmente relevantes, como el contexto del discurso, las ideologías y las relaciones de poder existentes en los grupos e instituciones, así como la forma en que se perpetúan. De ahí nuestra propuesta de actualizar la crítica del derecho y las relaciones entre derecho y lenguaje desde los ECD.

III. ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DISCURSO Y CRÍTICA DEL DERECHO: PODER, IDEOLOGÍA Y DOMINACIÓN

Los ECD desarrollados por el lingüista holandés Teun A. van Dijk dentro del ámbito del análisis crítico del discurso (ACD), parece ser un punto interesante de intersección con la crítica del derecho. Aunque la comunidad lingüística adopta ampliamente el ACD en la actualidad, la propuesta de van Dijk es cambiar esta expresión a “critical discourse studies” (CDS), es decir, para ECD. Y esto no es un mero cambio de etiqueta. Igualmente, la razón de tal cambio no es sólo circunscribir su propio campo de estudios, sino también enfatizar que los ECD no son un “método de análisis del discurso”, como a menudo se supone, especialmente en las ciencias sociales. Para van Dijk no existe tal método, por lo que los ECD pueden usar cualquier método que sea relevante para sus objetivos de investigación. Cabe señalar que los métodos empleados son, en su mayor parte, los mismos utilizados en los estudios del discurso en general. En vista de estos argumentos, van Dijk advierte que, por la misma razón, el análisis del discurso tampoco podría, al menos estrictamente hablando, considerarse un “método” (Dijk 2012, 10 y 11).

En este sentido, intentaremos demostrar cómo los ECD de van Dijk tienen el potencial de instrumentalizar los análisis de fenómenos jurídicos y sociales al tiempo que permiten una renovación de la crítica del derecho. Los ECD pueden definirse como un movimiento científico interesado en el desarrollo de la teoría y el análisis crítico de la ideología, la reproducción discursiva del abuso de poder y la desigualdad social (Dijk 2012, 9). Van Dijk identifica, como un dominio especial de ECD, ciertos fenómenos

sociales, problemas y temas de investigación específicos, generalmente relacionados con el papel del discurso, el uso lingüístico y la comunicación social. Los problemas relacionados con el papel de los medios de comunicación hoy, la manipulación y la (des)información social también parecen ser problemas de gran relevancia para los ECD.

Las herramientas epistemológicas y lingüísticas propuestas por van Dijk son, por lo tanto, muy útiles en el estudio de las relaciones de dominación en la esfera social, ayudándonos a comprender la forma en que se estructuran los discursos dominantes y la relación de dominación de ciertos grupos sobre otros. De este modo, nos damos cuenta del valor de los ECD para la investigación llevada a cabo por lingüistas, periodistas, científicos políticos y sociales, y, ahora también, por juristas. Aunque sus raíces se ubican originalmente en la lingüística, los ECD tienen una marca interdisciplinaria fuerte, alcanzando las ciencias humanas y sociales y, como propondremos, el derecho mismo. Debido a que es un proyecto teórico avanzado, destinado a problematizar las propiedades semióticas del discurso vinculadas a las relaciones de poder en la sociedad (Dijk 2012, 9), los ECD pueden permitir una mirada diferente a los temas que ya han sido objeto de reflexiones jurídicas en un pasado no muy lejano.²

Como se subrayó anteriormente, desde un punto de vista epistemológico, los ECD no pueden definirse como un “método” de análisis del discurso. Para van Dijk (2012, 11), los métodos que se utilizarán dependen en gran medida del tipo de investigación que se llevará a cabo a la luz de los ECD y, sobre todo, de la naturaleza de los datos a estudiar. Entre los métodos “tradicionales” de los estudios del discurso se utilizan, entre otros, los siguientes: análisis gramatical, análisis pragmático de actos de habla y actos comunicativos y el análisis de estructuras específicas como la narrativa y la argumentación, que pueden utilizarse en el estudio crítico, por ejemplo, de decisiones judiciales (Dijk 2012, 11).

Aún en la metodología, debe notarse que, con base en los ECD, no sólo se analiza un objeto “verbal” autónomo, sino que la atención se enfoca en la interacción situada, como un tipo de comunicación social, históri-

² Nos referimos específicamente a Luis Alberto Warat, quien en la década de los ochenta denunció la necesidad de un “análisis crítico de los lenguajes jurídicos” con énfasis en “el poder del discurso jurídico y las funciones político-ideológicas que este discurso cumple en las condiciones materiales de vida social”. Warat (1995, 09).

ca o política, o, en última instancia, como práctica social. Por lo tanto, los ECD deben usar, en particular, métodos que se centren en las relaciones entre la estructura social y la estructura discursiva, demostrando cómo el segundo puede ser influenciado por el primero (Dijk 2012, 12 y 13).

Los ECD permiten el establecimiento de conexiones reales entre conceptos, métodos de análisis e interpretación de diferentes disciplinas, abriendo un espacio interdisciplinario diferenciado para la crítica del derecho. Entendemos, siguiendo la línea propuesta por van Dijk, que un enfoque interdisciplinario del discurso jurídico no debe limitarse al análisis estructural de sus diversos niveles o dimensiones (bajo pena de un retorno a la semiología o semiótica jurídicas), pero necesita, de la misma manera, prestar atención a los procesos cognitivos y las llamadas representaciones de la memoria del discurso. Es decir, según van Dijk (1985, 5), el almacenamiento, la recuperación, las estrategias cognitivas, las limitaciones de memoria y los procedimientos de organización efectivos para el procesamiento de información también son muy relevantes en el campo de los ECD.

Además, una característica que se origina en el ACD (apropiado por los ECD) es el hecho de que tales estudios pueden realizarse libremente y combinarse con otros enfoques y subdisciplinas dentro de las ciencias humanas y sociales (Dijk 2012, 96). Por eso elegimos llevar los ECD al campo de las ciencias sociales aplicadas, especialmente al derecho. Existe, en este contexto epistemológico, una gran cantidad de métodos, de diferentes áreas, que pueden usarse y combinarse sistemáticamente, dependiendo del tipo de investigación llevada a cabo. Sin embargo, como señala van Dijk (2012, 13), a pesar de este pluralismo metodológico, “existen preferencias y tendencias debido al enfoque especial de los ECD en los aspectos del abuso de poder y, por lo tanto, en general, en las condiciones sociales y las consecuencias de la escritura y el habla”.

Es posible que la expresión abuso de poder provoque cierta extrañeza. Sin embargo, no es raro que, en las relaciones sociales, en general, ocurran abusos y usos ilegítimos del poder. Los ECD, entonces, aparecen como un espacio crítico-reflexivo para que estudiemos estos usos ilegítimos del poder, que pueden ocurrir de diferentes maneras: desde la (des)información de los medios de comunicación, hasta la forma en que los juristas dominan mediante su conocimiento técnico. De hecho, van Dijk prefiere llamar a tales formas de abuso del poder “dominación”. Esta noción se refiere a la dimensión negativa del “abuso”, refiriéndose, por lo tanto, a

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

las mismas consecuencias del uso (abusivo) del poder discursivo: la violación de los derechos humanos o civiles de las personas (Dijk 2012, 28).

Otro punto de interés fundamental para los ECD, que se analizará en el estudio de caso de una sentencia judicial, es la dimensión ideológica del discurso. Ruth Wodak (2002, 10 y 11) subraya que la ideología es vista como un aspecto importante para establecer y mantener relaciones de poder desiguales, por lo tanto, uno de los objetivos del ACD es “desmitificar” los discursos descifrando las ideologías. Pero ¿cómo podemos identificar si un discurso es, de hecho, ideológico? Norman Fairclough (2002, 126) responde diciendo que “el discurso es ideológico en la medida en que contribuye a mantener relaciones particulares de poder y dominación”. Se trata, por tanto, de detectar cómo operan determinados discursos para establecer relaciones de dominación social.

Para van Dijk (1995, 135) “(...) el análisis del discurso ideológico debe verse como un tipo específico de análisis del discurso sociopolítico. Este análisis, entre otras cosas, intenta relacionar las estructuras del discurso con las estructuras de la sociedad”. De hecho, ya sea en el campo del discurso jurídico, del discurso mediático, del discurso político (como en tantos otros discursos) siempre hay una ideología asociada. En un sentido amplio, van Dijk (1998, 61) propone que se deben seguir cinco puntos para realizar un análisis ideológico de los discursos, a saber: a) examinar el contexto del discurso; b) analizar qué grupos, relaciones de poder y conflictos están involucrados en él; c) investigar opiniones positivas y negativas sobre la polarización “nosotros”/“ellos”; d) hacer explícito el supuesto y lo implícito en el discurso y, finalmente, e) estudiar todas las estructuras formales que (des)enfatan las opiniones del grupo polarizado.

Para la realización de este modelo, el análisis del discurso puede pasar por el estudio de las siguientes estructuras y estrategias lingüísticas descritas por van Dijk (2005):

- a) temas: macroestructuras semánticas;
- b) significados locales (léxicos);
- c) sutiles estructuras “formales”;
- d) modelos contextuales;
- e) modelos de acontecimientos;
- f) cognición social;
- g) discurso y sociedad.

De este modo, los ECD de van Dijk permiten, siempre y cuando se asuma una postura rigurosa inter/multidisciplinaria, una actualización de la crítica del derecho, ya que existe un tipo de equivalencia funcional metalingüística entre los ECD y la crítica del derecho. En otras palabras, ambos buscan, cada uno en su campo respectivo, llevar a cabo una reflexión crítica sobre la ideología y lo social y sobre las relaciones de dominación. Persiguiendo diferentes objetivos, pero con este importante hilo común, los ECD y el pensamiento crítico del derecho se pueden unir en un intento de comprender la dimensión ideológica del discurso jurídico y sus interrelaciones con otros discursos (como los medios o la política, por ejemplo).

Entendemos así que los ECD y la crítica del derecho pueden ayudar a combinar aspectos teóricos y metodológicos, así como aspectos empíricos y sociales, para la estructuración de una reflexión jurídica crítica más coherente con las configuraciones complejas de la sociedad contemporánea. Es decir, al preocuparse con el problema de la ideología y la dominación, los ECD proporcionan una herramienta teórica que puede proporcionar críticas jurídicas con un alcance significativo para el análisis empírico de ciertos problemas jurídicos y sociales.

IV. EL DERECHO DE BUEN HUMOR: IDEOLOGÍA, PREJUICIO E INJUSTICIA. ESTUDIO DE CASO

El presente caso, ocurrido en Brasil, involucra una demanda judicial contra el columnista Diogo Mainardi, al momento de los hechos vinculados a la publicación semanal de la revista “Veja”.³ Veja es una revista famosa

³ Veja es una importante revista brasileña. Según Sônia Benites, en *Veja*, “[...] el público está compuesto básicamente por lectores pertenecientes a las clases A y B (73%), es decir, potenciales compradores de productos y servicios, con un curso completo de grado (68%, de los cuales; 24% son posgraduados) y jóvenes (55% tienen entre 20 y 49 años). El hecho de que el 30% esté suscrito a la revista durante más de cinco años puede interpretarse como un indicio de que buena parte del público lector está de acuerdo con la formación ideológica de la revista”. Benites (2009, 9). Desde el punto de vista de la cognición social, se observa, por tanto, que la revista circula principalmente en la clase media alta brasileña, clase social en la que se concentran las personas con los mejores niveles de educación. Se puede suponer, con esto, que los temas y opiniones que porta la revista son producidos por esta clase a la vez que acaban por forjar la opinión de esta misma clase. Como su círculo de lectores es privilegiado, las opiniones que difunde esta revista se acaban extendiendo a la clase dominante en todo el territorio nacional.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

por el uso de la ironía en sus publicaciones, y, “aunque cargada de información, su texto está fuertemente impregnado de opinión, construida principalmente a través de adjetivos, adverbios y figuras retóricas” (Bennett 2007, 39). Tales recursos lingüísticos se utilizan, por regla general, para atacar a la izquierda brasileña, que es objeto de críticas recurrentes. “Veja”, en este sentido, puede considerarse una revista de derecha, con un equipo de periodistas muy organizado para mantener y difundir su ideología.

La propia opinión del editor sobre la revista retrata la parcialidad de la publicación. Como explica Benites (2009, 11), en su estudio sobre *Veja*, “[...] la declaración del editor de que la revista busca ‘poner los hechos en perspectiva y entenderlos mejor’ se puede interpretar como ‘poner los hechos en perspectiva y entenderlos de acuerdo con una determinada ideología’”. Vale la pena señalar, sin embargo, que las ideologías son inherentemente sociales, no personales o individuales. En este sentido, sirven para “definir” grupos y su posición dentro de estructuras sociales más complejas (Dijk 2008, 52). En otras palabras, el editor de “*Veja*” expresa una ideología que no es necesariamente suya, “personal”, sino una representación grupal, que es compartida socialmente. Por tanto, la ideología puede verse como un medio eficaz de controlar a las masas a través de los medios de comunicación. El discurso mediático, visto desde esta perspectiva, no debe ser considerado el “discurso mediático”, sino el “discurso de los grupos dominantes”, o, al menos, de la ideología de estos grupos, ya que en Brasil el monopolio de la información es restringido a unos pocos grupos empresariales.

Desde el punto de vista de los ECD, existen ciertos criterios teóricos establecidos para realizar análisis ideológicos. Por ejemplo, investigar cómo y cuándo los usuarios de idiomas hablan o escriben como miembros de grupos. Como se dijo antes, las expresiones ordinarias que indican algún tipo de polarización social, como “nosotros” y “ellos”, son un ejemplo típico de ideologías en el ámbito del discurso. Se agrega a expresiones como estas, que indican identidad, las actividades, valores, posición y recursos de un determinado grupo (2008, 60 y 61).

“*Veja*” nos parece, en este sentido, un ejemplo del mantenimiento discursivo de una ideología, en este caso, dirigida notablemente a la clase media brasileña. Para Daniela Villalta (2002, 13), en las funciones de determinar la agenda y producir consensos, “*Veja*” actúa como una especie

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

de “fábrica” de una ideología atribuida a las clases medias, “incluyendo el reforzamiento de sus prejuicios”. Es una publicación transmitida y dirigida a “élites simbólicas”, definidas por van Dijk (2012, 134) como “aquellas élites que literalmente tienen todo ‘que decir’ en la sociedad, así como sus instituciones y organizaciones, son ejemplos de grupos involucrados en el abuso de poder y dominación”.

Como se mencionó anteriormente, observaremos el caso de un famoso columnista de la revista “Veja”, Diogo Mainardi. Actualmente, Mainardi ya no forma parte del equipo editorial de esta revista, que sin duda fue el vehículo de comunicación que lo proyectó a nivel nacional, llevándolo incluso a otros medios, como la televisión. Mainardi es bien conocido en Brasil por sus críticas ácidas y, a menudo, irrespetuosas a quienes considera sus “enemigos” en el plano ideológico.⁴

Mainardi fue imputado en una acción civil pública, debido a un comentario realizado en 2005 en los medios. En el ordenamiento jurídico brasileño, esta acción es el medio procesal destinado para proteger intereses difusos, colectivos, derechos individuales y homogéneos (Barroso 2005, 116 y 117). Previsto en la Ley 7.347/85 y, posteriormente, en la Constitución Federal (1988, artículo 129), este instrumento judicial dispone que “cualquier persona puede y el servidor público debe provocar la iniciativa del Ministerio Público, informándole sobre los hechos que son objeto de la acción civil e indicando los elementos de la condena” (artículo 6o., Brasil 1985). Y eso es precisamente lo que sucedió, como veremos en la sentencia del 27 de junio de 2007. Según la redacción de la sentencia, el

⁴ Elegimos el caso de Mainardi principalmente porque es un tipo de periodismo contemporáneo extremadamente agresivo, prejuicioso y marcadamente ideológico. Es evidente su importante alcance en los medios de comunicación, lo que la convierte en una fuente peligrosa, en el sentido de difundir ideas que pueden fortalecer cada vez más la desigualdad, los prejuicios y la segregación social. A nivel ideológico, Mainardi tiene una serie de “enemigos” declarados, siendo Luís Inácio Lula da Silva, expresidente de Brasil, el mejor ejemplo de ello. Citamos la fascinación de Mainardi por Lula no por casualidad, sino para comprender qué pudo haber llevado a este periodista a pronunciar las palabras de prejuicio contra la población del Nordeste, que derivaron en una acción civil pública, cuya sentencia judicial será objeto de estudio aquí. El estrecho vínculo entre el expresidente Lula y el pueblo del Nordeste aparece, más claramente, cuando, en 2002, Lula derrota al candidato José Serra (PSDB) en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales. En esta ocasión, el 25% de los votos de Lula provino del Nordeste. En consecuencia, en las elecciones presidenciales de 2006 y 2010, el 33% de los votos de los candidatos del PT también provino del Nordeste. UOL, 2014.

Ministerio Público fue abordado, mediante un mensaje electrónico, “por un ciudadano bahiano [...], indignado con algunas consideraciones del periodista Diogo Mainardi en el programa ‘Manhattan Connection’ sobre personas del Nordeste” (Brasil 2007).

La acción contiene cuatro comentarios ofensivos de Mainardi, todos los cuales son objeto de la denuncia realizada por el citado ciudadano bahiano. En el primer comentario, Mainardi ataca al entonces presidente Luís Inácio Lula da Silva, afirmando lo siguiente: “(Lula) no es pragmático, es oportunista. El episodio de Pará ahora es muy claro. Quiero decir, una semana concede la exploración de madera, la próxima semana crea una gran reserva forestal como Alagoas, Sergipe, no sé... en esas “bandas” (lugares) dónde vienen. Esto es oportunismo” (Brasil 2007, 1).

El comentario ideológico, por mucho que se dirija a la persona de Lula, se dirige más claramente a esas “bandas” (lugares) definidos por Mainardi como “grandes reservas forestales” (el Nordeste brasileño). Rico en paisajes naturales, especialmente costeros, pero no tan desarrollado como el Sudeste, el Nordeste aparece definido por Mainardi como una especie de “reserva natural”. Sin embargo, se sabe que en la actualidad la región Nordeste no sólo está ampliamente habitada, sino también desarrollada, incluyendo grandes industrias, especialmente en la franja costera, como cualquier otra región del país.

La reproducción de chistes prejuiciosos como este de Mainardi es lo que mantiene vivo el prejuicio en otras regiones de Brasil hacia la gente del Nordeste. Cuando se propagan en los medios de comunicación, determinadas ideologías pueden sustentar y reproducir prejuicios, conflictos sociales, dominación y desigualdad. Según van Dijk, estos conflictos pueden involucrar cualquier tipo de interés y suelen aparecer a través de la polarización “nosotros” / “ellos”. Tal polarización es la base de muchos discursos ideológicos, siendo utilizada como una estrategia de autopresentación positiva y presentación negativa del otro (Dijk 1998, 62 y 63).

En este comentario de Mainardi —en un análisis léxico— esta polarización se explica con el siguiente enunciado: “(...) gran reserva forestal como Alagoas, Sergipe, no sé ... en esos lugares dónde vienen”. El sustantivo “bandas” se usa en el lenguaje popular para designar un lugar distante, vago, genérico y sin importancia. El pronombre “ellos” se refiere a los nordestinos, pero cuando se dirige a Lula, también se dirige a los políticos del PT. Sin embargo, el modelo de acontecimientos deja clara la

polaridad, así entendida: por un lado, “nosotros” (el periodista y una parte adinerada de la población que comparte su punto de vista), representantes del Sudeste de Brasil: ricos, desarrollados, industrializados y compuesto por la supuesta élite intelectual del país; por otro, “ellos”, las llamadas “grandes reservas forestales”, lugares subdesarrollados, donde reside la población más pobre y supuestamente más ignorante y desfavorecida.

El segundo comentario, citado por el ciudadano bahiano, aparece en la revista *Vêja*, del 19 de enero de 2005, cuando Mainardi, al referirse al presidente de Petrobras, José Eduardo Dutra, afirma entonces: “Dutra no tiene pasado comercial. Hizo una carrera como miembro del sindicato CUT y senador del PT por el estado de Sergipe. No sé qué es peor [...]” (Brasil 2007, 1).

Mainardi no dirige aquí sus críticas sólo al estado de Sergipe, sino también al hecho de que Dutra es sindicalista de la Central Única dos Trabalhadores (CUT) y senador por el PT. El problema no radica, por tanto, sólo en su prejuicio contra el estado brasileño de Sergipe, sino con el PT y la CUT, que tienen una fuerte conexión histórica entre sí, ya que ambos representan todo lo que la derecha brasileña más aborrece: el expresidente Lula, y la clase más pobre de Brasil, que se benefició de la creación de varios proyectos sociales a lo largo de los mandatos de Lula y Dilma. De nuevo aquí es necesario recurrir a la cognición mental, para identificar las sutilezas del discurso.

El tercer comentario, a su vez, fue dirigido a la población de la ciudad de Cuiabá, Mato Grosso, momento en el que el periodista dijo: “Su principal artista (de la ciudad de Cuiabá) es el comediante Liu Arruda. Además de protagonizar la memorable campaña publicitaria de Supermercado Trento, Liu Arruda también se hizo conocido por interpretar personajes como Creonice y Comadre Nhara [...]. No me gusta presumir, creo, sin embargo, que fui la noticia más emocionante en Cuiabá en los últimos 20 años” (Brasil 2007, 1 y 2).

En este caso, parece más un comentario egocéntrico —en el que Mainardi descarta a un artista local relativamente desconocido nacionalmente— que un comentario prejuicioso u ofensivo. Sin embargo, es en una nota a pie de página que el procurador de la República destaca un extracto de la crónica de Mainardi. Este es el cuarto comentario que aparecerá en la sentencia judicial, marcado por el prejuicio y la ofensa: “El *Diário de Cuiabá* realizó una encuesta con la población local sobre los aspectos más

representativos de la ciudad. Su plato típico es la mojica de pescado pintado. Su música tradicional es rasqueado. Su edificio histórico más relevante es el Mercado do Peixe. Su mayor figura deportiva es Jorilda Sabino, segunda en la carrera São Silvestre de 1984. Su mayor celebridad es Jeje de Oya, columnista social «negro, pobre, homosexual» (Brasil 2007, 2).

Aquí se hace evidente no sólo la “supremacía paulista”, sino también el prejuicio en relación con el color, el estatus social y el sexo por parte del periodista. Los límites de la crítica se trascienden y alcanzan la forma temible del prejuicio. Es decir, estas creencias y opiniones ideológicas reflejan el prejuicio de Mainardi contra las minorías. El prejuicio, según van Dijk (1984, 129), se define no sólo por su “contenido”, sino también por una forma o estilo de pensar o evaluar, es decir, por estrategias de procesamiento de información social sobre grupos. Además, no parece demasiado señalar que la legislación brasileña trata como delito la práctica, inducción o incitación a la discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional, con pena de prisión de uno a tres años y multa (Brasil 1989).

En este contexto de prejuicio, para comprender mejor la referencia de Mainardi al Jeje de Oya, notamos que esta mención se estructura, desde un punto de vista lingüístico, a partir de una estrategia conocida en los estudios lingüísticos como (sobre)generalización [(*over*)generalization]. Según van Dijk, las personas describen aspectos de una sola experiencia, es decir, de un modelo particular, con el objetivo de aumentar la validez y la utilidad cognitiva de las evaluaciones étnicas. Esto ocurre al generalizar un modelo al esquema de un grupo más general. En este sentido, ciertas propiedades de los participantes individuales se toman como propiedades de todos los miembros del grupo, o incluso de todas las situaciones étnicas (Dijk 1984, 129). Es decir, el periodista cita al Jeje de Oya como un ejemplo de un hombre negro portador de ciertas “propiedades”, vistas como “negativas” por la clase media blanca, masculina y heterosexual, a la que Mainardi aborda en sus escritos: pobre y homosexual.

El análisis léxico de este comentario arroja luz sobre el prejuicio contra la población negra, en la medida en que no se alude comúnmente, al menos no en suelo brasileño, a los “blancos” como “pobres” y “homosexuales” juntos. Mainardi, por lo tanto, buscó reemplazar la expresión popular brasileña prejuiciosa “preto, pobre y putó” por “negro, pobre, homosexual”, quién sabe, si con el objetivo de no ser acusado de pre-

juicioso, usando expresiones que serían “más correctas” para los medios de comunicación. Sin embargo, al analizar contextualmente la crítica de Mainardi, la carga de prejuicio impresa en sus palabras parece innegable.

Por otro lado, según van Dijk, también puede suceder lo contrario, es decir, determinadas propiedades generales atribuidas al grupo, o a un prototipo representante del grupo, pueden particularizarse para un solo individuo o evento. Esta característica suele aparecer en conversaciones y movimientos como la generalización y la ilustración, tal como lo hizo en el episodio de Mainardi. Sin embargo, esto sólo se aplica a la alusión a las propiedades negativas de las minorías (Dijk 1984, 129). Lo que vemos, por tanto, en el caso, es precisamente la práctica de la persecución y discriminación por orientación social, racial, sexual y un claro ataque a una cultura.

Por tanto, trajimos estos cuatro comentarios, para analizar, en adelante, los argumentos del juez. Sin embargo, antes de pasar a analizar la argumentación, parece necesario subrayar que la sentencia es un acto judicial complejo, en el que el juez, con base en los hechos y en la ley, responde a la solicitud del demandante, mientras analiza la resistencia de la oposición al imputado en defensa. Vista desde esta perspectiva, la sentencia judicial es un proceso argumentativo que involucra al menos estos tres polos. Sin embargo, la sentencia que analizaremos no “obedece” a algunas restricciones del contexto social y lingüístico en el que se encuentra el género textual sentencia. Es una sentencia que tiene marcas de habla oral, más como un diario personal, o un “diario de viaje” del juez. También se observa que su línea argumentativa se basa en sus convicciones ideológicas más íntimas, abstrayéndose de toda la racionalidad jurídica que se espera de una decisión judicial. Tales convicciones comienzan a aparecer con mayor claridad en el análisis de mérito de la decisión, a partir de lo cual comenzaremos nuestro estudio.

Según el juez federal Ricardo C. Mandarino, responsable de juzgar el caso: “La decisión de mérito resultará del análisis de las pruebas, donde será necesario una gran dosis de subjetivismo responsable para que el juez pueda establecer su convicción de manera justa, imparcial y equilibrada” (Brasil 2007, 3).

Este es un análisis de mérito que ya empieza mal, ya que el “subjetivismo responsable” no es un criterio de decisión en el ámbito jurídico. La actividad hermenéutica es una actividad regulada, como explica Ma-

nuel Calvo García. El jurista, al realizarla, no puede, por tanto, actuar de forma arbitraria, por lo que, si quiere que su interpretación sea aceptada, debe justificar claramente la solución elegida aportando “argumentos hermenéuticos fuertes”, así como utilizando criterios interpretativos de uso generalizado dentro de la cultura jurídica en la que se inserta (Calvo García 2002, 182). El “subjetivismo responsable”, por tanto, no es un criterio interpretativo, siendo lo que debemos combatir en el ámbito judicial, bajo pena de fortalecer la arbitrariedad y el solipsismo judiciales (Menna Barreto, 2011).

El subjetivismo al que se refiere el magistrado puede ser considerado una “condición retórica de significación”, utilizado para persuadir, para generar (auto)convencimiento, siendo dicha persuasión realizada a partir de una operación de reconocimiento ideológico (Warat 1994, 117). Es decir, al plantear que se utilizará el “subjetivismo responsable” para asentar su convicción de manera “justa, imparcial, equilibrada”, Ricardo Mandarinero cae en un hábito de significación propio del “Sentido Común Teórico Jurídico” (SCTJ). El “subjetivismo responsable” consiste, por tanto, en una “ilusión epistémica” del propio juez, utilizada para enmascarar la dimensión ideológica de su propia decisión.

En efecto, el juez debe decidir el caso de acuerdo con el principio que hará que su práctica sea la mejor posible. Por tanto, no le corresponde al juez inventar o crear nada, sino interpretar legalmente los argumentos presentados, para descubrir cuáles son los estándares que mejor expresan la comunidad y qué argumentos cumplen mejor el principio de igualdad (Kozicki 2012, 42 y 43). Por tanto, la indicación de que la metodología adoptada es el “subjetivismo responsable” se caracteriza, en este caso, como un lamentable dispositivo retórico, o condición retórica de sentido, dirigido únicamente a una (no) justificación de la decisión judicial. La impresión que uno tiene al leer la sentencia es que el juez escribió este “concepto” solo para cumplir con su deber de motivar, pero lo hizo a su cuestionable manera. La dimensión ideológica se hace evidente con esto, pues él mismo crea una “metodología” que sólo existe en su propia cabeza y busca encontrar arbitrariamente una legitimidad para justificar sus acciones, en un claro intento de mantener el poder de una determinada ideología de clase sobre el otro.

Habiendo examinado las preliminares, el juez Ricardo Mandarinero pasó al mérito, reconoció que el asunto debe ser examinado con “la máxi-

ma cautela”, ya que plantea la discusión —reconoce el magistrado— sobre el tema del prejuicio y la discriminación, que siempre han estado presentes en las regiones más desarrolladas frente a las menos desarrolladas. Sin embargo, advierte Mandarinó, esto “se está quedando atrás”, ya que, “en un pasado no muy lejano eran comunes chistes de mal gusto contra negros, nordestinos, gauchos, etc. Cada vez más, sin embargo, existe una cierta intolerancia hacia cierto tipo de manifestaciones prejuiciosas, lo cual es altamente positivo para el consuelo emocional de las más variadas comunidades que componen la nación brasileña” (Brasil 2007, 4).

Es de destacar el hecho de que el juez reconoce un supuesto cambio en la cultura brasileña, en el sentido de sensibilizar a la población sobre la discriminación y el racismo. Con eso, uno esperaría que el magistrado le indicara a la comunidad jurídica los problemas en las opiniones expresadas por el periodista y, es más, uno esperaría que el magistrado condenase al periodista, ya que su discurso es explícitamente prejuicioso. Pero, eso no es lo que sucederá en la decisión.

En relación con los temas semánticos macroestructurales, es a partir de este punto de la sentencia, entonces, que comienza la “saga”, o “diario personal”, del juez. Como se indicó, esta no es una sentencia legalmente argumentada y motivada, sino un mero conjunto de relatos de experiencias personales que, por mucho que encuentren algún tipo de conexión con el episodio que involucró a Mainardi, de ninguna manera fundamentan la decisión.

Desde un punto de vista hermenéutico, Giuseppe Zaccaria advierte sobre el peligro de que la interpretación sea subjetiva y arbitraria en contextos fuertemente pluralistas, como en el que vivimos. Para el jurista italiano, tal interpretación puede aparecer como expresión de determinadas instancias y valores que se imponen con fuerza, aunque sin las motivaciones adecuadas. Esto ocurre por la resistencia del intérprete a aceptar la lasitud inherente a un enfrentamiento intersubjetivo articulado. Así, la justicia se reduce a una mera formalidad, prácticamente sin sentido, dando lugar a la emergencia de un derecho intrínsecamente injusto (Zaccaria 2004, 225), como se desvela en este caso.

En este contexto, tampoco debemos olvidar, según Nagibe Jorge Neto (2017, 266), que la fundamentación de la decisión judicial debe sustentarse en argumentos racionales, fundamentados en razones jurídicas objetivas, razones que no están justificadas por las “opciones subjetivas” del

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

juez. Por tanto, dichas razones deben ser susceptibles de ser entendidas, compartidas y refutadas no sólo por las partes del proceso, sino también por la propia comunidad jurídica.

Por tanto, prosigue la sentencia, con el intercambio de vivencias personales, es decir, vividas por el mismo Mandarin: “Yo mismo he tenido algunas experiencias, que serían extremadamente desagradables, si no las hubiera tomado con cierto buen humor” (Brasil 2007, 4).

Sabemos que las decisiones judiciales no siempre consiguen deshacerse del carácter personal, por lo que no se puede decir, con base en esto, que no haya imparcialidad en la decisión. Como observó Fritjof Haft (2002, 322), “[...] es inevitable que una parte de la decisión sea estrictamente personal, lo que, según la ‘precompresión’ de cada uno, puede considerarse tanto actividad creativa como arbitrariedad”. En este caso, entendemos, sin embargo, que además de un “carácter estrictamente personal”, o “creativo”, hay un argumento vacío, que sólo pretende enmascarar la orientación ideológica del magistrado. Se trata, por tanto, de argumentos que no exponen legalmente su motivación, creando un espacio argumental vacío en el que el juez escapa a los deberes funcionales de su rol.

En el extracto anterior, la estructura formal presentada resalta la cuestión pragmática del discurso del magistrado: el uso de la primera persona no sólo resalta una experiencia personal, y en este caso, podría ser una estrategia de aproximación, de sentimiento de solidaridad, para con la gente del Nordeste. Sin embargo, la oración condicional “si no los hubiera tomado con una buena dosis de buen humor” muestra aquí una especie de acto ilocutivo, en el que el juez aconseja al lector que no se tome en serio los comentarios prejuiciados. El buen humor del juez ya demuestra, en un principio, cierto tipo de afinidad con el discurso de Mainardi, que es un discurso deliberadamente humorístico. Mandarin, de Salvador (Bahía), relata en su sentencia una “carrera de taxis” que pasó en Río de Janeiro, en la que el taxista expresó su prejuicio acerca de: “hijos de bahianos, cuyos padres fueron a buscar la vida en un centro más grande y no supieron educar a sus hijos” (Brasil 2007, 4).

El juez dice que no se sintió ofendido por el comentario prejuicioso del taxista. En esta parte, hay una idea en el argumento del juez que muy bien podría resumirse de la siguiente manera: “Si yo, juez, no me siento ofendido por estos comentarios, ¿quiénes son los habitantes del Nordeste que se sentirán ofendidos por las opiniones de Mainardi”? Ahora bien,

por muy prejuiciadas que puedan ser tales opiniones, para el modelo de acontecimientos evidenciado en el comentario de Mandarin, no son más que un punto de vista “humorístico” de personas bien informadas. Por tanto, prosigue el juez, diciendo: “He escuchado, leído, manifestaciones de prejuicios contra los nordestinos, incluso de formadores de opinión. Paulo Francis, una vez, en *Jornal da Globo*, llegó a afirmar que los nordestinos eran una sub-raza. Seguí escuchándolo, porque él era bien informado. Cuando decía disparates como esos, me divertía” (Brasil 2007, 4).

Es necesario destacar aquí el acto ilocutivo empleado por el magistrado y evidenciado a través de las proposiciones “seguí escuchándolo, porque él era bien informado. Cuando decía disparates como esos, me divertía”. A partir de estas proposiciones, nuevamente descritas en primera persona, intenta movilizar a toda la comunidad afectada, aconsejando y sugiriendo que tengan tolerancia y buen humor ante los comentarios prejuiciosos, si provienen de personas con buena formación educativa.

Además, nos damos cuenta de que el juez, por jugar un rol social relevante, trata de movilizar a toda la comunidad —aquí señalada por la generalización “la gente del Nordeste”—, porque si él, Mandarin, del Nordeste, no se ofendió por tales comentarios, la gente del Nordeste tampoco debería ofenderse. Así, las ofensas de Mainardi son interpretadas por el modelo mental del juez de la siguiente manera: si él, el juez, quien tiene autoridad y poder, no se sintió ofendido por estos comentarios, ¿por qué la gente común, sin poder, desempeñando un papel de menor prestigio social, se ofende?

Así, Mandarin pone su opinión por encima de las demás, indicando que es una especie de “representante del pueblo nordestino”, sobre todo en el caso que involucra a Mainardi, y que esta población debe estar sujeta a tales comentarios y compartir la misma opinión de este magistrado, reaccionando con “una buena dosis de buen humor” a lo que él llama “disparates”, como los “disparates” (*bobagens*) que dijo Francis al llamar “sub-raza” a la gente del Nordeste. Por otro lado, es interesante notar el uso y significado del adjetivo “disparate” para clasificar los comentarios prejuiciados de los dos periodistas; el uso de tal atributo caracteriza erróneamente, a juicio del juez, la seriedad y malicia en los discursos de los periodistas. Y esta atenuación de la gravedad de las infracciones es el foco que dictará toda la línea de razonamiento que el juez mantendrá en la sentencia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

Se observa que el juez es consciente de que estas opiniones son pre-juiciosas y ofensivas, pero, para él, deben ser pasadas por alto, ya que son simplemente “disparates”, para entretener al público. De la misma manera, para el magistrado, estos puntos de vista no deslegitiman la autoridad de estos periodistas, ya que los califica de “bien informados” y, por tanto, de tener autoridad suficiente para decir “disparates” a quienes quieran. Sin embargo, el peligro de escuchar ciertos “disparates” de “personas bien informadas” como estas, radica en el hecho de que son personas populares e influyentes, es decir, como reconoce el propio juez, “formadores de opinión”.

Sobre este punto, vale la pena plantear la siguiente pregunta: ¿afirmar que los pueblos del Nordeste son una “sub-raza”, según el vil entendimiento de Francis, puede considerarse algo “divertido”? Entendemos que palabras como estas sólo fortalecen aún más la segregación racial existente, reforzando las disparidades sociales brasileñas. Mandarinó parece ignorar el hecho de que, por ser figuras públicas, sus opiniones tienen un gran impacto en la formación de la opinión de sus lectores. Lectores que muchas veces no se perciben a sí mismos como víctimas de manipulación, pues generalmente son incapaces de comprender las verdaderas intenciones, o incluso las consecuencias de las creencias y acciones que defienden quienes los manipulan (Dijk 2006, 361). Además, no hay que olvidar que la adquisición de conocimientos y la formación de opiniones sobre una parte significativa de los acontecimientos mundiales parecen basarse, a gran escala, en el discurso periodístico de la prensa y la televisión, compartido por millones de personas a diario (Dijk 1989, 44 y 45).

Citando como ejemplo al expresidente brasileño Fernando Collor (de origen nordestino), su proceso de *impeachment* y el prejuicio de los medios con sus raíces, Mandarinó reconoce que el objetivo mediático, en ese momento, eran, repetidamente, las mismas personas nordestinas. Citando, además, episodios con el senador Antônio Carlos Magalhães en el estado de Bahía, al que los medios de comunicación se refieren como “soba”, es decir, como un “maestro de tribu africana”, el juez reconoce así fácilmente que: “este tipo de visión deformada nunca se desvía de los nordestinos en la visión prejuiciada de sectores de los medios” (Brasil 2007, 5).

Del análisis léxico y sintáctico del pasaje anterior, se desprende que el magistrado es consciente de que los medios tienen una “visión prejuiciada” y que este tipo de “visión deformada”, como admitió el propio juez,

“nunca se aparta de los nordestinos”. Llama la atención el uso del adverbio “nunca”, es decir, no sólo en el modelo de acontecimiento del juez hay una cierta conciencia del prejuicio mediático contra los nordestinos, sino que, además, a su juicio, no cesará la reiteración de este prejuicio propagado por los medios. Aquí se identifica la difusión mediática del prejuicio, y también una especie de conformidad con esta situación.

Continuando con su lista de ejemplos de prejuicios mediáticos, Mandarinino incluso menciona un informe de la propia revista *Veja* (que también fue acusada, junto con *Mainardi*) que involucraba la elección de candidatos del Nordeste: “La revista *Veja*, en un informe extremadamente infeliz, ridículo y prejuicioso, identificó a los políticos electos como los nuevos coroneles” (Brasil 2007, 5).

El magistrado reconoce, por tanto, que la revista difunde ideas prejuiciosas contra los nordestinos, definiendo el informe como “infeliz, ridículo y prejuicioso”. Es decir, utiliza sólo adjetivos negativos para calificar ese reportaje. Dados los ejemplos mediáticos, cualquier lector de la sentencia fácilmente creería que el juez estaba construyendo una línea argumentativa que lo llevaría a condenar a los acusados, sin embargo, eso no es lo que sucederá.

Es interesante notar que el propio magistrado, movido por las restricciones comunicativas del contexto de interacción en el que se encuentra involucrado (decisión judicial), reconoce que ha superado los límites que restringen la situación comunicativa. Es importante señalar que cuanto más formal sea un género textual, menos libertad estilística, de contenido y creativa tendrán los interlocutores que participen en la interacción comunicativa. Sin embargo, Mandarinino reconoce el hecho de haber “violado” las reglas que rigen el género textual sentencia judicial y presenta la siguiente justificación para ello: “dejé aparentemente el objeto de la acción, para ilustrar, con ejemplos, algunos históricos, otros vívidos personalmente, en un intento de demostrar la razonabilidad de toda la discusión, el sentido de la demanda, la sensibilidad del procurador de la República Paulo Guedes al traer al debate, un tema de suma importancia para las víctimas brasileñas del prejuicio (Brasil 2007, 5 y 6).

La estrategia utilizada por el juez de ejemplificar los casos de prejuicio tiene como objetivo concienciar a sus lectores de las víctimas que han sufrido discriminación social, para que, quién sabe después, paradójicamente, ellos también puedan ser sensibles a *Mainardi*. Además, pretende

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

justificar la “razonabilidad” de los argumentos presentados por el Procurador de la República que suscribía la acción civil pública contra Mainardi. Esta estrategia de sensibilizar al lector tiene como objetivo llevarlo a compartir el mismo punto de vista defendido por el juez, ya que él mismo fue víctima de este tipo de prejuicios y no tomó ninguna medida, salvo tomar las ofensas con su “buen humor”, atenuando el tono agresivo al considerarlos meros “disparates”. Así, el magistrado no sólo prueba que sufrió discriminación, sino que la gente del Nordeste sufre reiteradamente la discriminación por parte de los medios de comunicación que se encuentran en el Sudeste brasileño.

Con eso, el magistrado demuestra que realmente hay razones —o, en sus palabras, “razonabilidad”— para llevar el asunto al campo legal, que él mismo reconoce como “de la mayor importancia para las víctimas brasileñas del prejuicio”. Es interesante notar el significado de esta estructura: a juicio del magistrado, el tema de la acción interpuesta por el Ministerio Público es “de suma importancia para las víctimas”. Cabe recordar que los diversos ejemplos planteados por el magistrado demuestran que él también, aunque magistrado, fue víctima y que, por lo tanto, este tema también sería relevante para el juez.

Con base en estas premisas, Mandarinó luego reconoce que hubo prejuicio en algunas de las manifestaciones del periodista y, con ello, legitima la acción que el Ministerio Público inició contra el periodista. Así, el juez identifica: “Un atisbo de prejuicio del imputado en algunas de sus manifestaciones, también identifiqué, por otro lado, que su estilo literario es sumamente ácido, inteligente y lo hace básicamente cuando comenta sobre políticos, especialmente los del PT [...]” (Brasil 2007, 6).

Ahora, incluso enfatizando que no está de acuerdo con todo lo que escribe Mainardi, lo cierto es que el juez defiende abiertamente, en la sentencia, su simpatía por el imputado y sus “ácidos” y “inteligentes” —por no decir ofensivos— comentarios políticos. Es decir, al coincidir con la legitimidad de los argumentos del Ministerio Público y entender que Mainardi tiene un “estilo” periodístico diferente, podríamos considerar que el magistrado está sopesando ambos lados y está siendo imparcial. Sin embargo, esto no es lo que se percibe. La parcialidad del juez se puede ver exactamente en el momento de esta consideración, cuando coloca al demandante y al acusado uno al lado del otro, tratando de demostrar su imparcialidad. Al elegir adjetivos para calificar el estilo del acusado (“in-

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1053-1085.

teligente”), el juez ya demuestra, con este movimiento de encapsulación, que su opinión está formada y de qué lado se posiciona.

También cabe mencionar la calificación del estilo periodístico de Mainardi para justificar el punto de vista del juez. El magistrado califica el estilo de Mainardi como “literario”, extremadamente ácido e inteligente. Por ser “literario” (es decir, artístico), permitiría una interpretación ambigua, no literal, lo que legitimaría una interpretación de que los comentarios prejuiciosos no son precisamente dañosos, sino que son sólo parte del “estilo del autor”. Así, al clasificar el estilo periodístico de Mainardi como literario, el juez legitima su discurso a través de una licencia poética, lo que otorga a los artistas una mayor libertad de expresión. Visto así, el juez saca al periodista del contexto mediático y lo inserta en el campo de la literatura.

Además, el adjetivo “ácido” asociado al adverbio “extremadamente”, reitera la idea de que los comentarios ofensivos son sólo fuertes y no están imbuidos de tono malvado u ofensivo hacia la gente del Nordeste. Y para coronar la calificación y superar las ofensas, el juez todavía dice que los comentarios son “inteligentes”. De esta forma, Mandarinno parece reconocer cierto tono de veracidad en las ideas del periodista, demostrando que comparte su punto de vista. Sin embargo, tan curioso como contradictorio es el hecho de que Mandarinno sea del Nordeste y legitime los prejuicios contra su propia gente.

En una abierta defensa de las ironías de Mainardi, Mandarinno explica cómo cree que el periodista puede haber sido sólo irónico, aunque “cree de verdad” que esto es sólo una “mera posibilidad”: “puede haber sido y puede no haber sido”, concluye el juez con un argumento débil. Mandarinno intenta sopesar el hecho de que Mainardi se sobrepasa en su comentario, sin embargo, es posible que esta ponderación también sea sólo un recurso retórico para mitigar su desfavorable decisión al Ministerio Público. Para el magistrado, el problema de los diversos comentarios del periodista sobre la región Nordeste no es prejuiciado (dañoso, sectario, racista), sino resultado del desconocimiento de la región y de la gente de allí. Así, el juez concluye diciendo: “Por tanto, si el señor Diogo Mainardi dijo que no conoce la geografía nordestina es porque, en realidad, no la conoce. No hay prejuicio en esto que pueda causar daño. El prejuicio, si lo hay, se debe al desinterés, al desprecio de quienes se creen intelectualmente superiores. El

daño es sólo el propietario del perjuicio. No estoy diciendo, con eso, que sea su caso. Él debe saber” (Brasil 2007, 7).

Es impresionante cómo el juez mueve su argumento, ignorando por completo los puntos donde realmente hubo una ofensa contra nordestinos y cuiabanos, resaltando que el problema de Mainardi es un supuesto desconocimiento de la geografía brasileña, el país en el que reside. En la negación: “No hay prejuicio en esto que pueda causar daño”, el pronombre anafórico “en eso” se refiere al desconocimiento geográfico del periodista y no a los delitos ya descritos y analizados anteriormente, estos que fueron completamente ignorados en su sentencia.

El juez, al argumentar sobre el supuesto desconocimiento geográfico de Mainardi, tiende a criticarlo, como se desprende de la afirmación: “El prejuicio es sólo el del dueño del perjuicio”. Por otro lado, la expresión “dueño del perjuicio” denuncia que el juez reconoce no sólo el posible tono prejuicioso del periodista, sino las verdaderas víctimas del perjuicio. Sin embargo, en la siguiente frase: “No digo, con eso, que sea su caso. Él es el que debe saber”, niega, y, pronto, anula la crítica expresada en la sentencia anterior, que está juzgando a Mainardi, reiterando que eso debe hacerlo el propio periodista en un “análisis de conciencia”.

Cuando el juez comenta la posición de Mainardi en relación con el estado de Sergipe, es interesante observar la posición del magistrado, ya que desconoce que hubo un delito contra el estado, pero reconoce que hay un delito contra el PT. Cabe llamar la atención sobre lo destacado del propio juez “La infracción fue para el PT, subrayar de nuevo”. En otras palabras, en opinión del magistrado sólo el PT se sintió ofendido. Así, se puede inferir, desde el punto de vista del magistrado, que ofender a Sergipe sería grave, pero se permite ofender a un partido político de izquierda, lo que sólo muestra el predominio de la ideología del juez en este caso.

Al final de la sentencia, Mandarinó dejará claro que es un abierto admirador del trabajo de Mainardi, lo que ya muestra la falta de observancia de uno de los principios fundamentales del proceso: el de la imparcialidad del juez. Estar tan abiertamente sesgado sólo apunta a una de las muchas debilidades del sistema judicial brasileño.

El tono coloquial y las marcas de oralidad de la frase son un indicio de que Mandarinó tiene un tono casi periodístico. Entendemos que este tono humorístico y coloquial, despreocupado de las formalidades legales, es una forma de acercarse al imputado y ganarse su simpatía. Hacer el

discurso jurídico más accesible al lenguaje del periodista es una estrategia para mostrar que el juez es un admirador del columnista y que el derecho puede ser un “amigo” de los periodistas y de la libertad de expresión, aunque atenten contra la dignidad de una parte de la población.

El tono cordial del magistrado hacia el periodista se percibe en ciertos modos de construcciones enunciativas. En primer lugar, cuando dice: “siempre que me den, asegúrate de que él [Mainardi] pueda decir lo que piensa”, lo que se puede definir como *comportamiento elocutivo* (Charaudeau 2009, 82 y 83), es decir, el hablante (magistrado) ejerce una relación consigo mismo, en el que manifiesta su punto de vista interno, comprometiéndose en una promesa de defensa del acusado (Mainardi).

Tal pasaje de la sentencia sugiere al lector la idea de que el juez no sólo es un admirador del columnista, sino que lo defenderá (y no lo juzgará) siempre que pueda. En otras palabras: el juez, siempre que se trate de Mainardi, será parcial. La defensa de la libertad de expresión del periodista puede entenderse y justificarse por el hecho de que el juez, a pesar de ser del Nordeste, comparte la opinión de Mainardi, idea que se ve reforzada por la declaración abierta de que el juez sigue las publicaciones del periodista. Queda claro que la defensa de la democracia por medio de la garantía de la libertad de expresión se confunde con los intereses personales y la ideología del juez y con la admiración de las ideas del columnista. Además, el “subjetivismo responsable” mencionado anteriormente por el magistrado no lo llevó a la imparcialidad, sino a la parcialidad, dañando uno de los principios más caros para la magistratura.

Finalmente, cabe señalar que el juez también utiliza otra forma de construcción enunciativa, mediante la cual habla directamente a Mainardi, ejerciendo una relación de influencia entendida como un *comportamiento alocutivo* (Charaudeau 2009, 82 y 83), desde la cual el juez alienta al acusado a aceptar la su invitación para visitar Sergipe: “Por mi parte, mientras me complace, seguiré viendo *Manhattan Connection* y leyendo las crónicas del Sr. Diogo Mainardi y, siempre que me las den, me aseguraré de que pueda decir lo que piensa. Es lo que importa. Aprovecho esta oportunidad y te invito, si aún no lo has hecho, a visitar Sergipe. No te arrepentirás” (Brasil 2007, 8).

Con base en esto, el juez excluye a Globo Comunicación y Participaciones S. A. del reclamo del imputado y, en relación con los otros imputados, declara la solicitud judicial infundada —originalmente dictada por

el monto de R\$ 200.000,00 (doscientos mil reales)—. Con este análisis creemos que fue posible percibir que Mainardi y su juez aparecen estrechamente vinculados en el proceso por una especie de “vínculo ideológico”. Y no hay intentos por parte del magistrado de encubrir y ocultar su vínculo ideológico con el acusado. Dado que su simpatía por las opiniones de Mainardi es clara, la decisión de este juez sólo tiene estímulos para que el periodista desprevenido reitere sus críticas siempre que sea posible.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En este estudio, los ECD de Teun A. van Dijk se presentaron como un marco teórico-lingüístico privilegiado para la actualización de la crítica del derecho. Esta actualización condujo a la elaboración de una “crítica lingüística del derecho” (Menna Barreto 2019), un espacio teórico-metodológico diferenciado para detectar y exponer las ideologías y sinuosidades del discurso jurídico en sus recurrentes estrategias de manipulación y dominación social.

En este nuevo espacio teórico-crítico, la denuncia de la función ideológica que subyace en la base de determinadas prácticas sociales y jurídicas es de suma importancia, ayudando a imponer límites al ejercicio del poder en el ámbito legal. Los jueces, al hacerse eco de los contenidos difundidos por el discurso mediático, como en el caso estudiado, se distancian de la racionalidad propia del discurso judicial. De la misma forma, hieren principios que orientan sus acciones, como el principio de imparcialidad judicial, por ejemplo. Aunque bajo el argumento dogmático de la imparcialidad, jueces intentan ocultar sus preferencias, simpatías e ideologías, cuando no se desvinculan de la ley y basan sus propias decisiones en razones más personales que legales.

El ejercicio del poder social presupone la existencia de una estructura ideológica. Esta estructura está formada por cogniciones fundamentales, socialmente compartidas, siendo posible observarla a través del discurso. Al reconocer en este estudio la convergencia ideológico-discursiva entre derecho y medios, podemos ver cómo el compartir una misma ideología resulta, por ejemplo, en el alejamiento de la racionalidad que normalmente se espera del discurso jurídico.

VI. REFERENCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. 2005. "A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e alguns aspectos da Class Action Norte Americana". *Boletim Científico ESMPU*. Brasília, año 4, núm. 16, 111-140, julio-septiembre. <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005>, acceso: 14 de janeiro de 2018.
- BENETTI, Márcia. 2007. "A ironia como estratégia discursiva da revista *Veja*". *Libero-Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Casper Libero*, año X, núm. 20, 37-46. <http://seer.casperlibero.edu.br/index.php/libero/article/view/632>, acceso: 20 de dezembro de 2017.
- BENITES, Sônia Aparecida Lopes. 2009. "A face do Brasil mostrada nas citações da revista *Veja*". *Polifonia*. Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem, Universidade Federal do Mato Grosso, vol. 16, núm. 19, 1-28. <http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/polifonia/article/view/977/755>, acceso: 22 de dezembro de 2017.
- BITTAR, Eduardo C. B. 2006. *Linguagem Jurídica*. São Paulo. Saraiva.
- Brasil. Ação Civil Pública. 2007. Processo 2007.85.00.000415-6. Sentença Tipo A. Ministério Público Federal, Réu(s): Diogo Briso Mainardi, Globosat Programadora Ltda. Editora Abril. Globo Comunicação e Participações S/A. Sentença. Aracajú, 27 de junho.
- Brasil. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm, acceso: 14 de janeiro de 2018.
- Brasil. 1985. Lei 7.347 del 24 de julho. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm, acceso: 15 de janeiro de 2018.
- Brasil. 1989. Lei 7.716, del 5 de janeiro. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm, acceso: 17 de janeiro de 2018.
- CALVO GARCÍA, Manuel. 2002. *Teoría del derecho*. 2a. ed. Madrid. Tecnos.

- CÁRCOVA, Carlos María. 1991. "Prólogo". Marí, Enrique E. *et al.*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- CARNAP, Rudolf. 1969. *The Logical Structure of the World*. Berkeley. University of California Press.
- CHARAUDEAU, Patrick. 2009. *Linguagem e Discurso: modos de organização*, trad. de Angela M. S. Corrêa e Ida Lúcia Machado. São Paulo. Contexto.
- CONLEY, John M. y O'BARR, William M. 1998. *Just Words, Law, Language and Power*. Chicago. The University of Chicago Press.
- DIJK, Teun A van. 1997. "El análisis del discurso social". Gialdino, Irene V. de. *La construcción de representaciones sociales, discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*. Barcelona. Editorial Gedisa.
- DIJK, Teun A. van. 2006. "Discourse and Manipulation". *Discourse & Society*, 17 (2), 359-383. London. SAGE Publications.
- DIJK, Teun A. van. 2008. "El discurso como interacción en la sociedad". DIJK, Teun A. van (comp.). *El discurso como interacción social, Estudios sobre el discurso II: Una introducción multidisciplinaria*. Barcelona. Gedisa.
- DIJK, Teun A. van. 1989. "Structures of discourse and structures of power". ANDERSON, J. A. (ed.). *Communication Yearbook 12*, 18-59. Newbury Park. CA, Sage.
- DIJK, Teun A. van. 1995. "Ideological Discourse Analysis". *New Courant*. English Dep. University of Helsinki. núm. 4.
- DIJK, Teun A. van. 1998. "Opinions and Ideologies in the Press", Paper Round Table on Media Discourse, Cardiff, July 08-10, 1995. BELL, Allan y GARRETT, Peter (eds.). *Approaches to Media Discourse*, Oxford. Blackwell.
- DIJK, Teun A. van. 1984. *Prejudice in Discourse: An Analysis of Ethnic Prejudice in Cognition and Conversation*, Amsterdam & Philadelphia. J. Benjamins Co.
- DIJK, Teun A. van. 2012. *Discurso e poder*. 2a. ed. São Paulo. Contexto.
- DIJK, Teun A. van. 2005. *Discurso, Notícia e Ideologia: estudos na Análise Crítica do Discurso*, trad. de Zara Pinto-Coelho. Coleção Comunicação e Sociedade. Porto. Campo das Letras.
- DIJK, Teun A. van. 1985. "Introduction: Levels and Dimensions of Discourse Analysis". DIJK, Teun A. van (ed.). *Handbook of Discourse Analysis* (C3), vol. 2, 1-11.

- FAIRCLOUGH, Norman. 2002. "Critical discourse analysis as a method in social scientific research". WODAK, Ruth y MEYER, Michael, *Methods of Critical Discourse Analysis*. Londres, SAGE Publications.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. 1973. *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo. Saraiva.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. 2005, *Teoria da norma jurídica*. 4a. ed. Río de Janeiro. Forense.
- HAFT, Fritjof. 2002. "Direito e Linguagem". KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- HESPANHA, António Manuel. 1997. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Portugal. Publicações Europa-América.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. 2017. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador. Juspodivm.
- KOZICKI, Katya. 2012. *Levando a Justiça a Sério, Interpretação do direito e responsabilidade judicial*. Belo Horizonte. Arraes Editores.
- MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. 2011. "Do Leito de Procusto à Discricionariedade Judicial: as Implicações do Solipsismo Filosófico para o Direito e sua Superação pela Hermenêutica Jurídica". *Prisma Jurídico*. UNINOVE, vol. 10, 445-470. <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/2547>, acceso 17 de octubre de 2020.
- MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. 2019. *Direito, discurso e poder: os media e a decisão judicial*, tesis de doctorado en Ciências Jurídicas Gerais. Escola de Direito, Universidade do Minho.
- MIAILLE, Michel. 2014. "Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito: retorno ao movimento 'crítica do direito' e apontamentos sobre a crítica do direito hoje". *Meritum*. Belo Horizonte. MG, vol. 9, núm. 2, 263-278. <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3063/1668>, acceso: 15 de agosto de 2020.
- PEIRCE, Charles Sanders. 2003. *Semiótica*. 3a. ed. São Paulo. Perspectiva.
- ROCHA, Leonel Severo. 1983. "Crítica da teoria crítica do direito". *Sequência-Estudos Jurídicos e Políticos*, UFSC, vol. 6, 122-135. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16924>, acceso: 22 de marzo de 2020.
- ROCHA, Leonel Severo. 2005. "Semiologia, semiótica e teoria do direito". ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2a. ed. São Leopoldo. Unisinos.

- SAUSSURE, Ferdinand de. 2012. *Curso de lingüística geral*. Organizado por Charles Bally, Albert Sechehayé, com colaboração de Albert Riedlinger, trad. de Antônio Chelini e José Paulo Paes, 34a. ed., São Paulo. Cultrix.
- SILVA, Joana Aguiar. 2011. *Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões jusliterárias no Eixo problemático das fontes e da interpretação jurídica*. Coimbra. Almedina.
- UOL. 2014. *Eleições UOL*, 27 de outubro de 2014, *Pela primeira vez, Nordeste ultrapassa o Sudeste em número de votos no PT*. <https://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/2014/10/27/pela-primeira-vez-maior-parte-dos-votos-do-pt-vem-do-nordeste.htm>, acceso: 12 de enero de 2018.
- VIEHWEG, Theodor. 1986. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Taurus.
- VILLALTA, Daniella. 2002. “O surgimento da revista *Veja* no contexto da modernização brasileira”. *INTERCOM—Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação*, XXV Cong. Bras. de Ciênc. da Com. Salvador/BA. 1-5 de septiembre de 2002, 1-15. <http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/300ea43da98da19f6977caba6d17d8cd.pdf>, acceso: 17 de diciembre de 2017.
- WARAT, Luis Alberto. 1995. *O Direito e sua Linguagem* (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). 2a. ed. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris.
- WARAT, Luis Alberto. 1995. *Introdução Geral ao Direito I, Interpretação da Lei, Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor.
- WARAT, Luis Alberto. 1981. “À Procura de uma Semiologia do Poder”. *Sequência—Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 02, núm. 3, 79-83: Brasil. UFSC—Florianópolis. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17232>, acceso: 21 de julio de 2018.
- WARAT, Luis Alberto. 1987. “As Vozes Incógnitas das Verdades Jurídicas”. *Sequência—Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 08, núm. 14, 58 y 59. Brasil. UFSC-Florianópolis, S. C. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16456>, acceso: 16 de noviembre de 2017.
- WARAT, Luis Alberto, ROCHA, Leonel Severo, CITTADINO, Gisele. 1980. “O Poder do Discurso Docente das Escolas de Direito”. *Sequência—Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 02, núm. 2, 146-152. Brasil. UFSC-Florianópolis, S C. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17271>, acceso en: 25 de novembro de 2017.

- WODAK, Ruth. 2002. "What CDA is about-a summary of its history, important concepts and its developments". WODAK, Ruth y MEYER, Michael. *Methods of Critical Discourse Analysis*. Londres. SAGE Publications.
- ZACCARIA, Giuseppe. 2004. "Límites y Libertad de la Interpretación". ZACCARIA, Giuseppe. *Razón e Interpretación*, trabajos compilados por Ana Messuti. Madrid. Thompson Civitas Ediciones.

EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA EN BRASIL Y LA INCORPORACIÓN DE LA INNOVACIÓN*

EVOLUTION OF SCIENCE AND TECHNOLOGY POLICIES IN BRAZIL AND THE INCORPORATION OF INNOVATION

Daniel Francisco NAGAO MENEZES**

Gerson LEITE DE MORAES***

RESUMEN: Este ensayo tiene como objetivo presentar la evolución de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil durante el gobierno de Dilma e identificar cómo se ha incorporado la innovación en dichas políticas. Se identificaron tres fases distintas: el comienzo de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil, donde se tratan los antecedentes históricos; la evolución y consolida-

ABSTRACT: This essay aims to present the evolution of science and technology policies in Brazil to the Dilma Government and to identify how innovation has been incorporated into such policies. Three distinct phases were identified: the beginning of S&T policies in Brazil, where historical antecedents are treated; the evolution and consolidation of S&T policies themselves,

* Recibido el 25 de febrero de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0001-9151-5699. Licenciado en Derecho (PUC-Campinas), especialidades en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil (PUC-Campinas), en Didáctica y Práctica Pedagógica en la Educación Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), maestría y doctora en Derecho Político y Económico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), post-doctor en Derecho (USP); post-doctor en Economía (UNESP-Araraquara). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho Político y Económico de la Facultad de Derecho de la Universidade Presbiteriana Mackenzie. Miembro de CIRIEC-Brasil. Correo electrónico: nagao.menezes@gmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-8464-983X. Catedrático de Historia (1996). Licenciado en Teología del Southern Presbyterian Seminary (1999), graduado en Teología de la Mackenzie Presbyterian University / SP (2006). Hice una Maestría en Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Campinas / SP (2003), un Doctorado en Ciencias Religiosas de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo / SP (2008) y un Doctorado en Filosofía de la Universidad Estatal de Campinas / SP - UNICAMP (2014). Actualmente soy profesor adjunto I en la Universidade Presbiteriana Mackenzie / SP. Correo electrónico: gersonleitedemoraes@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

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

ción de las políticas de ciencia y tecnología en sí, desde los gobiernos del régimen militar hasta el comienzo de la nueva república (1964-1990) y la incorporación de la innovación en las políticas de ciencia y tecnología en los años noventa y posteriores. Está claro que la innovación está ganando terreno notablemente en la agenda de discusiones, pero es efectivamente desde la creación de fondos sectoriales en 1999 que Brasil se basa explícitamente en la innovación incorporada en sus políticas de ciencia y tecnología. Este hecho se reflejará positivamente en las políticas de desarrollo regional, estatal y municipal. A partir de ese momento, la innovación gana cada vez más espacio dentro de las políticas gubernamentales, que ahora se refieren al trinomio C, T e I.

Palabras clave: ciencia, tecnología, innovación.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil*. III. *C&T en el régimen militar hasta el comienzo de la nueva república (1964-1990)*. IV. *C&T post-1990: la incorporación de la innovación*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de políticas en el campo de la ciencia, la tecnología y la innovación es un elemento importante en un escenario de alta competitividad internacional, demostrando ser un fuerte inductor del desarrollo socioeconómico de los países y regiones (Rocha y Ferreira 2004). Tan importante como reconocer e implementar dichas políticas es fomentar una articulación positiva entre ellas, pensando en términos de políticas industriales, científicas y tecnológicas y de innovación que puedan promover la capacidad de las empresas para adaptarse al entorno rápidamente cambiante, buscando estrechar los lazos con países en la frontera tecnológica (Felipe Pinheiro y Rapini 2011).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

Las dimensiones de ciencia y tecnología están tan estrechamente entrelazadas que es difícil definir un límite que las separe, incluso en las políticas públicas. Este tema se ve reforzado por la afirmación de que la ciencia se está volviendo cada vez más tecnológica y la tecnología más científica. Además, la mayoría de los países, y también Brasil, emprenden un conjunto de acciones en este sentido, que llaman política científica y tecnológica (Dias 2009).

Las acciones derivadas de las prácticas y políticas de C&T de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y también de la Unión Europea señalan la sistematización de una nueva concepción de política de C&T organizada bajo la “etiqueta” de política de innovación (Viotti 2003). El objetivo principal de una política de innovación es crear incentivos, incluida toda la infraestructura necesaria para que las empresas combinen conocimientos científicos y tecnológicos para aprovechar las oportunidades del mercado. Reconocer y comprender que existen interacciones entre empresas y mercados es uno de los aspectos cruciales de la política de innovación, que, en línea con las políticas de ciencia y tecnología, puede promover una identificación adecuada de las oportunidades de mercado que permitirán que se desencadenen procesos de innovación amplios (Felipe Pinheiro y Rapini 2011).

Además, Lundvall y Borrás (2007) argumenta que existen políticas destinadas a promover la innovación en el contexto institucional, utilizando principalmente instrumentos en políticas de ciencia, tecnología y políticas destinadas a cambiar el contexto institucional para promover la innovación, que pueden incluir reformas en las universidades, educación, mercado laboral, mercado de capitales, regulación empresarial y competencia. La política de innovación presta especial atención a la dimensión institucional y organizativa de los sistemas de innovación, incluida la creación de competencias y el desempeño organizacional.

Comprender cómo se estructuran estas políticas en el país permite no sólo comprender el contexto en el que se insertan las instituciones, sino también la dirección de los esfuerzos de investigación e innovación. En este sentido, este artículo tiene como objetivo presentar la evolución de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil e identificar cómo se ha incorporado la innovación en dichas políticas. Se pretende, tras la presentación de la evolución de las políticas científicas, responder si estas políticas de C&T

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

son eficientes en Brasil y qué puntos se pueden mejorar, contribuyendo al avance del conocimiento científico.

La hipótesis de investigación se basa en el supuesto de que el país no ha construido políticas de largo plazo, comprometidas con un plan de desarrollo económico y social de la nación, estando constituido por iniciativas aisladas y sin continuidad histórica. El resultado es la ineficiencia de las políticas científicas en Brasil, con la consecuencia de mantener la dependencia tecnológica del país.

Para presentar los resultados, se realizó una investigación bibliográfica y documental, que retrata los principales planes gubernamentales, así como los programas, instrumentos y acciones que dieron forma al campo de la ciencia y la tecnología (C&T) en Brasil y más recientemente la ciencia, la tecnología y la innovación (C,T&I). Este documento se divide en cinco secciones, la primera sobre la introducción. Las secciones segunda, tercera y cuarta presentan las tres fases identificadas: el comienzo de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil, donde se tratan los antecedentes históricos; la evolución y la consolidación de las políticas de ciencia y tecnología en sí, desde los gobiernos del régimen militar hasta el comienzo de la nueva república (1964-1990), y la incorporación de la innovación en las políticas de ciencia y tecnología en la década de 1990, dando lugar a la tríada C,T&I. Finalmente, en la quinta sección, estas son las consideraciones finales.

El texto es una propuesta original para periodizar la ciencia brasileña desde una perspectiva institucional. El papel del Estado en el desarrollo de la política de ciencia y tecnología en Brasil es central, y todas las olas de desarrollo fueron proporcionadas por el Estado.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS POLÍTICAS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA EN BRASIL

El contexto histórico y político del nacimiento de C&T en Brasil se remonta a la propia historia del país a fines de 1800, con actividades en agricultura y minería que recibieron incentivos para la innovación y el desarrollo tecnológico, especialmente con el fin de la esclavitud en 1889 (Dahlman y Frischtak 1993). Las primeras instituciones técnicas y científicas se crearon en 1808 con la instalación de la Familia Real portuguesa

en Brasil, entre las que se encuentran las escuelas de Cirugía de Bahía, de Anatomía y Cirugía de Rio de Janeiro (1808); las academias militares de la Armada (1808) y Ejército (1810); el Horto Real (1808); Museo Real (1818) (Dahlman y Frischtak 1993; Motoyama, 2004). Esta es la “primera ola de desarrollo institucional” en Brasil (Suzigan y Albuquerque 2011a y 2011b).

Se puede identificar una “segunda ola” entre 1870 y 1900, con la creación del Museo Arqueológico y Etnográfico de Pará (1866); la Comisión Geológica (1875); la Escuela Minera de Ouro Preto (1875); la Comisión Geográfica y Geológica del Estado de São Paulo (1886); el Instituto Agronómico de Campinas (1887); el Museo Paulista (1893); la Escuela Politécnica de São Paulo (1894); los Institutos Vaccinógenos (1892); Bacteriológicos (1893); Butantan (1899) y Manguinhos (1900); la Escuela Libre de Farmacia y Odontología (1899) (Dahlman y Frischtak 1993; Motoyama 2004; Suzigan y Albuquerque 2011a; 2011b).

Schwartzman (1995) llama al periodo desde 1808 (migración de la corte portuguesa a Brasil) hasta 1889 (comienzo de la República) de “Ciencia imperial”, que se divide en dos fases: la primera (1808-1840) de orientación pragmática con el establecimiento de estaciones de aclimatación de plantas (jardines botánicos) y colecciones mineralógicas, así como las primeras escuelas de nivel superior (militar, medicina, ingeniería y derecho), y el segundo (1840-1889), que se caracteriza por el esfuerzo de crear una investigación brasileña del “primer mundo”, pero que, debido a la falta de raíces locales, no adquiere dimensiones o calidad más grandes. Sin embargo, hubo pocas iniciativas concretas de los gobiernos imperiales en el campo de la educación superior, limitadas al mantenimiento de las instituciones existentes y su regulación (Mendonça 2000).

De acuerdo con la clasificación de Suzigan y Albuquerque (2011a y 2011b) se puede identificar una “tercera ola” entre 1920 y 1934, cuando aparecen las primeras iniciativas para el establecimiento de universidades. La Academia Brasileña de Ciencias (1922) se creó como una rama de la Sociedad Brasileña de Ciencias, fundada en 1916 y la Asociación Brasileña de Educación (1924), que capturó el clima de renovación de la ciencia y la educación brasileñas en este periodo (Schwartzman 2001; Motoyama 2004). También es notable el fortalecimiento de las profesiones liberales, que están comenzando a reclamar su papel en la modernización de la sociedad (Schwartzman 1995). Es un periodo de cambios institucionales

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

en Brasil, con la salida de los liberales del poder y el ascenso de Getúlio Vargas, que tiene un plan de modernización para el país, un plan que necesita trabajar en innovaciones y reorganizar el papel de las instituciones científicas que iniciar un diálogo con el sector productivo.

Así, la trayectoria histórica de las instituciones que se establecieron en Brasil bajo el régimen monárquico y que se expandieron mediante gobiernos republicanos, vinculados a los institutos de salud, ingeniería y agricultura, marcan el nacimiento de la ciencia brasileña y el surgimiento de la investigación tecnológica en el país. Además, también es necesario considerar las influencias del escenario internacional, resultado de la revolución técnico-científica que impulsó la creación y expansión de instituciones científicas (Motoyama 2004).

En la posguerra, la “cuarta ola de instituciones” tiene lugar con la creación de la Sociedad Brasileña para el Progreso de la Ciencia (SBPC 1948), el Centro Brasileño de Investigación Física (CBPF 1949), el Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA 1950), el Centro de Tecnología Aeronáutica (CTA 1950) y el Consejo Nacional para el Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq 1951) y la Coordinación de Mejoramiento del Personal de Educación Superior (CAPES 1951) (Suzigan y Albuquerque 2011a y 2011b).

Cabe señalar que este periodo está marcado por los esfuerzos de innumerables grupos para expandir la investigación científica y ponerla al servicio del desarrollo científico y tecnológico del país, basándose en la creencia de que el desarrollo nacional hacia la modernización necesariamente debe pasar por la investigación científica. Para lograr niveles de ingresos satisfactorios, innovaciones en expansión, descubrimientos y un número suficiente de personal calificado, el tema central fue la creación de instituciones financieras, lo que fortaleció la necesidad de la creación de CNPq y CAPES (Schwartzman 2004; Lima 2009).

Además, el hecho de que el proceso de industrialización también estaba teniendo lugar en Brasil en este momento y que, naturalmente, C&T comenzó a formar parte de la vida cotidiana y la imaginación de los brasileños (Motoyama 2004). Por lo tanto, existe cierto consenso en Brasil para considerar a 1951 como de fundamental importancia en el proceso de desarrollo de C&T, precisamente por la creación de CNPq y CAPES (Videira 2010).

Por lo tanto, se puede ver que el periodo que marca el nacimiento de C&T brasileño revela el carácter tardío del establecimiento de instituciones en Brasil, que luego se reflejó en la consolidación misma de actividades centradas en C&T. La fragmentación de las instituciones de educación superior, creadas inicialmente como escuelas aisladas sin tradición en investigación científica, es otro factor que contribuye a este retraso. Sólo después de la creación de universidades e instituciones enfocadas en el desarrollo científico y tecnológico, como CAPES y CNPq, Brasil comienza a dar los primeros pasos hacia la incorporación de C&T como estrategia de gobierno y desarrollo. Es a partir de ahí que las políticas actuales de ciencia y tecnología comienzan a diseñarse.

III. C&T EN EL RÉGIMEN MILITAR HASTA EL COMIENZO DE LA NUEVA REPÚBLICA (1964-1990)

Sin embargo, la mayor parte del sistema brasileño de ciencia y tecnología fue creado durante el régimen militar (Schwartzman *et al.* 1995). En este sentido, Suzigan y Albuquerque (2011a y 2011b) identificó la “quinta ola de desarrollo institucional” durante el régimen militar que comenzó en 1964, destacando la creación de centros de investigación estatales, como el Centro de Investigación y Desarrollo Leopoldo Américo Miguez de Mello (Petrobrás (CENPES) y el Centro de Investigación y Desarrollo de Telecomunicaciones Telebrás (CPqD) y Embrapa (1973). Durante este periodo, también se crearon instituciones y fondos de financiación de ciencia y tecnología, instituciones de coordinación de políticas científicas y tecnológicas y planes de desarrollo científico y tecnológico, como se verá con más detalle a continuación.

C&T fue uno de los más fluctuantes en términos de apoyo recibido o abandonado durante el periodo militar, pero en general, desde un punto de vista cuantitativo, recibió suficiente apoyo para establecerse en el sistema de C&T más grande de América Latina. Los gobiernos militares emprendieron políticas económicas similares, pero muy diferentes en materia de desarrollo y actitud hacia la investigación científica y tecnológica (Motoyama 2004).

En el gobierno de Castelo Branco (1964-1967) comenzó un proceso de fortalecimiento y modernización de instituciones e instrumentos para

fomentar la investigación y la evolución técnica (Motoyama 2004). Dentro del Banco Nacional de Desarrollo Económico (BNDE), se creó el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico (FUNTEC) para financiar la capacitación de investigadores y profesionales altamente calificados, que equipa a las empresas para actividades de investigación y desarrollo (I+D) (Motoyama 2004). Por otro lado, el Plan de Acción Económica del Gobierno (PAEG) tenía como objetivo combatir la inflación y no contenía ninguna política para el desarrollo de C&T y enfatizaba la introducción masiva de tecnologías desde el extranjero, ahorrando al país un gasto sustancial en investigación (Motoyama 2004; Lima 2009).

En el siguiente gobierno, por Costa e Silva (1967-1969), hubo una intensificación de las medidas de política científica, así como la incorporación del tema de ciencia y tecnología en el discurso del gobierno. Se desarrolló el Programa de Desarrollo Estratégico (PDE), donde la investigación científica y tecnológica se considera una de las áreas estratégicas para acelerar el desarrollo. Por primera vez, las actividades científicas se articulan con las necesidades del sistema de producción en una propuesta gubernamental, promoviendo la capacidad del país para adaptarse y crear su propia tecnología (Santos 2001; Motoyama 2004; Baumgarten 2008). Una de las acciones importantes de este gobierno fue la creación del Financiero de Estudios y Proyectos (Finep) en 1967, cuya función era fomentar el desarrollo de tecnologías e innovaciones a través de asociaciones con empresas, institutos y centros de investigación a través del apoyo del gobierno, organismos nacionales y multilaterales. Otro aspecto a destacar es la creación del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FNDCT) en 1969 para financiar la infraestructura de ciencia y tecnología de Brasil (Motoyama 2004; Lima 2009).

El gobierno de Emílio Garrastazu Médici (1969-1974) destacó la creación del I Plan Nacional de Desarrollo (I PND) elaborado para el trienio 1972-1974, cuya idea principal era fortalecer a la empresa nacional para competir en áreas prioritarias, incluidas las Industrias de alta intensidad tecnológica (Motoyama 2004; Lima 2009). El I PND enfatizó la aceleración y orientación de la transferencia de tecnología, asociada con el fuerte componente de su propia elaboración tecnológica (Santos 2001). Uno de los hechos significativos del I PND fue la formulación del Sistema Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (SNDCT), que buscaba

dar organicidad a las diversas fuentes de recursos asignados por el Estado para actividades de investigación (Baumgarten 2008).

En este contexto, destaca el papel del I Plan Básico de Desarrollo Científico y Tecnológico (I PBDCT), para el periodo 1973-1974, que hizo explícita la política científica y tecnológica, haciendo hincapié en el desarrollo de nuevas tecnologías; fortalecimiento de la capacidad de absorción y creación de tecnología por parte de la empresa nacional; consolidación de la infraestructura de investigación científica y tecnológica, especialmente en el área gubernamental; consolidación del sistema de apoyo al desarrollo científico y tecnológico, e integración Industria-Investigación-Universidad (Salles Filho 2002; Lima 2009).

El gobierno de Ernesto Geisel (1974-1979) lanzó el II Plan Nacional de Desarrollo (II PND), para el periodo 1975-1979, con el fin de continuar el proceso de desarrollo que ocurrió el año anterior, enfatizando la importancia del desarrollo tecnológico en conjunto con una política de calificación de recursos humanos. Una de las prioridades del II PND fue la implementación del II Plan Básico de Desarrollo Científico y Tecnológico (II PBDCT), que también continuó el plan anterior, buscando implementar la política científica y tecnológica para fortalecer la capacidad tecnológica de la empresa nacional (Santos 2001; Motoyama 2004; Lima 2009). El II PBDCT, a diferencia del primero, era un plan de desarrollo tecnológico, en el cual el Sistema Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (SNDCT) debería operar para políticas industriales y agrícolas (Salles Filho 2003a). Aun así, el II PBDCT refuerza el vínculo entre ciencia, tecnología e innovación, enfatizando la necesidad de vínculos entre universidades y empresas y entre los sectores público y privado en la generación y absorción de conocimiento (Salles Filho 2003a).

Finalmente, en el último gobierno militar de João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1985) siguiendo a sus predecesores, lanzó el III Plan Nacional de Desarrollo (III PND), para el periodo 1980-1985. En el III PND, sólo una página está dedicada a C&T para el país (Lima 2009). A diferencia de los otros, el III PBDCT definió sólo pautas generales para guiar las acciones del sector público y privado y no las acciones del Gobierno en forma de programas, proyectos y actividades (Santos 2001). III PBDCT difería de los anteriores también en su enfoque: ciencia más que tecnología, tecnología más que innovación (Salles Filho 2003b).

Según Schwartzman *et al.* (1995), tres son los principales factores que contribuyen a esta rápida expansión de C&T en los gobiernos militares: 1) preocupación de las autoridades civiles y militares para crear capacidad de C&T en Brasil como parte de su proyecto de desarrollo y autosuficiencia nacional; 2) el apoyo que la política científica y tecnológica ha recibido de la comunidad científica, a pesar de los conflictos con el gobierno militar; 3) la expansión económica del país con tasas de crecimiento entre 7 y 10% por año. El autor también destaca la capacidad del gobierno para implementar políticas a través de agencias pequeñas e independientes de la burocracia federal y aumentar la base impositiva.

Por otro lado, Motoyama (2004) señala como puntos críticos de los factores del régimen militar, como el endeudamiento externo excesivo, la falta de articulación de la política científica y tecnológica con la política económica, y aún poca apreciación de las actividades de investigación científica y tecnológica por parte de los sociedad; sin embargo, no debe olvidarse que el trabajo en el campo científico y tecnológico está madurando lentamente y que el impulso dado a la formación de recursos humanos, constitución de universidades y estudios de posgrado continúa desarrollándose hasta nuestros días.

Sin embargo, desde la década de 1980, el sistema brasileño de ciencia y tecnología ha experimentado un periodo de gran inestabilidad, marcado por conflictos en las instituciones de gestión e incertidumbres con respecto a las asignaciones presupuestarias, dada la reducción significativa y continua del gasto público en el área de C&T. Este hecho condujo al debilitamiento de las instituciones presentes en el sector, inhibiendo el uso de sus servicios por la industria y la sociedad brasileña. La infraestructura de investigación aún en proceso de formación comenzó a moverse hacia el desguace y la desagregación (Schwartzman *et al.* 1995; Baumgarten 2008).

Con el fin del régimen militar comienza la llamada nueva república, un periodo marcado por la recesión económica y la hiperinflación, pero por otro lado liderado por un proceso de redemocratización del país y una gran expectativa por la reanudación del desarrollo. Sin embargo, la década de 1980 se ha referido constantemente como la “década perdida” debido a su bajo crecimiento económico y la enorme disparidad en la distribución del ingreso (Motoyama 2004; Baumgarten 2008).

En el gobierno de José Sarney (1985-1990), se lanzó el Primer Plan Nacional de Desarrollo de la Nueva República (I PND-NR) para el perio-

do 1986-1989 y también el Plan de Acción Gubernamental (PAG) para el periodo 1987-1991, cuyas prioridades iban más allá de la eliminación de los desequilibrios sociales, el desarrollo tecnológico y la formación de recursos humanos (Baumgarten 2008).

Un hito importante de este gobierno fue la creación del Ministerio de Ciencia y Tecnología (MCT) por medio del Decreto 91.146 del 15 de marzo de 1985. Al ministerio se transfirieron el CNPq, FINEP y otros organismos relacionados con la ciencia y la tecnología. En su decreto de creación se definieron las siguientes áreas de competencia: 1) patrimonio científico y tecnológico; 2) política de ciencia y tecnología y coordinación de políticas sectoriales; 3) política nacional de computación; 4) política nacional de mapeo; 5) política nacional de biotecnología; 6) política nacional de investigación, desarrollo, producción y aplicación de nuevos materiales y servicios de alta tecnología, química fina, mecánica de precisión y otros sectores de tecnología avanzada (Motoyama 2004; Lima 2009).

Incluso en medio de las dificultades, el MCT dirigió el Programa de Apoyo al Desarrollo Científico y Tecnológico (PADCT I), creado en el último año del gobierno de Figueiredo e implementado en el periodo 1985-1990. PADCT introdujó nuevos estándares y destacó la importancia de la ciencia y la tecnología para el desarrollo del país (Baumgarten 2008).

En 1988 se promulgó la nueva Constitución de la República que trajo cambios significativos en el campo de ciencia y tecnología. El capítulo IV de la sección III trata el tema en su artículo 218: el Estado promoverá y alentará el desarrollo científico, la investigación tecnológica y la capacitación. Por lo tanto, el estado adquiere un papel estratégico en las dimensiones de la investigación científica, tecnológica, la capacitación de recursos humanos en ciencia y tecnología y el apoyo a las empresas para la inversión en C&T. También se abrió con la nueva Constitución la posibilidad de que los estados comprometieran recursos presupuestarios para actividades de ciencia y tecnología, lo que provocó en 1989-1990 la creación de varias fundaciones estatales para apoyar la investigación o los fondos de ciencia y tecnología (Baumgarten 2008; Lima 2009).

En términos de la consolidación de una estructura de ciencia y tecnología en Brasil, este periodo fue extremadamente relevante, aunque no fue una prioridad nacional. Entre los puntos principales que contribuyeron a este proceso de consolidación se pueden destacar: la creación de mecanismos para la promoción y financiación de la investigación científica y la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

formación de profesionales calificados; la articulación entre la investigación científica y tecnológica y el sector productivo, con el reconocimiento explícito de su importancia como estrategia para el desarrollo; la formalización de la importancia de las acciones en el campo de C&T en la planificación gubernamental, a través de la creación del Plan Brasileño de Desarrollo Científico y Tecnológico (PBCT) en los años setenta y reeditado por los siguientes dos gobiernos; la creación del Ministerio de Ciencia y Tecnología (MCT) en 1985.

Todas las propuestas de C&T estaban vinculadas a la conducción de las políticas económicas e industriales del país, reflejando la acción y los intereses de los actores involucrados: sociedad, estado, empresarios, la comunidad académica y científica. Sin embargo, está claro que C&T en Brasil ocupó una posición secundaria en comparación con otras prioridades nacionales, tanto en el régimen militar como en la nueva república. La agenda de acción del gobierno se centró principalmente en cuestiones económicas, que empeoraron con la situación de inestabilidad económica y alta inflación experimentada en el país, especialmente a fines de la década de los ochenta. La percepción de que la innovación es un importante motor de desarrollo, que se reveló a través de acciones destinadas a crear políticas e incentivos en esta dirección, un hecho que aún permaneció latente en el escenario brasileño.

IV. C&T POST-1990: LA INCORPORACIÓN DE LA INNOVACIÓN

Ya en el gobierno de Fernando Collor de Mello (1990-1992) comenzó un programa de reformas liberalizadoras que continuó en los siguientes gobiernos, en medio de una situación interna de hiperinflación y en un contexto global de agotamiento del modelo de desarrollo basado en la industrialización. Como parte de la prescripción neoliberal, se adoptó una estrategia para reducir la participación estatal en la inversión en investigación científica y tecnológica (Motoyama 2004; Baumgarten 2008). La actitud hacia la actividad científica era colocarla directamente al servicio del desarrollo industrial competitivo, en una economía caracterizada por un proceso de apertura internacional (Schwartzman 1995).

Las reformas llevadas a cabo durante el periodo apuntaban sobre todo a crear un ambiente favorable para que el capital extranjero ingrese

al país, de modo que el marco institucional esté orientado al mercado, con el objetivo de promover el desarrollo mediante la descentralización y la flexibilidad (Baumgarten 2008). Así, los programas se estructuraron para fortalecer la competitividad del parque industrial brasileño, como el Programa Brasileño de Calidad y Productividad (PBQB), el Programa de Apoyo a la Capacitación Tecnológica de la Industria (PACTI), el Programa de Apoyo al Comercio Exterior (PACE) y Programa de Competitividad Industrial (Silva y Melo 2001; Santos 2001).

La Política de Comercio Exterior e Industrial (PICE) se limitó a los problemas de apertura comercial con el objetivo de promover una mayor entrada de productos importados en el mercado interno y ya no consideró la implementación de una política industrial adecuada con instrumentos que convergieran en acciones en el campo de C&T, colocando al país en otro nivel de acción. Por lo tanto, hubo una clara desarticulación entre las políticas implementadas, con una falta de incentivos para la innovación (Felipe, Pinheiro y Rapini 2011).

A principios de 1991, también se volvió a publicar el Programa de Apoyo al Desarrollo Científico y Tecnológico (PADCT II), que incluía dos subprogramas adicionales: ciencias ambientales y nuevos materiales. Sin embargo, con el escenario inflacionario acelerado junto con las discontinuidades políticas, las expectativas en torno a PADCT II se han desvanecido rápidamente (Stemmer 1995). Las proyecciones de PADCT II fueron sólo en papel, en otras palabras, fueron solo una carta de intención con contenido borroso, lo que condujo a una caída abrupta de las inversiones en ciencia y tecnología en Brasil (Lima 2009).

De acuerdo con Schwartzman (1995); Stemmer (1995) todavía puede destacarse como eventos del periodo: 1) la transformación de FINEP en una agencia dedicada casi exclusivamente a la financiación de la investigación tecnológica industrial, con la virtual desaparición de la FNDCT, que financió la investigación básica y universitaria; 2) el desmantelamiento del Programa Nacional de Computación, con el fin de la reserva de mercado; 3) la creación de propuestas para apoyar el desarrollo de “parques tecnológicos” con las principales universidades; 4) el establecimiento de propuestas para la creación de sistemas de incentivos indirectos para la investigación aplicada en universidades, a través de la asignación de recursos de investigación para el sector industrial puede contratar servicios de universidades y centros de investigación; 5) la extinción de los princi-

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

pales programas de investigación de tecnología del gobierno, incluidos los militares, como el programa nuclear y el programa espacial; 6) la legislación favoreció la jubilación anticipada, vaciando las universidades de maestros más calificados y experimentados; 7) Los presupuestos generales de ciencia y tecnología continuaron disminuyendo.

La administración de Collor fue de corta duración, debido a su remoción del poder, asumiendo la presidencia del país, Itamar Franco (1993-1994), en un momento muy problemático desde el punto de vista económico que mejoraría con la disminución de la inflación, casi hacia fines de su gobierno (Motoyama 2004; Baumgarten 2008). Las expectativas en torno a este gobierno apuntaban a inversiones en C&T, lo que no sucedió, dada la fugacidad de su gestión, aliada a la prioridad en el campo económico, observando una falta de conectividad entre el área de C&T y el área económica (Lima 2009).

El restablecimiento del MCT, que había sido colocado en el gobierno de Collor como Secretaría, también trajo grandes expectativas de la comunidad científica (Schwartzman 1995). De hecho, durante el periodo hubo una recuperación presupuestaria leve pero no suficiente en el campo de la ciencia y la tecnología en Brasil (Videira 2010). La historia de C&T en Brasil hasta que el gobierno de Itamar denuncia una supuesta política explícita de C&T, pero que no incorporó la materialización de recursos financieros para su completa estructuración, planificación y continuidad (Lima 2009).

Es importante destacar la política de incentivos fiscales para las actividades de I+D e innovación desde 1993 con la Ley 8.661/93, que restableció el mecanismo de incentivos fiscales como un instrumento de política industrial y tecnológica que se había desmantelado en el gobierno de Collor. Así, la Ley 8.661/93 restableció los incentivos que conformaban el Programa de Desarrollo Tecnológico Industrial (PDTI), introducido en 1988 y que no se utilizaron (Corder 2006; Guimarães 2008).

El primer gobierno de Fernando Henrique Cardoso (FHC) (1995-1998) inició un proceso de reforma estatal cuyas facetas más conocidas son la implementación de una política de privatización y reforma de la gestión, desde la cual las agencias reguladoras, ejecutivos y organizaciones sociales, cuyo impacto se ha sentido en el sector de ciencia y tecnología (Baumgarten 2008; Lima 2011). Los actores relevantes en ciencia y tecnología, como las empresas estatales, los institutos públicos de investigación

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

y especialmente las universidades públicas, tenían sus actividades muy limitadas debido a la restricción de fondos públicos junto con el proceso de reforma de la gestión estatal (Serafim y Dagnino 2011).

El principal instrumento de planificación de este gobierno fue el Plan Plurianual (PPA), que guio el desarrollo de varios sectores de la infraestructura gubernamental, incluyendo C&T (Motoyama 2004; Lima 2011; Baumgarten 2008). En 1996 se lanzó el Programa de Apoyo a la Excelencia (PRONEX), cuyo objetivo principal era apoyar el desarrollo científico y tecnológico mediante el fomento de la investigación en las principales áreas del conocimiento, apoyando centros de investigación con probada competencia y tradición en la investigación. Esta propuesta funcionó razonablemente hasta el 2000, cuando disminuyó debido a la discontinuidad en la transferencia de fondos (Veronese 2006; Baumgarten 2008; Lima 2011).

También fue notable la creación en 1996 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CCT), vinculado directamente a la Presidencia de la República como órgano asesor especial, cuyo objetivo principal era la formulación e implementación de una política científica y tecnológica. El objetivo principal era la centralización de las decisiones en un momento de escasos recursos (Serafim y Dagnino 2011).

En 1998 se inauguró una tercera fase del Programa de Apoyo al Desarrollo Científico y Tecnológico (PADCT III), el mismo año en que el MCT creó el programa MCT, con el objetivo de aumentar la competencia científica brasileña a través de apoyo y capacitación de centros de investigación y laboratorios de alta calidad científica y/o que actúen en áreas estratégicas para el desarrollo nacional. La propuesta incluía dos grupos principales de institutos: 1) institutos científicos y tecnológicos de alto nivel e 2) institutos que actúan en áreas estratégicas (Ciencias del Mar; Ciencias Amazónicas y Semiáridas) (Baumgarten 2008; Lima 2011).

En balance del primer gobierno de FHC, Lima (2011) afirma que no ha habido cambios estructurales en el campo de C&T, excepto en la regulación de algunas de sus actividades, como la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Cultivares, la Ley de Software y La Ley de Bioseguridad, además de la creación de CTPetro, el embrión de fondos sectoriales en 1997, pero que comenzó a funcionar de manera efectiva en 1999. También agrega que el desarrollo de la investigación científica y tecnológica

en el periodo no sucedió de manera sistemática e intencional, dada la falta inversiones y priorización sectorial.

Con la reelección de FHC en 1998 y la continuación de su gobierno durante el periodo (1999-2002), la política económica ahora se practicó y las acciones en el campo de ciencia y tecnología siguieron. El economista Luiz Carlos Bresser Pereira asumió el cargo de ministro de MCT y presidente de CNPq al mismo tiempo, provocando protestas y generando presión, que finalmente culminó en su partida seis meses después (Motoyama 2004; Baumgarten 2008).

A partir de 1999, el énfasis del gobierno en ciencia y tecnología comenzó a incorporar políticas de incentivos a la innovación con la creación de mecanismos de incentivos para aumentar los recursos de I+D y permitir la implementación de proyectos de innovación tecnológica. Por lo tanto, se establece un nuevo marco legal e institucional que incorpora en su núcleo un conjunto de leyes para la creación de Fondos Sectoriales (FS) (Pacheco 2003; Motoyama 2004). La creación de FS representó una innovación institucional en el financiamiento de actividades de ciencia y tecnología en Brasil, lo que generó una gran expectativa con respecto a la escala y la estabilidad de las inversiones en el área, permitiendo la reorientación de la agenda de incentivos para apoyar la innovación empresarial y también consolidando un flujo regular de inversiones y recursos para la investigación científica, que constituyen un modelo de convergencia entre la política industrial y las políticas de ciencia y tecnología (Arruda, Velmulm y Hollanda 2006; Felipe, Pinheiro y Rapini 2011).

Entre los fondos sectoriales creados, podemos mencionar el Fondo Verde-Amarillo, cuyo objetivo es fomentar la interacción universidad-empresa, dentro de la perspectiva de un Sistema Nacional de Innovación (SNI). Las pautas que guían a los Fondos Sectoriales dejan en claro la preocupación de vincular C&T con la innovación, de la siguiente manera:

Modernizar e ampliar a infra-estrutura de C&T; promover maior sinergia entre universidades, centros de pesquisa e setor produtivo; criar novos incentivos ao investimento privado em C&T; incentivar a geração de conhecimento e inovações que contribuam para a solução dos grandes problemas nacionais; e estimular a articulação entre ciência e desenvolvimento tecnológico, através da redução das desigualdades regionais e da interação entre universidades e empresas (Bastos 2003, 240).

Otro hito importante del segundo gobierno FHC fue la celebración, por el MCT, de la 2a. Conferencia Nacional de C,T&I, en septiembre de 2001. Los debates de la conferencia se basaron en el “Libro Verde”, diseñado para servir como referencia básica para las discusiones en el área. En la conferencia, las directrices estratégicas del sector se elaboraron hasta 2010, materializándose en el “Libro Blanco” (Motoyama 2004; Pereira 2005; Baumgarten 2008).

Según Corder (2006), las políticas C,T&I implementadas por el MCT de 1999 a 2002, dentro del enfoque SNI, siguieron la tendencia internacional, con la incorporación de la innovación en sus directrices, que se mantuvo incluso con el cambio del gobierno en 2003. Sobre este último punto, Serafim y Dagnino (2011) señalan que la política científica y tecnológica fue una de las únicas políticas en las que los gobiernos con diferentes bases ideológicas adoptaron pautas similares, lo cual se expresa en los planes plurianuales de los gobiernos de FHC y Lula, cuyos ejes de estructuración y objetivos declarados están muy cerca.

Así, el primer gobierno Luis Inácio Lula da Silva (2003-2006) comienza con una política de continuidad en el campo de C&T, basándose en las contribuciones de los debates de la 2a. Conferencia Nacional de CT&I, celebrada en 2001, cuyos análisis y recomendaciones fueron sintetizado en el “Libro Blanco” (CGEE 2006; MCT 2007a). Sin embargo, es importante señalar que un cambio significativo en el padrón de política actual fue la creación de la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología para la Inclusión Social (SECIS) en 2003, como parte de la agenda social del gobierno de Lula (Serafim y Dagnino 2011).

Se formuló un plan de acción del MCT presentando la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (PNCT & I), formada por un eje estructurante u horizontal (Expansión, Consolidación e Integración del Sistema Nacional de C, T & I) y por tres ejes estratégicos (Eje 1: Política industrial, tecnológica y de comercio exterior (PITCE) Eje 2: Objetivos estratégicos nacionales y Eje 3: C&T para la inclusión y el desarrollo social) El objetivo específico expresado en PNCT & I es: “O estabelecimento e a consolidação de um novo aparato institucional para a promoção da ciência, tecnologia e inovação no País, a partir da adoção de novos marcos legais e reguladores e do fortalecimento de mecanismos, instrumentos e programas que agreguem maior consistência às ações com essa finalidade” (MCT 2007a).

Específicamente en relación con PITCE, el documento se publicó en noviembre de 2003 con las directrices de política industrial, tecnológica y de comercio exterior, con el objetivo declarado de alentar el cambio del nivel competitivo de la industria brasileña hacia la diferenciación e innovación de productos (Salerno 2004). La estructura de PITCE estaba compuesta por líneas de acción horizontales: innovación y desarrollo tecnológico, inserción externa, modernización industrial y capacidad y escala productiva/entorno institucional, acciones estratégicas: en los sectores de semiconductores, software, bienes de capital y productos farmacéuticos y actividades que llevan futuro: biotecnología, nanotecnología y biomasa (Salerno 2004; Arruda, Velmulm y Hollanda 2006).

Arruda, Velmulm y Hollanda (2006) también agrega que en la construcción de PITCE hay un reconocimiento de las deficiencias en el aparato institucional dedicado al desarrollo tecnológico, así como la insuficiencia de los instrumentos de estímulo destinados a la innovación. Por tanto, este documento refuerza la necesidad de “estructurar o SNI; fortalecer as instituições públicas e privadas de pesquisa e de serviços tecnológicos; definir um modelo adequado de leis de incentivo; e reestruturar os institutos de pesquisa” (Arruda, Velmulm y Hollanda 2006, 84). Además, PITCE buscó la convergencia entre la industria y la innovación, señalando los incentivos para promover avances en la capacidad innovadora (Felipe, Pinheiro y Rapini 2011).

Otro aspecto importante de este periodo fue la Ley 10.973/04 o Ley de Innovación, regulada por el Decreto 5.565/05, que “establece medidas de incentivo para la innovación y la investigación científica y tecnológica en el entorno productivo, con miras a permitir y lograr la autonomía, desarrollo tecnológico y desarrollo industrial del país” (Ley 10.973/04, artículo 1o.). La Ley de Innovación se organiza en torno a tres ejes: la constitución de un entorno propicio para la creación de asociaciones entre universidades, institutos tecnológicos y empresas, fomentando la participación de las instituciones de ciencia y tecnología en el proceso de innovación; y el incentivo directo para la innovación en la empresa (Pereira y Kruglianskas 2005; Arruda, Velmulm y Hollanda 2006).

Por medio de la ley, el gobierno brasileño señala el despertar de la sociedad a la innovación; la constitución de un aparato institucional para estimular la innovación; legitimar el carácter estratégico de la innovación en la agenda nacional de desarrollo; la intención de valorar las actividades

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

de investigación y articulación entre investigadores y empresas; la señalización de la necesidad de mejorar las competencias para la realización de grandes empresas y la dirección hacia la cooperación entre la universidad y la empresa (Dudziak y Plonski 2008).

Igualmente importante fue la creación de la Ley 11.079/04 que regulaba las asociaciones público-privadas mediante el establecimiento de reglas generales para la licitación y contratación de asociaciones público-privadas dentro de la administración pública. Dichas asociaciones son válidas para todas las administraciones públicas directas e indirectas, cuyos acuerdos de asociación se reservan el papel de distribuidor y pagador, mientras que el socio privado (nacional o internacional) tiene la función de gastar, contratar obras y servicios y gestionar el proyecto (Tropia 2007; Ferreira 2012).

También en el campo legal, la creación de la Ley 11.196/05 conocida como la Ley del Bien, regulada por el Decreto 5.798/06, que en su capítulo III trata sobre incentivos fiscales para la innovación tecnológica. Esta ley amplía el enfoque de los beneficios otorgados, especialmente aquellos descritos por la Ley 8.661/93, permitiendo que cualquier empresa dedicada a la I+D se beneficie automáticamente de los incentivos (Arruda, Velmulm y Hollanda 2006; Guimarães 2008).

Otro aspecto previsto en la “Lei do Bem” es el hecho de que las agencias de financiación de ciencia y tecnología pueden subsidiar la cantidad relacionada con la remuneración de los investigadores y médicos expertos que participan en actividades de innovación en las empresas. Esta subvención está regulada por la Portaria MCT 557 del 30 de agosto de 2006 (Arruda, Velmulm y Hollanda 2006; Moreira *et al.* 2007; Guimarães 2008).

También durante el primer gobierno de Lula, se celebró la 3a. Conferencia Nacional de CT&I en noviembre de 2005, con el propósito de profundizar el debate y presentar propuestas concretas para el uso de la ciencia, la tecnología y la innovación producidas en Brasil como pilares de una política de Estado para promover el desarrollo económico, social, político y cultural del país (CGEE 2006). Este evento buscó ratificar y profundizar la incorporación de la innovación en C&T desde el marco definido por la conferencia anterior, mediante debates agrupados por temas principales: generación de riqueza, inclusión social, áreas estratégicas, contribución internacional y gestión y regulación (CGEE 2006).

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

En el segundo gobierno de Lula (2007-2010), continuando con las acciones anteriores, el MCT preparó el Plan de Acción en C, T & I (PACTI) para el mismo periodo, definiendo iniciativas, acciones y programas para enfatizar el papel de C, T & I. en el desarrollo del país. El documento se organizó en cuatro prioridades estratégicas (Expansión y consolidación del sistema nacional C,T&I; promoción de la innovación tecnológica en los negocios; Investigación, desarrollo e innovación en áreas estratégicas y C,T&I para el desarrollo social) en línea con la Política nacional sobre C,T&I, a su vez organizados en líneas de acción (MCT, 2007b).

Entre los resultados presentados por el gobierno de las acciones implementadas se reportaron como resultado del plan la expansión de la capacidad nacional de producción científica y tecnológica; el compromiso de los gobiernos estatales de invertir e implementar acciones relacionadas con el desarrollo de C,T&I; la mayor conciencia del sector empresarial sobre la importancia de la innovación y la inversión privada en I+D como estrategia de competitividad y la mejora de los indicadores económicos y sociales de las políticas públicas relacionadas (MCT, 2010).

También se debe tener en cuenta que la 4a. Conferencia Nacional de CT&I se celebró en mayo de 2010, en línea con las prioridades de acción de PACTI para 2007-2010, lo que resultó en la elaboración del “Libro Azul”, que resume las principales contribuciones del evento, cuyo tema es El resultado final fue el desarrollo sostenible y la innovación (CGEE 2010).

El gobierno de Dilma Rousseff comenzó en 2011 y continuó PACTI 2007-2010 mediante la Estrategia Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (ENCTI), cuya concepción se basa en la experiencia acumulada en el campo de la planificación científica y tecnológica en Brasil que comenzó desde la década de los noventa con el PBDCI, así como las recomendaciones incluidas en el “Libro Azul”. ENCTI se concibió para articularse con la política industrial brasileña representada por PITCE, la Política de Desarrollo Productivo (PDP) y el Plano Brasil Maior (PBM), lanzado en agosto de 2011, que tiene C,T&I como directrices de política central. Plan de Desarrollo del Gobierno (PDE), entre otros planes específicos (MCTI 2012).

También debe tenerse en cuenta que en agosto de 2011, el Ministerio de Ciencia y Tecnología (MCT) pasó a llamarse Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (MCTI), que no es un problema semántico

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

simple, sino que refleja una opción estratégica que construimos con la participación directa y activa de nuestras secretarías y agencias, institutos de investigación, empresas y organizaciones sociales vinculadas al MCTI (MCTI 2012).

Dentro de la ENCTI, se seleccionaron algunos programas prioritarios que involucran cadenas importantes para impulsar la economía brasileña: tecnologías de información y comunicación, farmacéutica, salud, complejo industrial de petróleo y gas, complejo industrial de defensa, aeroespacial y áreas relacionadas con la economía verde, energía limpia y desarrollo social y productivo. Junto con estos programas prioritarios también se describen las líneas de acción y los ejes estratégicos, donde C,T&I figuran como el eje estructurador del desarrollo de Brasil (MCTI 2012).

También es importante destacar como aspectos relevantes dentro de las líneas de acción de ENCTI relacionadas con la innovación el Programa Ciencia sin Fronteras (CsF); el fortalecimiento de FINEP al expandir el crédito para el financiamiento de la innovación; la consolidación del Sistema Tecnológico Brasileño (SIBRATEC) para la provisión de servicios tecnológicos y extensión y la creación de la Compañía Brasileña de Investigación e Innovación Industrial (EMPRAPII) en asociación con la Confederación Nacional de Industria (CNI) buscando una interacción ágil entre universidades y empresas (MCTI 2012).

También cabe destacar la Enmienda Constitucional 85, de febrero de 2015, que modifica la Constitución Federal de Brasil para incorporar constitucionalmente el intento de las leyes 11.079/04 y 11.196/05 de crear un Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. Esto significa pasar de un modelo lineal de innovación a un modelo sistémico, compuesto por varios agentes que interactúan simultáneamente. Con eso, la cooperación —Estado, universidad, empresas (triple hélice)— se convierte en el elemento central de la política científica y tecnológica del país.

En Brasil, un análisis con datos de Pintec entre 1998 y 2000 (Cassiolato, Britto y Vargas 2005) mostró que la cooperación para innovar era pequeña para la economía (sólo cooperaba el 11% del total de empresas innovadoras). Sin embargo, las relaciones que se establecieron fueron muy relevantes, especialmente para las empresas que innovan y diferencian productos. Tessarin (2012) evaluó la cooperación de empresas con universidades e institutos de investigación a través de una encuesta de innovación aplicada a 318 empresas brasileñas a mediados de 2010 (BRSurvey) y

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

encontró que las universidades son más buscadas por las empresas porque tienen áreas de investigación más integrales, en contraste con la especificidad de la mayoría de los institutos. Bastos y Britto (2017) también utilizaron Pintec para evaluar el periodo de 2003 a 2011. Identificaron que las empresas nacionales registraron una menor proporción de acuerdos de colaboración con universidades, centros de investigación y capacitación técnica en comparación con empresas extranjeras, aunque la tasa de participación de empresas nacionales está creciendo más rápidamente, especialmente entre empresas con hasta 500 empleados.

Varios estudios sobre cooperación en Brasil se centran en la relación entre universidades/institutos de investigación y empresas (Cassiolato, Britto y Vargas 2005; Bastos y Britto 2017). Para analizarlo desde el punto de vista de las universidades, algunos autores se basan en información del Directorio de Grupos de Investigación del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq). Por ejemplo, Suzigan *et al.* (2009) lograron identificar que la investigación académica es relevante para la creación y difusión de nuevo conocimiento para las empresas. Rapini (2007) señaló que los flujos de conocimiento y servicios de los grupos de investigación son utilizados por las empresas principalmente en actividades rutinarias. Fernandes *et al.* (2010) observaron que ambos socios obtienen beneficios de la cooperación: para las universidades, hay ganancias intelectuales y económicas; en los institutos de investigación, los beneficios son intelectuales; mientras que en las empresas hay mejores resultados innovadores y productivos.

Analizando este periodo, se verifica que ocurre la incorporación efectiva de la innovación en las políticas de ciencia y tecnología, asumiendo, especialmente desde la década de 2000, un papel importante dentro de la estrategia nacional. Tomando la década de 1990 como punto de partida, se puede ver que, incluso al comienzo de la década, el énfasis del gobierno en el tema económico continúa, que sólo disminuye con el control de la inflación. Sin embargo, la investigación científica y tecnológica carecía de priorización e inversiones, surgieron buenas ideas, pero no se materializaron desde un punto de vista financiero. También quedó claro la falta de incentivos explícitos para la innovación, que llegó sólo a fines de la década.

Básicamente, a partir de 1999, el gobierno comenzó a crear políticas de incentivos a la innovación, donde se pueden destacar los siguientes

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

puntos: creación de mecanismos para fomentar la innovación por medio de fondos sectoriales; discusión extensa del tema a través de la celebración de conferencias nacionales de C,T&I; lanzamiento de la Política Nacional de C,T&I (gobierno de Lula) y más recientemente de la Estrategia Nacional de C,T&I (Gobierno de Dilma), con referencia explícita a la innovación; convergencia de las políticas C,T&I con otras políticas públicas; lanzamiento de la Ley de Innovación en 2004; cambio de nomenclatura de MCT a MCTI; y creación de la Compañía Brasileña de Investigación e Innovación Industrial (EMPRAPII).

V. CONCLUSIONES

Al analizar la evolución de las políticas de ciencia y tecnología en Brasil, el primer aspecto que está claro es que la constitución de la estructura centrada en ciencia y tecnología se produjo tarde, lo que se sumó a las condiciones de inestabilidad económica que enfrentó el país, especialmente en los años ochenta, hizo que la consolidación de políticas en este campo enfrentara dificultades, especialmente inversiones. La creación de instituciones enfocadas en el desarrollo científico y tecnológico, como CAPES y CNPq, fue un fuerte impulsor para la incorporación de C&T como estrategia de desarrollo y gobierno del país.

Sin embargo, el avance de la ciencia y la tecnología en Brasil ocurre en pequeños saltos, con una fuerte intervención estatal, un hecho que crea una mayor necesidad de mejorar las relaciones institucionales. La alternancia de periodos de avance con periodos de estancamiento impidió el desarrollo de una política permanente de ciencia y tecnología en Brasil, lo que resultó en el atraso del país en relación con centros avanzados como Estados Unidos y Europa y, más tarde, Asia.

Las inversiones en C&T son pro cíclicas, lo que significa que tienden a aumentar durante épocas de crecimiento económico y a retraerse durante las crisis, especialmente cuando se trata de crisis prolongadas. Ante la caída de la demanda, el aumento de los costes o el endeudamiento, elementos potencialmente comunes en una crisis económica prolongada, las empresas tienden a recortar inversiones cuyo retorno sólo se percibirá a largo plazo, como es el caso de las inversiones en investigación e innovación. En 2020, Brasil sigue sintiendo los efectos de la recesión económica

anterior, lo que ayuda a explicar la reducción en la tasa de innovación y en el nivel de inversiones empresariales en C&T señalada por Pintec (Pesquisa de Inovação Tecnológica) en la economía brasileña en el periodo, una fuerte caída por la pandemia de COVID-19.

De hecho, los resultados de la encuesta mostraron una caída sustancial en la tasa de innovación en el periodo 2015-2017, en comparación con la edición anterior de Pintec (2012-2014), del 36,0% al 33,6%. Esta caída se produjo en prácticamente todos los sectores económicos. En la industria, esta tasa, que había pasado del 35,6% al 36,4% entre los periodos 2009-2011 y 2012-2014, se redujo al 33,9% en el periodo 2015-2017. Lo mismo ocurrió con las tasas de innovación en el sector servicios y en el sector eléctrico, que cayeron, respectivamente, de 32,4% a 32,0% y de 29,2% a 28,4%, entre Pintec 2014 y el más reciente (IPEA 2020).

Las inversiones comerciales en C&T (como proporción del producto interno bruto —PIB—) también disminuyeron significativamente en 2017 en comparación con años anteriores. Entre 2014 y 2017, el PIB real cayó un 5,5%² y la inversión en C&T se redujo aún más. La inversión en C&T como proporción del PIB de las empresas que forman parte de Pintec, que había crecido marginalmente entre 2011 (0,55% del PIB) y 2014 (0,58%), cayó al 0,50% del PIB en 2017. Esta es la primera vez en la historia de Pintec que las inversiones en C&T caen en relación con el PIB (IPEA 2020).

Comprender este comienzo tardío, limitado y problemático es importante para comprender el proceso evolutivo de C&T en su conjunto. Al identificar las raíces de C&T en Brasil, se amplía la percepción de la situación actual, cómo se posiciona Brasil en el contexto internacional y el nivel de interferencia que se puede lograr en términos de políticas públicas en este campo. Es necesario resaltar el carácter político-ambiental que asume la política científica y tecnológica, ya que se constituye la mayoría de las veces como un soporte para otras políticas públicas, como la industrial, agrícola, educativa, sanitaria y inclusión social entre otros, cuyos propios objetivos se configuran como elementos de una estrategia más amplia, vinculada a otras políticas (DIAS 2009).

Cabe señalar que el periodo desde el régimen militar hasta el comienzo de la nueva república (1964-1990) es cuando la consolidación de una estructura de ciencia y tecnología en Brasil ocurre con la creación de instituciones relevantes y mecanismos de incentivos en este campo, así como el reconocimiento de C&T como un ítem de agenda para programas gu-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

bernamentales y planes de acción correspondientes. Sin embargo, desde un punto de vista económico, la inestabilidad económica y la imprevisibilidad marcan la pauta, lo que hace que el gobierno concentre todos sus esfuerzos en esta área y deje de avanzar desde la perspectiva de C&T. Mientras tanto, el mundo comenzaba a darse cuenta de que incorporar la innovación a las políticas y acciones en el campo de la ciencia y la tecnología era fundamental para ganar competitividad internacional, lo que desencadenó la creación de un conjunto de incentivos para las actividades de innovación.

En el periodo que comienza en la década de los noventa, a medida que se supera la situación de inestabilidad económica, se están planteando nuevas demandas en la agenda del gobierno, entre ellas las propuestas en torno a C&T. Los desafíos giran en torno al nivel de inversión requerido y la falta de investigación científica y tecnológica sistemática en el país, así como la falta de incentivos explícitos para la innovación, que sólo ocurrió a fines de la década. De acuerdo con Felipe, Pinheiro y Rapini (2011) durante la década de los noventa, Brasil no adquiere instrumentalidad, ni cuenta con instituciones que puedan promover ningún tipo de intervención en el sistema económico para alinearlos con las transformaciones globales, especialmente en el campo de ciencia y tecnología, que proviene de Brasil sucediendo más claramente en la década de 2000.

Sin embargo, en este momento está claro que la innovación está ganando terreno, especialmente en la agenda de las discusiones, pero es efectivamente a partir de la creación de fondos del sector en 1999, que Brasil se basa explícitamente en la innovación incorporada en sus políticas de ciencia y tecnología. Este hecho se reflejará positivamente en las políticas de desarrollo regional, estatal y municipal. A partir de ese momento, la innovación gana cada vez más espacio dentro de las políticas gubernamentales, que ahora se refieren al trinomio C,T&I.

Uno de los aspectos a destacar en las últimas décadas (90 y 2000) es precisamente el carácter de continuidad de la política científica y tecnológica brasileña con respecto a los temas de su agenda, con énfasis en la formación de recursos humanos y también el estímulo a la ciencia como forma de promover el desarrollo tecnológico y la internalización de las capacidades tecnológicas, entre otros (Serafim y Dagnino 2011). Este hecho contribuye positivamente para que Brasil, basado en la innovación, alcance un nuevo nivel en la escala de competitividad mundial. Sin embargo,

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

la incorporación de la innovación en ciencia y tecnología es una historia que todavía se está contando y, como fenómeno reciente, aún promete muchos desarrollos.

Por lo tanto, para lograr una mayor efectividad y eficiencia en su política científica y tecnológica, el país necesita adoptar estrategias de largo plazo que construyan efectivamente un sistema nacional de innovación capaz de impactar otras políticas, como las políticas de desarrollo económico y la política industrial. Si bien el país ha avanzado mucho, aún quedan muchos cambios por suceder, como la mejora del marco legal, el aumento del financiamiento y, especialmente, la construcción de la capacidad de innovación de la industria brasileña, formando así una cultura de innovación capaz de desarrollar Brasil.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUDA, M.; VELMULM, R. y HOLLANDA, S. 2006. *Inovação tecnológica no Brasil: A indústria em busca da competitividade global*. São Paulo. Anpei.
- BASTOS, V. D. 2003. “Fundos Públicos para ciência e tecnologia”. *Revista do BNDES*, vol. 10, núm. 20, 229-260.
- BASTOS, C. P. y BRITTO, J. 2017. “Inovação e geração de conhecimento científico e tecnológico no Brasil: uma análise dos dados de cooperação da Pintec segundo porte e origem de capital”. *Revista Brasileira de Inovação*, vol. 16, núm. 1, 35-62.
- BAUMGARTEN, M. 2008. *Conhecimento e sustentabilidade: políticas de ciência, tecnologia e inovação no Brasil contemporâneo*. Porto Alegre. UFRGS.
- CASSIOLATO, J. E., BRITTO, J. y VARGAS, M. A. 2005. “Arranjos cooperativos e inovação na indústria brasileira”. NEGRI, J. A. de; SALERNO, M. S. (eds.). *Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras*. Brasília. IPEA.
- Centro de Gestão de Estudos Estratégicos. 2006. *3a. Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: síntese das conclusões e recomendações*. Brasília. MCT-CGEE.
- Centro de Gestão de Estudos Estratégicos. 2010. *Livro Azul da 4a. Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável*. Brasília. MCT-CGEE.

- CORDER, S. 2006. “Políticas de inovação tecnológica no Brasil: Experiência recente e perspectivas”. *Texto para Discussão 1.244*. Brasília. Instituto de Pesquisa Aplicada.
- DAHLMAN, C. J. y FRISCHTAK, C. R. 1993. “National Systems Supporting Technical Advance in Industry: The Brazilian Experience”. Nelson, R. (ed.). *National Innovation Systems: a Comparative Analysis*. New York. Oxford University, 414-450.
- DIAS, R. B. 2009. *A Trajetória da Política Científica e Tecnológica Brasileira: um olhar a partir da análise de política*, tesis de doctorado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências. Campinas.
- DUDZIAK, E. A. y PLONSKI, G. A. 2008. “Lei de Inovação e pesquisa acadêmica”. *Revista Gestão Industrial*, vol. 4, núm. 1, 1-18.
- FELIPE, E. S.; PINHEIRO, A. O. M. y RAPINI, M. S. 2011. “A convergência entre a política industrial, de ciência, tecnologia e de inovação: uma perspectiva neoschumpeteriana e a realidade brasileira a partir dos anos 90”. *Pesquisa & Debate*, vol. 22, núm. 2, 265-290.
- FERNANDES, A. C. A., SOUZA, B. C. de, DA SILVA, A. S., SUZIGAN, W., CHAVES, C. V. y ALBUQUERQUE, E. D. M. E. 2010. “Academy-industry links in Brazil: evidence about channels and benefits for firms and researchers”. *Science and Public Policy*, vol. 37, núm. 7, 485-498.
- FERREIRA, S. 2012. “Reformas na Educação Superior: de FHC a Dilma Rousseff (1995-2011)”. *Linhas Críticas. Brasília*, núm. 36, 455-472.
- GUIMARÃES, E. A. 2008. “Políticas de Inovação: Financiamento e Incentivos”. NEGRI, J. A. de y KUBOTA, L. C. (eds.). *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil*. Brasília. IPEA.
- Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. 2020. *Redução drástica na inovação e no investimento em P&D no Brasil: o que dizem os indicadores da pesquisa de inovação 2017*, nota técnica 60. Rio de Janeiro. IPEA.
- LIMA, P. G. 2011. *Política científica & tecnológica no Brasil no Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)*. Dourados. UFGD.
- LIMA, P. G. 2009. *Política científica e tecnológica: países desenvolvidos, América Latina e Brasil*. Dourados. UFGD.
- LUNDVALL, B. y BORRÁS, S. 2007. “Science, Technology and Innovation Policy”. FAGERBERG, J., MOWERY, D. C., NELSON, R. R. (eds.). *The Oxford Handbook of Innovation*. New York. Oxford University Press, 599-631.

- Ministério da Ciência e Tecnologia. 2007. *Relatório de Gestão do MCT (2003-2006)*. Brasília. MCT.
- Ministério da Ciência e Tecnologia. 2007. *Plano de Ação do MCT (2007-2010)*. Brasília. MCT.
- Ministério da Ciência e Tecnologia. 2010. *Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação: Principais resultados e avanços (2007-2010)*. Brasília. MCT.
- Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. 2012. *Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2012-2015 e Balanço das atividades estruturantes 2011*. Brasília. MCTI.
- MENDONÇA, A. W. P. C. 2000. "A universidade no Brasil". *Revista Brasileira de Educação*, núm. 14, 131-150.
- MOREIRA, N. V. A., ALMEIDA, F. A. S., COTA, M. F. M. y SBRAGIA, R. 2007. "A inovação tecnológica no Brasil: os avanços no marco regulatório e a gestão dos fundos setoriais". *Revista de Gestão USP*, São Paulo, vol. 14, núm. especial, 31-44.
- MOTOYAMA, S. 2004. *Prelúdio para uma história: ciência e tecnologia no Brasil*. São Paulo. EDUSP.
- PACHECO, C. A. 2003. *As reformas da política nacional de ciência, tecnologia e inovação no Brasil (1999 - 2002)*. Santiago do Chile. CEPAL.
- PEREIRA, N. M. 2005. "Fundos Setoriais: avaliação das estratégias de implementação e gestão". Texto para Discussão 1.136, Brasília. Instituto de Pesquisa Aplicada.
- RAPINI, M. S. 2007. "Interação universidade-empresa no Brasil: evidências do Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq". *Revista Estudos Econômicos*, vol. 37, núm. 1, 211-233.
- ROCHA, E. M. P. y FERREIRA, M. A. T. 2004. "Indicadores de ciência, tecnologia e inovação: mensuração dos sistemas de CTel nos estados brasileiros". *Ciência da Informação*, Brasília, vol. 33, núm. 3, 61-68.
- SALERNO, M. S. 2004. "A política industrial, tecnológica e de comércio exterior do Governo Federal". *Parcerias Estratégicas*, núm. 19, 13-35.
- SALLES FILHO, S. 2002. "Política de Ciência e Tecnologia no I PND (1972/74) e no I PBDCT (1973/74)". *Revista Brasileira de Inovação*, v.1, n.2, p.398-419.
- SALLES FILHO, S. 2003. "Política de Ciência e Tecnologia no II PBDCT (1976)". *Revista Brasileira de Inovação*, vol. 2, núm. 1, 179-211.
- SALLES FILHO, S. 2003. "Política de Ciência e Tecnologia no III PBDCT (1980- 1985)". *Revista Brasileira de Inovação*, vol. 2, núm. 2, 407-432.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1087-1116.

- SANTOS, S. M. 2001. “Política nacional de ciência e tecnologia e seu reflexo sobre a capacitação tecnológica das empresas brasileiras”. *Ensaios FEE*, vol. 22 núm. 1. Porto Alegre, 161-186.
- SCHWARTZMAN, S. 1995. “Ciência e Tecnologia na Década Perdida: o que aprendemos?”. SOLA, L. y PAULANI, L. M. (eds.). *Lições da Década de 80*. São Paulo. EDUSP, 241-266.
- SCHWARTZMAN, S. 2001. *Um espaço para a ciência: a formação da comunidade científica no Brasil*. Brasília. Ministério da Ciência e Tecnologia.
- SCHWARTZMAN, S.; KRIEGER, E., GALEMBECK, F.; GUIMARÃES, E. A. y BERTERO, C. O. 1995. “Ciência e tecnologia no Brasil: uma nova política para um mundo global”. SCHWARTZMAN, S. (ed.). *Ciência e Tecnologia no Brasil: Política Industrial, Mercado de Trabalho e Instituições de Apoio*. Río de Janeiro. Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1-59.
- SERAFIM, M. P. y DAGNINO, R. P. 2011. “A política científica e tecnológica e as demandas da inclusão social no governo Lula (2003-2006)”. *Organização & Sociedade*, Salvador, vol. 18, núm. 58, 403-427.
- SILVA, S. G. y MELO, L. C. P. 2001. *Tecnologia e inovação: desafio para a sociedade brasileira-Livro Verde*. Brasília. Ministério da Ciência e Tecnologia, Academia Brasileira de Ciências.
- STEMMER, C. E. 1995. “Programa de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PADCT)”. SCHWARTZMAN, S. (ed.). *Ciência e Tecnologia no Brasil: Política Industrial, Mercado de Trabalho e Instituições de Apoio*. Río de Janeiro. Editora da Fundação Getúlio Vargas, 101-129.
- SUZIGAN, W., ALBUQUERQUE, E., GARCIA, R. y RAPINI, M. S. 2009. “University and industry linkages in Brazil: some preliminary and descriptive results”. *Seoul Journal of Economics*, vol. 22, núm. 4, 591-611.
- SUZIGAN, W. y ALBUQUERQUE, E. M. 2011. “A interação universidades e empresas em perspectiva histórica no Brasil”. *Em busca da inovação: Interação Universidade-Empresa no Brasil*. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 17-43.
- SUZIGAN, W. y ALBUQUERQUE, E. M. 2011. “The underestimated role of universities for the Brazilian system of innovation”. *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 31, núm. 1, 3-30.
- TESSARIN, M. S. 2012. *Cooperação e inovação tecnológica na indústria brasileira: uma análise comparativa entre empresas interativas e não interativas*. Dissertação (Mestrado). Instituto de Geociências. Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

- TRÓPIA, P. V. 2007. “A Política para o Ensino Superior do Governo Lula: uma análise crítica”. *Cadernos da Pedagogia* año I, vol. 2, 1-19.
- VERONESE, A. 2006. “A busca de um novo modelo de gestão para a ciência, tecnologia e inovação na política do MCT (1995-2002)”. *Revista de Administração Pública*, vol. 40, núm. 1, 107-125.
- VIDEIRA, A. A. P. 2010. *25 anos de MCT: raízes históricas da criação de um Ministério*. Río de Janeiro. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos.
- VIOTTI, E. B. 2003. “Fundamentos e evolução dos indicadores de CT&I”. VIOTTI, E. B. y MACEDO, M. M. (eds.). *Indicadores de ciência, tecnologia e inovação no Brasil*. Campinas. UNICAMP.

LAS SOCIEDADES DE CONVIVENCIA EN CAMPECHE. RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD O DISCRIMINACIÓN*

CAMPECHE'S COHABITATION SOCIETIS. RECOGNIZING DIVERSITY OR DISCRIMINATION

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA**

RESUMEN: La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión de Derechos Humanos de Campeche contra la reforma al Código Civil de Campeche que introdujo las sociedades de convivencia como parte de las instituciones de derecho de familia es el punto de partida para analizar esta figura y sus implicaciones tanto sociales como frente a la infancia. Se destaca el análisis de la igualdad como principio de derechos humanos consagrado en la Constitución frente a prejuicios discriminatorios que todavía permean en la sociedad mexicana, sobre todo cuando se considera que está en riesgo la heteronormatividad como pilar constitutiva de la familia y se hace evidente la discriminación que sufren las personas cuya preferencia o identidad sexual no se enmarca en la heterosexualidad que afecta, entre otros derechos humanos, el derecho a fundar una familia.

Palabras clave: derechos humanos, interés superior de la infancia, igualdad y no discriminación, sociedad de convivencia, familia.

ABSTRACT: The National Supreme Court of Justice's decision about the unconstitutional action promoted by the Campeche's Human Right Commission against the reform of the Civil Code of that federative entity that introduced the cohabitation societies as part of the family right's institutions is the start point to analyze this figure and the implications of the same both socially and towards children. It is important to emphasize the analysis of equality as the sacred value in the Constitution facing the discriminatory prejudices that still permeate Mexican society, especially when we consider heteronormativity at risk as the constitutive pillar for the family, and it's more evident the discrimination suffered by people whose preference or sexual identity is not within heterosexuality and how it affects, among other human rights, their right to form a family.

Key words: human rights, supreme childhood interest, equality and not discrimination, cohabitation society, family.

¹ Recibido el 7 de mayo de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

² ORCID: 0000-0001-5695-854X. Feminista; doctora en Derecho por la UNAM; investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sociedades civiles de convivencia del estado de Campeche*. III. *La discriminación y el derecho a fundar una familia*. IV. *Adopción en interés superior de la infancia*. V. *Reflexiones finales a manera de conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este análisis nace de la acción de inconstitucionalidad 8/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en relación con los ejercicios que diferentes poderes legislativos en nuestro país hicieron para intentar reconocer todos los derechos humanos, en especial los relacionados con la formación de una familia, a quienes no se identifican con los estereotipos socioculturales en un esquema patriarcal heteronormativo. En esta ocasión el análisis y los debates se refieren a uno de los mecanismos intermedios entre la prohibición y el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo: la sociedad de convivencia, pacto civil de solidaridad o sociedad civil de convivencia, como se les denomina en Campeche cuya legislación fue motivo de esta acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión de Derechos Humanos de esa entidad federativa (en adelante CDHCampeche) respecto del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche (en adelante Ley Regulatoria).¹

Los conceptos de invalidez en los que fundamentó su acción la CDHCampeche, señalan que dicho numeral viola los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Carta Magna), así como los numerales 1o., 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Pacto de San José) en la medida en que establece una prohibición discriminatoria hacia las personas que celebran el contrato de sociedad civil de convivencia que les impide realizar adopciones en forma conjunta o individual, compartir o encomendar la patria potestad, guarda y custodia de hijas e hijos menores de edad de la persona con quien celebró dicho contrato.

La CDHCampeche considera que es discriminatorio el mencionado artículo 19 porque, en su opinión, el sólo establecimiento de una sociedad

¹ Publicada en la Segunda Sección del *Periódico Oficial del Estado de Campeche*, el viernes 27 de diciembre de 2013.

en convivencia no es razón suficiente ni justificada para establecer dicha prohibición, pues esta distinción se basa en una “categoría sospechosa”² que, según lo señalado en la resolución de amparo en revisión 567/2012 sobre matrimonio entre personas del mismo sexo dictada por la Primera Sala de la SCJN, afecta con presunción de inconstitucionalidad el referido numeral de la *ley regulatoria*.

En este contexto, la CDHCampeche sostiene que la prohibición para adoptar impuesta a las personas convivientes es un trato arbitrario en la medida en que “da un tratamiento de inferioridad, hostil y discriminatorio, menoscabando la dignidad y derechos que sí son reconocidos a quienes no se encuentran en una sociedad civil de convivencia” lo que *per se* afecta el derecho a formar una familia que asiste a todas las personas.³

Estos planteamientos y las consideraciones contenidas en el estudio de fondo que hace el Pleno de la SCJN, obliga a detenerse en varias interrogantes:

- a) ¿Por qué la CDHCampeche supone, como se señala en los conceptos de invalidez, que es precisamente la orientación sexual de los convivientes la que se encuentra en el centro de la Ley en Convivencia —por tanto, del artículo 19 que se impugna— cuando claramente en todo el texto de la ley regulatoria se hace referencia a personas de distinto o del mismo sexo?
- b) ¿Es o no la sociedad en convivencia una institución de derecho cuyo objeto es la fundación de una familia? Pregunta pertinente pues todo el texto de la ley regulatoria, no sólo el artículo 19, pone en evidencia una voluntad legislativa contraria a dicho objetivo, como por ejemplo, la obligación de que sea registrada en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y no en el Registro

² Considero importante reiterar que, desde mi punto de vista, el concepto “categoría sospechosa” es muy desafortunado pues, en español, la sospecha gravita sobre una de las categorías analíticas contenidas en el artículo 1o. de nuestra carta magna y no sobre quien genera condiciones de discriminación con relación a las personas que se ubican en una o varias de dichas categorías. Lo grave es que la resolución que se comenta establece una tesis de jurisprudencia confirmando este desafortunado concepto.

³ Aunque en el texto de la resolución en comentario se habla del “derecho a la organización familiar” que no es necesariamente el mismo contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de “formar una familia”.

Civil, lo que nos lleva a otra pregunta, ¿qué es pues una sociedad en convivencia y cuál es su naturaleza jurídica?

- c) ¿Qué supone el interés superior de la infancia en una adopción y cómo se decide qué está bien para un niño, niña o adolescente sin familia?

Para dar respuesta a estas interrogantes, analizaremos la naturaleza jurídica de la sociedad en convivencia, el derecho a fundar una familia, el binomio adopción/interés superior de la infancia, todo en el marco del complejo esfuerzo por definir los conceptos de discriminación en una cultura que, en primera instancia, reacciona con prejuicios y presupuestos dejando un matiz incómodo en el análisis y las conclusiones.

II. SOCIEDADES CIVILES DE CONVIVENCIA DEL ESTADO DE CAMPECHE

1. *El concepto*

Figura relativamente nueva en el panorama jurídico nacional e internacional, también conocida en otros países como “pacto civil de solidaridad” o “pacto común de solidaridad”. Surge en la última década del siglo pasado como el primer acercamiento a un reconocimiento de las relaciones familiares formadas a partir de una pareja de personas del mismo sexo. En nuestro país, las primeras normas sobre la materia datan de la primera década de este siglo, en Francia se legisló una década antes; sin embargo, una búsqueda minuciosa y comparativa demuestra que pocos países de Occidente tienen normas similares. En algunos, como España, en donde no se reconocían las uniones de hecho o concubinato sino hasta finales del siglo XX, se abrió un debate interpretativo que pareció abrir las puertas al reconocimiento jurídico de las parejas formadas por dos personas del mismo sexo, sin embargo, la literatura disponible poca, por cierto, parece indicar que estas “uniones de hecho” se refieren a la pareja formada por un hombre y una mujer.

En todo caso, este primer paso hacia el reconocimiento de las uniones de hecho o legales entre persona del mismo sexo, no tuvo mucho eco en el mundo jurídico, pues los grupos que impulsaron su creación avanzaron

más rápido que la propia legislación y llegaron hasta la aprobación de los matrimonios (mal) llamados igualitarios.⁴

En nuestro país, la Ciudad de México, Coahuila y Campeche, son ejemplo de la escasísima legislación en la materia. Todas coinciden en definir a estas uniones como un acuerdo o contrato celebrado por dos personas mayores de edad, del mismo o diferente sexo, con el objeto de organizar una vida común (Aoun 2000).

En México, Adame (2007, 931-949), tomando como referencia la Ley de Sociedades en Convivencia para el Distrito Federal,⁵ señala que se trata de una sociedad voluntaria que se constituye exclusivamente entre dos personas, que pueden ser de diferente o del mismo sexo con el objeto de establecer un “hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua” y que “sólo pueden asociarse personas mayores de edad, con plena capacidad jurídica, que no estén unidas en matrimonio, concubinato o en otra sociedad de convivencia y que no sean parientes consanguíneos en línea recta, sin límite de grado, o en línea colateral hasta el cuarto grado” tal como lo señala el artículo 4o. de la ley en la Ciudad de México ya mencionada, similar a las definiciones y requisitos contenidos en la norma de Campeche.

En los acuerdos que dan nacimiento a esta sociedad, que pueden darse por escrito, los convivientes pueden establecer de manera libre las reglas de su convivencia, así como la forma de organizar sus relaciones patrimoniales. Estos acuerdos de voluntad para tener valor jurídico oponibles a terceros, deben ser registrados, en el caso de Campeche, en el Registro Público de la Propiedad y deben contener: nombre, datos generales y firma de los convivientes y de dos testigos, el domicilio donde pretenden establecer su hogar común, la manifestación expresa de vivir juntos para ayudarse mutua y permanentemente, así como los acuerdos señalados al inicio de este párrafo.

⁴ Considero que es un error calificar como igualitarios a los matrimonios entre personas del mismo sexo porque ello implica que en los matrimonios entre personas heterosexuales no hay igualdad. Aunque puedo entender las razones por las que así se les denomina, es un contrasentido que subraya la desigualdad en los matrimonios heteronormados y, al mismo tiempo, marca una diferencia teórica que es en sí discriminatoria.

⁵ Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de noviembre de 2006 que entró en vigor el 17 de marzo de 2007.

Los efectos de estas sociedades son semejantes a los del concubinato, de hecho, las normas tanto en Campeche como en la Ciudad de México, establecen, de manera precisa, que lo no previsto en ellas será regulado por las disposiciones sobre el concubinato. Finalmente, es de subrayar, que los convivientes están obligados a proporcionarse alimentos, además de los derechos sucesorios y para su terminación basta el acuerdo de ambas partes o la expresión unilateral de dar por terminada la relación, de la cual deberá darse aviso a la autoridad ante quien fue registrada y, en caso de ser expresión unilateral, deberá notificarse a la otra parte en un plazo no mayor a veinte días.

2. *Su naturaleza jurídica*

Tomando en consideración lo señalado en el punto anterior, podemos entender por qué en Francia se afirma que estas uniones son, en realidad, un concubinato organizado. Efectivamente, leemos:

...el concubinato organizado mediante un Pacto Civil de Solidaridad se aproxima al matrimonio, sin tener su carácter solemne ni su fuerza moral y simbólica; resulta paradójico constatar que, por su parte, el matrimonio, con la simplificación del procedimiento de divorcio y la relajación de las reglas relativas al cambio de régimen matrimonial, también se ha aproximado al Pacto Civil de Solidaridad (Ginisty 2006).

Esta afirmación, junto con la suplencia establecida por la ley regulatoria que se comenta, deja claro que, más allá de las críticas de las persona detractoras, la sociedad civil en convivencia, independientemente, del nombre que se le dé, es una institución de derecho de familia. En esta medida, se debe analizar e interpretar su normativa tomando en consideración los efectos diversos que esta figura tiene no sólo para las personas convivientes, sino para todo su entorno familiar y sus comunidades.

En este sentido, es relevante que la SCJN haya señalado —y lo reitera en esta acción de inconstitucionalidad— que la familia es una realidad social cuyo concepto es dinámico.⁶ Es muy pertinente retomar estas afirma-

⁶ Textualmente señala que “esta Suprema Corte de Justicia ha destacado que el artículo 4o. constitucional impone la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia y ha agregado que este precepto debe entenderse como protector de la familia

ciones pues, efectivamente, el concepto familia no puede ser entendido ni estudiado a partir de concepciones rígidas que datan de épocas pretéritas y ya superadas. Sin embargo, se debe tener cuidado con estos términos en la identificación de la naturaleza jurídica de instituciones de derecho de familia como lo son las sociedades de convivencia, pues encontramos que este mismo concepto es utilizado con objetivos claramente opuestos a la línea discursiva de la SCJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, una búsqueda somera de “familia como realidad social” nos lleva a esta definición: “La familia es una realidad social, de cultura. No podemos calificarla con conceptos de naturaleza ideológica. No se puede hablar hoy de familia conservadora o familia progresista: la familia es familia...”⁷

En otras palabras, no perdamos el tiempo en definir algo que simplemente es y que tiene connotaciones culturales más allá de la memoria humana. Sin embargo, es importante entender que el concepto *realidad social* contiene un conjunto de comportamientos e interacciones personales en continua tensión y movimiento, por tanto, la familia —en singular— como realidad social debe estudiarse en el marco de las comunidades en las que se inserta; en un contexto histórico, cultural y evolutivo que refiere símbolos o construcciones simbólicas en una sociedad determinada y, a su vez, obliga a reconocer la influencia de diferentes factores de influencia tanto internos como externos.

Con estos elementos que la propia SCJN pone en el debate, más los referentes legislativos que indican de manera clara la suplencia de las normas sobre el concubinato en el ámbito de las sociedades de convivencia, es claro que su naturaleza jurídica no puede ser definida sino mediante una institución de derecho de familia que se crea por medio de un contrato o

como realidad social y como concepto dinámico” y lo hace a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos Furlán y Familiares vs. Argentina (2012) y Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012), así como en su propia Tesis P XXIII/2011: “Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (homoparentales)”.

⁷ Véase la página <https://denzingerbergoglio.com/la-familia-es-una-realidad-social-de-cultura-no-podemos>. Que se define a sí misma como “Los sorprendentes aportes de Francisco al Magisterio bimilenario de la Iglesia...” página administrada “por un conjunto de sacerdotes diocesanos, amigos de comunes inquietudes, que han querido realizar esta iniciativa en busca de respuestas seguras a los interrogantes más apremiantes del tiempo presente para los hijos de la Iglesia.”

acuerdo de voluntades entre dos personas del mismo o de distinto sexo. Una naturaleza jurídica compleja como sucede con el matrimonio (Pérez Duarte 2007, pp. 73-82).

A partir de esta línea de reflexión se puede entender la gran resistencia que existe en México —reflejada también en algunas de las líneas discursivas de votos particulares— ante la evolución de esa realidad social llamada familia desde los derechos humanos que abre la puerta a la posibilidad de que personas que no responden al mandato de heteronormatividad de la llamada cultura mexicana puedan formar, de manera legal, una familia.

Esto mismo sucedió en Europa, donde pocos países legislaron en la materia antes de que se aprobaran los matrimonios entre personas del mismo sexo. Francia, Bélgica, los Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Suecia, Islandia lo hicieron entre finales de la década de los ochenta y los noventa del siglo pasado. La resistencia fue grande a partir del miedo a que se modificara la legislación sobre concubinato y sobre matrimonio para abrirse a homosexuales y lesbianas, en un futuro no muy lejano a personas trans (Bach-Ignasse 2000).

Una resistencia que sigue presente en México, a pesar de que la SCJN ya determinó que aquellos ordenamientos civiles de la república que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo son inconstitucionales.⁸ Las evidencias están en la prensa todos los días. Grupos que se identifican mediante ideologías judeocristianas alegan en todos los tonos y en cualquier foro en que se les permita expresar su opinión, que sólo existe una “familia natural” la formada por el hombre, la mujer y sus hijos (así en masculino). Por descontado se da que tienen derecho a expresar sus puntos de vista y a formar sus familias de conformidad con sus creencias e ideologías.

⁸ Ejemplo el resultado reciente del Congreso de Yucatán por el que se votó en contra de la iniciativa que proponía una reforma de la constitución estatal para dar cabida a los matrimonios entre personas del mismo sexo, atendiendo a la jurisprudencia ya establecida en esta materia. La iniciativa para modificar el artículo 94 y el 49 de la Constitución estatal, así como el artículo 201 del Código familiar fue enviada al Congreso en marzo de 2018 por el entonces gobernador Rolando Zapata Bello; fue aprobada por mayoría de votos en la Comisión de Puntos Constitucionales y Gobernación el 9 de abril de 2019, el proyecto dictamen fue turnado al pleno y ahí fue rechazado el 10 de abril también por mayoría de votos, en una sesión inusual, por decir lo menos, en la que un grupo de personas estuvieron rezando de rodillas durante los debates y porque se votó por cédula.

Lo que no pueden, en el marco de un Estado laico respetuoso de los derechos humanos, es pretender imponerse sobre otras formas de ser y de pensar, pues al Estado laico le corresponde establecer normas de convivencia en las que tengan cabida todas las expresiones de *realidad social familiar* y garantizar el respeto para todas ellas en un contexto de igualdad y no discriminación que considere el respeto a la dignidad de todas las personas como el punto de partida de las relaciones en la sociedad.

Ejemplo de ello, son las razones del disenso expresadas por el entonces ministro Eduardo Medina Mora en la acción de inconstitucional que se analiza. Él afirma que las normas de las sociedades de convivencia no son equiparables ni al matrimonio ni al concubinato, ignorando que la ley regulatoria establece la equiparación con esta última forma de unión familiar de manera expresa y sin lugar a dudas. También señala en su voto particular que las personas que suscriben estos acuerdos son solteras cuando la misma ley regulatoria señala que se les llama *convivientes* no solteros, creando un estado civil específico para esta figura; finalmente afirma que se trata de uniones que “no tienen condiciones de estabilidad y duración a largo plazo”, desconoce así una realidad: ni el matrimonio ni el concubinato tienen esas condiciones, pues la propia SCJN ha determinado que, por encima de las disposiciones legales está la libre determinación de las personas, es decir, la simple manifestación de la voluntad de no querer estar unido en concubinato o matrimonio es suficiente para dar por terminada la relación, aunque para este último deberá mediar una sentencia dictada por tribunal competente.

Esta idea de la permanencia del matrimonio que Medina Mora extiende al concubinato, tiene raíces decimonónicas y judeocristianas como las expresiones “hasta que la muerte los separe” o “lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre” que son rituales en el matrimonio católico, ideología que permea el pensamiento del otrora ministro Medina Mora, pero ya no corresponden a la *realidad social* de esta institución, tampoco al concubinato.⁹

Con estadísticas, Medina Mora afirma que las personas no quieren la sociedad de convivencia en Campeche y concluye que las personas en esa

⁹ Valdría la pena hacer una revisión estadística para tratar de establecer la duración promedio de las relaciones concubinarias y matrimoniales en esa misma entidad federativa.

entidad federativa la encuentran poco funcional sin “beneficio práctico”, argumento que es más una impresión personal que un dato basado en estudios empíricos; además, pierde de vista la evolución en el derecho de familia en México con la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo y la declaración que la propia SCJN hizo sobre la inconstitucionalidad de todas aquellas disposiciones que limiten la unión conyugal a un hombre y una mujer.

En todo caso, las razones de disenso de Medina Mora no son suficientes para desvirtuar lo que la propia ley regulatoria determina y que señalan con claridad que las sociedades de convivencia son un mecanismo normativo para formar una familia al describir con puntualidad varios de los elementos de esta *realidad social*: las disposiciones de esta ley son de orden público e interés social, como todas las relacionadas con las familias; se aplican de manera supletoria las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche, en especial en lo relativo al concubinato; el objetivo del contrato de los convivientes es el establecimiento de un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común, de forma muy parecida a los objetivos del matrimonio.

III. LA DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

Asentado que la sociedad en convivencia es una institución¹⁰ de derecho de familia con la que se tejió un puente entre el concepto heteronormado de este grupo social y el reconocimiento de la discriminación que sufren las personas cuya preferencia o identidad sexual no se enmarca en la heterosexualidad que afecta, entre otros derechos humanos, el derecho a fundar una familia contenido en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante ICCPR por sus siglas en inglés), en el cual, se establece que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; norma relacionada con el artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se amplían los límites de la protección del Estado a este grupo social, al señalar que se

¹⁰ Una invención jurídica, dijeron durante los debates en Francia a finales del siglo pasado e inicios del presente (Bach-Ignasse 2000, 85 y ss).

“debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.¹¹

El Comité de Derechos Humanos (en adelante CCPR por sus siglas en inglés), órgano de vigilancia del ICCPR, en su Observación general 19¹² reconoció que no es posible definir de manera uniforme del concepto *familia* —ni en singular y mucho menos en plural— porque hay diferencias culturales e ideológicas importantes entre uno y otro Estado parte de este instrumento internacional, como las hay al interior de estos mismos entre sus diferentes regiones.

Si bien es cierto que en esa época con el reconocimiento de la diversidad de familias se hacía referencia a: la familia de tipo nuclear, es decir, la conformada por las y los progenitores y su prole; la familia extendida, es decir, en la que se incluyen varias generaciones habitando en el mismo hogar o con relaciones reconocidas por la legislación; a las “parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos”, y a las familias monoparentales, todavía no se reconocía la posibilidad de que personas del mismo sexo se unieran para formar una familia. Precisamente, la incursión en la figura que se comenta, es el primer acercamiento formal y normativo.

Dicho esto, es importante subrayar cómo desde los años noventa del siglo XX se empezó a entender que “la familia” es un constructo sociocultural presente en la historia de la humanidad en la medida en que todas las personas nacen en un entorno familiar, incluso en la precariedad y la orfandad existe la paradoja de esta realidad social a partir de la carencia; sin embargo, no tiene una definición que permita englobar la complejidad que este grupo/realidad social implica y menos si se hace referencia a través del singular. Hoy estamos ante un plural más complejo y diverso.

En este contexto, desde el punto de vista jurídico, se reconoce que hasta el siglo pasado, hace no más de 20 años, la figura jurídica que organizaba de manera unívoca la vida en pareja de dos personas (hombre y mujer) para vivir en común y formar su familia, era el matrimonio. Se dice:

¹¹ Ver numeral 1 del artículo mencionado.

¹² Correspondiente al 39° periodo de sesiones de este Comité celebrado en 1990.

Nos habíamos acostumbrado a esta unicidad y parecía inimaginable, hasta hace algunos años, cuestionarla. Sin embargo, es ya una realidad: hoy hay tres esquemas jurídicos distintos que pasan por la vida en pareja porque a la vida en matrimonio y al pacto civil se deben añadir las disposiciones sobre el concubinato que se inscribieron en la legislación a partir de la discusión sobre los PACS (Bach-Ignasse 2000, 85).

Sí, ya estaban inscritas y a ellas se añade el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuya aprobación pasó por los mismos discursos y argumentos pues se reconoce que estos pactos de convivencia encierran prácticas claramente discriminatorias como el rechazo a celebrar contratos de arrendamiento a estas parejas, reconocer que son una pareja formal y, por tanto, una familia. Incluso, la propia figura surge como un paliativo a la demanda de la llamada comunidad LGBTTTTIQ del reconocimiento de estas familias.¹³ Digo bien, paliativo, porque con ello se pretendió mantener al matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, es posible encontrar el hilo discriminador que subyace cada vez que se toca el tema. Por ejemplo, en la misma observación general del CCPR se especifica que “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”, es decir, se unen dos componentes: la vida en común y *la posibilidad* de procrear. Posibilidad que hoy en día permite incluir en el abanico de parejas que pueden no procrear entre ellas pero sí hacer vida en común, distintas a las compuestas por dos personas del mismo sexo, por tanto, no habría necesidad de hacer ninguna aclaración aunque, en la época en que se emitió esta observación general, en el imaginario colectivo de las y los integrantes del CCPR sólo existía la pareja formada por un hombre y una mujer.

La disposición normativa no limita ni excluye como tampoco lo hacen las observaciones posteriores, pero es evidente que la resistencia ahí está, ¿por qué? La respuesta puede encontrarse en las reacciones que se presentaron con la aparición de la figura de sociedad de convivencia en el marco del derecho de familia en el país y la primera aprobación de reformas a

¹³ Siglas que corresponden a: lesbianas, gay (hombres homosexuales), bisexuales, transvesti, transexuales, transgénero, intersexual y queer, aunque no exista como tal dicha comunidad, sino realidades referidas a personas con identidad diferente al binario hombre/mujer o preferencia sexual distinta a la heterosexual.

los ordenamientos civiles para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así, en la exposición de motivos de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, se reconoce un lenguaje que pretendió ser incluyente, sin embargo, ahí mismo están las semillas de los prejuicios discriminatorios. Efectivamente, se utilizan conceptos como “expresión del amplio espectro de la diversidad social” por medio del cual pareciera que hay un reconocimiento a las diversas manifestaciones de la sexualidad y de las relaciones de pareja a las que se les pretende dar reconocimiento, un orden legal y un sentido de permanencia; sin embargo, expresiones como la que indica que esta figura “no interfiere en absoluto, con la institución del matrimonio ni la vulnera” o “no enfrenta ni desafía a las familias convencionales ni pretende socavar los valores morales de las personas” contradicen la intención de reconocer esa diversidad, pues generan un régimen exclusivo para las parejas del mismo sexo cuyas consecuencias no son ni siquiera similares a las del matrimonio o del concubinato, estableciendo un instituto de derecho familiar limitado, excluyente y discriminatorio, a pesar de que, tanto en la Ciudad de México como en Campeche la institución supletoria es el concubinato.

Esta misma tensión entre valores tradicionales heteronormados y el reconocimiento de la diversidad humana más allá del componente binario hombre/mujer heterosexuales se encuentra, tanto en el texto de la resolución que recayó a la acción de inconstitucionalidad 8/2014 de la SCJN que se analiza, como en el artículo 19 de la ley regulatoria que excluye de la posibilidad de adopción a las personas que se unen bajo este régimen, sin analizar si dicha adopción es o no benéfica para una determinada persona menor de edad.

¿Por qué ha sucedido esto? En el trabajo de reflexión del Laboratorio Nacional Diversidades¹⁴ publicaron recientemente una serie de artículos en los que se debate sobre este tema y resaltan una serie de ideas que muestran la trama que se ha creado entre la naturalización de un concepto unívoco de familia y la discriminación hacia todas aquellas personas que no se amoldan al mismo.

¹⁴ Del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, coordinado por la doctora Lucía Raphael.

Adriana Segobia explica que el modelo universal de familia, “...se volvió normativo, formando parte de estructuras y símbolos propios de una cultura dominante que tiende a dictar no lo que la familia es, sino lo que debe ser. Y como tal, se volvió restrictivo de las múltiples posibilidades de ser familia y de ser humano” (Segobia 2018, 5).

Un modelo rígido y estereotipado que, sigue diciendo Segobia, termina aparentando una perfección mediante su acogida en todas las estructuras socioculturales, incluso las normativas, creando un imaginario social que se retroalimenta, reproduce y perpetúa de tal manera que en su propia estructura lleva el germen de la discriminación hacia todas las personas que se alejan de dicho modelo que lleva aparejado afectaciones anímicas, limitaciones en la concreción de un proyecto de vida digna con autonomía y exclusiones en los ámbitos de la legitimidad y el desarrollo económico, social y cultural (Segobia 2018, 5-6).

En este contexto, Segobia, siguiendo a Michel Foucault, señala que la normalización del modelo único de familia lleva en sí los instrumentos de vigilancia y castigo que se ejercen tanto de manera colectiva como individualizada, por tanto, el ejercicio de empatía que podría ayudar a romper estos modelos estereotipados se ahoga antes de emerger por resistencias individuales y sociales propias de la cultura dominante. En esta medida, los problemas de las familias homoparentales, lesbomaternal o transparentales¹⁵ no se encuentran en el funcionamiento de las mismas, ni en las relaciones de las personas que integran estos grupos familiares, incluidos niños, niñas y adolescentes, sino en la discriminación exterior que limita su reconocimiento y la interacción de estos grupos familiares con el conjunto de la comunidad y su entorno (Golombok 2006).

Esta resistencia la encontramos reflejada en los comentarios emitidos por Medina Mora en el voto particular que emitió en la acción de inconstitucionalidad 8/2014, tanto hacia la creación de la figura de sociedades civiles de convivencia, como hacia la negativa a reconocer que se trata de una institución de derecho de familia.

¹⁵ Conceptos todavía no utilizados en el léxico jurídico pero que debemos empezar a poner sobre el tapete de la discusión y los debates. Con estos identifico a las uniones o matrimonios que se integran por dos mujeres dos hombres o la combinación de uniones de personas transexuales o transgénero.

Además, es importante destacar que este primer acercamiento normativo ha sido superado por la realidad social llamada familia y por el reconocimiento de la amplia diversidad humana traducida en los ordenamientos civiles y familiares en materia de matrimonios entre personas del mismo sexo a los que se suman las decisiones jurisprudenciales de la misma SCJN por medio de las cuales se señala, de manera muy clara, que toda aquella legislación que prohíba o inhiba la celebración de estos matrimonios es inconstitucional (acción de inconstitucionalidad 2/2010).¹⁶

IV. ADOPCIÓN E INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA

El modelo único de familia con pretensiones de universalidad que ya ha sido superado, se basó en la creencia de que todas las personas adultas, en especial las mujeres, tienen una tendencia o pulsión natural hacia la procreación, un instinto o deseo de ser padre o madre (véase Poussin 1999; Badinter 1981; Bandinter 2011); de tal suerte que, las estructuras sociales, entre las cuales se encuentra el derecho, crearon una institución para permitir a quienes, por múltiples razones, no podían procrear, tener la posibilidad de satisfacer estas pulsiones o instintos criando a un niño, niña o adolescente como si fuera propio. Esa institución es la adopción, misma que evolucionó, como todas las instituciones de derecho de familia, de la atención y vigilancia sobre las personas que adoptan al cuidado de los derechos del niño, niña o adolescente que es adoptado. Una transición aparejada a “la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto de familia” (Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos 2001) cuya evolución ha sido marcada por el trabajo en materia de derechos humanos¹⁷ de diferentes sectores de la población, las reivindicaciones feministas por la igualdad, las de la llamada comunidad LGTTTIQ+ por la no discriminación, así como la necesidad de proteger a la infancia.

Con estas coordenadas, señala Raphael que: “Pensar en un modelo de familia heteronormativo como única opción supone la no aceptación del

¹⁶ Comentada en Pérez Duarte y Noroña (2013).

¹⁷ Desde el reconocimiento del derecho de contraer matrimonio de manera libre y voluntaria y a formar una familia que se plasma en tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

carácter del concepto “familia” como institución social, y es que ésta evoluciona o debe evolucionar con las transformaciones graduales que tienen lugar en el desarrollo de las sociedades, siendo siempre el resultado de este desarrollo histórico” (Raphael de la Madrid 2018, 22).

En este contexto, la adopción de una persona menor de edad por una pareja formada por dos hombres o dos mujeres, como resultado de la evolución del concepto “familia” no es buena ni mala *a priori*, como tampoco lo es la adopción por personas heterosexuales. En ambos supuestos, tal como señala la SCJN en la acción de inconstitucionalidad que se analiza, “...el Estado tiene la obligación de proteger en un proceso de adopción el interés superior de los niños, niñas y adolescentes para ser adoptados por persona o personas idóneas, que le brinden la posibilidad de formar parte de una familia, y de crecer en un ambiente en el que desarrollen sus potencialidades y sean cuidados”.

En este mismo sentido podemos observar las razones por las cuales se aprobó la adopción por homosexuales o lesbianas en, por ejemplo, España. En este país, al introducir las reformas correspondientes, se argumentó que:

1. El interés del menor no puede determinarse apriorísticamente con base a la orientación sexual de los solicitantes, sino que habrá que valorarse por la autoridad judicial en cada adopción concreta.
2. Al posibilitar que la pareja homosexual adopte los hijos del otro se pretende legalizar la situación de hecho en la que el hijo o hija tiene dos madres o dos padres [...] En definitiva se trata de una cobertura legal a una realidad emocional.
3. La adopción conjunta obedece al interés superior del menor en tanto influye en que el menor pase el mínimo de tiempo posible en un centro de acogimiento o en situación de acogimiento familiar simple sin voluntad de adoptar.

Tres consideraciones que corresponden a los elementos torales de esta acción de inconstitucionalidad 8/2014: la decisión sobre una adopción siempre debe tomarse evaluando los elementos casuísticos de cada una; no deben prevalecer ni especulaciones ni presunciones ni estereotipos sobre las características de quienes desean adoptar. Tampoco, dicho sea de paso, son válidas las consideraciones que apuntan a un posible rechazo social de un niño, niña o adolescente en particular, por tener dos padres

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1117-1138.

o dos madres pues se trata de actos de discriminación que deben ser erradicados no tolerados ni utilizados como argumentos a tener en cuenta en casos de adopción.

Los únicos elementos que deben ser valorados en cualquier adopción giran en torno a la capacidad o idoneidad de quienes quieren adoptar a una niña, niño o adolescente para proporcionarle cuidados adecuados, un desarrollo pleno, atención y protección en un entorno de amor y respeto en un espacio de relación familiar, más allá de cómo esté formada e integrada la familia en particular.

Cualquier otra consideración es discriminatoria y vulnera derechos humanos, como claramente sucede con el artículo 19 de la ley regulatoria impugnado por la CDHCampeche. Sin embargo, es pertinente volver a destacar que dicha norma no se refiere a uniones entre personas del mismo sexo de manera exclusiva, sino a una forma específica de formar un núcleo familiar que está a medio camino entre el matrimonio y el concubinato, por la que pueden optar tanto parejas heterosexuales como homosexuales, lésbicas o trans, como ya expliqué en el numeral anterior.

V. REFLEXIONES FINALES A MANERA DE CONCLUSIONES

La resolución de la SCJN sobre a la acción de inconstitucionalidad 8/2014 genera amplios espacios de debate filosófico sobre derechos humanos, igualdades, lenguaje jurídico, familias, discriminaciones. Pero, el espacio con que se cuenta para ello, es limitado, así es que, por el momento, y habiendo apuntado algunas vertientes de reflexión, es momento de proponer respuestas a las preguntas apuntadas en la Introducción a este análisis. Veamos.

a) La primera de ellas es: ¿por qué la CDHCampeche supone, como se señala en los conceptos de invalidez, que es precisamente la orientación sexual de los convivientes la que se encuentra en el centro de la Ley en Convivencia —por tanto, del artículo 19 que se impugna— cuando claramente en todo el texto de la norma se refiere a personas de distinto o del mismo sexo?

Pareciera que no hay razón alguna para que se haga este énfasis, pero tanto la CDHCampeche como la SCJN motivan su análisis central en esta perspectiva de discriminación: la orientación sexual.

Parafraseando a Ángela Figueruelo Burrieza (2008, 245-271), esta acción de inconstitucionalidad se interpone por violación a un derecho humano fundamental: la igualdad. Ello plantea un debate en el que se intenta establecer un término medio entre “el grado de igualdad tolerable en el marco de una sociedad liberal” (Figueruelo 2008, 245-271) frente a la igualdad de resultados.

Es cierto que la autora que cito se refiere a la igualdad entre mujeres y hombres, sin embargo, la igualdad es un referente axiológico válido para cualquier relación entre seres humanos en la medida en que la base en que se asienta es el respeto a la dignidad de todas las personas. De esta manera, los argumentos vertidos tanto por la CDHCCampeche como por la SCJN apuntan claramente a la preocupación que se encuentra en el fondo del asunto: definir si hay o no compatibilidad entre el derecho de una persona heterosexual a formar una familia y el derecho de una persona con una orientación sexual distinta a ésta, con idénticos resultados entre unas y otras; es decir, en el respeto a las diferencias y a la preservación de la diversidad entre seres humanos.¹⁸

Traer a colación la categoría analítica “orientación sexual” en el análisis de constitucionalidad de una ley que tiene como centro la creación de una institución de derecho familiar diversa a las dos reconocidas en el ordenamiento jurídico mexicano y abierta a todas las personas, es un ejemplo claro de cómo interactúan los prejuicios culturales en todos los espacios sociales, por lo que es obligado a reconocer que en esta categoría analítica existe un elevado grado de presunción de inconstitucionalidad en el artículo impugnado y, dicho sea de paso, en la propia aplicación de la ley regulatoria.

En otras palabras, estamos ante la necesidad de hacer el escrutinio estricto y la interpretación jurisdiccional de esta norma en clave de derechos humanos, por tanto, es imperativo reconocer “el valor de la igualdad como parámetro fundamental en el plano ético, político, jurídico, económico y social”; su carácter multidimensional e interseccional a través del cual opera de forma relacional, es decir, “implicando un juicio compara-

¹⁸ La autora en comentario señala: “La discusión se ocupa en permitir conocer, de forma aproximada, el grado de igualdad tolerable en el marco de una sociedad liberal, el concepto de la igualdad de oportunidades frente a la igualdad de resultados, la compatibilidad entre el derecho a la igualdad individual y el derecho de los colectivos a las diferencias y a la preservación de su diversidad” (Figueruelo 2008).

tivo allí donde se pretenden establecer identidades y diferencias entre dos realidades que disponen al menos de una característica relevante común” (Figueroelo 2008).

b) La segunda de estas preguntas está enunciada como ¿es o no la sociedad en convivencia una institución de derecho cuyo objeto sea la fundación de una familia?

La única respuesta posible es una afirmación categórica: sí, la sociedad en convivencia es institución fundante de una familia, con características y organización diversa a la reconocida legalmente como la única en nuestro país hasta la década de los noventa del siglo XX, pero, familia a fin de cuentas.

Sin embargo, tomando en cuenta que, como señala Ángela Figueroelo Burrieza, lo natural son las profundas desigualdades que el sistema jurídico patriarcal genera, cabe afirmar que, a pesar de que se trata de un ejercicio que busca la igualdad y la no discriminación, en el fondo, hay un pensamiento discriminador, presente tanto en el artículo 19 de la ley regulatoria, como en la misma figura que crea esta ley pues establece un esquema con visos de unión familiar, para evitar los matrimonios entre personas del mismo sexo.

En este sentido, vale la pena rescatar el pensamiento de Lucía Raphael (2018, 26): “Suponer que la decencia y el bien moral dependen de la familia, como este modelo ideal que reduce el bienestar social a una conformación ideológica que, además ha probado su fragilidad, es defender un modelo único de pensamiento, de cultura, de costumbres, de perspectiva; es ir en contra de todo lo que la democracia supone y defiende”.

Efectivamente, el derecho a formar una familia, es atravesado por el derecho a la igualdad y a la no discriminación, más allá del modelo patriarcal de estos grupos sociales, en plural para evidenciar su diversidad.

c) La última pregunta, ¿qué supone el interés superior de la infancia en una adopción y cómo se decide qué está bien para un niño, niña o adolescente sin familia?

Está definido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (niña y adolescente)¹⁹ en la que los Estados parte, como México, reconocen que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad,

¹⁹ El agregado entre paréntesis no está en el texto de la Convención, es mío.

amor y comprensión” y que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”, en consecuencia, cuando un niño, niña o adolescente esté privado de su familia de origen de manera permanente, por la razón que sea, las consideraciones que deben valorarse para incorporarlo a una familia a través de la adopción, deben ser: la máxima protección posible; la continuidad en su educación tomando en consideración su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico; la aptitud de las personas que van a adoptar para cuidar con amor, atender con dedicación, proteger y facilitar el desarrollo integral y armónico de una niña, niño o adolescente en particular. Consideraciones que no incluyen ni la identidad sexo genérica ni las preferencias sexuales de las personas que adoptan.

Así de simple, así de complejo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Acción de inconstitucionalidad 2/2010. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, 991.
- ADAME GODDARD, Jorge. 2007. “Análisis y juicio de la ley de sociedades de convivencia para el Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie 120 (40): 931-949.
- AOUN, Alia. 2000. *Le Pacs*. París. Delmas.
- BACH-IGNASSE, Gérard e ROUSSEL, Yves. 2000. *Le PACS juridique et pratique 100 questions/réponses*. París. Denoël Impacts.
- BADINTER, Elizabeth. 1981. ¿Existe el amor maternal? Historia del amaor maternal. Siglos XVII al XX, trad. de Martha Vassallo. Barcelona. Paidós.
- BADINTER, Elizabeth. 2011. *La mujer y la madre*, trad. de Montse Roca. Madrid. La Esfera de los libros.
- Caso Furlán y Familiares vs. Argentina. 2012. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.
- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. 2012. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. 2008 “La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI. Referencia especial a la no discriminación por razón de sexo”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Número Conmemorativo, Sexagésimo aniversario: 211-244. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4055/5200>.
- GINISTY, Jean-Claude. 2006. “El pacto civil de solidaridad o el concubinato organizado”. <http://www.elnotario.es/entrevistas/2713-el-pacto-civil-de-solidaridad-o-el-concubinato-organizado-0-641191446819521>.
- GOLOMBOK, Susan. 2006. *Modelos de familia ¿qué es lo que de verdad cuenta?*, Trad. Marc Jiménez. Barcelona. Graó.
- “La familia es una realidad social, de cultura. No podemos calificarla con conceptos de naturaleza ideológica. No se puede hablar hoy de familia conservadora o familia progresista: la familia es familia”. <https://denzingerbergoglio.com/la-familia-es-una-realidad-social-de-cultura-no-podemos>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2001. *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Ginebra: Naciones Unidas.
- PÉREZ DUARTE, Alicia. 2007. *Derecho de familia*. México. Fondo de Cultura Económica, 73-82.
- PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. 2013. “Dignidad, libertad, igualdad. Principios básicos de las reformas del Código Civil del Distrito Federal de 2009. Su presencia en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en latería del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción homoparental”. *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* 65, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 351-379.
- POUSSIN, Gérard. 1999. *La fonction parentale*. París. Dunod.
- RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía. 2018. “Reflexiones sobre el derecho de adopción y las familias homoparentales”. Raphael de la Madrid, Lucía y Antonio Gómez Cíntora (coords.). *Diálogos diversos para más mundos posibles*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 19-38.
- SEGOBIA URBANO, Adriana. 2018. “Diversidades familiares: espacios de construcción”. RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía y Antonio GÓMEZ CÍNTORA (coords.). *Diálogos diversos para más mundos posibles*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3-18.
- Tesis P XXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, 871.

DE DIRECTORES Y ORQUESTAS: ANÁLISIS COMPARADO DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL EN MÉXICO*

DIRECTORS AND ORCHESTRAS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE INSTITUTIONAL POSITION OF THE FEDERAL JUDICIAL COUNCIL IN MEXICO

Mauro Arturo RIVERA LEÓN**

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la posición institucional del Consejo de la Judicatura Federal en México. Se argumenta que su posición actual tiene una clara dependencia de la Suprema Corte y que carece de medios que garanticen su autonomía e independencia. Para tales efectos, se estudia en una perspectiva comparada ciertas medidas tendentes a fortalecer su autonomía institucional, como el fortalecimiento de su posición constitucional, la elección de sus miembros, la designación de su presidente y el régimen de impugnación de sus decisiones. Se argumenta que el régimen adoptado por la reciente reforma constitucional de 2021 atiende las problemáticas sólo parcialmente ya que, por un lado, dejó importantes problemas sin resolver y, por el otro, inclusive, genera nuevas incógnitas.

Palabras clave: Consejo de la Judicatura Federal, autonomía constitucional, integración orgánica.

ABSTRACT: This article analyses the institutional position of the Federal Judicial Council in Mexico from a Comparative Law approach. It argues that the Federal Judicial Council's configuration is subordinated to the Mexican Supreme Court and lacks institutional autonomy. This study analyses several options in comparative law that may ensure the institutional autonomy of the Council, such as the strengthening of its constitutional position, the election of the council's president, and the regime pertaining to the overrule of its decisions. The article argues that the recent 2021 constitutional amendment did not provide a solution to a variety of concerns and may have even created further complications.

Keywords: Federal Judicial Council, constitutional autonomy, members of the council.

* Recibido el 17 de noviembre de 2020; aprobado el 2 de febrero de 2021.

** ORCID: 0000-0003-4964-7086. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; profesor de la Universidad Iberoamericana; investigador nacional nivel I (SNI). Twitter @MauroArturo. Correo electrónico: arturo.riverale@gmail.com. Agradezco a

SUMARIO: I. *El Consejo de la Judicatura Federal: consideraciones introductorias.*
II. *En defensa de la autonomía.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. EL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL MEXICANO: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El Consejo de la Judicatura Federal en México (CJF o Consejo) es un órgano creado en virtud de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994 (doctrinariamente presente en el debate desde la propuesta de Fix-Zamudio 1967, 119-121). Esta reforma pretendió perfilar a la Suprema Corte como Tribunal Constitucional al dotarla de mecanismos propios del control concentrado y reducir sus facultades de legalidad. La determinación mexicana de decantarse por un Consejo de la Judicatura sigue la línea sentada por países como España en su Consejo General del Poder Judicial, Italia en su *Consiglio Superiore della Magistratura* (Sotelo 2017, 77), Francia en su *Conseil Supérieur de la Magistrature* o Polonia en el *Krajowa Rada Sądownictwa*, que privaron a los ministerios de justicia de su tradicionalmente asumida función de gobierno y administración (López Aguilar 2017, 684).¹

Sin embargo, en el caso mexicano, el Consejo de la Judicatura no pretendía disminuir la influencia del Poder Ejecutivo por medio de un Ministerio de Justicia. Desde 1917, el modelo de administración había sido judicial basado en la Suprema Corte. La creación de un Consejo de la Judicatura fue una medida conceptualizada como una forma de evitar la distracción de la Suprema Corte en las labores administrativas que había desempeñado en la judicatura tradicionalmente bajo la Constitución de Querétaro. Por tanto, la creación del CJF, en el caso mexicano, vino a reemplazar las funciones de la antigua Comisión de Gobierno y Administración, dependiente de la Suprema Corte.

En el caso de la reforma constitucional de 1994, buena parte de la atención académica se centró en la nueva regulación dada a las controver-

Rodrigo Galán sus generosos comentarios en este artículo. Los posibles errores son, naturalmente, de mi exclusiva responsabilidad.

¹ En opinión de Pizzoruso (1981, 414) “l’attribuzione al Consiglio superiore della maggior parte delle funzioni amministrative inerenti all’esercizio della giurisdizione si presenta come un fondamentale strumento di tutela dell’indipendenza «eterna» dei giudici e della magistratura complessivamente considerata”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

sias constitucionales, así como la creación de una acción de inconstitucionalidad y no tanto en la introducción de este órgano cuya finalidad es la de gobierno, administración y disciplina del Poder Judicial.

Para Carpizo, lo que persigue la creación de este tipo de órganos es garantizar la carrera judicial, así como incentivar la promoción y designación de jueces mediante un sistema objetivo de méritos que incida, consecuentemente, en su independencia (Carpizo 2000, 212). Los consejos pueden tener influencia favorable al permitirle a la judicatura dedicarse en su totalidad a las funciones jurisdiccionales, hacer eficientes y objetivar las decisiones de sanción y nombramientos, garantizar la independencia de los jueces, eliminar el clientelismo o corporativismo judicial o coadyuvar a exigir responsabilidades a los propios jueces. Con frecuencia se ha denominado a los consejos como un “gobierno” o “autogobierno” judicial, aunque este último término ha sido bastante discutido (Giacobbe 1994, 95).

Las funciones del CJF mexicano se encuentran desarrolladas en el artículo 100 constitucional. Tiene facultades de capacitación (Báez Silva 2003, 345-353), promoción, designación, adscripción y vigilancia de los miembros del Poder Judicial de la Federación exceptuando a la Suprema Corte y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Institucionalmente, se encuentra incardinado dentro del propio Poder Judicial y tiene independencia técnica y de gestión para emitir sus resoluciones. La integración del CJF es mixta, pues de los siete consejeros, cuatro son miembros del Poder Judicial, dos son designados por el Senado y uno por el presidente de la República.

La caracterización del CJF mexicano tiene ciertos rasgos definitorios. En primer lugar, tiene funciones meramente administrativas y no ejerce facultades jurisdiccionales, a excepción de la resolución de los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus trabajadores y la solución de procedimientos disciplinarios que tienen cariz constitucional a juicio de Gutiérrez (2018, 285), facultad que explícitamente y sólo como excepción, le asigna el artículo 123.B.12 de la Constitución.² Al igual que otros

² La resolución de conflictos laborales del Poder Judicial no es la función principal del CJF y bien podría prescindirse de la misma. Recordemos que, en el caso mexicano, un particular entendimiento de la “autonomía” de diversos órganos ha llevado a reformar la Constitución para que éstos resuelvan sus propios conflictos laborales, privando a sus trabajadores de una jurisdicción ordinaria (este es el caso del Tribunal Electoral del Po-

consejos, no ostenta una representación de los jueces ni del Poder Judicial.³ Sin embargo, a diferencia del Consejo General del Poder Judicial español, sobre el cual hubo un intenso debate (Gerpe 1992, 182) y el *Consiglio Superiore della Magistratura* italiano (Massimo 2020, 11), el CJF mexicano no tiene una posición constitucional autónoma, sino que se integra estructuralmente dentro del Poder Judicial y no como un actor al margen de la tríada de poderes. En el caso mexicano, como veremos, su configuración lo hace dependiente de la Suprema Corte.

Este trabajo está organizado de la siguiente manera. En la sección I se ofrecen consideraciones introductorias al nacimiento del CJF recordando que, paradójicamente, el caso mexicano disiente de sus homólogos europeos en tanto que su introducción no pretendió privar al Ministerio de Justicia de atribuciones respecto a la judicatura, sino delinear a la Suprema Corte con un perfil más idóneo para desempeñar las funciones de Tribunal Constitucional material y eliminar el corporativismo. En la sección II se analiza la posición constitucional del CJF y, correlativamente, la inexistencia de vías defensivas de su competencia, se estudia su integración (método de elección, origen, número y duración de sus integrantes), así como la Presidencia de derecho del CJF por parte del presidente de la Suprema Corte. De igual forma, se analiza el régimen de impugnación de las determinaciones del CJF, y la facultad, recientemente introducida por reforma constitucional de 2021, de concentrar en órganos jurisdiccionales específicos casos concretos exceptuando turno y competencia. En la sección III se ofrecen las conclusiones.

La presente investigación parte de la hipótesis de que el CJF tiene una posición dubitativa que lo hace dependiente de la Suprema Corte. Para ello, sostiene que debería concedérsele una posición constitucional autónoma (y no incardinada en el Poder Judicial) con el consecuente acceso

der Judicial de la Federación, Suprema Corte y CJF, *inter alia*). Los trabajadores de estos órganos, en el caso mexicano, se ven forzados a litigar ante ellos mismos sus problemas laborales y no frente a una jurisdicción laboral neutral al conflicto. Este aspecto, altamente cuestionable, no será abordado en este artículo por ser ajeno a su materia principal.

³ Ha existido un debate sobre si los consejos de la judicatura son representativos *per se* del Poder Judicial o sus jueces. En el caso español, esta pretensión fue rechazada por el Tribunal Constitucional. En concreto, se adujo que “al configurarse constitucionalmente como su «órgano de gobierno», no podría ser, ni siquiera a efectos procesales, «representante» del Poder Judicial, pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de independencia de Jueces y Magistrados”. STC 45/1986, del 17 de abril, FJ 5.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

a mecanismos defensivos de su competencia, permitirle la elección de su presidente, incrementar su composición e introducir elementos de elección interna judicial en algunos de sus consejeros, así como una reforma al sistema de revisión de sus determinaciones por parte de la Suprema Corte. A pesar de que algunos de estos aspectos fueron abordados parcialmente en la reciente reforma constitucional de 2021,⁴ dicha reforma no solucionó la totalidad de problemáticas y, de hecho, creó algunas nuevas.

II. EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA

La motivación principal para la creación del CJF fue la delegación de funciones administrativas de la Suprema Corte para permitirle a ésta ejercer más efectivamente un rol material de Tribunal Constitucional. Esta visión escindía a la Suprema Corte del resto del Poder Judicial federal. Aparejado a la concentración de facultades de constitucionalidad también se visualizaba como objetivo la disminución de influencia y clientelismo por parte de la Suprema Corte. No sólo la Corte debía alejarse de la administración de la judicatura, sino también la judicatura evitar la influencia de la Corte, que se pensaba especialmente innecesaria bajo la nueva noción de ésta.

¿Tiene el CJF la autonomía e independencia suficientes para el desarrollo adecuado de sus funciones? ¿Cumple la presidencia nata del CJF un rol adecuado con la reducción de las funciones de legalidad de la Suprema Corte? ¿Es idónea su integración? ¿Garantiza la independencia externa e interna de la judicatura?

⁴ Advertencia metodológica: en el curso del proceso de arbitraje ciego por pares de este artículo se aprobó en ambas cámaras la reforma constitucional sobre el Poder Judicial de 2020-2021 (propuesta por el ministro presidente de la Suprema Corte y que Presidencia de la República hizo suya). Al momento de la última revisión de este artículo (28/01/2021) se han emitido 6 votos aprobatorios por las legislaturas de las entidades federativas. Dada la dinámica de reforma constitucional en México, se ha consolidado un uso político de aprobación rutinaria de las reformas por parte de las entidades federativas. Por ello, este estudio presupone (suposición nada arriesgada) que ha sido aprobada dicha reforma constitucional al momento de la publicación editorial de este artículo y analiza el texto constitucional incluyendo dichas reformas. El texto de la reforma aprobada y turnada a las entidades federativas está disponible en el sitio oficial de la Cámara de Diputados: <https://bit.ly/362yDOL> (última consulta 26/01/2021), aunque el autor estima que al momento de la publicación definitiva del artículo será texto constitucional vigente.

1. *Posición constitucional*

El CJF carece de la autonomía constitucionalmente garantizada a muchos de sus homólogos y se incardina directamente dentro del Poder Judicial. No tiene, por tanto, la categoría de “órgano constitucional autónomo” conceptualmente empleada en México para aludir a órganos fuera de la tríada, no subordinados a los tres poderes “clásicos”, que Dussauge (2016, 478) ha referido como constitucionalización de instituciones no mayoritarias.

En el derecho comparado son abundantes los ejemplos contrarios. El Consejo General del Poder Judicial español (artículo 122.3 de la Constitución Española) tiene la categoría de órgano constitucional (Aguiar de Duque 2008, 1890) y, a pesar de la fuerte discusión (García Roca 1987, 70; Gerpe 1992, 182 y Terol Becerra 1990, 141-154), es pacífico que no forma parte del Poder Judicial (Fernández Riveira 2016, 381), a pesar de que Valls incorrectamente así lo haya afirmado (citado por Rebollar y Rosales 2016, 216). Algo similar acontece con el *Consiglio Superiore della Magistratura* establecido en el artículo 104 de la Constitución italiana, que es conceptualizado como un órgano de relevancia constitucional (Luciani 2020, 11). Fuera del debate sobre si puede atribuírsele la categoría de “órgano constitucional”, es pacífico que su autonomía constitucional está garantizada y carece de incardinación en la tríada de poderes (Silvestri 2017, 21). La misma situación es predicable del *Krajowa Rada Sądownictwa* (Consejo Nacional de la Judicatura polaco) establecido en el artículo 187 de la Constitución polaca que es un órgano constitucional central del Estado (Sobczak 2010, 816).

En el caso mexicano, al describir al CJF, algunos autores han empleado la expresión de órgano “semi-autónomo” (Ackerman 2009, 38 y, siguiendo esta terminología, Hernández y Chávez 2019, 124). Empero, la ausencia de autonomía es clara. Existe una estructura jerárquica respecto del Poder Judicial y el CJF tiene un diseño institucional subordinado a la Suprema Corte. Garoupa y Ginsburg (2009, 122), en su estudio comparativo, calificaron al CJF mexicano como un “Strong hierarchical Council” a diferencia de Italia o Francia en que sostenían que el respectivo Consejo resultaba “strong non-hierarchical”.

Por tanto, a pesar de que tenga un amplio aparato burocrático, el CJF no deja de ser un órgano de funcionamiento administrativo interno de un

poder estatal. Carpizo (2000) calificó la posición del CJF como de abierta subordinación, opinión compartida por relevantes organizaciones internacionales (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México 2003, 13), mientras que Gutiérrez (2018, 179) emplea la velada terminología de “preeminencia”.

Algunas voces en la doctrina jurídica mexicana (Cárdenas Gracia 1996, 271) se han alzado propugnando la consagración del CJF como un órgano constitucional autónomo para garantizar su autonomía y total independencia. La actual posición que tiene con respecto al Poder Judicial produce algunos problemas que deben ser discutidos.

Por un lado, al no tener una autonomía garantizada constitucionalmente, carece de paridad en su relación con los poderes, lo que se refleja en la subordinación patente frente a la Suprema Corte. Recordemos que el contexto mexicano no creó un CJF como forma de reducir la injerencia del Ejecutivo (como en el caso español o italiano), sino como forma de reducir la injerencia de la propia Suprema Corte, en primer punto, y como una reacción a su concepción de Tribunal Constitucional material.

Una de las consecuencias de la posición institucional subordinada del CJF es que tiene vedado el acceso a recursos jurisdiccionales para defender su autonomía por ejemplo, la hipótesis de una controversia constitucional *sub specie legis*). Por tanto, jurídicamente se encuentra en riesgo de intromisiones de poderes externos, incluido, naturalmente, del propio Poder Judicial a quien disciplina y administra. La vía idónea para la defensa de las atribuciones constitucionales del CJF en México sería la controversia constitucional. El listado original de la legitimación en la controversia constitucional mexicana era limitado, lo que había provocado no pocas problemáticas en torno a ciertos órganos constitucionales autónomos. Como respuesta a ello, en junio de 2013 se reformó la Constitución mexicana para conceder legitimación a los órganos constitucionales autónomos en la controversia constitucional. Para ello, se adicionó una fracción al artículo 105.I constitucional después de diversos desencuentros jurisprudenciales.⁵ Esta ampliación había sido sugerida por la doctrina

⁵ La Suprema Corte de Justicia, a partir de 2006, había rechazado sucesivamente la legitimación activa en controversia constitucional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Federal Electoral y el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos. En el orden anteriormente enumerado, véase los recursos de reclamación 20/2007-PL; 58/2007-PL y 46/2010 CA. Tal cerrazón resultaba curiosa

(Salazar y Salgado 2009, 591; Ovalle Favela 2011 y Herrera García 2005, 290). Empero, el CJF, al carecer de la categoría de órgano constitucional autónomo o de otra mención expresa de legitimación, no puede presentar tales mecanismos de defensa.

El problema no es de simple configuración normativa. Si en este momento se reformase la lista del artículo 105 constitucional para darle legitimación al CJF tendríamos la paradoja de que el Poder Judicial (Suprema Corte) recibiría una solicitud del propio Poder Judicial (en el que se integra el CJF) de tutela competencial. Más aún, tomando en cuenta que el presidente de la Suprema Corte de Justicia es presidente nato del CJF, tendríamos un potencial motivo para que uno de los miembros se abstenga de conocer de la controversia constitucional.

Por ello, consideramos que debería someterse a discusión la conveniencia de configurarlo como órgano constitucional autónomo como ha propuesto también Nieto (2011, 265), en atención a las funciones de vital trascendencia que ostenta el CJF, así como a la independencia que ha pretendido otorgársele. No es posible considerarlo sujeto legitimado para acudir a las controversias constitucionales sin previamente garantizarle una posición constitucional autónoma ajena a la Suprema Corte que resuelve dicho medio de control.

Una reforma de esta naturaleza tendría como correlato natural la legitimación del CJF para plantear controversias constitucionales y defender, de esta manera, sus atribuciones en su calidad de órgano constitucional autónomo, como ocurre en el caso italiano, español o francés (Carpentier 2006, 89-91).

Soluciones análogas a la descrita parecen haber sido adoptadas también por España, Italia y, matizadamente, Polonia, en tanto han previsto, por vías diferentes, la defensa de las atribuciones constitucionales de sus respectivos consejos. En España, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 59.3) expresamente lo habilita como sujeto legitimado para acudir al conflicto entre órganos constitucionales como ha debatido la doctrina (García Roca 1987, 70 y Gómez Montoro 1992, 341). De he-

en tanto, en el 2006 (CC 31/2006) se había sostenido que el clausulado del 105 constitucional era sólo enumerativo. La doctrina afirmó que la ausencia de vía defensiva los colocaba en una “situación de indefensión frente a los actos de otros órganos o poderes del Estado que pudieran invadir su esfera competencial” (Vázquez Mata 2010, 357).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

cho, a su instancia, ha sido resuelto uno de los pocos conflictos planteados hasta la fecha (STC 45/1986) en el que éste impugnaba una reforma al método electivo de los vocales al sostener que minaba la autonomía del propio Consejo (Trujillo 1995, 126).

El caso italiano es distinto, pues la vía procesal en Italia (*conflitto tra poteri dello Stato*) carece de una enumeración tasada y cerrada de sujetos procesales (Zagrebelsky 1977, 382) como sí tiene la controversia constitucional en México o el conflicto entre órganos constitucionales en España. El debate se ha presentado en torno a si el *Consiglio della Magistratura* puede o no expresar definitivamente la voluntad de un poder del Estado, debate resuelto en un sentido positivo por la Corte Constitucional. De hecho, en 1992 se dio un fuerte conflicto de atribuciones entre el Consejo de la Magistratura (CSM) y el Ministro de Justicia (Sentencia 379/1992) en que se terminó afirmando rotundamente la legitimación del primero (Sicardi 1993, 126).

El caso polaco es sumamente atípico. El artículo 189 constitucional, que configura la legitimación para acudir al conflicto entre órganos, evita toda referencia al Consejo. Sin embargo, este aparente “olvido” podría haberse entendido corregido por la mención que el artículo 192 constitucional hace respecto a la posibilidad de que el Consejo acuda al Tribunal Constitucional para la defensa de la independencia de jueces y tribunales, lo que ha generado un debate sobre si no existe una representación distante procesal de los jueces por el Consejo (Garlicki 2012, 348). Sin embargo, en el 2008 se presentó la inusitada situación del rechazo por parte del presidente del nombramiento de un juez propuesto por el Consejo lo que derivó en la interposición de un conflicto entre órganos constitucionales. La sentencia 97/5/A/2008 (Kpt 1/08) rechazó la legitimación activa del Consejo (ausencia criticada por Sarnecki 2009, 12) por no haber sido incluido en el listado del artículo 192 constitucional (Sułkowski 2008, 47-66). La situación podía atemperarse en Polonia dado que el Consejo de la Judicatura cuenta con legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad (*wniosek*). Por ello, al menos puede promover conflictos *sub specie legis*. En Polonia la solución del conflicto estribó en concebir un mecanismo indirecto entre los sujetos legitimados activamente y el resto de los órganos constitucionales que no tienen legitimación activa. Es posible que un órgano con legitimación plantee un conflicto entre dos órganos constitucionales centrales del Estado que carecen, a su vez, de tal legitimación.

La legitimación en Polonia no implica el interés de la parte (una especie de modelo de defensor objetivo del esquema de distribución competencial en la Constitución). Para el caso de un eventual conflicto por actos, el Consejo polaco tendría que acudir primero a la Suprema Corte y que ésta, a su vez, plantease el conflicto, como efectivamente aconteció en la sentencia reseñada.⁶

Aunado a lo anterior, la propia Comisión de Venecia (2007, 10) ha sostenido que una forma apropiada de garantizar la independencia judicial es establecer consejos de la judicatura con “garantías constitucionales en su composición, poderes y autonomía”. Las garantías deben entenderse tanto de forma institucional como procesal.

De las pinceladas de derecho comparado que hemos estudiado con anterioridad, parece advertirse que la posición no subordinada del Consejo es una garantía de su independencia y, consecuentemente, le permite (con algunos matices en el caso polaco) la defensa de sus atribuciones por la vía de los diferentes modelos de resolución de controversias constitucionales. A efectos de mejorar el funcionamiento e independencia del CJF mexicano, debe garantizársele una posición constitucional de autonomía con el correlativo acceso a medios procesales para su defensa.

2. *Los retos de la integración*

Uno de los elementos más significativos en el funcionamiento de las instituciones es su integración. La integración, como faceta de estudio orgánica, toma en cuenta diversos elementos, a saber, la integración numérica, el origen de los miembros, así como el método de elección para ello. Por integración numérica debe entenderse el número de miembros que componen al Consejo. El origen de los miembros alude a la existencia de estratos profesionales respecto del cual debe integrarse el órgano (jueces, abogados postulantes, fiscales). Finalmente, la integración desde la perspectiva electiva analiza cuáles órganos o sujetos políticos serán encargados de nominar a los integrantes del Consejo. Dada la estrecha relación de las últimas dos facetas, en este estudio analizaremos primero la integración desde una perspectiva numérica y, finalmente, de forma correlativa.

⁶ Esta vía indirecta se encontró perfilada en el artículo 44 de la *Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa* y fue planteada como parte de las reformas de 2008.

cionada estudiaremos el origen o estrato de los integrantes y los órganos proponentes respectivos.

Integración numérica. El CJF mexicano, a diferencia de sus homólogos europeos, se caracteriza por una integración reducida. Lo integran el presidente de la Corte (que preside de forma nata el Consejo), tres consejeros elegidos por el Pleno de la Suprema Corte de entre magistrados de circuito y jueces de distrito, dos consejeros elegidos por el Senado y uno elegido por el Ejecutivo. Los 7 miembros del CJF, ciertamente, puede dar la impresión de un Consejo reducido si lo contrastamos con los 25 miembros del Consejo Nacional de la Judicatura polaco, los 27 miembros del Consiglio Superiore della Magistratura italiano⁷ o los 21 miembros del Consejo General del Poder Judicial español (20 vocales y un presidente nato).

Los números reducidos pueden ser un problema para que el Consejo efectivamente cumpla todas sus tareas. A ello debe añadirse que el presidente nato tiene una carga de trabajo excesiva al administrar y representar a la Suprema Corte y participar semanalmente en sus tres sesiones de Pleno (con el consecuente estudio de los asuntos). La Presidencia del CJF es nominal, pues no existe un régimen de dedicación absoluta. La ley, además, exige de 3 consejeros para integrar cada Comisión prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF). Por tanto, parecería sensato elevar el número de consejeros a efectos de darles una mayor capacidad de trabajo en comisiones. Piénsese que sólo el artículo 77 de la LOPJF exige, cuando menos, la existencia de las comisiones de administración, carrera judicial, disciplina, creación de nuevos órganos y la de adscripción.

De tal suerte, en virtud de las funciones del CJF, consagradas en la LOPJF, actualmente es necesario, cuando menos, la existencia de 15 consejeros a efectos de que cada uno integre sólo una comisión. Bajo el modelo actual, todos los consejeros deben integrar cuando menos dos comisiones y alguno una tercera, lo cual incluye a su presidente (al mismo tiempo presidente de la Suprema Corte). Un número tentativo, sujeto a discusión, podría ser el de 16 consejeros, a efectos de que se integren las comisiones respectivas y el presidente cumpla sólo funciones administrati-

⁷ La Composición en Italia no se encuentra definida totalmente en la Constitución. Debe acudirse también a la Ley 195 del 24 de marzo de 1958, modificada sucesivamente por la Ley 695/1975 y posteriormente la 44/2002.

vas del propio Consejo. Poco a poco, parece que la doctrina mexicana ha comenzado a inclinarse hacia la noción de la necesidad de un incremento del número de miembros del CJF (Fix-Fierro 2018, 35 y Gómez Marinero 2008, 2020).

El incremento de miembros del CJF ciertamente podría generar un órgano menos compacto que el actual. Sin embargo, ello implicaría privilegiar la labor especializada de las comisiones frente al Pleno. Por ejemplo, Voermans y Pim (2003, 110) observan que la práctica europea recomienda consejos numéricamente amplios, de 15 miembros o más y sugieren mantener sistemas electivos que combinen tanto requisitos de pertenencia a estratos concretos como difuminar las autoridades que intervienen en los nombramientos. Resulta indicativo también que en el debate italiano, español o polaco, de los muchos aspectos fuertemente discutidos, la amplitud numérica no ha sido uno de ellos, por lo que la práctica demuestra que es posible dotar de funcionalidad a estas conformaciones.

Origen y elección de los integrantes. El origen por estrato y los órganos proponentes son facetas que, si bien son estrictamente distintas, tienen una correlación natural. Es común que cuando la nominación recae en ciertos actores políticos los perfiles de los elegidos tendrán también, en consecuencia, una orientación particular.

En cuanto a la primera faceta (origen por estrato profesional), la doctrina parece haber sido unánime en señalar que es conveniente mantener una mayoría de miembros de origen judicial en el CJF, preferentemente de la categoría de juzgadores.

El CJF mexicano cumple en la actualidad con el estándar. A los tres consejeros de origen judicial electos por la Suprema Corte (entre jueces y magistrados), debe sumarse el propio ministro presidente de la Corte que, naturalmente, proviene de la propia judicatura al menos estructuralmente (porque, en turno, no es obligatorio que provenga de la carrera judicial como ocurre actualmente). Ello nos da 4 sobre 7 consejeros de origen judicial.

En el caso mexicano, el origen judicial de los miembros se encuentra predeterminado por la Constitución, al menos en los electos por la Suprema Corte, pero no constituye un tope. ¿Qué implica esto? Que las designaciones realizadas por Presidencia o el Senado pueden también comprender miembros del Poder Judicial, aunque allí no es necesario que lo hagan.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

Actualmente, los miembros de origen judicial prefijados en el CJF representan 57% de la totalidad del órgano, un porcentaje muy similar al 60% polaco, 62% italiano y 57% español. La preponderancia de consejeros de origen judicial debe mantenerse si se aumentan los miembros del Consejo para preservar la independencia de sus resoluciones y del Poder Judicial administrado.

La propia Suprema Corte mexicana ha interpretado, *inter alia* en la CC 32/2017, AI 15/2017, CC 81/2017 y CC 112/2018 que, para garantizar la autonomía del Poder Judicial, los consejos de las judicaturas locales deben conformarse por una mayoría de integrantes provenientes de la judicatura (aunque no ha delineado un mecanismo electivo específico y su interpretación ha sido notablemente empañada por intentar replicar la integración del CJF delineado constitucionalmente).

Ahora bien, el hecho de que sea positivo tener una mayoría proveniente de la judicatura no conduce indefectiblemente a concluir que el nombramiento debe ser realizado necesariamente por la Suprema Corte. En Italia⁸ existe una importante participación de los jueces en la elección de los miembros del Consejo y lo mismo llegó a ocurrir en la evolución del constitucionalismo español (1980-1985). Éste fue el caso del primer modelo del Consejo General del Poder Judicial español en la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/1980 (LOPF), que parecía inferirse de la propia Constitución (Díez-Picazo 2018, 1728 y Rosado Iglesias 2018, 365). Empero, la LOPJ 6/1985 modificó el sistema para establecer una designación parlamentaria de todos los vocales entre una lista de propuestas de candidatos por asociaciones judiciales y jueces y magistrados no asociados. El actual esquema (LOPJ 4/2013), cuya constitucionalidad se confirmó en la STC 191/2016, se forma por un sistema de designación parlamentaria con avales de los miembros de la carrera judicial. Hay quien acusa la actual politización del Consejo General en el caso español al abandono de este sistema de elección interno en favor de un sistema de designación parlamentaria directo o con atenuantes (Torres 2018, 1782).

A diferencia de los ejemplos citados, en México los jueces ni siquiera intervienen en el proceso de designación de consejeros. A pesar de que el

⁸ El sistema electivo se delinea en la Ley del 24 de marzo de 1958, número 195, de título “Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura”.

artículo 100 constitucional reserva tres consejeros para jueces de distrito y magistrados de circuito, la propia Corte es la encargada de elegirlos y de escoger a su propio presidente que pasa, automáticamente, a formar parte del CJF y presidirlo. La Suprema Corte (que no es lo mismo que la judicatura), elige a 4 de los 7 consejeros (por la conjunción de los 3 consejeros electos y la presidencia de derecho). Este dominio priva de un contrapeso efectivo a la visión del resto de consejeros (Astudillo 2019, 354) dando a la Corte una indiscutible influencia inusitada.

El procedimiento de selección de los consejeros a manos de la Suprema Corte no estaba contemplado originalmente. En 1994, cuando el Consejo se introdujo en la Constitución, la insaculación era la regla constitucionalmente prefijada para los miembros de origen judicial. Sería la reforma constitucional de 1999 la que eliminaría la insaculación e introduciría la elección por “el Pleno de la Suprema Corte”. Se optó por transformar una elección basada en la imparcialidad de los consejeros judiciales (por su naturaleza no electiva) en una elección en que la Suprema Corte juega el papel primordial.

El procedimiento en la Suprema Corte a partir de 1999 ha venido regulándose por sucesivos acuerdos *ad hoc* respecto de cada elección específica. Sin embargo, ha conservado su tónica usual. El último acuerdo es el AG 15/2019. El procedimiento regulado es sencillo. Son los propios jueces y magistrados quienes se postulan ante la Suprema Corte enviando una serie de documentos acreditativos y una memoria justificativa con su visión del Consejo y un plan de trabajo. Entre los documentos se encuentra información sobre los resultados de las visitas a su órgano jurisdiccional por parte del CJF, así como información estadística sobre el ingreso y egreso de asuntos en su tribunal.

El resto del procedimiento pertenece enteramente a la Suprema Corte quien, tras comparencias de los candidatos ante el Pleno, designa por mayorías calificadas (8 votos) y procedimiento de desempate. Por tanto, un órgano no administrado por el CJF (la Suprema Corte) y cuyos miembros no necesariamente provienen de carrera judicial, elige a los representantes del Poder Judicial.

En la actualidad, de hecho, una buena parte de ministros carecen de carrera judicial en el Poder Judicial de la Federación. Sólo 4 de los 11 ministros provienen directamente de magistrados de circuito, el máximo escalafón de la judicatura federal (ministros Pérez Dayán, Piña Hernández,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

Pardo Rebolledo y Aguilar Morales). El resto proviene de cargos judiciales o materialmente judiciales pero que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación (Poder Judicial específicamente administrado por el CJF) o de otros rubros. Éste es el caso del ministro presidente Zaldívar (litigante/académico); ministro González Alcántara (Poder Judicial local); ministro Laynez Potisek (administración pública federal/Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa); ministra Ríos Farjat (administración tributaria), ministra Esquivel Mossa (Tribunal de Justicia Administrativa local); ministro Gutiérrez Ortiz Mena (administración tributaria), y ministro Fernando Franco González Salas (Tribunal Federal Electoral).⁹

Ello implica que, en la actual integración de la Corte, sólo 36% de ministros provienen de carrera judicial del propio Poder Judicial de la Federación, mientras que el resto no han tenido contacto con ésta. En efecto, nótese que para ser “ministro” de la Suprema Corte no se requiere carrera judicial ni haber sido juez o magistrado, lo que es natural. Al concebirse como un Tribunal Constitucional material el perfil de los ministros de la Corte difiere del perfil de jueces de distrito y magistrados de tribunales unitarios o colegiados. No es por tanto lógico pensar que dotando a la Corte de la capacidad de elección se garantiza una representatividad de la judicatura en el CJF: únicamente se garantiza una representatividad de las visiones de los miembros de la Corte.

Existen voces que han propugnado por la democratización del CJF, sugiriendo un método electivo de los miembros de naturaleza judicial (Cárdenas Gracia 1996, 167 y 271). La opción de elección interna de los jueces puede ser considerada. En primer lugar, contribuye a que los administrados tengan participación directa en la integración del órgano administrador. Recordemos que el propio artículo 100 constitucional exenta a la Suprema Corte de toda administración por el CJF, algo que no ocurre en España en donde no sólo lo administra indistintamente, sino que inclusive integra en su totalidad a los magistrados del propio Tribunal Supremo.

En este sentido, un sistema electivo permitiría que fueran los propios magistrados y jueces quienes eligieran sus consejeros. Se fomentaría no

⁹ Debe recordarse que Franco González Salas fue magistrado del Tribunal Federal Electoral de 1990 a 1996, esto es, antes de la incorporación de este tribunal al Poder Judicial de la Federación (previamente, tenía un estatus mayormente autónomo). Por ende, su experiencia profesional no está vinculada con la carrera judicial.

sólo una cultura democrática interna en el Poder Judicial de la Federación, sino potencialmente una mayor aceptación de las resoluciones del Consejo, aumentando su autonomía respecto a la Suprema Corte de Justicia y descargando a ésta aún más de funciones administrativas.

En segundo lugar, el método electivo presenta a los magistrados y jueces la obligación ética de elegir mejor a aquéllos encargados de promoverlos y sancionarlos. El caso español, que modificó una elección interna de vocales por parte de la judicatura a una elección parlamentaria de todos los vocales, ha visto propuestas doctrinarias para volver a la elección delineada primariamente (Gómez Colomer 2019, 233).

Un sistema de elección puede ayudar a fomentar responsabilidad institucional de los jueces, incrementar la confianza hacia su administración de justicia al haber participado en su designación y provee mayor racionalidad a la decisión de quiénes serán consejeros (Serra Cristóbal 2013, 311-316). Como ha notado la doctrina italiana, la elección por parte de la magistratura fomenta el pluralismo cultural y profesional de los sectores judiciales (Zagrebelsky 2019, 92). Nótese que la Comisión de Venecia (2007, 10) ha sostenido que, para garantizar la independencia judicial cuando se ha adoptado un modelo de consejos, “debe elegirse a una mayoría sustancial de los miembros del Consejo de la Judicatura por la judicatura misma” aunque debe reconocerse que ha habido voces disidentes a este aparentemente incontrovertible estado del arte (Lucas Murillo de la Cueva 2017, 367).

Sin embargo, un incremento en el número de miembros del Consejo podría permitir ambas opciones. Dada la especial posición que tiene la Suprema Corte en el sistema jurídico mexicano podría combinarse una parte de los consejeros electos por los propios jueces y magistrados con un menor número de consejeros electos por la Suprema Corte.

No debe olvidarse, sin embargo, que la elección potencial por miembros de la judicatura debe también realizarse con cautela. Una configuración descuidada lleva aparejado el riesgo de la corporativización (Cabellos 2020, 35) o, peor aún, la politización de una judicatura mexicana que, en la actualidad, a pesar de no ser aséptica, no tiene los visos de politización que se perciben en el caso español ante las asociaciones judiciales. Parece, sin embargo, que un consenso en la doctrina y la práctica de los estados europeos (Comité de Ministros 2011, 12) es que los beneficios de la elección interna, como la pluralidad de visiones judiciales (Benvenuti 2020,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

29) superan los riesgos de la politización al dotar a la judicatura de menor intervención e injerencia de otros poderes (Guarnieri 1994, 248). Además, debemos recordar que, en relación con la judicatura ordinaria, la Suprema Corte sería un actor externo. Ello se acentúa con la propuesta abonada en este artículo que difumina el número de órganos que participan en la integración del Consejo, restando incentivos a una politización desmedida porque las nominaciones judiciales internas serían incapaces de ejercer un control efectivo del órgano *per se*. Tómese en cuenta que la elección puede ser combinada con factores atenuantes que disminuyan la polarización de las corrientes internas de la judicatura. Por ejemplo, podría combinarse un porcentaje de elección interna con métodos como la insaculación (Benvenuti 2020, 24-34) para disminuir los efectos de métodos electivos puros (más aún si se recuerda que el modelo mexicano tiene experiencia con el método de insaculación).

Por otro lado, los actuales consejeros designados por el Senado y el Ejecutivo parecen permitir una sana conformación plural al CJF y brindan perspectivas diversas a las de los propios miembros del Poder Judicial. La existencia de miembros externos al CJF puede generar control y moderación profesional, así como apertura al exterior para impedir corporativismo y clientelismo judicial (Fix-Fierro 2020, 221 y 222).

Las mismas reflexiones pueden vestirse respecto al consejero nombrado por el Ejecutivo, cuya participación podría ser cuestionada por la alta posibilidad de que prevalezcan criterios de oportunidad *política* más que jurídica en sus designaciones. Aquí dejamos constancia de que la “politización” de un órgano no necesariamente tiene un sentido peyorativo. Indudablemente, el nombramiento de ministros de la Suprema Corte y de altos cargos como los consejeros de la judicatura, siempre tendrá un contenido político, cuya naturaleza es comprensible.¹⁰

¹⁰ David Law ha puesto sobre la mesa que la acusación de “politización” en el nombramiento de jueces es matizable dado que tales nombramientos son inherentemente de tipo político y, por tanto, debe profundizarse en problemas específicos derivados de la injerencia política. Para el caso norteamericano (proposición presidencial y ratificación de una comisión senatorial), Law identifica tres problemas, a saber: 1) un excesivo énfasis en la ideología de los candidatos —fuerte escrutinio ideológico—; 2) el nombramiento de jueces ideológicamente extremos y 3) las imposibilidades del sistema para poder realizar las designaciones en tiempo y de forma eficiente (Law 2005, 500). Law sustituye el amplio concepto de “politización” por el concepto mucho más concreto de “escrutinio ideológico”.

El problema real ocurre cuando los partidos políticos pretenden directamente, por medio de sus nombramientos, mantener una influencia en el órgano nombrado. En tales casos, las consideraciones políticas de influencia priman sobre la calidad de los nombrados, lo que ha llevado a propuestas de establecer cuotas de investigadores o catedráticos de carrera en el CJF mexicano (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México 2003, 12 y 13).

En el caso mexicano, mayor problema ha suscitado, como en general en el caso de nombramientos parlamentarios (el caso español es analizado por Pauner Chulvi 2003, 62-70), los nombramientos realizados por el Senado, que ocasionalmente han presentado retrasos y visos del conocido problema de la *lotizzazione*, un fenómeno que parece ser connatural a la elección parlamentaria de cargos públicos y al estado de partidos (García Costa 2009, 170).

En resumen, tomando en cuenta la propuesta esbozada de un Consejo formado por 16 integrantes, podría tenerse un CJF con la siguiente conformación: 1) 8 consejeros de origen judicial electos por jueces y magistrados en un sistema interno que garantice una sana proporción a la conformación de jueces, magistrados de tribunal unitario y magistrados de circuito; 2 consejeros nombrados por la Suprema Corte, entre los cuales no podrían figurar ministros; 4 consejeros nombrados por el Senado, y 2 consejeros nombrados por el Ejecutivo. Estos consejeros nombrarían a su propio presidente.

Duración. Un último factor que podría revisarse es la duración de los consejeros. Los consejeros tienen una duración de 5 años en su periodo y no son reelegibles (artículo 100 constitucional). El presidente de la Corte, al ser presidente nato del CJF, tiene por periodo de designación el de la propia Presidencia de la Suprema Corte (4 años, de acuerdo con el artículo 97 constitucional). Es decir, su desempeño en el segundo órgano está ligado a ostentar la calidad de presidente del primero.

Una posible reforma sería la ampliación del periodo a 8 años. Ello contribuiría a garantizar una mayor continuidad en el trabajo técnico de la judicatura y alejaría la designación de los consejeros de la judicatura de la arena política de las renovaciones parlamentarias y presidencial. Dentro del incremento del plazo, debe conservarse el modelo escalonado, cuya ausencia en el sistema español, puede también haber contribuido a la falta de “memoria histórica” (Aguilar de Luque 2008, 1986) del periodo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

anterior y cuya reforma en México, podría contribuir a cambios drásticos de criterio que deben ser evitados.

3. *Directores y orquestas: la elección del presidente del CJF*

Otro aspecto de indudable trascendencia para garantizar la independencia e imparcialidad del CJF es la presidencia del órgano. Por más virtuosos que sean sus intérpretes, una orquesta precisa, necesariamente, de un buen director para que las melodías aisladas se conviertan en música de cámara. La partitura formada por el conjunto del artículo 100 constitucional en conjunción con las previsiones relativas de la LOPJF nos presenta a un director de orquesta predeterminado: el presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Este estudio afirma que este diseño no es el adecuado. Tal determinación quizá pudiera, bajo un análisis superficial, parecer semejante a la presidencia de derecho otorgada al presidente del Tribunal Supremo en el Consejo General del Poder Judicial español. La situación no es comparable. El presidente del Tribunal Supremo español pertenece a un órgano administrado, a su vez, por el Consejo General del Poder Judicial (a diferencia de la Suprema Corte mexicana ajena a esta administración). Además, los vocales de origen judicial en el caso español no han sido nombrados por el Tribunal Supremo (el Consejo nombra a los jueces y no los jueces al Consejo).¹¹ Más aún, el presidente del Tribunal Supremo ha sido nombrado a propuesta del propio Consejo con lo cual, materialmente éstos han elegido a su presidente al elegir presidente del Tribunal Supremo.¹² La amplia composición del Tribunal Supremo español (5 salas y un

¹¹ Recordemos que el Consejo General del Poder Judicial español propone a todos los miembros del Tribunal Supremo y a 2 de los 12 miembros del Tribunal Constitucional.

¹² “El Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en la forma que determine la ley” (artículo 123.2 de la CE). Ahora bien, el artículo 556 de la LOPJ dispone “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte Vocales, de los cuales doce serán Jueces o Magistrados en servicio activo en la carrera judicial y ocho juristas de reconocida competencia”. Es decir, existe un matiz ligerísimo. Se es elegido presidente del Supremo y, por ende, presidente del Consejo y no viceversa” (Lucas Murillo de la Cueva 2017, 354). Fernández Riveira (2016, 377) afirmó sobre la situación que estos recíprocos nombramientos son “Un hilo conductor de legitimidades

total de 64 magistrados) y el hecho de que el Tribunal Supremo no sesione nunca en Pleno, nos lleva a pensar que su presidente sí puede dedicarse a tareas administrativas.

La diferencia con la Corte mexicana de 11 ministros es absolutamente notable. El modelo español no es trasladable a la realidad mexicana porque, de hecho, el modelo español es una mezcla material de presidencia electiva y presidencia de derecho. Inclusive con lo reseñado anteriormente, en España se ha propuesto abiertamente separar las elecciones y que sean los propios vocales quienes elijan al presidente del Consejo (Íñiguez Hernández 2012a, 106-108 e Íñiguez Hernández 2006, 269-312).

En Italia, por ejemplo, existe una automática presidencia de derecho por parte del presidente de la República (que no es el presidente del gobierno). También aquí las diferencias son evidentes en tanto el presidente italiano, como jefe de Estado, es (siempre en teoría) símbolo de unidad y defensor de la Constitución (Luciani 2020, 9), aunque no han faltado críticas y recelo a sus funciones en el CSM (Martines 2010, 427-428), lo que explica por qué el vicepresidente del Consejo italiano ha jugado un papel más relevante de lo que pudiera pensarse (De Vergottini 2000, 287-313). Nuestro Ejecutivo federal se asemeja mucho más a su presidente del gobierno que al presidente *della Repubblica* (aunque ejerza ambas funciones).

En la controversia constitucional 81/2017 la Suprema Corte llegó inclusive a interpretar respecto a un Consejo de la Judicatura local (no regulado por la Constitución federal) que resultaba inconstitucional prohibir que la misma persona presidiese el Consejo de la Judicatura y el Supremo Tribunal de Justicia de una entidad federativa lo que parece, al menos, cuestionable.

En el ámbito federal, mantener el método actual coadyuva a subordinar el CJF a la Suprema Corte y tanto Melgar Adalid (2012, 347 y 2008) como Fix-Zamudio (2006, 268) han visto con recelo esta doble presidencia. La coexistencia de un ministro presidente tanto de la Corte como del CJF con consejeros que desempeñan cargos de jueces o magistrados en rangos inferiores es atípica.

El modelo no fomenta deliberación ni intercambio de ideas, pues se antoja bastante complejo que magistrados jerárquicamente en órganos

preocupante que va y viene del Consejo al Supremo, y que teje entre nombramientos y competencias una sutil tela de araña”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

inferiores disputen en un plano de igualdad las propuestas o determinaciones del presidente del máximo órgano, cabeza jerárquica del poder en que se desempeñan. Como ha argumentado recientemente la doctrina mexicana (Fix-Fierro 2018, 34), la estructura jerárquica del Poder Judicial se traslada al CJF en la coexistencia presidente-consejeros de origen judicial. Fix-Fierro (2018, 34) refirió que “ni la unidad institucional ni la supremacía de la cabeza del Poder Judicial exigen necesariamente la acumulación de funciones directivas en una sola persona, pues ello disminuye la eficacia en su desempeño, obstaculiza la especialización y favorece el ejercicio personal del poder”.

En suma, concentrar el poder en el presidente de la Suprema Corte puede ir en detrimento de una verdadera autonomía del CJF (Melgar 2008, 82). La dualidad de presidencias, más que fomentar el autogobierno judicial, puede enfatizar la distribución jerárquica del poder en la judicatura en la forma de la personalización (Bobek y Kosar 2013, 14). En la actualidad, la Presidencia dual subordina al Consejo, sobrecarga a la Suprema Corte y no necesariamente garantiza siquiera representatividad de la judicatura, pues el presidente de la Corte podría no provenir de carrera judicial, como en el actual caso del ministro Zaldívar. Por tanto, disintimos de las opiniones de quienes han dicho que esta dualidad es lógica por el entendimiento de las necesidades de la judicatura por el presidente de la Corte (del Rosario 2017, 1564). Entender a la Suprema Corte o ser miembro de ella (inclusive presidiéndola), no conlleva indefectiblemente a conocer a la judicatura federal.

Por las razones mencionadas, parece preferible que sea el propio Consejo de la Judicatura quien escoja al presidente. Esta Presidencia no tiene necesariamente que coincidir con el presidente de la Corte, tanto por razones técnicas como de carga administrativa. Incluso debemos replantearnos si debe el presidente de la Suprema Corte pertenecer al CJF del todo. La respuesta más probable es negativa.

4. *Los límites de la inatacabilidad*

Finalmente, como parte de un análisis de la autonomía del CJF debemos considerar la definitividad de sus decisiones. ¿Cuándo es posible revisar una decisión del CJF? ¿Qué tipo de decisiones deben revisarse? Y, más importante aún para su autonomía, ¿quién puede revisarlas?

La inicial configuración constitucional en 1994 había previsto que las decisiones del CJF fueran definitivas e inatacables. Sin embargo, la interpretación de la Corte no dudó en subordinar sus decisiones al escrutinio producto del juicio de amparo a pesar del texto expreso de la Constitución. En 1999, una reforma constitucional clarificó la posibilidad de revisar las decisiones del CJF por parte de la Corte.

A partir de 1999, la Suprema Corte pudo revisar la práctica totalidad de actuaciones esenciales del CJF o solicitar su ejercicio (históricamente lo analiza Rivas Acuña 2011, 164-183). Podríamos subdividir el análisis en dos aspectos de revisión principales, a saber, 1) revisión de acuerdos generales y 2) revisión de decisiones de designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces.

En primer término, la extinta facultad de revisión de acuerdos generales resultaba peculiar. Previo a la reforma de 2021, la Suprema Corte podía revocar la expedición de los acuerdos generales del CJF por una mayoría calificada de 8 votos (artículo 100 constitucional), lo que hizo que algunos autores calificaran la facultad del Consejo de emitir acuerdos generales como “subordinada” a la Suprema Corte (Sánchez Velarde 2017, 1582). La revisión del dictado de acuerdos generales resultaba ciertamente incompatible con una garantía de autonomía del CJF porque dicha revisión no implicaba ya una lectura desde el marco jurídico, sino de la oportunidad política de organización del Poder Judicial. Esta facultad fue ejercida en dos ocasiones (Pérez Dayán 2020, 616) en las que el presidente de la Corte se declaró impedido para participar en la discusión por el obvio conflicto de intereses de presidir al órgano que emitió el acuerdo y al órgano que discutía la revisión de dicho acuerdo general.

La reforma constitucional de 2021 eliminó esta facultad de revisión. Esto es, la Suprema Corte no podrá revisar la actuación del CJF en la expedición de sus acuerdos del todo. Para ello, la iniciativa primaria que desembocó en la reforma de 2021 esgrimió dos argumentos. Por un lado, sostuvo que permitiría hacer más expedito el cumplimiento de los acuerdos. Por el otro, afirmó que implicaría permitirle a la Corte concentrar su atención en las funciones perfiladas hacia un Tribunal Constitucional.

Ciertamente la reforma fue positiva en este aspecto. No existe una razón sistémica que conceptualmente justifique la posibilidad de revisión de acuerdos del CJF por parte de la Suprema Corte en un plano íntegro de política judicial. Aunado a ello, tal revisión resultaba incompatible con

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

una visión de la Corte como Tribunal Constitucional material. Una razón adicional, no considerada en la iniciativa, podría haber sido que eliminar tal facultad coadyuvaría a aminorar la dependencia abierta del CJF a la Suprema Corte para garantizar una mayor autonomía y alejarla de un forzado alineamiento ideológico con la propia Corte. Por tanto, la nueva configuración constitucional tras la reforma de 2021 implicó una mejora frente al escenario regente en el periodo 1999-2020.

Por lo que respecta a la histórica facultad de revisión de decisiones de designación, adscripción, ratificación, y remoción de magistrados y jueces, el escenario ha cambiado parcialmente a raíz de la reforma de 2021.

Previo a la reforma constitucional de 2021, la Suprema Corte podía revisar las decisiones de designación, adscripción, ratificación, y remoción de magistrados y jueces (lo que incluía la posibilidad de revisar cuestiones derivadas de los concursos de oposición para acceder al cargo). Aquí el artículo 100 constitucional hacía una remisión a ley orgánica que el Congreso había empleado para crear el recurso de revisión administrativa (artículo 122 de la LOPJF). El control realizado por vía de revisión administrativa no resultaba sólo formal.¹³ Mediante el recurso de revisión administrativa, la Corte evaluaba si las preguntas de los exámenes a magistrado eran claras o cuál era la puntuación que se le debía dar a un aspirante por un curso recibido o impartido.

La reforma constitucional de 2021 manejó un escenario ambivalente y escindió el conjunto de decisiones revisables, dándoles un tratamiento diferenciado. Por un lado, expresamente confirmó la posibilidad de que la Suprema Corte revise toda determinación concerniente a la adscripción, ratificación y remoción de titulares de magistraturas y juzgados de distrito. A pesar de que la Constitución, siempre en teoría, acota dicha revisión a las reglas establecidas constitucional y legalmente, la práctica ha con-

¹³ Véase la tesis: “REVISIÓN ADMINISTRATIVA. RECURSO CONTRA RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL RESOLVERLO”; en la cual expresamente se mencionaba que el Pleno puede analizar todos “los hechos, pruebas, motivos y fundamentos que sustentan la resolución del Consejo de la Judicatura Federal, y determinar si se cumplieron los requisitos exigidos por la Ley, sean de *fondo o de forma*”. Las cursivas son nuestras. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo III, marzo de 1996, p. 468.

firmado que esta revisión es profunda y más similar a una sustitución en plena jurisdicción que una simple revisión formal rutinaria.

La Suprema Corte sigue erigiéndose, ante una impugnación, en ente decisor último de quiénes serán los titulares de tribunales y juzgados en el caso mexicano y dicha facultad no sólo no se vio intocada, sino confirmada por la reforma constitucional de 2021. Empero, cuestión distinta debe predicarse respecto a las determinaciones concernientes a los concursos de oposición.

La reforma constitucional eliminó el régimen recursivo ante la Corte de estas cuestiones (concursos de designación). Eliminar el recurso sin sustituirlo por algún medio de impugnación, ciertamente hubiese sido dudoso. Como analizaremos en esta sección, la pregunta que han enfrentado países como España, Italia o Polonia no es si debe permitirse la impugnación de estas materias (cuestión pacífica), sino a quién asignar la competencia de resolución. La reforma constitucional de 2021 realizó en este caso un verdadero ejercicio de ingeniería jurídica para lograr una solución intermedia, pero no del todo adecuada.

En primer término, la reforma de 2021 constitucionalizó a uno de los órganos de trabajo del CJF, no presente anteriormente en el texto fundamental, pero existente en la práctica, a saber, el “Instituto de la Judicatura Federal” (al que renombró como “Escuela Federal de Formación Judicial”).

Este órgano es una división administrativa del CJF que se encarga de la capacitación. La reforma constitucional situó al órgano administrativo en la Constitución. Aunado a ello, le confirió en exclusividad, además de los procesos de formación y capacitación, la organización de los concursos de oposición (lo que implica su resolución). Aquí la reforma constitucional precisó que la “designación” de titulares es inimpugnabile por recurso alguno, pero permitió que los resultados de los concursos de oposición fueran impugnados ante el Pleno del CJF.

El cambio es claro. Se realizó la transición de un recurso externo (resuelto por otro órgano, en este caso, la Suprema Corte) a un recurso interno (porque será el órgano de trabajo el que resolverá el concurso y el órgano plenario el que solucionará las impugnaciones).

Dotar de competencia al CJF para conocer de impugnaciones atinentes a los concursos de oposición es una propuesta curiosa, aunque no inédita (Trejo 2020, 675). La intención de la reforma de 2021 es loable, pero problemática. Loable por intentar eliminar los conflictos con la Suprema

Corte en torno a funciones exclusivamente propias del CJF y por privarle de injerencia en este punto específico. Empero, es problemática porque el recurso ideado puede resultar ilusorio. La constitucionalización del Instituto de la Judicatura Federal bajo el nuevo nombre de “Escuela Federal de Formación Judicial” no cambiará su naturaleza ni estatus. El órgano es una simple división administrativa de trabajo interno jerarquizada y no un cuerpo independiente.

La reforma tampoco dotó a la Escuela Judicial de garantía alguna de su autonomía. Recordemos que la propia reforma mantuvo la estructura actual en la que el CJF puede decidir reglamentariamente su funcionamiento. Además, no hay visos de modificaciones al nombramiento o remoción del titular de la Escuela Federal de Formación Judicial. En síntesis, la Constitución actualmente configura un régimen en que será el propio órgano (CJF) el que organizará el concurso y resolverá las impugnaciones sobre sus resultados (sin perjuicio de que una de sus áreas administrativas esté a cargo de la organización/resultados del concurso y el Pleno del órgano de resolver las impugnaciones).

Sólo por ejemplificar, el “Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal por el que se establece la integración del Comité Académico en el Instituto de la Judicatura Federal” (18/03/2016) confía en su punto primero la designación de los miembros del antiguo Instituto de la Judicatura Federal (11) y su director al Pleno del CJF. Es, por tanto, una designación libre, no constreñida a requisitos gravosos ni con garantías que eviten la remoción. Esta configuración no parece ofrecer pronóstico alguno de que el Instituto se diseñará con la autonomía requerida para cumplir con el requisito formal simple de que el órgano que resuelva el recurso no sea el mismo órgano cuya actuación se impugna. Naturalmente, esta regulación es previa a la reforma constitucional de 2021. Empero, ante la ausencia de modificación en la reciente reforma constitucional, ¿cuáles serían los incentivos para que el CJF realizase alguna modificación para perder control sobre la “Escuela Federal de Formación Judicial” en su nueva denominación? El nombre no cambia su naturaleza. Ante ello, la discusión que se acercará sobre el funcionamiento del recientemente creado recurso interno será fundamental para evaluar su eficacia, independencia y la compleja relación entre la nueva Escuela Federal y el propio CJF.

Lo anterior muestra que, históricamente, una gran cantidad de decisiones trascendentales del CJF fueron directamente revisables ante la

Corte no sólo por criterios de legalidad, sino también de oportunidad política. El choque frontal de criterios administrativos se encontraba siempre destinado a inclinarse en favor de la Corte. Si la Suprema Corte no era capaz de imponer su opinión presidiendo el órgano y designando a los consejeros de origen judicial, aún retenía la facultad de simplemente anular los acuerdos generales privilegiando así su visión del modo de ejercer la administración de justicia. La reforma constitucional de 2021 introdujo importantes matices al debate al eliminar la facultad de revocación de acuerdos y limitar el número de determinaciones del CJF impugnables ante la Corte (creando un recurso interno frente al Consejo respecto a los concursos de oposición) aunque no parece que se hayan resuelto todas las problemáticas.

Debe recordarse que el debate sobre la posibilidad de impugnación de actos de los consejos de la judicatura se da en un plano procedimental y no sustantivo. Esto es, no existe un debate respecto a la conveniencia de permitir su control (cuestión pacífica), sino sobre el sujeto controlador y el alcance de la revisión.

En esa línea, Italia y España contemplan la revisión de la legalidad de tales actuaciones por su jurisdicción administrativa.¹⁴ El caso de Polonia es peculiar en tanto, inicialmente, el control de las resoluciones del KRS (Consejo de la Judicatura) se concibió por parte del Supremo Tribunal Administrativo para posteriormente modificarse¹⁵ en la *Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa* del 12 de mayo de 2011 a efectos de permitir el control por la Suprema Corte, órgano que es distinto al Tribunal Constitucional (Sułkowski, 2012, 119).

Todos los ordenamientos tienen en común que existe un control sobre la actuación de los consejos de la judicatura. Sin embargo, ninguno de ellos encomienda tal tarea directamente al Tribunal Constitucional, que es la función materialmente desempeñada por la Suprema Corte en México, esto es, Italia y España (López Guerra 2002, 20) a la jurisdicción contencioso administrativo y Polonia a la Suprema Corte (Sługocki 2012, 421-423). En los ejemplos de derecho comparado, los respectivos consejos

¹⁴ En el caso de Italia, tal control fue confirmado por la Corte Constitucional en la Sentencia 419/1995.

¹⁵ Varias decisiones motivaron dicha reforma. En particular, puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional polaco K 62/07. De igual forma, las sentencias SK 43/06, SK 57/06 y K 40/07.

también colaboran directamente en el nombramiento de los órganos controlados, a excepción de la magistratura administrativa especial en Italia.

México ha configurado un modelo curioso donde la Suprema Corte se debate entre ser el máximo garante de la constitucionalidad, pero al mismo tiempo conservar atribuciones de legalidad. ¿Era necesario preservar la facultad de la Suprema Corte de controlar las decisiones del CJF sobre adscripción, ratificación y remoción de titulares de órganos jurisdiccionales? O ¿más que una tutela de la legalidad de las decisiones era una forma de establecer la prevalencia de la Corte?

Cuestionar el control depositado en la Suprema Corte no significa defender una postura que exente de control las actuaciones del Consejo, pues los órganos constitucionales no pueden estar exentos de control (Carpentier 2005, 69). Sin embargo, a pesar de que el control de sus decisiones despierte fricción y polémica doctrinal (López Aguilar 2017, 684), sí implica replantearse si no es posible encontrar una instancia más idónea para ello.

Las anteriores reformas que se han propuesto y las reflexiones vertidas en torno a la posición y funciones del CJF deben considerarse un marco integral y no propuestas que aisladamente puedan implementarse. Por ejemplo, permitir el nombramiento propio del presidente del Consejo, pero mantener como consejero de derecho al presidente de la Suprema Corte y la forma en que se configura actualmente el recurso de revisión parece carecer de sentido al permitir retener a la Corte el control del CJF y perfilar una elección que no incidirá en la autonomía del órgano. Debe realizarse un análisis integral del CJF fuera del cortoplacismo de cambios cosméticos.

5. *¿Ha pasado el peligro? La nueva facultad de “concentración” del CJF*

Los consejos de la judicatura tienen por finalidad garantizar la independencia judicial (Carpizo 2000, 2012). A pesar de que prototípicamente se busca asegurar tal garantía frente a actores externos, la independencia judicial requiere, de igual forma, que ésta se predique frente al propio Consejo. Un Consejo de la Judicatura con facultades excesivas o discrecionales frente a los juzgadores puede generar incentivos para convertirse en fuente de indeseables injerencias en la judicatura a la que debe administrar, pero no “controlar”.

La reforma constitucional de 2021 dotó al CJF de la facultad de “concentrar” asuntos en órganos jurisdiccionales específicos para que conozcan de hechos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos.¹⁶ Expresamente la Constitución establece que esta facultad será una excepción a los principios de turno y competencia. Sea o no un precepto operativo de distribución competencial, se creyó conveniente consagrar una restricción constitucional específica.

En la iniciativa del proyecto de reforma se proponía inicialmente dotar al CJF de la facultad de “designar” a juzgadores específicos. Esta facultad parecía implicar permitirle la elección de juzgadores en concreto, violando la garantía del juez natural. La iniciativa sólo justificó este aspecto lacónicamente señalando que esto “garantiza la concentración de los asuntos, para dar una solución coherente y expedita a casos de trascendencia social”. La iniciativa era controversial.

El turno y la competencia son garantías de independencia para los juzgadores al asegurar que los asuntos que les sean encomendados no provengan de una decisión específica, sino que sean predeterminados por reglas de distribución territorial o aleatorias (turno). La imposibilidad que tienen el Parlamento, gobierno e, inclusive, el propio Poder Judicial de designar a un órgano específico para que resuelva un caso, es una garantía para los justiciables de la resolución de asuntos porque evita que esta selección se realice con criterios ideológicos o políticos.

La iniciativa de reforma constitucional proponía facultar al CJF a tomar una determinación que, más allá de administrar al Poder Judicial, podía permitirle conducirlo. El lenguaje de la iniciativa implicaba la designación *ad hoc* de juzgadores para casos específicos. Ciertamente podría alegarse que esta facultad le hubiera permitido al CJF elegir jueces cuya visión y apertura llevaran a una mejor impartición de justicia, pero también podría haberle permitido lo opuesto: preferir encomendar determinados asuntos a juzgadores específicos en línea con una visión concreta.

¹⁶ La reforma al artículo 100 estableció el siguiente texto actual en la Constitución tras la reforma de 2021: “El Consejo de la Judicatura Federal podrá concentrar en uno o más órganos jurisdiccionales para que conozcan de los asuntos vinculados con hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos. La decisión sobre la idoneidad de la concentración deberá tomarse en función del interés social y el orden público, lo que constituirá una excepción a las reglas de turno y competencia”.

La terminología constitucional finalmente adoptada (concentración) debe entenderse como una herencia atenuada del proyecto original. Las atenuantes reducen, pero no eliminan las dudas. ¿Vulnera la nueva redacción el derecho al juez natural o el cambio de “designación” a “concentración” ha eliminado las problemáticas?

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido enfática en señalar el derecho a un juez natural. Si bien mayormente se ha emitido jurisprudencia en torno a tribunales militares, ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención garantiza un derecho a ser juzgado por tribunales ordinarios competentes (Feuillade 2009, 29). Por ejemplo, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001) la Corte Interamericana sostuvo que “al crear Salas y Juzgados Transitorios Especializados en Derecho Público y designar jueces que integraran los mismos” el Estado había vulnerado el derecho de una persona a la jurisdicción previsto en el artículo 8.1 de la Convención.

Se ha sostenido que el derecho al juez ordinario comprende tanto la constitución del órgano jurisdiccional (la existencia de éste previo al proceso) como la competencia *lato sensu* del órgano. La competencia es el respeto a los criterios correspondientes para identificar cuál órgano jurisdiccional es el encargado de resolver un asunto atendiendo al territorio, materia o cuantía (Díez-Picazo 1999, 81). La reciente reforma constitucional incide directamente en el segundo punto. El CJF podrá decidir ex-post cuál es el órgano apropiado para concentrar asuntos tomando en cuenta el “interés social” y el “orden público”.

Cuando exista una amplia variedad de jugadores dentro de los cuales elegir debemos preguntarnos: ¿cuál será el criterio orientador del CJF para decidir al órgano apropiado para “concentrar” ante la variedad de juzgadores? ¿El criterio del juzgador en casos pasados? ¿La formación del juzgador? ¿El tipo de jurisprudencia que ha emitido? ¿La especial sensibilidad de un titular a cierto tipo de casos? El uso de cualquiera de estos criterios anticiparía que el Consejo intenta, mediante la asignación de ese órgano como “concentrador”, anticipar un probable resultado.

Como segundo problema de la misma propuesta, puede señalarse la gran amplitud de la hipótesis detonante. El término “violaciones graves de derechos humanos” es altamente ambiguo y, dada la ausencia de mecanismos de control sobre esa determinación, permite un manejo discrecional de la facultad. Más aún, los conceptos de “interés social” y “orden

público” tampoco acotan la facultad a parámetros definidos. Al carecer de estándares objetivos, la reforma constitucional actualiza un amplio margen discrecional al CJF.

La excepción expresa “a las reglas de competencia y turno” (artículo 100 constitucional), contenida en la flamante reforma constitucional, deberá ser analizada a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación por la Corte Interamericana (competencia, independencia, imparcialidad y establecimiento con anterioridad en la ley) (Rodríguez 1998, 1316). Turno y competencia, en suma, son garantías de independencia e imparcialidad para el justiciable.

No debe olvidarse tampoco que el artículo 13 de la Ley de Amparo contenía ya previo a la reforma una disposición parecida, aunque con importantes matices. Dicho precepto faculta al CJF a petición de cualquiera de las partes (si se señalan actos reclamados distintos, pero con perjuicios análogos o se reclama el mismo acto u omisión), a la “concentración de todos los procedimientos ante un mismo órgano del Poder Judicial de la Federación según corresponda”. Esta facultad ha sido incluso desarrollada por el CJF en su acuerdo general 26/2015. A este tipo de desplazamiento competencial se le conoce con frecuencia como competencia por conexidad. Por ello, quizá pudiera formularse un argumento en el sentido de que la matización de la iniciativa original (modificando la terminología de “designar” a “concentrar”) alude a una regla de competencia por conexidad. Sin embargo, el argumento no es del todo sólido. La competencia por conexidad forma parte de las competencias prefijadas, por lo que resultaba innecesario, si esa era la intención, precisar que dicha concentración exceptúa expresamente las reglas de competencia y turno (bastaba con establecer un desarrollo legal y la conexidad pasaría a formar parte del entramado competencial previsto con antelación al conflicto y sus reglas podrían prefijarse con más detalle limitando márgenes discrecionales).

Más aún, si la conexidad ha sido incorporada a procesos federales como el amparo en aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles¹⁷ ¿resultaba necesaria su constitucionalización o podía hacerse en ley secundaria al ser una reforma inocua? ¿Era necesario rei-

¹⁷ Véase la jurisprudencia P./J. 24/2015 (10a.), de rubro “ACUMULACIÓN DE JUICIOS DE AMPARO INDIRECTO. PROCEDIMIENTO CUANDO SE ENCUENTRAN RADICADOS ANTE

terar constitucionalmente un tema pacífico?¹⁸ Por otro lado, si se pretendía establecer una conexidad específica para procesos no constitucionales, ¿no resultaba más sencillo reformar el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Nacional de Procedimientos Penales y las demás normas procesales sin necesidad de establecer una restricción constitucional expresa al derecho de competencia y turno? ¿O a qué tipo de procesos naturales se refiere la Constitución? El establecimiento de restricciones constitucionales expresas siempre permiten avizorar que la intención del texto no es inocua.

Dos posibilidades son ineludibles de considerar: o su constitucionalización resultaba ociosa y no trascendental o los matices realizados fueron una forma de salvar una facultad cuya formulación inicial era demasiado polémica y cuyas posibilidades de ejercicio aún están por verse.

En conclusión, previo a la reforma constitucional de 2021, la configuración del CJF ciertamente podía despertar dudas sobre los procedimientos disciplinarios a los jueces, pero no existía un debate directo sobre la injerencia del Consejo en la asignación de asuntos o procesos específicos. La reforma constitucional, lejos de solucionar un problema de independencia judicial, abrió nuevas interrogantes.

La forma en que se utilice la nueva facultad determinará si se ha creado una redundante regla de competencia inofensiva (cuya constitucionalización resultaba entonces innecesaria) o si la facultad da pie a usos controversiales. Sin duda, la independencia judicial interna, predicable frente al CJF, será un debate abordado en el constitucionalismo mexicano de cara al futuro ejercicio de esta nueva facultad.

III. CONCLUSIONES

A lo largo de este breve estudio comparado se han analizado diversos aspectos del CJF que garantizan su subordinación y dependencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tal modelo debe verse con recelo

EL MISMO JUZGADOR FEDERAL”, visible en la gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, tomo I, septiembre de 2015, p. 19.

¹⁸ Este pareció ser el entendimiento de diversos senadores en el debate correspondiente. Véase la sesión ordinaria vespertina de la Cámara de Senadores del 27 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3ahEpgR> (última consulta 28/01/2021).

en tanto la paulatina evolución de las funciones de la Suprema Corte la ha llevado cada vez más a asemejarse a un Tribunal Constitucional material.

Si las atribuciones de legalidad han ido desapareciendo con cada vez mayor frecuencia del marco de la Suprema Corte, la retención de una desmedida influencia en la administración de justicia no es compatible ni con una Suprema Corte más cercana a un Tribunal Constitucional ni con un Consejo autónomo.

Existe una gran injerencia de la Corte en el CJF en la forma de la Presidencia de derecho del órgano, en la designación de sus miembros o la posibilidad de revisar sus decisiones en materia de adscripción, ratificación y remoción de titulares de órganos jurisdiccionales. El modelo se ha mostrado, de esta forma, titubeante. No ha conferido abiertamente la administración del Poder Judicial a la Suprema Corte, pero tampoco se ha construido un CJF fuerte e independiente lejos del alcance de la Corte. Esta ambivalencia de modelos produce un resultado confuso. Pareciera ser que el constitucionalismo mexicano no ha generado un consenso en torno a qué CJF queremos.

La reforma constitucional de 2021 no ha dado una respuesta a esta interrogante y ha abierto, en cambio, más preguntas. La reforma intentó atender algunos de los problemas históricos del CJF mexicano. Parte de las soluciones ofrecidas son el incremento de la autonomía del Consejo en torno a la irrevocabilidad de sus acuerdos y el esfuerzo —no completamente exitoso— de diseñar un procedimiento de impugnación de problemáticas atinentes a los concursos judiciales.

Sin embargo, la reforma constitucional de 2021, en su silencio, confirmó aspectos criticables del régimen constitucional mexicano. La Constitución permanece silente sobre una potencial autonomía con un correlato de vías competenciales, la Presidencia del Consejo bajo control de la Suprema Corte, la influencia de la Corte en la elección de consejeros judiciales, el reducido número de consejeros o el control por parte de la Corte de las determinaciones del CJF en adscripción, remoción y ratificación de juzgadores vía recurso de revisión administrativa (no compatible, por cierto, con las funciones de Tribunal Constitucional de la Suprema Corte). Se perdió, como ya ha acontecido anteriormente (Cárdenas Gracia 2013, 385), otra oportunidad de realizar una reforma integral al CJF y no cambios cosméticos menores. Por otro lado, las soluciones a los pocos problemas aborda-

dos, no sólo son perfectibles, sino que generan nuevos problemas potenciales, como hemos analizado.

Un CJF con una posición institucional fortalecida podría generar mejores resultados. La reforma de 2021, con los cambios adoptados, parece haber puesto freno, al menos temporal, al debate de modificaciones al CJF. Empero, la discusión persiste. El CJF no debería formar parte del Poder Judicial, la Suprema Corte no debe necesariamente nombrar a todos los consejeros de origen judicial y, en definitiva, la Presidencia del órgano debería ser una decisión interna del propio CJF. Tanto por razones de garantía institucional, de carga laboral del presidente de la Suprema Corte y futura relación en la revisión de las decisiones, éste no es la persona más idónea para presidir, a su vez, al CJF y quizá, probablemente, pudiésemos replantearnos si debe integrarlo del todo.

En el abanico de derecho comparado existen muchos, sistemas que emplean consejos de la judicatura para garantizar la función administrativa del Poder Judicial, pero también hay sistemas que prescinden de ellos. Alemania¹⁹ e Inglaterra (Fernández Riveira 2020, 91) son claros ejemplos de sistemas que pueden trabajar designando jueces con participación de sus ministerios o creando comisiones de participación dual para nombrarlos.

¿Por qué estos sistemas, que permiten una abierta participación del Ejecutivo u otros poderes, pueden llegar a producir resultados aceptables y designaciones no controvertidas? La respuesta tiene que ser, necesariamente, que el comportamiento responsable de sus actores tiene un mayor peso que el de los diseños institucionales. Son las personas quienes hacen que funcionen las instituciones y no las instituciones quienes siempre pueden orientar el comportamiento de los sujetos, aunque ésta no sea una excusa para mejorar los siempre perfectibles diseños.

¹⁹ Mediante los “Richterwahlausschüsse” en los *Länder*, ya previstos en el artículo 98.4 de la Ley Fundamental de Bonn. Para el caso de los tribunales de la Federación, la regla regente es similar, prevista en el artículo 95.2 GG. Frecuentemente se argumenta que este comité puede fortalecer su legitimidad democrática (Heusch 2011, 2058). La normativa alemana trata de promover al juez de carrera a la vez que intenta evitar tensiones democráticas, incluyendo a los ministerios y al Senado en la composición del comité de selección (Jarass y Pieroth 2011, 987). Además, en la Comisión de selección, usualmente participa el ministro cuyo Ministerio (secretaría) se encarga de la materia sustantiva correspondiente al juzgado con la plaza vacante (Meyer 2012, 757). El mismo modelo predomina en Austria por influencias recíprocas (Öhlinger 2012, 274).

Recordemos que, como se ha dicho al respecto de órganos similares en otras latitudes, el Consejo de la Judicatura no es un órgano estrictamente necesario. No es integrante básico de la división de poderes ni un órgano indefectible en el Estado (Íñiguez Hernández 2008, 467). Es posible prescindir de un Consejo de la Judicatura siempre que se ofrezca un modelo alternativo funcional.

En cambio, si la decisión es mantener el modelo de un CJF en México, debemos replantearnos fuertemente su posición institucional y cuestionar si la posición actual del Consejo es la óptima para desempeñar con objetividad, independencia e imparcialidad las funciones que tiene encomendadas y, sobre todo, cuál es la relación óptima que debe tener frente a la Suprema Corte, ante su influencia fundamental en éste.

El CJF debe analizarse en su integridad para sortear los riesgos de la presbicia y fortalecer sus funciones que, correctamente desempeñadas, ayudarán a mejorar la calidad de nuestros juzgadores. El debate sobre su diseño institucional debe ser meditado, cuidadoso y profundo. El ejemplo de España se erige como advertencia de los peligros de configuraciones debatibles (Lucas Murillo de la Cueva 2009, 41 y 42),²⁰ incluso si se ha variado sólo uno de sus elementos (designación parlamentaria). En juego está el Poder Judicial que queremos.

²⁰ Aprecia Íñiguez que el Consejo ha tenido en algunas ocasiones verdadero ánimo de incursionar mediante sus actuaciones en el debate político “Que esto haya ocurrido en un órgano creado precisamente para apartar a los jueces de la política refuerza la impresión de desnaturalización y fracaso en su función” (Íñiguez Hernández 2012b, 104). Íñiguez llega incluso a hablar del “fracaso indiscutido en su labor constitucional de garantía”. Sin embargo, hay autores medianamente escépticos con esta crítica (Terol Becerra 2003-2004, 645 y 646). Analizar las causas de este “ambiente politizado” en el Consejo General del Poder Judicial en España exceden los propósitos de este trabajo. Únicamente a modo de esbozo, creemos que hay varios factores cuya interrelación han traído estos resultados. Entre tales factores podrían citarse 1) la mutua influencia entre asociaciones judiciales y partidos políticos; 2) la prohibición a los jueces de pertenecer a partidos políticos, tensiones que, canalizadas en las asociaciones judiciales, las han hecho tener quizá un desproporcionado papel protagónico dentro de la judicatura; 3) el inicial recelo a la judicatura heredada del modelo franquista; 4) la designación con el tamiz del escrutinio ideológico del parlamento a los vocales de origen judicial. Estas son algunas de las causas de las tensiones internas del Consejo General del Poder Judicial español.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John. 2009. "Repensar la estructura institucional para la rendición de cuentas en el Estado Mexicano". ACKERMAN, John y ASTUDILLO, César (coords.), *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- AGUIAR DE DUQUE, Luis. 2008. "Artículo 122". CASAS BAAMONDE, María y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Toledo. Wolters-Kluwer.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. 2003. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. México. Mundiprensa.
- ASTUDILLO, Cesar. 2019. *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México. Tirant lo Blanch.
- BÁEZ SILVA, Carlos. 2003. "La Escuela Judicial del Poder Judicial de la Federación". *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia* (2).
- BANASZAK, Bogusław. 2009. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej: Komentarz*. Varsovia. C.H. Beck.
- BENVENUTI, Simone. 2020. "Brevi note sull'affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni?". *Osservatorio Costituzionale* (1).
- BOBEK, Michal y KOSAR, David. 2014. "Global solutions, local damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe". *European Legal Studies*, Research Paper in Law (7).
- CABELLOS, Miguel Ángel. 2020. "La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación". *Revista Española de Derecho Constitucional* (118). México.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. 1996. *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. 2013. "La nueva Ley de Amparo". *Cuestiones Constitucionales* (29). México.
- CARPENTIER, Élise. 2005. "L'Organe, L'acte et le conflit constitutionnels". *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. París.
- CARPENTIER, Élise. 2006. *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*. Clermont-Ferrand. Editorial Varenne.
- CARPIZO, Jorge. 2000. "Otra reforma constitucional: la subordinación del Consejo de la Judicatura Federal". *Cuestiones Constitucionales* (2). México.

- Comisión de Venecia para la Democracia a Través del Derecho. 2007. "Judicial Appointments". *Opinión 403/2006*. CDL-AD (2007) 028.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa. 2011. *Judges: Independence, efficiency and responsibility. Recommendation CM/Rec(2010)12 and explanatory memorandum*, Estrasburgo. Council of Europe Publishing.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio. 1999. "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley". *Revista Española de Derecho Constitucional* (31).
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio. 2018. "Artículo 22". PÉREZ TREMPES, Pablo y SAINZ, Alejandro (dirs.). *Comentario a la Constitución Española*. Madrid. Tirant lo Blanch.
- DUSSAUGE, Mauricio. 2016. "Organismos constitucionales autónomos y reforma administrativa en México". CARMEN, María del y CEJUDO, Guillermo (eds.). *Trayectorias de reformas administrativas en México: legados y conexiones*. México. El Colegio de México.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa. 2016. "Nuevos enfoques de la independencia judicial. Dos puntas de Iceberg en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial: la Comisión Permanente del CGPJ y el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo". *Teoría y Realidad Constitucional* (38).
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa. 2020. "¿Cómo se nombra discrecionalmente el Poder Judicial? El Consejo General del Poder Judicial y la Judicial Appointment Commission en el Reino Unido". *Revista de Derecho Político* (107).
- FEUILLADE, Milton C. 2009. "El juez natural en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (32).
- FIX-FIERRO, Héctor (ed.). 2018. *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y completar su transformación. Una propuesta académica*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FIX-FIERRO, Héctor. 2020. *El Poder del Poder Judicial y la moderación jurídica en el México contemporáneo*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. 1967. "Reformas constitucionales al Poder Judicial federal". *Revista de la Facultad de Derecho de México* (65).
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. 2006. "Justicia constitucional y control de legalidad en México". VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.). *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (tomo I). México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

- GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. 2009. *La función electoral del Parlamento*. Barcelona. Atelier.
- GARCÍA ROCA, Javier. 1987. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid. Tecnos.
- GARLICKI, Leszek. 2012. *Polskie prawo konstytucyjne*. Varsovia. Liber.
- GAROUPA, Nuno y GINSBURG, Tom. 2009. “Guarding the guardians: Judicial Councils and Judicial Independence”. *The American Journal on Comparative Law*, vol. 57 (1).
- GERPE LADÍN, Manuel. 1992. “El Consejo del Poder Judicial”. *Revista de Derecho Político* (36).
- GIACOBBE, Giovanni. 1994. “Autogobierno de la Magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la república italiana”. *Justicia y Sociedad*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. 2019. “Sobre el nombramiento del presidente y de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común”. *Teoría y Realidad Constitucional* (44).
- GÓMEZ MARINERO, Carlos Martín. 2008. “Algunas reflexiones en torno al Consejo de la Judicatura Federal en México”. *Revista Legislativa de Estudios Sociales y Opinión Pública*, vol. 4 (8).
- GÓMEZ MONTORO, Ángel. 1992. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- GUARNIERI, Carlo. 1994. “Justice and Politics: The Italian case in comparative perspective”. *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 4 (2).
- GUTIÉRREZ, Miguel. 2018. *La facultad disciplinaria del Consejo de la Judicatura en México*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HERNÁNDEZ, Alfonso y CHÁVEZ, José. 2019. “Las defensorías del pueblo en México como límites al poder”. NARRO, Joaquín. *Autonomía de los organismos públicos de derechos humanos*. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso. 2005. “Algunas propuestas de reforma a la controversia constitucional en el contexto de la función de jurisdicción constitucional en México”. CIENFUEGOS, David y LÓPEZ, Miguel. *Derecho procesal. Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruíz*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- HEUSCH, Andreas. 2011. "Artikel 98". Schmidt-Bleibtreu, Bruno y Klein, Franz (coords.). *Kommentar zum Grundgesetz*. Lavis. Carl Heymanns Verlag.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego. 2006. "El gobierno del Poder Judicial: Fracaso y remedio del Consejo General y nuevos consejos territoriales". IBARRA, Juan Luis y GARCÍA, Miguel Ángel (codos.). *Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en el Estado Autonómico*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego. 2008. *El fracaso del autogobierno judicial*. Pamplona. Thomson Civitas.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego. 2012a. "Crisis, reforma o continuidad en la Política Judicial". *Jueces para la Democracia* (74).
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego. 2012b. "Las funciones ad extra del CGPJ". Aguiar de Luque, Luis (dir.). *El gobierno del Poder Judicial*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- JARASS, Hans y PIEROTH, Bodo. 2011. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*. Munich. Beck.
- LAW, David. 2005. "Appointing federal judges: The President, The Senate, and the prisoner's dilemma". *Cardozo Law Review*, vol. 26 (2). Nueva York.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan. 2017. "El Poder Judicial". López Garrido, Diego *et al.* *Derecho constitucional comparado*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. 2002. "Consejo General del Poder Judicial y Política de la Justicia en España". *Derecho PUCP*, vol. 55 (7).
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. 2009. "A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial". *Anuario Nuevas Políticas Públicas* (5).
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. 2017. "La independencia y el gobierno de los jueces: un debate constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional* (40).
- LUCIANI, Massimo. 2020. "Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale". *Osservatorio Costituzionale* (1).
- MARTINES, Temistocle. 2010. *Diritto costituzionale*. Milano. Giuffrè Editore.
- MELGAR ADALID, Mario. 2008. "La doble presidencia de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal. Una asignatura pendiente". FERRER MACGREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: tomo XI*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

- MELGAR ADALID, Mario. 2012. *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Porrúa.
- MEYER, Wolfgang. 2012. “Artículo 95”. Münch, Ingo von (coord.). *Grundgesetz Kommentar*. Munich, C.H. Beck.
- NIETO, Gabriela. 2011. “Órganos constitucionales autónomos y la administración de justicia de las entidades federativas en México”. GONZÁLEZ, Manuel y CIENFUEGOS, David (coords.), *Estudios de derecho constitucional local*. Coahuila. Congreso de Coahuila.
- ÖHLINGER, Theo. 2012. *Verfassungsrecht*. Viena. Facultas.
- OVALLE FAVELA, José. 2011. “La controversia constitucional y los órganos autónomos”, *Cuestiones Constitucionales* (25). México.
- PAUNER CHULVI, Cristina. 2003. *La designación parlamentaria de cargos públicos*. Madrid. Congreso de los Diputados.
- PÉREZ DAYÁN, Alberto. 2020. “La revisión de acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal”. ASTUDILLO, César y COSSÍO, José. *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México. Tirant lo Blanch.
- PIZORUZZO, Alessandro. 1981. *Lezioni di diritto costituzionale*. Roma. Il foro italiano.
- REBOLLAR, Yuridia y ROSALES, Carlos. 2016. “La experiencia Europea del Consejo de la Judicatura como órgano de Gobierno del Poder Judicial”. *Revista de la Facultad de Derecho* (40).
- RIVAS ACUÑA, Israel. 2011. *El Consejo de la Judicatura Federal*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- RODRÍGUEZ, Víctor. 1998. “El debido proceso legal y la Convención American sobre Derechos Humanos”. *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*. San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- ROSADO IGLESIAS, Gema. 2018. “La Constitucionalización del Gobierno Judicial: Cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, Régimen Actual y Cuestiones Pendientes”. *Revista de Derecho Político* (1010).
- ROSARIO, Marcos del. 2017. “Comentarios al artículo 100”. COSSÍO, José Ramón (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. México. Tirant lo Blanch.
- SALAZAR, Pedro y SALGADO, Luis. 2009. “Órganos constitucionales autónomos. Una propuesta de reforma”. *América Latina. Tendencias y perspectivas*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- SÁNCHEZ VELARDE, Mónica. 2017. “Comentarios al artículo 100 Constitucional. Párrafo Octavo”. COSSÍO, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. México. Tirant lo Blanch.
- SARNECKI, Paweł. 2009. “Spory kompetencyjne przed Trybunałem Konstytucyjnym”, *Przegląd Sejmowy*, vol. 94(5), Varsovia.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario. 2013. “La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: una propuesta de Consejo más integrador e independiente”, núm. 31.
- SICARDI, Stefano. 1993. *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio Superiore della Magistratura e Ministro della Giustizia*. Torino. G. Giappichelli editore.
- SILVESTRI, Gaetano. 2017. “Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale”. *Questione Giustizia* (4).
- SŁUGOCKI, Janusz. 2012. *Prawo Administracyjne: Zagadenienia ustrojowe*. Varsovia. Wolters Kluwer.
- SOBCZAK, Jacek. 2010. “Krajowa Rada Sądownictwa”. Skrzydło, Wiesław (ed.), *Polskie prawo konstytucyjne*. Lublin. Verba.
- SOTELO, Raigosa. 2017. “Control de la regularidad constitucional (constitucionalidad y convencionalidad)”. *El Poder Judicial de la Federación y los grandes temas del constitucionalismo*. México. SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SUŁKOWSKI, Jarosław. 2008. “Uprawnienia Prezydenta RP do Powoływania sędzów”, *Przegląd Sejmowy* vol. 87(4), Varsovia.
- SUŁKOWSKI, Jarosław. 2012. “Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa w kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego, Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych”. *Przegląd Sejmowy*, vol. 11(4), Varsovia.
- TEROL BECERRA, Manuel. 1990. *El Consejo General del Poder Judicial*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- TEROL BECERRA, Manuel. 2003-2004. “Veinticinco años del Consejo General del Poder Judicial”. *Revista de Derecho Político* (58-59).
- TORRES, Aida. 2018. “Judicial Self-Government and Judicial Interdependence: the Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain”. *German Law Journal*, vol. 19(7).
- TREJO, José. 2020. “El recurso de revisión en materia de concursos de jueces y magistrados”. ASTUDILLO, César y COSSÍO, José, *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México. Tirant lo Blanch.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1139-1179.

- TRUJILLO, María Antonia. 1995. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid. Congreso de los Diputados.
- VÁZQUEZ MATA, Marisonia. 2010. “Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales”. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, vol. 1 (6).
- VERGOTTINI, Giuseppe de. 2000. *Diritto costituzionale*. Padova. Cedam.
- VOERMANS, Wim y ALBERS, Pim. 2003. *Council for the Judiciary in EU Countries*. La Haya. European Commission for the Efficiency of Justice.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. 1977. *La giustizia costituzionale*. Bologna. Il Mulino.
- ZAGREBELSKY, Vladimiro. 2019. “Nozione e portata dell’indipendenza dell’Ordine giudiziario e dei giudici Ruolo del Consiglio superiore della magistratura”. *Osservatorio Costituzionale* (6).

LAS TRANSFORMACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA GRAN BRETAÑA ¿CAMINO SIN RETORNO?*

GREAT BRITAIN LEGAL-POLITICAL TRANSFORMATIONS: ONE WAY TRIP?

Carlos RUIZ MIGUEL**

RESUMEN: El sistema jurídico-político de la Gran Bretaña, el modelo parlamentario más antiguo, creado en el marco de una “Constitución” no escrita, ha experimentado desde 1972, fecha del ingreso en las comunidades europeas, profundas transformaciones que se han acelerado a raíz del anuncio de la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Este proceso ha alterado el esquema de la distribución del poder con un fortalecimiento del Parlamento y de la Judicatura en detrimento del Ejecutivo. Cabe preguntarse si será reversible.

Palabras clave: derecho británico, derecho europeo, parlamentarismo, prerrogativa regia, jurisdicción.

ABSTRACT: The legal-political system of Great Britain, the oldest parliamentary model, created within the framework of an unwritten “Constitution”, has undergone since 1972, the date it accessed the european communities, profound transformations that have accelerated following the announcement of the United Kingdom’s withdrawal from the European Union. This process has altered the scheme of the distribution of power with a strengthening of the Parliament and the Judiciary to the detriment of the Executive. One may argue if there is a way back.

Keywords: british law, european law, parliamentarism, royal prerogative, jurisdiction.

SUMARIO: I. *El modelo político británico clásico.* II. *Hitos en el rumbo reciente de la Gran Bretaña.* III. *Una revolución en el reparto del poder en el Reino Unido.* IV. *Perspectivas en la organización del poder del sistema político británico.*

Uno de los mejores conocedores del constitucionalismo británico que ha habido en la España del siglo XX, Teodoro González García, dio el título

* Recibido el 6 de enero de 2020; aprobado el 26 de noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0002-7001-7962. Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Correo electrónico: carlos.ruiz@usc.es.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1181-1205.

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

de “El rumbo de la Gran Bretaña” a una de las cuatro obras que dedicó al tema (González García 1927, 1946, 1950, 1955). Teodoro González, que estudió durante decenios el sistema político inglés, reflexionaba en esa obra sobre el significado revolucionario que tenía la llegada al poder del Partido Laborista y el establecimiento del “Estado del bienestar” en el Reino Unido. Algunos decenios después, ese “Estado del bienestar” que transformó la Gran Bretaña que se convirtió en modelo político del Estado liberal se dismanteló parcialmente, pero la Gran Bretaña, lejos de volver a acercarse al modelo anterior experimentó nuevas transformaciones. Ese proceso se está acelerando en estos últimos años y ello nos obliga a plantearnos la misma cuestión que atrajo la atención de don Teodoro González: ¿cuál es el rumbo de la Gran Bretaña?¹

I. EL MODELO POLÍTICO BRITÁNICO CLÁSICO

A veces se considera el modelo político británico como ejemplo de Constitución “histórica” (Sánchez Agesta 1968, 89) fruto de la “continuidad” del sistema político y como ejemplo de una “Constitución política” que no es una “Constitución jurídica”. El sistema político británico aparece como un ejemplo de “Constitución flexible” donde no hay diferencia entre las “leyes constitucionales” y las otras leyes (Bryce 1901 vol. 1, 130, 133, 195). En ese modelo la soberanía se predica del Parlamento (Dicey 1885, 39-40), y no (o no directamente) del “pueblo”. Al primer ministro se le atribuía la posibilidad de instar a la Corona a disolver la Cámara de los Comunes cuando considerara que la misma no reflejaba adecuadamente la voluntad de la ciudadanía o cuando “hubiese proyectado tomar una decisión grave (en el plano político o legislativo) y prefiriese interpelar en este aspecto al cuerpo electoral, utilizando las elecciones anticipadas como un referéndum” (Biscaretti 1996, 205-206).

Esta visión ha tenido, históricamente, algunos detractores. Quizá uno de los más importantes ha sido el profesor norteamericano John William

¹ Este artículo tiene su origen en las reflexiones iniciales que publiqué con el título “El rumbo de la Gran Bretaña”, *Razón Española* 219: 53-61 (20202). Aquel texto, muy breve, y sin notas a pie de página ni bibliografía me incitó a profundizar en el problema de la transformación jurídico-política del Reino Unido. El presente texto es el resultado de ese esfuerzo.

Burgess (1844-1931). Burgess considera la “Constitución de la Gran Bretaña” (advértase que escribe antes de la formación del “Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”) como un producto con bastantes similitudes a las otras que estudia (Estados Unidos, Francia, Alemania). Burgess considera que el origen de la Constitución británica lejos de ser un producto de lenta decantación histórica nace, en realidad, como resultado de un proceso “revolucionario” en 1832 que constituye la tercera gran revolución inglesa después de las 1215 y 1485 (Burgess 1897, vol. 1, 118). No sólo eso, sino que el mismo Burgess ha defendido que Gran Bretaña tiene una “Constitución escrita” (Burgess 1897, vol. 1, 117), aunque no pueda dejar de reconocer que falta “una ley constitucional perfectamente separada de la legislación ordinaria” y que “es difícil distinguir con exactitud la legislación constitucional de la ordinaria” por lo que “falta por completo la piedra de toque jurídica” para hablar de Constitución (Burgess 1897, vol. 1, 170). En cualquier caso, este autor norteamericano, antes de la reforma de 1911, argumentó que en Gran Bretaña la Cámara de los Lores, en cuanto tribunal, constituía un “Tribunal Constitucional” partiendo de la premisa de considerar “tribunal constitucional” a aquel que tiene “el poder de impedir su abolición por una ley ordinaria”, ya que “no puede adoptarse ninguna simple ley que afecte a sus facultades judiciales (de los Lores) sin su propio libre y consentimiento” (Burgess 1897, vol. 2, 379). Pero la reforma de 1911 (reforzada en 1949) eliminó el veto definitivo de la Cámara de los Lores, enervando así el argumento que daba Burgess.

II. HITOS EN EL RUMBO RECIENTE DE LA GRAN BRETAÑA

Las turbulencias producidas con la salida del Reino Unido de la Unión Europea han acelerado la profunda transformación que el sistema político inglés ha experimentado en las últimas décadas y que quizá ha sido una de las más profundas de su historia. Se puede discutir cual es la fecha relevante para entender el inicio de este proceso. Pero quizá se pueda decir que el hito inicial lo marca 1972 con la aprobación de la ley de ingreso en las Comunidades Europeas y el último hito (por el momento) lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo británico del 24 de septiembre de 2019 en el caso *Miller 2/Cherry*. En este casi medio siglo ha habido una

concatenación de hechos que han ido marcando el rumbo (¿la deriva?) de la Gran Bretaña alterando de forma acusada la configuración jurídico-política anterior del país.

La primera fecha clave parece que podemos situarla el 17 de octubre de 1972, cuando gobernando el Partido Conservador, liderado por Edward Heath (primer ministro entre 1970 y 1974), se aprueba la “Ley de las Comunidades Europeas”² que introduce al Reino Unido en las Comunidades Europeas. Es importante advertir que cuando el Reino Unido se adhiere a las Comunidades, las mismas ya se habían configurado previamente como una comunidad supranacional por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de las sentencias *Van Gend & Loos*³ y *Costa*.⁴

² European Communities Act 1972 (c 68), An Act to make provision in connection with the enlargement of the European Communities to include the United Kingdom, together with (for certain purposes) the Channel Islands, the Isle of Man and Gibraltar...

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Van Gend & Loos*, del 5 de febrero de 1963 (26/62): “los Estados han reconocido al derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos; que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Costa c. ENEL*, del 15 de julio de 1964 (6/64): “A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. De todo ello se desprende que al derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad [...] la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”.

Al ratificar los tratados comunitarios y convertirlos en derecho interno, por primera vez en su historia, el Reino Unido incrustó una fuente del derecho, de origen internacional, por encima de las fuentes del derecho interno.⁵

Dada la resistencia que se había opuesto a esta integración, efectiva desde 1973, el gobierno laborista de Harold Wilson (primer ministro de 1974-1976) muy poco después de la adhesión a las Comunidades, promovió la aprobación, el 8 de mayo de 1975, de una ley que autorizó la celebración de un referéndum nacional,⁶ el primero en la historia del Reino Unido, para que el pueblo diera su opinión acerca de si el país debía seguir en las Comunidades Europeas o debía abandonarlas. No obstante, ese referéndum tenía un carácter consultivo, no vinculante. El referéndum, que se celebró el 5 de junio de 1975, arrojó un resultado favorable a la permanencia en las Comunidades Europeas.

Diecisiete años después de la adhesión a las Comunidades Europeas, el Tribunal de la Cámara de los Lores (en ese momento, el tribunal supremo del Reino Unido), en una decisión del 26 de julio de 1990 (*Factortame I*) avaló que un tribunal británico pudiera dictar un auto aprobando como medida cautelar la inaplicación de una ley del Reino Unido⁷ que fuera contraria al derecho comunitario europeo.⁸ La decisión beneficiaba a una sociedad de pescadores españoles (*Factortame*) que operaban en aguas del Reino Unido y supuso la primera vez en la historia que un tribunal inglés ordenaba la no aplicación de una ley británica... si bien como aclaró el

⁵ (2017) UKSC 5, parágrafo 90 (“In 1972, for the first time in the history of the United Kingdom, a dynamic, international source of law was grafted onto, and above, the well-established existing sources of domestic law: Parliament and the courts”).

⁶ Referendum Act 1975 (c 33): An Act to Provide for the Holding of a Referendum on the United Kingdom’s Membership of the European Economic Community.

⁷ Merchant Shipping Act 1988 (c 12), An Act to amend the law relating to the registration of ships; to make provision for the giving of financial assistance in connection with the training of seamen and crew relief costs; to make provision for the establishment of a Merchant Navy Reserve; to make further provision with respect to the safety of shipping, with respect to liability and compensation for oil pollution and with respect to the financing and administration of the lighthouse service; to make other amendments of the law relating to shipping, seamen and pollution; and for connected purposes.

⁸ *Regina vs. Secretary of State for Transport (Respondent) ex parte Factortame Limited and others (Appellants)* (1990), 2 Lloyd’s Rep 365 (1990), UKHL 7 (1990).

Tribunal de los Lores esto era consecuencia de aplicar la ley británica que incorporaba al Reino Unido a las Comunidades Europeas.

El 4 de mayo de 1979, el Partido Conservador de Margaret Thatcher (primera ministra de 1979 a 1990) se hizo con “Downing Street”. Muy pronto Thatcher luchó para introducir correcciones en la situación del Reino Unido dentro de las Comunidades Europeas. Como consecuencia de ello, en 1984 consiguió la aprobación (en el “marco financiero plurianual”) del “cheque británico” (*UK rebate*) mediante el que se devuelve al Reino Unido una parte sustancial de su aportación al presupuesto comunitario. No obstante, aunque Thatcher quisiera aparecer, o quieran hacerla aparecer, como la “campeona” de la lucha contra la burocracia de Bruselas, lo cierto es que en 1986 hizo que el “Acta Única Europea” se convirtiera en derecho británico.⁹ Fue precisamente esta “Acta Única Europea” una reforma de los tratados comunitarios que inició el camino hacia la transformación de las Comunidades en una unión política que más tarde, en 1992, dio un paso decisivo con la firma del Tratado de la Unión Europea, que fue transformado el año siguiente en derecho interno,¹⁰ con el gobierno del primer ministro conservador John Major, que sucedió a Thatcher. El Tratado de la Unión Europea introdujo a las Comunidades Europeas en un proceso de integración política, además de profundizar en la integración económica y monetaria de la que Major dejó al margen al

⁹ European Communities (Amendment) Act 1986 (c 58), An Act to amend the European Communities Act 1972 so as to include in the definition of “the Treaties” and “the Community Treaties” certain provisions of the single European Act signed at Luxembourg and The Hague on 17th and 28th February 1986 and extend certain provisions relating to the European Court to any court attached thereto; and to amend references to the Assembly of the European Communities and approve the Single European Act.

¹⁰ European Communities (Amendment) Act 1993 (c 32): An Act to make provision consequential on the Treaty on European Union signed at Maastricht on 7th February 1992. El Reino Unido ratificó y convirtió en derecho interno las reformas subsiguientes: European Communities (Amendment) Act 1998 (c 21), An Act to make provision consequential on the Treaty signed at Amsterdam on 2nd October 1997 amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts; European Communities (Amendment) Act 2002 (c 3), An Act to make provision consequential on the Treaty signed at Nice on 26th February 2001 amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts; European Union (Amendment) Act 2008 (c 7), An Act to make provision in connection with the Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, signed at Lisbon on 13th December 2007.

Reino Unido. El hecho histórico es que, sin el voto favorable de Thatcher al Acta Única Europea, la Comunidad Europea *nunca* se habría convertido en la Unión Europea pues entonces, como ahora, se exige la unanimidad para la reforma de los tratados comunitarios. Cuestión distinta es la de si Thatcher dio su visto bueno a cambio de que no se le retirara el “cheque británico” conseguido en 1984 y cuya renovación dependía del acuerdo unánime de los Estados miembros; pero lo que es indudable es que esa Europa “federal” que ella denunciaba sólo se inició con su voto favorable al Acta Única Europea en 1986.

El gobierno laborista de Tony Blair (primer ministro de 1994 a 2007) ha sido quizá el que ha impulsado los cambios más profundos del sistema británico. En 1997 el Parlamento aprobó una ley para convocar sendos referendos en Escocia y Gales para introducir un régimen de autonomía en ambas naciones del Reino Unido.¹¹ Los resultados favorables obtenidos en el referéndum de Escocia del 11 de septiembre de 1997 (74.29% de votos favorables a la autonomía) y de Gales del 18 de septiembre de 1997 (50.30% de votos favorables) condujeron a la aprobación de sendas leyes de otorgamiento (“devolution”) de competencias a ambos territorios en 1998.¹² Ese mismo año, además, el Parlamento británico aprobó, por primera vez, una verdadera declaración de derechos, al convertir el Convenio Europeo de Derechos Humanos (de 1950) en derecho interno británico mediante la “Ley de Derechos Humanos”.¹³ Este Convenio no se elaboró en el marco de la Comunidad Europea/Unión Europea, sino

¹¹ Referendums (Scotland & Wales) Act 1997 (c. 61), An Act to make provision for the holding of a referendum in Scotland on the establishment and tax-varying powers of a Scottish Parliament and a referendum in Wales on the establishment of a Welsh assembly; and for expenditure in preparation for a Scottish Parliament or a Welsh Assembly.

¹² Government of Wales Act 1998 (c. 38), An Act to establish and make provision about the National Assembly for Wales and the offices of Auditor General for Wales and Welsh Administration Ombudsman; to reform certain Welsh public bodies and abolish certain other Welsh public bodies; and for connected purposes; Scotland Act 1998 (c. 46), An Act to provide for the establishment of a Scottish Parliament and Administration and other changes in the government of Scotland; to provide for changes in the constitution and functions of certain public authorities; to provide for the variation of the basic rate of income tax in relation to income of Scottish taxpayers in accordance with a resolution of the Scottish Parliament; to amend the law about parliamentary constituencies in Scotland; and for connected purposes.

¹³ Human Rights Act 1998 (c 42), An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with

en el del Consejo de Europa y ha tenido un impacto político muy fuerte en el ordenamiento británico pues, entre otras cosas, ha significado privar al Poder Ejecutivo de competencias que hasta ahora ejercía en relación con ciertas autorizaciones para la entrada en domicilios o para intervenir comunicaciones. En virtud del Convenio Europeo, y de la ley británica que lo transforma en derecho interno, se transfiere al Poder Judicial la competencia de realizar esas intrusiones que, hasta entonces, ordenaba el Ejecutivo.

Un año después, en 1999, al tratar de nuevo el caso de la empresa pesquera española “Factortame”, el tribunal supremo británico del momento, el Tribunal de la Cámara de los Lores, determinó que debía concederse a la empresa una indemnización por el daño que le causó la aplicación de una ley británica que era contraria al derecho comunitario europeo (caso Factortame 2),¹⁴ lo que constituyó una primicia en el derecho británico (García de Enterría 1998, 135).

Siete años después, el gobierno laborista de Tony Blair impulsó una profunda reforma con la “ley de reforma constitucional” del 24 de marzo de 2005¹⁵ que eliminaba la competencia judicial de los “lores jueces” de la Cámara de los Lores creando un órgano que en unos años estaría llamado a decidir cuestiones esenciales: el Tribunal Supremo del Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*, UKSC).

El 16 de febrero de 2011 se aprobó la ley sobre el sistema electoral (Ley sobre las Circunscripciones y el Sistema de Voto para Elegir el Parlamento),¹⁶ propuesta por el entonces viceprimer ministro, Nick Clegg,

respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes...

¹⁴ Secretary of State for Transport, Ex Parte Factortame Ltd and Others, R v. (1999); UKHL 44 (2000); 1 AC 524 (1999); 4 All ER 906 (1999); 3 WLR 1062 (28th October 1999).

¹⁵ Constitutional Reform Act 2005 (c 4), An Act to make provision for modifying the office of Lord Chancellor, and to make provision relating to the functions of that office; to establish a Supreme Court of the United Kingdom, and to abolish the appellate jurisdiction of the House of Lords; to make provision about the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council and the judicial functions of the President of the Council; to make other provision about the judiciary, their appointment and discipline; and for connected purposes.

¹⁶ Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 (c 1), An Act to make provision for a referendum on the voting system for parliamentary elections and to provide

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1181-1205.

del Partido de los Liberal-Demócratas, que gobernaba en coalición con el Partido Conservador liderado por David Cameron (primer ministro de 2010 a 2016). Esta ley sobre el sistema electoral preveía la convocatoria de un referéndum al que explícitamente se atribuía un efecto vinculante. Meses después, el 15 de septiembre, en una iniciativa impulsada también por el mismo líder liberal-demócrata, se aprobó la “Ley de las Legislaturas fijas del Parlamento”¹⁷ que privó al primer ministro de la competencia de disolver a su libre criterio la Cámara de los Comunes. Este cambio, que alteró sustancialmente la esencia del régimen parlamentario, se hizo sin respetar lo que alguna doctrina ha llamado “principio del mandato”, que “sujeta la autoridad del Parlamento al voto de los electores, a los que se ha de consultar previamente a la aprobación de una ley que suponga una transformación del equilibrio de la Constitución inglesa” (Sánchez Agesta 1968, 101).

El 17 de diciembre de 2015, cuarenta años después del anterior, se aprobó por ley la convocatoria de otro referéndum sobre Europa, esta vez no sobre la salida de las Comunidades Europeas, sino sobre la salida de la Unión Europea¹⁸ y no bajo el gobierno de un primer ministro laborista, sino de uno conservador, David Cameron a la sazón. A diferencia del referéndum de 1975, que arrojó un voto favorable a las Comunidades Europeas, el de 2016, dio lugar a un pronunciamiento contra la Unión Europea por un estrecho margen (52% frente al 48%). Y a diferencia del de 1975, donde quedó explícitamente claro que se trataba de un referéndum consultivo, en el de 2016 la ley que autorizó el referendo guardó silencio sobre el efecto de éste.

Muy poco después del referéndum del “Brexit”, el UKSC (creado en 2005, pero que empezó a funcionar en 2009) pronunció, el 24 de enero de 2017, su sentencia más importante hasta esa fecha: la llamada sentencia

for parliamentary elections to be held under the alternative vote system if a majority of those voting in the referendum are in favour of that; to make provision about the number and size of parliamentary constituencies; and for connected purposes.

¹⁷ Fixed-term Parliaments Act 2011 (c 14), An Act to make provision about the dissolution of Parliament and the determination of polling days for parliamentary general elections and for connected purposes.

¹⁸ European Union Referendum Act 2015 (c. 36), An Act to make provision for the holding of a referendum in the United Kingdom and Gibraltar on whether the United Kingdom should remain a member of the European Union.

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1181-1205.

“Miller-1”. En esa sentencia el Tribunal Supremo tuvo que lidiar con la grave cuestión del efecto del referéndum del Brexit y resolvió que el gobierno no podía invocar el resultado del referéndum para decidir la salida del Reino Unido de la Unión Europea y que esa salida, que fue decidida por una ley del Parlamento, sólo podía operarse por otra ley del Parlamento. El principio de la “soberanía parlamentaria” encuentra su formulación clásica en el famoso tratadista del siglo XIX, Albert Venn Dicey, para quien “The principle of Parliamentary Sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament... has, under the English constitution, the right to make any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament” (Dicey 1885, 39-40). Este principio fue explícitamente reafirmado por el Tribunal Supremo en el caso *Miller 1*.¹⁹ Como consecuencia de esta sentencia, el Parlamento británico aprobó la “Ley (de Retirada) de la Unión Europea” que exigía que cualquier acuerdo (*deal*) de salida entre el gobierno británico y la Unión Europea debía ser aprobado por el Parlamento inglés.²⁰

En un proceso de aceleración de los acontecimientos, el gobierno del primer ministro conservador, Boris Johnson (2019-), intentando llevar adelante el “Brexit” “duro” el 31 de octubre, en lugar de un “Brexit” “suave” con un acuerdo con la Unión Europea, tal y como era deseado por el Parlamento, decretó en agosto una inusual suspensión del Parlamento durante cinco semanas para intentar forzar a la Unión Europea a aceptar “su” Brexit planteando al Parlamento una situación de hechos casi consumados pues se establecía la apertura del nuevo periodo de sesiones el 17 de octubre, apenas dos semanas antes de concluir el plazo proyectado por el primer ministro para consumir “su” Brexit. Esta inusual medida fue recurrida ante los tribunales de Inglaterra y en Escocia que dictaron sentencias opuestas que, recurridas de nuevo ante el UKSC dieron lugar a una nueva, e importantísima, sentencia (la *Miller-2/Cherry*) que el 24 de

¹⁹ (2017) UKSC 5, R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant).

²⁰ European Union (Withdrawal) Act 2018 (c 16), An Act to Repeal the European Communities Act 1972 and make other provision in connection with the withdrawal of the United Kingdom from the EU.

septiembre de 2019 declaró radicalmente nula la suspensión del Parlamento decretada por la reina a instancias del primer ministro.²¹

Por si fuera poco, además de las demandas ante los tribunales, el Ejecutivo se vio acorralado con la aprobación, el 9 de septiembre de 2019, de la llamada “ley Benn” (por el nombre de su impulsor, el diputado laborista Hillary Benn), que prohibió al Ejecutivo consumir el “Brexit” sin aprobación del Parlamento. Esta ley establecía que la salida del Reino Unido de la Unión Europea debía ser validada por el Parlamento, que debía aprobar tanto el eventual acuerdo con la Unión Europea para la salida, como una salida sin acuerdo. En caso de que el Parlamento no avalara la salida, el gobierno quedaba obligado a solicitar a la Unión Europea la prórroga de su presencia en la Unión Europea.²² Y así ocurrió, en efecto, el primer ministro Johnson envió el 19 de septiembre de 2019 una carta (sin firma) al presidente del Consejo Europeo (Donald Tusk) solicitándole una prórroga de la presencia del Reino Unido en la Unión Europea, expresando que lo hacía obligado por la ley británica,²³ prórroga que fue concedida por la Unión Europea.²⁴

III. UNA REVOLUCIÓN EN EL REPARTO DEL PODER EN EL REINO UNIDO

El proceso iniciado en 1972 se puede enfocar desde la perspectiva del reparto del poder en el Reino Unido. La situación, hasta ese momento, se podría definir como la de un régimen parlamentario que, teóricamente, proclamaba la soberanía del Parlamento, pero donde, en realidad, la

²¹ (2019) UKSC 41, R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), *Miller 2/Cherry*.

²² European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019 (c. 26). An Act to make further provision in connection with the period for negotiations for withdrawing from the European Union.

²³ Letters from the UK to the EU Council: 19 October 2019 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840665/Letter_from_UK_to_EU_Council.pdf.

²⁴ Decisión (UE) 2019/1810 del Consejo Europeo tomada de acuerdo con el Reino Unido de 29 de octubre de 2019 por la que se prorroga el plazo previsto en el artículo 50, apartado 3, del TUE. *Diario Oficial de la Unión Europea* L1 278/1, del 30 de octubre de 2019. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019D1810>.

soberanía se compartía con el Ejecutivo y donde los tribunales no podían controlar al Parlamento y tenían un papel muy limitado en el control de la actividad del Ejecutivo (la Corona y el Gabinete). Los cambios que se van a ir produciendo son: 1) el intento de relativización del Parlamento mediante la emergencia del poder popular por medio del referéndum; 2) el debilitamiento de la posición del Poder Ejecutivo (primero privándole de la libre decisión de disolver el parlamento, luego acotando sus competencias en política exterior y luego limitando el uso de la “prerrogativa” regia para suspender el parlamento, y 3) la emergencia de un Poder Judicial de mayor independencia y con crecientes competencias.

1. *Intento de relativización del poder del Parlamento por medio del referéndum*

El sistema político británico se basa en un principio fundamental: la soberanía del Parlamento, que de Lolme sintetizó en la famosa frase “el Parlamento inglés lo puede todo, excepto convertir a un hombre en mujer” (“Parliament can do every thing, *except* making a woman a man, or a man a woman”) (De Lolme 1807, 132, en nota). Quienes aprobaron la convocatoria del referéndum de 1975 para cuestionar una decisión adoptada por el Parlamento en 1972 eran perfectamente conscientes de que un referéndum podía significar la aparición de un “poder popular” que, eventualmente, podría llegar a enfrentarse con el Parlamento que, hasta ese momento, era considerado doctrinalmente como “soberano”. Para prevenir esa eventualidad se determinó previamente, con claridad, que el referéndum de 1975 no atribuía “poder” al pueblo, pues era un referéndum “consultivo” cuyo resultado no resultaba vinculante para el Parlamento. En todo caso, una vez que el referéndum avaló la ley de entrada en las Comunidades (Miller 2015, 25) no se produjo ningún tipo de conflicto entre la “voluntad popular” y el Parlamento.

Tres años después, el Parlamento británico por mayoría laborista aprobó sendas leyes relativas a Escocia y Gales que convocaban un referéndum vinculante bajo determinadas condiciones. Las leyes sobre Escocia de 1978 establecían que la efectividad de la atribución de un régimen de autonomía quedaba condicionada a que se celebrase un referéndum en el que triunfase el sí y al menos 40% de los electores (que no de los vo-

tantes) apoyase dicha autonomía.²⁵ Celebrados el 1o. de marzo de 1979 los referendos previstos, aunque en Escocia obtuvo un apoyo de 51.62% de los votantes, sólo representaban 32.9% de los electores, por lo cual el gobierno, habilitado por la ley, dictó una orden derogando la Ley de Autonomía. En Gales, por el contrario, 79.74% de los votantes rechazó la autonomía.²⁶ Casi 20 años después, en 1997, se convocaron nuevos referendos en Escocia y Gales a los que no se atribuyó efecto vinculante, y a los que ya nos hemos referido *supra*.²⁷

En 2011 se volvió a convocar un nuevo referéndum, sobre el sistema electoral, que a diferencia del de 1975, fue vinculante y que, a diferencia de los de 1978 no condicionaban a una determinada magnitud de la mayoría el efecto vinculante de una eventual victoria del “sí”. El carácter vinculante de este referéndum se estableció explícitamente en la ley que lo convocó (Ley sobre las Circunscripciones y el Sistema de Voto para Elegir el Parlamento).²⁸

El problema que se planteó después, en la ley que convocó el referéndum de 2016, sobre la Unión Europea, es que a diferencia de lo establecido en la ley que convocó el referéndum sobre el sistema electoral o el de los referendos de Escocia y Gales, no se previó explícitamente que el resultado tuviera carácter vinculante. Sin embargo, el gobierno de la conservadora Theresa May intentó ejecutar el “Brexit” partiendo de la suposición de que, en caso de que nada se diga explícitamente, el referéndum debe tener un carácter vinculante. Esto suponía, nada más y nada menos, que

²⁵ Scotland Act 1978 (c 51). An Act to provide for changes in the government of Scotland and in the procedure of Parliament and in the constitution and functions of certain public bodies. Section 85.

²⁶ Wales Act 1978 (c 52). An Act to provide for changes in the government of Wales and in the constitution and functions of certain public bodies. Section 80.

²⁷ The Scotland Act 1978 (Repeal) Order 1979, No. 928. The Wales Act 1978 (Repeal) Order 1979, No. 933.

²⁸ Referendums (Scotland & Wales) Act 1997 (c. 61).

²⁹ Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 (c 1), Section 8: “(1) The Minister must make an order bringing into force section 9, Schedule 10 and Part 1 of Schedule 12 (“the alternative vote provisions”) if—

(a) more votes are cast in the referendum in favour of the answer “Yes” than in favour of the answer “No” (...)

(2) If more votes are not cast in the referendum in favour of the answer “Yes” than in favour of the answer “No”, the Minister must make an order repealing the alternative vote provisions”.

alterar la naturaleza del sistema político británico para atribuir la soberanía al pueblo, en vez de al Parlamento. Frente a la decisión del gobierno de intentar proceder al “Brexit” sobre la base del mandato popular,²⁹ una ciudadana llamada Gina Miller interpuso una demanda ante el Tribunal Divisional de Inglaterra y Gales, alegando que el proceder del Ejecutivo le privaba de los derechos que ahora le atribuyen las leyes que transforman los tratados comunitarios en derecho interno británico. El Tribunal de División de Inglaterra y Gales resolvió en favor de Miller, pero esta sentencia fue recurrida por el gobierno ante el UKSC y el Tribunal Supremo del Reino Unido en una importantísima sentencia del 24 de enero de 2017. En esta decisión, el Tribunal constató que tanto el Parlamento como el Ejecutivo habían admitido que, como consecuencia del principio de soberanía del Parlamento, los referendos son consultivos.³⁰ El Tribunal precisamente recuerda que el principio de la soberanía del Parlamento es un principio “constitucional” fundamental,³¹ por lo que no es jurídicamente posible operar un “Brexit” sin que haya una ley del Parlamento que lo autorice.³² De esta forma el UKSC, al menos de momento, ha frenado el intento del Ejecutivo de erosionar la posición del Parlamento atribuyendo al pueblo la soberanía que el sistema reconocía al Parlamento.

2. *Debilitamiento del Poder Ejecutivo*

Es curioso advertir que, mientras el Poder Ejecutivo se ha fortalecido en la mayor parte de los sistemas políticos democráticos occidentales (en el caso de España, de forma muy acusada), en el Reino Unido ha sufrido un debilitamiento, cuanto menos, formal. La posición del Poder Ejecutivo en las últimas décadas se ha visto degradada por dos fenómenos, por un lado, al privarle de la libre decisión de disolver el Parlamento, luego

²⁹ (2017) UKSC 5, *Miller 1*, para. 2 (“The particular issue is whether a formal notice of withdrawal can lawfully be given by ministers without prior legislation passed in both Houses of Parliament and assented to by HM The Queen”).

³⁰ (2017) UKSC 5, *Miller 1*, párrafo 25.

³¹ (2017) UKSC 5, *Miller 1*, párrafo 47.

³² (2017) UKSC 5, *Miller 1*, para. 121 (“Where, as in this case, implementation of a referendum result requires a change in the law of the land, and statute has not provided for that change, the change in the law must be made in the only way in which the UK constitution permits, namely through Parliamentary legislation”).

acotando competencias en política exterior y luego limitando el uso de la “prerrogativa” regia para suspender el Parlamento.

El fenómeno que llama más poderosamente la atención es el hecho de que el país que fue cuna del régimen parlamentario lo haya desnaturalizado al eliminar uno de los dos pilares de éste. El sistema parlamentario se construye, fundamentalmente, sobre la premisa de que el jefe del Ejecutivo necesita la confianza del Parlamento. Cuando esa confianza se rompe se considera necesario restablecerla de dos posibles modos: o bien el primer ministro es destituido por el Parlamento, o bien el primer ministro disuelve el Parlamento. Parafraseando el escenario de la bomba atómica estamos ante un “equilibrio del terror”. Sin embargo, la “Ley de las Legislaturas Fijas del Parlamento”, de septiembre de 2011, impulsada por el Partido de los Liberal-Demócratas, entonces gobernando en coalición con los conservadores, rompió ese equilibrio debilitando al primer ministro. A raíz de la aprobación de esa ley, el primer ministro ya no puede disolver la Cámara de los Comunes por su sola decisión y sólo puede hacerlo si, previamente, la Cámara se lo permite por una mayoría de 2/3.³³ La inercia en la consideración del Reino Unido como “modelo del parlamentarismo” lleva a pasar por alto un cambio tan trascendental en una obra de referencia en México que, un año después de haberse aprobado esta ley, seguía insistiendo en que el Reino Unido mantiene los elementos básicos de un régimen parlamentario ortodoxo, como el derecho del primer ministro (formalmente, prerrogativa regia) de disolución de la Cámara de los Comunes (Fix-Zamudio y Valencia Carmona 2012, 321, 325, 326).³⁴

Otro de los hechos que ha debilitado la posición del Ejecutivo fue el osado intento de actuar en política europea buscando una habilitación jurídica en el resultado del referéndum del “Brexit”. La sentencia del UKSC, del 24 de enero de 2017, en el caso “Miller-1” cortó en seco esa

³³ Fixed-term Parliaments Act 2011 (c 14), Section 2 “(1) An early parliamentary general election is to take place if— (...) (b) if the motion is passed on a division, the number of members who vote in favour of the motion is a number equal to or greater than two thirds of the number of seats in the House (including vacant seats)”.

³⁴ Estas afirmaciones desactualizadas se contienen en la 8a. ed., de 2012, de la monumental obra de estos dos autores. Sin embargo, no hemos podido comprobar si se mantienen en la 9a. ed. de 2017. Debe advertirse, en todo caso, que esta 8ª edición seguía, en 2012, refiriéndose a la “victoria laborista” en “las recientes elecciones de 1997” (p. 332) sin tomar en cuenta las elecciones de 2010 que habían ya sido ganadas, sin mayoría absoluta, por los conservadores, que gobernaron junto a los liberal-demócratas.

pretensión al afirmar que la decisión de salir de la UE sólo podía ser tomada por el Parlamento, pues fue el Parlamento quien adoptó la decisión de entrar. El UKSC resolvió el intento del gobierno de enfrentar al Parlamento con el pueblo, reafirmando la posición del gobierno y acotando la del Gabinete.

El último y más dramático episodio ha sido la orden real dictada por la reina Isabel II, siguiendo el “consejo” del primer ministro conservador, Boris Johnson, de ordenar una suspensión del Parlamento de una duración inusual: cinco semanas, en lugar de la habitual de cinco o siete días. El objetivo político de esta medida era impedir el control del Parlamento que, en relación con el “Brexit” mantenía una posición mayoritaria opuesta a la que mantenía el primer ministro. Sin la oposición del Parlamento, el primer ministro pretendía tener manos libres para llevar a cabo su estrategia para consumar el “Brexit” poniendo al Parlamento ante una situación de prácticamente hechos consumados, pues el Parlamento sólo volvería a reunirse el 17 de octubre de 2019, apenas dos semanas antes de concluir la prórroga pactada entre el Reino Unido y la Unión Europea para proceder a un “Brexit” con un acuerdo (*deal*). Para conseguir ese objetivo, el primer ministro apeló a la “prerrogativa real”, el poder del rey heredado del pasado y considerado hasta entonces como inmune a la jurisdicción.

Frente a esta orden real de suspensión se presentaron sendas demandas, una en Escocia, por la diputada nacionalista escocesa Joanna Cherry y otros, la otra demanda, en Londres, por Gina Miller, la misma que en 2016 cuestionó la política del gobierno ganando el caso ante el UKSC. En Escocia, el Tribunal Superior estimó la demanda de Cherry y sentenció que la real orden de suspensión del Parlamento era radicalmente nula, mientras que el Tribunal de Londres, que conoció de la demanda de Miller en primera instancia, consideró que esa misma orden era conforme al ordenamiento. Ambas sentencias fueron recurridas ante el UKSC que en una sentencia trascendental determinó que los tribunales, si bien no pueden enjuiciar la oportunidad o el contenido político del uso de la prerrogativa, sí pueden determinar si se ha abusado de la prerrogativa para hacerla llegar más allá de donde está jurídicamente permitido. De esta forma, el Tribunal Supremo ha establecido que la prerrogativa, a partir de ahora, no es una “patente de corso” y que su uso es nulo si vulnera dos principios “constitucionales” fundamentales que son el de la “soberanía

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1181-1205.

del Parlamento”³⁵ y el de la “obligación de que el Ejecutivo sea responsable ante el Parlamento”.³⁶ Así pues, la política aventurera del Gabinete ha tenido como resultado la sentencia en el caso *Miller 2/Cherry* que ha sometido la “prerrogativa” real al control judicial.

3. *Emergencia de un Poder Judicial de mayor independencia y con crecientes competencias*

Creo que no sería exagerado decir que en el sistema jurídico-político británico “ha nacido una estrella”, que no es otra que el UKSC. Este tribunal, creado en 2005 y que echó a andar en 2009, en sus primeros diez años de vida ha dictado dos sentencias que son fundamentales para definir el sistema político británico (la “Miller 1” y la “Miller 2/Cherry”). Hay, a mi juicio, dos elementos que explican el papel que ha adquirido el Tribunal Supremo. El primero, y no poco relevante, es que el modo de selección de los miembros del Tribunal garantiza una independencia mucho mayor de la que tenían los “Lores jueces” de la Cámara de los Lores. El segundo es que, precisamente por ser un órgano nuevo, ha aprovechado estos casos para afirmar su posición en el sistema. La novedad del órgano se ha hecho notar incluso simbólicamente, y se advierte en que, a diferencia de los “Lores jueces”, los magistrados del UKSC no usan peluca ni visten las togas que usaban sus predecesores.

No obstante, lo anterior, conviene matizar. Como antes se dijo, fue el Tribunal de los Lores quien, en 1990 y por primera vez en la historia británica, consideró lícito no aplicar una ley del Parlamento si era contraria al derecho comunitario europeo. No sólo eso, sino que fue ese mismo Tribunal de los Lores quien consideró apropiado indemnizar a un particular por los daños sufridos por la aplicación de una ley del Parlamento británi-

³⁵ (2019) UKSC 41, *Miller 2/Cherry*, párrafo 41 (“Time and again, in a series of cases since the 17th century, the courts have protected Parliamentary sovereignty from threats posed to it by the use of prerogative powers, and in doing so have demonstrated that prerogative powers are limited by the principle of Parliamentary sovereignty”); 42 (“An unlimited power of prorogation would therefore be incompatible with the legal principle of Parliamentary sovereignty”).

³⁶ (2019) UKSC 41, *Miller 2/Cherry*, párrafo 48 (“the longer that Parliament stands prorogued, the greater the risk that responsible government may be replaced by unaccountable government: the antithesis of the democratic model”).

co que era contraria al derecho comunitario. Y aunque, ciertamente, esa inaplicación de una ley del Parlamento se justificaba en el hecho de que ello era consecuencia de la aplicación de otra ley del Parlamento (la ley que incorporaba al Reino Unido a las Comunidades Europeas), el hecho es que fue el muy tradicional Tribunal de los Lores, y no el muy reciente Tribunal Supremo del Reino Unido, quien por primera vez en la Historia autorizó la inaplicación de una ley británica.

Aunque una opinión superficial puede ver en este Tribunal Supremo un “Tribunal Constitucional” esto debiera matizarse. En primer lugar, aunque el Tribunal haya decidido sus más importantes sentencias invocando “principios constitucionales”, en el Reino Unido no existe una “Constitución” escrita. La norma suprema, y así lo reconoce el Tribunal Supremo, es la ley. Ninguna norma está por encima de la ley del Parlamento, y en ese sentido, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales constitucionales típicos, el Tribunal Supremo británico no tiene competencia, ni es previsible que la vaya a tener, para controlar y, eventualmente, anular leyes del Parlamento. Ahora bien, el sistema político británico tenía, al menos hasta ahora, un débil sistema de control judicial frente a lo que García de Enterría llamó “las inmunidades del poder en el derecho administrativo” (García de Enterría 1962). La “prerrogativa real” se erigía como un “acto político” al margen del Parlamento, no era un “acto jurídico”, por tanto, no era un “acto administrativo” y en consecuencia no era susceptible de control judicial. El UKSC está llevando a cabo en el Reino Unido, respecto al Ejecutivo, algo parecido a lo que hizo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español desde finales de los años cincuenta del siglo XX: recortar el ámbito del “acto político” (las *political questions* del derecho británico) para “administrativizar” el Poder Ejecutivo y poderlo así someter al control judicial.

4. La construcción jurisprudencial de la categoría de las “leyes constitucionales”

Como ha indicado Vírgala, desde 2002, la jurisprudencia de los tribunales británicos ha construido la categoría “legislación constitucional” británico como categoría formalmente diferente de la “legislación ordinaria” (Vírgala 2019, 128-138, 146). Es importante advertir que la categoría de la “legislación constitucional” (*Constitutional Statute*) fue construida

en una sentencia de 2002 (el caso *Thoburn*) por Lord Laws para intentar dar una coherencia a la inserción del derecho comunitario europeo (dotado de “primacía” sobre el derecho nacional) en un ordenamiento, el británico, presidido por el principio de la “soberanía parlamentaria”.³⁷ La jurisprudencia ha intentado construir la categoría de la “legislación constitucional” con un contenido material específico y una singularidad formal. Materialmente, una “ley constitucional” es descrita como aquella que: o bien a) regula las condiciones de la relación jurídica entre el ciudadano y el Estado de un modo general o b) amplía o restringe el alcance de lo que se podría considerar los “derechos constitucionales fundamentales”. El estatus especial otorgado a las “leyes constitucionales” derivaría del especial estatus de los “derechos constitucionales”.³⁸ Formalmente, la sentencia *Thoburn* configura las “leyes constitucionales” como aquellas que sólo pueden ser derogadas por una declaración explícita e inequívoca del Parlamento, a diferencia de las “leyes ordinarias” que pueden ser derogadas de forma implícita.³⁹ La conclusión es que la “Ley de las Comu-

³⁷ (2002) EWHC 195 (Admin), *Thoburn v. Sunderland City Council*, del 18 de febrero de 2002, parágrafo 60 (“the courts have found their way through the *impasse* seemingly created by two supremacies, the supremacy of European law and the supremacy of Parliament”).

³⁸ (2002) EWHC 195 (Admin), *Thoburn v. Sunderland City Council*, parágrafo 62 (“ordinary” statutes and “constitutional” statutes. The two categories must be distinguished on a principled basis. In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. (...) The ECA clearly belongs in this family. It incorporated the whole corpus of substantive Community rights and obligations and gave overriding domestic effect to the judicial and administrative machinery of Community law. It may be there has never been a statute having such profound effects on so many dimensions of our daily lives. The ECA is, by force of the common law, a constitutional statute).

³⁹ (2002) EWHC 195 (Admin), *Thoburn v. Sunderland City Council*, parágrafo 63 (“Ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not. For the repeal of a constitutional Act or the abrogation of a fundamental right to be affected by statute, the court would apply this test: is it shown that the legislature’s *actual* —not imputed, constructive or presumed— intention was to affect the repeal or abrogation? I think the test could only be met by express words in the later statute, or by words so specific that the inference of an actual determination to affect the result contended for was irresistible. The ord The ECA is a constitutional statute: that is, it cannot be impliedly repealed inary rule of

nidades Europeas” de 1972 mediante la que el Reino Unido incorporó el derecho comunitario europeo era una “ley constitucional” que sólo podía ser derogada explícitamente.⁴⁰

La construcción de la sentencia *Thoburn* tiene, en mi opinión, notorias debilidades. Por un lado, la consideración “material” de las “leyes constitucionales” se construye sobre un deficiente razonamiento lógico pues trata de definir como “constitucionales” las leyes que tratan de derechos “constitucionales” ...pero “olvidando” que en ninguna ley del Parlamento se definen derechos “constitucionales”. Por otro, la consideración “formal” de estas “leyes constitucionales” obvia que el procedimiento de elaboración de ambos tipos de leyes y la mayoría requerida para su aprobación (mayoría simple) es la misma.

A pesar de éstas, a mi entender, incoherencias, lo cierto es que en 2012 varios jueces del Tribunal Supremo asumieron la categoría de las “leyes constitucionales” pero para aplicarla a la ley que establece la autonomía de Escocia (Scotland Act).⁴¹ Sin embargo, dos años después, el UKSC, reconociendo que en el Reino Unido no existe una “Constitución escrita”, y aun afirmando que existen una serie de “instrumentos constitucionales”⁴²

implied repeal does not satisfy this test. Accordingly, it has no application to constitutional statutes”).

⁴⁰ (2002) EWHC 195 (Admin), *Thoburn v. Sunderland City Council*, parágrafo 69 (“The ECA is a constitutional statute: that is, it cannot be impliedly repealed”).

⁴¹ (2012) UKSC 24, *BH (AP) (Appellant) and another v The Lord Advocate and another (Respondents)* (Scotland), de 20 de junio de 2012, Opinión de Lord Hope (a la que concurren Lady Hale y Lord Kerr), para. 30 (“It would perhaps have been open to Parliament to override the provisions of section 57(2) so as to confer on them more ample powers than that subsection would permit in the exercise of their functions under the 2003 Act. But in my opinion only an express provision to that effect could be held to lead to such a result. This is because of the fundamental constitutional nature of the settlement that was achieved by the Scotland Act. This in itself must be held to render it incapable of being altered otherwise than by an express enactment. Its provisions cannot be regarded as vulnerable to alteration by implication from some other enactment in which an intention to alter the Scotland Act is not set forth expressly on the face of the statute”).

⁴² (2014) UKSC 3, *HS2 Action Alliance Ltd, R (on the application of) v The Secretary of State for Transport & Anor*, del 22 de enero de 2014, parágrafo 207 (“The United Kingdom has no written constitution, but we have a number of constitutional instruments. They include Magna Carta, the Petition of Right 1628, the Bill of Rights and (in Scotland) the Claim of Rights Act 1689, the Act of Settlement 1701 and the Act of Union 1707. The European Communities Act 1972, the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Reform Act 2005 may now be added to this list. The common law itself also recognises

muestran una sutil reserva ante la existencia de la categoría de las “leyes constitucionales” como muestra, creo el hecho de que entrecorren las denominaciones que diferencian entre leyes “constitucionales” y leyes “ordinarias”. Por lo demás, en el caso de autos, el UKSC afirma que no se da un conflicto entre leyes “constitucionales” y “ordinarias”, sino entre dos “instrumentos constitucionales”.⁴³

IV. PERSPECTIVAS EN LA ORGANIZACIÓN DEL PODER DEL SISTEMA POLÍTICO BRITÁNICO

Se puede afirmar que el proceso que ha producido unas transformaciones tan sustanciales en el régimen político británico ha comenzado con la incorporación del Reino Unido a las Comunidades Europeas en 1972. La salida de este país de la Unión Europea en 2020, casi cincuenta años después, plantea la cuestión de en qué medida estos cambios pueden ser reversibles. El hecho de que la configuración del régimen político británico no esté formalizada en un instrumento jurídico rígido (Constitución escrita) del mismo modo que contribuyó a facilitar esas transformaciones, que difícilmente pudieron haber sido planificadas, ¿podría igualmente facilitar una reversión del proceso evolutivo del sistema político?

En el proceso de lucha por el poder dentro del sistema británico parece claro, en primer lugar, que al menos hasta 2019, el Ejecutivo (Gabinete) ha perdido peso. Parece igualmente claro, en segundo lugar, que el gran ganador en el proceso ha sido el Poder Judicial y, en particular, el Tribunal Supremo creado en estos últimos años. En tercer lugar, se aprecia que el Parlamento también ha mejorado su posición, al garantizar su permanen-

certain principles as fundamental to the rule of law. It is, putting the point at its lowest, certainly arguable (and it is for United Kingdom law and courts to determine) that there may be fundamental principles, whether contained in other constitutional instruments or recognised at common law, of which Parliament when it enacted the European Communities Act 1972 did not either contemplate or authorise the abrogation”).

⁴³ (2012) UKSC 24, *BH (AP) (Appellant) and another v The Lord Advocate and another (Respondents)* (Scotland), para, 208 (“Important insights into potential issues in this area are to be found in their penetrating discussion by Laws LJ in the Divisional Court in *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151, (*The Metric Martyrs* case), especially paras 58-70, although the focus there was the possibility of conflict between an earlier “constitutional” and later “ordinary” statute, rather than, as here, between two constitutional instruments, which raises yet further considerations”).

cia frente a una posible disolución y una injustificada suspensión por obra del jefe del Ejecutivo, beneficiándose de algunas legislaturas en las que el Gabinete no tenía garantizada una mayoría absoluta. Y, por si fuera poco, en cuarto lugar, ha emergido como actor político el “pueblo” merced al referéndum de 2016.

Pero la intensidad de los enfrentamientos políticos que se han vivido en el Reino Unido y la dimensión de los cambios producidos sugieren que esta lucha por el poder no ha terminado, aunque sólo fuera porque el, hasta ahora, gran perdedor (el Ejecutivo) quiera recuperar su poder. La mayoría absoluta de Boris Johnson, tras las elecciones del 12 de diciembre de 2019, parece presagiar una etapa jurídico-política más tranquila que la convulsa legislatura anterior. Ciertamente, todo parece indicar que se va a poner fin a la pugna entre el Ejecutivo y el Parlamento y que el Ejecutivo recuperará algunos de los poderes que le arrebató el Parlamento. Prueba de ello es la “Ley del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea” aprobada el 23 de enero de 2020, poco más de un mes después de celebradas las elecciones de diciembre de 2019, que ha eliminado la necesidad de que la negociación del Ejecutivo británico con el Ejecutivo europeo para retirarse de la organización europea tenga que ser validada por el Parlamento.⁴⁴

¿Qué posibles escenarios tendrá esa lucha de continuar en el futuro próximo? A mi entender son varios los posibles escenarios.

El primero, probable, es que tras la mayoría absoluta conservadora en el Parlamento surgido de las elecciones del 12 de diciembre de 2019 pudiera llegar a plantearse la derogación de la “Ley de las Legislaturas Fijas del Parlamento” para devolver al primer ministro el poder de disolver la Cámara de los Comunes. De esta forma el Ejecutivo recuperaría parte del poder perdido en beneficio del Parlamento. La transferencia del peso político del Parlamento al Ejecutivo sólo quedará formalizada si se derogase la “Ley de las Legislaturas Fijas del Parlamento”. Un año después de las elecciones de 2019, parecen confirmarse estas previsiones pues el gobierno británico ha presentado un proyecto de ley que deroga la “Ley

⁴⁴ European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (c. 1). An Act to implement, and make other provision in connection with, the agreement between the United Kingdom and the EU under Article 50(2) of the Treaty on European Union which sets out the arrangements for the United Kingdom’s withdrawal from the EU. Section 31.

de las Legislaturas Fijas del Parlamento” (artículo 2o. del proyecto) y prohíbe explícitamente que el ejercicio de la prerrogativa regia de disolver el Parlamento pueda ser cuestionado ante los tribunales de justicia (artículo 3o. del proyecto).⁴⁵

El segundo escenario, creo que poco probable, es que el Ejecutivo promueva en el Parlamento la derogación de la “Ley de la Reforma Constitucional” de 2005, para eliminar el Tribunal Supremo, aunque ahora resultaría bastante conflictivo restituir el Tribunal de los Loes jueces, aparte de que sería ignorar que grandes cambios en el derecho inglés se han producido (casos Factortame) en virtud de sentencias dictadas por el Tribunal de los Loes. Sería éste, sin duda, un cambio de gran calado que permitiría disminuir el de los tribunales y restituirlo al Parlamento y al Ejecutivo. Sin embargo, las alteraciones del sistema de poder producidas tras la pugna del Ejecutivo con el Poder Judicial, con la judicialización del Brexit serán de muy difícil reversión en un sistema que da tanta importancia al “precedente” judicial.

En tercer lugar, parece que es difícil que desaparezca la categoría de las “leyes constitucionales” en tanto en cuanto es una categoría creada por el Poder Judicial y no por el Parlamento mismo o el Gabinete. Ahora bien, esta categoría ha perdido buena parte de su sentido una vez que el Reino Unido se ha retirado de la Unión Europea y el derecho comunitario ha dejado de ejercer, aunque fuera en ámbitos restringidos, su “primacía” sobre el derecho nacional. A este respecto no deja de ser profundamente significativo que en la ley de retirada de la Unión Europea de 2020 haya incluido un artículo para reafirmar, explícitamente, la “soberanía del Parlamento”.⁴⁶

Finalmente, un cuarto escenario, creo que altamente improbable, sería que el Ejecutivo intentara disminuir el poder del Parlamento y de la Judicatura oponiéndoles el contrapoder del “pueblo”. Para empezar, el Gabinete no tendría necesidad de disminuir el poder del Parlamento si la

⁴⁵ Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill. Presented to the House of Commons by the Chancellor of the Duchy of Lancaster and Minister for the Cabinet Office, and the Minister for the Constitution and Devolution. Presented to the House of Lords by the Minister of State for the Cabinet Office by Command of Her Majesty. December 2020.

⁴⁶ European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (c. 1). Section 38.1 “It is recognised that the Parliament of the United Kingdom is sovereign”.

mayoría permanece fiel al primer ministro. Es cierto que, aunque ahora el Ejecutivo esté confortado por una amplia mayoría parlamentaria, podría tener la tentación de introducir esta variable como mecanismo “preventivo” en la eventualidad de que pudiera volver a repetirse la situación del Parlamento de la Legislatura 2017-2019. Esta apuesta “populista” ofrecería la paradoja de ver cómo un grupo de políticos extraídos de las capas más elitistas (Eton, Oxford) liquidarían el sistema (la “soberanía del parlamento”) que garantizó durante siglos el poder de las elites. Sin embargo, como se ha visto, después de haber invocado la voluntad del “pueblo” para hacer que se ejecutara el “Brexít”... la redacción de 2020 de la Ley de Retirada de la Unión Europea parece que cierra la puerta a la “soberanía del pueblo” al reafirmar, como hemos visto, la “soberanía del Parlamento”.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. 1996. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México. Fondo de Cultura Económica.
- BRYCE, James. 1901. “Flexible and rigid Constitutions”. *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1. Nueva York. Oxford University Press, 124-213 (existe traducción española de Nicolás Ramiro Rico. 1952. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos).
- BURGESS, Juan W. 1897. *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, 2 vols. Madrid. La España Moderna.
- DICEY, Albert Venn. 1885. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres. Macmillan and Co.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. 2012, *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 8a. ed. México. Porrúa-UNAM.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. 1962. “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. *Revista de Administración Pública* 38: 159-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. 1998. “El fin del caso Factortame: la responsabilidad patrimonial final del Reino Unido”. *Revista de Administración Pública* 14: 117-144.

- GONZÁLEZ GARCÍA, Teodoro. 1927. *La soberanía del Parlamento inglés: su evolución política, su estado actual*. Murcia. Sucesores de Nogués.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Teodoro. 1945. *Desviaciones políticas en la Gran Bretaña. Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1946-1947*. Valladolid. Universidad de Valladolid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Teodoro. 1950. *El rumbo de la Gran Bretaña: de la era victoriana al gobierno laborista*. Valladolid. Universidad de Valladolid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Teodoro. 1955. “La corona británica”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo* 72, 37-78.
- LOLME, Jean-Louis de. 1807. *The Constitution of England; Or, An Account of the English Government; In which it is Compared both with the Republican Form of Government, and the Other Monarchies in Europe*. A new edition; with supplemental notes, and a preface biographical and critical. Londres. G. Wilkie and J. Robinson.
- MILLER, Vaughne. 2015. “The 1974-75 UK Renegotiation of EEC Membership and Referendum. Briefing Paper, 7253”. Londres. House of Commons Library.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. 1968. *Curso de derecho constitucional comparado*. Madrid. Editora Nacional.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo. 2019. *La Constitución británica en el siglo XXI. Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*. Madrid. Marcial Pons.

THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION AND ITS COUNTRY PROJECT: IS THERE STILL ROOM TO DREAM?

*LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988 Y SU PROYECTO DE PAÍS: ¿AÚN HAY ESPACIO PARA LOS SUEÑOS?**

Marcus FIRMINO SANTIAGO**

RESUMEN: En 1988, Brasil promulgó su nueva Constitución, que representaba el acto final de la larga transición democrática iniciada una década antes. En ese momento, contrario a la tendencia dominante en el Occidente capitalista, se hizo un compromiso con el bienestar social, enfocándose en la acción estatal y en la expansión de la participación democrática como formas de superar una larga historia de desigualdad y exclusión. Las promesas constitucionales, sin embargo, no se han cumplido plenamente. El país enfrentó largos períodos de graves dificultades financieras que limitaron la capacidad de los gobiernos para actuar. Al mismo tiempo, las fuerzas conservadoras resistieron continuamente, buscando vaciar el proyecto estatal prometido en 1988. A pesar de las dificultades, la sociedad ha experimentado grandes avances, sin embargo, la ruptura soñada con una realidad de pobreza

ABSTRACT: In 1988, Brazil promulgated its new Constitution, which represented the final act of the long democratic transition begun a decade earlier. At that moment, contrary to the dominant trend in the capitalist West, a commitment was made to social well-being, focusing on state action and on the expansion of democratic participation as ways to overcome a long history of inequality and exclusion. The constitutional promises, however, have not been fully realized. The country faced long periods of severe financial difficulties that limited governments ability to act. At the same time, conservative forces resisted continuously, seeking to empty the state project promised in 1988. Despite the difficulties, society has experienced great advances, however, the dreamed break with a reality of poverty and exclusion did not happen. And today, faced with a scenario of global economic down-

* Recibido el 8 de mayo de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0001-5200-4896. Postdoctorado en Derecho, Estado y Constitución. Doctorado en Derecho de lo Estado. Profesor del curso de grado en Derecho del Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Abogado especializado en Derecho Constitucional. Correo electrónico: marcusfsantiago@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1207-1234.

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

y exclusión no sucedió. Y hoy, ante un escenario de recesión económica mundial y extrema fragilidad financiera del Estado, hay voces crecientes que defienden el abandono de los valores constitucionales, apostando en los mercados como una forma de superar las dificultades actuales.

Palabras clave: Constitución brasileña de 1988, Estado de bienestar, democracia, desigualdad, exclusión social.

turn and extreme financial State fragility, there are growing voices that defend the abandonment of constitutional values, betting on markets as a way to overcome the current difficulties.

Keywords: 1988 Brazilian Constitution, welfare state, democracy, inequality, social exclusion.

SUMMARY: I. Introduction. II. On the eve of the Constituent Assembly, a shadowy scenario of misery and exclusion: inequality in debate. III. The dreams of an era. IV. The unique experience of a participative model: the 1987/88 Constituent Assembly as a field open to different political actors. V. The bet on the welfare state as a way to break a reality of exclusion and inequality. VI. Now comes the biggest challenge: how to make the constitutional model come true? VII. Conclusion.

I. INTRODUCTION

The last decade was marked by a strong economic downturn, reflecting the great crisis of 2008 that reached, in greater or lesser extent, the entire globe. More than a reduction in available wealth, the main and saddest feature of this period has been the continuous and sharp growth of social inequality, which became even more evident and dramatic with the Covid-19 epidemic that has plagued the world and affected the poorest in a particularly severe way. An increasing number of people are living in miserable conditions, without access to essential services and much more exposed to the new and deadly disease. At the same time, those who occupy the top of the economic pyramid continue to have secured their access to healthcare and work protected in their homes, while their wealth increases to levels still unknown.

In Brazil, the current social and economic situation is severe and reflects the difficulties experienced in other countries. Plunged into a persistent economic crisis, since 2015 the labor market has deteriorated, the average income is stagnant and the number of people living in poverty has increased. Several social indicators show that people's living conditions

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1207-1234.

are getting worse (Oxfam 2019). At the same time, the last government (2016-2018) and the current one (since 2019) have insisted on the adoption of neoliberal economic prescription, with its fiscal austerity policies aimed at reducing the size of the State, whose implementation has implied successive changes in the 1988 constitutional project.

The federal Constitution of 1988 represented a bet on the Welfare State as the way to overcome a persistent reality of poverty, inequality and exclusion that marked the country. And this occurred at a time when Brazil, like much of the capitalist world, was plunged into a severe economic crisis, undermined by a growing and uncontrollable public indebtedness. Then, against the northern hemisphere dominant neoliberal ideology, Brazilian society chose to prioritize the social problems that accumulated, realizing that there was no more room for a model that concentrated wealth and fostered social inequities.

The social welfare promised three decades ago, however, was never fully implemented. Brazil remains an extremely unequal and exclusionary society, where a small financial elite holds most of the wealth and the access to essential services is not for everyone. Its people badly need the state's distributive action to at least mitigate such disparities, however, the state's intervention capacity has been increasingly questioned and reduced. Attacks on the Constitution and its social project accumulate, making room for reforms aimed at deconstructing one of its structuring pillars: the universal social protection system (Carvalho 2018, chapters 3 and 4).

As a result of a historical process that cannot be forgotten or ignored, the 1988 Constitution paved the way for significant transformations in the Brazilians' lives and still has the potential to allow overcome the current moment of difficulty. Betting on the capacity of state action, based on the search for the common good and concerned with serious accumulated social deficits, was not a mistake. And the economic difficulties experienced by the country cannot be attributed to the constitutional social protection system.

The fact that today Brazil and much of the world are living even more difficult times than those experienced in the 1980s justifies seeking to understand the choices made at that moment, when the Welfare State was elected the best alternative to rescue huge accumulated social deficits. Thus, in a moment when the Constitution suffers so many and so strong

attacks, it is understood necessary to remember the context of its elaboration in order to highlight the importance of its transformative project.

The aim of this study is to rescue the debates that guided the National Constituent Assembly of 1987/88, in order to understand the reasons for betting on the State as an instrument to combat inequality and social exclusion, and the difficulties faced in the following years, which limited the implementation of the constitutional objectives. It seeks to demonstrate that today's criticisms against the Constitution are not justified by a so-called failure of its project but represents the continuation of the enormous resistance that has always been opposed to it.

II. ON THE EVE OF THE CONSTITUENT ASSEMBLY, A SHADOWY SCENARIO OF MISERY AND EXCLUSION: INEQUALITY IN DEBATE

To understand the constitutional model that emerged in 1988, it is necessary to remember the political and social framework experienced in Brazil of the 1980s, a period of severe economic crisis, still due to oil shocks in the previous decade, and serious social instabilities. In this complex context, the long democratic transition that began in 1978 was concluded and the drafting of the new constitutional text was finally set-in motion. Contrary to what was happening in developed countries, the State was invested as a transforming agent, in a broad and comprehensive protective project that should definitely insert Brazil into the social welfare paradigm. The time has come to end the human deficits and the brutal inequality that plagued the country for so long.

It was a tortuous trajectory, after which not everything that was desired was achieved, but that represented a moment of surprising boldness and democratic glow that allowed the construction of the political and normative bases to achieve important advances in reduction of inequality and access to essential goods and services.

Although there was no talk of globalization at that time, there was already a strong interdependence between world economies, so that the retraction cycles affected everyone to some degree. In the case of the oil crises of the 1970s, contagion was intense, since it comprised the basic energy matrix, so that the channeling of resources for its acquisition drained the main sources of public and private financing. This was particularly

serious because it occurred at a time when state indebtedness was quite high, with great dependence on constant capital flows. The international liquidity crisis led to the explosion of Brazilian external debt, with the consequent budget bottleneck of the State (Albuquerque 1987, 99).

The social impacts were direct and particularly aggravated due to the exclusionary development model adopted by military governments, which left a legacy of unequal economic growth, from which selective benefits resulted and which generated enormous social distortions. Brazilian people lived in *Belíndia*, expression coined by the economist Edmar Bacha (1974) to illustrate the coexistence of groups that flaunted a standard of living similar to that that existing in Belgium with others, who only knew levels of misery like those then present in India.¹

In fact, in different aspects there were significant advances, such as increasing urbanization, large investments in infrastructure, expansion of the industrial park, large-scale production of transport and communication equipment. Brazil reached the end of the 1970s as an economy “(...) modern, diversified and integrated into the international financial economic system” (Albuquerque 1987, 97) The then eighth biggest economy in the capitalist world, however, remained an underdeveloped and deeply unequal country. It is interesting the synthesis of Marcos Albuquerque (1987, 97):

The permanent misery present in absolute terms, becoming even more revolting in comparative terms; slums and tenements proliferate in all urban centers; health and education remain a privilege of difficult, if not impossible, access to much of the marginalized population of modern Brazil. Access to work, when existing, is often more exhausting than productive activity itself. Safety, hygiene and leisure mean nothing but distant and unattainable chimeras.

As Bresser-Pereira explains, the economic and political pact signed in the 1960s and 70s between financial elites and government was supported by authoritarian roots and aimed the radical exclusion of workers

¹ The article, published in 1974, is an allegory that denounces the brutal inequality of income and the falsehood of the criteria used to measure the expansion of national GDP, which masked the constant appropriation of wealth by the financial elite, in a model of excluding growth.

and the establishment of a structure that would speed up the cumulative process, especially at the financial and industrial sectors, the most modern face of the economy (Bresser-Pereira 1988, 22). Brazilian economic development was characterized, therefore, by a destructive elitism, which promoted a demeaning degree of accumulation and concentration of wealth and, consequently, fed a mass of helpless. Democratic openness allowed the veil that covered this “(...) economic, geographical, social and cultural dualism” to be removed (Albuquerque 1987, 97).

The authoritarianism prevailing since 1964 sought for a long time to empty the capacity of articulation around social causes, but its inability to react to the economic collapse that, even with some delay, ended up landing in Brazil contributed to the resumption of a debate that had remained suffocated, but had not been annihilated. The bourgeoisie, little by little, was abandoning the military regime to the extent that it was no longer able to serve its interests and ensure economic benefits (Bresser-Pereira 1988, 26-27). This group did not reject its tradition of political and social conservatism and the dependence on state stimulus but began to admit the need for a moderate redistribution of income, bargaining chip that seemed sufficient to contain the growing mobilization and radicalism of workers (Bresser-Pereira 1988, 23).

The pact between capital and labor helped to maintain the linearity of the political opening process, avoiding the worsening of conflicts while signaling to the military the imminent exhaustion of their authority. On the other hand, the growing social action, spread by different layers of the population, could not simply be silenced. After all, the current social reality data were shocking and has been compiled by Wanderley Guilherme dos Santos in a relevant study published in 1986.

At the time, the Brazilian population was 135 million inhabitants, of which about 27% (of those over 5 years old) were illiterate. Looking at regional extremes, while in the South and Southeast the rate was 18%, in the Northeast the percentage of illiterates reached 47%, evidencing the severity of asymmetries. Regarding the income earned, about 34% of the Economically Active Population (EAP) lived with up to one minimum wage (in the Northeast, 51%; in the Southeast, 22%). Life expectancy reached 67 years in the Southern Region and was no more than 51 in the Northeast. Less than half of the EAP contributed to the social security system, which was then restricted to regulated professional categories

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1207-1234.

(Santos 1986, 365-393). It was a dramatic reality, of widespread exclusion and low expectations of social progress. In the author's synthesis (Santos 1986, 370):

Seen from a distance or, less metaphorically, from a very aggregate perspective, the nation's social state reveals deficiencies that are in themselves quite significant: illiteracy levels, distortions in employment opportunities, income levels, housing conditions, life expectancy, magnitude and causes of child mortality, coverage of labor legislation and the social security system-all of these indicators present insufficient or excessive rates, as the case.

Waldir Pires (1989, 252) is another author who lived those years and recorded his impressions, which complement the data collected by Wanderley Guilherme dos Santos:

The conservative modernization that led Brazil to the 8th world economic power, did it maintain 70 million inhabitants in a state of poverty, whether in the urban or rural area, without civil rights, without basic social services, without the necessary food to its biological condition, in a hunger process endemic and historic. They are the slums men, the poor workers, the malnourished, the people scourged by droughts, the migrants, finally, the huge portion of the society's builders.

Exclusion was not just economic. Many people have been leaved out from the decision-making process, they had no voice. "The social segments that make up the workforce did not participate in the decisions that led 51 million Brazilians, members of the economically occupied population, to focus on the lowest wage levels (...)", summarizes Waldir Pires (1989, 252).

On the eve of the Constituent Assembly, almost everyone knew that it was not enough only pursuing economic development. The time had come to recognize and face social conflicts, to untie the "knots of economic contradictions" (Albuquerque 1987, 97) There was an increasing and widespread pressure among different groups that claimed for the redemption of the social and political debt that had accumulated over the years. As Régis de Castro Andrade then synthesized: "(...) it is about the difficulty of leading a country of dynamic and wild capitalism, with huge debts and inhabited by a miserable population, in its majority" (1988, 13).

III. THE DREAMS OF AN ERA

The main demands present in the Constituent Assembly can be articulated in two axes: widespread inequality and misery, on the one hand, and democratic participation, on the other.

The demand for political participation was rising from the end of the 1970s, in the wake of the democratic openness and amnesty that allowed the return of historical opposition leaders, and exploded in 1984, in the *Diretas Já* campaign, “(...) largest mass movement of the second half of the 20th century in Brazil and [which] activated society” (Coelho 2009, 23) around the struggle for the reestablishment of direct elections for President. The issue of the social deficit was for a long time masked by the country’s economic growth, which generated the illusion that, at some point, a minimally equitable earnings distribution would happen. The certainty about the exhaustion of this model brought with it the awareness of the enormous lack of social services and mechanisms capable to minimizing the economic inequality impacts (Andrade 1988, 13).

The urgency of the social issue was presented in a study prepared by the Planning Secretariat (Seplan), under president José Sarney government, published on May 8, 1985 and transcribed in the work of Ivanete Boschetti (2006, 102):

The Brazilian economy has experienced remarkable rates of economic growth in recent decades. Nevertheless, [nor] the high levels of social and regional inequality, nor pockets of poverty in the country, have been eliminated. As Brazilian society opens up to democratic experience, it is no longer possible to continue postponing the confrontation of social problems. The consolidation of the democratic regime requires the expansion of the foundations of social consensus, i. e. the substantive democratization of society, which requires the elimination of inequalities and the extension of fundamental social rights to the entire population.

It is possible to note in this report the connection between the two axes described above. It was a fact that the growth of previous years had not been reversed in benefits shared by the majority of the population, remaining alive social and regional asymmetries. According to the renewing spirit that guided Brazil’s transformation projects, the fight against inequality should walk arm-in-arm with the expansion of democracy. It

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1207-1234.

would not be enough to formally affirm political rights or adopt palliative measures to combat poverty. The time has come to recognize the inter-relationship between political, economic and social deficits and to ensure that historically excluded groups would have a voice, would have their claims heard.

A similar point of view was present at Sarney government's 1st National Development Plan, presented in 1985. This is a preview of several of the vectors that would guide the Constituent (Boschetti 2006, 106):

Alongside the more political principles related to administrative and public management reform, such as the decentralization of actions and the participation and control of society, it was possible to identify the principles that, from then on, should reorient the social policies. The most recurrent were the universalization of health, the selectivity of social security benefits, the decentralization of social policy management and the integration and rationalization of various care programs that, to date, were diffuse and sprayed.

On the agenda were the administrative reform of the State, which aimed at decentralization, with the consequent strengthening of the sub-national entities and, mainly, of the social participation mechanisms. After an era of closure around successive authoritarian governments, social protagonism should be restored, always seeking the inclusion of vast groups historically excluded.

As for the social policies listed, there is an approximation with the paradigm of universal welfare State, according to Gosta Esping-Andersen's concept (1991, 109-110).² A broad base of protective mechanisms, with open access, as a way to incorporate vulnerable groups and, thus, form a minimal civilizing floor. The health / social security / assistance tripod was already enunciated as a structuring element of the new social policy that should guide the State.

² As the author explains, the universal (or social democratic) model "(...) translates into a mixture of highly de-commodifying and universalist programs that, nevertheless, correspond to differentiated expectations. Thus, manual workers come to enjoy rights identical to that of white-collar employees or civil servants; all layers are incorporated into a universal insurance system, but even so the benefits are graduated according to the usual gains. This model excludes the market (...) Everyone benefits; all are dependent; and supposedly everyone will feel compelled to pay" (Esping-Andersen 1991, 109-110).

In the first half of the 1980s, studies on the Brazilian reality gained great impulse. It was necessary to know and measure the social deficit, understand its causes and design feasible solutions. Inside and outside the government gathered experts, workers and ordinary people who suffered with the hardships of inefficient or non-existent public services. More than drawing theoretical frameworks necessary to systematize the various problems, such studies represented a moment of expressive social participation. They were not government technicians looking, from a distant and aseptic position, to the population; organized segments of society were assuming a protagonism that had been forgotten —or suffocated— until then.³

The broad debate on inequality and its causes that preceded the Constituent Assembly contributed to stimulate different groups, showing them that it would be possible to claim gains, whether of an individual or collective nature. The field was open to dream of a Constitution —and a country— that looked at the poorest and most vulnerable, that cared about minorities and gave them voice and rights. The constituent moment of 1987/88 was really unique in Brazilian institutional history.⁴

IV. THE UNIQUE EXPERIENCE OF A PARTICIPATIVE MODEL: THE 1987/88 CONSTITUENT ASSEMBLY AS A FIELD OPEN TO DIFFERENT POLITICAL ACTORS

The constituent cycle, underway since the late 1970s, finally entered its reconstruction phase. The whole debate on Brazil's problems that had in-

³ In the words of Ivanete Boschetti: “Such researchs (...) were much more than the simple ‘scientific’ finding and systematization of the country’s economic and social situation. What was really at stake was the participation of society in the elaboration of concrete propositions in the field of social policies” (2006, 103).

⁴ In the opposite pole were placed authors such as Bresser-Pereira, stating that social movements had, in fact, a marginal role in the redesign of the Brazilian State, with the financial elites leading the way: “This growing participation of urban social movements led, however, some analysts to propose the idea that the redemocratization process would have popular movements as its fundamental basis. It is, of course, a misunderstanding. In fact, the participation of these popular movements in favor of democratization only occurred indirectly, especially in elections”. It should be noted that the author wrote this text in late 1983. The following years, especially the constituent period, brought data that show the mistake of his analysis (Bresser-Pereira 1988, 28).

creased during the period of democratic opening had made clear the need to refund the State on new bases. It would not be enough to review the current Constitution, a proposal suggested by some. The time has come to seek something new, based on fundamental rules that would give life to a new law system “(...) informed by the principle of social justice, replacing the authoritarian system that had been governing us for about twenty years” (Silva 2013, xxii). As José Afonso da Silva, an internal observer of that moment, recalls, the spirit of the people had already been awakened, “(...) that transmutes in social will, which gives integration to the political community (...)” allowing it to determine its way of existence (2013, xx).

José Geraldo de Souza Júnior, also an internal observer, found in 1987 that the constituent debate had opened wide possibilities for the reorganization of social forces that were emancipating, acquiring life and voice in a separate way from the traditional schemes of power. Despite the care that the dominant groups had over the opening period, taking care to ensure control of the entire process, a new dimension of citizenship was present and in movement. As the author says (Souza Junior 1987a, 10): “Indeed, the recent experience of the struggle for the construction of citizenship has flowed into the constituent process, bringing to the debate, which it provided, clear and specific demands that aspire to become basic rights and freedoms, at the same time as instruments of organization, representation and active participation in the economic-social and political structure of society”.

More than two decades later, this sensation remained alive in people who lived the constituent moment. João Gilberto Lucas Coelho, in a study organized by the Chamber of Deputies on the occasion of the 20th anniversary of the constitutional promulgation, gave special emphasis to the mobilization of social organizations of various natures such as rural workers, indigenous people and homeless people, many born clandestinely, along with traditional actors such as political parties and entities such as OAB (Brazilian Bar Association) and ABI (Brazilian Press Association), in a rich and plural amalgam (Coelho 2009, 22).

Segments without any organizational tradition emerged, clustered around the common purpose of being recognized as part of a single, open and inclusive society. Landless, homeless, street boys and girls, domestic workers, indigenous and retirees are some examples of groups that come to light, revealing their existence and their ills. “These movements erupted

in the Constituent Assembly and there found their opportunity for participation and political expression, overcoming discouragement or disbelief and causing an activating effect on society” (Coelho 2009, 30).

Unlike the traditional scenario, the Assembly would not be occupied only by the elites, engaged in maintaining their privileges. Conservative forces, which have always dominated governments of different party orientations, had to live with groups from the bottom of the economic pyramid that permanently occupied the National Congress halls, people of whose existence possibly many had never heard of. It was natural, therefore, the pressure for the Constituent Assembly to adopt an effectively participatory procedural model, what happened through different paths, such as the public hearings held in the first months of work and the Popular Amendments, whose insertion in the constitutional project was compulsory.⁵

It is clear that such mobilization would find resistance in conservative segments that were opposed to the intended popular empowerment. A secular authoritarian tradition is not broken with just a few movements. José Geraldo de Souza Júnior perceived—and feared—this influx: “The alternative of a popular power, capable of sketching an organization project in the Constituent to articulate the appearance of emerging social forces (...) bumped into its Gibraltar” (Souza Junior 1987b, 25).

The challenge was to keep open the narrow gap that at all times threatened to close. Progressive forces believed they were able to supplant the dominant political model, establishing a new order of values connected with the growing social demands. The new ideological spaces that had formed until then, however, did not seem able to generalize and dominate the field of the Constituent procedural debate (Souza Junior 1987b, 25). Even so, the level of participatory openness achieved surprised even a relatively skeptical observer, as the one studied here.

⁵ The National Constituent Assembly Rules of Procedure provided for direct popular participation in the debates of the thematic subcommittees, responsible for preparing the project chapters, and allowed the presentation of Popular Amendments, subscribed by at least 30,000 people and 03 representative entities. These were compulsorily included in the project and could only be suppressed or altered by the vote of the absolute majority of the constituents. 122 amendments were presented, and more than 200 public hearings were held. The participation in these meetings was so massive that it was not possible to count the presence of all (Backes, Azevedo, Araújo 2009, 15)

On the other hand, there were serious doubts if the demands formulated would, in the end of the process, be incorporated into the constitutional text (Souza Junior 1987a, 10). After all, what was sought was a Constitution that would confront the liberal order prevailing in the 1980s capitalism, a time when the response to the current fiscal crisis demonized models of social welfare, betting on the free market. This in a country whose decision-making process has always been dominated by a financial elite aligned with hegemonic models from the northern hemisphere.

Although the majority of the parliamentarians who made up the Constituent Assembly could be classified as conservative, this group was unable to articulate itself around a common project, revealing the fragility of the bonds that united them (Silva 2013, xxiii). And so, at the end, contrary to the neoliberal order present in the capitalist developed world, the State was chosen as the protagonist of economic and social development. The new Constitution incorporated principles of universal social protection, expanded the list of rights and insertion mechanisms aimed at vulnerable groups, brought new models of participation in the form of councils composed by the civil society, innovated with the popular legislative initiative.⁶ In short, at the same time that “(...) the *welfare State* was criticized and eroded by financial capitalism in the developed world, Brazil belatedly tried to build a social protection system inspired by some of the values of these regimes (...)” (Calixtre and Fagnani 2018, 327-328).⁷

⁶ The following rules are examples of the mentioned achievements: article 61, § 2. Conditions for the proposition of popular initiative bills; article 196. Healthcare as a fundamental right with universal access; article 201. Universalization of Social Security. Highlight for § 12, which provides for a special system for low-income workers and domestic workers without income; article 203. Expands and institutionalizes social assistance, which is no longer charitable in nature; article 205. Social participation in the management of educational policies; article. 216-A. Joint management of policies aimed at promoting and protecting culture.

⁷ The authors add: “Thus, it was only in 1988 that Brazil incorporated some lines of the paradigm deepened by many central capitalist countries from the middle of the last century. However, when it did, that paradigm was already contrary to the movement of capitalism under the domination of finances and the hegemony of neoliberal doctrine on a global scale” (Calixtre, Fagnani 2018, 327-328).

V. THE BET ON THE WELFARE STATE AS A WAY TO BREAK A REALITY OF EXCLUSION AND INEQUALITY

After two decades of an economically ambiguous authoritarianism, but little concerned about a comprehensive social well-being, the country was anxious to retake the trajectory timidly begun with the 1946 Constitution and abruptly interrupted with the 1964 military coup. The State project designed in the Constituent was based on three vectors, identified by André Calixtre and Eduardo Fagnani: “(...) the restoration of the democratic state of law; the construction of a social protection system; and the conception of a macroeconomic strategy directed to growth with income distribution” (2018, 335).

As previously seen, the concentrating economic model needed to be changed, in the search for an inclusive development that would allow groups historically removed from the social structure to find their place. It was not enough, however, to bet on the redesign of the macroeconomic matrix and to complacently expect its effects to appear. An immediate, comprehensive and incisive action was essential, and the Constitution imposed this commitment on the Brazilian State. And finally, the struggle for recognition could not fall into the void in the post-constituent period, after all, it had been the cause of all the transformation that had already operated in the country and which promised to produce even more. Democracy should be one of the structuring pillars, establishing a participatory and inclusive model.

The choice for social well-being meant giving the State the task of intervening directly in the causes of inequality, implementing a set of social policies, grounded on a coordinated system of taxation and spending, aimed at correcting existing imbalances and, thus, promoting inclusive development. The Constitution laid the foundation for the *de-commodification* of life and social relations, that is, to “(...) remove from the market competition the social needs deemed relevant, de-commodifying social reproduction, such as income guarantee programs and universal health and education systems” (Calixtre and Fagnani 2018, 328-329).⁸

⁸ The authors use the concept supported by Gosta Esping-Andersen of *de-commodification*, mentioned above, to explain one of the main commitments of a universal welfare State.

And so, the commitment to social transformation was imposed on ideological divergences, on the weight of financial interests and on the pressure from conservative forces, facing institutional structures that were not deconstructed in the democratic transition. Several compromise solutions were presented. After all, writing a Constitution demands that different world views, conflicting values, divergences and ill-resolved grudges be composed. A task that becomes even more difficult to be done “(...) in a time of transition, in which institutions and structures of the past and the impetus for change and disordered expectations still converge (...)” (Coelho 2009, 28).

It was a process of reciprocal concessions, throughout which several arm falls were fought. What would be reputed normal in any consolidated democracy, caused surprise in a Brazil unaccustomed to plural public debates. Conservative groups tried to use less republican strategies to impose their wills, there was a serious debate about regimental rules that could have led to the complete dismantling of the original project,⁹ but, in the end, that was promulgated a Constitution preponderantly committed to overcoming social ills, offering the necessary conditions for the construction of a more fair State.¹⁰

According to José Afonso da Silva, the 1988 Constitution is the result of a participatory and plural process (2013, xxvi):

The 1988 Constitution (...) emanated from a procedure with a lot of popular participation. It was made a Constitution that broke off with the past. From a slow, controversial formation, often tortuous, because a work of much popular participation, of the contradictions of Brazilian society and many negotiations resulted in a reasonably advanced Constitution, with innovations of

⁹ Throughout the work of the Constituent Assembly, a group was formed composed of center and right-wing parliamentarians aligned with the then President of the Republic. In exchange for positions and other benefits, they sought to change the procedure for approving amendments to the draft constitution in order to meet the interests of the Executive branch, occupied by a President strongly aligned with conservative forces, of which he was a part.

¹⁰ Details of the constituent process can be found in some of the referred studies, such as: Backes, Azevedo, Araújo 2009; Bastos; Costa 1987; and Vieira 2013. Extensive material for documentary research is also available on the Chamber of Deputies website: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada.

relevant importance for the Brazilian constitutionalism, a document of great importance for the constitutionalism in general (...)

Despite the disagreements, the mistrust with which observers of the time watched the constituent process and the Brazilian conservative tradition, the “great national agreement” (Boschetti 2006, 144) happened and a universal social security (articles 196, 201 and 203), rights for indigenous peoples (article 231), a differentiated look for women, the elderly, children and families emerged of it (articles 226 to 230). The environment gained space (article 225), the economic order was maintained under the tutelage and conduct of the State (article 170), the primacy of the work got affirmed, as well as the centrality of the human person (article 1st).

The constitutional lawmakers were not naïve to believe that all this would become an immediately reality at no cost. The State model outlined, interventionist and socially compromised, demands additional resources for the services’ defrayal, most of which universal, under penalty of remaining limited to specific population segments and, consequently, losing their integrative character. After all, “(...) normative promises are one thing, reality is another” (Silva 2013, xxvi) On the contrary, experience warned of the risk of constitutional promises fall into the void, leading the entire national reconstruction project to the abyss. The fiscal structure needed to be rethought in order to ensure resources for the social policies that the country so badly needed. The social security costing model illustrates the path taken, based on the premise of broad social solidarity, with its redistributive mechanisms inspired by Keynes’ lessons (Afonso 2018).

However, not everything went as expected. The pressure of financial elites led to a strongly regressive taxation system, which preserved the benefits of large capital. In Bresser-Pereira’s reading (2012, x), “The businessmen participating in the pact did not agree to progressive taxes, but accepted increased social spending”. The conceived tax system, with a regressive matrix, created a paradox, because the increase in revenue derives, in its largest portion, from a tax effort incident on the poorest, exactly those who should be protected (Kerstenetzky 2017, 25). The universalist claim was contained by a state financing model that was not suited to budgetary needs. All the constituents’ creativity was restricted by objective

limits. It became commonplace to repeat the catchphrase: “the Constitution does not fit in the budget”...

VI. NOW COMES THE BIGGEST CHALLENGE: HOW TO MAKE THE CONSTITUTIONAL MODEL COME TRUE?

The country then entered a stage of frustrating expectation. After all, implementing the Constitution required a broad set of actions that should promote a real revolution in some ambits, such as public health. The necessary expansion of spending on education, social security, environment or housing simply had no room to happen. This was specially serious at a time when a succession of unsuccessful economic stabilization plans widened the financial constraints resulting from a prolonged period of economic stagnation, accompanied by a suffocating external debt and persistent and uncontrollable inflation that, between 1988 and 1991, marked the annual average of 1,177% (Versignassi 2015, 237). And so, quickly, the debate shifted to practical and immediate issues, leaving aside the great and effervescent themes that boosted the Constituent Assembly (Nassar 2013, 32).

Only in the second half of the 1990s, thanks to the success of the Plano Real, a program that allowed inflationary control and financial and fiscal stabilization, “(...) the implementation of social rights and the social transformation goals have effectively returned to the agenda” (Nassar 2013, 34). Finally, social concerns found space again on the agenda and there was a resumption, albeit to a reduced degree, of the mobilization of different agents with the aim of demand from the government an effective commitment to the constitutional project (Lunardi and Dimoulis 2013, 62).

However, the same government that made room to implement the Constitution incorporated neoliberal ideology into its macroeconomic matrix. Consequently, given the incompatibility between the constitutional model and the liberalizing doctrine, “(...) Brazilian social protection began to live the tensions between antagonistic paradigms (Minimum State *versus* Social State)” (Calixtre and Fagnani 2018, 331). The conflict between Law and Economy overflowed from 1995 to 2002, giving rise to several measures contrary to the objectives originally outlined in the Constitution.

The reaction strategy adopted became clear. At first, accept the sovereign decision contrary to the economic power holders' interests, and, as soon as the popular mobilization dispersed, begin to work for its reform. In this way, "(...) the economic power tries, through ordinary actions favorable to its interest, to reform the sovereign political decision, changing the social and historical context so that the people change their sovereign decision, or even by removing [its] effectiveness (...)" (Menezes, 2014, 127) The main form of constitutional emptying was the abandonment of universal actions, prioritizing a selective system of social protection. "The centrality of macroeconomic adjustment and liberal state reform required that the focus on 'the poor' be the only possible social policy for Brazil" (Calixtre and Fagnani 2018, 332), a model that reflected the option for a *minimum state*.

Several measures were adopted between 1995 and 2002, in a kind of *constitutional counter-reform*. The Constitutional Emergency Fund (later replaced by the Untying of Union Revenues, or in Portuguese, Desvinculação de Receitas da União —DRU—) allowed important sources of financing for social policies to be diverted to other areas, such as payment of public servants or state debt's interest. The access to social security was hampered, which mainly affected people who were historically already excluded, such as rural workers; labor rights began to be flexibilized; important areas such as housing, sanitation, public transport and water and electricity distribution have been privatized, leaving it up to the market to decide social priorities (Calixtre and Fagnani 2018, 331-332).

In an article published in 1998, Dalmo Dallari denounced that: "Brazil only has Constitution and democracy when it does not disturb the government's accounts or the interests of the President of the Republic" (Dallari 1998) He criticized, then, the strength of the financial market, which would dictate the government's priorities and actions, in a movement of complete denial of the democratic paradigm outlined in the Constitution.

Then, between 2003 and 2014, the country experienced a new party-political cycle, reasonably identified with social values. In this period, the reformist fury was slowed and, finally, what remained of the constitutional project began to be put into practice. However, this occurred amid contradictions, making liberal and developmental agendas to coexist in a decade marked by paradoxes.

The economic stabilization achieved in the previous years allowed a significant increase in social spending, accompanied by policies for the recovery of the labor market, appreciation of the minimum wage, potentiation of the redistributive effects of social security and concrete measures to combat poverty, as the successful Bolsa Família Program, which guaranteed a minimum income for millions of families (Mattos and Nascimento, 2019). It was a virtuous moment in terms of growth of the GDP and the per capita income, with reasonable redistribution of wealth, which was made possible mainly by the role assumed by the State in the form of a strong increase in public investments (Carvalho 2018, 27-32). On the other hand, the liberal measures adopted previously were maintained and some others came, such as the Constitutional Amendment 40/2003, that made room to substantially reduce the regulation of the financial system. In the synthesis of Calixtre and Fagnani (2018, 333):

Despite the generation of jobs and the real recovery of the minimum wage, the tensions between the paradigms of the minimum state and the welfare state, present since 1990, have remained fierce, as the increase of labor incomes has led to the displacement of the functional distribution of income, inflating the distributive conflict beyond the low resilience that Brazilian society, especially the owners of capital, have to allow and live with structural transformations.

Despite the clashes and tensions still present and that certainly limited the possibilities of social reality transformation, it is a fact that it was an important period of change in the State orientation, which finally began to move, even with stumbles and indecisions, in the direction conceived in 1988. Célia Kerstenetzky (2012, 161) attributes especially to the expansion of democratic action —remember, one of the vectors pursued in the Constituent Assembly— the social advances that finally began to come with greater intensity. A mobilization that led to the election of governments committed to redistributive social policies and allowed the implementation of a repressed agenda, proof that the clash between progressive and conservative forces was not resolved in the Constituent Assembly.

In the author's reading, more than a normative framework, the Constitution brought a set of commitments and a constant call to social action, of which it was a direct result, exercising decisive weight in order

to operate the significant reduction of inequality experienced in the first decade of the 2000s: “(...) the 1988 Constitution established the structural vectors to reduce inequality in Brazil. It can be speculated that the impacts would have been even greater, and certainly longer lasting, if others of their general guidelines, such as quality universal public health and education, had been tenaciously pursued” (Kerstenetzky 2017, 25).

The legacy left by the measures adopted during the years 2003 to 2014 was certainly positive, the living conditions of Brazilians evolved significantly. Many have left absolute misery, illiteracy is no longer the rule, life expectancy increased, as well as access to basic health services and welfare and social security systems (Carvalho 2018, chapter 1). However, given the severity of social imbalances that have existed for so long, the advances achieved were not enough to promote a real transformation in the Brazilians lives. The cycle of social investments was too short for the size of the challenges and its depth was contained by a persistent conservative resistance, which prevented the developmental experience from reaching the necessary density and redistributive rhythm and that structural changes to occur (Calixtre and Fagnani 2018, 357). The differences between whites and blacks, men and women, urban and rural workers remain shocking.

It is not just the income that separates people, but the place of birth, the color of the skin, the gender. The graph below illustrates the current inequality reality, affecting people especially due to their racial origin and gender.

SOCIAL INDICATORS OF INEQUALITY BY ETHNICITY,
GENDER AND PLACE OF RESIDENCE¹¹

Desigualdade social no Brasil

Veja indicadores sociais por cor, sexo e domicílio

	IDHM	Expectativa de vida ao nascer	Pop. com mais de 18 anos com ensino fundamental completo	Renda, em R\$
Etnia				
Negros	0,679	73,2	47,78%	508,90
Branco	0,777	75,3	62,14%	1.097,00
Sexo*				
Mulheres	0,720	77,3	56,67%	1.059,30
Homens	0,719	69,8	53,04%	1.470,73
Situação de domicílio				
Rural	0,586	71,5	26,51%	312,74
Urbano	0,750	74,6	59,72%	882,64

*Ajustado à renda do trabalho

Fonte: IPEA, PNUD e FJP



Infográfico elaborado em: 09/05/2017

As seen in the compiled data, black people have substantially lower HDI, besides having lower life expectancy, reduced schooling rates and average income less than half that perceived by white people. With regard to women, the biggest differential lies in the average income, much lower than that of men, despite having more years of study. Also remarkable are the large disparities that persist between rural and urban populations.

¹¹ Available in <https://g1.globo.com/economia/noticia/desigualdade-diminui-mas-renda-de-negros-ainda-e-metade-da-de-brancos-no-brasil-aponta-estudo.ghtml>, access in 11 the march the 2020.

It is important to take into account that the Minimum Wage in force in 2017, the reference year of the information under analysis, was R\$ 937.00 (about \$170 in current values), which shows how the average income of Brazilians in general, and especially of vulnerable groups, is low. It should be noted, however, that the data on income received relate to the averages. Considering that the income concentration in Brazil is one of the highest in the world, to the point that 10% of the population holds almost 50% of the country's income, it is easy to notice how the real incomes of most people are extremely low. For people's majority, Brazil is a very poor country.

At the end of the years 2003-2014, when the global recession hit the country hard, the economic gains made by the poorest quickly receded. At the same time, as of 2015, when the budget deficit led the Federal Government to reverse the expansion of access to rights and social investments, there was a rapid and severe deterioration of living conditions, especially for the poorest. As Laura Carvalho explains (2020, 20-22), from 2015 the Federal Government opted for a pro-cyclical action. Thus, instead of increasing—or at least maintaining—public investment in order to mitigate the loss of income caused by the recession, an agenda was adopted aimed at reducing the budget deficit, at the cost of an even greater downturn in economic activity.

In the last six years, there has been a rapid abandonment of the commitment to the constitutional social project. Since 2015, the path followed by government is that of radical liberalism which, in order to be implemented, requires the dismantling of the model designed in 1988. This happened, for example, through Constitutional Amendment 95/2016, which limited the expansion of spending in social areas; of the Law 13,467/2017, which promoted a broad reform in labor legislation and incorporated several mechanisms to make labor relations more flexible; and of the social security system reform, implemented through Constitutional Amendment 103/2019. All these measures have entailed the restriction of social rights and the number of protected persons, in addition to reducing the role of the State as a social welfare promoter.

The last Brazilian governments made an option on the path of *constitutionalization of fiscal austerity*, which is frankly incompatible with the 1988 project. The scenario drawn is a definite dismantling of the universalist social welfare designed 30 years ago, and as a consequence, it can be ex-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1207-1234.

pected increased differentiation, social segregation and inequality. As Celia Kerstenetzky warns (2017, 29): “Judging by the reformist hyperactivity of these times, the current bet is on the residualization of social policy: even more deteriorated social services would be sought only by the poor or impoverished, devalued pensions would undergo an assistentialist process, addressing only the same groups, while those groups with higher incomes would seek private solutions (...)”.

If the world were still in a phase of experimentation about the possibilities of welfare regimes, such an option would be acceptable. The reality, however, indicates, based on numerous studies, that restrictive models “(...) flow into segregation of well-being and free rein for inequalities such as concentration at the top – just look at what happens, for example, in the United States” (Kerstenetzky 2017, 30). The extreme and persistent inequality present in Brazilian society limits the human evolution of significant portions of the population and restricts the country’s development capacity. The transformative project designed in the 1988 Constitution is still necessary, and the option to abandon it is not reasonable.

VII. CONCLUSION

The National Constituent Assembly functioned as a huge sounding box that gave voice to an intense set of social demands, accumulated and silenced during the previous decades. At that time, inequality was the most relevant theme and, although the capitalist world was immersed in a deep and prolonged economic crisis and dominated by liberalizing and anti-state doctrines, the constituents bet on social well-being as an organizational paradigm to be incorporated by the Brazilian State.

A broad agenda of social commitments was inscribed in the Constitution, accompanied by different participation mechanisms, aimed at ensuring the protagonism of minority groups, thus breaking the hegemonic logic of a financial elite that has always controlled power. During the constituent process there were resistances, but these ended up being defeated by an unmatched capacity of articulation and expression of different agents. Misery should be tackled, historical inequality fought, exclusion would no longer be the rule for an immense layer of the population. The State would be responsible for a virtuous protagonism, no longer as an authoritarian dominator, but as an inducer of development in action ar-

ticated with society. Finally, Brazil was moving towards an effective social welfare.

More than a normative framework, the Constitution brought a set of commitments and a constant call to social action, of which it was a direct result. This, however, did not remain at the intensity that would be necessary given the size of the problems experienced by Brazilians. On the contrary, the years following 1988 were marked by constant movements aimed at reducing the Constitution's transformative capacity. The State's economic fragility was used as a pretext to put the debate on social needs in the background and, while the governments sought to stabilize public accounts, the constitutional project was being redesigned.

Since 1988, four cycles can be identified during which the degree of commitment to the Constitution fluctuated:

i) 1988-1994: emptying of social mobilization and constitutional debate, undermined by persistent economic instability;

ii) 1994-2002: economic stabilization and inflationary control associated with liberalism and constitutional reform, within a minimum state project;

iii) 2003-2014: social advances linked to commitments with fiscal conservatism, a project that allowed important gains, but did not dare to break the barriers of exclusion;

iv) 2015 onwards: recession and neoliberal turn, accompanied by a new wave of reforms aimed at reducing the scope of protective constitutional systems.

Today, in Brazil, as in the years that followed the constitutional promulgation, the argument of the State's financial exhaustion is used again as a backdrop to hide the true long-term intentions of deconstructing the social welfare project. Criticisms of protective systems such as that brought by the 1988 Constitution are against facts, especially in a scenario like the current one, in which a persistent economic crisis crushes the poorest classes and a pandemic of global proportions shows clearly to everyone the precariousness of so many people's living conditions.

It is evident that the constitutional project has flaws and inconsistencies, but certainly the Brazilian's financial problems or the social deficiencies still present so broadly cannot be attributed to it. About thirty years ago, the world was going through an equally troubled economic scenario and Brazil bet on the State to correct the directions of a deeply unfair and

unequal society. And in the moments when he took on the expected protagonism the results were not bad... Today, injustice and social inequality are problems that should be on everyone's agenda, but, unlike before, the State is leaving the scene and abandoning its social role in favor of fiscal stability, as if they were antagonistic objectives: or to take care of people, or taking care of public accounts. And once again the dreams deposited in the 1988 Constitution give way to the financial elites' interests who appropriate the State. These are shadowy times...

VII. REFERENCES

- AFONSO, José Roberto R. 2018. "Desenvolvimento, trabalho e seguro social: volta a Keynes para enfrentar novos desafios". *Revista BNDES*, vol. 26, núm. 50. Río de Janeiro. <https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/handle/1408/16842>.
- ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. 1987. "Economia brasileira—um nó de contradições". *Revista Lua Nova*, vol. 3, núm. 3, São Paulo. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451987000200015.
- ANDRADE, Régis de Castro. 1988. "Pacto democrático, negociação e autoridade. Reflexões sobre a questão da democracia". *Revista Lua Nova*, vol. 4, núm. 14. São Paulo. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000100002.
- BACHA, Edmar. 1974. "O Economista e o Rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas". *Jornal Opinião*. São Paulo. <https://edisdisciplinas.usp.br>.
- BACKES, Ana Luiza, Azevedo, Débora Bithiah de and Araújo, José Cordeiro (orgs). 2009. *Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.leg.br>.
- BASTOS, Vânia Lomônaco and COSTA, Tânia Moreira da (orgs). 1987. *Constituinte: Temas em debate*. Caderno CEAC/UnB. Brasília. UnB.
- BOSCHETTI, Ivanete. 2006. *Seguridade Social e Trabalho*. Paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil. Brasília. UnB.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. 1988. “Os limites da ‘abertura’ e a sociedade civil”. FLEISCHER, David (org.). *Da Distensão à Abertura*. As eleições de 1982. Brasília. UnB.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. 2012. “Prefácio”. Kerstenetzky, Celia Lessa. *O Estado do Bem-estar Social na Idade da Razão*. A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro. Elsevier.
- CALIXTRE, André and FAGNANI, Eduardo. 2018. “A política social nos limites do experimento desenvolvimentista (2003-2014)”. CARNEIRO, Ricardo, BALTAR, Paulo, SARTI, Fernando (orgs.). *Para Além da Política Econômica*. São Paulo. UNESP. <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/para-alem-da-politica-economica.pdf>.
- CARVALHO, Laura. 2018. *Valsa Brasileira*. Do boom ao caos econômico. São Paulo: Todavia.
- CARVALHO, Laura. 2020. *Curto-circuito*. O vírus e a volta do Estado. São Paulo. Todavia.
- COELHO, João Gilberto Lucas. 2009. “Processo constituinte, audiências públicas e o nascimento de uma nova ordem”. BACKES, Ana Luiza, AZEVEDO, Débora Bithiah de, ARAÚJO, José Cordeiro (org.). *Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.leg.br>.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. 1998. Ditadura constitucional. *Folha de São Paulo*. Opinião. São Paulo. <http://www1.folha.uol.br/fsp>.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. 1991. “As Três Economias Políticas do Welfare State”. *Revista Lua Nova*. São Paulo, núm. 24. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006.
- FANDIÑO, Pedro y KERSTENETZKY, Celia Lessa. 2019. “O paradoxo constitucional brasileiro: direitos sociais sob tributação regressiva”. *Revista de Economia Política*, vol. 39, núm. 2. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572019000200006.
- KERSTENETZKY, Celia Lessa. 2012. *O Estado do Bem-estar Social na Idade da Razão*. A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro. Elsevier.
- KERSTENETZKY, Celia Lessa. 2017. “Foi um pássaro, foi um avião? Redistribuição no Brasil no século XXI”. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 36, núm. 2. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S010133002017000200015&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt.

- LUNARDI, Soraya y DIMOULIS, Dimitri. 2013. “A forte e persistente desigualdade social (1988-2011)”. VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* (orgs.). *Resiliência Constitucional. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo. Direito GV. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10959>.
- MATTOS, Fernando Augusto Mansor de y NASCIMENTO, Natassia. 2019. “Aspectos históricos dos efeitos da evolução do salário mínimo, do mercado de trabalho e da estrutura tributária sobre o perfil distributivo brasileiro desde meados do século XX”. *Tempo & Argumento. Revista de história do tempo presente*, vol. 11, núm. 27. Universidade do Estado de Santa Catarina, 429-474. <http://revistas.udesc.br>.
- MENEZES, Daniel Francisco Nagao. 2014. *Economia e mutação Constitucional*. Belo Horizonte. Arraes.
- MOREIRA, Eduardo. 2020. *Economia do desejo. A farsa da tese neoliberal*. 3. ed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira.
- NASSAR, Paulo André. 2013. “Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da Constituição de 1988”. VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* (orgs.). *Resiliência Constitucional. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo. Direito GV. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10959>
- NERI, Marcelo C. 2019. *A Escalada da Desigualdade. Qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e pobreza?* Rio de Janeiro. FGV Social. <https://cps.fgv.br/desigualdade>.
- NOGUEIRA, André Magalhães. Centrão. *Centro de Pesquisa e Documentação da Fundação Getúlio Vargas* <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao>.
- OXFAM. 2018. *Uma Economia para os 99%. Chegou a hora de promovermos uma economia humana que beneficie a todos, não apenas a uns poucos privilegiados*. <http://www.oxfam.org.br>.
- OXFAM. 2019. *Brasil: Direitos Humanos em Tempos de Austeridade*. <http://www.oxfam.org.br>.
- PINTO, Élide Graziane, AFONSO, José Roberto y PORTO, Laís Khaled. 2019. “Limites à dívida consolidada e mobiliária da União: um estudo acerca da inconstitucionalidade por omissão na falta de fixação do seu regime jurídico”. CONTI, José Maurício *et al.* (orgs.). *Dívida Pública*. São Paulo. Blucher.

- PIRES, Waldir. 1989. "A social-democracia nas condições do Brasil". JAGUARIBE, Hélio (org). *A Proposta Social-democrata. A social-democracia na atualidade europeia, hispano-americana e brasileira*. Rio de Janeiro. Instituto de Estudos Políticos e Sociais. José Olympo.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. 1986. "O Estado Social da Nação". *Dados. Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 29, núm. 3. <http://dados.iesp.uerj.br/artigos/?id=329>.
- SILVA, José Afonso da. 2013. "Prefácio". Lima, João Alberto de Oliveira, Passos, Edilenice, NICOLA, João Rafael (org.). *A Gênese do Texto da Constituição de 1988*, vol. I. Brasília. Senado Federal. <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/>.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. 1987. Soberania e direitos: processos sociais novos? Bastos, Vânia Lomônaco; COSTA, Tânia Moreira da (org). *Constituinte: Temas em debate*. Caderno CEAC/UnB. Brasília. UnB.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. 1987. "Triste do poder que não pode". Bastos, Vânia Lomônaco, COSTA, Tânia Moreira da (org). *Constituinte: Temas em debate*. Caderno CEAC/UnB. Brasília. UnB.
- VERSIGNASSI, Alexandre. 2015. *Crash. Uma breve história da economia*. 2a. ed. São Paulo. LeYa.
- VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* (org.). 2013. *Resiliência Constitucional*. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo. Direito GV. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10959>.

LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN EN LA EDICIÓN 2016 DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES*

UNILATERAL TERMINATION OF LONG-TERM CONTRACTS IN THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016

Gonzalo SEVERIN FUSTER**

RESUMEN: En este trabajo se analiza el derecho a terminación unilateral de los contratos de larga duración en la cuarta edición de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, de 2016. En particular, se analiza el caso regulado en el artículo 5.1.8 de los PICC, referido a los contratos de duración indeterminada o de plazo indefinido, mostrando, en relación con este supuesto, su fundamento, sus condiciones de ejercicio y sus efectos. Además, se da cuenta de la propuesta presentada por el grupo de trabajo que preparó la revisión de 2016 de incluir un supuesto de

ABSTRACT: This paper deals with the regulation of unilateral termination of long-term contracts within the fourth edition of the UNIDROIT Principles for commercial international contracts (PICC) of 2016. In particular, the work focuses in two cases. First, the right to terminate the contract for an undefined period (recognized in article 5.1.8 PICC). And second, the proposal —by the members of the Working team that prepared this fourth edition— to include a right to unilateral termination in the case of long-term contracts for a defined period, based on “compelling reasons”.

* Recibido el 4 de marzo de 2020; aprobado el 18 de noviembre de 2020. Este trabajo se enmarca en la ejecución de los proyectos Fondecyt Regular N. 1200734 (Chile); DER2017-84947-P (España), y Proyecto 039.451/2020 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

** ORCID: 0000-0001-6937-4746. Profesor de Derecho civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile); doctor en derecho y máster en Derecho empresarial de la Universidad Autónoma de Madrid. Dirección postal: Avda. Brasil 2950, Valparaíso (Chile). Correo electrónico: gonzalo.severin@pucv.cl.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1235-1268.

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

terminación unilateral del contrato de larga duración con plazo definido, basado en la existencia de causas extraordinarias o impeniosas (“compelling reasons”); mostrando las razones del rechazo de esa propuesta.

Palabras clave: derecho contractual, contratos de larga duración, terminación unilateral, derecho uniforme, Principios UNIDROIT.

Keywords: contract law, long-term contracts, unilateral termination, uniform law, UNIDROIT Principles.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho a terminar unilateralmente el contrato de duración indefinida*. III. *Terminación unilateral de los contratos de larga duración de plazo fijo. La discusión sobre la inclusión de la terminación por causas impeniosas (“compelling reasons”)*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Objeto de estudio*

El objeto de estudio de este trabajo es la terminación unilateral de los contratos de ejecución duradera o prolongada en el tiempo (contratos de larga duración o *long-term contracts*) en la edición de 2016 de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (en adelante, Principios UNIDROIT e, indistintamente, PICC).¹

Como se explica en la introducción de esta última edición de los Principios UNIDROIT, ella no pretende ser una revisión de las ediciones an-

¹ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (Roma, 2016). El texto íntegro en inglés puede verse online, en la web de UNIDROIT, en el siguiente enlace: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. En la web de UNIDROIT, no está disponible, de momento, el texto íntegro en español (con comentarios); pero existe una versión integral en español en papel: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Roma, 2018), y una versión coeditada por UNIDROIT y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile, 2019). A fin de facilitar la lectura de este trabajo, utilizo la versión en español para la reproducción del texto de los artículos (*black letter rules*) y de los comentarios oficiales, sin perjuicio de utilizar también la versión oficial en inglés, cuando ello sea oportuno.

teriores, pues, como se ha demostrado ampliamente por el extenso grupo de casos legales y las referencias bibliográficas en la base UNILEX, los Principios UNIDROIT continúan siendo generalmente bien recibidos y no han dado lugar, en la práctica, a problemas importantes de aplicación. El objetivo principal de esta cuarta edición de los Principios UNIDROIT es el de *considerar especialmente las necesidades específicas de los contratos de larga duración*.² Por esa razón, la edición de 2010 ha sido alterada *sólo en forma marginal*: únicamente se han modificado seis artículos (el preámbulo y los artículos 1.11; 2.1.14; 5.1.7, 5.1.8, 7.3.7 de los PICC); mientras que la

² En la sesión 92 de mayo de 2013, se presentó al Consejo de UNIDROIT un *memorandum* preparado por le Secretaría relativo a un posible futuro trabajo en materia de contratos de larga duración. Ese *memorandum* explicaba que, si bien los Principios UNIDROIT ya contenían un cierto número de provisiones que consideraban, al menos hasta cierto punto, las necesidades específicas de los contratos de larga duración, había cuestiones particularmente relevantes en el contexto de los contratos de larga duración que los Principios UNIDROIT no habían abordado o lo habían hecho solo parcialmente [cf. *UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b)*]. En la sesión número 93 del Consejo, celebrada en mayo de 2014, la Secretaría presentó un segundo *memorandum*, que contenía una revisión analítica de las cuestiones específicas que podrían ser consideradas en un futuro trabajo sobre contratos de larga duración, en el contexto de los PICC [cf. *UNIDROIT 2014 C.D. (93) 3*]. Sobre la base de este segundo informe, el Consejo decidió instruir a la Secretaría que conformase un restringido grupo de trabajo, compuesto de expertos que hubieran mostrado particular interés en el trabajo propuesto sobre contratos de larga duración, con la finalidad de formular propuestas de posibles modificaciones y adiciones a los artículos y los comentarios de la actual edición de los Principios UNIDROIT (la de 2010), con una mirada que cubriera las necesidades específicas de los contratos de larga duración. Ese grupo de trabajo, tuvo su primera sesión en Roma, en junio de 2015, a la que también asistieron varios observadores representantes de organismos internacionales, tuvo como finalidad discutir un documento de trabajo preparado por el profesor M. J. Bonell [*UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126*; el reporte de esta discusión se recoge en *UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev*]. El grupo de trabajo tuvo una segunda sesión, en el Max-Planck de Hamburgo, en octubre de 2015. Las modificaciones y adiciones propuestas a texto de los artículos y comentarios de los PICC fueron cuidadosamente examinados y afinadas, con la intención de presentarlas al Consejo para su adopción en la sesión 95, en mayo de 2016 [el reporte de esta discusión, en *UNIDROIT 2016 Study L – Misc. 32*]. Finalmente, el Grupo de trabajo presentó una propuesta [cf. *UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3*], que fue adoptada por el Consejo en su sesión 95, en mayo de 2016, con excepción de la terminación por “*compelling reasons*” [me refiero a ella, con mayor detalle, en la segunda parte de este trabajo], y se autorizó a la Secretaría para preparar y publicar una nueva edición [el reporte de esta sesión del Consejo, en *UNIDROIT 2016 C.D. (95) 15*].

gran mayoría de las modificaciones afectan a los comentarios oficiales.³ Dos de esos artículos modificados, el 5.1.8 de los PICC y el 7.3.7 de los PICC, se refieren a la terminación de los contratos de larga duración.

2. *Justificación y finalidad del trabajo*

Puede afirmarse que, desde ya varios años, se vive en Latinoamérica un marcado proceso de modernización del derecho de obligaciones y contratos, proceso que —sin perjuicio de las particularidades propias de cada país— ha estado marcado por la necesidad de superar la comprensión del contrato que resulta del modelo de los códigos civiles decimonónicos, y que busca avanzar hacia una comprensión del contrato que ofrezca mejores respuestas a las necesidades del tráfico jurídico moderno. Ese proceso se enmarca en uno más global. En efecto, se observa ese fenómeno de modernización en Europa, en donde, junto del derecho propiamente europeo (reglamentos, directivas), encontramos iniciativas académicas, como son, por ejemplo, los Principios de Derecho Europeo de Contratos o PECL, por sus siglas en inglés (Lando y Beale 2000; Lando, Clive, Prüm y Zimmermann 2003) y el Borrador del Marco Común de Referencia o DCFR, por sus siglas en inglés (Von Bar y Clive 2009), y cambios legislativos de forma interna, como la reforma del Código Civil alemán de 2001 en materia de obligaciones,⁴ o la más reciente modificación del Código Civil francés, de 2016.⁵ Por su parte, en el ámbito latinoamericano, esos procesos de modernización también se han desarrollado y cristalizado de

³ En efecto, la mayoría de las alteraciones fueron hechas en los comentarios, en particular en el preámbulo (cambios en el comentario 2); artículo 1.11 (agrega un nuevo comentario 3); artículo 2.1.14 (se cambia el comentario 2 y se agrega un comentario 3); artículo 4.3 (se cambia el comentario 3, que pasa a ser 4; y se agrega un nuevo comentario 3); artículo 4.8 (cambios comentario 1-3); artículo 5.1.3 (cambios al comentario, que pasa a ser comentario 1; y se agrega un nuevo comentario 2); artículo 5.1.4 (se agrega un nuevo comentario 3); artículo 5.1.7 (cambios en los comentarios 2-3); artículo 5.1.8 (cambios en el comentario, que pasa a ser comentario 1, y se agrega un nuevo comentario 2); artículo 7.1.7 (se agrega un nuevo comentario 5); artículo 7.3.5 (se cambia el comentario 3 y se agrega un nuevo comentario 4); artículo 7.3.6 (cambios al comentario 1); artículo 7.3.7 (cambios a los comentarios 1-2).

⁴ Sobre la reforma del BGB 2001, véase, por ejemplo, Zimmermann (2005).

⁵ Por medio de la *Ordonnance* 2016-131 del 10 de febrero de 2016. Una presentación de la reforma, en Deshayes, Genicon y Laithier (2016).

diversas maneras: en algunos casos, han dado lugar a nuevos códigos civiles (como en el caso de Brasil⁶ y más recientemente, de Argentina);⁷ en otros casos, los esfuerzos se han volcado a proponer una relectura de las normas vigentes (como es el caso de, por ejemplo, Chile y Colombia). Incluso, existen algunas iniciativas modernizadoras que tienden a la armonización del derecho de contratos en Latinoamérica, como es el caso, por ejemplo, de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC),⁸ entre otras.⁹

Con todo, y posiblemente debido a la influencia de los modelos que se han tenido a la vista (muy especialmente, el de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería, en adelante, CISG),¹⁰ ese proceso de modernización del derecho de contratos quizá ha puesto demasiado énfasis en los contratos de intercambio, siendo la compraventa el modelo paradigmático. Y, por consiguiente, se ha conducido sin prestar demasiada atención a otras clases de contratos, muy relevantes en las economías modernas (posindustriales), y muy especialmente, relevantes en el ámbito de los contratos transnacionales, como son, por ejemplo, los contratos de franquicia, de distribución, de inversiones, de construcción y una gran cantidad de contratos de servicios. Y si bien parece posible sugerir que existen cuestiones y problemas comunes a toda clase de contratos

⁶ Una presentación sobre el Código Civil brasileiro de 2002, en Momberg (2014).

⁷ El Nuevo Código Civil y Comercial argentino [CCyCa], entró en vigor en 2015 [Boletín oficial de la República Argentina (año CXXII, n. 32.985) de 8 de octubre de 2014].

⁸ El texto íntegro de los PLDC, además de una presentación, en De la Maza, Pizarro y Vidal (2017).

⁹ Así, por ejemplo, el denominado *Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina* (GADAL) —que tiene su origen en algunas reuniones organizadas, en la década de los noventa del siglo pasado, por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* de la Universidad Tor Vergata (Roma)— trabaja en la redacción de un Código Marco de Obligaciones para América Latina; y fruto de ese trabajo, se han publicado varios libros y artículos [que pueden consultarse en la página web de GADAL y de las universidades participantes: <http://gadal.uexternado.edu.co>; <http://www.cideci.org>].

¹⁰ “En el ámbito de la responsabilidad contractual, el instrumento jurídico que sin duda mayor influencia ha ejercido es la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías [...] [I]a CISG se ha convertido en un modelo razonable de tratamiento de los problemas del incumplimiento y de la responsabilidad contractual, adecuado a las exigencias del tráfico actual, y en cierta medida, sintetizador y superador de diferencias entre los sistemas jurídicos continentales y el angloamericano” (Morales 2006, 26).

—para las que el modelo de la compraventa puede ofrecer utilidad— existen ciertos aspectos que son *particulares* de *cada clase o categoría de contratos*, por sus propias características diferenciadoras. Esto es lo que ocurre, precisamente, tratándose de la categoría de los “contratos de larga duración”, cuyas particularidades derivan, principalmente, de la importancia que tiene el factor tiempo en su ejecución (además de otros elementos caracterizadores, como el hecho de que suele tratarse de relaciones en las que existe un alto grado de complejidad).¹¹ Es, precisamente, la consideración de esas particularidades lo que ha justificado la versión revisada de los Principios UNIDROIT de 2016.

En este trabajo, como se ha adelantado, no se pretende analizar todas las modificaciones que se han realizado en la edición 2016 de los Principios UNIDROIT.¹² La *finalidad específica* de este trabajo es ofrecer un análisis sobre la forma en que se regulan, en los Principios UNIDROIT 2016, los supuestos de terminación del contrato de larga duración (*long-term contract*), con la finalidad de *poner de relieve dos ideas clave*. La *primera* es que, tratándose, en particular de contratos de larga duración, *puede ser razonable admitir*, junto con la terminación del contrato que opera como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria (la terminación como remedio frente al incumplimiento), *otros supuestos* en los que una parte tenga derecho a terminar el contrato. Se trata, por tanto, de una terminación *no fundada en el incumplimiento* de la otra parte sino en *otras causas*, e incluso, fundada en la sola voluntad de quien termina (terminación *ad nutum*). La *segunda idea que interesa poner de relieve* es, que del hecho de que se admitan diferentes causas de terminación del contrato (que pueden estar basadas, o no, en el incumplimiento) *no se sigue necesariamente que el régimen de las consecuencias o los efectos de esa terminación deba ser diferente*.

Esas dos ideas, me parece, son claves para una correcta comprensión del derecho contractual moderno, que mira, sobre todo, las necesidades del tráfico y que busca dar respuestas adecuadas a él. Es posible, entonces, sugerir que, a la hora de (re)pensar el derecho contractual general (ya sea

¹¹ Artículo 1.11 de los Principios UNIDROIT (Definiciones): “A los fines de estos Principios: [...] «contrato de larga duración» es un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”.

¹² Una presentación general de estas modificaciones, en Momberg y Pino (2018) y en Alba (2016).

que ello se realice en un ejercicio de relectura de las normas vigentes, ya sea que se realice en el marco de procesos de reforma legislativa), resulta indispensable considerar que, junto con el modelo de contratos de intercambio, existen otros modelos contractuales, tan o más importantes en la práctica, y que presentan particularidades que se proyectan en diversos momentos del *íter* contractual, incluyendo, por tanto, la terminación del contrato. Discutir en torno a estas ideas es una reflexión necesaria, y conocer la aproximación de la regulación de los Principios UNIDROIT puede servir —tal y como los propios Principios proponen— para una mejor interpretación del derecho interno, y para inspirar reformas legislativas al derecho interno.¹³

3. *Plan*

El trabajo se divide en *dos partes*. En la *primera*, se analiza el derecho a la terminación unilateral en los contratos de *duración indefinida*, al que se refiere el artículo 5.1.8 de los PICC; un derecho que estaba ya consagrado en las versiones anteriores de los Principios UNIDROIT. En relación con esa causal de terminación, se presta especial atención al régimen de *efectos o consecuencias* que se atribuyen a la terminación del contrato de duración indefinida, dando cuenta de la modificación que ha sufrido el artículo 5.1.8 de los PICC, y de paso, la modificación del artículo 7.3.7 de los PICC, a la que el primero se remite. En la *segunda parte*, se da cuenta de la discusión sobre el supuesto de terminación justificada en *compelling reasons* (o por causas “imperiosas” o “apremiantes”), una causal de terminación unilateral de los contratos de larga duración *de plazo definido*, cuya inclusión al texto de los Principios UNIDROIT *se propuso* por parte del grupo de trabajo que preparó la versión de 2016, pero que, tras la discusión, *no fue incluida en el texto*. Al final, se recogen, resumidamente, las principales conclusiones del trabajo.

¹³ En el Preámbulo (Propósito de los Principios), entre otras finalidades, se señala que “(...) Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional./ Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

II. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE DURACIÓN INDEFINIDA

Los Principios UNIDROIT, ya desde su primera versión, reconocen el derecho de cada parte a terminar unilateralmente el contrato de *duración indefinida*.¹⁴ El derecho se encuentra consagrado en el artículo 5.1.8 de los PICC, bajo el epígrafe “Resolución de un contrato de tiempo indefinido”.¹⁵ En su primera parte, este artículo señala: “Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación”.

En lo que sigue, trataré sobre *a)* el ámbito de aplicación de esta regla; *b)* su fundamento y sus condiciones de ejercicio; *c)* la posibilidad de excluir el derecho a la terminación unilateral; *d)* la forma de ejercicio del derecho, y *e)* sus efectos.

a) Ámbito de aplicación de la regla. La regla aplica a los contratos de *duración indefinida*. De los comentarios oficiales del artículo 5.1.8 de los PICC, se deduce que un contrato es de *duración indefinida en dos casos*.¹⁶ *Pri-*

¹⁴ El artículo 5.8 PICC 2004 (*Contract for an indefinite period*), señalaba que “A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance”. En opinión de Pulido Begines, se trató de una regla innovadora en el ámbito del derecho comercial internacional; y sugiere que parece haberse inspirado en el artículo 1569 del Código civil italiano de 1942 (Pulido 2003, 280), lo cual, al menos atendido el tenor de ese artículo, parece atendible (“Se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione”).

¹⁵ Tanto el texto de la regla que se contenía en los PICC 2014, como el de los comentarios que le acompañaban, se mantuvieron inalterados en las subsiguientes ediciones de los PICC de 2004 y 2010, modificándose únicamente la numeración del artículo, que pasó a ser, desde el 2004, el artículo 5.1.8. En la edición de 2016, el artículo 5.1.8 fue modificado tanto formal como sustancialmente, en los siguientes cuatro aspectos: *i)* se reemplaza el epígrafe o título del artículo, que ahora es “Resolución de un contrato de tiempo indefinido” (“*Termination of a contract for an indefinite period*”); *ii)* se reemplaza del texto la expresión “*may be ended*” por “*may be terminated*” [sobre ello, valga lo que se dice *infra*, nota 38]. *iii)* se agrega al artículo una regla relativa a los efectos de esta terminación, particularmente, el derecho a la restitución; y finalmente, *iv)* se agrega, en consecuencia, un nuevo comentario.

¹⁶ “Con frecuencia, en los contratos se establece expresamente su plazo de duración, o bien éste se puede inferir de la naturaleza y finalidad del contrato (*v.g.* la asistencia técnica prestada con el fin de ayudar al cumplimiento de cierto trabajo especializado). Sin embargo, existen casos en que la duración del contrato no está determinada ni es determinable.

mero, el contrato es de duración indefinida cuando las propias partes así lo hayan pactado expresamente. Estas cláusulas son comunes en algunos contratos, por ejemplo, en los contratos de sociedad y de servicios (Pulido 2003, 280); pero, como recuerda Vogenauer, se trata de cláusulas poco usuales en el contexto de la contratación comercial internacional (2015, 645).¹⁷ El *segundo caso* es que el contrato carezca de un plazo de duración, porque *ni las partes han fijado un plazo para la ejecución del contrato, ni es posible inferir un plazo implícito en el caso concreto*.¹⁸ Este segundo supuesto es mucho más común en la contratación internacional (Vogenauer 2015, 645).¹⁹ En cualquiera de los casos, *no* es relevante si se trata de *obligaciones duraderas con prestación o ejecución continua*, o de obligaciones duraderas con *prestaciones periódicas* o tracto sucesivo (Pulido Begines 2003, 280); lo relevante es que *sean de duración indefinida* (Brödermann 2018, 132).

En relación con los casos que quedan cubiertos por la expresión “duración indefinida”, se ha discutido si esta regla es aplicable a los contratos de *plazo fijo*, en los casos en los que, *vencido el plazo del contrato, las partes continúan ejecutando las prestaciones*, y lo hacen sin haber acordado expresamente una renovación del contrato. Los comentarios del artículo 5.1.8 de los PICC nada dicen al respecto.²⁰ Vogenauer entiende que no puede extenderse el ámbito de la regla del artículo 5.1.8 de los PICC a estos casos, porque la

Las partes también pueden estipular que su contrato tenga una duración indefinida” (comentario del artículo 5.1.8 de los PICC).

¹⁷ En sus palabras, “Such contracts purport to bind the parties «at all times hereafter» or similar. These instances are rare in the international commercial context where parties usually act on legal advice”.

¹⁸ Típicamente, es posible entender que existe un plazo implícito en los contratos de confección de obra material; como ocurre en los contratos de construcción; en los que el plazo viene determinado por el tiempo necesario para la construcción de la obra.

¹⁹ En sus palabras, “Such contracts frequently occur in commercial practice. For example, agency and distribution agreements, contracts for leasing and franchising, partnership agreements, and contracts for the supply of gas, oil, or electricity sometimes do not contain any provision for their termination”.

²⁰ En los comentarios oficiales del artículo 5.1.8 PICC, se expresa que ella recoge *dos principios*: el primero, que todo contrato puede terminar, aun cuando se pretenda que no termine nunca, ninguna parte está ligada a otra por un tiempo indefinido; y el segundo, que, para terminar tal contrato, o aquel de duración indefinida, cada parte debe dar un aviso razonable. Pero, nada se dice sobre el caso de un contrato de plazo fijo que se sigue ejecutando, a diferencia de lo que ocurre con los comentarios de las respectivas reglas de los PECL y DCFR, según se dirá.

terminación unilateral *sin una causa legítima*, en estos casos, normalmente configura un “comportamiento contradictorio” (2015, 645), en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.8 de los PICC.²¹ Para Bröderman, en cambio, no existen razones para excluir estos casos del ámbito de aplicación del artículo 5.1.8 PICC, pues, la continuación de la ejecución del contrato, después de la llegada del plazo fijado, puede ser considerada como un acuerdo implícito en orden a que el contrato tenga duración indefinida (2018, 132). En favor de esta última interpretación, conviene destacar que el supuesto sí queda expresamente comprendido en la correspondiente regla sobre terminación unilateral para contratos de duración indefinida que se contiene en los PECL (artículo 6:109 de los PECL)²² y en el Borrador del Marco Común de Referencia (artículo III.-1:109 del DCFR).²³ En efecto, y aun cuando el tenor de estos artículos es similar al de la regla del artículo 5.1.8 PICC, en los respectivos comentarios oficiales de estas reglas de los PECL y del DCFR se explica que el principio que establece el derecho a terminar el contrato de duración indefinida “puede aplicar a las relaciones contractuales que eran originalmente a plazo fijo, pero en las cuales las partes han tácitamente continuado después del término del período, aun cuando ellas no hayan acordado expresamente en renovar el contrato”.²⁴

²¹ Artículo 1.8 PICC (Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium): “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

²² Artículo 6:109 de los PECL (Contract for an Indefinite Period): “A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice of reasonable length”.

²³ Artículo III.-1:109 DCFR (Variation or termination by notice): “(1) A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by notice by either party where this is provided for by the terms regulating it./ (2) Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances”.

²⁴ En el comentario B del artículo 6:109 de los PECL se dice expresamente: “The principle also applies to contracts which were originally made for a definite period which has expired, but upon which the parties have continued to act although they have not expressly agreed to renew them” (Lando y Beale 2000, 316). En el respectivo comentario del artículo III.-1:109 DCFR, se recoge prácticamente la misma idea: “The principle may,

En todo caso, siendo el ámbito de aplicación de esta regla los contratos de duración indefinida, se concluye que el derecho que consagra el artículo 5.1.8 de los PICC a terminar unilateralmente el contrato *no* es un derecho puede invocarse en todos los “contratos de larga duración”: *no se tiene este derecho en los contratos de duración definida*, no importa cuán larga sea la duración del contrato. Obviamente, ello encierra el riesgo de que la regla del artículo 5.1.8 de los PICC sea “evadida”, en el caso que se fije un plazo de duración tan largo que, en el caso concreto, implique que las partes estarán, *de facto*, obligadas eternamente. De ahí que se haya propuesto que una posible interpretación de la regla es que se lea “de duración indefinida” como similar a “excesivamente largo”; si bien no es posible establecer, en este punto, una regla general, y habría que analizar, caso a caso, si la parte que pretende poner fin al contrato tiene, o no, razones legítimas para ello, sobre la base del fundamento de esta regla (Vogenauer 2015, 645 y 646).²⁵

Por último, cabe tener presente que, como ya se ha indicado en la introducción, se discutió la posibilidad de incluir, para los contratos de larga duración, una causal específica de terminación justificada en *compelling reasons*. Pues bien, el hecho de que, finalmente no se incluyera esta causal en la edición 2016 de los Principios UNIDROIT, parece *reafirmar la idea de que, en los contratos de larga duración, si no se trata de un contrato de duración indefinida, no cabe admitir otra causa de terminación que la que deriva del incumplimiento del contrato o la que eventualmente puede resultar de la aplicación de las reglas sobre excesiva onerosidad sobreviniente (hardship)*.

however, apply to contractual relationships which were originally for a definite period, but which the parties have tacitly continued after the end of that period although they have not expressly agreed to renew them (Von Bar y Clive 2009, 733).

²⁵ En el caso de la regla del DCFR, los comentarios abordan este problema, y descartan la aplicación del principio, aun en los casos en los que el contrato sea “por toda la vida” o en los que se pacte una duración de 200 años. No es que se validen estas cláusulas, sino que la solución a ellas viene dada por la aplicación de otras reglas [“The scope of the paragraph may be regarded as rather arbitrary from the policy point of view. Why, it may be asked, does it not apply to a contractual relationship which is to last for 200 years, or until the occurrence of an event which in practice is very unlikely to occur? The answer is that the autonomy of the parties is to be respected. The results are not so dramatic as might at first sight be supposed because in the case of contracts for such very long periods the rules on change of circumstances and termination for serious grounds would often provide a means of escape” (comment C del article III.-1:109, Von Bar y Clive 2009, 733)].

La regla del artículo 5.1.8 de los PICC *no alcanza*, por tanto, a los contratos de larga duración, de plazo fijo, *ni siquiera en los casos en los que el plazo pactado fuese muy extenso*.

b) *Fundamento y condiciones de ejercicio del derecho*. El fundamento de este derecho es, según se explica en los propios comentarios oficiales, el principio, ampliamente admitido, de que *los contratos no pueden vincular a las partes eternamente*. Sin perjuicio de ello, se ha entendido que la regla ofrece, también, una “oportunidad para adaptarse a los desarrollos del mercado”, y que ella protege una dimensión residual de la libertad contractual, que incluye la libertad de revisar la decisión sobre el cocontratante, al tiempo que permite salir del contrato de una forma honesta, sin tener que incumplir o provocar un incumplimiento de la otra parte para poder terminarlo (Brödermann 2018, 133).

Tomando en consideración el respeto por el principio de no vinculación perpetua, se entiende que *no se requiera ninguna condición especial para tener derecho a terminar el contrato de duración indefinida*.²⁶ Se trata, como sugiere Brödermann, de un derecho *ad nutum* (2018, 133), conclusión que comparto, pues así aparece claramente del tenor del artículo y de sus comentarios. Con todo, hay quienes estiman que existen ciertas exigencias “implícitas” para poder terminar el contrato de duración indefinida. Vogenauer, por ejemplo, entiende que una parte *sólo* podría poner término al contrato en virtud del artículo 5.1.8 de los PICC si fuera *sustancialmente injusto* mantener vinculada a esa parte en el futuro” (2015, 645 y 646).²⁷

²⁶ En el comentario 1, en su parte final, se señala que “La regla de este artículo no requiere que se presenten circunstancias especiales, salvo lo indefinido de la duración del contrato y que éste permita su resolución unilateral”.

²⁷ El autor expresa: “in order to avoid absurd results (...) as well as conflict with the general principles of *pacta sunt servanda* and *favour contractus* (...) the scope of application of article 5.1.8 must be restricted to cases where the principle of good faith and fair dealing (article 1.7) requires that one of the parties be freed from its contractual obligations. There must be exceptional circumstances and very good reasons to end the contractual relationship other than hardship under article 6.2.2 or a ground of termination under article 7.3.1. Reading down the contractual terms in such a way is a paradigm case for the application of article 1.7, a principle that applies through all phases of the contractual relationship, including the termination of the contract, and it is consistent with the view that article 5.1.8 is one of the specific applications of the principle of good faith (...) As a consequence, a party may only end the contract under article 5.1.8 if it were substantially unfair to bind the party to the contract for the future”.

El hecho de que no existan condiciones especiales para el ejercicio de este derecho de terminación unilateral lo *diferencia* del derecho que tiene una parte para pedir la adaptación o terminación del contrato en el caso de excesiva onerosidad sobreviniente (o *hardship*, que se regula en los artículos 6.2.1 y 6.2.3 de los PICC), como lo aclaran los propios comentarios oficiales del artículo 5.1.8 de los PICC.²⁸ Y, por esa misma razón —el carácter *ad nutum* del derecho— *no es posible entender que este derecho supone el incumplimiento* de la otra parte. Creo que esta aclaración —que no aparece en los comentarios oficiales— no está de más, pues en la versión en español de los PICC se traduce la expresión en inglés *may be terminated* por “puede resolver”, que el lector hispanohablante podría vincular con la figura de la *resolución por inejecución*,²⁹ especialmente si se considera que en nuestro medio *suelen utilizarse otras expresiones* para referirse los casos de terminación no basada en el incumplimiento (por ejemplo, desistimiento, terminación, cesación, retracto, revocación, etcétera). El derecho a resolver el contrato por incumplimiento se regula, separadamente, en el artículo 7.3.1 y ss. de los PICC, y de hecho para su aplicación *resulta irrelevante la duración del contrato* (Pulido 2003, 281). Conviene, entonces, tomar nota de esta pequeña precisión terminológica: en el contexto de los Principios UNIDROIT, ni la expresión *termination*, ni su traducción al español como “resolución” refieren únicamente a la resolución por incumplimiento del contrato.

c) *Posibilidad de excluir el derecho a la terminación unilateral*. En la parte final del comentario 1 del 5.1.8 de los PICC, se señala que se requiere que el contrato sea de duración indefinida y que “éste permita su terminación

²⁸ “Debe distinguirse esta situación del supuesto de resolución o adaptación del contrato por imprevista y excesiva onerosidad sobreviniente (*hardship*) (...)” [Comentario 1 del artículo 5.1.8 de los PICC].

²⁹ En este punto, conviene destacar que la expresión utilizada en la versión 2010, en inglés, era distinta para este supuesto (ver, *supra*, notas 14 y 15); lo que fue modificado en esta versión. En todo caso, al interior del grupo, tampoco resultaba del todo claro el contenido de ambas expresiones, como lo refleja la discusión sobre el particular [“Sir Vivian pointed out that article 5.1.8 did not say «termination» but «ended» He wondered whether there was a difference. Mr Bonell explained that «termination» was putting an end for non-performance. Mr Cohen observed that the terminology used in the Principles was internally consistent but was not necessarily consistent with all legal systems. He therefore suggested that an explanatory sentence might prevent possible confusion” (UNIDROIT 2015 – Study L – Misc. 31 Rev., p. 16).

unilateral”. Conviene detenerse aquí un momento, pues, como se observa, esa redacción parece sugerir que es posible incluir una cláusula por la que se excluya el derecho a la terminación unilateral. De esta forma, el derecho a terminar unilateralmente el contrato de duración indefinida, reconocido en el artículo 5.1.8 de los PICC sería lo que, en nuestra tradición, denominamos un elemento *de la naturaleza* del contrato³⁰ que, como tal, las partes podrían modificar, incluso excluyendo el derecho. En este punto, hay que recordar que los PICC son, en general, *reglas de carácter dispositivo*, de modo que las partes pueden ser derogarlas o modificarlas, *salvo que expresamente se diga lo contrario, lo que aquí no ocurre* (artículo 1.5 PICC).³¹ Siguiendo esta línea de interpretación, el derecho a la terminación unilateral tendría entonces, como condición o requisito para operar, el que no se haya excluido por una cláusula expresa.

No obstante, atendido el fundamento de este derecho —evitar la vinculación perpetua de las partes— *no parece razonable admitir que los contratantes puedan excluir el derecho a la terminación del contrato si este tiene duración indefinida*. Por esa razón la doctrina entiende que el artículo 5.1.8 de los PICC contiene una regla “implícitamente imperativa” (Pulido 2003, 281; Vogenauer 2015, 647; Brödermann 2018, 133). Tal conclusión no vulnera el espíritu del mentado artículo 1.5 de los PICC, pues en el comentario 3 de este artículo se admite que el carácter imperativo de una regla no sólo puede establecerse en forma expresa, sino que también puede serlo de forma implícita, “conforme al contenido y finalidad de la norma”. En consecuencia, se estima que “será ineficaz todo pacto de duración perpetua de la relación” (Pulido 2003, 280).³²

³⁰ “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (artículo 1440 del Código Civil chileno; 1501 del Código Civil colombiano; destacado añadido).

³¹ Artículo 1.5 de los PICC (Exclusión o modificación de los Principios por las partes): “Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente”.

³² El mismo autor sugiere, por tanto, cambiar la “desafortunada redacción de la última frase de los comentarios al presente artículo, que puede inducir a alguna confusión en la interpretación del precepto” (2003, 282).

d) *Forma de ejercicio del derecho*. El derecho a terminar unilateralmente el contrato de duración indefinida se ejerce mediante una notificación o aviso, que debe *darse con una anticipación razonable*. Es, por tanto, de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.10 de los PICC (*Notificación*), ubicado dentro del capítulo 1 (Disposiciones generales). Este artículo establece que en los casos en que se exige una notificación, ella puede darse *por cualquier medio apropiado a las circunstancias* (artículo 1.10 (1) de los PICC), y que la notificación *surtirá efecto cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a la que va dirigida* (artículo 1.10 (2) de los PICC).³³ Se adopta, por lo tanto, lo que conocemos como teoría “de la recepción”, en relación con el momento en que el aviso surge efecto.

La determinación de cuánto tiempo es el “razonable” en un caso concreto puede ser una tarea difícil, y es cierto que esa dificultad podría conllevar un cierto grado de incertidumbre. Con todo, se estima que la regla consistente en un “plazo razonable” es una regla adecuada, pues cualquier otra regla más estricta, que determinara con precisión los plazos del aviso, no sería capaz de reflejar la diversidad del comercio y la inversión internacional (Brödermann 2018, 134). En relación con este punto, en los comentarios del artículo 5.1.8 de los PICC se explica que la razonabilidad de la anticipación “dependerá de circunstancias, tales como el tiempo que las partes llevan colaborando entre sí, la envergadura de sus respectivas inversiones en relación con el contrato, el tiempo necesario para encontrar nuevos socios, etc.”. Esa enunciación de criterios resulta interesante, a mi juicio, porque de esa forma el potencial control acerca de si el plazo del aviso fue o no razonable no se hace simplemente descansar en el (a veces manido) principio de la buena fe. No es que la buena fe no tenga cabida en los Principios UNIDROIT (de hecho, se trata de un principio de la contratación, expresamente reconocido en el artículo 1.7 de los PICC),³⁴ pero, el criterio de la razonabilidad, orientada por medio de los criterios descritos, moldea (y limita) lo que podría llegar a entender-

³³ El artículo 1.10 (3) PICC señala que “(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal”.

³⁴ Artículo 1.7 PICC (Buena fe y lealtad negocial): “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional./ (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

se como exigencias de la buena fe.³⁵ En todo caso, conviene tener presente que no se trata de un listado taxativo de criterios, de modo que para determinar el plazo del aviso previo es posible acudir a *otros criterios*, como, por ejemplo, “la consideración del naturaleza y finalidad del contrato”, que es un criterio general de interpretación de los contratos, al que se refiere el artículo 4.3 (c) de los PICC.³⁶

Por último, cabe tener en consideración que, si bien las partes no pueden —como ya se ha explicado— excluir el derecho a la terminación unilateral, ellas pueden válidamente *acordar el plazo de antelación de la notificación de terminación*, o pactar una forma en la que dicha notificación debe realizarse (Vogenauer 2015, 246). Y es que en todo aquello en lo que no pueda estimarse una disposición imperativa (expresa o implícita), rige plenamente la autonomía de las partes, en virtud del ya referido artículo 1.5 de los PICC. Por lo demás, tales acuerdos constituyen excepciones admitidas al principio de libertad de forma (artículo 1.2 de los PICC)³⁷ y a la regla que establece que las notificaciones no están sujetas a ninguna formalidad especial, bastando, como regla por defecto, que se practique por cualquier medio (artículo 1.4 de los PICC) (Vogenauer 2015, 246; Brödermann 2018, 35). *No parece posible*, sin embargo, admitir que las partes puedan pactar que la notificación únicamente producirá efectos una vez que el receptor la conoce efectivamente, pues ello daría al receptor el poder de decidir sobre la eficacia del aviso, y de esa forma, privar a la otra parte de la posibilidad de ejercitar el derecho (Vogenauer 2015, 246).

e) *Las consecuencias de la terminación unilateral*. Como se ha anunciado, la edición de 2016 de los Principios UNIDROIT ha añadido una segunda

³⁵ Sobre la vinculación entre el criterio de la razonabilidad y la buena fe, véase, por ejemplo, San Martín (2018, 173-198; y particularmente, en relación con la función indicada, 188 y ss.).

³⁶ Artículo 4.3 PICC (Circunstancias relevantes): “Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: / (a) las negociaciones previas entre las partes; / (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; / (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; / (d) la naturaleza y finalidad del contrato; / (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y / (f) los usos”.

³⁷ Sobre el punto, se señala que “las partes pueden acordar la necesidad de observar una forma específica para celebrar, modificar o *extinguir su contrato o cualquier otra declaración o acto unilateral* que podrían realizar durante la formación o el cumplimiento del contrato, o en cualquier otro (comentario 4 del artículo 5.1.8 PICC; destacado añadido).

regla al artículo 5.1.8 de los PICC, que, como se ha visto, establece el derecho a la terminación unilateral *ad nutum* de un contrato de duración indefinida. En ella se señala que, en relación con los efectos de la terminación son aplicables, tanto en general como en lo que se refiere a la restitución, las reglas contenidas en los artículos 7.3.5 y 7.3.7 de los PICC.³⁸ Ambas reglas se encuentran al interior del capítulo 7, que se refiere al *incumplimiento del contrato*, y específicamente, dentro de la sección tercera de ese capítulo, que se refiere a la *resolución por incumplimiento*.

Conviene, por tanto, nuevamente, advertir que esa remisión a las reglas de los efectos de la resolución por incumplimiento no debe llevar a confusión en relación con las condiciones de aplicación del derecho a terminación unilateral del artículo 5.1.8 de los PICC. Ambas situaciones —la terminación unilateral *ad nutum* y la resolución por inejecución— son instituciones que conservan su propia identidad y que tienen sus propios presupuestos de aplicación. La remisión que se hace en la segunda parte del artículo 5.1.8 de los PICC a las reglas de los artículos 7.3.5 y 7.3.7 de los PICC da cuenta de un *tratamiento unificado* de las *consecuencias* de la “resolución” del contrato de larga duración. Como se ha apuntado, la expresión “resolución” (*termination*) referida a un contrato, que originalmente se vinculaba a la terminación que tiene por causa un incumplimiento,³⁹ pasa a convertirse, con la modificación del artículo 5.1.8 de los PICC en una noción neutra, en cuanto también refiere a la terminación del contrato *por otras causas*.⁴⁰ Dicho en otros términos, se propone, en los Principios UNI-

³⁸ “As to the effects of termination in general, and as to restitution, the provisions in Articles 7.3.5 and 7.3.7 apply”.

³⁹ En este sentido, lo explicó Bonell (*cf.* *UNIDROIT 2015 – Study L – Misc. 31 Rev.*, 16).

⁴⁰ En este punto, en la discusión del grupo de trabajo, se puso de relieve que, en las discusiones anteriores, se consideró que, si bien las reglas sobre restituciones mutuas eran muy similares, se había decidido separarlas. En el caso de la nulidad del contrato, siempre existe derecho a la restitución, incluso de las prestaciones ya ejecutadas (pasadas); mientras que en el caso de la resolución esto no es así. El artículo 5.1.8 PICC no tenía referencia a los efectos generales de la resolución, y no era claro que fueran de aplicación los efectos del artículo 7.3.5 PICC. Entonces, se planteó, en la discusión, que el punto debía tratarse con cuidado, pues, incluso aquellos que estuvieran familiarizados con la terminología podrían preguntarse porqué aplicar a este caso unas reglas que se aplican a alguien que ha hecho algo malo; lo que no ocurre en el caso del artículo 5.1.8 de los PICC. De ahí que se propusiera aclarar qué es lo que significaba “*end a contract*”, especificando que implicaba “*terminate*”, lo que, en definitiva, resultó no sólo en un comentario explicativo, sino que en una modificación del texto del artículo (*cf.* *UNIDROIT 2015 – Study L – Misc. 31 Rev.*, 16-17).

DROIT, *un mismo régimen de efectos para la terminación de los contratos de ejecución prolongada en el tiempo*, con independencia de las razones de esa terminación, es decir, con independencia de que esa terminación sea consecuencia del ejercicio de un remedio no basado en el incumplimiento del contrato (la terminación unilateral *ad nutum*), o que sea consecuencia del ejercicio de un remedio basado en el incumplimiento (la facultad resolutoria por inejecución). Me referiré, a continuación, a esas dos reglas.

El artículo 7.3.5 de los PICC establece los efectos generales de la resolución del contrato.⁴¹ Básicamente, se reconoce que la resolución tiene *únicamente* un *efecto liberatorio* (o “prospectivo”) (Brödermann 2018, 134), que consiste en que ambas partes son liberadas de sus ulteriores obligaciones, esto es, tanto la obligación de ejecutar como la aceptar la ejecución en el futuro (artículo 7.3.5 (1) de los PICC). Sin embargo, ello no implica el contrato pierda toda su fuerza obligatoria: la resolución del contrato *no priva a las partes del contrato de su derecho a demandar una indemnización de daños por cualquier incumplimiento* (artículo 7.3.5 (2) de los PICC) y no afecta las cláusulas relativas a la resolución de disputas, ni afecta cualquiera otra cláusula que tenga por objeto operar, precisamente, después de la terminación del contrato (artículo 7.3.5 (3) de los PICC).

El artículo 7.3.7 de los PICC (Restitución en contratos de larga duración), era una de las normas que, con anterioridad a la edición de 2016 de los PICC, se referiría a los contratos de larga duración, si bien lo hacía bajo otra denominación (restitución en el caso de contratos de ejecución sucesiva).⁴² En el artículo 7.3.7 de los PICC se establece que sólo hay derecho a pedir la restitución de aquello dado o pagado *después* de la resolución del contrato, y siempre que el contrato sea divisible (artículo 7.3.7 (1) de

⁴¹ Artículo 7.3.5 PICC (Efectos generales de la resolución): “(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras./ (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento./ (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

⁴² La regla no existía como tal en la primera versión de los PICC 1994; que contenía *en un mismo artículo* [el artículo 7.3.6 (restitución)], las reglas por las cuales se regía la restitución [artículo 7.3.6 (1) de los PICC 1994] y la situación particular de los contratos que deben cumplirse durante un cierto periodo de tiempo [artículo 7.3.6 (2) de los PICC 1994]. Ambas reglas se separaron en artículos diferentes en la versión del 2004 de los PICC.

los PICC).⁴³ Por tanto, la terminación del contrato de larga duración no produce un “efecto retroactivo”; de modo que se reafirma el carácter liberatorio establecido en el artículo 7.3.5 de los PICC. Y es que, en el caso de los contratos de larga duración, “la seguridad jurídica y la vigencia de las prestaciones efectuadas impone que se hayan de fijar ciertos límites al principio restitutorio” (Morán 2003, 354).

Finalmente, el artículo 7.3.7 (2) de los PICC agrega que, *si es necesaria una restitución* —en los términos del ya mentado artículo 7.3.7 (1) de los PICC— es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7.3.6 de los PICC, que establece las reglas generales sobre la restitución como efecto de la resolución del contrato.⁴⁴ Básicamente, esas reglas son las siguientes: *i*) sólo puede pedirse restitución si la propia parte que la pide está en condiciones de restituir lo que haya recibido (artículo 7.3.6 (1)); *ii*) si no es posible o adecuada la restitución en especie, es posible que se otorgue una suma de dinero, cuando ello sea razonable (artículo 7.3.6 (2) de los PICC); *iii*) la parte que debe restituir no está obligada a otorgar dicha suma de dinero, si la imposibilidad de cumplir en especie se debe a la otra parte (artículo 7.3.7 (3) de los PICC) y que es posible demandar una compensación por los gastos de conservación de la prestación recibida (artículo 7.3.7 (4)).⁴⁵

⁴³ Artículo 7.3.7 (1) de los PICC (Restitución en contratos de larga duración): “(1) Al resolver un contrato de larga duración solamente se puede reclamar la restitución para el periodo posterior a la resolución, siempre que el contrato sea indivisible./ (2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del artículo 7.3.6”.

⁴⁴ Artículo 7.3.6 de los PICC (Restitución en el caso de contratos de ejecución instantánea): “(1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido./ (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable./ (3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte./ (4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido”.

⁴⁵ Para una explicación de estas reglas, con una evaluación crítica, véase Schlechtriem (1999), especialmente, 312-314 y 318-322. Véase, también, Eberhard 2005, 134-156.

III. TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN DE PLAZO FIJO. LA DISCUSIÓN SOBRE LA INCLUSIÓN DE LA TERMINACIÓN POR CAUSAS IMPERIOSAS (*COMPELLING REASONS*)

En el marco de los trabajos preparatorios de la edición 2016 de los Principios UNIDROIT, se discutió la posibilidad de admitir un supuesto específico de terminación para los contratos de larga duración: la terminación por causas “apremiantes” o “imperiosas” (*compelling reasons*). Lógicamente, se trata de una causa de terminación que se aplica a los contratos de larga duración de plazo definido (pues los de plazo indefinido pueden terminar por voluntad unilateral de una de las partes, sin necesidad de invocar otra causa).

Aun cuando esta propuesta finalmente no fue acogida por el Consejo de UNIDROIT, me parece que es de interés, como se ha planteado al comienzo de este trabajo, dar cuenta de la discusión en torno a esta figura, especialmente, porque una buena parte de los expertos que conformó el grupo de trabajo estaba convencida de la necesidad de incorporar esta causal especial de terminación del contrato; y porque, si bien se trataba de una innovación en los Principios UNIDROIT, se trata de una figura que tiene reconocimiento en otros sistemas de derecho (tanto interno como internacional).

A continuación, expongo brevemente sobre los antecedentes de esta discusión (a); sobre la propuesta concreta y sus fundamentos (b), y sobre las razones esgrimidas para rechazar la propuesta (c).

a) *Antecedentes de la discusión sobre la inclusión de esta figura.* En el primer informe preparado por la Secretaría de UNIDROIT relativo a la propuesta de trabajo sobre contratos de larga duración, presentado al Consejo en la sesión número 92, en 2013, se explicaba, en lo que aquí interesa, que los Principios UNIDROIT no abordaban la pregunta acerca de si las partes podían —y en qué medida— terminar unilateralmente un contrato de larga duración, en los casos en los que no existiera una cláusula en el contrato que las autorizara a ello, y existiera un quiebre irreparable de la confianza mutua; planteándose, al mismo tiempo, que sería deseable que los Principios UNIDROIT incluyeran una regla en tal sentido, tal como ocurre en

algunas legislaciones internas,⁴⁶ citando el § 314 del Código Civil alemán (BGB), tras la reforma de 2001.⁴⁷

⁴⁶ En especial, se estimaba que “los llamados contratos relacionales (aquellos contratos que dan origen a una relación más o menos duradera, basada en la confianza de las partes y en un continuo deber de cooperar para permitir a la otra poder cumplir con sus obligaciones) no sólo están sujetos a los riesgos usuales de incumplimiento de una de las partes circunstancias sobrevinientes que hacen imposible o excesivamente oneroso el cumplimiento, sino que además están sujetos al riesgo de un quiebre irreparable de la confianza mutua, lo que implica que la continuidad de la relación contractual, al menos para una de las partes, no es sostenible”. Sobre el punto, se explicaba además que “si bien es cierto que las partes suelen ser asesoradas en orden a incluir esta cuestión, y en la práctica frecuentemente lo hacen, incluyendo cláusulas que definen contingencias en las cuales el contrato puede terminar por esta razón y determinando cómo ha de ejercitarse ese derecho (por ejemplo, si simplemente por aviso, o mediante la intervención de un tribunal); que determinan si la terminación se producirá de inmediato o después de cierto plazo; que establecen si esta terminación dará, o no, derecho a la otra parte a una indemnización. Con todo —se planteaba— el problema se presenta cuando el contrato guarda silencio sobre este aspecto; y en este punto, podría justificarse que los Principios UNIDROIT debería incluir reglas sobre la terminación justificada de los contratos de larga duración” (cf. UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b) [13], 4-5).

⁴⁷ El §314 (1) del BGB (que precisamente se denomina “resolución, por una causa apremiante, de un contrato de ejecución continua”), establece, básicamente, que cada parte puede terminar el contrato de ejecución continua por una causa imperiosa, sin necesidad de dar aviso previo, y que existe una “causa apremiante” si no puede esperarse —tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto— que la parte que pone término al contrato continúe en la relación contractual hasta el término acordado o hasta la expiración del preaviso. En relación con la función del §314 BGB, Markesinis, Unbertah y Johnston, explican que “Termination however is also a remedy for breach in relation to this type of contract [se refiere a los así llamados ‘continuing contracts’ (*Dauerschuldverhältnisse*)]. A special right of termination may arise because of a breach of contract in relation to continuing contracts. It is referred to as an ‘extra-ordinary right to give notice’ (*außerordentliche Kündigung*). In these legal relationships, the legislator in §314 I BGB has envisaged situations in which, for serious cause, notice may be given to terminate the contract without observing any term of notice. The pre-requisite of the right to give notice is a serious breach of contract (*wichtiger Grund*). It should be noted that this is more difficult to establish than meeting the requirement of seriousness in relation to non-conforming performance under § 323 V 2 BGB. According to § 314 I 2 BGB, all the circumstances of the individual case must be taken into consideration and, in balancing the interests of both sides, the continuation of the contractual relationship until the agreed termination date or until the expiry of a notice period cannot be expected of the party giving notice. The general right to give notice in § 314 BGB is supplemented and to a considerable extent replaced by special rules in relation to specific instances of continuing contracts: eg, §§ 543, 569, 581 II, 626, 723–4 BGB” (Markesinis, Unbertah y Johnston 2006, 436-437).

Luego de esa reunión, la Secretaría consultó a los miembros y observadores que habían preparado la edición de 2010, junto con otros expertos, sobre dicha propuesta de trabajo relativa a los contratos de larga duración. En el segundo informe de la Secretaría, presentado al Consejo en mayo de 2014,⁴⁸ se dejó constancia de que, en relación con la inclusión de la figura de la terminación justificada por *compelling reasons* en los contratos de larga duración, existía un fuerte apoyo, tanto de expertos del ámbito del derecho continental como del *common law*. En el mismo documento se planteaba, además, que era justificado incluir esa figura, pues no parece una respuesta razonable decir que las partes deberían determinar mejor sus derechos, pues el derecho contractual, en relación con las reglas que operan por defecto (las reglas supletorias), debe servir también a aquellos que no cuentan con una asesoría experta que prevea todo lo que pueda ocurrir durante la vida del contrato.⁴⁹

Conviene destacar también —y así también se puso de relieve en ese segundo informe— que la inclusión de una causal de terminación unilateral justificada no se trataba de una propuesta del todo novedosa. En efecto, ya en los trabajos previos a la edición de 2010 se había discutido la posibilidad de incluir una causal específica de terminación del contrato,

⁴⁸ UNIDROIT 2014 C.D. (93) 3.

⁴⁹ En este sentido, se expresó: “Strong support was expressed for the proposal to address the issue of the so-called termination for cause (see *supra*, para. 5 lit. (i)). It was recalled (Cohen, Zimmermann) that the topic had already been extensively discussed in the course of the preparation of the 2010 edition of the UNIDROIT Principles, and stressed that the decision of that Working Group to abandon its work on that topic was not based on any feeling that the drafting of a rule in that respect might not be necessary, or feasible. Even more significant: among the supporters of the proposal were not only experts from civil law countries, but also an eminent Australian Justice (Finn) who in a recent judgement concerning the winding up of a long-term business relationship between an Australian manufacturer and a Singapore distributor (cf. *Australian Medic-Care Company Ltd v Hamilton Pharmaceutical Pty Limited*) openly denounced the inadequacy of Australian law in dealing with cases of breakdown of mutual trust and confidence between the parties of long-term contracts, pointing out that «it is not a reasonable response to say that [the parties] should have made better provision for their rights, etc. into the future in the terms of their agreement. Contract law in its default rules should serve as well those who are not gifted with an all-encompassing foresight expert». Further support for addressing the issue in some way, from an expert not from a civil law country, came from an American expert (Cohen) who plays a leading role in developing and refining American commercial law under the U.S. Uniform Commercial Code” (UNIDROIT 2014 C.D. (93) 3, 6).

que podía ser aplicable a los contratos de larga duración. En esa ocasión, la discusión se había desarrollado sobre la base de un trabajo preparatorio del profesor François Dessemontet.⁵⁰ Dessemontet, había sugerido agregar una regla a los Principios UNIDROIT, que básicamente establecía que un contrato podía ser terminado justificadamente por cualquiera de las partes, en cualquier momento, *en circunstancias extraordinarias*. Una “justa causa” de terminación, a los efectos de esa propuesta, era la que provenía de un cambio de circunstancias si, en el caso, no era razonable esperar que la parte que terminaba el contrato continuara ejecutándolo, dada la importancia del cambio.⁵¹ Sin embargo, esa regla no fue incorporada en la edición de 2010; aunque debe tenerse en cuenta que “la decisión de ese grupo de trabajo, de abandonar el trabajo en esa materia no se debió, en ningún caso, a la idea de que redactar una regla no era necesario, o que no era factible”;⁵² sino más bien, que el hecho de que no hubo tiempo de discutir este asunto de forma exhaustiva.⁵³

b) *La propuesta del grupo de trabajo*. El trabajo del *Working Group* que preparó la edición 2016, se desarrolló, en relación con este aspecto, a partir de un texto preparatorio del profesor Bonell, que proponía algunas preguntas relativas a si —y en su caso, cómo— había de regularse esta forma de terminación de los contratos de larga duración.⁵⁴ El resto de los miembros del grupo no sólo estuvo de acuerdo en regular esta materia, sino que

⁵⁰ A partir de dos documentos de trabajo: UNIDROIT 2007 – Study L – Doc.104 y UNIDROIT 2009 – Study L – Doc.109].

⁵¹ La causa “justa” de terminación (*just cause*) se definía, en esa propuesta, como: “a serious ground for modifying or ending the contractual relationship because the terminating party cannot be expected in justice, equity and good conscience to continue the contractual relationship until the agreed termination date or until the end of a notice period”.

⁵² Cfr. UNIDROIT 2014 – Study L – Doc. 126 Annex I, viii.

⁵³ Cfr. UNIDROIT 2015 – Study L – Misc. 31 Rev, 17.

⁵⁴ Concretamente, las preguntas eran cinco: i) ¿Deberían los Principios UNIDROIT abordar la terminación con causa en los contratos de larga duración, y en su caso, debería esta materia dar lugar a nuevas reglas (black letter rules) o sólo debería incluirse en los comentarios (y en este caso, en cuáles)?; ii) Sería deseable y factible definir la noción de “causa” y distinguirla de otras circunstancias sobrevinientes que, de conformidad con los Principios UNIDROIT, podrían llevar a la terminación del contrato, como por ejemplo, el cambio de circunstancias (de los artículos 6.2.2-6.2.3); la fuerza mayor (artículo 7.1.7), y el incumplimiento esencial o fundamental (artículo 7.3.1)?; iii) Debería la terminación por causa tener lugar por simple notificación de una parte a la otra, o debería ser necesaria una intervención del tribunal; y cuándo produciría sus efectos en esos dos casos?; iv) ¿Cuál

se estimó como “una prioridad”⁵⁵ y “el punto más importante” que había que abordar dentro del trabajos sobre contratos de larga duración.⁵⁶

Así, en la discusión del *grupo de trabajo*, ya en su primera sesión, se hizo ver la necesidad de contar con una *regla* sobre terminación, y no sólo con unos comentarios. Se apuntó, además, que la posibilidad de terminar el contrato invocando una “justa causa” se encontraba ya reconocida en el ámbito de los contratos comerciales, como ocurre, por ejemplo, en el *ICC Model Form of International Sole Distributorship Contract* (en adelante, MFISDC), en lo relativo a las cláusulas de terminación, en los artículos 20.1 y 20.4.⁵⁷ La referencia particular a estas últimas dos reglas resulta de interés, pues permite comprender en qué clase de causas se estaba pensando, como “justas causas” de esta terminación unilateral por aviso: los casos recogidos en los mentados 20.1 y 20.4 del MFISDC incluyen, de forma no taxativa, supuestos tales como la quiebra, el haber entrado en procesos de liquidación y en general, cualquier otra clase de acuerdos con acreedores en el contexto de un concurso.⁵⁸ Se discutió, también, sobre el alcance que debía darse a esta regla, las circunstancias que debían quedar cubiertas por ella y *muy especialmente*, su distinción con otras formas de terminación (especialmente, con la resolución por incumplimiento y el *hardship*, dado que podría plantearse que estas dos últimas figuras resultarían suficientes para dar solución a los problemas que se pretendía abordar mediante la inclusión de esta causal específica de terminación del contrato).

es la relación entre la terminación y la indemnización de daños?; v) ¿Cuáles son los efectos de la terminación con causa por una o alguna de las partes en un contrato multilaterales?

⁵⁵ Opinión del juez Paul Finn (UNIDROIT 2014 – Study L – Doc. 126 Annex I, v.)

⁵⁶ Esta fue la opinión de Zimmermann, *ibidem*, viii.]

⁵⁷ Véase, especialmente, la opinión de Chappuis (UNIDROIT 2015 – Study L – Misc. 31 Rev., 17 y 18).

⁵⁸ El artículo 20 del MFISDC (Earlier termination), en su número 1, establece que: “Each party may terminate this contract with immediate effect, by notice given in writing by means of communication ensuring evidence and date of receipt (e. g. registered mail with return receipt, special courier), in case of a substantial breach by the other party of the obligations arising out of the contract, or in case of exceptional circumstances justifying the earlier termination” (destacado añadido). Por su parte, el artículo 20.4 señala “The parties agree that the following situations shall be inter alia considered as exceptional circumstances which justify the earlier termination by the other party: bankruptcy, moratorium, receivership, liquidation or any kind of arrangement between debtor and creditors, or any other circumstances which are likely to affect substantially that party’s ability to carry out its obligations under this contract”.

Existió un importante consenso en relación con los lineamientos que seguiría el *grupo de trabajo* en sus propuestas de revisión de los Principios UNIDROIT, salvo en lo relativo a la propuesta de incluir la terminación unilateral por “justa causa”. Por esa razón, y con el fin de hacerse cargo de las dudas y reparos ante la introducción de esta figura, se encomendó preparar la propuesta concreta a dos de los miembros del grupo de trabajo: Sir Vivian Ramsey y Reinhard Zimmermann.⁵⁹ La propuesta presentada por ellos consistía en agregar al capítulo 6 de los Principios UNIDROIT (*Performance*) una nueva sección tercera, denominada *Termination for compelling reasons* (que podríamos traducir como “resolución por razones apremiantes”). Esta propuesta sección 3, se componía de 2 artículos (los propuestos artículos 6.3.1 y 6.3.2 de los PICC) y, como explica Zimmermann, su principal fuente de inspiración fue el § 314 del BGB (2018, 916);⁶⁰ regla que, como se ha dicho, fue introducida al BGB en la reforma de 2001, que, en todo caso, sólo dio carta de naturaleza a una figura jurídica que ya reconocían la doctrina y la jurisprudencia alemanas (Wacke 2013, 707).

El propuesto artículo 6.3.1 establecía el derecho a terminar el contrato en el caso de que existiera una *compelling reason* (artículo 6.3.1 (1)), la que se definía como “aquella que, en consideración de todas las circunstancias, implicaba que no sería razonable esperar que la parte continuara en la relación contractual” (artículo 6.3.1 (2)). De esta forma, esta nueva propuesta *se separaba de la propuesta anterior* (en el marco del trabajo previo a la edición de los PICC 2010), pues ya no se hablaba de una “justa causa”, sino que se utilizaba una *terminología distinta y más restrictiva* (Zimmermann 2018, 916). Además, la propuesta contemplaba que el derecho a la terminación se ejercitaba mediante un aviso (artículo 6.3.1 (3)), y que la terminación tenía efecto desde que se daba ese aviso (artículo 6.3.1 (4)). En los comentarios que acompañaban el texto propuesto, se dejaba en claro que se trataba de un *remedio extraordinario*, que permitía la terminación *sólo si el quiebre en la relación era irreparable*. Esa comprensión estaba en estrecha sintonía con la comprensión doctrinal de esta figura en el BGB y su aplicación práctica en el derecho alemán.⁶¹

⁵⁹ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8.

⁶⁰ Sobre la influencia de esta regla del BGB en la propuesta de UNIDROIT, véase Vogenauer (2016).

⁶¹ Esta es, en efecto, también, la comprensión que hace la doctrina alemana del artículo 314 BGB: “The remedy of termination by notice (*Kündigung*) is of central importance for

Esa idea de *quiebre de confianza* o *quiebre de la relación* es, además, el elemento que permite explicar por qué la regla sobre resolución por incumplimiento no es suficiente. En relación con este punto, Zimmermann explica que la regla de la resolución por incumplimiento de los Principios UNIDROIT, contenida en el artículo 7.3.1. de los PICC (Derecho a resolver el contrato) “se queda corta” para dar una solución satisfactoria a la pérdida de confianza en los contratos de larga duración (y el mismo razonamiento es aplicable a las respectivas reglas de los artículos 9:301 de los PECL y III. 3:502 de los DCFR). Para ilustrar el punto, Zimmermann ofrece el siguiente ejemplo: Un fabricante distribuye sus productos a través de ciertos distribuidores locales, de modo que cada uno distribuye los productos en una determinada región o zona geográfica. Un distribuidor [X] celebra un contrato de distribución con ese fabricante, para la región [A]. Considerando el hecho de que ambas partes deben realizar ciertas inversiones y la necesidad de organizar su trabajo en función de ellas, se acuerda un plazo de cinco años de duración del contrato. Dos años después, las mismas partes celebran un contrato para la región [B], y un año después, las mismas partes celebran otro contrato para la región [C]. De conformidad con la regla del artículo 7.3.1 PICC, un incumplimiento esencial en cualquiera de esos tres contratos sólo dará derecho a resolver ese contrato. Sin embargo, las mismas razones que justificaron esa resolución por incumplimiento podrían justificar también la terminación de los otros dos contratos; aun cuando no existiera un acuerdo o contrato marco para todos ellos; de ahí la importancia de la regla de terminación por *compelling reason* (Zimmermann 2018, 916).

Por otro lado, el propuesto artículo 6.3.2, se refería a los efectos de esta terminación. En él, se establecía que los efectos de esta terminación le eran aplicables las reglas de los artículos 7.3.5 y 7.3.7 de los PICC, es decir, se hacía una remisión a las reglas sobre efectos de la resolución por incumplimiento (a las que ya se ha hecho referencia). En este punto, y como se puede apreciar, se seguía exactamente la misma consecuencia que deriva del ejercicio del derecho a terminación unilateral en los con-

continuing or long-term contracts. As we have seen (in chapter 9, 436), generally speaking such termination is possible only with effects for the future. If a breach of contract is the condition for this remedy, it is referred to as ‘extra-ordinary’ termination and defined in abstract form in § 314 BGB” (Markesinis, Unbertah, Johnston 2006, 494). En el mismo sentido, Zimmermann (2018, 916).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1235-1268.

tratos de duración indefinida (5.1.8 de los PICC, segunda parte); de modo que la propuesta consideraba un régimen unitario de efectos de la terminación, para todos estos casos (la terminación *ad nutum*; la terminación por *compelling reasons*, y resolución por incumplimiento).

c) *Rechazo de la propuesta. Motivos.* En la sesión número 95 del Consejo, en mayo de 2016, el profesor Bonell, quien presidía el grupo de trabajo, presentó las propuestas de modificación al texto de los Principios UNIDROIT 2016. Y, en lo que aquí interesa, defendió especialmente la propuesta de incluir la terminación por *compelling reasons*, explicando cómo, en los comentarios que acompañaban las reglas sugeridas, el grupo de trabajo había procurado hacerse cargo de todas las dudas y reparos que habían sido planteados por los miembros del Consejo, especialmente, en lo referido a la relación y delimitación de esta figura con otras ya reguladas en los Principios UNIDROIT, como son la resolución por incumplimiento, el incumplimiento anticipado y el cambio de circunstancias.⁶²

En la discusión particular de dicha propuesta, sin embargo, el apoyo fue escaso. Muy pocos miembros del Consejo estuvieron a favor de la inclusión de esta forma de terminación en la nueva edición de los Principios UNIDROIT. Entre los argumentos en apoyo, se señaló que con estas reglas “se llenaba un vacío”, y que, sin ellas, los Principios “permanecerían incompletos”, que “los esfuerzos de los últimos años no tendrían sentido”, y que se trataba de una regla había sido incorporada exitosamente en algunos ordenamientos nacionales.⁶³ También, se planteó que el Consejo debería ser “más valiente que lo habitual, y tratar de dar pasos hacia adelante en este punto”. Se argumentó que las reglas eran realistas, y que no podía negarse que hay situaciones, imprevistas, que surgen en los contratos de larga duración, en las que no es razonable esperar que las partes continúen con la ejecución del contrato. Y en este sentido, se dijo también que la forma en que se configuraba el derecho a terminar el contrato lo hacía suficientemente restrictivo, y que, dado su carácter excepcional, no habría razones para temer un mal uso.⁶⁴

⁶² Cf. UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 8.

⁶³ Mr. Acquaticci (cf. UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, p. 14].

⁶⁴ Mr. Neels, y en sentido similar, Ms Pauknerová (cf. UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 14).

Del otro lado, se esgrimieron distintos argumentos *en contra de su adopción*. Entre ellos, se planteó, por ejemplo, que la inclusión de esta regla podría impedir que aumentase el uso de los Principios UNIDROIT, pues, en la medida que ella se desviaba radicalmente de los principios establecidos en varios sistemas jurídicos, los abogados probablemente excluirían la aplicación de los Principios completamente, y no sólo estas nuevas reglas.⁶⁵ Se dijo, también, que ello podría tener un impacto negativo en la práctica, dada la dificultad de su aplicación.⁶⁶ Además, se indicó que la inclusión de estas nuevas reglas, al estar basadas en una tradición jurídica en particular, sería contraria a la filosofía que funda los Principios UNIDROIT, que pretenden establecer un cuerpo equilibrado de reglas para ser usados alrededor del mundo, con independencia de la tradición jurídica y de las condiciones económicas y políticas de los países en los que deben ser aplicados.⁶⁷ Se destacó, igualmente, que esta cuestión ya se había revisado y rechazado en la última revisión de los principios, y que no había ocurrido nada nuevo en el tiempo intermedio, que justificara adoptar las reglas propuestas.⁶⁸ Y que, si bien existía algún apoyo por parte de académicos y abogados, para la mayoría de ellos estas reglas generaban temores y dudas, de modo que no debía asumirse el riesgo de adoptar esta propuesta.⁶⁹ Por último, también se sugirió que era peligroso incluir más causales para terminar los contratos, al menos en el ámbito internacional.⁷⁰

Como se puede apreciar, la especial consideración de la naturaleza de los contratos de larga duración llevó a los expertos que integraban el grupo de trabajo, a proponer la inclusión de una forma particular de terminación unilateral del contrato, justificado en causas extraordinarias (apremiantes o imperiosas). Tal propuesta fue, finalmente, rechazada por el Consejo de UNIDROIT. Sin embargo, se observa que la mayoría de las razones que se invocaron para rechazar esta propuesta son razones más

⁶⁵ Esta fue la opinión del consejero Mr. Gabriel, y en un sentido similar, Mr. Erdem (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 13).

⁶⁶ Esta fue la opinión del consejero Mr Popiołek (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 14), y en un sentido similar, la de Ms. Broka (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 15).

⁶⁷ Opinión de M. Tricot (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15).

⁶⁸ Opinión de Mr. Bobei (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 14).

⁶⁹ Opinión de Mr. Leionen y Moreno Rodríguez (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 14; también en este sentido, Sánchez Cordero (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 15).

⁷⁰ Opinión de Mr. Király (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 15, 14).

bien *políticas*: tienen más que ver con las consecuencias que la adopción de estas nuevas reglas podía tener en el uso de los Principios UNIDROIT (por ejemplo, la potencial reticencia a su uso por parte de operadores, el mal uso o abuso de esta facultad; las dificultades de interpretación que podría acarrear), que a razones que podríamos denominar técnico-jurídicas. Por ello, y sin perjuicio de que no se haya adoptado esta regla en la nueva versión de los Principios UNIDROIT, tanto la propuesta misma, como sus fundamentos, pueden iluminar la discusión que pueda tenerse, en el marco de los procesos de modernización de los derechos internos, para considerar las particularidades de los contratos de larga duración.

IV. CONCLUSIONES

1. Los contratos de larga duración (*long-term contracts*), presentan algunas particularidades, que derivan, precisamente, del hecho de que su ejecución se proyecta en el tiempo. Tales particularidades los distinguen de los contratos de intercambio de ejecución instantánea, modelo sobre el cual, en general, se ha venido construyendo el derecho contractual moderno. Prestar atención a las particularidades de los contratos de larga duración implica no sólo un esfuerzo por explicar cómo las reglas generales deben ser aplicadas o interpretadas, sino que, además, puede implicar la creación o inclusión de algunas reglas, *específicamente diseñadas para estos contratos*. Esa es, precisamente, la finalidad de la edición 2016 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y por ello, se estima que esta edición puede iluminar los esfuerzos de reinterpretación y reforma de los derechos internos.

2. Uno de los aspectos en los que se manifiestan las particularidades de los contratos de larga duración es el de la terminación del contrato. El hecho de que un contrato se celebre por un largo tiempo justifica, desde el punto de vista de la construcción del derecho contractual, admitir diversas causales de terminación, más allá de las basadas en el incumplimiento del contrato (ya sea en ciertas causas justificadas, ya sea en la sola voluntad de quien le pone término). En este sentido, los Principios UNIDROIT se ocupan, concretamente, de un supuesto de terminación de los contratos de duración indefinida, admitiendo que esta clase de contratos puede terminar por la voluntad de una de las partes, bastando para ello un preaviso.

Sobre esa regulación, de la que se ha dado cuenta en la primera parte del trabajo, parece interesante destacar especialmente dos puntos. El primero, es que, dado que el fundamento de la regla es, principalmente, el principio de no vinculación perpetua, la regla en cuestión ha de entenderse como una regla *implícitamente imperativa*, de modo que no cabría excluirla por acuerdo de partes; constituyendo una excepción a la naturaleza dispositiva de los Principios UNIDROIT. El segundo, es que, si bien se trata de una forma particular de terminación, los efectos que se siguen de ella son los mismos que los que derivan de la resolución del contrato por incumplimiento.

3. Tanto en la preparación de la tercera edición, de 2010, como de la cuarta edición, de 2016, se discutió la posibilidad de incorporar una forma de terminación especial para los contratos de larga duración *con plazo fijo*. En el caso de la propuesta previa a la versión del 2010, se admitía la terminación invocando una “justa causa”. En la propuesta más reciente, en cambio, se trataba de introducir el supuesto que regula el parágrafo 314 del Código Civil alemán (BGB), que admite la terminación unilateral en caso de causas apremiantes (*compelling reasons*) que hacen que no sea razonable esperar que la parte afectada se mantenga en la relación contractual. Los argumentos dados para el rechazo de esta figura no derivan del hecho de que ella sea una solución inadecuada para esta clase de contratos; sino que se trata más bien de aprehensiones vinculadas al potencial efecto negativo que su incorporación podría tener en el uso de los Principios UNIDROIT por parte de los operadores internacionales. Por ello, me parece que la discusión en torno a ella puede igualmente iluminar los procesos de reforma o modernización de los derechos nacionales.

4. El estudio de la terminación de los contratos de larga duración en los Principios UNIDROIT muestra, finalmente, que el hecho de reconocer diversas causales de terminación del contrato (por incumplimiento, por causas apremiantes, por la sola voluntad), *no es determinante en relación con los efectos que siguen de la terminación del contrato en uno u otro caso*. En efecto, en los Principios UNIDROIT, los efectos de la resolución por inexecución y los de la terminación unilateral del contrato de larga duración *son los mismos* (y también eran los mismos efectos en la propuesta de terminación por *compelling causes*). Tal solución —desde luego por *su razonabilidad* y no porque tenga fuerza obligatoria— puede servir como modelo para modificar, reinterpretar o llenar los vacíos el derecho interno en aquellos casos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1235-1268.

en los que se contempla un derecho de terminación unilateral del contrato, ya no sólo para determinar un cierto procedimiento (por ejemplo, la necesidad de un aviso razonable) sino que, además, para determinar las *consecuencias* que de esa terminación se siguen.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel. 2016. “Los contratos de larga duración en la reciente revisión de los Principios sobre los Contratos Comerciales de UNIDROIT”. *Revista Perspectiva Jurídica*, núm. 7, año 4, 13-42.
- BRÖDERMANN, Eckart. 2018. *UNIDROIT Principles of International commercial contracts. An Article-by-Article Commentary*. Germany. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y. M. 2016. *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la prevue des obligations. Commentaire article par article*. París. Lexisnexis.
- EBERHARD, Stefan. 2005. *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*. París, CEDIDAC.
- International Chamber of Commerce. 2002. *The ICC Model Distributorship Contract. Sole importer – Distributor*. 2a. ed. París.
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). 2017. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016*. Roma.
- International Institute for the Unification of Private Law. 2018. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma.
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.). 2000. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. Kluwer Law International. The Hague.
- LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A. Y ZIMMERMANN, R. (eds.). 2003. *Principles of European Contract Law. Particula III. Prepared by the Commission on European Contract Law*. Kluwer Law International. The Hague.
- MARKESINIS, B., UNBERTAH, H. y JOHNSTON. 2006. A., *The german law of contract. A comparative treatise*. 2a. ed. Hart Publishing.
- MAZA GAZMURI, Iñigo de la, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2017. *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Textos, presentación y contenidos fundamentales*. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo. 2014. “El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos”. *Opinión Jurídica*, vol. 13, núm. 26, 159-172.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PINO EMHART, Alberto. 2018. “Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 30, 163-191.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel. 2006. *La modernización del derecho de obligaciones*. Navarra. Thomson-Civitas Aranzadi.
- MORÁN BOVIO, David. 2003. “Capítulo 7. Incumplimiento”. MORÁN BOVIO, David (coord.). *Comentario a los Principios Undroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2a. ed. Navarra. Thomson Aranzadi, 323-384.
- PULIDO BEGINES, Juan Luis. 2003. “Capítulo 5. Contenido”. MORÁN BOVIO, David (coord.). *Comentario a los Principios Undroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2a. ed. Navarra. Thomson Aranzadi, 253-284.
- SAN MARTIN NEIRA, Lilian. 2018. “Las funciones de la razonabilidad en el derecho privado chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 51, 173-198.
- SCHLECHTRIEM, Peter. 1999. “Termination and Adjustement of Contracts”. *European Journal of Law Reform*, vol. I, núm. 3, 305-323.
- VOGENAUER, Stefan. 2015. “Artículo 1.10”. VOGENAUER, Stephan (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of international commercial contracts (PICC)*. 2a. ed. Oxford. Oxford University Press, 241-246.
- VOGENAUER, Stefan. 2015. “Article 5.1.8”. VOGENAUER, Stephan (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of international commercial contracts (PICC)*. 2a. ed. Oxford. Oxford University Press, 643-647.
- VOGENAUER, Stefan. 2016. “Termination of Long-term Contracts for ‘Compelling Reasons’ under the UNIDROIT Principles: the German Origins”. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove: the Age of Uniform Law – Essays in Honour of Michael Joachim Bonell to Celebrate his 70th Birthday*. Roma, 1698-1713.
- VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.). 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*. Prepared by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law. München. Acquis Group.

- WACKE, Andreas. 2013. “Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones”. *Revista Chilena de Derecho privado*, vol. 40, núm. 2, 699-710.
- ZIMMERMANN, Reinhard. 2018. “Art 6:112: Right to terminate for compelling reason”. JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contracts Laws*. Oxford. Oxford University Press, 912-918.
- ZIMMERMANN, Reinhard. 2005. *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas. Barcelona, Bosch.
- Documentos*
- UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b). Governing Council. 92nd session. Rome, 8-10 May 2013. Item No. 4 on the agenda: International Commercial Contracts – (b) Possible future work on long-term contracts (Memorandum prepared by the Secretariat).
- UNIDROIT 2014 C.D. (93) 3. Governing Council. 93rd session. Rome, 7-10 May 2014. Item No. 3 on the agenda: International Commercial Contracts - Possible future work on long-term contracts (prepared by the Secretariat).
- UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Long-Term Contracts (*Position paper prepared by Professor Michael Joachim Bonell*).
- UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev. Principles of International Commercial Contracts Working Group on Long-Term Contracts. First sesión. Rome, 19 – 23 January 2015. Report (prepared by the UNIDROIT Secretariat).
- UNIDROIT 2016 Study L – Misc. 32. Principles of International Commercial Contracts. Working Group on Long-Term Contracts. Second session. Hamburg, 26 – 29 October 2015. Report (prepared by the UNIDROIT Secretariat).
- UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3. Governing Council. Rome, 18-20 May 2016. Item No. 4 on the agenda: International Commercial Contracts – Adoption of additional rules and comments to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts concerning long-term contracts (prepared by the Secretariat).
- UNIDROIT 2016 C.D. (95) 15. Governing Council. 95th session. Rome, 18 - 20 May 2016. REPORT (prepared by the Secretariat).

ABORTO NO CONTEXTO DO MOVIMENTO FEMINISTA: COMPARANDO BRASIL E URUGUAI*

ABORTION IN THE CONTEXT OF THE FEMINIST MOVEMENT: COMPARING BRAZIL AND URUGUAY

Joyce VASCONCELOS**

Grasielle VIEIRA***

Fran ESPINOZA***

RESUMO: O presente artigo pretende realizar um estudo comparativo sobre o aborto no Brasil e no Uruguai, a partir da perspectiva do movimento feminista, sendo este entendido como um movimento social. Nesse sentido, a escolha dos países destacados para o estudo proposto guarda relação com a ideia de comparar a atuação do movimento feminista em ambos, para avaliar a consequência de tal atuação na posição que cada

ABSTRACT: This article intends to carry out a comparative study on abortion in Brazil and Uruguay, from the perspective of the feminist movement. In this sense, the choice of the countries highlighted for the proposed study is related to the idea of comparing the performance of the feminist movement in both, in order to evaluate the consequence of such performance in the position that each country adopts regarding

* Recibido el 20 de marzo de 2020; aprobado el 23 de noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0001-5137-8976. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Parecerista de Revista Internacional (Qualis A2). Graduada em Direito. Advogada. <https://independent.academia.edu/VasconcelosJoyce>. Correo electrónico: joycevasconcelos06@gmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-4453-5889. Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo/SP. Docente e pesquisadora do Programa de Pós graduação em direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa Gênero, Família e violência do Diretório de Pesquisa do CNPq Unit/Se. Correo electrónico: grasiellevieirac@gmail.com.

**** ORCID: 0000-0001-7882-5449. Professor titular do Mestrado em Direitos Humanos, pela Universidade Tiradentes (UNIT), Brasil. PhD em Estudos Internacionais, Universidade de Deusto, Espanha. Pós-doutorado em Políticas Públicas, Universidade Federal do Paraná, Brasil. Foi Researcher Marie Curie Action, Initial Network SPBuild (Comissão Europeia). <https://deusto.academia.edu/FranEspinoza>. Correo electrónico: espinoza.fran@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1269-1300.

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

país adota quanto à permissividade legal e social do aborto. Os países eleitos para a comparação feita acabam se aproximando sob o ponto de vista das disputas territoriais que envolveram seus respectivos colonizadores, o que viabiliza a pesquisa, pois embora o estudo comparativo se baseie, sobretudo, no estudo das diversidades, não se comparam duas situações absolutamente diferentes, nem inteiramente idênticas. A hipótese testada é a seguinte: o modo como o Brasil e o Uruguai encaram o aborto tem uma ligação direta com a diferença na atuação dos movimentos feministas dos dois países. O método eleito para a construção do artigo foi a pesquisa bibliográfica, uma vez que, a divisão do texto acaba dialogando com esse método, a partir do objetivo geral de compreender a evolução do que já foi publicado a respeito da permissividade do aborto, no contexto da atuação do movimento feminista no Brasil e no Uruguai. Nas considerações finais é retomada a proposta introdutória do artigo, chegando-se à conclusão de que a hipótese levantada é parcialmente verdadeira, tendo em vista que a dinâmica dos movimentos sociais normalmente atua com a resistência de contramovimentos, e, no caso específico dos países cotejados, a formação histórica deles e o grau de secularização de cada um influenciou fortemente no atendimento ou não da demanda feminista pela permissividade do aborto. Com isto, não necessariamente a diferença quanto à atuação do movimento feminista nos dois países é o que caracteriza o entendimento diametralmente oposto que eles adotam com relação à permissividade do aborto.

Palavras-chave: aborto, Brasil, movimento feminista, movimentos sociais, Uruguai.

the legal and social permissiveness of abortion. The countries elected for the comparison end up approaching from the point of view of the territorial disputes that involved their respective colonizers, which makes the research possible, because although the comparative study is based, above all, on the study of diversities, two situations that are neither absolutely different nor entirely identical are compared. The hypothesis tested is the following: the way Brazil and Uruguay view abortion has a direct connection with the difference in the performance of the feminist movements of the two countries. The method chosen for the construction of the article was the bibliographical research, since the division of the text ends up dialoguing with this method, based on the general objective of understanding the evolution of what has already been published regarding the permissiveness of abortion, in the context of the feminist movement's work in Brazil and Uruguay. In the final considerations the introductory proposal of the article is taken up again, reaching the conclusion that the hypothesis raised is partially true, bearing in mind that the dynamics of social movements normally act with the resistance of counter-movements, and, in the specific case of the countries collated, their historical formation and the degree of secularization of each one strongly influenced the attendance or not of the feminist demand for the permissiveness of abortion. With this, not necessarily the difference as to the performance of the feminist movement in the two countries is what characterizes the diametrically opposed understanding that they adopt regarding the permissiveness of abortion.

Keywords: abortion, Brazil, feminist movement, social movements, Uruguay.

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Metodologia*. III. *Movimento social: teorias e articulações*. IV. *Movimento feminista na América Latina: desenho do feminismo no Brasil e no Uruguai*. V. *Dinâmica atual do direito ao aborto no Brasil e no Uruguai: diálogo com a formação histórico-política de ambos os países*. VI. *Considerações finais*. VII. *Referências*.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende realizar um estudo comparativo sobre o aborto no Brasil e no Uruguai, a partir da perspectiva do movimento feminista, sendo este entendido como um movimento social. Nesse sentido, a escolha dos países destacados para o estudo proposto guarda relação com a ideia de comparar a atuação do movimento feminista em ambos, para avaliar a consequência de tal atuação na posição que cada país adota quanto à permissividade legal e social do aborto.

Apesar de representarem extremos no âmbito da permissividade referida, os países eleitos para a comparação feita acabam se aproximando sob o ponto de vista das disputas territoriais que envolveram seus respectivos colonizadores, fato que também justifica a escolha daqueles, pois o estudo comparativo se baseia, de um modo geral, no estudo das diversidades, não obstante a comparação simultânea de semelhanças e contrastes seja o tipo de comparação possível, pois não se comparam duas situações absolutamente idênticas, nem duas inteiramente diferentes.

No aspecto, o texto desenvolvido busca testar a seguinte hipótese: o modo como o Brasil e o Uruguai encaram o aborto tem uma ligação direta com a diferença na atuação dos movimentos feministas dos dois países. A hipótese levantada dialoga com a pesquisa das raízes dessa diferença, a partir das características distintas relativas aos processos histórico-políticos de formação do Brasil e do Uruguai, que tenham exercido algum nível de influência nas especificidades quanto à atuação dos movimentos feministas de ambos os países.

A respeito da perspectiva utilizada a título comparativo, na pesquisa, pode ser justificada a escolha pelo movimento feminista pois é de causar estranhamento o fato de que, embora os dois países tenham um movimento dessa estirpe em seu seio social, isto não garantiu o direito ao aborto nos dois. No Brasil, o ato é, em regra, criminalizado, enquanto no Uruguai é legalizado.

Sobre o aborto em si, é importante destacar que a abordagem da pesquisa diz respeito ao ato praticado de forma voluntária por parte da gestante ou de um terceiro por ela autorizado a fazê-lo, pois todo conflito de posições em torno do assunto se dá majoritariamente nessa seara. Assim, as situações de aborto, para Diniz (2001, 134-135), são reduzidas a quatro grandes tipos, quais sejam, a interrupção eugênica da gestação (IEG), a interrupção terapêutica da gestação (ITG), a interrupção seletiva da gestação (ISG), e, por fim a interrupção voluntária da gestação (IVG).¹

A estrutura do artigo foi dividida em três itens além da introdução e das considerações finais, sendo o primeiro, movimento social: teorias e articulações, o segundo, movimento feminista na América Latina: desenho do feminismo no Brasil e no Uruguai; e, por fim, o terceiro item, dinâmica atual do direito ao aborto no Brasil e Uruguai: diálogo com a formação histórico-política de ambos os países.

Já as considerações finais retomam a proposta introdutória do artigo, fundada na ideia de comparar o tratamento dado ao aborto no Brasil e no Uruguai, sendo a hipótese levantada tida como parcialmente verdadeira, tendo em vista que a dinâmica dos movimentos sociais normalmente atua com a resistência de contramovimentos, e, no caso específico de ambos os países, a formação histórico-política deles e o grau de secularização de cada um influenciou na força de atuação do movimento feminista quando do atendimento ou não de suas demandas.

¹ A autora explica cada situação da seguinte forma: a (IEG) diz respeito aos casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Esse tipo de aborto é feito compulsoriamente, contra a vontade da gestante, sendo um exemplo desse procedimento os atos praticados pela medicina nazista, já que mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras; a ITG acontece quando o aborto é uma questão de saúde materna, para salvar a vida da gestante; a interrupção seletiva da gestação (ISG) se refere aos casos de aborto ocorridos devido a anomalias fetais, normalmente quando há patologias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico disso a anencefalia; por fim, a IVG são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual.

II. METODOLOGIA

O caminho escolhido para a escrita do artigo foi trilhado a partir de uma pesquisa bibliográfica, com base na concepção de Arruda Filho e Farias Filho (2015, 64) de que esse tipo de pesquisa se fundamenta em materiais já publicados, sejam livros ou artigos de periódicos científicos, sendo o método eleito meio e fim desta pesquisa, pois partindo da própria bibliografia consultada pretende-se chegar a algumas respostas que possibilitem a testagem da hipótese suscitada, assim como é de tal bibliografia que serão retirados dados para análise como forma de apresentar resultados.

Assim, a divisão do texto nos tópicos a seguir explicados acaba dialogando com o método bibliográfico, porque o objetivo geral do estudo é compreender a evolução do que já foi publicado a respeito da permissividade do aborto, no contexto da atuação do movimento feminista no Brasil e no Uruguai.

Desta forma, o primeiro item, ao tratar das teorias e articulações dos movimentos sociais, traz o substrato para a posterior localização do movimento feminista nesse âmbito, uma vez que o segundo item traz considerações sobre a atuação deste na América Latina, e, de forma mais específica, nos países comparados, sobretudo na época da redemocratização de ambos, justamente o período em que feminismo ganha fôlego quanto à sua atuação.

Já no segundo item, quando o movimento feminista latinoamericano é colocado, trazendo o modo como esse movimento foi se construindo no Brasil e no Uruguai, há questionamentos importantes sobre a origem do feminismo ocidental, tendo em vista que este pouco se relaciona a situação da América Latina, da década de 1980, quando a maior parte dos países da região enfrentava regimes políticos autoritários, o que resultou numa dupla militância do movimento, o qual findou marcado pelo entrecruzamento das suas próprias pautas com a política.

Por fim, o terceiro item busca explicar de que modo a formação histórico-política de ambos os países contribuiu para a atual dinâmica prática deles com relação à permissividade do aborto, trazendo dados atuais sobre a confiabilidade que cada um imprime à igreja e ao sistema político enquanto instituições.

III. MOVIMIENTO SOCIAL: TEORIAS E ARTICULAÇÕES

Traçando importantes considerações sobre a suposta estagnação da teoria do movimento social, Jasper (2010, 965) afirma que as ideias sobre tal estagnação estão ligadas às grandes teorias que relacionam movimentos à história e à sociedade, tendo em vista que a marca de toda uma geração, a partir da década de 1960, nasce de várias dessas teorias, sendo três² delas associadas a um nome específico,³ com duas macrossociológicas, a americana e a francesa, influenciadas pelo marxismo; e a terceira, baseada na microeconomia.⁴

Assim, destaca-se que um movimento social, considerado uma forma de ação coletiva oriunda de um conflito pré-existente, surge, de modo geral, devido à existência de tensões estruturais geradoras de violação a determinados interesses - sendo estes muito concretos em algumas situações, e difusos em outras; também porque nenhum dos outros atores coletivos, sejam eles partidos ou grupos de interesse, assumiu o propósito de enfrentar a violação em questão; e, por fim, pelo fato de que os indivíduos sujeitos às violações as quais aludem sofrer não vislumbram a solução de tais conflitos da forma como gostariam que eles fossem resolvidos⁵ (Grau, Güel 2000, 9-10).

Voltando-se para as ideias de Jasper (2010, 965-966), ele afirma que os paradigmas das teorias dos movimentos sociais, no início deste milênio, atingiram seus limites por diversas razões, seja por uma questão de mudanças históricas, seja pela acumulação de anomalias, também por motivos relacionados à parcialidade das metáforas centrais das abordagens, explicando o autor que a concepção predominante na teoria e pesquisa dos movimentos sociais americanos, por 30 anos, guardou relação com a mobilização de recursos, sendo depois absorvida pela teoria do processo político.⁶

Para Della Porta e Diani (2006, 16), as teorias do processo político têm como centro de debate a relação entre os atores políticos institucionais e

² Essas três teorias foram fonte para o desenvolvimento de um paradigma de pesquisa que inspirou outras abordagens.

³ Quais sejam, respectivamente, Charles Tilly, Alain Touraine e Mancur Olson.

⁴ Tradução nossa.

⁵ Tradução nossa.

⁶ Tradução nossa.

o protesto, pois com o desafio a uma dada ordem política, acaba ocorrendo a interação dos movimentos sociais com os atores que gozam de uma posição consolidada na política. Hoje, considera-se que o estudo dos movimentos sociais se estabeleceu de modo sólido, o que não significa que os eventos políticos e sociais das últimas quatro décadas tornaram o ativismo popular algo menos relevante ou urgente, pelo contrário, tal ativismo, traduzido nas ações de protesto, nos movimentos sociais e nas disparidades entre organizações políticas ou sindicatos, tornou-se um elemento permanente das democracias ocidentais (Della Porta, Diani 2006, 1).

Desta forma, pontua Alonso (2009, 51) que, nos anos 1970, três famílias de teorias dos movimentos sociais foram desenvolvidas, a teoria de mobilização de recursos (TMR), a teoria do processo político (TPP) e a teoria dos novos movimentos sociais (TNMS). Na TMR, existe a partilha instrumental de recursos por parte dos atores, a fim de alcançar objetivos específicos, não sendo desenvolvido, porém, nenhum sentimento particular de pertença e de um futuro comum durante o processo (Della Porta, Diani 2006, 24).

A TMR faz a avaliação dos movimentos sociais igualando-os a um fenômeno social como outro qualquer, como os partidos políticos, por exemplo, sendo pautada na faceta racional e estratégica da ação coletiva, reservando à cultura um lugar residual, tendo em vista a relevância que imprimiu à explicação do processo de mobilização em detrimento de identificar as razões deste.⁷ Havia, na TMR, um olhar privilegiado para a racionalidade e organização⁸ (Alonso 2009, 52-53).

Já a TPP e a TNMS, para Alonso (2009), nasceram da exaustão dos debates marxistas sobre as possibilidades da revolução, tendo as duas teorias em comum o fato de se insurgirem contra a concepção de um sujeito histórico universal, e também contra explicações deterministas e econo-

⁷ Para a autora, esse foco na explicação sobre o processo de mobilização em si, e não nas suas razões, leva em consideração que descontentamentos e motivos sempre vão existir na formação das mobilizações coletivas, mas a decisão de agir não teria cunho emotivo, e sim o caráter de ato de deliberação individual, sendo o resultado do cálculo racional entre benefícios e custos.

⁸ Afirma a autora que a TMR nega relevo a ideologias e valores na conformação das mobilizações coletivas, fato que gerou antipatia na esquerda, ainda mais porque os movimentos foram comparados com empresas, sendo que isto talvez explique a pequena ressonância dessa teoria na Europa, bem como sua inexpressiva entrada na América Latina.

micistas da ação coletiva, tudo isto a partir de explicações macro-históricas avessas à ideia da economia como chave explicativa, além de combinarem política e cultura na explanação acerca dos movimentos sociais, diferenciando-se as duas teorias no sentido de que a TPP investe numa teoria da mobilização política, enquanto a TNMS se sustenta numa teoria da mudança cultural.

Nesse sentido, tomando como foco as teorias culturalistas e identitárias dos movimentos sociais, uma outra denominação para a TNMS, é relevante pontuar o mérito delas a respeito da busca que empreenderam pela complexidade simbólica e de orientação política dos agrupamentos coletivos formadores dos referidos movimentos, de acordo com o princípio da diversidade sociocultural, a qual pode ser exemplificada pela questão de gênero, étnica, ecológica, dentre outras (Scherer-Warren 2011, 18).

Para Alonso (2009, 60-61), a TNMS tem por característica a ausência de demarcação de uma base social, pois seus atores não se definiriam mais por uma atividade ou pelo trabalho, mas por formas de vida, reforçando a autora o que foi dito sobre os novos sujeitos fazerem parte de grupos marginais quanto aos padrões de normalidade sociocultural. Esses novos movimentos recorrem a formas de ação direta, atuando como agentes de pressão social, com o objetivo de persuadir a sociedade civil, dispensando a organização voltada para o combate ao Estado ou a finalidade de conquistá-lo, sendo os movimentos ambientalista e feminista seus principais exemplos (Alonso 2009, 60-61).

Com isto, o caráter complexo e multicultural das sociedades globalizadas desperta uma tendência de pluralidade das identidades, com a consequente formação de redes de movimentos sociais, tendo em vista a aproximação de atores sociais diversificados. Um exemplo emblemático de luta transversal de direitos para a América Latina e para a sociedade global é a Marcha Mundial das Mulheres (MMM), originada do movimento de mulheres,⁹ sendo a característica dessa marcha atuar como um projeto de mobilização social do qual participam organizações não governamentais (ONG) feministas, mas também comitês e organismos mistos de mu-

⁹ Representando uma das modalidades dos chamados novos movimentos sociais, o movimento de mulheres congrega tanto grupos feministas propriamente ditos quanto os movimentos femininos, tais como clubes de mães, associações de bairro e grupos de mulheres articulados em sindicatos, partidos políticos, entidades religiosas, dentre outras agremiações (Silva 2011, 52-54).

lheres e homens que se identificam com a causa do projeto (Scherer-Warren 2006, 115-116).

Diante da articulação dos movimentos sociais, a partir da complexidade cuja tendência se liga às suas redes, localiza-se o movimento feminista, a princípio, na TNMS, sendo um fato de destaque que as ativistas que o compõem enfrentam questões estruturais as quais ultrapassam barreiras políticas ou de categorias de análises, tendo em vista a constituição milenar das sociedades a partir da sistemática do patriarcado,¹⁰ responsável por se apropriar, em maior ou menor grau, dos corpos das mulheres.

A respeito dessa apropriação do corpo da mulher, a realização do aborto como uma decisão puramente desta representa, para Rostagnol (2016, 34), a quebra da dominação masculina sobre o controle dos corpos femininos e da reprodução, porém, isto não significa que a legalização do procedimento abortivo tenha por consequência relações mais equitativas em si mesmas, uma vez que estas permeiam um plano mais profundo, estrutural, formando parte do habitus¹¹ de gênero.

Ainda sobre a atuação dos movimentos sociais, desta vez com foco na América Latina, registra-se que essa atuação esteve intrinsecamente ligada, na primeira década do século XXI, ao processo democrático em alguns países da região, havendo o ressurgimento de lutas sociais que não eram novidade e já tinham acontecido décadas atrás, como é o caso de movimentos étnicos, em especial os indígenas, na Bolívia e no Equador; os piqueteiros, na Argentina; os coaleiros, na Bolívia e no Peru; os zapatistas, no México; além dos movimentos que se articulam às redes de movimen-

¹⁰ Lerner (2019, 266-267) define o patriarcado como uma criação histórica formada por homens e mulheres em um processo que levou quase 2.500 anos até ser concluído, tendo por unidade básica de organização a família patriarcal, que expressava e criava de modo incessante suas regras e valores. Segue a referência na íntegra: Lerner, Gerda. 2019. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo. Cultrix.

¹¹ No texto, a autora tem uma inclinação a utilizar essa palavra partindo do entendimento de Pierre Bourdieu, o qual afirma que o conceito de habitus surge da necessidade empírica de apreender as relações de afinidade entre o comportamento dos agentes e as estruturas e condicionamentos sociais. Sobre o tema, é indicada a leitura do seguinte artigo: Setton, Maria da Graça Jacintho. 2002. “A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea”. *Revista Brasileira de Educação*, 60-70. DOI <https://doi.org/10.1590/S1413-24782002000200005>. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782002000200005. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

tos sociais globais, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) no Brasil e a Via Campesina (Gohn 2014, 74).

No contexto do Brasil e o Uruguai, países comparados neste artigo, é imprescindível citar a afirmação de Gohn (2014, 79) a respeito dos caracteres dos movimentos sociais, no processo de redemocratização brasileira, os quais acabaram se fragmentando, nas décadas de 1970 e de 1980, restando menos articulados com sindicatos, pastorais ou partidos, de modo que, após o grande debate sobre a crise dos mesmos movimentos, nos anos 1990, demonstrou-se que além da fragmentação destes, eles passaram a conviver com múltiplas identidades —negro, idoso, mulher— sendo destaque, nos anos 1990, a participação das mulheres em movimentos no campo da organização alimentar e cooperativas solidárias.

Quanto ao Uruguai, diversos movimentos podem ser visualizados, a partir da onda democrática do período 1985-1989, surgindo uma série de mobilizações políticas e culturais, com uma certa autonomia diante do sistema político, quais sejam, os de bairro, comunidades, da juventude, dos direitos humanos, que findaram por desaparecer ou ser absorvidos “perversamente”¹² pelos partidos de esquerda devido à falta de imaginação, bem como a uma prática política que aparenta ser admitida somente pelos canais institucionais de expressão¹³ (Krischke, Gadea 2000, 16).

Sobre o Brasil, consideram Monteiro, Moura e Lacerda (2015, 175) que a promulgação da Constituição Federal Brasileira, de 1988, foi o marco da transição democrática no país. O processo constituinte de elaboração do documento contou, em 1985, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) responsável pela campanha Mulher e Constituinte, a qual buscou debater e discutir questões de interesse das mulheres, em todo o país, resultando na entrega, ao Congresso Nacional, em 26 de agosto de 1986, da Carta das Mulheres aos Cons-

¹² A adjetivação, cuja presença num artigo científico não é recomendável, faz parte do próprio artigo utilizado neste parágrafo como referência. No texto, um dos autores, Krischke, solicitou comentários do outro autor, Gadea, a respeito da comparação entre a eficiente institucionalização da democracia no Uruguai e as deficiências do mesmo processo no Brasil, onde os movimentos sociais tendem a isolar-se da política partidária, discorrendo o segundo autor sobre o tema proposto utilizando a adjetivação aqui mencionada.

¹³ Tradução nossa.

tituintes,¹⁴ numa atuação publicamente caracterizada como o lobby do batom, cujos frutos foram convertidos em direitos constitucionais¹⁵ (Silva 2011, 42).

Além dos direitos referidos no parágrafo anterior, também foi intensificado, no contexto da transição democrática brasileira, o debate relativo ao aborto, havendo, em grande parte da década de oitenta, uma participação mais ampla dos atores políticos na discussão sobre o tema, sendo a década de noventa considerada o período de consolidação do debate pontuado, pois existiam várias iniciativas parlamentares identificadas com as concepções do movimento feminista, apesar das iniciativas no sentido contrário e muitos protestos de congressistas vinculados a religiões¹⁶ (Rocha, Rostagnol, Gutiérrez 2009, 221).

Com relação ao Uruguai, Lopez (1995, 96) afirma que a realização das primeiras eleições livres, em novembro de 1984, marcou o processo da democratização do país citado, embora tal processo somente tenha ocorrido na prática com a posse do novo governo, em março de 1985.¹⁷ A participação político-social da mulher, para Silva (2018, 90), representa um caso mais antigo no Uruguai do que no Brasil, pois já na década de setenta do século XIX, com a reforma da educação do primeiro país, marcada pela incorporação do princípio do modelo laico de ensino, as raízes do feminismo começavam a brotar na região com o envolvimento da mulher no debate sobre a educação pública¹⁸ (Johnson *et al.* 2011, 26-27).

Ainda, sobre o Uruguai, é relevante destacar que, para Johnson *et al.* (2011, 14-15), a recuperação da democracia no país, a partir de 1985, rea-

¹⁴ A Carta das Mulheres aos Constituintes pode ser acessada no sítio: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf.

¹⁵ As demandas das mulheres foram atendidas em número aproximado de 80%, tais como a previsão do artigo 5o., inciso I, da CF, de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, além da própria igualdade jurídica no âmbito das relações profissionais e familiares, conforme preveem os artigos 70, XVIII, XX e 226 § 8, dentre outros.

¹⁶ Tradução nossa.

¹⁷ O autor considera que a ocorrência prática da democratização uruguaia se deu em março de 1985 pois nas eleições de 1984 ainda houve atores políticos impedidos de competir no pleito eleitoral.

¹⁸ Este período foi construído a partir do comentário da nota de rodapé n. 6 do artigo de Graciela Sapriza, presente no livro interdisciplinar aqui citado.

vivou o debate social e parlamentar sobre a despenalização do aborto, o qual ganhou densidade e se fez mais intenso, sendo o referido debate uma consequência que acompanhou o processo de recuperação e aprofundamento da vida democrática uruguaia, fazendo parte das tensões inerentes aos processos de transformação cultural profunda vivenciados por uma sociedade.¹⁹

Com isto, tomando como base as características do movimento feminista latinoamericano, em especial, quanto à onda das reivindicações sobre direitos reprodutivos, estando o direito ao aborto incluído nesse rol de direitos, é relevante pontuar o caráter intrinsecamente político do citado movimento, principalmente no Brasil e no Uruguai, países contemporâneos em termos de redemocratização, sendo necessária a breve explanação feita sobre os movimentos sociais para que se localizasse o movimento feminista nesse universo, ocupando o feminismo o quadro das articulações em rede dos movimentos sociais do século XXI.

Então, o item a seguir trará explanações sobre a formação do movimento feminista na América Latina, partindo da formação do mesmo movimento desde as suas raízes ocidentais, com a posterior busca do diálogo desse contexto com as realidades específicas do Brasil e do Uruguai, para que a hipótese suscitada neste artigo seja passível de ser testada e avaliada.

IV. MOVIMENTO FEMINISTA NA AMÉRICA LATINA: DESENHO DO FEMINISMO NO BRASIL E NO URUGUAI

Sobre a análise do feminismo como movimento social, ele é estudado didaticamente a partir das chamadas ondas, com a primeira configurada no final do século XIX, suscitando pautas relativas aos direitos políticos —como o de votar e ser votada—, bem como aos direitos sociais e econômicos —como o direito ao estudo, à herança, o de trabalho remunerado e o de propriedade (Pedro 2005, 79)—. Ainda sobre a primeira onda do feminismo, Narvaz e Koller²⁰ (2006, 649) afirmam que ela foi marcada pelo

¹⁹ Tradução nossa.

²⁰ As autoras reforçam que essa onda do feminismo teve em seu seio o caráter de movimento liberal, com foco na luta das mulheres pela igualdade de direitos civis, políticos e educativos, direitos que somente eram reservados aos homens.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1269-1300.

movimento sufragista, estruturado na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos e na Espanha.

Já a segunda onda do feminismo, a qual surgiu, sobretudo, nas décadas de 1960 e 1970, nos Estados Unidos e na França, tem por marca a denúncia da opressão masculina pelas norteamericanas, bem como a busca da igualdade, enquanto as francesas reivindicavam a necessidade de serem valorizadas as diferenças entre homens e mulheres, chamando a atenção para a questão da visibilidade, sobretudo no que diz respeito à especificidade da experiência feminina, geralmente negligenciada, sendo este viés conhecido como feminismo da diferença,²¹ ao passo que o viés das norteamericanas era conhecido como feminismo da igualdade (Narvaz, Koller 2006, 649).

Para Fraser (2009, 15), a segunda onda surgiu no contexto do capitalismo organizado pelo Estado, entendida tal expressão como a formação social hegemônica na era do pós-guerra, caracterizada pelo exercício, por parte dos estados, de um papel ativo quanto à condução de suas economias nacionais. No aspecto, o feminismo de segunda onda é considerado um movimento político, pois objetivava modificar as condições das mulheres a partir de um projeto abertamente político, do qual derivou um projeto intelectual —a teoria feminista, cuja pretensão visava a facilitar a mudança das condições das mulheres (Keller 2006, 15)—.

Com relação à terceira onda, também chamada de pós-feminismo, esta ocorreu a partir dos anos 1980, tendo por marca a emergência das teorias críticas à segunda onda, havendo duas mudanças significativas: a categoria unificadora mulher acaba sendo preterida pela categoria gênero; foi levada em conta uma demarcação das fronteiras de classe, localidade, raça e sexualidade (Gonçalves, Pinto 2011, 30).

Narvaz e Koller (2006, 649) destacam que a terceira onda é marcada pela influência às feministas francesas do pensamento pós-estruturalista predominante na França, em especial o de Michel Foucault e de Jacques Derrida, existindo uma proposta costurada a partir da análise das diferenças, da alteridade, da diversidade e da produção discursiva da subjetividade.

²¹ As autoras explicam que as francesas postulavam a necessidade de valorização das diferenças entre homens e mulheres.

No aspecto das ondas feministas e da configuração do movimento, questiona Schild (2017, 100), a partir da pesquisa das experiências próprias do feminismo latinoamericano, se o argumento trazido por Nancy Fraser, em *O feminismo, o capitalismo, e a astúcia da história*,²² a respeito da tripla periodização²³ das ondas, seria aplicável aos Estados desenvolvimentistas ex-coloniais do então chamado Terceiro Mundo, trazendo a seguinte indagação: Em que medida esse modelo é aplicável à América Latina?

Para responder ao seu próprio questionamento, Schild (2017, 101) faz uma crítica contundente a Fraser pelo fato de que o Estado capitalista de 1970, na região latinoamericana, não foi a burocracia despolitizada que a segunda autora descreve, tendo em vista a vivência da região, no período, de regimes fortemente repressivos, emergindo os movimentos feministas da década de setenta no contexto de lutas revolucionárias contra tais regimes.²⁴

Borges (2009, 35-36) endossa o argumento sobre o quanto as décadas de 1960, 1970 e 1980 foram expressivas na história do feminismo latinoamericano, tendo em vista que ele apresentava, à época, a peculiaridade de desenvolver, por vezes, uma dupla militância, pois combinou a militância política contra os regimes militares com reivindicações de defesa dos direitos humanos.

No contexto do Brasil e do Uruguai, é relevante frisar que o Brasil firmou as raízes do seu movimento feminista ainda no século XIX, a partir da articulação de mulheres que eram professoras (como Ana Aurora Lisboa), artistas (Chiquinha Gonzaga) e escritoras (Nísia Floresta), cuja luta era baseada em causas abolicionistas, nos direitos civis e políticos, com fundamento na democracia liberal.

Além disso, somente no início do século XX, as campanhas sufragistas ganharam força, de modo que, sob o ponto de vista institucional, em 1910, foi criado o Partido Republicano Feminino, e em 1922, a Federação

²² Tradução nossa.

²³ Caracterizada, em primeiro lugar, pela época do pós-guerra, da sociedade capitalista organizada pelo Estado; em segundo lugar, pelo neoliberalismo, entre a década de 1980 até 2008; e, em terceiro lugar, por uma nova era pós-crise, que conhecerá uma radicalização renovada.

²⁴ No contexto da América Latina, os militares usurparam o poder no Brasil a partir de 1964; na Bolívia a partir de 1971; no Uruguai e Chile de 1973 em diante e, na Argentina, a partir de 1976, instituindo ditaduras tecnocráticas.

Brasileira pelo Progresso Feminino, com a finalidade de apoiar direitos políticos das mulheres (Rangel 2012).

A respeito do Uruguai, é imprescindível pontuar que o feminismo uruguaio foi organizado no contexto de sua própria inserção no debate público,²⁵ sobre tudo quando se trata da cidadania, bem como da tensão entre liberalismo e clericalismo, de modo que cabe citar o protagonismo da Professora María Abella, que fundou, em 1902, a *Revista Nosotras*, dedicada a promover reflexões e reivindicações sobre os direitos das mulheres, o que colaborou de forma decisiva para a criação de centros feministas no país em destaque (Silva 2018, 95).

Ainda, sobre o Brasil, o feminismo entra em efervescência na época da redemocratização, em 1980, havendo inúmeros coletivos e grupos tratando de temas como violência, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, sendo tais grupos organizados muito próximos aos movimentos populares de mulheres, o que caracterizou as novas percepções, discursos e ações no contexto do feminismo, que se originou na classe média intelectualizada brasileira mas acabou por dialogar com as classes populares (Pinto, 2010).

Para Johnson *et al.* (2011), as feministas uruguaias questionavam a organização da sociedade, e pleiteavam, muito antes da democratização, o que era considerado “a pedra angular de todos os direitos”, o sufrágio, sendo incluída na luta por direitos individuais, a modificação dos papéis sexuais dentro da instituição familiar, o que acarretou na adoção, em 1933, de um novo Código Penal responsável por despenalizar o aborto e admitir a eutanásia, voltando o procedimento a ser penalizado, em 1938, em virtude da pressão de diversos grupos como juristas, médicos, políticos e bispos católicos²⁶ (Johnson *et al.* 2011, 21-26).

Nesse sentido, explica Ávila (2003) que, no contexto do movimento feminista, os direitos reprodutivos,²⁷ entendidos como aqueles referentes

²⁵ Considera-se essa inserção uma característica típica dos movimentos feministas uruguaios, diferenciando-os dos movimentos de outros países da região, cuja origem remete a organizações da sociedade civil de cunho filantrópico.

²⁶ Tradução nossa.

²⁷ Os direitos reprodutivos são de autoria original do feminismo quando comparados com os direitos sexuais, sendo estes derivados daqueles, vez que a autoria dos direitos sexuais é considerada compartilhada entre vários movimentos sociais, sendo os mais relevantes o movimento gay, o movimento lésbico e o movimento feminista.

à igualdade e à liberdade na esfera de vida reprodutiva, são reconhecidos como valores democráticos e fazem parte da agenda política dos contextos nacionais e internacionais. Assim também é o entendimento, no Brasil e no Uruguai, do movimento feminista como um todo, o que não significa que ambos os países garantam o direito ao aborto às mulheres.

Desta forma, quanto ao aspecto político do movimento feminista, Ruibal (2014, 111-112) destaca que a influência histórica, nos sistemas latinoamericanos, da Igreja Católica, e, mais recentemente das igrejas evangélicas, tem logrado êxito no sentido de influir diretamente na temática do aborto, havendo reformas na última década que têm liberalizado o procedimento em distintos graus, não escapando o Brasil e o Uruguai dessas reformas.

Assim, deparando-se com a questão do direito ao aborto nos dois países cotejados, a forma como esse procedimento era encarado pelo movimento feminista de ambos tinha a sua raiz, tanto no Brasil, para Barsted (1992, 104), como no Uruguai, na concepção de Rostagnol (2016, 35), na interferência do Estado no corpo da mulher. O acesso ao aborto significa uma referência aos graus de liberdade ou restrição reprodutiva das mulheres, sendo levantada a interessante questão sobre o procedimento abortivo sempre revelar uma prática sexual, e, no caso das mulheres, muitas vezes é essa prática que se reprime, e não a realidade em si do aborto (Rostagnol 2016, 35).

No Brasil, ao longo da década de oitenta, houve a articulação da problemática do aborto com outras questões que lhe deram legitimidade, a partir de diferentes discursos, sendo o procedimento defendido, a princípio, como um direito inerente à autonomia da vontade do indivíduo²⁸ quanto a questões que dizem respeito a seu corpo; num segundo momento, como um quesito de proteção à saúde da mulher, sendo evidenciada a ideia de que proteger a saúde desta por meio da eliminação do aborto clandestino era um valor maior do que a proteção a uma vida em potencial; colocando-se, por fim, a necessidade de desvinculação do aborto da questão exclusivamente religiosa, devendo o Estado assumir uma posição laica a esse respeito (Barsted 1992, 105-106).

²⁸ A autora traz que a síntese dessa postura é o slogan *Nosso Corpo Nos Pertence*, representando a radicalidade dessa posição um contraponto aos diversos poderes que se instauraram, historicamente, sobre os corpos de homens e mulheres e, mais particularmente, sobre os corpos femininos.

Já no Uruguai, a temática do aborto esteve em alta, para Rostagnol (2016, 87), a partir do primeiro encontro sobre a saúde da mulher, em 1987, com declarações das participantes em voz alta sobre terem realizado o procedimento citado, representando essa atitude das mulheres a reivindicação da apropriação dos seus próprios corpos. No mesmo ano foi criado o Gabinete Local das Católicas pelo Direito de Decidir, uma entidade cujo papel foi muito relevante até o fim do século passado, tendo esse processo como ápice o Movimento das Mulheres pela Legalização do Aborto.

No entanto, a mídia uruguaia não registrava a reivindicação das mulheres pela legalização referida, fato que não as calou, é tanto que, em 1989, foi publicado pelo Coletivo Feminista Cotidiano Mulher uma série de relatos de mulheres que abortaram, constituindo essa publicação um marco responsável por estabelecer uma posição política feminista clara no país em destaque (Rostagnol 2016, 88).

Assim, nos diferentes âmbitos institucionais do sistema político e da estrutura estatal, para Ruibal (2014, 115), existe uma dinâmica entre mobilização e contramobilização que influi no contexto de oportunidades que se abrem ou se fecham, explicando a autora que a relação de um movimento com o Estado é afetada pela presença de um contramovimento, e a interação entre movimento e contramovimento se reflete muitas vezes no interior da estrutura estatal. Dito isto, é de extrema relevância pontuar essa dinâmica, tendo em vista a atual situação do Brasil com relação ao aborto, bem como a situação em que o Uruguai se encontra hoje.

Sobre o sentido político do debate a respeito do aborto, a etapa de consolidação de tal discussão, no Congresso Nacional brasileiro, abarca duas fases, a primeira abrangendo as duas legislaturas da década de noventa,²⁹ com várias iniciativas parlamentares identificadas com as concepções do movimento feminista, e algumas de congressistas vinculados a religiões; enquanto a segunda fase se estende desde o final da década de

²⁹ Avaliando proposições legislativas do final da década de 40 até 31 de maio de 2008, as autoras chegam à conclusão de que a polêmica do aborto no Congresso Nacional brasileiro se intensificou nos anos oitenta, tendo maior ênfase nas legislaturas dos anos noventa e nas três da década atual (à época), sendo apresentadas, nos anos noventa, 23 propostas, sendo a maioria, cerca de 70%, favorável, de alguma maneira, à permissão do aborto.

noventa até a atualidade,³⁰ sendo caracterizada pela ênfase da participação dos setores religiosos³¹ (Rocha, Rostagnol, Gutiérrez 2009, 221-222).

No Uruguai, afirma Rostagnol (2016, 61) que a primeira iniciativa parlamentar pós-ditadura para que o aborto voltasse a ser despenalizado (como era em 1934) foi apresentada por deputados do Partido Colorado, não prosperando, no entanto, o debate sobre o tema. Em 1993-1994, o Projeto de Lei de Regulação da Interrupção voluntária da gravidez foi apresentado por um deputado da Frente Ampla, o qual elaborou o projeto referido com a advogada feminista Graciela Dufau. O projeto contou com várias instâncias de discussão com grupos feministas, também com importantes acordos interpartidários, havendo nele a assinatura de representantes de todos os partidos políticos³² (Rostagnol 2016, 61).

Voltando-se para o Brasil, a pesquisa de Rocha, Rostagnol e Gutiérrez (2009, 223) explica que, nas três legislaturas —de 1999-2003, 2003-2007, e 2008— até o período pesquisado pelas autoras, 31 de maio de 2008, foram apresentados 55 projetos sobre a temática do aborto. Ao contrário da fase de consolidação de debate, quando cerca de 70% das propostas era favorável, em algum nível, à permissão do aborto, o período aqui avaliado teve cerca de 78% das proposições, conforme levantamento feito, contrárias, de alguma maneira, à permissão da prática abortiva.

Enquanto no Uruguai, o Projeto de lei de Regulação da Interrupção voluntária da gravidez, de 1993, foi apresentado novamente ao Parlamento, em 1998, com leves mudanças na sua exposição de motivos, não prosperando, apesar disso, a discussão do projeto. Ocorre que, partindo do aumento de mortes de gestantes por complicações pós-aborto, em 2001,

³⁰ Embora o a expressão “atualidade” do artigo se refira ao ano em que ele foi escrito, 2009, optamos por mantê-la porque a questão do aborto continua atravessada, até hoje, no Brasil, pela influência religiosa. Pode-se falar, inclusive, numa piora quanto à represália religiosa ao procedimento abortivo, sendo essa situação ilustrada, por exemplo, pela emblemática situação de uma criança brasileira de 10 anos de idade que sofreu não só com uma gravidez decorrente de estupro de vulnerável, como também com a dificuldade que enfrentou para realizar o aborto, que era duplamente legal no país referido, pois colocava a criança (futura mãe) em risco de morte, devido ao corpo infantil dela, que não suportaria uma gravidez, além da ocorrência de estupro, o que também autoriza a interrupção da gestação. Sobre o caso, recomenda-se a leitura da seguinte reportagem: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-18/menina-estuprada-sofreu-acosso-de-ultraconservadores-ate-dentro-de-hospital.html>.

³¹ Tradução nossa.

³² Tradução nossa.

uma parcela da comunidade médica se mobilizou para buscar alternativas com o fim de diminuir essa mortalidade, fazendo com que, entre 2002 e 2004, a Bancada Feminina reagisse com o desarquivamento do antigo projeto de lei (Rostagnol 2016, 61).

Diante desse cenário, que ilustra de forma breve os movimentos e contramovimentos que atuam na questão do aborto, no Brasil e no Uruguai, tem-se, no primeiro país, a previsão do Código Penal³³ no sentido de penalizar o aborto provocado por terceiro e o aborto praticado pela própria gestante (autoaborto) como crime, considerando o mesmo Código como exceções os casos de gravidez decorrente de estupro, o chamado aborto sentimental, e quando há risco de morte para a gestante, ocasião em que pode ser realizado o aborto necessário.

Nesses casos, entre a vida da mãe e a do embrião/feto, o legislador brasileiro optou por privilegiar a vida materna, havendo uma previsão, sob o aspecto do Poder Judiciário, de não criminalização do aborto de feto anencéfalo, derivando esse entendimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.³⁴

Chamou a atenção releitura que ministro que proferiu a decisão fez da concepção kantiana sobre o homem não ser um meio para o fim,³⁵ explicando o ministro que essa ideia também se aplicava à mulher, pois ela não deveria ser obrigada a gestar um filho que fatalmente morreria depois, somente para viabilizar a doação de órgãos desse filho para crianças

³³ Documento responsável por estabelecer os atos que podem ser definidos como crime e suas respectivas penas os artigos aqui explicados brevemente vão do 124 ao 128 do Código em destaque.

³⁴ Vide o voto proferido pelo STF sobre o tema, na íntegra, da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, no sítio: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>.

³⁵ O relator do voto, ministro Marco Aurélio, utilizou Kant, citando trecho da obra *Fundamentação à metafísica dos costumes*, para justificar essa questão, pois assim como o homem existe como fim em si mesmo, da mesma forma deve ser tratada a mulher. Nessa decisão, a representação máxima do Poder Judiciário, no Brasil, deixa claro o seu posicionamento contra a coisificação da mulher e a favor da dignidade dela, pois além de ser praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo, mesmo que houvesse uma grande possibilidade dessa situação, não é cabível tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, sob uma perspectiva utilitarista, motivo pelo qual não há de se pensar em obrigá-la a gestar um ser tão somente para depois ele ter seus órgãos doados após o nascimento.

vivas, tendo em vista que esse era o maior argumento dos que se diziam contrários à interrupção da gravidez.

No Uruguai, o aborto foi legalizado em outubro 2012, a partir da Lei 18.987, quando a interrupção voluntária de gravidez foi aprovada,³⁶ desde que as mulheres cumpram um procedimento estipulado (Rostagnol 2016, 237). Em 2015, o Ministério da Saúde daquele país divulgou em seu relatório informações sobre a prática do aborto em 2014: 6.676 interrupções e nenhuma morte. Ou seja, houve redução das mortes maternas. A única morte registrada em decorrência de aborto foi praticada clandestinamente (Machado 2017, 16).

Enquanto no Brasil, com a pesquisa nacional de Diniz, Medeiros e Madeiro (2017, 658-659) sobre a temática, o problema das consequências da criminalização do aborto não só persiste nos país, como é um assunto negligenciado politicamente, quando os dados mostram que, em termos aproximados, aos 40 anos, quase uma em cada cinco das mulheres brasileiras já fez um aborto. Assim, somente no ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos. Considerando que grande parte dos abortos é ilegal, portanto, feito fora das condições plenas de atenção à saúde, essas magnitudes colocam, indiscutivelmente, o aborto com um dos maiores problemas de saúde pública do Brasil (Diniz, Medeiros e Madeiro 2017, 658-659).

Com as perspectivas colocadas, embora existam obstáculos na América Latina a respeito dos avanços do direito ao aborto, sobretudo pela

³⁶ Explica a autora que no dia seguinte à aprovação da lei, duas iniciativas parlamentares contrárias a ela forma lançadas, uma da Comissão pró-derrogação da lei de aborto, liderada pelo deputado Javier García (Partido Nacional), propondo solicitar ao Presidente Mujica o veto da lei, sob ameaça de apelar para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A outra, vinda da Comissão pró-referendo, liderada pelo também deputado Pablo Abdala (Partido Nacional), objetivando promover um referendo para derrogar a lei. No Uruguai há dois procedimentos que permitem aos cidadãos decidirem sobre um tema por meio do voto direto, quais sejam, o plebiscito, quando a decisão diz respeito à aprovação ou não de uma proposta de reforma constitucional, e o referendo, utilizado para que os cidadãos manifestem sua posição contrária a uma lei previamente aprovada pelo Parlamento. No caso específico da questão de descriminalização do aborto, foi realizado um referendo no país, mediante o tipo caracterizado por votação não obrigatória, havendo uma intensa campanha de políticos aliados a ativistas religiosos, os quais compunham basicamente grupos relacionados ao Opus Dei e a igrejas neopentecostais. O resultado da votação refletiu um profundo fracasso para os promotores do referendo, com um apoio inferior a 10% dos eleitores.

influência de fatores religiosos como contramobilização aos citados avanços, esta demanda é legalizada³⁷ no Uruguai, desde 2012, tendo em vista o caráter de alto grau (senão o maior) de secularismo³⁸ da região, enquanto no Brasil, o aborto ainda é proibido como regra, sendo, inclusive, criminalizado, havendo exceção, conforme já dito, somente nos casos de risco de morte para a gestante, gravidez decorrente de estupro e gestação de feto anencéfalo (Ruibal 2014, 122).

Ante o exposto, a partir da hipótese levantada neste artigo no sentido de que o modo como o Brasil e o Uruguai encaram o aborto tem uma ligação direta com a diferença na atuação dos movimentos feministas dos dois países, já foi dada uma breve pista a respeito da importância de ser levada em consideração a forma como os contramovimentos atuam na dinâmica dos movimentos sociais, o que leva à conclusão preliminar sobre a hipótese ser parcialmente verdadeira, pois em todo caso onde existem forças digladiando politicamente, o lado mais forte, por uma questão lógica, é o que se organiza melhor e tem mais influência.

Diante disto, com as distinções pinceladas sobre a diferença entre o secularismo no Brasil e no Uruguai, e a articulação política, como é o caso do Congresso Nacional, no Brasil, e do Parlamento, no Uruguai, outra distinção que deve ser levada em conta diz respeito à formação histórico-política dos dois países. Assim, para que a resposta preliminar à hipótese seja confirmada, o item a seguir fomentará um diálogo entre a dinâmica atual do direito ao aborto nos países comparados com a formação histórico-política de ambos.

³⁷ Sobre o tema, recomenda-se a leitura da seguinte reportagem da BBC: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/10/121017_uruguai_aborto_vota_dm.

³⁸ A secularização indica tendências empiricamente observáveis relativas à perda de relevância da religião e de seus pressupostos nas estruturas sociais, bem como na orientação do comportamento individual e dos juízos morais. A laicidade, por sua vez, apresenta uma natureza normativa, estando vinculada à neutralidade do Estado, à ausência de condicionamentos de caráter religioso, além de incorporar e promover, na esfera pública, valores como liberdade de consciência e crença (Silva 2018, 43-44). Apesar da diferença entre os conceitos, as expressões serão utilizadas, neste artigo, como sinônimas, tendo em vista faz que não faz parte do objetivo da pesquisa aprofundar essas concepções ou adentrar no mérito de como ambas se construíram no Brasil e no Uruguai.

V. DINÂMICA ATUAL DO DIREITO AO ABORTO NO BRASIL E NO URUGUAI: DIÁLOGO COM A FORMAÇÃO HISTÓRICO-POLÍTICA DE AMBOS OS PAÍSES

Com a articulação teórica feita quanto ao aborto e a atuação do movimento feminista, no Brasil e no Uruguai, este tópico traz pontos sensíveis relativos à formação histórico-política dos países em destaque, tendo em vista o pressuposto do texto no sentido de que tal formação determina a dinâmica política atual deles, e, conseqüentemente, o peso exercido por um contramovimento religioso na dinâmica que envolve a questão do aborto atrelada ao movimento feminista.

Nesse sentido, tendo em vista a secular rivalidade que envolveu Portugal e Espanha na divisão territorial que engloba as regiões delimitadas, hoje, como Brasil e Uruguai, é importante pontuar que, embora Portugal tenha fundado a Colônia do Sacramento, em 1680, região hoje correspondente ao Uruguai, o domínio da referida colônia oscilava, não sendo inteiramente de Portugal, de modo que nos primeiros anos do século XIX esta região passou a pertencer Espanha, e ocupava, já à época, a área que, em termos gerais, corresponde atualmente ao Uruguai (Ferreira 2012, 22).

Sobre as disputas territoriais referidas, a historiografia brasileira desenhada no século XIX, por vezes romantizada, que envolve o projeto de construção do Estado Nacional Brasileiro e a diferenciação, após a separação do Brasil de Portugal, do que é ser brasileiro e do que é ser português, é interessante destacar uma lacuna que facilmente é esquecida, pois advém de um contexto de fracasso desse projeto: a atual região do Uruguai pertenceu efemeramente ao corpo da nação brasileira, representando a perda daquela região (chamada de Cisplatina, à época) uma cisão dentro do território imperial português, tendo esse fato reflexos na configuração territorial do Brasil quando este passou do status de colônia para Império (Ferreira 2012, 28).

Com essa mudança de configuração, os territórios delimitados no século XIX correspondem, ainda hoje, às fronteiras do Brasil e do Uruguai, sendo a diferença da dimensão³⁹ territorial entre os dois países um dos fatores que influencia, por exemplo, a disparidade entre eles no que tange à

³⁹ Para uma melhor visualização dessa diferença, é indicada a visita ao sítio <https://www.guiageografico.com/america-sul/mapa-politico.htm>.

atuação do movimento feminista em cada um, tendo em vista que o Brasil é notoriamente conhecido por suas dimensões continentais, que ultrapassa 8 milhões de Km², fato que dificulta a articulação do referido movimento, enquanto o Uruguai é tão menor quando comparado àquele, alcançando a marca dos 176.215 Km², que, dos 26 estados brasileiros, somados ao distrito federal, 15 estados⁴⁰ têm, de modo individual, dimensão territorial em Km² maior do que toda a extensão uruguaia.

Ainda sobre alguns aspectos sociais que caracterizam os países estudados, pontuam-se os seguintes:

País	Capital	Língua	População absoluta	PIB
Brasil	Brasília	Português	210 milhões (2019)	2,056 trilhões USD ⁴¹ (2017)
Uruguai	Montevideú	Espanhol	3,4 milhões (2019)	56,16 bilhões USD (2017)

FONTE: Elaboração própria, com dados extraídos do Banco Mundial, do CEIC e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Além dos pontos acima em destaque, cabe citar a grande diferença entre os países cotejados no que diz respeito à separação entre Estado e Igreja, tendo em vista que, no caso do Brasil, a legitimidade religiosa e política dessa instituição resulta de um longo processo que caminha ao lado da própria história do país, desde 1500, quando foi promovido, no período colonial, um modelo de Catolicismo conhecido como Cristianidade, caracterizado pela subordinação da religião ao Estado, e pelo estabelecimento de uma religião oficial cuja função era ser utilizada como instrumento de dominação social, política e cultural (Azevedo 2004, 111).

Já o Uruguai tem por marca uma evangelização tardia, devido ao caráter escasso de metais preciosos na região, o que tornou a região sem

⁴⁰ Os dados a respeito de cada estado brasileiro podem ser obtidos no sítio <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5626#resultado>.

⁴¹ A sigla significa United States Dollar, ou seja, dólar dos Estados Unidos, a moeda americana.

atractivos para a Coroa espanhola e a Igreja católica, por isso, não havia um alto clero na região, além de que, durante todo o período colonial, os poucos missionários presentes no território tinham baixa formação teológica, e, por força de questões idiomáticas, também passavam por dificuldades de comunicação com a população local (Silva 2018, 87).

No Brasil, entre 1891 e 1920, a Igreja católica brasileira promoveu transformações internas, com o objetivo de acentuar sua presença na sociedade como instituição autônoma, sendo a interação entre a Igreja católica e a política no país uma constante, nas primeiras décadas do século XX, denotando as iniciativas da Igreja um certo poder de reação frente a possíveis ameaças à sua hegemonia enquanto provedora de um estatuto moral e religioso à sociedade. O exemplo mais emblemático dessa situação foi a criação da Liga Eleitoral Católica (LEC), uma das principais estratégias de intervenção dos objetivos e concepções religiosas na esfera política, cujo objetivo era o de influenciar a composição do legislativo federal nas eleições de 1933.⁴²

Ainda, falando do Uruguai, o país também já teve o catolicismo como religião oficial do Estado, havendo essa previsão no artigo 5o. da Constituição uruguaia de 1830. Ocorre que, apesar da tentativa de institucionalização do cristianismo no Uruguai, principalmente com a criação, em 1932, do Vigariato Apostólico de Montevidéu, pelo papa Gregório XVI, o país foi marcado por uma tendência antagônica de religiosidade, baseada, por um lado, em pressupostos racionalistas e liberais,⁴³ e por outro, na consolidação a partir da ocupação de espaços, com base em uma proposta de crença ortodoxa, dogmática e proselitista, sendo o movimento para a secularização dos cemitérios, entre 1968 e 1978, o pontapé que contribuiu progressivamente para o estímulo de uma militância anticlerical radical, que passava a entender o catolicismo e a fé como manifestações ultrapassadas de compreensão do mundo, representando antíteses ao progresso e entraves ao desenvolvimento (Silva 2018, 87-89).

Desta forma, no contexto das posições sobre a permissividade do aborto, sobretudo frente ao posicionamento pró-escolha do movimento feminista, há de ser considerada a posição cristã a respeito do tema como

⁴² Por conseguinte, a Assembleia Nacional Constituinte (1933), que seria responsável por confeccionar a nova Constituição brasileira.

⁴³ Respalhada, inclusive, por boa parte do clero católico

um contramovimento, em especial da igreja católica, tanto no Brasil como no Uruguai,⁴⁴ tendo em vista, sobre tudo, o modo como a laicidade foi construída em cada um desses países. Essa construção tem reflexos ainda hoje no peso da igreja como instituição de maior confiabilidade para a maioria dos latinoamericanos, afinal, a confiança nela, para estes, embora tenha caído 10 pontos percentuais entre 2013 e 2018, passando de 73% para 63%, continua sendo a mais relevante quando comparada a outras instituições como partidos políticos e polícia⁴⁵ (Corporación Latinobarómetro 2019).

Ademais, afirma a Corporación Latinobarómetro (2019) que os níveis de confiança na igreja acabaram sendo afetados fortemente, nos últimos anos, pelos escândalos de pedofilia da Igreja católica, porém, isto não alterou o fato de que existe um alto índice brasileiro de confiança na instituição eclesiástica, o qual se manteve elevado por força do importante crescimento, nos últimos 20 anos, de novas configurações religiosas. No tocante ao Uruguai, este é o segundo país da região analisada com o menor índice de confiança na Igreja, perdendo apenas para o Chile.

A partir das colocações feitas, percebe-se o peso social da Igreja como instituição para a América Latina, ao mesmo tempo em que se nota a disparidade de confiança na mesma instituição entre os brasileiros e os uruguaios, fato que exerce uma forte influência nas decisões legais e sociais totalmente opostas entre esses dois países quanto à permissividade do aborto, afinal, por uma questão de ordem lógica, a confiança em uma determinada instituição abre o leque de possibilidades para que ela exerça um nível significativo de influência política,⁴⁶ não escapando a questão da permissividade do aborto dessa situação.

Falando em aspecto político, explica Moreira (2000, 19) que Brasil e Uruguai diferem em termos de institucionalização e consolidação de um sistema político democrático, tendo em vista a representação de ambos os países a partir de modelos relativamente contrários, pois o Uruguai é

⁴⁴ Nos dois países o cristianismo representa a principal clivagem religiosa.

⁴⁵ Tradução nossa.

⁴⁶ Para Rostagnol (2016, 78), inclusive, a hostilidade militante da Igreja católica aos direitos sexuais e reprodutivos deve ser vista à luz de um projeto político, e não como uma vontade de instaurar valores morais, ainda mais porque os novos grupos religiosos conservadores utilizam o artifício de penetrarem na estrutura do Estado para alcançarem seus objetivos.

uma das democracias mais antigas do continente, enquanto o Brasil, uma das mais recentes, sendo o primeiro país marcado por uma situação não consolidada de competição política até 1903; vivendo uma democracia restrita do ano referido até 1919; podendo ser considerado, a partir daqui, uma democracia plena, interrompida por dois períodos autoritários, quais sejam, 1933-1942/1973-1984.

Por outro lado, o segundo país tem por marca a existência de um regime competitivo entre elites até 1930; um regime autoritário do tipo corporativo até 1945; uma democracia restrita entre 1945 e 1964; um regime militar entre 1964 e 1985; e, por fim, uma democracia restrita entre 1985 e 1990 (Moreira 2000, 19).

Quanto à capacidade de articulação política dos interesses, os partidos atuaram de forma bastante diversa nos dois países comparados, sendo que, no Brasil, o ator social que desempenhou o papel de articulador político foi o Estado,⁴⁷ fato este reforçado pelo impedimento, no período conhecido como Estado novo (1930-1945), da aglutinação política que havia possibilitado a transformação dos partidos oligárquicos em partidos de massa (Moreira 2000, 19).

Por outro viés, no Uruguai, os partidos foram marcados pela continuidade desde o século XIX, sendo possível, com o fim das guerras civis, no início do século XX, a construção de um Estado democrático cujos principais administradores seriam tais atores, responsáveis por protagonizarem a gestão governamental do estado uruguaio sob diversas formas de coparticipação ao longo de todo o século (Moreira 2000, 19).

No aspecto, as diferenças trazidas acima sobre alguns aspectos políticos dos dois países comparados servem para justificar o quanto a construção da democracia tão diversa em ambos ainda hoje reflete na forma como a população enxerga tal regime de governo. Sobre tal fato, a *Corporación Latinobarómetro* (2019, 16) traz em seu bojo uma tabela que demonstra a discrepância a respeito do apoio à democracia entre os países cotejados, sendo que o percentual do ano de 2018 referente ao apoio à democracia por parte do Uruguai alcança a marca de 61%, sendo inferior apenas ao índice da Venezuela (75%) e da Costa Rica (63%), enquanto o

⁴⁷ A expressão “neopatrimonialismo” é usada por Schwartzman para descrever a forma como as classes dominantes tiveram e têm, no Brasil, influência direta sobre os poderes do Estado.

Brasil ocupa o outro extremo sobre a mesma temática, tendo somente o índice de 34%⁴⁸ nesse sentido, situando-se na lista dos países com menor apoio à democracia, superado apenas por dois países, El Salvador y Guatemala, ambos com o percentual de 28% de apoio à democracia.

Com isto, diante de tantas diferenças que atravessam o Brasil e o Uruguai em termos de formação histórico-política, e das consequências desse processo nos dois países, percebe-se, em primeiro lugar, que os movimentos sociais devem ser entendidos dentro do seu próprio contexto de formação, não escapando o movimento feminista dessa compreensão.

Em segundo lugar, os tais movimentos não atuam de forma unilateral, dentro dos seus propósitos, sendo que o movimento feminista enfrenta, desde a sua raiz, a resistência religiosa como um empecilho para o avanço das pautas das mulheres. Isto está intimamente relacionado, no Brasil e no Uruguai, aos graus de secularização inversamente proporcionais presentes em ambos os países.

Por último, o cenário atual que diz respeito ao modo como ocorre a permissividade do aborto em ambos os países dialoga com a história do povo brasileiro e uruguaio; a própria geografia de cada país, aos aspectos de formação da população; de como é encarada a secularização em ambos; e, finalmente, de como tudo isto influenciou na força de atuação do movimento feminista quando do atendimento ou não de suas demandas.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando a proposta introdutória do artigo, fundada na ideia de comparar o tratamento dado ao aborto no Brasil e no Uruguai, a partir da perspectiva do movimento feminista, percebe-se que, na verdade, a atuação desse movimento nos dois países não necessariamente representam diversass, pelo contrário, são bem parecidos quanto à sua atuação.

Desse modo, a hipótese levantada sobre o modo de encarar o aborto, no Brasil e no Uruguai, ter uma ligação direta com a diferença na atuação dos movimentos feministas dos dois países é parcialmente verdadeira, porque devido a questões territoriais da formação de cada país, é muito mais fácil para o Uruguai articular suas ativistas, enquanto o Brasil acaba

⁴⁸ Honduras detém esse mesmo percentual, conforme pode ser visto na tabela em destaque.

tendo dificuldades por força da própria dimensão, então nesse ponto há uma diferença entre os dois países quanto à atuação do movimento em destaque. Porém, isso não explica por completo a problemática.

Assim, levando em consideração justamente a questão de formação, num sentido histórico-político, dos dois países cotejados, é destaque que a dinâmica dos movimentos sociais normalmente atua com a resistência de contramovimentos, e, sendo o feminismo uma mobilização cuja resistência à sua atuação está ligada à Igreja e entidades de cunho religioso, a historicidade referente à separação entre Igreja e Estado, bastante forte no Uruguai, quando comparada ao Brasil, faz toda a diferença no cenário atual que diz respeito ao modo como funciona a permissividade do aborto em ambos.

Além disso, a dinâmica referida pode ser verificada quando observados os dados relativos, no Brasil e no Uruguai, à história do povo brasileiro e uruguaio; à própria geografia de cada país; aos aspectos de formação da população; de como é encarada a secularização em ambos; e, finalmente, de como tudo isto influenciou na força de atuação do movimento feminista quando do atendimento ou não de suas demandas.

Finalmente, sendo colocada uma visão autoral, a chegada de um(a) filho(a) empiricamente pesa mais para a mulher, independentemente de ela ter uma rede de apoio ou não para criá-lo(a), cabendo a ela decidir se terá o filho ou não. Caso a opção na gravidez seja por um aborto, mesmo em países onde ele não é legalizado, também é a mulher quem vai ter de lidar com os problemas advindos da realização do ato em clínicas clandestinas, tendo de arcar mais uma vez, com as consequências de sua escolha. Portanto, essa escolha deveria ser muito bem amparada institucionalmente, pois é uma questão de saúde pública.

VII. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Maria Betânia. 2003. *Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde*. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, 465-469. <https://www.scielo.org/pdf/csp/2003.v19suppl2/S465-S469/pt>. Acesso em: 10 de out. de 2019.
- ALONSO, Angela. 2009. “As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 76. São Pau-

- lo, 49-86. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64452009000100003>.
- AZEVEDO, Dermi. 2004. "A Igreja católica e seu papel político no Brasil". *Estudos Avançados*, 52. São Paulo, 109-120. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142004000300009>.
- BARSTED, Leila. 1992. "Legalização e descriminalização: 10 anos de luta feminista". *Revista Estudos Feministas*, 104-130.
- BORGES, Joana Vieira. 2009. "Leitoras e leituras feministas no Brasil, Argentina e Uruguai (1960-1985)". *História Oral*, 1-2, 35-57. <http://www.revista.historiaoral.org.br/index.php?journal=rho&page=article&op=view&path%5B%5D=163>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.
- Corporación Latinobarómetro. 2018. *Informe Latinobarómetro 2018*. <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- COSTA, Ana Alice Alcantara. 2013. "O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política". 2013. *Revista Gênero*, 2, 1-20. Pro Reitoria de Pesquisa, Pós Graduação e Inovação. <http://dx.doi.org/10.22409/rgv5i2.380>.
- COSTA, Sérgio, DINIZ, Débora. 2001. *Bioética: ensaios*. Brasília. Letras Livres.
- DELLA PORTA, Donatella, DIANI, Mario. 2006. *Social Movements: An Introduction*. Malden, Blackweel Publishing.
- DINIZ, Debora, MEDEIROS, Marcelo, MADEIRO, Alberto. 2016. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2, 653-660. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.
- FARIAS FILHO, Milton Cordeiro, ARRUDA FILHO, Emílio J. M. 2015. *Planejamento da pesquisa científica*. São Paulo. Atlas.
- FERREIRA, Fábio. 2012. "O General Lecor, Os Voluntários Reais e Os Conflitos Pela Independência do Brasil na Cisplatina (1822-1824)". 258 f. Tese (Doutorado)-Curso de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- FRASER, Nancy. 2009. "O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história". *Mediações. Revista de Ciências Sociais*, Londrina, 2, 11-33. <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505/3782>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

- GOHN, Maria da Glória. 2014. "Pluralidade da representação na América Latina". *Sociedade e Estado*, Brasília 1, 73-90. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69922014000100005>.
- GOÑÇALVES, Eliane, PINTO, Joana Plaza. 2011. *Reflexões e problemas da "transmissão" intergeracional no feminismo brasileiro*. Cadernos Pagu, Campinas, 36, 25-46. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-83332011000100003>. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000100003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 20 de outubro de 2019.
- GRAU, Elena, GÜELL, Pedro Ibarra (orgs.). 2000. *Una mirada sobre la red: anuario movimientos sociales*. Espanha. Icaria: Tercera Prensa.
- GUZZELLI, Cesar Augusto Barcellos. 2009. "Regiões-províncias na Guerra da Tríplice Aliança". *Topoi (Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, 19, 70-89. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2237-101x010019005>.
- JASPER, James M. 2010. "Social Movement Theory Today: Toward a Theory of Action?". *Sociology Compass*, 11, 965-976. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1751-9020.2010.00329.x>. Acesso em: 10 novembro de 2020.
- JOHNSON, Niki et al. 2011. *(Des)penalización del aborto en Uruguay: practicas, actores y discursos: abordaje interdisciplinario sobre una realidad compleja*. Uruguai. Universidad de la República.
- KELLER, Evelyn Fox. 2006. "Qual foi o impacto do feminismo na ciência?". Cadernos Pagu, Campinas, 27, 13-34. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332006000200003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- KRISCHKE, Paulo J., GADEA, Carlos A. 2000. "Novos movimentos sociais no Brasil contemporâneo: debate teórico e comparações históricas". *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, Florianópolis*, 10, 1-21. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/2182/4391>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- FARIAS FILHO, Milton Cordeiro, ARRUDA FILHO, Emílio J. M. 2015. *Planejamento da pesquisa científica*. São Paulo. Atlas.
- FERREIRA, Fábio. 2012. *O General Lecor, Os Voluntários Reais e Os Conflitos Pela Independência do Brasil na Cisplatina (1822-1824)*. Tese (Doutorado)-Curso de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

- LOPEZ, Selva Chirico. 1995. *Uruguai 1985-1993 Estratégia e Tática da Reprodução Institucional Militar na Pós-ditadura*. Tese (Doutorado)-Curso de Ciências Sociais, Unicamp, Campinas. <http://repositorio.unicamp.br/js-pui/handle/REPOSIP/280304>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- MACHADO, Lia Zanotta. 2017. “O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador”. *Cadernos Pagu*, Campinas, 50, 1-48. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700500004>.
- MENUCCI, Júlia Monfardini. 2017. “Uma história do feminismo no Brasil”. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, 2, 375-382. <http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/37855>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- MOREIRA, Constanza. 2000. “A esquerda no Uruguai e no Brasil: cultura política e desenvolvimento partidário”. *Opinião Pública*, Campinas, 1, 17-54. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-62762000000100002>.
- MONTEIRO, Lorena Madruga; MOURA, Joana Tereza Vaz de, LACERDA, Alan Daniel Freire. “Teorias da democracia e a práxis política e social brasileira: limites e possibilidades”. *Sociologias*, Porto Alegre, 38, 156-191. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-017003811>.
- MURADÁS, Jones. 2008. *A Geopolítica e a Formação Territorial do Sul do Brasil*. 2008. Tese (Doutorado)-Curso de Geografia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- NARVAZ, Martha Giudice, KOLLER, Sílvia Helena. 2006. “Metodologias feministas e estudos de gênero: articulando pesquisa, clínica e política”. *Psicologia em Estudo*, Maringá, 3, 647-654. <http://www.scielo.br/pdf/pe/0D/pe/v11n3/v11n3a20.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- PEDRO, Joana Maria. 2005. “Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica”. *História*, São Paulo, 1, 77-98. <http://www.scielo.br/pdf/0D/his/v24n1/a04v24n1.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.
- PINTOI, Céli Regina Jardim. 2010. “Feminismo, história e poder”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 36, 15-23.
- RANGEL, Patrícia Duarte. 2012. *Movimentos feministas e direitos políticos das mulheres: Argentina e Brasil*. Tese (Doutorado)-Curso de Ciência Política, Universidade de Brasília. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10817>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

- ROCHA, Maria Isabel Baltar da, ROSTAGNOL, Susana, GUTIÉRREZ, María Alicia. 2009. “Aborto y Parlamento: un estudio sobre Brasil, Uruguay y Argentina”. *Revista Brasileira de Estudos de População*, São Paulo, 2, 219-236, dez. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-30982009000200005>.
- ROSTAGNOL, Susana. 2016. *Aborto voluntario y relaciones de género: políticas del cuerpo y de la reproducción*. Montevideo. Unidad de Comunicación de La Universidad de La República.
- RUIBAL, Alba M. 2014. “Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, 14, 111-138. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141405>.
- SCHERER-WARREN, Ilse. 2006. “Das mobilizações às redes de movimentos sociais”. *Sociedade e Estado, Brasília*, 1, 109-130. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69922006000100007>.
- SCHERER-WARREN, Ilse; LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn (orgs.). 2011. *Movimentos Sociais e Participação: abordagens e experiências do Brasil e América Latina*. Florianópolis. Ufsc.
- SCHILD, Verónica. 2017. “Feminismo e neoliberalismo na América Latina”. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, 96, 98-113. https://nuso.org/media/articles/downloads/6.TC_Schild_EP267.pdf. Acceso em: 10 de outubro de 2019.
- SILVA, Luis Gustavo Teixeira da. 2018. *Sobre corpos, crucifixos e liberdades: a laicidade do Estado analisada a partir do debate legislativo sobre o aborto no Brasil e no Uruguai (1985- 2016)*. Tese (Doutorado)-Curso de Ciência Política, Universidade de Brasília. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32761>. Acceso em: 10 de outubro de 2019.
- SILVA, Saleté Maria da. 2011. *A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado)-Curso de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ GONZÁLEZ, Arely (coord.). 2016. *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1032 pp.

Se han multiplicado las reformas de materia penal a la Constitución general de la República, principalmente a partir de 1993. No fueron muy frecuentes las emitidas entre 1917 y aquel año, y generalmente tuvieron un signo humanitario, atentas al buen trato para quienes infringen la ley penal y orientadas por el signo de la recuperación del infractor por medio del concepto de readaptación social. Añádanse, de ese mismo periodo, los cambios normativos a propósito del régimen de infracciones de policía, por una parte, y la responsabilidad de servidores públicos, por la otra, que determinó un giro relevante en el título cuarto de la Constitución y en otros preceptos concernientes al mismo tema.

En 1993 se llevó adelante una amplia reforma constitucional sobre diversos extremos del proceso penal. En varios puntos se avanzó mediante disposiciones de corte liberal y progresista. También llegaron a la ley suprema algunas cuestiones que suscitaron debate y otras que abrieron el camino de posteriores y discutibles desarrollos, como ocurrió a propósito de la delincuencia organizada y sus consecuencias procesales y materiales. Corrieron los años y se advirtió la necesidad de ir adelante en la reforma constitucional para acomodar nuestro enjuiciamiento penal a las tendencias que comenzaban a prevalecer en América Latina, al amparo de instituciones, figuras procesales y sugerencias provenientes del orden jurídico anglosajón, sin perjuicio de otros impulsos, ciertamente bien sustentados, que tuvieron origen en las tareas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal para generar un sistema procesal penal modelo.

En 2007 se planteó una nueva reforma constitucional en la materia a la que se refiere esta nota; culminó en 2008 con la extensa revisión de numerosos preceptos vinculados con el procedimiento penal, y también con puntos de carácter sustantivo y ejecutivo. En ese momento pareció —al menos fue la opinión de algunos analistas— que se estaba llegando a una suerte de conciliación o composición entre corrientes democráticas

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1303-1309.

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

y autoritarias con el propósito de alcanzar reformas que permitieran el progreso del sistema en su conjunto. Bajo esta impresión elaboré un libro sobre la vasta reforma del 2008, al que subtité “¿Democracia o autoritarismo?”. Dije también, en uso de una metáfora, que la reforma equivaldría al suministro de agua clara y potable a un sistema penal sediento de justicia, pero con la adición de algunas gotas de veneno que alterarían la calidad de aquélla.

En ese tiempo se mantenía rígidamente la dispersión de la normativa penal que ha imperado a lo largo de nuestra más que bicentenaria experiencia federal: multiplicidad de códigos penales y procesales, a razón de uno de cada especialidad para cada entidad federativa, además de los ordenamientos de alcance federal. Las primeras aplicaciones de la reforma penal constitucional tropezaron con esa multiplicidad de competencias, que provocó aplicaciones distintas e incluso discrepantes sobre los mismos textos constitucionales. Este grave tropiezo impulsó una nueva reforma constitucional, incorporada en la fracción XXI del artículo 73, para unificar en manos del Congreso de la Unión la facultad de legislar sobre el procedimiento penal y otras materias aledañas, como la ejecución de sentencias y las alternativas al proceso ordinario.

La bandera de la reforma de 2008 —elevada varios años antes, sin mayor fortuna— fue la adopción del régimen de juicios orales y el tránsito hacia un sistema acusatorio que relevase al imperante inquisitivo —así se calificó— o mixto que había caracterizado al derecho mexicano. En rigor, la reforma constitucional de 2008 puso el mayor énfasis en la composición de los litigios penales por medios diversos del proceso ordinario y el juicio oral: convenios entre el Ministerio Público y el imputado, con mayor o menor participación de la víctima del delito, o bien, acuerdos entre ésta y el victimario para hallar, en común, la solución del litigio penal. Fue así como se modificó el “paradigma” prevaleciente hasta entonces y se enfiló el sistema procesal penal en un nuevo rumbo. Hoy insistimos en la existencia y vigencia del sistema acusatorio, aunque no siempre recordamos que la Constitución de 1917 —conforme a las propuestas de Venustiano Carranza en 1916, acogidas por el Congreso Constituyente— ya se había pronunciado por la adopción del sistema acusatorio —sin denominarlo así— en sustitución del inquisitivo que depositaba amplias atribuciones investigadoras en los jueces de instrucción.

La reforma constitucional de 2008 y las posteriores a este año, que unificaron la ley procesal penal, ha sido objeto de muy abundantes y detallados comentarios, además, por supuesto, de sus aplicaciones en la legislación secundaria y en la jurisprudencia federal y local, que debieron atenderse a los cambios constitucionales y explorar, a partir de ellos, el nuevo camino de la administración de justicia. La bibliohemerografía procesal penal de los últimos años es particularmente nutrida, acaso más que la correspondiente a otros sectores del orden jurídico. Se han multiplicado las obras de texto, las monografías, los comentarios a leyes y códigos, las revisiones expositivas y críticas, los manuales, formularios y protocolos de práctica forense y otros instrumentos destinados a la docencia y la divulgación.

Me he permitido elegir para esta nota una obra representativa de ese caudal de trabajos relativos a la reforma constitucional y a sus derivaciones normativas. Por supuesto hay otras —varias— obras valiosas, recomendables, que los estudiosos de esta materia pueden consultar con provecho. La que ahora traigo a cuentas en esta nota bibliográfica reúne un buen número de estudios que abarcan prácticamente todo el horizonte del procedimiento penal y sus implicaciones. Esos trabajos se deben a juzgadores federales y locales, entre los que figuran ministros de la Suprema Corte de Justicia y magistrados o jueces de la Federación o de entidades federativas; funcionarios del Ministerio Público, institución que también ha debido reconsiderar a fondo su papel en el procedimiento; abogados, catedráticos e investigadores. Se trata, pues, de un haz de perspectivas relevantes a partir de distintas experiencias.

La coordinación de la obra corrió a cargo de quien entonces se desempeñaba como procuradora general de la República —función posteriormente asumida por la también novedosa Fiscalía General, órgano constitucional autónomo— y la edición se encomendó al Instituto Nacional de Ciencias Penales, en cuyo foro se desarrollaron numerosos encuentros académicos y profesionales en torno a las reformas constitucionales y legales. La obra colectiva de referencia revisa todo el procedimiento penal, sus etapas, sus actores, sus actos principales, sus aciertos y desaciertos. Por supuesto, en esta nota no podría referirme a todos los artículos incluidos en la obra —que son varias decenas—, sino sólo a algunos temas desarrollados en aquélla que pudieran atraer el interés de los lectores en las distintas trincheras de las profesiones jurídicas, e incluso de personas

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1303-1309.

ajenas a estas profesiones, pero atentas —afortunadamente— a los propósitos y las realidades del enjuiciamiento penal.

De otro libro tomo la referencia al desenvolvimiento histórico de la más reciente reforma procesal penal en América, a la que corresponde la adoptada en México, según la muestra Alfredo René Uribe Manríquez (“Presentación” de *El proceso penal en Iberoamérica. Visiones comparadas*. 2016. México. Editorial Flores). Inició en 1991 en Argentina y prosiguió en 1998 en Guatemala, Costa Rica y El Salvador; 1999, en Venezuela; 2000, en Chile y Paraguay; 2001, en Bolivia, Ecuador y Nicaragua; 2002, en Honduras; 2004, en República Dominicana; 2005, en Colombia; 2006, en Perú, y 2008, en México.

En la obra comentada, Luis María Aguilar Morales, entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expone los antecedentes, objetivos y ejes rectores de la reforma. No la hubo “tan radical” —señala Humberto Benítez Treviño— para “mejorar la sustancia y el proceso penal”. Empero, también hay reflexiones críticas, como la formulada por el magistrado Ricardo Ojeda Bohórquez: se hizo sin observar algunos derechos fundamentales recogidos por la Constitución, a propósito de figuras relevantes del procedimiento, como el “mandamiento escrito, fundamentación y motivación y exacta aplicación de la ley, e incluso se suprimieron algunos derechos fundamentales como la libertad provisional bajo caución y los careos constitucionales, esencia misma del modelo acusatorio”.

El análisis de las reformas debe practicarse a la luz de los derechos humanos, y así lo hacen varios colaboradores de la obra: Eber Betanzos Torres, Manuel Vidaurri Aréchiga y Dino Carlos Caro Coria, quienes en este sentido ponen de manifiesto las implicaciones del derecho internacional de los derechos humanos sobre el sistema procesal penal. Conviene destacar que el Código Nacional de Procedimientos Penales, derivado de la reforma constitucional, invoca la atención que es debido guardar con respecto a la normativa internacional de los derechos humanos. De esta suerte, dicha normativa resulta ser una fuente explícita del régimen procesal, lo cual se desprende también, claramente, de la estipulación contenida en el artículo 10 constitucional a partir de la reforma de 2011.

Los principios y las directrices del sistema procesal penal, explícitos o implícitos en la normativa constitucional y secundaria, son tema de varios artículos, entre ellos mi propia contribución sobre los principios procesa-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1303-1309

les. Destacan las reflexiones de algunos tratadistas en torno a un concepto básico del orden procesal penal con sustento en las reformas emprendidas en el mundo entero desde el final del siglo XVIII: la presunción —o el principio— de inocencia. A explorar su significado y alcance se destinan las aportaciones de Miguel Ángel Aguilar López —que ha tratado este tema en diversas publicaciones y foros académicos— y Constancio Carrasco Daza. También son relevantes las reflexiones en torno al principio de contradicción, al que se refieren Felipe Borrego Estrada —que tuvo un papel destacado en la formación e implementación de la normativa procesal— e Ivonne Álvarez García.

Entre los personajes “clave” del sistema procesal penal —sin perjuicio del papel eminente del juzgador y del fiscal— figura la policía, a mi juicio el actor determinante, en buena medida, del éxito o fracaso del sistema. La obra comentada alude a menudo al quehacer de la policía que supuestamente debe participar en la investigación de los delitos bajo la conducción técnica del Ministerio Público. Un comentarista, Antonio Lozano Gracia —quien fuera procurador general de la República—, menciona en su artículo que bajo el nuevo sistema penal se “exacerban las contradicciones históricas” derivadas de la resistencia del Estado mexicano a construir un servicio policial profesional.

La misión y las características de la defensa penal —y, consecuentemente— de quienes la tienen a su cargo, son materia de diversas reflexiones. Es así que Margarita Luna Ramos —ministra de la Suprema Corte, al tiempo de la reforma— subraya la necesidad de contar con una defensa “impecable”. Otro ministro del mismo tribunal, Jorge Mario Pardo Rebolledo —en artículo del que es coautor José Díaz de León Cruz— examina detalladamente el alcance de la defensa material, que desborda largamente la formalidad de una asistencia acotada y tradicional, y señala que la progresividad del régimen constitucional de defensa implica una “evolución o magnificación” de la garantía de defensa adecuada prevista en la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional. Otros colaboradores en esta obra colectiva se refieren al fortalecimiento de la defensa pública —así, María del Pilar Ortega Martínez—, a cuyo cargo se halla, por cierto, la mayoría de las defensas penales, habida cuenta de la debilidad económica de la generalidad de los imputados.

El trato procesal de la víctima —u ofendido, dice nuestra Constitución erróneamente, confundiendo figuras que son diferentes— es tema de

artículos incluidos en la obra colectiva. Entre ellos cuenta el que aportó la coordinadora, Arely Gómez González. Hay otras contribuciones acerca de esta materia, como la de Rosa Elena González Tirado, a propósito de la participación procesal de la víctima y la impugnación de resoluciones.

Como antes mencioné, un aspecto muy destacado del régimen acogido en la reforma —más allá de las proclamaciones acerca del juicio oral— es la opción por alternativas al proceso, que analiza el citado Aguilar Morales. Otro tanto hace Ariel Francisco Aldekua Kuk, en un interesante ensayo acerca de lo que considera “el buen resultado que ha tenido el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en el Estado de Yucatán”. Un tratadista, con experiencia en temas de seguridad pública y procuración de justicia, Renato Sales Heredia, advierte que “la negociación entre el fiscal y el Defensor, las salidas alternas y los criterios de oportunidad son la clave de despresurización, de descongestión, pues evitan la sobrecarga del sistema y le permiten abordar técnicamente y con resultados suficientes los casos complejos”. Otra novedad aportada por la reforma de 2008 y reglamentada en el ordenamiento secundario, es la acción en manos de particulares, que no obedece —menciona Luis Roca de Agapito— a un criterio victimológico, sino al propósito de “solventar un problema de tipo práctico, tratando de descargar al Ministerio Público de trabajo y privatizando de esta manera el ejercicio de la acción penal”.

No iré más lejos en referencias —que podrían ser numerosas— al análisis de este signo de la reforma, alojado tanto en esas “negociaciones penales”, a las que abrió la puerta, en 1996, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como el criterio de oportunidad que puede aplicar el Ministerio Público para excluir litigios del conocimiento jurisdiccional, mediante valoración —necesariamente administrativa— sobre la relevancia de los casos que recibe y la pertinencia de someterlos a la decisión de un juzgador. Por ello Salvador Sandoval Silva —a quien cita Luis Rodríguez Manzanera— afirma que “el cambio fundamental para todas las instituciones de procuración de justicia del país se verificará, principalmente, en el papel que el Ministerio Público desempeñará en el sistema penal acusatorio”.

Un tema sobresaliente en la nueva regulación procesal es el procedimiento abreviado, “figura central” de la reforma de 2008, en términos de Eduardo Medina Mora. Hay críticas frontales y firmes defensas de la regulación adoptada a este respecto —muy cercana a la normativa

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1303-1309

norteamericana—, con la que se pretende dar fluidez a la solución de las contiendas penales y se depositan atribuciones descollantes en el Ministerio Público, más que en el juzgador de la causa. A juicio del propio Medina Mora, son injustas las críticas que se dirigen contra el procedimiento abreviado; en éste —señala— hay “protecciones procesales mínimas a nivel constitucional que garantizan un debido proceso”. Noé Ramírez Guitiérrez analiza el desideratum del procedimiento abreviado: ¿hacia el “eficientismo procesal”? Los defectos de regulación en esta materia —sostiene el mismo autor— “traen consigo un alto riesgo de corrupción”. Su consecuencia será la “frustración en la racionalidad en el castigo”

Por supuesto, la feliz aplicación del nuevo derrotero procesal penal enfrenta numerosos retos de diverso orden, cuya solución ha avanzado en alguna medida, y en otra se halla pendiente, como es notorio. A este respecto, que reclama diversas ponderaciones, concurren los artículos de Mariana Benítez Tiburcio, Adriana Campos López, Gerardo Laveaga —quien alude al indispensable “cambio cultural”— y María de los Ángeles Fromow, que proporciona un “estado de la cuestión”, derivado de su propio desempeño en la implementación de la reforma a escala nacional. Un reto principal se localiza en la formación de los servidores de la justicia —y de todos los actores que participan en ella— a la luz del nuevo paradigma entrañado en la reforma, punto señalado por los autores que acabo de mencionar y por Emilio Zacarías Gálvez.

Entre los señalamientos críticos sobre algunas cuestiones reguladas por la reforma penal constitucional, en distintos preceptos y momentos, se encuentran los comentarios de Rodríguez Manzanera acerca de la confusión generada por el empleo del término “reinserción” en el artículo 18 constitucional, que sustituye al de “readaptación social”; asimismo, el desacierto —alojado en el mismo precepto— de “transformar el derecho minoril en un derecho penal retributivo”.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

* ORCID: 0000-0002-9164-8464. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Profesor Emérito de la UNAM. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Exjefe y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.). 2017. *Contratación electrónica y protección de los consumidores*. Madrid. Reus. 337 pp.

Una parte relevante de las transacciones que se celebran en la actualidad están vinculadas con la contratación electrónica. Son numerosos los factores que incentivan esta modalidad de contratos. Entre otras, podemos destacar la expansión de la Red y la facilidad de efectuar contratos a distancia mediante dispositivos electrónicos. Dentro de estos últimos, podemos mencionar los smartphome o las tabletas. La contratación de bienes o servicios por medios electrónicos es, en efecto, uno de los arquetipos de la venta a distancia. Como es sabido, son contratos en los que tanto la oferta como la aceptación se efectúan en virtud de equipos informáticos vinculados a una red mediante la cual ambas declaraciones de voluntad se realizan sin la presencia física simultánea de los contratantes. No encontramos una definición, por parte del legislador nacional ni europeo, de lo que es el comercio electrónico. Ahora bien, sí que se operó por parte de anteproyectos de ley. En el caso concreto de España, tal concepto fue realizado en el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, del 8 de junio de 2000, que lo definió —no llegó, sin embargo, a incluirse en la versión definitiva de la norma legal— como “toda forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones como Internet”.

Las cifras de crecimiento que experimenta el comercio electrónico, en el mundo, son extraordinarias. En el caso de Europa se encuentran incrementos en prácticamente todos los países comunitarios. Si nos centramos en el caso concreto de España, observamos que, según pone de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), a tenor de los últimos datos disponibles, se está creciendo a cifras cercanas a un 20%. Las compras online en el caso de España rozan los 11,000 millones de euros, mientras que hace cinco años, apenas llegaban a los 3,500 millones de euros. No sólo por volumen de negocio se observa este incremento, sino que también es palpable en el número de transacciones. En

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

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

efecto, se ha pasado de 60 millones de transacciones en 2014 a más de 200 millones en 2019. Todo ello pone de relieve que el comercio electrónico ha despegado claramente en España.

Los contratos electrónicos son una parte significativa de la contratación realizada con carácter general. Dentro de esta tipología de contratos, no sólo se incluyen la adquisición de bienes o servicios, sino, además, cuando otorgamos nuestro consentimiento respecto a las condiciones generales de uso de una red social o cuando efectuamos la descarga de una aplicación en un Smartphone, por referirnos a algunos de los posibles supuestos que pueden plantearse.

La presente monografía constituye un compendio elaborado por profesores de España, Chile, Italia y Cuba que se ocupan de la problemática que se plantea en esta materia. Ostenta un total de doce capítulos que, a continuación, analizaremos de manera somera, deteniéndonos en los apartados que más interés susciten. Antes de entrar en materia, cabe precisar que el prólogo o introducción corre a cargo de Pérez Gallardo, académico de la Universidad de la Habana (Cuba). Dentro del contenido de su contribución, pone de manifiesto un elenco de ideas que no han de pasar desapercibidas. En efecto, hemos pasado de una mera sociedad a la sociedad global de la información. Como la realidad pone de manifiesto y los hechos cotidianos redundan en ello, la Red es la infraestructura para la comunicación global. Asimismo, manifiesta que la tecnología ha implicado una nueva forma de concertar los contratos, pero sin alterar su esencia. Dispone, de manera adicional, que el hombre ostenta una fuerte capacidad de enamorarse y aterrorizarse de las creaciones que realiza. Lo desconcertante es que, en muchas ocasiones, la fuente de satisfacción y miedo es la misma. A juicio del autor, en el caso de Internet, se plantea esta suerte de paradoja. Un importante sector de la sociedad ve la Red como una especie de escalera en base a la cual puede democratizar el conocimiento, la educación, la cultura y, en definitiva, las decisiones.

El primero de los capítulos, relativo a la tutela de los datos personales en los contratos de la sociedad de la información, redactado por Lucía Ruggeri (Italia), se ocupa de la sociedad de la información y del acceso a la Red. Posteriormente, alude a la necesidad de un enfoque metodológico que se centre en el caso concreto, así como en las comunicaciones comerciales y no comerciales. Más adelante se refiere a diversas tipologías de datos y la diferenciación de las protecciones. Especialmente sugerentes

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

son las apreciaciones que realiza respecto a los contratos de acceso a las redes sociales. Es el propio usuario el que dispone de sus propios derechos personales intangibles a falta de una contraprestación monetaria, pero en sede de una lógica de intercambio. La concurrencia de un contrato bilateral precisa de la revisión de las condiciones generales del contrato. Igualmente, alude a determinadas cuestiones de relevancia a este respecto como son: la cesión gratuita; la calidad de los servicios prestados con especial consideración del SLA —*Service Level Agreement*—; el Data Protection Service Level Agreement, y las nuevas perspectivas de regulación de los datos personales en el mercado europeo y mundial. En este último sentido, resulta conveniente señalar que el camino de la modificación de la normativa europea de protección de datos tiene que observar una exigencia de reforma avanzada a nivel global por diversos países, entre los que se encuentran, en gran medida, Estados Unidos y Australia. Nos referimos al Tratado Internacional de Intercambio de Servicios (TISA).

El capítulo siguiente se refiere a la revocación del consentimiento contractual para el tratamiento de datos y el derecho al olvido, a tenor de la legislación europea e italiana. La autora es Serafina Larocca (Italia), quien, en primer término, estudia la Sociedad de la Información. A continuación, aborda la revolución digital y la recolección de datos. Seguidamente, se centra en el consentimiento que se otorga para el tratamiento de datos personales. Finaliza el capítulo con el examen del derecho al olvido. Este último, como bien dispone la autora, debe diferenciarse del derecho de revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales. Asimismo, debe considerarse que el derecho al olvido es de creación jurisprudencial. Aunque no hay definiciones por parte del legislador, sí que existen disposiciones que se refieren a la tutela de quienes, por decirlo en términos coloquiales, buscan, como dice la autora, regresar a la sombra. En todo caso, debe tomarse conciencia que el derecho al olvido constituye un peligroso enemigo de la investigación histórica. La autora entiende que representa una reacción —equivocada— al miedo de los perjuicios.

Mauricio Tapia, profesor de la Universidad de Chile, en el capítulo tercero, se refiere a los medios electrónicos y, en concreto, se centra en la formación del contrato —con atención de las reglas del derecho común y de las reglas de salvaguarda del consumidor— y la protección de la intimidad del consumidor en Chile. El autor, de manera acertada, manifiesta que el contrato electrónico no constituye un tipo especial y diferente de

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

contrato, sino que representa un medio de expresión del consentimiento con determinadas particularidades —entre las que destacan la prueba, momento y lugar de formación del consentimiento, ley aplicable, y deberes de información—. En efecto, los medios electrónicos lo que en esencia suscitan es una ampliación del horizonte de las formas de expresión del consentimiento, pero, en modo alguno, modifican su núcleo que, de alguna manera, sigue inalterado. Más adelante analiza dos cuestiones de interés de cierta actualidad. En primer término, se refiere a los supuestos en los que se plantea una amenaza creciente a la intimidad. En segundo término, alude a la problemática que se plantea en la morosidad de contratos de crédito con consumidores. Son especialmente interesantes las apreciaciones que realiza respecto al DICOM que es una institución de carácter privado que investiga el patrimonio de las personas de Chile. También estudia sus bienes, participación que ostentan en sociedades, protestos respecto a documentos —situación de mora—, y deudas que puedan tener respecto a empresas con carácter general. En función de todo ello, determina el riesgo que una persona puede ostentar desde el punto de vista financiero. Cualquier tercero potencialmente interesado, abonando los costes de acceso, puede lograr un informe patrimonial de una determinada persona. Ahora bien, con la red de redes, la problemática que puede llegar a plantearse, si se difunde esta modalidad de informes, es muy significativa. Llama la atención que determinados organismos públicos como la Tesorería General de la República han celebrado convenios con DICOM para publicar la morosidad tributaria de los sujetos. Todo ello suscita problemas muy complejos desde el punto de vista de la privacidad.

El impulso europeo dentro del marco de la estrategia para el mercado único digital y los principios de la contratación electrónica en España se tratan en el capítulo siguiente. También se hace alusión al contrato para el suministro de contenidos de carácter digital. En este sugerente capítulo, efectuado por parte de José Antonio Castillo Parrilla, se abordan determinados aspectos de carácter genérico. Así, en primer lugar, se trata la diferencia que impera entre contratación electrónica y contratación informática (medio *vs.* objeto). Seguidamente, se analizan las distintas modalidades de comercio electrónico (directo e indirecto, y B2B y B2C). Por su parte, a continuación, se estudian los distintos principios de la contratación electrónica: equivalencia funcional y no discriminación de los actos y contratos efectuados mediante medios electrónicos; inaltera-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

ción del derecho preexistente; neutralidad tecnológica; buena fe y libertad contractual reforzadas, y libre prestación de servicios de la sociedad de la información. Además de la normativa aplicable a la contratación electrónica —europea y española—, cita determinadas actuaciones o inacciones que resultan sorprendentes, por parte del legislador español, en el ámbito de la contratación electrónica. Finalmente, se refiere a la estrategia para el mercado único digital de Europa y al contrato de suministro de contenidos digitales. Estos últimos son obras de propiedad intelectual —es decir bienes inmateriales— que están disponibles en formato electrónico digital, de forma que resultan accesibles en virtud de una computadora u otros dispositivos electrónicos.

El capítulo siguiente versa sobre los servicios de confianza en el ámbito de las transacciones electrónicas. En el mismo se aborda, por parte de Juan Francisco Rodríguez Ayuso, las novedades que se suscitan a propósito del Reglamento europeo 910/2014. En primer lugar, alude a la seguridad en el comercio electrónico. Continúa con la identificación y autenticación electrónicas. Dedicar una parte significativa al examen de los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. A este respecto, en sede de efectos jurídicos, se refiere a la firma electrónica, el sello electrónico, el sello de tiempo electrónico, el servicio de entrega electrónica certificada y la autenticación de sitios web. Resultan especialmente sugerentes las apreciaciones relativas al servicio de entrega electrónica certificada que permite transmitir datos entre partes terceras mediante medios electrónicos, ofreciendo pruebas relativas a distintos aspectos como la gestión de los datos que se transmiten, el envío y la recepción, y protección frente a otros extremos adicionales como riesgo de pérdida, robo, deterioro o alteración no autorizada.

Los vicios del consentimiento en los contratos celebrados por vía electrónica son objeto de análisis por parte de Lisette Hernández Fernández y Reinero Rodríguez Corría, ambas de Cuba. En este sentido, se estudian: el error; los pactos en la determinación del riesgo; el dolo o fraude, y la violencia y la intimidación. Este capítulo de contenido descriptivo incluye ciertas definiciones de cada uno de los supuestos, y, seguidamente, se analiza su regulación de acuerdo con el derecho de Cuba. La teoría general del contrato dispone: que sin consentimiento prestado, de manera libre, no puede haber contrato. Este importante elenco de maquinaciones también puede existir cuando tiene lugar la navegación en Internet. Así,

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

por ejemplo, podemos mencionar las compras encubiertas por tarjetas de crédito.

El capítulo siguiente versa sobre la garantía jurídica de la firma electrónica. Se ocupa de la misma la profesora Formentín Zayas (Cuba). Según señala la autora, la implementación de la firma electrónica en el sistema de Cuba dará certeza respecto al otorgamiento de la firma a un sujeto concreto que es el titular del certificado de la firma electrónica. El uso de certificados procedentes de terceros de confianza que relacionan, de manera segura, una determinada persona con un par de claves es precisa para otorgar seguridad y fiabilidad al uso de las firmas electrónicas y asegurar la gestión de la información que circula por Internet.

La compraventa de obras plásticas en Internet corre a cargo de Ana María Pereda Mirabal (Cuba). Tal capítulo parte de ciertas referencias doctrinales relativas al contrato de compraventa. A continuación, se detiene en las creaciones visuales como objeto de tutela del derecho de autor con especial atención de la obra plástica. En esta última es básico el resultado final. En otros términos, se trata de que la obra se entremezcle con un elenco de elementos como la forma, la materia y el color. Como dispone la autora, las obras plásticas se crean para que sean únicas, y esta característica es parte de su esencia. Hace breves apreciaciones de carácter breve relativas a las facultades, morales y patrimoniales, de los autores. Finalmente, analiza determinadas particularidades del denominado *droit de suite* que es una suerte de derecho del vendedor inicial en posteriores reventas que, a juicio de la autora, no es un derecho real, sino sólo una facultad patrimonial de mera remuneración. Gracias a esta figura, el artista que ha vendido su obra, podría seguirla más adelante, participando en sus posibles incrementos de valor (en otros términos, cuando se revaloriza). En este sentido, se detiene, entre otras cuestiones, en sus orígenes, definición, fundamento, naturaleza jurídica y finalmente en su estructura técnico-jurídica. En este último sentido, se refiere a los sujetos titulares del derecho, objeto, contenido y formalidades de la enajenación, así como el plazo de tutela.

El contrato de permuta es objeto de examen en el capítulo siguiente. La profesora Valdés Díaz (Cuba), en primer término, analiza la permuta en Internet, dedicándose al examen de diversos sitios web al efecto. A continuación, se ocupa de los denominados bancos de tiempo, en los que la unidad de cambio no es el dinero, sino una medida de tiempo como el tra-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

bajo por hora. De esta manera, las personas que precisan determinados bienes o servicios, que no cuentan con suficiente dinero, pueden realizar determinadas prestaciones o entregar determinadas cosas. Este sistema de intercambio favorece las relaciones sociales y las condiciones de igualdad entre los participantes. Finaliza su exposición con la permuta y las obligaciones de hacer. El sistema de bancos de tiempo existe en muchos países como Reino Unido, Italia, España o los Estados Unidos. A este respecto, se centra en diversos aspectos, a saber: intercambio de créditos; intercambio de facultades de uso; intercambio de servicios o cosas por distintas prestaciones y contratos atípicos; las reglas de la permuta para solventar las diferencias que se susciten en cuanto a la cosa que se intercambie; y las reglas de los contratos de servicios que sirven para solucionar los problemas en lo que se refiere a las prestaciones de hacer.

Las redes sociales y el derecho a la intimidad son objeto de análisis, de manera independiente, en el capítulo que sigue. La profesora Puentes González (Cuba) examina, de manera genérica, la historia y los caracteres que ostentan las redes para, a continuación, centrarse en las facultades inherentes a la personalidad. Más adelante se refiere a la contratación y las redes sociales y, en concreto, en el contrato de adhesión. No debe infravalorarse el poder de las redes sociales. En efecto, en tales plataformas los sujetos no sólo muestran sus vidas privadas, sino que, de manera adicional, las empresas y los propios partidos políticos efectúan publicidad. Es más, incluso se han propagado noticias falsas —también denominadas *fake news*— para influir e incluso determinar las decisiones de los ciudadanos.

Las particularidades que se plantean a propósito de la salvaguarda de los datos personales del consumidor en el suministro de energía eléctrica y gas se analizan por parte del profesor Antonio Flamini (Italia). Aunque en el pasado los contratos de energía eléctrica y de gas se realizaban en las oficinas del proveedor, hoy, en la gran mayoría de supuestos, se hacen a distancia. El autor del presente capítulo alude a las posibilidades de uso indebido de los datos personales que son muy significativas, pues existe la posibilidad de que se exponga a las personas al riesgo de que sus propios datos personales sufran abusos. Son especialmente sugerentes las apreciaciones que se formulan respecto a la compra de datos personales por las empresas. Existen diversos supuestos en los que se producen tratamientos ilícitos de los datos de carácter personal.

El último capítulo de la obra se detiene en el Home Banking y la protección de los datos personales. En virtud del Home Banking se puede lograr determinada información de las cuentas bancarias como sus movimientos, el saldo, los abonos, realizar depósitos, pagar facturas, u otras actividades adicionales. Manuela Giobbi (Italia) profundiza en el tratamiento de los datos en el sistema bancario. Seguidamente, alude a la circulación de la información y el rastreo de las actividades en materia bancaria. También esboza la tutela de los datos personales y la idoneidad que en su caso ostentan las medidas de protección en el acceso a los sistemas telemáticos para las actividades bancarias realizadas por medios digitales. Especial atención dedica a los códigos identificativos y la captación de las credenciales informáticas. Continúa con la tutela del cliente y la diligencia del operador bancario, así como la imputabilidad del daño. Finalmente, analiza la posición que ocupa el árbitro bancario financiero.

Como decía Bob Dylan en una de sus canciones, y la realidad pone de manifiesto, los tiempos están cambiando. Los comportamientos de los ciudadanos, igualmente, también están protagonizando importantes modificaciones. Cada vez se compra más en Internet, pero también se plantean más problemas de diversa índole y alcance. En la presente obra, a cargo de profesores de distintos países, se abordan algunos de ellos. Resulta una monografía con una interesante diversidad de contenidos relativos al comercio electrónico en un sentido amplio.

David LÓPEZ JIMÉNEZ*

* ORCID 0000-0002-7013-9556. Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla y doctor por la Universidad Rey Juan Carlos. Es Full Professor en EAE Business School, España. Correo electrónico: dlopez@eae.es.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1311-1318.

BARCELÓ ROJAS, Daniel, DÍAZ RICCI, Sergio, GARCÍA ROCHA, Sergio y GUIMARÁES TEIXEIRA ROCHA, María Elizabeth (coords.). 2020. *COVID 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario-Instituto de Derecho Parlamentario. 344 pp.

Por primera vez en la historia de la humanidad, el planeta entero enfrenta una amenaza derivada de un virus (SARS-CoV-2). Las medidas que los gobiernos han implementado para evitar que las personas se enfermen y mueran, sin contar aún con una intervención farmacéutica, son el confinamiento, la distancia entre individuos y la higienización constante de manos. Esta situación, propia de páginas de ciencia ficción.

Las consecuencias de esta pandemia serán desastrosas. Los analistas estiman que la crisis en materia económica será más profunda que la vivida en 1929 y la crisis social será de grandes consecuencias. Además, derivado de las directrices emitidas por los titulares del Poder Ejecutivo para “aplanar la curva” —disminuir los contagios—, los otros dos poderes públicos, propios de las repúblicas y de las democracias, el Legislativo y el Judicial, también se han detenido o, al menos, han disminuido considerablemente su capacidad operativa.

Precisamente del trabajo del Poder Legislativo, en estas circunstancias excepcionales, es el tema que aborda el libro *COVID 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, coordinado por Daniel Barceló, Sergio Díaz, Sergio García y María Elizabeth Guimarães Teixeira, que tiene 23 contribuciones de igual número de autoras y autores, divididos en siete capítulos. Además de un prólogo escrito por Alfonso Fernández-Miranda Campoamor y una introducción a cargo de Diego Valadés. Fernández-Miranda reflexiona sobre la cantidad de facultades que, en medio de la crisis pandémica, tienen los titulares del Poder Ejecutivo lo que ha afectado la normalidad constitucional, de lo que se derivan tres situaciones: un excesivo uso de ordenanzas o decretos emitidos por el Ejecutivo en materia de emergencia, la degradación de los controles políticos, instituciona-

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1319-1323.

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

les y sociales, y la restricción de derechos fundamentales en el estado de alarma. Si bien las cartas constitucionales consideran el uso de potestades al Ejecutivo en casos de emergencia, los poderes legislativos no están listos para una situación en la que no pudieran sesionar. La ciudadanía, por otra parte, se enfrenta a una restricción de algunos de sus derechos fundamentales, como el de la movilidad, ya que entra en colisión con otros, en particular con el derecho a la salud.

Diego Valadés, en la introducción, aborda los necesarios temas de la razón de Estado, los estados de emergencia y los controles constitucionales. No puede permitirse la actuación arbitraria de las autoridades en aras de preservar el orden o la vida; por ello, es preciso la existencia de instrumentos que hagan razonable la conducta de quienes están investidos de autoridad. En momentos de emergencia, la verdad y el acceso a la información no pueden ser relegados. El derecho a la verdad se vuelve un atributo ciudadano y un marco de actuación de la función pública. Valadés señala tres elementos que se han conjugado en la crisis sanitaria: arbitrariedad, mentira y falta de cultura política.

En el capítulo primero “Jurisprudencia interamericana sobre estados de emergencia” se encuentra el trabajo “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)”, escrito por el juez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en donde se analiza, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si en un escenario de excepcionalidad, se puede permitir a un Estado limitar o suspender el disfrute de los derechos o libertades consagrados en el Pacto de San José. El autor concluye que los Estados deben recurrir a la suspensión de derechos como última medida para proteger y garantizar, de manera paradójica, los derechos de las personas. En este sentido, la Corte IDH ha expresado una tendencia rígida en la interpretación de la suspensión de garantías como argumento para justificar violaciones a derechos humanos durante estados de emergencia. La Corte IDH ha advertido sobre la germinación de autoritarismos cuando ocurre abuso en el empleo de estados de excepción. El capítulo segundo “Control parlamentario del gobierno en estado de emergencia sanitaria” integra tres trabajos: el de Javier García Roca, “El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus”; “Control parlamentario del gobierno en

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1319-1323.

estados de emergencia sanitaria”, de Jorge Horacio Gentile, y “Controle parlaentar em época de pandemia”, escrito por Patrícia Rosset. En ellos se reflexiona sobre los diversos papeles y acciones que han tenido los gobiernos y los poderes legislativos de España, Argentina y Brasil. En estos países, no se ha roto la división de poderes pero es notoria la concentración de facultades en el Ejecutivo. Los recursos telemáticos han sido fundamentales para los parlamentos de España y Brasil y de esta manera ha ocurrido un control “remoto” de las decisiones del Ejecutivo. Por otro lado, en Argentina, ante la imposibilidad de reunirse las cámaras de Diputados y de Senadores, el presidente comenzó a emitir decretos-leyes, con lo que en los hechos sustituyó al Congreso en la tarea de legislar. Esto llevo a la vicepresidencia de la nación, simultáneamente titular de la presidencia del Senado, a presentar una demanda ante la Suprema Corte de Justicia para que esta instancia resolviera sobre la validez de las sesiones por medios virtuales o remotos.

“Todavía en la penumbra del coronavirus: anotaciones sobre el funcionamiento del federalismo norteamericano”, de Jorge Madrazo; “A crise federativa no Brasil durante a pandemia da COVID-19”, de María Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, y “Federalismo: emergencia sanitaria y competencias en México”, de José Ma. Serna de la Garza, son los trabajos que se encuentran en el capítulo tercero “Federalismo: emergencia sanitaria y competencias”. Los artículos abordan sobre la reacción que han tenido los Estados federales a la enfermedad y las fricciones que han ocurrido entre las autoridades nacionales con los gobernantes de los estados. ¿Qué tipo de Estado ha resultado más efectivo para contener la pandemia: el federal o el centralista?, y ¿una emergencia de este tipo puede ser atendida con varias y diferenciadas autoridades (federal y locales), con capacidades e infraestructura también distintas o se requiere un único cuerpo de decisión y mando? Estas son algunas de las preguntas que surgen al leer la triada de artículos.

El siguiente conjunto de artículos forma parte del capítulo cuarto “Grados de emergencia sanitaria: declaración y autorización parlamentaria”: “La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia”, de Daniel Barceló; “Contexto normativo y político de Chile ante la emergencia sanitaria por COVID-19. Nuevas leyes y sus efectos en los derechos fundamentales”, de Ana María García; “Actividad y funcionamiento de los parlamentos españoles en la crisis sanitaria por CO-

VID-19”, de Piedad García-Escudero; “Os mecanismos brasileiros de enfrentamento às situações de crise”, de Grace Mendonça, y “Constitución, estado de emergencia y COVID-19 en Perú. Un diagnóstico situacional preliminar”, de José F. Palomino. Todos los textos coinciden en analizar los mecanismos de estado de excepción o de emergencia puestos en marcha, como las formas de supervisión de éstos, en especial aquellos que les corresponden a los poderes Legislativos. Se estudia el rol de los parlamentos mediante la publicación de normas legislativas en diversas materias (económica, laboral, jurisdiccional, política, entre otras) y la manera en que se ha recurrido a buscar soluciones a la gestión legislativa en los parlamentos autonómicos o locales y en las cámaras que integran las cortes generales, en el caso español.

“Restricciones a los derechos fundamentales y sanciones” es el título del capítulo quinto, en donde están los trabajos de Káthia Magalhães, “As repercussões da pandemia COVID-19 na precarização social do trabalho no Brasil”; Guillermo Barrera, “Emergencia sanitaria y Constitución argentina”; Eddie R. Cajaleón, “Los derechos sociales y económicos frente a las medidas de confinamiento contra la propagación del COVID-19: su aplicación a los derechos laborales y a la seguridad social”; Encarnación Carmona, “Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID-19 en España”; María Elisa García, “Restricciones a los derechos fundamentales en México en tiempos de emergencias sanitarias”, y Alejandro Solano con “Acontecimientos COVID-19: visión parlamentaria en El Salvador”. En esta sección, las autoras y autores se abocan a estudiar las implicaciones que lleva suspender la vigencia de algunos derechos fundamentales por medio de decretos de estados de emergencia o de excepción —siempre subordinados a la Constitución—, cuyo objetivo es la autoconservación del Estado y de la sociedad y los efectos diferenciados que tienen para distintos grupos sociales: trabajadores, mujeres e infantes. Los textos “Ordenación de las fuentes del derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español”, “El sistema de fuentes del derecho en Argentina por la emergencia sanitaria” y “El sistema de fuentes del derecho en los casos de emergencia sanitaria en México”, de Raúl Canosa, Sergio Díaz y Carla Huerta, respectivamente, se encuentran en el capítulo sexto “Ordenación de las fuentes del derecho en estados de emergencia sanitaria”, y examinan las decisiones de tres gobiernos con base en los ordenamientos constitucionales y la infraestructura legal

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 1319-1323.

vigente; es decir, se pasa revista a las potestades de las autoridades y su alcance en clave democrática, esto con la finalidad de comprender la organización normativa y las relaciones entre las leyes en materia de situaciones de emergencia.

Finalmente, los trabajos que cierran el libro son “La votación en los tiempos del virus”, de Héctor Pérez y “Emergencia sanitaria y suspensión de elecciones”, escrito por Ángel J. Sánchez. Estos dos artículos completan el capítulo séptimo, “¿Elecciones en estados de emergencia sanitaria?”, en donde se reflexiona sobre qué hacer con las elecciones, a la sazón elemento insustituible de las democracias. La actual circunstancia ha hecho que algunas elecciones sean pospuestas, se utilicen mecanismos de votación remota (digital o postal) o que se acuda a las urnas maximizando las prácticas para evitar el contagio. Si no hay elecciones y se vence el mandato, éste podría prorrogarse, con la observancia constitucional correspondiente. Puede decirse, incluso, tal como lo señala la Comisión de Venecia, que es legítimo retrasar las elecciones en aras de mantener el orden constitucional. Las elecciones pueden entrar en suspenso y cuando haya mejores circunstancias deben realizarse sin excepción, pero lo que no puede dejar de funcionar es la democracia y las disposiciones republicanas.

En medio de la crisis que se vive, hay que recordar que sólo con el Estado saldremos adelante, los poderes públicos no deben bajar la cortina, y la supervisión y control del poder no pueden suspenderse.

Eduardo TORRES ALONSO*

* ORCID 0000-0002-0868-2240. Profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y secretario técnico del Seminario Universitario de Estudios sobre Sociedad, Instituciones y Recursos, Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: etorres@unam.mx.