

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 161

Nueva Serie Año LIV Número 161 Mayo-Agosto 2021

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. María Marván Laborde

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año LIV, número 161, mayo-agosto de 2021, 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*. Editor responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2015-060912252900-203. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Margarita García Castillo

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Director y editor

Raúl Márquez Romero

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero

Wendy V. Rocha Cacho

Comité Editorial

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

Comité Científico

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

Comité Asesor

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

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

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

Primera edición: 30 de noviembre de 2021

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, 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)

<p>Isabel Ximena GONZÁLEZ RAMÍREZ Johanna Carla VARGAS UGALDE</p>	<p>Un tratamiento restaurativo para el aborto en Chile 571</p>
<p>Werner Miguel KÜHN BACA</p>	<p>El fenómeno de la “agencificación” en la administración de la Unión Europea 611</p>
<p>Jorge Eduardo MEDINA VILLANUEVA</p>	<p>Daños derivados de la infidelidad conyu- gal. Análisis del tema a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la inobservancia de los deberes matrimonia- les 671</p>
<p>Joaquín ORDÓÑEZ</p>	<p>La seguridad pública mexicana y su alter- nativa en la vertiente no estatal del juicio democrático <i>lato sensu</i> 705</p>
<p>Casto PÉREZ DE ARÉVALO TRILLO-FIGUEROA</p>	<p>La liberalización del mercado eléctrico es- pañol: agentes intervinientes, distribución de competencias y la especial posición del regulador. Retos a los que se enfrenta como consecuencia de la crisis provocada por la COVID-19 733</p>
<p>Italo REYES ROMERO</p>	<p>La figura de la “condena alternativa” (<i>wahlfeststellung</i>): un estudio introductorio desde la discusión alemana 771</p>
<p>Víctor Manuel ROJAS AMANDI</p>	<p>La interpretación de conformidad con la Constitución en derecho alemán . . . 813</p>

ARTÍCULOS

¿INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA A PESAR DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO PROMETIDO EN COLOMBIA?*

BREACH OF THE PROMISE CONTRACT DESPITE THE EXECUTION OF THE PROMISED CONTRACT IN COLOMBIA?

Jorge Luis BARACALDO CHÍQUIZA**

RESUMEN: Este estudio se cuestiona si los efectos del contrato de promesa terminan con la celebración del contrato futuro o si, por el contrario, se puede hablar de vinculatoriedad del contrato de promesa y su posibilidad de incumplimiento pese a la celebración del contrato prometido. Este asunto ha sido resuelto de manera discordante por la jurisprudencia nacional de Colombia, por lo que surge la necesidad de exponer la problemática y brindar elementos de estudio para la construcción de una solución adecuada.

ABSTRACT: This study tries to determine if the effects of the promise contract end once the future contract is concluded or, on the contrary, if the promise can be binding despite the conclusion of the promised contract. This question has been resolved in a discordant manner by national jurisprudence, which is why there is a necessity to expose the problem and provide elements of study for the construction of an adequate solution.

Palabras clave: contrato de promesa; contrato prometido; prestación; conexidad negocial; coligación negocial; incumplimiento.

Keywords: promise contract; promised contract; contractual obligations; linkened contracts; breach of contract.

* Recibido el 11 de abril de 2020; aprobado el 19 de marzo de 2021.

** ORCID: 0000-0002-5513-1169. Juez Tercero Civil Municipal de Chia. Correo electrónico: jorge.baracaldo@est.uexternado.edu.co.

SUMARIO: I. *Introducción: la naturaleza del contrato de promesa en el derecho colombiano.* II. *La relación entre contrato de promesa y contrato prometido según la jurisprudencia nacional.* III. *Incumplimiento del contrato de promesa a pesar de la celebración del contrato prometido.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE PROMESA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Esta contribución se cuestiona fundamentalmente si los efectos del contrato de promesa terminan con la celebración del contrato futuro o si por el contrario se puede hablar de vinculatoriedad del contrato de promesa y su posibilidad de incumplimiento pese a la celebración del contrato prometido. En el derecho nacional colombiano esta cuestión ha sido resuelta de manera discordante por nuestra jurisprudencia por lo que surge la necesidad de exponer la problemática y brindar elementos de estudio para la construcción de una solución adecuada.

A modo de introducción, luego de algunas referencias sobre de la figura negocial del contrato de promesa en el derecho privado nacional, para los efectos de lo que nos proponemos demostrar resulta necesario mencionar la caracterización que de este contrato hace la doctrina en los términos de contrato principal y temporal, y su relación con el contrato definitivo. Con posterioridad, en la primera parte de este escrito, se expondrá el tratamiento dado por la jurisprudencia a la vinculatoriedad del acuerdo una vez celebrado el contrato definitivo. En una segunda parte, nos ocuparemos de algunos casos en los cuáles consideramos que el contrato puede seguir teniendo efectos a pesar de la ejecución de la obligación principal de hacer de celebrar el contrato futuro.

El contrato de promesa ha sido regulado en el ordenamiento jurídico colombiano desde los orígenes de su codificación civil (J. Oviedo, 2003, pp. 611 y ss.). Punto de partida en esta materia es el proyecto de Código Civil de Chile, de 1853, elaborado por Andrés Bello (1888), el cual en su artículo 1733 le dio el carácter de generador de obligaciones de hacer,¹

¹ Art. 1733 Proyecto de 1853: “La promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes, *es una obligación de hacer* y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un

disposición que se mantuvo con modificaciones en el Proyecto Inédito y finalmente en el artículo 1554 del Código Civil chileno (2003).² En esta norma se establecen cuatro requisitos para la validez del contrato (R. Díez, 1989, p. 94), cuya redacción se mantiene inalterada en la legislación chilena hasta el día de hoy.

Aunque nuestro ordenamiento adoptó la legislación civil chilena, al momento de su introducción curiosamente no fue acogida la redacción de Bello, que le daba eficacia a este contrato; por el contrario, el artículo 1611 del Código Civil colombiano negó toda validez al contrato de promesa;³ sólo con la reforma introducida en el artículo 89 de la Ley 153, de 1887, se ajustó la normatividad para dar efectos jurídicos a la promesa de contrato (J. Bonivento, 1996, pp. 13 y ss.), retomando así el legislador nacional los requisitos de validez establecidos en la legislación chilena. La promesa de contrato quedó plasmada en el sentido de que sólo está llamada a producir efectos cuando su forma sea escrita, no sea ineficaz por tener por objeto la celebración de una obligación inválida, establezca un plazo o condición para la celebración del contrato definitivo y que su objeto se encuentre plenamente determinado.

En materia mercantil, el Código de Comercio colombiano sigue una dinámica distinta en materia de forma;⁴ de ello es muestra la norma

contrato que las leyes declaran ineficaz no tendrá valor alguno”. Las cursivas son mías. La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre 1981, Amplió la fuente anterior, indicando que Bello tomó esta norma de la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 y posteriormente el Libro X de la Novísima Recopilación.

² Art. 1554. “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1.a Que la promesa conste por escrito; 2.a Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; 3.a Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; 4.a Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”. Véase L. Claro Solar (1992, pp. 702 y ss.).

³ Art. 1611. “La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna”.

⁴ Art. 824. “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

del artículo 861,⁵ disposición que, a diferencia de la norma civil, permite que la promesa de contrato no tenga que cumplir con la solemnidad del escrito. Sin embargo, sigue recalcando que es un contrato que se caracteriza por producir una obligación de hacer.

Aunque el objeto principal de la promesa sea el de celebrar el contrato prometido (obligación de hacer), se parte aquí de la afirmación de que ni cabe confundir o asimilar las dos figuras contractuales, ni cabe decir que una vez celebrado el contrato prometido deja *per se* de existir el contrato de promesa, porque el contrato de promesa puede contener estipulaciones ajenas al contenido específico del contrato definitivo, aunque relacionadas con éste. Con todo, y como lo mencionan tanto la doctrina como la jurisprudencia, el contrato de promesa está en relación estrecha con el contrato definitivo (R. Díez, 1989, p. 90). ¿Pero, en qué términos se da esta relación?

Para efectos de lo que sigue, se hace entonces necesario determinar si el contrato de promesa se puede catalogar como principal o accesorio. El artículo 1499 del Código Civil tipifica los contratos en principales y los accesorios, y los distingue entre sí con el criterio de su subsistencia autónoma. Con fundamento en esta disposición legal, y como quiera que la promesa produce efectos jurídicos sin que exista otro contrato, se puede determinar que ella tiene el carácter de contrato principal. Así las cosas, la relación entre contrato de promesa y contrato prometido no se da en los términos de principal-accesorio y ello además porque no se puede ser accesorio de lo que no existe.

A fin de lograr dilucidar el vínculo entre los dos tipos contractuales podemos echar mano de la llamada categoría de la coligación negocial Lina Geri, Umberto Breccia, Francesco Busnelli y Ugo Natoli, 1995, p. 943). En este orden, el contrato de promesa está coligado al contrato prometido (Hildebrando Leal, 2017, p. 96), por cuanto el objeto principal del primero es la celebración del segundo, sin que funcionalmente uno dependa del otro. En otros términos, se trata de una coligación genética en la que el nacimiento del contrato prometido tiene como origen el cumplimiento de un contrato de promesa (M. Bianca, 2007, p. 503). Pero, además, la validez del contrato de promesa se ve afectada si el contrato

⁵ Art. 861 “La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

al que pretende conducir es un contrato nulo. Así, tal y como lo ejemplifica del numeral 2 del artículo 1611 del Código Civil, un contrato de promesa no puede conducir a la celebración de un contrato nulo pues él mismo resulta nulo, lo cual también coherentemente ha sido mencionado por la jurisprudencia nacional desde sus inicios. Así se evidencia de la *ratio decidendi* del fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 8 de febrero de 1908,⁶ en la cual se precisó que no puede existir una promesa que tenga por objeto la celebración de un contrato nulo, porque de la misma forma también ella resultaría siendo nula:

El hecho de exigirse una solemnidad especial cuya ausencia implique nulidad para el contrato definitivo, no implica que el pacto preparatorio deba cumplir con este requerimiento formal, pero la promesa no puede generar al cumplirse, un contrato que sea nulo; si ello es así, el vicio contamina al contrato preparatorio y no estará llamado a producir efectos.

Pero además de lo que vemos en términos de una coligación genética, la doctrina señala que un aspecto que marca la relación entre contrato preparatorio y contrato definitivo está dado por la *temporalidad* del contrato de promesa y el tipo de obligación que genera. Como quiera que el numeral 3 del artículo 89 de la ley 153, de 1887, exige la estipulación del plazo o condición como requisito indispensable de la promesa, la doctrina subraya en este punto el carácter temporal de este negocio jurídico (A. Valencia Zea, 1988, p. 24 y F. Hinestrosa, 2015, p. 855). Sin embargo, la doctrina no va más allá respecto del análisis de otras estipulaciones que las partes puedan haber pactado y cuál puede ser su exigibilidad una vez agotado el objeto principal de la promesa (A. Tamayo, 2008, p. 88; G. Ospina 2015, p. 171, y L. Claro, 1992, p. 703). Se sostiene que la diferencia entre el contrato preliminar y el contrato definitivo se da por el hecho de no producir el primero otro efecto distinto al de la obligación

⁶ “En esta oportunidad, se estudia el caso en el cual un curador prometió en venta un bien de su pupilo, quien era una mujer menor de edad, sin agotar el procedimiento establecido en los artículos 483 y 484 del Código Civil vigentes para la época. Se discutió si la ausencia de esta ritualidad al momento de celebrar el contrato de promesa afecta la validez del contrato definitivo, el cual, sin esta solemnidad indudablemente será nulo. Para el caso en concreto la futura celebración de la compraventa de un bien de una persona que no tenía plena capacidad de ejercicio implicaría, en su ejecución, la celebración de un contrato nulo”.

de celebrar un contrato futuro (obligación de hacer). Sin embargo, tomar el contrato de promesa como un contrato meramente temporal conlleva ocultar su posible subsistencia en lo referente a otros efectos finales que las partes hayan querido conseguir (F. Messineo, 2018, p. 313).

Veremos a continuación que la jurisprudencia ha tenido que ocuparse de manera más concreta de las consecuencias de esta relación entre los dos contratos (no siempre con ocasión de la nulidad del contrato de promesa), aunque lo ha hecho en términos discordantes. Lo que va a afirmarse en este escrito es que la celebración del contrato prometido, esto es, la prestación principal, no implica *per se* la pérdida de efectos del contrato de promesa, en particular, la vinculatoriedad de otras prestaciones pactadas o implícitas en el contrato de promesa.

II. LA RELACIÓN ENTRE CONTRATO DE PROMESA Y CONTRATO PROMETIDO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Como venimos de decir, sobre esta relación no se ha ocupado de manera tan atenta la doctrina nacional, salvo para señalar el carácter de contrato medio, o de contrato temporal de la promesa, cuáles son los elementos del contrato de promesa y cuál es la obligación esencial que nace del mismo, para diferenciarla del contrato prometido: una obligación de hacer.

Sin embargo, sobre esta relación sí se ha ocupado de manera más profunda la jurisprudencia, aunque lo ha hecho con posiciones diametralmente opuestas. La primera posición considera la extinción de los efectos del contrato de promesa con la celebración del contrato prometido; la segunda, considera que los efectos del contrato pueden ir más allá de la celebración del contrato prometido. Veamos.

1. *Posición que parte de un carácter temporal o efímero de la promesa*

La promesa de contrato atiende la necesidad de las partes de crear un vínculo provisional e instrumental cuyo objeto está en la celebración del contrato definitivo (M. Bianca, 2007, p. 207). Con fundamento en el numeral 3 del artículo 1611 del Código Civil, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, vía *obiter*

dicta, ha sostenido una posición que limita la vinculatoriedad de la promesa hasta el momento de cumplimiento de la prestación principal, esto es, la obligación de hacer dentro de la época en que ha de celebrarse.

Para estos efectos se hará mención, brevemente, de los considerandos de la Corte Suprema de Justicia en cuatro providencias.⁷ A modo de síntesis podemos decir que la Corte utiliza dos fundamentos para establecer que los efectos de la promesa de contrato desaparecen al celebrarse el contrato definitivo. En primera medida, indica que la promesa tiene como única función la obligación (esencial) que surge de este negocio jurídico, es decir, la obligación de hacer consistente en la celebración de un contrato y que, por tanto, el poder vinculatorio de la promesa no podría ir más allá de obligar a las partes a este fin. En segunda medida, que el contrato de promesa es esencialmente temporal, por lo que, al agotarse su objetivo primordial, desaparece su vinculatoriedad.

Nuestro estudio inicia con la providencia del 28 de julio de 1960, en la cual afirmó la Corte:⁸

Tratándose de la promesa de compraventa, quiere decir que los derechos y obligaciones, que la promesa como tal encarna, no son los mismos que la compraventa genera, esto es, que *la promesa no confiere al prometiente vendedor título alguno al pago del precio, ni al prometiente comprador título alguno a la entrega de la cosa*, efectos estos que *solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada*, pero que no podrían ser subsumidos por la mera promesa, *cuyo poder vinculatorio no va más allá de obligar mutua y recíprocamente a las partes a la celebración del contrato prometido*, bajo la disciplina de los medios de coactividad jurídica estatuidos por el derecho positivo respecto de las obligaciones de hacer (las cursivas son mías).

⁷ “a) la obligación específica y única que surge de la promesa es la de concurrir a la celebración del contrato prometido (sentencias del 28 de julio de 1960 y 8 de julio de 1977); b) el plazo es el límite para la producción de los efectos de la promesa. Celebrado el contrato definitivo desaparece el contrato de promesa (sentencia del 1o. de junio de 1965); c) el plazo o la condición es el indicativo de la temporalidad de la promesa (sentencia del 14 de julio de 1998); d) alcance en el tiempo de la promesa de contrato, celebrado el contrato definitivo” (sentencia del 16 de diciembre de 2013).

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

En cuanto al llamado *carácter provisional o transitorio* de la promesa, según sentencia del 1o. de junio de 1965,⁹ la Corte Suprema de Justicia recalcó que la promesa de compraventa, fuera del deber de contener todos los elementos exigidos por el artículo 1611 del Código Civil para que tenga validez, tiene el carácter de temporal y efímera:

El contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, cuál es la de asegurar la celebración la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente. No es un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto. Ofrece además estos caracteres: es un contrato preparatorio de orden general porque puede referirse a cualquier otra convención; es principal y solemne y puede ser unilateral o bilateral... Fuera de estos caracteres, el contrato de promesa presenta otra particularidad que no debe perderse de vista. La finalidad económica que persigue, la circunstancia de no ser un fin en sí mismo, sino un medio encaminado a celebrar otra convención futura *le imprime al contrato de promesa un carácter provisional y transitorio*. Esta transitoriedad, esta modalidad de convenio preparatorio y temporal, *es de la propia esencia del contrato*. No es, pues, una convención perdurable, ni está destinada a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos (las cursivas son mías).

Con fundamento en esta consideración, la Corte indica que el numeral 3 del artículo 1611 del Código Civil da el carácter temporal y efímero a la promesa, a fin de evitar que las partes queden “ligadas por ella de manera indefinida o intemporal”, como en el caso en concreto, en el que no encontró plenamente definida la época en que se debía celebrar el contrato prometido.

Frente a lo anterior, anotamos que el argumento de la sentencia para resaltar el carácter temporal de la promesa está centrado en la obligatoriedad de señalar un plazo o condición en que se ha de celebrar el contrato prometido; pero la Corte no realiza un análisis de la temporalidad a partir

⁹ El asunto desatado se refiere a la falta de cumplimiento del contrato de promesa de venta en el cual se estableció como época para la celebración de la escritura correspondiente al momento en que estuviesen listos los certificados de paz y salvos. El promitente comprador fue requerido para comparecer a la firma de la escritura pública, pero éste se rehusó a firmar por cuanto los linderos de los predios no fueron los acordados en la promesa. En este caso el Tribunal de segunda instancia decretó de oficio la nulidad de la promesa por indeterminación del plazo o condición, lo cual fue respaldado en casación.

del contenido de las obligaciones contraídas dentro de la promesa (debido a que el caso concreto no tiene que ver con este punto). Sin embargo, de lo anterior no pareciera tener que derivarse necesariamente que algunas de las disposiciones de las partes no puedan tener un carácter vinculante a pesar de la celebración del contrato prometido (sin embargo, como veremos, la Corte llegará a una conclusión contraria en este particular).

Sobre este mismo aspecto de la temporalidad, la Corte Suprema en sentencia del 14 de julio de 1998,¹⁰ sostuvo nuevamente que el requisito del establecimiento de un plazo o condición para celebrar el contrato definitivo le da un carácter limitado en el tiempo al contrato preparatorio y limita su eficacia a futuro.

No obstante la consensualidad, el contrato de linaje mercantil debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, porque siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, *tiene un carácter transitorio o temporal*, característica ésta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido (...) Pues bien, estas y no otras son las *condiciones esenciales* a un contrato de la estirpe que se analiza, aún independiente del art. 89 de la ley 153 de 1887, porque en ellas se radica su *carácter preparatorio o pasajero*, lo cual implica por su naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido. (...), *por su carácter transitorio o temporal y por su naturaleza de contrato preparatorio del contrato fin*, debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, pues de no ocurrir así no sólo se dejaría en entredicho su función jurídica instrumental para hacer el contrato prometido, *sino que se desvirtuaría ese carácter efímero que se anotaba, porque al fin de cuentas éste lo determina el señalamiento de tal época* (las cursivas son mías).

¹⁰ Dentro de un proceso declarativo, se demandó la nulidad absoluta del contrato de promesa de cesión de derechos entre dos sociedades, siendo el demandante el cedente de unas partes de interés en una sociedad limitada. Los jueces de instancia accedieron a esta pretensión bajo el argumento que, si bien se estableció un plazo para la celebración del contrato definitivo, el mismo no era válido al no contemplar los términos mínimos que la ley exige para ejercer el derecho de preferencia de los demás socios de la sociedad limitada. La parte demandada vencida en el proceso presenta el recurso de casación, argumentando que, al regirse el contrato por la ley comercial, no requiere el establecimiento de un plazo como requisito de validez de la promesa.

La anterior doctrina de la Corte sirvió como sustento fundamental para la sentencia del 16 de diciembre de 2013¹¹ (cuya “problemática”, advertimos, la consideraremos en el siguiente apartado precisamente como caso de incumplimiento de la promesa a pesar de la celebración de contrato prometido). En esta providencia la Corte Suprema insiste en señalar que la promesa de contrato no tiene eficacia jurídica una vez celebrado el contrato definitivo y parece agregar que las cláusulas pactadas en la promesa no subsisten, sino que se tienen como inmersas en el contrato definitivo. Afirma la Corte:

La promesa y el contrato prometido jamás pueden coexistir en el tiempo, pues el nacimiento de éste acarrea la extinción de aquélla. Sin embargo, nada obsta para que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pacten en un mismo documento, además del compromiso de celebrar el contrato definitivo, otras prestaciones destinadas a regir en vigencia de éste. Tal circunstancia no significa en modo alguno que la promesa subsista luego de perfeccionarse el acuerdo principal sino, tan sólo, que en la fase de conclusión del negocio los contratantes deciden ratificar las cláusulas contenidas en el arreglo preliminar, sin que sea necesario volver a pronunciarse sobre lo que convinieron con anterioridad.

Para el punto en análisis, la Corte indicó que el objeto principal de una promesa es la celebración de un contrato definitivo; sin embargo,

¹¹ La Corte en sede de casación analiza el caso de la declaratoria de incumplimiento del contrato de promesa de cesión de acciones, respecto de las garantías pactadas en este negocio jurídico derivados de situaciones económicas adversas y no informadas debidamente por el cesionario. En este caso se ejecutó una venta de una sociedad de *leasing* a través de la cesión de sus acciones. Para ello, las partes celebraron un contrato de promesa de venta de acciones, en el cual, se estipuló el pago de una suma de dinero a cambio de la entrega de las acciones, la cual se llevaría a cabo obtenida la aprobación por parte de la Superintendencia Bancaria, de la operación mercantil. La suma de dinero sería cancelada en dos contados, el primero de ellos a título de arras confirmatorias. Dentro de ese pacto se estableció una cláusula de garantía de responsabilidad a cargo del promitente vendedor, determinado en el mayor accionista de la compañía de *leasing*, sobre las contingencias “existentes a la fecha del traspaso de las acciones o que surjan con posterioridad a éste, pero en todo caso resultantes de actos, hechos o contratos celebrados, ejecutados o cumplidos con anterioridad al traspaso de las acciones...”. El pacto preparatorio también incluyó un mecanismo de “comprobación de cuentas” y finalmente se estipuló la fecha de la celebración del contrato definitivo, sometido a la aprobación por parte de la Superintendencia Bancaria.

reconoce que la primera puede regular situaciones diferentes al perfeccionamiento del segundo. Las partes podrían entonces pactar en un solo documento, otras estipulaciones encaminadas a regir el contrato definitivo, sin que por ello se entienda que la promesa subsista una vez celebrado éste.

Consideramos que esta posición generalizadora de la Corte es equivocada y que para efectos de determinar la vinculatoriedad o no de una cláusula del contrato de promesa, posterior a la celebración del contrato prometido, debe ser examinado su contenido en el caso concreto. No exige la ley ratificación de los pactos adicionales de las partes para darles efectos vinculantes, ni considera su ratificación tácita.

2. *Posición que considera un carácter vinculante de la promesa, más allá de la celebración del contrato prometido*

A pesar de la jurisprudencia expuesta en el aparte anterior, existen otros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los que se puede extraer que la vinculatoriedad de la promesa de contrato puede ir más allá de la celebración del contrato prometido. Veamos:

De la providencia del 3 de marzo de 1939,¹² a pesar de que la Corte no dice expresamente que los efectos del contrato de promesa pueden ir más allá de la celebración del contrato prometido, se puede inferir claramente esta conclusión cuando en aquella se indica que el vencimiento del plazo en que debía ser cumplido el contrato de promesa no conlleva a su extinción:

Se precisa que la promesa es un contrato por sí mismo y de acuerdo artículo 1602 del Código Civil es ley para las partes, lo cual implica que vincula hasta tanto no se haya extinguido válidamente o haya sido invalidado. Por lo tanto, al celebrarse la promesa de contrato, la misma debe ser cumplida incluso luego de transcurrido el tiempo fijado en ella *y se debe interpretar el clausulado íntegramente para determinar el conjunto de las obligaciones que se encuentran inmersas dentro del contrato de promesa, las cuales no se limitan exclusivamente a la celebración del*

¹² En el contrato de promesa de compraventa se pactaron unos plazos para el pago del dinero y se señalaron 30 días para la celebración de la escritura, recibiendo materialmente el objeto del contrato sin otorgarse el instrumento público en el plazo pactado.

contrato prometido. El transcurso del tiempo no es óbice para que el contrato no se cumpla (las cursivas son mías).

Tratando el tema de los efectos de las obligaciones, en sentencia del 11 de mayo de 1942,¹³ la Corte estudia el caso de la resolución por incumplimiento del contrato de promesa de compraventa de un inmueble por soportar el mismo un gravamen (albanal), sin que se hubiese perfeccionado el contrato definitivo.

En esta providencia se indicó que al no estar el vendedor en condiciones de cumplir las obligaciones que se desprenden del contrato prometido, aparte de la principal obligación de hacer (celebración del contrato prometido), es posible solicitar además de la ejecución del contrato de promesa, la acción resolutoria correspondiente, por cuanto muchas veces ya se ha perdido el interés en coaccionar al deudor incumplido para el cumplimiento forzado de la totalidad de la obligación; en otras palabras, no solamente la obligación de hacer de celebrar el contrato definitivo es la única que puede dar lugar a la declaratoria de incumplimiento contractual; las partes pueden establecer otro tipo de cláusulas que serían propias del contrato definitivo, antes de la celebración del mismo, cuyos efectos pueden perdurar en el tiempo.

Se entiende por efectos de las obligaciones los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor. Para cumplir estos fines, o sea los efectos de las obligaciones, fue para lo cual se dictó el artículo 1610¹⁴ del C.C., es decir

¹³ En este caso, se pactó en la promesa de venta que el inmueble se encontraba al momento de su celebración libre de todo gravamen y que en el mismo estado jurídico ser encontraría al otorgarse la escritura de venta. Llegada la fecha de la celebración del contrato prometido, el promitente comprador se rehusó a firmar la correspondiente escritura pública porque el inmueble estaba atravesado por tubería de aguas negras de otro predio. El demandante solicitó la rescisión o resolución del contrato de promesa por incumplimiento del promitente vendedor, la extinción de las obligaciones y la restitución de las arras. En las dos instancias fueron negadas las pretensiones por falta de causa para rescindir el contrato y por cuanto la ley no contempla la resolución de este tipo contractual. La Corte puntualizó que, al ser un contrato bilateral, no es dable al juez de instancia limitar la acción resolutoria del artículo 1546 del Código Civil.

¹⁴ Art. 1610. “Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

para obligar coercitivamente al deudor al cumplimiento de su obligación, lo que vale decir que esa disposición se refiere al cumplimiento forzado de la obligación que tiene su nacimiento en alguna de las cuatro condiciones ya enumeradas en el artículo 1494.

De estas premisas se desprende que los casos señalados en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 1610, son los medios que la justicia pone en manos del acreedor, a su elección para la ejecución forzada de la obligación, pero solo para ese cumplimiento, lo que no *excluye ni podía excluir que el acreedor optara, no por hacer cumplir la obligación sino por resolverla, pues sería insólito que éste quedara permanentemente ligado por un vínculo jurídico indisoluble a pesar de que el deudor estuviera constituido en mora y que en esta mora no le quedara más vía legal que la de la ejecución forzada cuando el acreedor no desea el cumplimiento de la obligación sino su extinción, contrariando el principio general de que los contratos bilaterales pueden resolverse por el incumplimiento de una de las partes, cuando no optan por la ejecución* (las cursivas son mías).

Por lo expuesto existen dos rutas que el acreedor que ha estado dispuesto a cumplir el contrato de promesa puede elegir: la de confiar en que le cumplan el futuro contrato y entonces apremiar al deudor a la celebración del contrato prometido o la de decantarse por la extinción de la obligación, por pérdida del interés, acudiendo a la acción resolutoria; en ambos casos podría reclamar los correspondientes perjuicios, bajo el amparo de los artículos 1546 y 1610 del Código Civil. Esta elección va a depender del interés exclusivo del contratante cumplido y ni la ley ni el juzgador pueden limitar (salvo que se vaya en contravía del principio de buena fe en el caso concreto) el ejercicio de la elección de una u otra. Esta sentencia pone en evidencia cómo obligaciones diferentes a la de celebración del contrato prometido tienen efecto sin necesidad de ser ‘ratificadas’ o entenderse como ‘ratificadas’ en el contrato prometido.¹⁵ Podemos concluir que, aunque la obligación de celebrar un contrato es la que esencialmente pertenece a la promesa, y la cual puede ser exigible coactivamente, otras estipulaciones contractuales, en el caso en concreto, la obligación

1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.

¹⁵ Sobre el aspecto de la ratificación nos referiremos en el siguiente apartado como ejemplo de incumplimiento de la promesa a pesar de la celebración de contrato prometido.

de poder estar en condiciones de entregar el inmueble objeto de promesa, libre de cualquier gravamen, so pena de poder pedir la resolución del contrato de promesa es vinculante a pesar de no ser la prestación principal que nace del contrato de promesa. Al admitirse que se puede solicitar la declaración de resolución del contrato de promesa por incumplimiento de obligaciones distintas a la de celebrar el contrato prometido, la Corte da una luz en la posibilidad de reclamar las mismas a pesar de la extinción de la obligación principal.

Pasando a otro pronunciamiento posterior, la Corte señala en sentencia del 17 de abril de 1975,¹⁶ la posibilidad para las partes de pactar en la promesa obligaciones distintas a la de celebrar el contrato definitivo, sin necesidad de exigir para su eficacia el requisito —que inexplicablemente ideó la Corte en la sentencia del 16 de diciembre de 2013 a que se hizo mención arriba— de la ratificación de éstas en el contrato definitivo:

La promesa de un contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación que es entonces de hacer y no de dar. Tratándose pues, como en el presente caso se trata, de la promesa de venta de un inmueble, los promitentes sólo se obligan *salvas las estipulaciones adicionales*, a otorgar la correspondiente escritura de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignados en el escrito. De la promesa de compraventa nace como obligación específica para cada una de las partes la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulados. Esto es que, como lo enseña la doctrina, sólo produce obligaciones de hacer (...) (las cursivas son mías).

En la misma línea, la Corte admite que la promesa de contrato contenga diversos tipos de obligaciones que pueden subsistir una vez ce-

¹⁶ Se solicitó la declaratoria de resolución del contrato de promesa de compraventa por incumplimiento por parte del promitente comprador en el pago completo del precio acordado. El promitente comprador se encontraba privado de la libertad y durante ese tiempo, estaba cancelando intereses sobre el dinero adeudado. En las instancias procesales, se decretó la nulidad absoluta del contrato de promesa por ausencia de pacto de plazo o condición e indeterminación de los bienes, sin embargo, en segunda instancia se eliminaron las restituciones mutuas; la Corte casó la sentencia y ordenó el pago de las mismas. En el mismo sentido la sentencia de casación civil, del 8 de julio de 1977.

lebrado el contrato definitivo. En providencia del 7 de junio de 1989¹⁷ se indicó que, a pesar del carácter temporal de la promesa, existe la posibilidad de que pactos accesorios subsistan posteriormente a la celebración del contrato prometido, si esas cláusulas adicionales regulan situaciones futuras:

El empleo frecuente del contrato de promesa de compraventa de inmuebles también *ha originado que las partes no se limiten* a definir los perfiles del negocio de acuerdo con las previsiones que le son propias y que emanan del artículo 89 de la ley 153 de 1887, sino que las manifestaciones de voluntad le hacen incorporar otras ordenaciones contractuales que, *si bien no la desnaturalizan, la hacen compleja en su desarrollo o ejecución y que obligan a que los promitentes atiendan todas las letras del acto. (...) Es decir, los contratantes convienen, la más de las veces puntos que no necesariamente desembocan en la obligación de hacer, sino que anticipan compromisos o deberes, para producir los efectos sustanciales queridos por las partes, porque lo pertinente es que aquellos aspectos se concreten al momento de perfeccionarse la compraventa* (las cursivas son mías).

Podemos concluir esta parte diciendo que la Corte Suprema sí ha considerado el poder vinculante *autónomo* de cláusulas adicionales y distintas a la obligación principal de hacer consistente en celebrar el contrato prometido; esto es, sin considerar que para que ellas puedan ser vinculantes una vez se celebre el contrato definitivo se requiere de su ratificación o que se entiendan ratificadas en el contrato prometido. Incluso admite que se incluyan en el contrato de promesa aquellas cláusulas que son propias del contrato definitivo, como las referentes a la modalidad del pago, lo cual implica que la promesa de contrato puede llegar a ser vinculante más allá del momento en que se cumpla la obligación principal o incluso, con independencia de la celebración del contrato prometido.

¹⁷ Se analiza el caso en el cual dos hermanos celebraron una promesa de compraventa de dos lotes de terreno. Se pactó que el precio de la compraventa sería cancelado en dos partes, una al momento de suscripción de la promesa y la otra a la Caja Agraria para que se cancelara una hipoteca que no estaba perfeccionada al momento de firmarse la promesa. Se discutió si es posible pactar modalidades de pago del precio de la venta dentro de la promesa de contrato. En el caso específico, la Corte encontró que ello era posible.

III. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA A PESAR DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO PROMETIDO

Las dos posiciones que venimos de analizar son diametralmente opuestas. Nos parece correcta la segunda posición, que concibe la eficacia de los elementos accidentales sin necesidad de ratificación y con independencia de la celebración del contrato prometido. Es una visión más amplia, a nivel interpretativo del contrato seguramente más exigente para el juez, pero que tiene cuenta, precisamente, de lo estipulado por las partes. La razón principal es la de la consideración de los elementos accidentales del contrato de promesa: no se lo ve entonces como un contrato del que surge ‘una mera obligación de hacer’, sino que recoge la idea de comprender que todo contrato es una fuente de prestaciones complejas,¹⁸ que deben ser cumplidas de conformidad con el principio de buena fe;¹⁹ así las cosas, el contrato de promesa obligaría no sólo al cumplimiento de una obligación de hacer, que se dice de su ‘esencia’, sino al cumplimiento de otras que expresa o tácitamente se desprendan del contrato de promesa.

¹⁸ Esta idea, por ejemplo, se comprende de manera clara cuando se hace referencia a las obligaciones no necesariamente pactadas, pero que se entienden inmersas en el contrato, como se lo enseña Martha Neme (2011, p. 33): “Las obligaciones que surgen como consecuencia de la integración del contenido del contrato son de una importancia tal, en cuanto sus efectos repercuten de manera directa y substancial *en la función del contrato*, y en la satisfacción de los intereses del mutuario, comodatario, depositario, mandatario y acreedor prendario, *que mal podría sostenerse que no poseen la entidad suficiente para llegar a equipararse a la prestación de preservación y restitución a que éstos se obligan por virtud del respectivo contrato a favor del mutuante, comodante, depositante, mandante, y deudor prendario*. Ello con independencia de la correlatividad en términos de satisfacción meramente económica de necesidades preexistentes a la celebración del contrato. En algunas oportunidades dichas obligaciones son de tal naturaleza que su incumplimiento puede llegar a hacer nugatorios los efectos mismos del entero contrato y por ende de la función del mismo” (las cursivas son mías).

¹⁹ “La buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, *con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente*”. Martha Neme (2006, p. 90; las cursivas son mías).

1. *El contrato de promesa como productor de obligaciones distintas a la obligación de celebrar un contrato futuro*

Con la vocación de plenitud del ordenamiento jurídico (Norberto Bobbio, 1992, p. 208) y dentro del mismo como fuente primera el negocio jurídico, las partes están facultadas para disponer de sus intereses bajo el límite de las normas imperativas y las buenas costumbres (J. Arrubla, 2012, p. 7), por lo que resulta bastante amplia la libertad con que cuentan para orientar sus expectativas. Sin embargo, en materia de los contratos típicos, como quiera que muchas veces resulte imposible regular al detalle el desenvolvimiento de la relación negocial, la ley sólo exige que las partes dispongan de lo que se conoce como *elementos esenciales* del negocio jurídico,²⁰ a fin de distinguir a qué figura se acude en caso de tener que llegar a suplir los vacíos dejados por las partes.

Luego, en el contrato existen unos elementos *esenciales*, que llevan a distinguir la figura utilizada por las partes de otros contratos y cuya ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico; otros denominados *naturales*, que corresponden a las cláusulas que se entienden incorporadas en el contrato sin que se requiera una manifestación expresa de los sujetos negociales y finalmente los elementos *accidentales*, los cuales son auténticas disposiciones de las partes que independientemente de la figura negocial, expresan sus deseos, sus intereses, más allá de los requisitos indispensables del contrato; todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1501 del Código Civil (F. Hinestrosa, 2015, p. 115).

En lo concerniente al contrato de promesa, la Corte Suprema ha destacado que el fin último del contrato de promesa es el de celebrar el con-

²⁰ “Es mucho más la distinción que han hecho muchos jurisconsultos del siglo XVII, los cuales consideran en cada contrato tres cosas diferentes, a saber, cosas que son de la esencia del contrato, cosas que son de su naturaleza y cosas por fin puramente accidentales. (...) Es de la esencia del contrato aquello sin lo cual este no puede subsistir o forma el negocio de otra especie de contrato. (...) Las circunstancias que son únicamente de la naturaleza del contrato, son aquellas que, sin constituir su esencia, hacen no obstante parte de él, aunque las partes nada hayan dicho; y se sobrentienden, como si hubiese hablado de ellas. (...) Las cosas accidentales del contrato son aquellas que no siendo de su naturaleza vienen comprendidas en él a causa de una cláusula particular” (R. J. Pothier, 1839, p. 13).

trato futuro, lo cual en definitiva es una obligación de hacer y ese es su elemento esencial.²¹

Del contrato de promesa *esencialmente surgen obligaciones de hacer*, ciertamente caracterizadas por la convención futura, con la cual no se identifican y se diferencian tanto en su objeto como en las obligaciones que de ella dimanar de modo que tiene vida propia e independiente. (...) El contrato de promesa tiene una razón económica singular, cuál es la de asegurar la confección de otro posterior, cuando las partes no desean o están impedidas para hacerlo de presente. Por eso no es fin sino instrumento que permite un negocio jurídico diferente, o para mejor decir, es un contrato preparativo de orden general. De consiguiente, siendo aquella un antecedente indispensable en una convención futura, esta modalidad le da una *carácter transitorio y temporal* y se constituye en un factor *esencial para su existencia*. Desde luego los contratantes no pueden quedar vinculados por ella de manera intemporal, porque contradice sus efectos jurídicos que no son, de ninguna manera, indefinidos o perpetuos (las cursivas son mías).

Entonces se tiene que, en cuanto a lo concerniente a la obligación de hacer, la Corte le da una calificación específica: es de la *esencia* del contrato. Sin embargo, ello no significa, como lo reconoce además la doctrina, que el contrato de promesa dé lugar solamente al nacimiento de la obligación recíproca para las partes, de celebrar el contrato futuro.²² De la propia definición de negocio jurídico se tiene que, al ser acto de autonomía privada, las partes, salvo restricción legal, pueden disponer libremente de sus intereses. Luego, a los elementos naturales y, sobre todo, a los accidentales del contrato de promesa, también están sometidas las partes, dado que se consideran parte integral del negocio jurídico. Pero, de acuerdo con la posición de la Corte que se vio en el número 1 del apartado

²¹ “Las cosas o circunstancias esenciales de los contratos son de dos especies: unas de carácter general aplicables a todo contrato, como el consentimiento, la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita; y otras peculiares de cada contrato. Si faltan las primeras, el contrato no produce efectos y si faltan algunas de las segundas degenera en otro contrato” (J. Morales, 1997, p. 46).

²² La filiación de los elementos accidentales determina que su presencia en el contrato dependa exclusivamente de la voluntad de las partes, las que, en forma de cláusula, pueden incorporarlos al convenio. Así, por ejemplo, refiriéndonos a la promesa de contratar, las partes pueden establecer plazos, condiciones, cláusulas penales, garantía, etcétera (H. J. Cerruti, 1952, p. 225).

anterior, las obligaciones distintas a aquella de celebrar el contrato futuro no podrían ser reclamadas cuando esta obligación esencial ya se haya realizado, a menos que ellas hayan sido o se entiendan ratificadas en el contrato prometido.

No se desconoce que esta clasificación de los elementos del contrato ha sido criticada por parte de la doctrina, que le ha endilgado su falta de relevancia y la confusión que genera por sí misma.²³ Con todo, aunque se evite acudir a la categorización de obligaciones esenciales, naturales y accidentales, para explicar la vinculatoriedad de las obligaciones pactadas en la promesa, el mismo significado de la obligación refuerza la atadura de las partes a todo lo dispuesto por ellas en la creación del negocio jurídico (R. Cardilli, 2008, p. 52).

En definitiva, el cumplimiento de las obligaciones debe hacerse de forma plena, completa para la satisfacción del acreedor y el carácter vinculante de ellas no se agota por el cumplimiento de la obligación esencial, o llámesela si se quiere, principal,²⁴ que el caso del contrato de promesa equivaldría a la prestación de hacer de celebrar un contrato.

²³ En especial, se presta a incertidumbres y equívocos el intento de identificar una categoría autónoma de elementos que, en cierto sentido, se considerarían como calificadores con respecto a la disciplina legislativa de un tipo negocial singular, pero extraño a la estructura esencial del acto. Se ha hablado, a dicho propósito, de *elementos naturales*, construyendo de ese modo una figura con contornos demasiado indefinidos y cuya propia denominación tiende ahora a ser abandonada, dado que parece proclive a provocar confusiones. Los pretendidos elementos naturales de un negocio no son otro sino verdaderos efectos legales destinados a adquirir una relevancia especial con relación al desenvolvimiento normal de la función económica específica del tipo contractual. ... En realidad es fácil destacar que la distinción de los elementos del negocio en esenciales, naturales y accidentales es fruto de una actitud sistemática que aparte de cualquiera anotación crítica —puede inducir a veces a descuidar la unitariedad y la complejidad del reglamento del acto considerado en concreto—. En este sentido el contenido negocial no puede ser confundido, como ocurre con frecuencia, ni con el bien al que se refiere esencialmente el negocio, ni con el fundamento justificado del acto, por cuanto concierne al acto en su conjunto (Lina Bigliuzzi, Umberto Breccia, Francesco Busnelli y Ugo Natoli, 1995, p. 687).

²⁴ La doctrina es crítica, por ejemplo, de la clasificación que distingue entre obligaciones principales y secundarias o accesorias. Véase Martha Neme (2011, p. 33).

2. *Algunos casos que ponen en evidencia el incumplimiento del contrato de promesa, a pesar de la celebración del contrato prometido*

A continuación, vamos a describir tres casos que en nuestra opinión demuestran cómo privar de efectos al contrato de promesa, una vez celebrado el contrato prometido, puede conllevar una vulneración de las obligaciones pactadas por las partes y en general, del principio de buena fe que da protección al cumplimiento de los acuerdos (Martha Neme, 2011, p. 448).

A. *El caso de las garantías pactadas en el contrato de promesa. Alcance en el tiempo de los efectos de la promesa de contrato una vez celebrado el contrato definitivo: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil, sentencia del 16 de diciembre de 2013, M. P. A Salazar*

Dentro de las obligaciones surgidas para el vendedor en el contrato de compraventa comercial, el artículo 932²⁵ del Código de Comercio colombiano establece la denominada *garantía de buen funcionamiento*, como una prestación adicional a la tradicional obligación de saneamiento por defectos intrínsecos del objeto vendido; garantía que puede surgir de dos fuentes: estipulación expresa de las partes o por presunción legal, conforme al artículo 933 del estatuto mercantil. Esta garantía conlleva a que el vendedor ampare al comprador por defectos surgidos del desempeño de la cosa vendida, bien dentro de un término determinado o en su defecto por dos años contados a partir de la fecha de celebración del contrato (J. A. Bonivento, 2008, p. 152).

Si existe un incumplimiento en la garantía de buen funcionamiento, el comprador debe solicitar la indemnización de perjuicios dentro de los 30 días siguientes a su descubrimiento, como término de caducidad de la

²⁵ Art. 932: “Venta con garantía de buen funcionamiento. Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad. El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente por el comprador. La garantía sin determinación de plazo expirará al término de dos años, contados a partir de la fecha del contrato”.

acción. Esta garantía habilita al comprador a reclamar la reparación material del bien y un resarcimiento por los daños causados (F. Mantilla, 2013, p. 42).

Esta disposición tiene su origen en el artículo 1512 del *codice civile* italiano,²⁶ pero a diferencia de dicha disposición, la norma nacional contiene el mencionado término de 2 años siguientes a la celebración del contrato como término de caducidad del derecho a reclamar. Según la doctrina, el término *garantía* es utilizado por el legislador como la asunción de un riesgo por un hecho eventual frente al comprador, que afecta la idoneidad del bien (J. Oviedo, 2015, p. 309).

El litigio que nos ocupa surgió con ocasión de la venta de una sociedad de *leasing* por medio de la cesión de sus acciones, la cual fue antecedida por un contrato de promesa, en el que se estipularon condiciones para el pago y además una cláusula de garantía (que comprometía la responsabilidad a cargo del promitente vendedor, determinado en el mayor accionista de la compañía de *leasing*) sobre las contingencias “existentes a la fecha del traspaso de las acciones o que surjan con posterioridad a éste, pero en todo caso resultantes de actos, hechos o contratos celebrados, ejecutados o cumplidos con anterioridad al traspaso de las acciones...”. Al momento de perfeccionarse la cesión de las acciones, es decir, el contrato prometido, el comprador se encontró con celebraciones irregulares de contratos, cartera vencida de dudoso recaudo y concesión de préstamos sin estudios, lo cual implicó un desequilibrio negocial, por lo que solicitó la declaratoria de existencia e incumplimiento de la cláusula de garantía del contrato de promesa y en consecuencia el reconocimiento de perjuicios por los daños surgidos de las anomalías encontradas. Subsidiariamente pretendió la declaratoria de existencia de una posición dominante; como otra pretensión subsidiaria se pidió la declaratoria de existencia de los contratos (del contrato preparatorio y de la cesión de acciones) y la responsabilidad de la vendedora por error en el consentimiento derivado del ocultamiento de información.

La Corte Suprema en providencia del 16 de diciembre de 2013, para dar solución al caso, estableció una esencial diferencia entre el contrato preparatorio y el definitivo. Se partió de la temporalidad del contrato

²⁶ También se puede observar en otros ordenamientos como el francés, así Luc Bihl (1986, p. 263).

de promesa para determinar que la celebración del contrato prometido, por regla general extingue al primero; es decir, su vida jurídica está limitada en el tiempo al advenimiento del plazo o condición que debe estar inserto en la promesa.

Sin embargo, en la sentencia se determina que existen algunas cláusulas que pueden continuar rigiendo con posterioridad al perfeccionamiento del contrato prometido, que en palabras de la Corte son “solo aquellas cláusulas que se dirijan a regular el cumplimiento del contrato conclusivo”, a fin de no incurrir en una coexistencia de contratos. Otras cláusulas que no estén dirigidas al cumplimiento del contrato definitivo, que se quiera hagan parte del contrato definitivo, requerirían de ratificación expresa.

Para la Corte, los efectos del contrato preparatorio estarían limitados debido a su función; los contratos preparatorios servirían para dar un compás de espera a las partes a fin de revisar las eventualidades que se pueden presentar, acordando elementos esenciales y accesorios, y dejando para después la celebración del contrato definitivo. Se apoya la Corte en el doctrinante argentino Arturo Alessandri Rodríguez: “al celebrarse el contrato prometido desaparece la promesa” (A. Alessandri, 2003, p. 834). Y agrega:

...El objeto de la promesa —según lo tiene establecido la jurisprudencia— es la conclusión del contrato posterior. De ahí que “siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran”. (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp. 4724)... Por ello, ha sido reiterada la posición de esta Corte al considerar que *la promesa tiene un “carácter preparatorio o pasajero, lo cual implica por naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido...”* (cit. Sentencia 1998) *La promesa y el contrato prometido jamás pueden coexistir en el tiempo, pues el nacimiento de éste acarrea la extinción de aquélla*. Sin embargo, nada obsta para que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pacten en un mismo documento, además del compromiso de celebrar el contrato definitivo, otras prestaciones destinadas a regir en vigencia de éste. Tal circunstancia no significa en modo alguno que la promesa subsista luego de perfeccionarse el acuerdo principal sino, tan sólo, que en la fase de conclusión del negocio

los contratantes deciden *ratificar* las cláusulas contenidas en el arreglo preliminar, sin que sea necesario volver a pronunciarse sobre lo que convinieron con anterioridad. Ello es aún más evidente cuando se trata de la promesa de celebrar contratos consensuales, cuya validez está supeditada, entre otros requisitos, a que esté especificada de tal manera que para que sea perfecta sólo falte la tradición de la cosa (art. 1611, numeral 4 del Código Civil).

De hecho, es bastante frecuente en la práctica del tráfico de los negocios que el precontrato sea un “molde o plantilla” que el contrato prometido “calca” en su integridad, aunque bien puede suceder, y de hecho acontece a menudo, que las partes varíen el acuerdo conclusivo según sus intereses (sentencia del 16 de diciembre, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).

Es necesario destacar que la Corte Suprema en esta providencia introduce un aspecto que resulta particular, la idea de *ratificación* de disposiciones del contrato preparatorio en el contrato definitivo, lo cual le permite obviar la problemática de la “coexistencia” de contratos; sin embargo, la Corte no explica con suficiencia esta idea, pues asume sin más que existe un tipo de cláusulas que se entienden incorporadas al contrato definitivo y otras que en cambio requieren de una ratificación.²⁷

Para que cláusulas distintas a aquellas encaminadas al *cumplimiento* del contrato definitivo sobrevivan, de acuerdo con esta posición de la Corte, se debe hacer una ratificación de estas dentro del contenido del contrato definitivo. En cambio, no sería necesario repetir lo pactado en la promesa para que cláusulas preliminares relativas al *cumplimiento* rijan a las partes con posterioridad. Para la Corte, las cláusulas que van a seguir rigiendo solamente son las referentes a prestaciones que rigen el convenio definitivo, como las condiciones del pago, forma de entrega y garantías.²⁸

²⁷ Sentencia del 16 de diciembre, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil: “solo las cláusulas referidas a regular el convenio final se entenderán incorporadas en éste, independientemente del documento o acto en el que se hayan establecido”.

²⁸ Al respecto la sentencia analizada cita providencia de la misma corporación del 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420 “Por sabido se tiene que el contrato de promesa naturalmente es fuente de una y principal obligación: hacer el contrato prometido. Otorgar la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa del inmueble, cuando este es el tipo de bien sobre el cual se versa. Sin embargo, como con claridad lo ha explicado la Corporación, nada obsta para que las partes en el cuerpo de una misma convención combinen diferentes tipos de contratos o prestaciones, o tratándose del contrato de promesa,

Como quiera que el litigio giró en torno a la garantía expresamente pactada en el contrato de promesa, la Corte sin mayor explicación sostuvo que esta cláusula se entendía incorporada al contrato definitivo como obligación del vendedor, sin necesidad de ratificación expresa de las partes, y la ubicó legalmente como *de buen funcionamiento*, esto es, como la consignada en el artículo 932 del Código de Comercio, confundiendo las obligaciones naturales que corresponden al vendedor, con aquellas accidentales que las partes pueden determinar.

Esa ubicación normativa que la Corte dio a la cláusula accidental de garantía conllevó a que en virtud del citado inciso 3 del artículo 932 del Estatuto Mercantil, se declarara prescrito el derecho de reclamar el cumplimiento de la garantía de contingencias por los negocios previos a la cesión de acciones, al considerar que esa estipulación expresa era una garantía de buen funcionamiento y por ende el comprador sólo tenía 2 años para presentar la demanda correspondiente.

Tampoco fue acreditada la existencia de un vicio redhibitorio o de un incumplimiento en la obligación de saneamiento para declarar el incumplimiento del contrato, que de todas formas estarían prescritas y por ende fueron negadas las pretensiones y la Corte no casó la sentencia.

En nuestra opinión al poner la Corte en el centro de su argumentación el carácter efímero o temporal de la promesa, y la concepción de que contrato de promesa y contrato definitivo no pueden coexistir, no valora satisfactoriamente los elementos accidentales del contrato de promesa y su carácter vinculante. La existencia de las garantías legales previstas en el régimen típico del contrato prometido no aniquila el ejercicio de autonomía privada en que las partes pueden pactar otro tipo de garantías.

La Corte, en nuestro entender, erradamente subsumió la garantía pactada como cláusula accidental, en los términos de una garantía legal, acortando el término de prescripción para su reclamación y gene-

hacer una mixtura donde además de contraer la obligación de hacer o celebrar el contrato prometido, se anticipe el cumplimiento de prestaciones propias de este contrato fin, lo cual resulta válido por virtud de los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual, en tanto el surgimiento de estas obligaciones no precise de una solemnidad diferente a la establecida para el contrato de promesa por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De allí que estilen los contratantes cuando de promesa de compraventa se trata, estipular obligaciones sobre el pago del precio y la entrega material de la cosa, que naturalmente sólo vendría a generar el contrato prometido”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 417-450.

ró una clasificación entre disposiciones que requieren ratificación y las que no, sin explicar de qué fuente surge la misma distinción, tornándose caprichosa y arbitraria. En este caso, consideramos que, por tratarse de una obligación, fruto de la autonomía privada, la obligación de garantía pactada en el contrato de promesa no muta de naturaleza en la garantía legal del contrato de compraventa y, por tanto, el término de prescripción que debía aplicarse no era el especial de la garantía legal, sino el general de la acción ordinaria que resulta de la promesa.

A. *El caso del retardo en la celebración del contrato futuro y la aplicación de la cláusula penal pactada en el contrato de promesa. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil, sentencia del 22 de agosto de 2017. M. P. A. García*

Una de las cláusulas accesorias o accidentales del contrato de promesa es la cláusula penal, como sanción al retardo injustificado o al incumplimiento de las obligaciones de las partes y estimación anticipada de los perjuicios sufridos por el contratante cumplido.²⁹ De seguirse la posición de la Corte Suprema que extingue las cláusulas accesorias de la promesa al momento de cumplirse con la obligación de celebrar el contrato prometido, la cláusula penal no podría reclamarse por parte del acreedor cumplido. El elemento de temporalidad de la promesa de contrato haría que, al momento del nacimiento del contrato prometido, la cláusula penal desapareciera del tráfico jurídico. La Corte Suprema en sede de impugnación de tutela, tuvo ocasión de revisar esta situación, que se presentó dentro de un proceso ejecutivo en el que se reclamó el pago de la cláusula penal de la promesa de compraventa derivado de la falta de pago completo del precio allí pactado, dentro del cual, en segunda instancia, fueron negadas las pretensiones con fundamento en la doctrina en comento.

La Corte ratificó su posición.³⁰ Al confirmar la interpretación del juzgado de segunda instancia, indicó:³¹

²⁹ Conforme a la definición contenida en el artículo 1592 del Código Civil colombiano.

³⁰ En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia del 12 de marzo (2014). Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, y del 9 de diciembre de 2015.

³¹ Sentencia del 22 de agosto (2017). Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Este litigio fue llevado por el Juzgado Civil Municipal de Facatativa, quien siguió adelante la ejecución en sentencia de 14 de octubre de 2016, decisión revocada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativa en fallo del 21 de junio de 2017. Fue presenta-

La promesa de celebrar un contrato no es un fin en sí misma considerada, sino un medio o instrumento que apareja la realización de otro negocio distinto, como lo analiza la Corte, esa finalidad económica de la promesa de celebrar un contrato le imprime a esa convención un carácter eminentemente provisional y transitorio, cuando no se trata ya de impacto perdurable ni está destinada a crear una situación de duración indefinida y efectos jurídicos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta como de la propia vigencia de dicho contrato, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Casación de fecha 12 de febrero (sic marzo) del 2004, expediente 6759, cuando cumplidos los plazos o las condiciones impuestas en la promesa se hayan o no satisfechos los presupuestos legales para rodearla de la validez que la codificación civil exige, las partes optan por celebrar el contrato preparado y si se trata de uno de aquellos que requieren alguna formalidad, otorgan la respectiva escritura pública y la registran, desde ese momento es natural que *la promesa deja de existir como acto jurídico por haberse superado el escollo a que se sujetaba y haberse perfeccionado el negocio que los contratantes tenían en mente al suscribir ese acto preparatorio, no resulta posible por esta especial circunstancia redito un negocio jurídico que ha quedado en el pasado*, al que se le ha dado cumplimiento y que ha producido los precisos efectos para los que se acordaron, pretendiendo continuar hacia el futuro hasta el punto de que se le haga servir para apoyar determinadas pretensiones, como ocurrió en este caso que las partes adquirieron en el contrato de compraventa, y que se solucionaron efectivamente desde el momento en que de común acuerdo le dieron validez al perfeccionarlo mediante el otorgamiento del título que traspasaba los derechos del uno al otro, de ahí en adelante la promesa no podía producir relaciones de ninguna clase entre los contratantes, bajo esta premisa es evidente que cualquier pretensión que se pretenda derivar de la promesa de compraventa debe estar declarada infundada, no por el cumplimiento de la parte demandada, sino porque ese previo acuerdo dejó de existir en el mundo jurídico como fuente de obligaciones, la controversia sobre si el demandado cumplía o no con la fecha convenida para el traspaso del vehículo, es un asunto que no puede solucionarse en la medida en que ya existe el título traslativo de

da tutela contra esta decisión y el Tribunal Superior de Cundinamarca el 25 de julio de 2017 negó el amparo, indicando que “cumplido el fin teleológicamente determinado de la promesa, esto es, habiéndose materializado el contrato de compraventa objeto de aquella con la firma de la escritura y la tradición del vehículo, parece sensato, por lo menos en el ámbito de la razonabilidad, concluir que en esas condiciones no es dable ejecutar una prestación cuyo origen está en el contrato anterior, particularmente aquella alusiva a la cláusula penal allí pactada, obviamente que si éste cumplió a cabalidad su cometido, la lógica apunta en esa dirección”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 417-450.

domino, cualquier discusión sobre la cláusula penal pactada deja de tener vigencia por las razones antes indicadas.

El razonamiento de la Corte no se centra en un análisis sustancial de las obligaciones que, de acuerdo con lo establecido por las partes en su autonomía en el contrato de promesa, podían considerarse cobijadas por la cláusula penal pactada, sino en la afirmación “general” del carácter provisional y transitorio de la promesa, que hace que ella carezca de efectos una vez celebrado el contrato definitivo. Como elemento accidental y vinculante de un contrato, la cláusula penal pactada en el contrato de promesa debe ser primero que todo interpretada para saber si las partes entendieron pactarla para regir posteriormente a la celebración del contrato prometido. El incumplimiento surgido del contrato de promesa bien sea por el pago incompleto del precio o por otras circunstancias (piénsese en un retardo injustificado en el otorgamiento de la escritura pública) no puede entenderse enervado por la celebración del contrato prometido y desafortunadamente encontramos una obligación incumplida que no encuentra en la justicia una respuesta idónea, esto es un daño que no se está reparando.

La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, pactada dentro del contrato de promesa de contrato, está llamada a garantizar no solamente que la prestación principal se satisfaga, sino también las demás estipulaciones de las partes que en su libre disposición de intereses han querido que los vinculen. Ella es un mecanismo de coerción para que todas las prestaciones se cumplan, en su integridad, y no está limitada a asegurar únicamente el cumplimiento de la obligación de hacer.

B. El caso de la estipulación de cláusulas arbitrales en el contrato de promesa Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil, sentencia del 13 de julio de 2016. M. P. A. García

Por último, también en sede de tutela, la Corte Suprema elimina la vigencia de una cláusula arbitral pactada dentro del contrato de promesa con ocasión de las diferencias surgidas de este negocio jurídico, por haberse celebrado el contrato prometido.

Fue presentada ante la jurisdicción demanda de simulación de contrato de compraventa sobre unos bienes. Se pretendía la declaratoria del pre-

cio real de la negociación, el cual correspondía al pactado en la promesa de contrato suscrita entre las partes en conflicto. El vendedor (aquí demandante) alegaba que el precio real de los bienes inmuebles negociados no correspondía al inserto en la escritura pública correspondiente, sino al que se pactó en la promesa. La parte demandada (el comprador), dentro de su contestación, alegó la excepción de cláusula compromisoria (pactada en la promesa). Sin embargo, el juzgado que resolvió la primera instancia decidió acceder a las pretensiones de la demanda, declarando que el precio real de la compraventa fue el plasmado en el escrito de promesa.

La segunda instancia, que fue conocida por el Tribunal Superior de Santa Marta, decretó la nulidad de lo actuado en providencia del 16 de diciembre de 2015, por cuanto encontró que, en el contenido del contrato de promesa, se pactó expresamente la cláusula arbitral:

...teniendo en cuenta que lo pretendido por la sociedad actora... se relaciona directamente con el cumplimiento de la promesa, pues lo que se alega es que el precio y la forma de pago realmente pactados por los contratantes no son los declarados en la escritura pública que protocolizó la compraventa, sino los establecidos en el contrato preparatorio sometido a cláusula compromisoria, lo adecuado era que la Juez Cuarta Civil del Circuito de Santa Marta, una vez estudiado el libelo introductor y sus anexos, rechazara las pretensiones (...) de la demanda, por estar cobijadas por el mencionado pacto arbitral. Justamente esos numerales del petitum del escrito genitor *hacen referencia expresa y directa al incumplimiento de las verdaderas condiciones contractuales establecidas en el aludido documento*, pues atañen a saldo pendiente, remanente por aplicación de una tasa de cambio diferente a la acordada en la promesa, reclamo de cláusula penal y de intereses corrientes y moratorios, así como la indexación de estas sumas (las cursivas son mías).

Esta decisión fue confirmada en sede de recurso de súplica, mediante auto del 17 de febrero de 2016, determinación que será objeto de censura en sede de tutela. Al resolver el recurso, el Tribunal Superior de Santa Marta destacó que la vigencia del contrato de promesa perdura hasta tanto no se cumplan con todas las obligaciones en él insertas y estas se extinguen solamente por alguno de los modos de extinción previstos en el ordenamiento jurídico como el pago y además resulta contradictorio que sólo se pretenda hacer valer la voluntad contractual en las consecuencias económicas 'soslayando' el convenio en cuanto a la jurisdicción.

La Corte Suprema³² en este caso, actuando como juez de tutela, encontró vulneración al derecho fundamental al debido proceso de parte del Tribunal accionado, por haber decretado la nulidad por falta de jurisdicción con fundamento en una cláusula de amigable composición y arbitral contenida en el contrato de promesa de compraventa que ya no tenía efecto alguno.

Lo anterior es así, porque tal y como lo ha aceptado la doctrina y la jurisprudencia civil de manera mayoritaria, una vez celebrado el contrato prometido, fenece el pacto preparatorio, y en ese sentido, la cláusula compromisoria estipulada en la promesa génesis de la compraventa instrumentada, y por virtud de la cual se declaró la mencionada nulidad por falta de jurisdicción, perdió eficacia frente a lo pretendido por el accionante, esto es, la declaratoria de simulación del contrato de compraventa, no de la promesa, razón por la cual entonces, dicha circunstancia no podía invocarse como hecho generador de tal vicio (las curativas son más).

Para la Corte, así el precio real de la negociación fuese el pactado en la promesa, el litigio no podía enmarcarse en este contrato y si no se pactó expresamente que la cláusula arbitral cobijaba al contrato prometido, no podía darse aplicación a la misma. En su criterio, el hecho de tomar como referencia el precio contenido en la promesa, no podía entenderse como pretender hacer valer el contrato de promesa por encima del contrato definitivo, por cuanto el contrato preparatorio está sometido a una vigencia temporal y ni el precio, ni la cláusula arbitral pueden prevalecer sobre el contrato definitivo, en el cual ninguna cláusula compromisoria se pactó; por ende, el contenido del contrato de promesa debía tenerse como un medio probatorio para tener en cuenta al momento de despachar las súplicas de la demanda.

Creemos que, con esta decisión, la Corte Suprema nuevamente desconoce la existencia de cláusulas contenidas en el contrato de promesa, que podrían regir a pesar de haberse celebrado el contrato definitivo. La Corte además omitió el análisis de un aspecto que en cambio sí fue considerado por el Tribunal Superior, y es que el asunto sí puede verse desde la óptica del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de promesa, el cual está cobijado por la cláusula compromisoria.

³² Sentencia del 13 de julio (2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Esta decisión fue impugnada y confirmada por Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral, sentencia del 7 de septiembre (2016).

IV. CONCLUSIONES

El contrato de promesa, en cuanto a sus requisitos generales y la obligación principal que genera, es estudiado por parte de la doctrina, que la lo caracteriza como un contrato *principal* y *temporal*. Sin embargo, sobre sus efectos, más allá de la vinculatoriedad a una prestación de hacer, y su extinción, creemos que es necesaria una mayor reflexión. En efecto, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado de problemas concretos relativos al cuándo de la extinción de la promesa. Dos posiciones se han podido evidenciar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a los efectos del contrato de promesa. La primera, que puede considerarse como la posición predominante, le da un carácter efímero a la promesa y considera que ella está llamada a extinguirse por la celebración del contrato prometido: los pactos adicionales de las partes, para tener efecto con posterioridad a la celebración del contrato prometido, deben ser ratificados por las partes. La segunda posición, en cambio, considera que el contrato de promesa puede tener efectos más allá de la celebración del contrato prometido.

La posición predominante de la Corte se basa en las *generalidades* sobre el contrato de promesa que refiere la doctrina, en particular su llamado carácter *temporal*, que luego, retomado en varios pronunciamientos, a fuerza de repetirlo se ha convertido en un dogma. El problema radica en aplicar de manera *general* el argumento del carácter *temporal* o *efímero* de la promesa a casos en los cuales los elementos accidentales del contrato de promesa requerirían un mayor análisis para determinar si en el caso concreto pueden considerarse extinguidos por el mero hecho de la celebración del contrato prometido.

Este proceder de la Corte tiene varios inconvenientes. El primero es que *ab initio* descuida la eficacia de los elementos accidentales del negocio porque el análisis está centrado únicamente en el cumplimiento de la obligación principal, excluyendo y restando importancia a las demás estipulaciones de los contratantes que hacen parte del acto dispositivo de intereses. Como se explicó los elementos accidentales, si bien se encuentran vertidos en el mismo negocio jurídico, ellos pueden o no pueden estar, pero su surgimiento debe obedecer a una misma causa a fin de que no se entiendan como otro negocio. El segundo es que la Corte llega a distorsionar e interpretar indebidamente las disposiciones de las partes, y las

normas mismas del ordenamiento, en el afán de buscar un sustento para su posición. Esto es palpable, por ejemplo, en el caso de la cesión de acciones, donde ubicó la garantía de anomalías previas pactada en el contrato de promesa dentro de las garantías de buen funcionamiento del contrato de compraventa comercial, lo que conllevó a negar las pretensiones por prescripción. El tercero es que crea requisitos adicionales a los establecidos legalmente para la eficacia de los elementos accidentales del negocio jurídico: la llamada “ratificación” que discrimina entre elementos que pueden subsistir al cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato prometido sin tener una justificación normativa apropiada y cuya clasificación se torna caprichosa.

La segunda posición de la Corte Suprema de Justicia, que es la menos recurrente, parece la más adecuada, aunque implica un ejercicio mayor de interpretación para los jueces. Ella tiene en cuenta el poder vinculante de disposiciones adicionales distintas a las referentes a la obligación principal de celebrar el contrato definitivo, las cuales, como elementos accidentales que son pueden atar a las partes más allá de la celebración del contrato, pues encuentran su fuerza vinculante en el ejercicio de la autonomía negocial de las partes.

Con este análisis se pretende que los jueces reflexionen más allá de la posición predominante de la Corte Suprema en esta materia, para que prevalezca una interpretación más justa, que realmente consulte el designio de las partes. Creemos que la temporalidad del contrato de promesa no es algo que la caracterice y limite necesariamente, por lo que el juez siempre puede echar mano de la distinción entre elementos esenciales, naturales y accidentales para darle relevancia a lo acordado por las partes en sede de promesa, a pesar de la celebración de su obligación principal.

Finalmente, creemos que la posición mayoritaria genera incluso distorsiones e interpretaciones indebidas de las disposiciones de las partes, en su afán de buscar un sustento normativo para ella. El establecimiento de la extinción del contrato de promesa al momento de celebrarse el contrato definitivo, no proviene de un verdadero estudio de las normas aplicables a la materia y sí de una visión generalizadora del carácter ‘temporal’ de la promesa, que va en contra de lo pactado por las partes y en últimas del concepto de buena fe objetiva, por lo que se requiere un cambio jurisprudencial en la materia, para extender los efectos de las disposiciones

acesorias pactadas en el contrato de promesa más allá de la celebración del contrato definitivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003). *La compraventa y la promesa de venta*, t. II, Editorial Jurídica de Chile.
- ARRUBLA, Jaime (2012). *Contratos mercantiles – Teoría general del negocio mercantil* (13a. ed.). Legis.
- BELLO, Andrés (1888). *Obras completas – Proyecto de Código Civil 1853*, vol. XII.
- BIANCA, Massimo (2007). *Derecho civil. 3. El contrato* (trad. F. Hinestrosa y E. Cortés). Universidad Externado de Colombia.
- BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI FRANCESCO, Natoli, Ugo (1995). *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos* (trad. F. Hinestrosa). Universidad Externado de Colombia.
- BIHL, Luc (1986). *Le droit de la vente (vente mobilière)*. Dalloz.
- BOBBIO, Norberto (1992). *Teoría general del derecho*. Temis.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro (2008). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (17a. ed.). Ediciones Librería del Profesional.
- BONIVENTO JIMÉNEZ, Javier (1996). *El contrato de promesa, la promesa de compraventa de bienes inmuebles*. Ediciones Librería del Profesional.
- CARDILLI, Riccardo (2008). Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil. *Revista de Derecho Privado* 15.
- CERRUTI AICARDI, Héctor J. (1952). *La promesa de contratar*. Universidad de Montevideo.
- CLARO SOLAR, Luis (1992). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Temis.
- DÍEZ DUARTE, Raúl (1989). *El contrato de promesa, ensayo positivo y jurisprudencial*. Jurídica Ediar Cono Sur Ltda.
- HINESTROSA, Fernando (2015). *Tratado de las obligaciones II. Negocio jurídico I*. Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROSA, Fernando (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones El negocio jurídico II*. Universidad Externado de Colombia.
- LEAL PÉREZ, Hildebrando (2017). *Manual de contratos* (2a. ed.), t. I. Leyer.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 417-450.

- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2013). *La garantía de buen funcionamiento de la cosa vendida en el Código de Comercio. Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio*, t. II. Ed. 531 S.A.S.
- MESSINEO, Francesco (2018). *Doctrina general del contrato*. Ediciones Olejnik.
- MORALES ÁLVAREZ, Jorge (1997). *Teoría general de las obligaciones*. Pudelco Editores S. A.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado* 11.
- NEME VILLARREAL, Martha (2011). Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos. *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad*. Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto (2008). *Manual de obligaciones*. Doctrina y Ley.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo (2015). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge (2003). Apuntes sobre el contrato bilateral de promesa en el derecho privado colombiano. *Universitas*, 106.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge (2015). *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*. Temis.
- POTHIER, Robert J. (1839). *Tratado de las obligaciones*. Parte 1.
- VALENCIA ZEA, Arturo (1988). *Tratado de derecho civil*, t. IV. Temis.
- Sentencia del 8 de febrero (1908). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 3 de marzo (1939). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 11 de mayo (1942). Corte Suprema de Justicia de Colombia.
- Sentencia del 28 de julio (1960). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 1o. de junio (1965). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 17 de abril (1975). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 8 de julio (1977). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 13 de noviembre (1981). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.

- Sentencia del 7 de junio (1989). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 14 de julio (1998). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 12 de marzo (2004). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 16 de diciembre (2013). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 9 de diciembre (2015). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 13 de julio (2016). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 7 de septiembre (2016). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral.
- Sentencia del 22 de agosto (2017). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil.

LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS DEL DERECHO MIGRATORIO CHILENO Y SU IMPACTO EN LA COMPRENSIÓN DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD*

THE POLITICAL-PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CHILEAN IMMIGRATION LAW AND ITS IMPACT ON UNDERSTANDING THE GUARANTEE OF EQUALITY

Jaime BASSA MERCADO**
Erick GONZÁLEZ PÉREZ***

RESUMEN: El presente trabajo hace una revisión crítica de los fundamentos políticos, filosóficos y normativos del estatuto migrante en Chile cuyo tratamiento es anacrónico e insuficiente en términos de contener el fenómeno migratorio en la intensidad y magnitud en que se ha manifestado en Chile en la última década. Esta insuficiencia normativa tiene su antecedente en el paradigma político mismo desde donde se erige la modernidad, donde la noción de soberanía y la construcción de una noción de sujeto-ciudadano, titular de derechos sociales y

ABSTRACT: This paper makes a critical review of the political, philosophical and normative foundations of the migrant status in Chile, the treatment of which is anachronistic and insufficient in terms of containing the migratory phenomenon in the intensity and magnitude in which it has manifested itself in Chile in the last decade. This normative insufficiency has its antecedent in the same political paradigm from which modernity is erected, where the notion of sovereignty and the construction of a notion of subject-citizen, holder of social and human

* Recibido el 5 de mayo de 2021; aceptado el 15 de septiembre de 2021.

Agradecemos a las y los integrantes del seminario *Poder, Política y Constitución*, que sesiona periódicamente en Valparaíso al alero del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Valparaíso (CEPCV), por el estimulante ejercicio crítico que acompañó a la formulación de estas ideas. Este trabajo forma parte de la investigación financiada por el proyecto Fondecyt 1180197, de ANID-Chile.

** ORCID: 0000-0003-1656-5885. Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: jaime.bassa@uv.cl.

*** ORCID: 0000-0002-0393-0209. Licenciado en Derecho; cursando Magíster en Filosofía, mención Pensamiento Contemporáneo, Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: erick.gonzalez@postgrado.uv.cl.

humanos, tiene un correlato en la forma en que el constitucionalismo moderno trata las temáticas de la diferencia y la igualdad en términos abstractos y universales lo que termina determinando la forma en que los derechos fundamentales son interpretados.

rights, has a correlation in the way in which the Modern constitutionalism treats the issues of difference and equality in abstract and universal terms, which ends up determining the way in which Fundamental Rights are interpreted.

Palabras clave: migración, igualdad, diferencia, ciudadanía, subjetivación.

Key words: immigration, equality, difference, citizenship, subjectivation.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Panorama normativo del Estatuto migrante en Chile.* III. *Los fundamentos político-teóricos de la normativa vigente en Chile.* IV. *Sujetos sin ciudadanía.* V. *Tensiones en torno a la igualdad ante la ley desde la diferencia material.* VI. *Hacia nuevos criterios de reconocimiento de derechos sociales para personas migrantes.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, Chile ha vivido un incremento significativo de los flujos migratorios, configurándose este como un fenómeno con la potencia suficiente para transformar las estructuras sociales vigentes. En efecto, ya sea por razones económicas o bien por factores políticos, los flujos migratorios hacia Chile se han incrementado exponencialmente en los últimos lustros tensionando el estatuto jurídico que rige en la materia. Este fenómeno es analizado desde las dificultades teóricas que plantea el estatuto chileno vigente, teniendo consecuencias en la forma en que la normativa y hermenéutica constitucional chilena comprende el reconocimiento de los derechos fundamentales, sociales y humanos respecto de sujetos, cuyas condiciones materiales, prácticas de vida y formas socio-culturales, muchas veces son precarias produciéndose un desborde evidente de la normatividad vigente respecto de normalización que impone el país receptor, lo que refleja las relaciones de poder que se van articulando por medio del derecho y de su práctica constitucional.

II. PANORAMA NORMATIVO DEL ESTATUTO MIGRANTE EN CHILE

El incremento significativo de los flujos migratorios que Chile ha verificado ha transformado las estructuras sociales vigentes y las relaciones de poder que se articulan en torno a dicha emergencia. En efecto, ya sea por razones económicas o bien por factores políticos, los flujos migratorios hacia Chile se han incrementado exponencialmente en los últimos lustros tensionando el estatuto jurídico que rige en la materia. Sin ir más lejos, los permisos de residencia definitiva crecieron de 36,024 en 2014 a 48,835 en 2015 y casi se duplicaron en 2018 llegando a la cifra de 93,022 (los últimos años evidencian una baja en la tendencia: 74,353 permisos fueron otorgados en 2020). Ese mismo año, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) junto al Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM), estimaron que los extranjeros residentes en Chile ascienden a 1,251,225 (INE-DEM, 2018) y a 1,492,522 en 2019 (INE-DEM, 2019), lo que equivale a cerca del 9% de la población nacional. Estos datos evidencian las actuales dimensiones de la *emergencia* política y social de la migración en el país y dando cuenta de la importancia que tiene dicho fenómeno para la comprensión actual de las dinámicas sociales y de su impacto en las estructuras normativas vigentes, dando cuenta a su vez de la crisis del sistema de garantías chileno. Como bien señala Boaventura de Sousa Santos (2009), la historia del sistema mundo moderno es una historia de intercambios desiguales que son la causa de la guerra, el hambre, la opresión y el desastre ecológico que obligan a las personas a emigrar (p. 380) siendo el Estado moderno, en cierto sentido, obstáculo para el desarrollo de una nueva política emancipatoria mediante la integración social de la diferencia. A modo de ejemplo, actualmente la comunidad migrante más numerosa residente en Chile proviene de Venezuela, superando las 455,000 personas; sin embargo, sólo un 18% de ese grupo cuenta con permisos de residencia definitiva (82,242 a 2019), evidenciando su inestabilidad migratoria.

Sabemos que el flujo migratorio es un fenómeno que tiene larga data en el mundo. La migración es propia de la facultad humana de movilidad y supervivencia cuando las condiciones del país de origen son hostiles para la vida misma, momento en el cual el ser humano hace frente a las inclemencias de su situación particular, impulsando el movimiento transnacional en la búsqueda de mejores perspectivas para esa vida personal o familiar. Estos movimientos suscitan una gran cantidad de problemas

sociojurídicos para el sujeto migrante, en tanto sujeto de derechos humanos universales. Desde los pueblos nómades hasta la migración causada por las guerras mundiales del siglo XX, tanto en Europa como en América Latina, se ha ido verificando una tensión progresiva en el tratamiento jurídico de dicha *emergencia* política y social, de esta tensión da cuenta la Carta del Atlántico de 1941, instrumento que reconoce la posibilidad/permiso a todos los hombres a cruzar libremente todos los mares. Otro ejemplo de este tratamiento jurídico del control y reconocimiento universal del derecho a migrar está contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se consagra el principio jurídico/político de libre movilidad, señalando en su artículo 13 que “toda persona puede circular libremente” y *seguido de* “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país”. En el caso chileno, la emergencia del incremento del flujo migratorio durante el siglo XX (radicalizado en los últimos años) muestra una tensión en el ordenamiento jurídico, el que fue diseñado bajo la vigencia del viejo paradigma de la seguridad nacional —propio de la década de 1970— dejando en evidencia su insuficiencia para enfrentar los desafíos de la nueva realidad social del siglo XXI. De esto da cuenta la llamada Ley de Extranjería que fue aprobada por Decreto Ley 1094 de 1975, mientras que su Reglamento consta en el Decreto Supremo 597 de 1984 (modificado en 2015); a ambas normas matrices debemos sumar una serie inorgánica de normas específicas y una regulación administrativa dispersada en distintas normas reglamentarias, oficios, instructivos y circulares, que hacen más compleja su aplicación práctica.

A este complejo panorama normativo, se suma la publicación el 20 de abril de 2021, de la nueva Ley de Migración y Extranjería 21325, que viene a reemplazar el ya señalado Decreto Ley. Sin embargo, esta nueva norma establece en su disposición transitoria décima que publicada ésta, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública dispondrá de un año para la dictación de los reglamentos respectivos. A su vez, su disposición transitoria undécima establece que la ley entrara en vigor una vez publicado su reglamento.

Esto claramente demuestra que al existir una suspensión de la nueva ley, la normativa que se sigue aplicando es el Decreto Ley 1094, de 1975, es decir, se mantiene el mismo criterio de la seguridad interior del Estado actualmente.

De ahí que el problema que subyace a la normativa jurídica chilena es la anacronía con que sus disposiciones son aplicadas, dado que contexto histórico y político en el que esta normativa surge es muy distinto al que enfrentamos en la actualidad, cuya brecha se manifiesta en los fundamentos políticos de la normativa vigente que inciden directamente en el tratamiento del extranjero al llegar al país receptor. Todas estas dificultades prácticas en el tratamiento jurídico y político de la migración se traducen en una inquietud filosófica ineludible, toda vez que el tratamiento y conjugación de la igualdad y la diferencia en términos políticos parece ser más evidente cuando se trata de sujetos que experimentan las violencias propias de las formas de vida civilizatorias que arrastra el paradigma presente de la sociedad moderna del neoliberalismo, donde los sujetos con mayores desventajas sociales son clasificados y distribuidos por los gobiernos de recepción desde el principio político básico de la igualdad universal sin considerar la condición diferencial y material de ciertos migrantes que no tienen la posibilidad de controvertir los regímenes de normalización al que se integran, dado que el migrante está envuelto en un proceso continuo de subjetivación siendo este, en definitiva, un producto del poder y de los mecanismos que logran consolidar sus efectos disciplinarios de control. El hecho de poseer derechos humanos universales no da garantías para un adecuado ejercicio de tal reconocimiento en los países de recepción; por el contrario, es el mismo sujeto quien determina las condiciones de posibilidad de un reconocimiento eficaz, cuando se dan las condiciones de igualdad discursiva mínimas, abriendo un campo epistémico para el consenso y el disenso de las disposiciones que articulan el sentido político de la migración.

La producción y reproducción del sentido político de la migración tiene como antecedentes discursivos dos paradigmas que son pilares de la comprensión moderna del fenómeno moderno de la migración: el paradigma de la seguridad nacional y el paradigma de la soberanía. Ambos paradigmas se ven tensionados por una *emergencia* política y social que no es para nada nueva, pero que dadas las circunstancias propias de nuestro presente, se ha radicalizado hasta el punto de impulsar la reestructuración de los principios fundadores de la modernidad, puesto que el Estado se vale de herramientas jurídicas propiamente modernas para tratar la migración de acuerdo con criterios políticos específicos. Por ejemplo, en muchos casos operan criterios discriminatorios por parte del Estado

respecto del reconocimiento de derechos o prestaciones sociales a migrantes con base en la nacionalidad, tornando sospechosa la facultad discrecional de autorizar o negar la entrada al país de migrantes con particularidades específicas. En general, los Estados no tratan a los extranjeros de la misma forma que tratan a sus ciudadanos, radicalizando así las brechas sociales. Por el contrario, y por definición “los migrantes no son ciudadanos o bien son ciudadanos de segunda o tercera clase y su estatus jurídico varía dependiendo de si son legales o ilegales” (Boaventura de Sousa Santos, 2009, pp. 364 y ss.). Esta forma de entender el fenómeno de la migración trae aparejada una serie de violencias simbólicas en el tratamiento de dichos sujetos en una multidimensionalidad de espacios y tiempos que hace imposible hablar de un sujeto migrante homogéneo.¹ En este sentido, parece necesario atender a las condiciones culturales y materiales propias de los sujetos migrantes y contrastar dichas condiciones con sus necesidades, avanzando desde la declaración formal de derechos humanos universales hacia un ejercicio efectivo del derecho humano a migrar identificando los niveles de inclusión o exclusión de la normativa vigente.

En términos generales, el sujeto migrante se encuentra en una situación de vulnerabilidad material y jurídica que cuestiona el estatuto propio de los derechos humanos reconocidos universalmente. En este sentido, es posible establecer una clasificación fundamental en la legislación relativa a los flujos migratorios que atiende al tipo de objetivos políticos que dichas normativas persiguen. Así, podemos hablar de una legislación de extranjería cuando ésta establece los requisitos necesarios para el paso regular de personas a través de las fronteras de un país; como también de una legislación de inmigración cuando esta tenga su foco en el establecimiento de las condiciones normativas necesarias para su adecuada integración en las comunidades de recepción.

¹ De esto da cuenta el tratamiento señalado en la Opinión consultiva OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los indocumentados, cuando trata el principio de igualdad y no discriminación. También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la reconfiguración de estatus migratorios diferenciados que modifican la nacionalidad como criterio exclusivo de pertenencia al cuerpo político y social. Para un análisis comparado en este sentido (Natalia Caicedo, 2016, pp. 231-269).

La legislación chilena (Decreto Ley 1094, de 1975) regula, especialmente, los procedimientos de admisión y de expulsión, por lo que puede ser calificada como una normativa de extranjería y no de inmigración. Gran parte de la normativa chilena promulgada durante la Dictadura (1973-1990), sólo ha sido parcialmente revisada desde el retorno de los gobiernos democráticos, por lo que mantiene los fundamentos teóricos de una época marcada por la Guerra Fría y la imposición de un modelo político de carácter neoliberal. Se trata, por tanto, de una legislación que responde a dos matrices teóricas principales: i. la teoría de la seguridad nacional y ii. la racionalidad neoliberal; ambas en tensión con el reconocimiento universal de los derechos humanos.

La nueva Ley de Migración y Extranjería, si contempla, además de una regulación exhaustiva del ingreso, permanencia, salida y expulsión de un migrantes, propio de los controles de extranjería, en su artículo 6o., una norma sobre integración y exclusión de los extranjeros, por medio de la Política Nacional de Migración y Extranjería, fomentando dentro de la sociedad chilena sus diversas expresiones culturales y promoviendo la interculturalidad. Sin embargo, como ya hemos señalado esta ley se mantiene en suspensión, por lo que el criterio sigue siendo el de 1975.

La teoría de la seguridad nacional supone una protección radical de la soberanía territorial de un Estado, conservando y aplicando la facultad de decidir el ingreso y la expulsión de extranjeros que pueden ser considerados— por la clasificación propia que hace el liberalismo del sujeto migrante— como peligroso o indeseado. En la actualidad, la irrupción de migrantes indocumentados en las fronteras chilenas exacerba estas facultades soberanas, toda vez que el control estatal sobre las fronteras nacionales ha sido un factor crucial en la dirección y en la intensidad de la migración internacional, siendo un elemento político irreductible, en cuanto implica no sólo reubicación física sino que también cambio de jurisdicción y pertenencia (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 363). Esto evidencia la necesidad de un perfeccionamiento del estatuto jurídico del inmigrante en miras a fortalecer el sistema de garantías constitucionales en armonía con los derechos humanos universalmente reconocidos, de esto da cuenta la OC10/03, del 17 de septiembre de 2003, en relación con los trabajadores migratorios que deben tener asegurado el ejercicio de los derechos humanos consagrados en los Estados que los reciben, pero que por su situación los coloca en desigualdad ante la ley.

III. LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-TEÓRICOS DE LA NORMATIVA VIGENTE EN CHILE

La dimensión neoliberal de las normas jurídicas sobre migración ha privilegiado la libre circulación del capital por sobre la circulación de personas, implementando un modelo anclado en una perspectiva individual que tiende a premiar la capacidad productiva y formación personal; su racionalidad utilitarista sobrepasa la dimensión estrictamente económica, invadiendo los aspectos políticos y sociales de la convivencia con “criterios mercantiles que debilitan tanto la protección de los derechos como la soberanía estatal en materia económica” (Jaime Bassa y Fernanda Torres, 2020, p. 1022). En este sentido, el impacto de la migración en el desarrollo que promueve el neoliberalismo sólo supone una administración controlada de esos flujos para asegurar la explotación del trabajo de los migrantes en el proceso capitalista de producción de bienes para el intercambio mercantil.

La racionalidad neoliberal es funcional a la acumulación del poder, no sólo económico, sino también político, colonizando epistémicamente la esfera de lo social. La extensión de sus criterios mercantiles ha debilitado tanto la protección de los derechos de las personas como la soberanía misma desde donde se funda la racionalidad moderna, poniendo en entredicho los dos pilares sobre los que se sostiene el derecho migratorio: el derecho a la libre movilidad² y la soberanía estatal para fijar las condiciones de ingreso a su país (Cecilia Domínguez, 2016, pp. 191-192). Al privilegiar la libre circulación del capital por sobre la de personas, por medio de un modelo que tiende a premiar la individualidad y su capacidad productiva, la combinación de las ideas neoliberales con la doctrina de la seguridad nacional permitió consolidar un supuesto antropológico del migrante como una amenaza y, de esta forma, establecer un régimen de extranjería muy restrictivo, que contempla amplias facultades para los órganos de la administración estatal. Se trata, por lo demás, de una racionalidad mercantil que se encuentra consolidada en el país, con una fuerte influencia sobre los procesos de integración de las personas migrantes en el país (Isabel Aninat y Rodrigo Vergara, 2019).

² Según puede desprenderse del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

Es posible afirmar que se trata de una normativa que se sostiene sobre fundamentos teóricos incompatibles con una perspectiva de derechos humanos universales, ya que configura antropológicamente al migrante como una amenaza a la seguridad interior del Estado. Esta perspectiva contradice los instrumentos internacionales redactados en el periodo de posguerra, cuestión que revela las debilidades propias de los ordenamientos jurídicos modernos: derechos humanos que deben entenderse como universales y abstractos y que entran en conflicto cuando el supuesto antropológico que les inspira es superado por las complejidades de la realidad social. Aprobada a dos años del Golpe de Estado, esta normativa contribuyó a los objetivos del régimen de controlar, desde el principio, el tránsito de personas a través de las fronteras, tanto de quienes salían del país (voluntariamente o de manera forzada), como respecto de quienes ingresaban. El modelo jurídico y político de la soberanía moderna, que asegura la unidad del poder, es consolidado por la Junta Militar con la regulación de los flujos migratorios antes citadas invisibilizando las relaciones de dominación subyacentes a estas decisiones normativas y al poder disciplinario que opera mediante la normalización de ciertas conductas de exclusión social (Jaime Bassa y Erick González, 2021). Esta manifestación de la soberanía explica las amplias atribuciones entregadas a la autoridad administrativa la que, discrecionalmente, puede autorizar o rechazar el ingreso de extranjeros al país, así como para su expulsión.

Se trata de una regulación normativa anacrónica pues genera las condiciones para vulneraciones masivas a los derechos de los sujetos migrantes, según ha señalado en Chile el Tribunal Constitucional ([TC], Rol 2273-2012, 04/07/2013, C. 7o.). Esta magistratura, afirmó que, dado que el DL1094 es anterior a la Constitución de 1980 y “fue dictado en un periodo en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional”, debe contrastarse a la luz del texto constitucional (TC, Rol 2273-2012, 04/07/2013, C.25o.). En otras palabras, el TC identifica cómo un diseño legislativo (que responde al paradigma de la seguridad nacional) desconfía del extranjero en tanto que “otro”, profundizando las violencias epistémicas de la configuración antropológica de ciertos migrantes. Profundiza tal magistratura que el punto de partida de todo análisis normativo en esta materia debe ser el derecho a emigrar del país de origen, aunque haciendo reserva de una soberanía estatal siempre sujeta a los estándares

internacionales. Hay antecedentes para afirmar que el paradigma del “temor al foráneo” podría estar cambiando hacia un enfoque de derechos, aunque muy lentamente.

En ese proceso de cambios legislativos y culturales, cabe destacar que la normativa chilena relativa a refugiados y víctimas de trata (producto de los compromisos internacionales para la protección de los migrantes) se sostiene en fundamentos distintos a los presentes en la legislación de 1975. Se han introducido modificaciones legales destinadas a cumplir los estándares internacionales respecto de ciertos migrantes en situación de mayor vulnerabilidad, como los solicitantes de refugio o asilo regulados en la Ley 20430, de 2010, y las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de inmigrantes según la Ley 20507, de 2011. Asimismo, recientemente se otorgó reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno en virtud de la Ley 21.151, de 2019, específicamente a su identidad cultural, idioma y tradición histórica. Aunque obedecen a fundamentos y objetivos diferentes, la aplicación de estas normas ha debido acoplarse a la normativa previamente vigente, pero sin una armonización institucional adecuada.

En efecto, la mayor complejidad de los flujos migratorios plantea la necesidad de revisar los criterios por medio de los cuales se verifican los criterios de clasificación y exclusión de los sujetos que migran a Chile y que buscan obtener los derechos políticos que la calidad de ciudadano otorga; es así como los efectos del poder disciplinario que se verifican mediante la exclusión social de los migrantes. En los últimos años se han realizado algunos esfuerzos institucionales destinados a actualizar la regulación jurídica de la inmigración, con el fin de garantizar mayor coordinación en las instancias administrativas competentes y de proteger de mejor forma los derechos de personas que, por su sola condición de migrantes, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Entre estas iniciativas, de manera muy resumida, podemos anotar las siguientes:

- a) En 2008 se promulgan el Instructivo Presidencial 9, que contiene las instrucciones sobre la política migratoria, mediante el cual se instruye a la administración a considerar la normativa internacio-

nal sobre migrantes y refugiados en sus programas, con perspectiva de derechos humanos.³

- b) Desde 2013 se discute un proyecto de ley para reemplazar el DL1094(Boletín legislativo 8.970-06), hoy se encuentra finalizado el trámite legislativo y a un paso de ser promulgado, luego de sortear el control preventivo de constitucionalidad (STC 9.930-2020). Cabe señalar que en 2017 se había presentado un proyecto de ley alternativo (Boletín legislativo 11.395-06), que fue descartado en 2018 para concluir el proyecto de 2013, proyecto que vio la luz con la Ley 21325, del 20 de abril de 2021, cuyo reglamento está en suspenso.
- c) En el intertanto, un nuevo Instructivo Presidencial (el 5, de 2015) estableció los lineamientos de la Política Nacional Migratoria, también con perspectiva de derechos humanos. A pesar de sus intenciones, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que Chile debe “acelerar la aprobación del proyecto de ley sobre inmigración que garantice plenamente los derechos protegidos por el pacto”.⁴

Como es posible apreciar, la institucionalidad chilena parece no tener claridad respecto a la forma en que la migración debe ser regulada, puesto que cada legislatura parece empujar proyectos políticos contradictorios entre sí. No obstante lo anterior, persiste aquel sello que caracteriza a la legislación vigente, centrada en el paradigma de la seguridad nacional y el orden público, toda vez que cada uno de los proyectos discutidos mantiene las competencias del Ministerio del Interior en la materia, sin avanzar hacia una integración institucional que mejore las condiciones para la protección de los derechos de las personas migrantes y atenúe los efectos de la clasificación que realiza la autoridad respecto de migrantes deseados e indeseados.

³ A su vez, se crea el Consejo de Política Migratoria como un órgano asesor de las autoridades y de vinculación con la sociedad civil (sin embargo, este Consejo sólo se constituyó en 2014, sesionando sólo en una oportunidad a la fecha, y fue disuelto durante el primer semestre de 2018 por la administración del presidente Piñera).

⁴ VI Informe del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del 13 de agosto de 2014, Observación 23, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CHL/CO/6&Lang=Sp.

Por otro lado, esta discusión en torno a la nueva normativa migratoria y los efectos de su *emergencia* se ha contaminado ante la irrupción política de neofascismos en Latinoamérica, con un discurso centrado en la seguridad pública e interior del Estado y el rechazo a la migración (Eduardo Domenech y María Eugenia Boito, 2019). La difusión mediática de estos discursos ha vinculado, artificialmente, el fenómeno migratorio con una degradación de la sociedad que invisibiliza el aporte de la diversidad cultural y exacerba el discurso de odio, el que luego es procesado políticamente por los gobiernos más autoritarios. El resultado, hasta ahora, ha sido la instalación de una discusión en torno a eventuales cuotas migratorias, o bien, al establecimiento de categorías de migrantes determinadas por la conveniencia o utilidad que reporten al país. La inclinación de los gobiernos con racionalidad liberal tiende inevitablemente a cuantificar, clasificar y distribuir en el espacio social a los agentes sociales internos y externos con base en criterios discrecionales y arbitrarios. Esta racionalidad desconoce la posible irrupción de nuevos sujetos en el espacio-tiempo nacional y contribuye a la comprensión de la otredad como amenaza, mercantilizando los criterios de clasificación del migrante, condicionando así el reconocimiento de derechos sociales a los aportes económicos que realizan los migrantes en los países receptores (Natalia Caicedo, 2016, p. 253).

Así, la condición de colectivo vulnerable, que se encuentra sometido a una situación de incertidumbre a lo largo de toda su ruta migratoria se encuentra con el desafío de cumplir con los criterios normativos de los Estados receptores, los que por su desarrollo inorgánico, perjudica o entorpece una integración pacífica. Este fenómeno se ve potenciado por la insuficiencia del derecho interno para enfrentar los cambios sociales impulsados por la migración, tornando ineficaz al derecho en ese sentido. En efecto, dada la comprensión moderna de la soberanía estatal para establecer las reglas de ingreso a los países, la posición jurídica del migrante depende de las políticas de inmigración que adopta el Estado receptor (Javier de Lucas, 2012), especialmente para garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales; una vez que han ingresado al territorio nacional, su estatus jurídico queda entregado a la discrecionalidad de la normativa interna, cuyo único límite serían los derechos constitucionales cuya titularidad universal resulta insuficiente si no considera el tratamiento político de la diferencia en dicho reconocimiento (Jaime Bassa y Erick González, 2020).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

IV. SUJETOS SIN CIUDADANÍA

En términos generales, la ciudadanía es entendida como aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones implica. Esta definición asume un sistema de desigualdad estructural con base en clases sociales. Esta igualdad estructural se considera útil y necesaria por el liberalismo porque proporcionaría un incentivo para el esfuerzo y estructura la distribución del poder (Marshall, 1991, p. 37) Por su parte, el migrante, como categoría política, supone una definición epistémica como sujeto de derechos universales, el que bajo determinados supuestos y bajo ciertas condiciones es reconocido como ciudadano. Estas definiciones de sujeto y ciudadano son autónomas entre sí cuando el reconocimiento de un derecho humano universal es sólo formal/abstracto, quedando la confirmación de la ciudadanía entregada a la normativa vigente del país receptor. No obstante lo anterior, estas definiciones están íntimamente ligadas entre sí, toda vez que la ciudadanía es la consecución lógica de la subjetividad moderna; el ego epistemológico desde donde se construye la escisión sujeto/objeto ha tenido una serie de modificaciones hasta su concreción definitiva en la noción de ciudadanía. Étienne Balibar (2013) señala que la evolución de la noción de sujeto contiene estructuralmente el componente de la sujeción, clave para el funcionamiento del poder (p. 57). El sujeto moderno —que es base del posterior sujeto de derechos— es *subjectus* en términos de sujeción al poder. Recién con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se rompe con la configuración político-epistemológica del sujeto anterior a las revoluciones burguesas. Balibar señala que esta ruptura genera un “efecto de verdad” de carácter retroactivo o de performatividad, pero siendo un texto intrínsecamente equívoco (Étienne Balibar, 2013, p. 57). Esto se debe a que el lenguaje en que está redactado el documento fundacional de la política moderna permite verificar al menos dos dualidades: por una parte, los derechos del hombre y del ciudadano y, por otra, quienes nacen libres e iguales; estas dualidades propician lecturas antitéticas, dado que no sabemos de antemano cuál es la noción fundante del orden político-jurídico: si el hombre o el ciudadano.⁵

⁵ Étienne Balibar (2013) responde que los derechos enunciados son los del ciudadano, pero en el que se constituye un sentido de ciudadanía radicalmente nuevo, donde se articu-

Por su parte, la soberanía del Estado fue siempre pensada como jerarquía y sujeción vertical, pero a partir de la Declaración de 1789 surge la paradoja de la soberanía igualitaria como algo radicalmente nuevo.⁶ Ya no existe sujeción a un orden imperial o monárquico; ahora la sujeción se da entre ciudadanos considerados como iguales en términos políticos, fundada en la libertad declarada. El contractualismo desplaza el campo discursivo hacia una soberanía radical de hombres libres e iguales que ejercen sus derechos “naturales” en una sujeción recíproca, el *subditus* clásico permanecería ahora en una forma de sumisión a la decisión soberana.

Por otra parte, la estructura de la sumisión de la teoría jurídica de la soberanía desarrollada por Hobbes en el siglo XVIII resulta insuficiente para captar en su totalidad las dinámicas del poder, precisamente porque no capta la dimensión material del sometimiento a partir de una multiplicidad de individuos y voluntades que confluyen y divergen, sino que son entendidos como cuerpo único, animados por un alma que sería la soberanía (Michel Foucault, 2014, p. 37). Ahora, el ciudadano es el nuevo sujeto de derecho, sujeto psicológico, sujeto trascendental; un presupuesto político y epistémico de la Declaración de 1789 (Étienne Balibar, 2013, p. 58). En este sentido, Balibar reconoce que la universalidad no podría haber llegado sino por la figura del ciudadano, dado que este devenir de su-

la la soberanía de este ciudadano en una nueva articulación de la libertad que se funda retroactivamente en un cierto concepto de hombre, poniendo a éste en lugar de Dios (p. 57).

⁶ La igualdad del sujeto-ciudadano tratada por Rousseau es condicionada por la universalidad de tal presupuesto. Desde entonces se abrieron dos vías La igualdad o bien es simbólica en cuanto a la consideración abstracta de todos los ciudadanos. O bien la igualdad es real, lo que supone que no habrá ciudadanía si las condiciones de los individuos no son iguales, o al menos equivalentes. El paradigma jurídico-político de la modernidad descansa en la primera vía dado que es más fácil afirmarla independiente de las desiguales condiciones en la que se encuentran los sujetos-ciudadanos evidenciado una insuficiencia epistemológica. Esta antinomia es insostenible: la igualdad simbólica no debe ser real pero sí universalmente aplicable y la igualdad real debe ser total y práctica En relación con la igualdad real, Ranciere sostiene que el único valor que puede considerarse como universal es la igualdad pero sólo en la medida en que esta pueda ser puesta en práctica, siempre es un lugar de verificación, es una operación de demostraciones. La igualdad cívica es indisoluble de la universalidad en la medida en que pueda ser demostrada su operatividad real, pero también es cierto que necesita de la forma simbólica para poder universalizar su contenido; no pueden existir excepciones pues negaría la condición de posibilidad de la universalidad pero es insuficiente quedarse con sola esa dimensión (Balibar, 2013, pp. 57 y ss).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

jeto en ciudadano forma parte de un desarrollo preparado durante siglos,⁷ teniendo su desenlace en la Revolución francesa, donde desaparecen — formalmente— todas las distinciones sociales: el *subjectum* ya no es más *subditus* en sentido clásico, instituyendo así la figura histórica actualmente vigente del sujeto moderno que se convierte en ciudadano.

Una de las promesas de la modernidad es la emancipación respecto de la dominación despótica del antiguo régimen, siendo esta noción el horizonte trazado para la consecución de los más altos fines sociales de la humanidad occidental. Santos reflexiona sobre las formas discursivas que han colonizado la comprensión de la ciudadanía y las contraposiciones y puntos de encuentro con la subjetividad. En este sentido, no parece raro afirmar que la constelación ideológica-cultural hegemónica del fin de siglo apunta a la reafirmación de la subjetividad en detrimento de la ciudadanía y a la reafirmación desigual de ambas en detrimento de la emancipación (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 285). Por su parte, para Balibar la noción deviniente a la de sujeto es la de ciudadano como depositario de la epistemología del sujeto racional, pero el carácter político de este último concepto hace plantear interrogantes respecto de la visión liberal de la ciudadanía, de sus limitaciones y proyecciones universales en el campo discursivo de la teoría política. Esto tiene consecuencia para la protección y garantía de los derechos sociales toda vez que la ciudadanía se erige como precondition de posibilidad de ejercicio de los derechos.

Diremos entonces que el principio de subjetividad es más amplio que el principio de ciudadanía. La forma jurídica de ejercer la ciudadanía es restrictiva, reducida al sufragio, minimizando cualquier otra forma de participación, en un amplio horizonte de posibilidades para la representación directa. Para Rousseau, el contrato social se basa en la obligación política horizontal entre los contratantes fundando el principio de comunidad (en la medida en que es necesaria una igualdad sustancial), lo que en definitiva supone una crítica a la propiedad privada, la que es considerada como intangible por la racionalidad liberal. En otras palabras, la igualdad sim-

⁷ Étienne Balibar (2013) señala que es un desarrollo preparado por todo el trabajo de definición de la individualidad jurídica, moral e intelectual, que se remonta al nominalismo del final de la Edad Media reflejada en la filosofía, pero que no es posible encontrar su nombre sino hasta la emergencia del ciudadano revolucionario (p. 58).

bólica de la ciudadanía no es suficiente para la emancipación por medio del derecho mientras no esté asegurada una igualdad sustancial que evite los costos del liberalismo individualista.

La tensión entre subjetividad y ciudadanía va más allá del tránsito lineal del sujeto moderno al ciudadano, pues da cuenta de la complejidad que asume la articulación de la autoconciencia con la *res extensa* en el proceso propio de la subjetivación. La ciudadanía enriquece la subjetividad y abre nuevos horizontes de autorrealización, por la vía del reconocimiento de derechos políticos. Por el contrario, el reconocimiento de derechos y deberes generales y abstractos al sujeto moderno (no ciudadano) reduce tal individualidad a una universalidad abstracta de carácter igual e intercambiable en el tráfico económico (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 292).

Las formas de opresión y de exclusión contra los cuales luchan los nuevos movimientos sociales (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 312) no pueden ser abolidas con la mera concesión de derechos; exigen una reconversión global de los procesos de socialización y de inculcación cultural y de los modelos de desarrollo (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 319). Caer en la trampa de la abstracción supone conformarse con la creación de más derechos de titularidad universal reconocidos al sujeto moderno prescindiendo del reconocimiento de la ciudadanía y los derechos políticos que supone tal categoría.

Santos señala que la noción moderna que tiene más potencial para fundar nuevas energías emancipatorias es el principio de comunidad rousseauiana, la que establece la obligación política horizontal entre los ciudadanos y la participación y solidaridad concretas en la formulación de la voluntad general (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 322). Se ha evidenciado la crisis del contractualismo moderno, momento donde se da el predominio estructural de los procesos de exclusión por sobre los de inclusión (Jaime Bassa y Erick González, 2021); en consecuencia, resulta urgente modificar las dinámicas excluyentes de la ciudadanía, ampliando el campo de acción política más allá del sufragio o al reconocimiento de la nacionalidad como criterio formal para gozar de derechos sociales. La politización de lo social implica una expansión de los criterios utilizados para comprender la ciudadanía y en este sentido es posible avanzar hacia formas de ciudadanía colectivas que superen la dinámica del reconocimiento de derechos individuales y abstractos cuyos patrones no se condicen con situaciones particulares de ciertos sujetos o ciudadanos. La creación

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

de un nuevo sentido común de la ciudadanía implica modificar las prácticas político-jurídicas de la modernidad en el sentido de comprender a los migrantes como sujetos-ciudadanos. La igualdad universal de los sujetos de derechos (ciudadanos o no) invisibiliza la diferencia constitutiva del sujeto que es titular de esos derechos civiles, políticos y sociales. Para la teoría liberal, existe un predominio evidente de la subjetividad por sobre la ciudadanía, se trata de una tensión radical que sólo puede ser superada en el marco de la emancipación social (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 292).

Como ya sabemos los derechos humanos que orientan la protección estatal de los sujetos-ciudadanos surgen de luchas colectivas, cuyas conquistas se ejercen, jurídicamente, de manera individual. El planteamiento colectivo de ciertas reivindicaciones debe sortear una serie de problemas teóricos, tales como la diferencia estructural de los sujetos que se articulan socialmente, el problema político de la articulación/formación de las demandas sociales o la formación de comunidades específicas en torno a esa diferencia compartida, muchas veces en situación de subalternidad. El problema más importante en torno a la otredad política surge con —lo que Bauman denomina— *guerras de reconocimiento*, que absolutizan y radicalizan la diferencia política, al punto de ser reclamada como cheque en blanco. El autor advierte que no todas las diferencias tienen, *a priori*, el mismo valor (Zygmunt Bauman, 2009, p. 74). Si bien la libertad de perseguir y articular reivindicaciones de reconocimiento es la principal condición de autonomía y autoconstitución de la sociedad persiste una lectura esencialista y absolutista de la diferencia como insumo teórico-político en el razonamiento de las tradiciones hegemónicas. La condición política de la igualdad de los hablantes para denunciar injusticias asegura que la diferencia sea escuchada.

En su caso, el proceso de asimilación del sujeto migrante, que aún no es ciudadano, disuelve las diferencias culturales de estos, dada la lectura moderna de la soberanía y la construcción del imaginario nación que es de carácter territorial (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 366) siendo, en consecuencia, la doctrina de la seguridad nacional un mecanismo de restricción de derechos políticos: las condiciones económicas, políticas y sociales del país receptor establecen los parámetros del flujo migratorio y su tratamiento jurídico (Saskia Sassen, 2017, p. 185). La igualdad universal disuelve la diferencia estructural del sujeto político migrante y resta

elementos epistémicos para una comprensión más profunda de su configuración, lo que obstaculiza, en definitiva, la garantía efectiva de los derechos fundamentales/sociales restringiendo su ejercicio al reconocimiento de la nacionalidad y la ciudadanía como condiciones para su ejercicio. A diferencia del siglo pasado, el panorama actual es radicalmente distinto, dado que ha operado progresivamente el fenómeno de la desterritorialización de la soberanía (Zygmunt Bauman, 2009, p. 93; Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 374), junto al carácter preferentemente económico de los flujos migratorios.

Ahora bien, es necesario caracterizar nuestro modelo jurídico en torno al tratamiento de la *emergencia* de la migración económica para establecer las condiciones de posibilidad de una nueva lectura del fenómeno, atendiendo a criterios diversos al reconocimiento de la ciudadanía para el goce de los derechos de protección social de sujetos que forman parte de la cotidianidad social y que sólo ciudadanos en potencia. La invisibilización de las condiciones materiales que configuran al migrante obedece a la lectura estrictamente formal de la igualdad universal, donde la diferencia queda relegada a una antropología difícil de definir, obstaculizando su procesamiento en términos político-jurídicos.

V. TENSIONES EN TORNO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY DESDE LA DIFERENCIA MATERIAL

El diagnóstico precedente evidencia las dificultades concretas y materiales que tiene la garantía igualdad. Entre las diversas dificultades asociadas a la configuración del estatuto jurídico de las personas migrantes, revisaremos sólo la garantía de igualdad en el ejercicio de los derechos para establecer las condiciones de posibilidad de una lectura de la igualdad jurídica universal, formal, desde la diferencia específica del sujeto-ciudadano migrante.

La Constitución chilena no contempla ninguna regulación específica sobre el fenómeno de la migración o de los derechos que asisten a las personas migrantes (ni al supuesto antropológico que explica su *emergencia*). No obstante, la forma en que su articulado se encuentra redactado permite concluir que existe una garantía genérica de igualdad ante la ley, específicamente en el ejercicio de los derechos fundamentales, según se desprende del propio encabezado del artículo 19 que asegura los derechos

contenidos en este artículo “a todas las personas”, sin distinciones de ningún tipo. Se trata de una titularidad formal de carácter genérico que, en lo relativo a los migrantes, llevó al TC a afirmar que la Constitución “no solo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente” (Rol 2273-2012-INA, 4/07/2013, C. 29o.). Desde este punto de vista, dada esta garantía genérica de igualdad ante la ley que se complementa con la prohibición de toda forma de discriminación arbitraria (art. 19, 2), no es posible justificar que la ley establezca tratos diferenciados para las personas migrantes, especialmente si ellas se encuentran en Chile en una situación migratoria regular. Es decir, salvo para el tránsito por la frontera, el ingreso al país y, eventualmente, la aplicación de sanciones que acarreen la expulsión, la garantía de igualdad ante la ley protege de discriminaciones injustificadas o arbitrarias.

La condición de migrante residente en un país extranjero puede encontrarse amenazada por una serie de condiciones materiales que configuran las llamadas “categorías sospechosas de discriminación”, entre ellas, raza, etnia, idioma y, por cierto, nacionalidad. De hecho, la propia Ley 20609 en su artículo segundo recoge estos criterios para proteger a las personas y garantizar su igualdad ante la ley. Se trata de la protección de aspectos fundamentales que configuran nuestra identidad como persona, cuya condición de categorías sospechosas de discriminación se extrema en contextos de mayor exposición a la vulneración de derechos respecto de distintas formas de marginalidad. En atención a dicha vulnerabilidad, la garantía de igualdad ante la ley exige que toda regulación legal o reglamentaria que establezca diferencias respecto de estos grupos sociales debe contar con una justificación argumental sólida y razonable, a modo de evitar toda forma de discriminación arbitraria. Ello requiere, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, alguna forma de habilitación constitucional previa, que autorice a la ley o a la administración a implementar esos tratos diferenciados según los objetivos garantistas que establece la Constitución. Así lo ha afirmado el TC, a propósito de las restricciones a la libertad de locomoción (sentencia rol 2273-2012, C. 35o. y 36o.).

La igualdad ante la ley es un tipo de derecho fundamental, constitucional, que prohíbe las discriminaciones normativas entre las personas, establecidas por la ley u otros instrumentos de distinto rango jerárquico, que se encuentren fundadas en sus características personales o identita-

rias. En tanto derecho constitucional, la igualdad ante la ley no significa una plena identidad en las posiciones jurídicas de los individuos que pueden verse amenazados por eventuales discriminaciones arbitrarias. A su vez, la Constitución no prohíbe toda forma de diferenciación normativa, sino sólo las discriminaciones de carácter arbitrario, es decir, que se sostengan en razones incompatibles con las garantías constitucionales, por ejemplo, al invocar estos rasgos personales para disminuir el estándar de ejercicio de los derechos.

Sin embargo, estas garantías constitucionales se mueven en el plano formal/abstracto, quedando su efectividad condicionada por una serie de obstáculos que condicionan el ejercicio de los derechos de las personas migrantes, como por ejemplo la exigencia de regularización administrativa de su residencia en el país. Sin perjuicio que la garantía constitucional de igualdad ante la ley es clave, no podemos sobredimensionarla frente al impacto que otros aspectos generan en el ejercicio de los derechos. Este elemento es crucial para revisar la pertinencia de un aforismo de recurrente utilización en la jurisprudencia constitucional chilena, que condiciona el juicio de valor relativo a la igualdad, tratando iguala los iguales, autorizando un trato diferenciado a quienes no se encuentran en la misma condición. Se trata de un aforismo que no satisface (al menos no necesariamente) el estándar que impone la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues se limita a constatar formalmente, la situación particular de ciertos sujetos en orden a justificar el trato normativo diferenciado, sin detenerse en la legitimidad o razonabilidad de dicha diferenciación. En términos concretos, un migrante no es un nacional, pero de ello no se sigue que cualquier tipo de diferenciación en la regulación de sus derechos pueda ser justificada sólo porque se aplique a todos los migrantes que se encuentran en una misma situación. Ello ha permitido la relativización de sus derechos humanos, al condicionar su garantía a la regularización de su situación administrativa de residente.

La presencia de estas categorías sospechosas de discriminación arbitraria en una regulación jurídica especial obliga a justificar el trato normativo diferenciado de manera explícita y con un mayor desarrollo teórico y técnico. En general, las diferencias reguladas para el ejercicio de los derechos de sujetos que se encuentran en condiciones estructurales de desventaja, sólo se justifica en la medida que dicha regulación busque mejorar las condiciones jurídicas o materiales desde las cuales estos colec-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

tivos ejercen sus derechos, en lo que se conoce como discriminación positiva. Se trata de regulaciones que buscan equilibrar ciertas condiciones que, en términos generales, impiden un ejercicio efectivamente igualitario de los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico.

De esta forma, cuando una ley regula el estatuto jurídico de un grupo social determinado, fija las condiciones para el ejercicio de sus derechos y, al mismo tiempo, establece requisitos especiales que no se aplican por igual al resto de la población, es fundamental que exista una debida proporcionalidad entre los fines perseguidos por la norma y las medidas de diferenciación establecidas. Este es uno de los elementos principales de la garantía de igualdad ante la ley, donde su dimensión formal se cruza con la dimensión material.

La nueva Ley de Migración y Extranjería contempla dentro de sus definiciones en su artículo 1.7, una definición de discriminación arbitraria, similar a la ya establecida en la Ley 20690.

El Decreto Ley que regula la situación jurídica de las personas migrantes en Chile fue promulgado en 1975, una norma de facto pero de rango legal que fue promulgada sin la debida habilitación constitucional y en un contexto histórico marcado por la entonces hegemónica doctrina de la seguridad nacional, tensionando la garantía de igualdad ante la ley en un grupo social afectado por condiciones estructurales de desventaja (Jaime Bassa y Fernanda Torres, 2018). El propio TC chileno lo ha señalado en este mismo sentido, exigiendo una mayor justificación argumentativa que permita explicar tratos normativos diferenciados, según la persecución de fines constitucionalmente legítimos (Rol2273-2012-INA, C30o.), aunque siempre desde la defensa de la igualdad ante la ley en tanto garantía formal para el ejercicio de los derechos y sin considerar suficientemente la incidencia de la diferencia subjetiva como criterio de protección de esos derechos.

La garantía constitucional de la igualdad ante la ley es uno de los elementos básicos del estándar internacional para la regulación jurídica de la migración (el otro es la reserva de ley, de modo que la actuación de la administración del Estado esté situada dentro de márgenes establecidos democráticamente por el legislador). Esto tiene por finalidad garantizar que, luego de haber ingresado legalmente al territorio nacional, todo extranjero tenga igual trato respecto de los habitantes de dicho país. Pero más allá de la garantía de una igualdad formal ante la ley, sabemos que “la natu-

raleza e intensidad de sus derechos fundamentales se modifica, especialmente si es un inmigrante con pretensiones de permanencia en el país” (Rol2273-2012-INA, C41o.), generando distinciones en el goce de los derechos que no tienen una justificación normativa razonable. Dado que las diferencias constitutivas del migrante no son debidamente consideradas por el ordenamiento jurídico, estas terminan siendo una amenaza para el legítimo ejercicio de los derechos, precisamente porque la garantía constitucional de la igualdad ante la ley es entendida en términos estrictamente formales, verificándose la igualdad al nivel de la titularidad, pero no del ejercicio efectivo de los derechos.

VI. HACIA NUEVOS CRITERIOS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES PARA PERSONAS MIGRANTES

La migración es típicamente un desplazamiento entre dos mundos (Saskia Sassen, 2017, p. 183), lo que conlleva una carga simbólica de desprendimiento y adaptación o apego a un nuevo entorno. En este sentido, se trata de una elección condicionada estructuralmente por la necesidad, imposibilitando la facultad racional para elegir libremente un modo de vida determinado. Independiente de la consideración a los motivos que impulsan a un sujeto a migrar, parece necesario considerar la distribución estratégica que hacen las democracias modernas y sus gobiernos de acuerdo a la función social o niveles de contribución (dependiendo del criterio a utilizar por parte del gobierno de turno) al desarrollo del país que lo recibe, contribución que es fundamentalmente económica y que está atravesada por la condición neoliberal de nuestros sistemas de protección (Natalia Caicedo, 2016).

Estas condiciones estructurales y estructurantes influyen en el tratamiento jurídico del migrante, en tanto sujeto político ciudadano o no. Este fenómeno se genera por la relación dialéctica de alteridad de una construcción subjetiva y antropológica que genera el “yo” hegemónico y que necesita de un “otro” al que es necesario negar para su autoafirmación la criminalización —producto de la clasificación que hacen los sistemas democráticos modernos— sufrida por los migrantes en el paradigma actual de la legislación sobre migración viene dada por la precariedad de los instrumentos de integración material y cultural; estas necesidades

“han sido codificadas y ordenadas jerárquicamente por criterios de nacionalidad y territorialidad que están contaminados por prejuicios en su contra, mientras que sus diferencias han sido codificadas y jerarquizadas por una forma hegemónica de conocimiento que no puede comprender sino lo que ellas no son” (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 381).

La negación de esa otredad desde donde se construye el “yo” hegemónico, conforma la dialéctica de la opresión de los sujetos migrantes. La definición de la pertenencia y la separación jurisdiccional y territorial de las fronteras son los principales instrumentos políticos para profundizar la desigualdad en el sistema del mundo, generando un empobrecimiento del principio de comunidad y cuya sobrecarga jurídica y política de tal reducción descalificó tanto a comunidades locales como a las comunidades transnacionales (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 381). En este sentido, los migrantes sufren una doble discriminación: por una parte, sus poderes jurídicos son muy escasos; de otra parte, su vulnerabilidad social hace casi imposible la lucha por la efectividad de sus derechos, y es común la impunidad de las violaciones a esos derechos (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 368).

Por medio de enunciados generales y abstractos, las normas jurídicas se refieren a un sujeto migrante que es concebido en abstracto, sin consideración alguna a sus condiciones materiales de existencia, ni a las particularidades de su viaje migratorio, como tampoco a la forma en que se inserta en la comunidad local, o bien a las condiciones que hacen más o menos posible el ejercicio de sus derechos fundamentales. Este carácter general y abstracto de la norma jurídica es considerado, por la racionalidad jurídica como una forma de garantizar el ejercicio universal de los derechos humanos y evitar que el ejercicio del poder —especialmente estatal— sea arbitrario. Sin embargo, el migrante no es un sujeto político unitario ni, mucho menos, abstracto, sino que está a travessado por una determinada forma de configuración subjetiva y de clasificación social, donde no es posible hablar de un lugar específico para cualquier migrante en la sociedad chilena, al menos sin considerar previamente los factores económicos, sociales y culturales que determinan las condiciones de dicha clasificación para cada migrante en particular. La abstracción de los enunciados normativos permite que los prejuicios sociales y las condiciones estructurales de desventaja influyan en el contenido de las decisiones institucionales. Ello es especialmente relevante cuando las normas jurídi-

cas autorizan espacios de discrecionalidad para la decisión de la autoridad, como es el caso de la legislación migratoria chilena.

Efectivamente, al sentar las bases para el ejercicio de las atribuciones legales de la autoridad migratoria, el artículo 13 del Decreto Ley 1094 señala que las atribuciones del Ministerio del Interior relativas al otorgamiento de visas y permisos de permanencia definitiva “serán ejercidas discrecionalmente”, cuestión que es recogida, casi en los mismos términos, por el artículo 13 inciso 2 del Reglamento de Extranjería (DS 597, de 1984). La actual normativa promulgada elimina la palabra “discrecionalidad” pero remite su regulación y aplicación al reglamento que debiese dictarse, sobre todo en materia de la determinación de las categorías migratorias y subcategorías en las que puede ingresar al país un migrante.

Los únicos parámetros que contempla la normativa vigente, de 1975, son mercantiles al considerar la utilidad o conveniencia para el país para otorgar dichos permisos y la reciprocidad internacional. Si bien este último criterio puede verificarse de manera más o menos objetiva, la utilidad o conveniencia en otorgar el permiso configura un criterio abierto e indeterminado, cuya concretización queda entregada, por expreso mandato legal, a la discrecionalidad de la administración. Sabemos que las condiciones estructurales de discriminación tienden a proyectarse en las decisiones institucionales cuando no existen criterios objetivos que delimiten su actuar. Es lo que ha ocurrido en Chile desde 1975, especialmente en el control de los pasos fronterizos, como lo han demostrado investigaciones que han trabajado con datos empíricos (Nanette Liberona, 2015; Iskra Pavez-Soto y Sofía Colomé, 2018). Queda en evidencia una debilidad estructural en la garantía de los derechos de las personas migrantes en Chile, pues la discrecionalidad en la expulsión o denegación de ingreso carece de controles efectivos, generando las condiciones que hacen posible la discriminación arbitraria (Jaime Bassa y Fernanda Torres, 2020).

Asimismo, dada la preponderancia de las condiciones materiales en la configuración política de las distintas comunidades migratorias, especialmente ante la relevancia de las condiciones económicas en una sociedad neoliberal o de capitalismo tardío como la chilena es que parece necesario considerar tales elementos configuradores de la subjetividad migratoria. Explicar la fragmentación de lo que podríamos llamar el estatuto jurídico de los derechos del migrante, implica asumir que no es posible afirmar que existe un solo estatuto. En este sentido, en la fragmentación neoliberal

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

el mismo sujeto migrante tiene muchas subclasificaciones o dimensiones que producen formas de vida diversas entre sí, con particularidades en las necesidades de cada uno y que influyen en la integración del migrante como sujeto político o ciudadano.

El fundamento territorial de la noción de ciudadanía guarda su integridad creando, en términos sociológicos, ciudadanos de segunda, tercera y hasta cuarta clase (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 384), lo que revela el funcionamiento discriminatorio y clasificatorio de la política de la ciudadanía, relegando a los migrantes indocumentados a la invisibilización de su existencia y a la imposibilidad de reclamar derechos humanos. Aquí opera claramente un *reparto de lo sensible* (Jacques Rancière, 2014) que clasifica y subclasifica a los sujetos en tanto ciudadanos o no y los distribuye a espacios específicos atendiendo su condición. Por ello parece necesario dar cuenta de los crecientes movimientos transnacionales subordinados y de los desafíos que presentan al régimen internacional de los derechos humanos, dispersando tanto la ciudadanía como la soberanía territorial (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 384).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH ha establecido en su OC18/03, la condición de jurídica de los migrantes indocumentados, señala claramente una distinción en el reconocimiento de derechos, si estos se encuentran regulares o irregulares en el Estado de destino. La Corte IDH ha señalado que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación de privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos, los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados independiente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral (párrafo 134).

Estos criterios de no discriminación ya sea por la condición de irregularidad del migrante, nacionalidad, edad, etcétera, se han mantenido en la Corte IDH. (véase caso *Jean Bosico vs. República Dominicana*, OC21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración en necesidad de protección internacional).

Por otro lado, el tratamiento jurídico que ha hecho la comunidad europea puede dar luces de los pasos a seguir en la construcción de criterios diversos al de ciudadanía para gozar de derechos sociales. El primer presupuesto en la protección europea de los derechos humanos supone

distinguir a los derechos sociales como estructuralmente distintos de los derechos civiles y políticos (Natalia Caicedo, 2016, p. 232). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) da cuenta del avance en la protección de los derechos sociales no limitando su reconocimiento a la categoría de nacionalidad/ciudadanía. Esta desvinculación entre prestaciones sociales y ciudadanía supone un paso importante en la apertura y expansión de la ciudadanía y el principio social sobre el cual se fundamenta, considerando al criterio de nacionalidad como sospechoso (Natalia Caicedo, 2016, p. 238). De esta manera, ciertos fallos del TEDH dan cuenta de esta apertura hacia criterios para el reconocimiento de los derechos sociales distintos de la nacionalidad tales como residencia o presencia en el territorio, reconfigurando los criterios de reconocimiento desde un materialismo situado, creando estatutos jurídicos diferenciales y considerando las configuraciones reales de la emergencia de la migración.

La migración económica descansa sobre una lectura utilitarista de las políticas públicas de los países de recepción al considerar el aporte del migrante al país receptor en términos de su contribución exclusivamente económica. El reconocimiento de derechos de protección social a migrantes de acuerdo con nacionalidad o aportación económica al país debilitan el reconocimiento de los mismos derechos a los colectivos considerados más débiles o vulnerables. La prioridad de los nacionales por sobre los migrantes para restringir el reconocimiento de derechos sociales se vuelve peligrosa en la medida que ocultan relaciones de poder que se verifican en la sociedad. Las estructuras normativas suelen estar jerarquizadas dependiendo básicamente de tres elementos (Natalia Caicedo, 2016, p. 265): i. la adecuación de la instancia del migrante a la legislación de extranjería; ii. el tiempo que lleva el migrante en el territorio residiendo conforme a la legislación migratoria; iii. la cualificación laboral que se otorga a las habilidades del migrante. De esta manera, reconoce Caicedo que las reformas de los últimos años de las leyes migratorias han tendido a reforzar estos criterios, pero paralelamente se va debilitando el reconocimiento de derechos sociales a sujetos más desventajados, como indocumentados o ilegales.

La consideración diferenciada del sujeto político migrante (ciudadano o no) puede ser predicada respecto de cualquier colectivo que pudiese considerarse en desventaja estructural para el ejercicio de sus derechos fundamentales o sociales. Lo importante es considerar las condiciones

materiales que imposibilitan o hacen más difícil el ejercicio de ciertos derechos humanos que son considerados como universales. La igualdad debe abrir paso a la diferencia como criterio epistémico de inteligibilidad de ciertos derechos para su interpretación en términos de comunidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo (2019). *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*. Centro de Estudios Públicos.
- BALIBAR, Etienne (2013). *Ciudadano sujeto*, vol. 1: *El sujeto ciudadano*. Prometeo.
- BASSA, Jaime y TORRES, Fernanda (2020). Derechos de los inmigrantes. En CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales* (pp. 1020-1056). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BASSA, Jaime y GONZÁLEZ, Erick (2021). La posibilidad de un nuevo contrato social desde el poder constituyente. *Hybris, Revista de Filosofía*, 12 volumen especial. *Procesos constituyentes latinoamericanos*, pp. 69-90.
- BASSA, Jaime y GONZÁLEZ, Erick (2020). La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. Elementos teóricos para su consideración. *Revista de Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, 47, pp. 113-143.
- BAUMAN, Zygmunt (2009). *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Siglo XXI.
- CAICEDO, Natalia (2016). Los derechos sociales de los y las migrantes: Reconocimiento fragmentado por el TEDH. *Derechos y libertades*, 38 época II, pp. 231-269.
- LUCAS, Javier de (2012). *Derechos de los inmigrantes y políticas migratorias: la experiencia histórica, los desafíos*. U. Central de Chile.
- DOMENECH, Eduardo y BOITO, María Eugenia (2019). Luchas migrantes en Sudamérica: reflexiones críticas desde la mirada de la autonomía de las migraciones. En CORDERO, Blanca; MEZZADRA, Sandro y VARELA, Amarilla (coords.), *América Latina en movimiento. Migraciones, límites a la movilidad y sus desbordamientos* (pp. 159-214). Madrid: Traficantes de sueños.

- DOMÍNGUEZ, Cecilia (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? *Revista Chilena de Derecho*, 43.1, pp.189-217.
- FOUCAULT, Michel (2014). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- LIBERONA, Nanette (2015). La frontera cedazo y el desierto como aliado: prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile. *Polis. Revista Latinoamericana*, 42, pp. 143-165.
- MARSHALL, T. H; BOTTOMORE, Tom (1991). *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial.
- PAVEZ-SOTO, Iskra y COLOMÉS, Sofía (2018). Derechos humanos y política migratoria. Discriminación arbitraria en el control de fronteras en Chile. *Polis. Revista Latinoamericana*, 51, pp. 113-136.
- RANCIÈRE, Jacques (2014). *El reparto de lo sensible. Estética y política*. Prometeo Libros.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1999). *Reinventar la democracia reinventar el Estado*. Sequitur.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica*. Trotta.
- SASSEN, Saskia (2017). *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*. Siglo XXI.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO: ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS?*

SURROGACY IN MEXICO: WHAT ARE THE PROBLEMS IN LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS ON HUMAN RIGHTS?

Victoria BOLLINGER RÍOS**

RESUMEN: El artículo expone la problemática presente en México al celebrarse acuerdos de gestación por sustitución en un contexto de vacío legal, y las consecuentes violaciones a los derechos humanos de las personas con voluntad procreacional, la mujer gestante y el interés superior de la niñez, debido a la ausencia de mecanismos que supervisen y fiscalicen el actuar de las clínicas de reproducción asistida que fungen como intermediarias en la relación contractual. En ese sentido, se revisarán y analizarán los criterios expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de los alcances, límites y deberes estatales que emanan de los derechos humanos contrapuestos, a efecto de presentar una estrategia de prevención que permita la buena práctica de la gestación subrogada en el país.

ABSTRACT: The article exposes the problems present in Mexico when surrogacy arrangements are signed in a context of the legal void, and the consequent violations of human rights of people willing to procreate, surrogate mothers and the best interests of children, due to the absence of mechanisms that supervise and inspect the actions of assisted reproduction clinics that act as intermediaries in the contractual relationship. In this sense, the criteria set forth by the Inter-American Court of Human Rights regarding the scope, limits, and state duties that emanate from the human rights at stake will be reviewed and analyzed, in order to present a prevention strategy that allows the good practice of gestational surrogacy in the country.

* Recibido el 19 de febrero de 2021; aprobado el 20 de abril de 2021.

** ORCID: 0000-0002-6077-7722. Universidad Marista de Mérida, Yucatán. Correo electrónico: victoria_bollinger@hotmail.com.

Palabras clave: voluntad procreacional, gestación por sustitución, derechos humanos, clínicas de reproducción asistida, intermediarios, interés superior de la niñez, mujer gestante, acuerdos de gestación por sustitución.

Keywords: will to procreate, surrogacy, human rights, assisted reproduction clinics, intermediaries, best interests of children, surrogate mother, surrogacy arrangements.

SUMARIO: I. *Introducción. La gestación subrogada en México.* II. *Problemas identificados en la celebración de acuerdos internacionales de subrogación en México.* III. *Criterios relevantes del sistema interamericano para el análisis de los derechos humanos en conflicto con la gestación subrogada en México.* IV. *Establecimiento de una estrategia de prevención en el marco de los acuerdos internacionales y estándares disponibles para buenas prácticas en la gestación subrogada en México.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Con el desarrollo de las tecnologías de reproducción asistida¹ (en adelante TRA) destinadas a tratar la infertilidad y enfermedades genéticas o hereditarias en las personas, estudios demuestran que por medio de éstas han nacido aproximadamente 128,245 niñas y niños en América Latina, y especialmente, se comprueba que México se posiciona como el tercer país (antecedido por Brasil y Argentina) en el que se reportan más establecimientos que ofrecen este servicio, y en donde se obtienen más registros de nacimientos por medio de alguna TRA, alcanzando la cifra cerca de 17,238 bebés (Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza, 2018, pp. 13-50).

En particular, la práctica de la gestación subrogada en México se ha beneficiado de lo que se conoce como turismo reproductivo, principalmente, en la Ciudad de México y en las entidades federativas de Tabasco y Quintana Roo a partir de las restricciones legales impuestas en Asia

¹ Entiéndase por éstas, los distintos tratamientos médicos utilizados para la consecución de un embarazo, las cuales incluyen, la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones, al igual que la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, de cigotos y de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la gestación por sustitución. Véase, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafo 63.

para acceder a esta tecnología.² A saber, éste consiste en el viaje que llevan a cabo personas desde su lugar de origen a otras jurisdicciones (generalmente con regulación laxa o permisiva y con tratamientos a bajo costo) (Carmen Sánchez, 2018, pp. 24-25) en la búsqueda de acceso a centros que se dedican a las TRA (Marta Albert, 2017, p. 93), como lo es convenir con una mujer para que quede embarazada, geste y dé a luz a un bebé del cual trasladará la patria potestad y entregará de forma física a la persona o pareja con intención de engendrar (Maud de Boer, 2018, párrafo 10).

En ese sentido, lo descrito previamente se advierte con el comportamiento de los clientes provenientes de Europa, Australia (Yolinlitzli Hernández, 2018, p. 87), Estados Unidos y Canadá (Tess Louise Pocock, 2015, pp. 30-31) que no pueden o no desean pagar por el proceso de gestación subrogada en el extranjero debido a que el precio asciende a 100,000.00 USD (Rebecca Haimowitz, 2010), por lo que adoptan la decisión de viajar a México al ofrecerse este servicio a tan solo un tercio de la cantidad en mención (Carolin Schurr, 2017, pp. 246 y 249). De suerte que, tal situación, ha ocasionado que el país se posicione como el nuevo paraíso de la gestación por sustitución para las personas o parejas extranjeras, y como un destino atractivo para los intermediarios con afán de lucrar de esta industria (Javier Amez y María Ayala, 2017, p. 203).

Sin duda, ello explica la presencia en el país de 89 clínicas públicas y privadas con autorización sanitaria para ofrecer TRA, de acuerdo con lo reportado en 2016 por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (en adelante Cofepris) (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 627), siendo los centros públicos: el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores, el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini, el Instituto Mexicano de Infertilidad en Jalisco y el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 627).

No obstante, conviene aclarar que la mayoría de los establecimientos de salud de carácter público carecen de procedimientos, infraestructura

² Durante años India se convirtió en el destino mundial para las personas que deseaban procrear mediante las TRA, mediante la contratación de una mujer para alquilar su vientre, primero, bajo el amparo de un vacío legal sobre esta materia, y después, con la Ley de Reproducción Asistida que confería validez a los acuerdos de subrogación. Véase Marta Albert (2017, pp. 192 y 193).

y financiamiento³ porque la infertilidad no es una prioridad en los programas y políticas de salud sexual y reproductiva (Jorge Alberto Álvarez, 2011, p. 660), y por tanto, la demanda excesiva de las y los derechohabientes se ve insatisfecha (Rosa Verónica Esparza, 2017, pp. 627-628). De ahí que, la atención se dirija a los centros de salud de carácter privado aunque implique altas erogaciones de dinero (Ana Patricia Mantilla *et al.*, 2017, pp. 629-630) y que se apliquen requisitos discriminatorios para la admisión a los programas de gestación por sustitución (Rosa Verónica Esparza, 2017, pp. 629-630), lo cual, lamentablemente, es permisible en México por la falta de actos de vigilancia en las clínicas de reproducción asistida y porque la normativa vigente en la materia es ambigua (Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza, 2018, pp. 13-50).

Por otro lado, es menester resaltar que el empleo de las TRA en el país, en un marco de vacío legal (María Mercedes Albornoz y Francisco López, 2017), ha registrado en los últimos años un aumento de embarazos producidos en un contexto de técnicas de asistencia médica para la procreación en conexión con el incremento de la morbilidad materna y el embarazo múltiple (Alejandro Moguel *et al.*, 2017, pp. 183 y 185), en especial, en las clínicas privadas donde se obtiene el mayor costo-beneficio, en virtud de la tendencia a desinformar sobre la cantidad de óvulos extraídos (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 340) y las tasas de éxito de los procedimientos efectuados (Mónica Bálcazar y María del Carmen Martínez, 2017, pp. 230-253), así como los riesgos de abortos espontáneos, malformaciones y muerte fetal (Carlos Alberto Hernández *et al.*, 2016, pp. 31-34).

En ese rigor, de lo expuesto se aprecia que el creciente empleo de la gestación por sustitución en el Estado mexicano, beneficiada por la laguna jurídica, propicia un panorama de inseguridad para las partes que intervienen, pues al establecerse la voluntad de ser madre o padre (Tesis: 1a. LXXVIII/2018, p. 980) por medio de un contrato celebrado con la mujer gestante (Nuria González y María Mercedes Albornoz, 2016, pp. 159-187 y con la intermediación de las clínicas de reproducción asistida, se revela que éstas últimas, al participar con ánimo de lucro, obtienen las mayores

³ Los hospitales públicos que cuentan con un programa de reproducción asistida son el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes, el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores, el Hospital Central Sur de Alta Especialidad de Pemex y el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini Sáenz. Véase, Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza (2018).

ganancias al ser quienes verdaderamente ejercen el control de la relación contractual, y por ende, raramente procuran brindar su servicio con respeto a los derechos humanos (Maud de Boer, 2018, párrafos 62-63).

En consecuencia, se percibe que el actuar de los intermediarios provoca, en primer lugar, que a las personas con intenciones de procrear no se les brinde información íntegra acerca del proceso de gestación subrogada y de los impedimentos jurídicos a los que podrían enfrentarse al querer obtener el reconocimiento de la filiación por parte de las autoridades correspondientes; en segundo lugar, que a la mujer gestante no se le advierta sobre los aspectos físicos y riesgos psicológicos que implica la gestación por sustitución, debido al nulo interés por asegurar que su decisión esté exenta de presiones económicas, sociales y emocionales (Hague Conference on Private International Law, 2014, párrafos 193, 194, 201 y 203), y en tercer lugar, que a las niñas y niños nacidos a través de esta tecnología para la procreación se les situé en un escenario de incertidumbre jurídica en torno a su filiación y nacionalidad (Hague Conference on Private International Law, 2014, párrafos 147, 149 y 152).

Por lo que, a la luz de lo anterior, el artículo en cuestión abordará, en una primera instancia, la situación fáctica en México de las personas que anhelan acceder a las TRA, de la mujer gestante, de las niñas y niños que nacen a través de esta tecnología y el actuar de las clínicas intermediarias, para posteriormente presentar, en una segunda instancia, los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resultan aplicables al tema en mención, y así finalizar con la presentación de una estrategia de prevención en el marco de los acuerdos internacionales de gestación subrogada, que enfatice los estándares que permitan llevar a cabo su buena práctica en el país.

II. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE SUBROGACIÓN EN MÉXICO

a) La posición de las personas en el ejercicio de su autonomía reproductiva. Las leyes prohibitivas o restrictivas de otras naciones para acceder a la gestación por sustitución, aunado a los altos costos que implica, son algunos de los motivos que orillan a las personas con intención de procrear a buscar el destino en el que la práctica de aquella sea acorde a sus necesidades y posibilidades

económicas (Silvia Vilar, 2017, p. 86). No obstante, esta búsqueda, además de ser estigmatizante (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafos 126, 296 y 298) [ya sea por los juicios de valor ofensivos de la sociedad civil que está en contra del empleo de las TRA, o porque la mujer rompe el ideal preconcebido al no concretar su capacidad de dar a luz], se acompaña de la frustración y desmotivación por el largo tiempo que involucra el proceso, ya que, en ocasiones, se necesita más de un intento para lograr el embarazo, y en consecuencia, invertir más recursos económicos y tiempo del contemplado originalmente (Yolinliztli Hernández, 2018, pp. 100-102).

Bajo ese tenor, la realidad fáctica de las personas con deseos de procrear con ayuda de las TRA en México, demuestra que están supeditadas al actuar de las agencias o clínicas de reproducción asistida que lideran el proceso de la gestación por sustitución, pues al ser éstas quienes orientan y acompañan a los futuros padres y madres desde la búsqueda de la gestante hasta la entrega del recién nacido y el establecimiento de su identidad, es que se ven sujetas a confiar plenamente en los intermediarios (Tess Louise Pocock, 2015) a expensas de sufrir el riesgo de ser penalmente responsables por la comisión de un ilícito, como corolario de la desinformación otorgada por la agencia o clínica intermediaria (Beatriz Hermida, 2018, p. 1206).

Empero, es alarmante que, en un intento de estas personas por ejercer su autonomía reproductiva, el Estado consienta que se vulneren sus derechos reproductivos al no remover los obstáculos para acceder a la información completa, fidedigna y oportuna para ser madres o padres genéticos (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafo 146), pues se ha documentado e incluso judicializado el hecho de que los intermediarios no proporcionan la información en su totalidad y tampoco advierten sobre los trámites necesarios para registrar al recién nacido, así como los subsecuentes procedimientos para solicitar la visa respectiva y trasladar a su hijo/hija al país de procedencia de las madres y padres genéticos y de intención (Lourdes Velázquez, 2018, p. 19).

Por otro lado, es inquietante que las restricciones legales aprobadas por los congresos estatales, en lugar de proteger los derechos reproductivos de las personas independientemente de su nacionalidad, tienden a formular políticas y reglas discriminantes, pues para el acceso a los programas de subrogación se establecen limitaciones en la edad, estado

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

civil y condición médica, aplicándose de esa manera categorías sospechosas⁴ prohibidas por nuestro marco constitucional federal.⁵ Por ejemplo, el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre y el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes, imponen como requisitos ser una pareja heterosexual, unida en matrimonio o concubinato, tener menos de 35 años para las mujeres y 55 años para los hombres (María Eugenia Olavarría, 2018, pp. 88-89, párrafos 6 y 7), entregar estudios que apoyen el diagnóstico de esterilidad, carecer anomalías genéticas que puedan ser heredables, presentar un índice de masa corporal menor a 30, o de lo contrario, se les remitirá al programa de obesidad e infertilidad para reducir su peso, y tener previamente un hijo o hija (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 628).

Habida cuenta de lo anterior, la circunstancia descrita resulta en una manifiesta violación al principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los derechos reproductivos (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1) de las personas que se hallan en desventaja respecto de la posibilidad para tener descendencia biológica, toda vez que se advierte inconstitucional el restringirles el empleo de las tecnologías para la procreación como corolario de los criterios internos aplicados por los centros de salud públicos, los cuales, se revisten de ambigüedad y provocan inseguridad jurídica para las y los usuarios con afán de disponer del servicio de las TRA (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 630).

A este respecto, se pone en evidencia lo perjudicial de las disposiciones legales y las políticas aplicadas por las autoridades de los centros

⁴ Entiéndase por categoría sospechosa a las características o atributos que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características. Así, por ejemplo, las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, preferencia sexual, la edad, la discapacidad y el estado civil —o el estado marital—, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones. Véase: Tesis: 1a. CCCXV/2015 (23 de octubre, p. 1645). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010268>.

⁵ El Código Civil para el Estado de Tabasco en su artículo 380 Bis 5 y el Código Familiar para el Estado de Sinaloa en sus artículos 287 y 290 señalan: ser una pareja heterosexual, ser ciudadanos mexicanos, con certificado médico que pruebe la imposibilidad física para llevar a cabo una gestación, y tener entre 25 y 40 años. Véase Yolínzlti Hernández (2018, pp. 100-102).

de atención a la salud pública, y esta situación discriminatoria se ha documentado mediante la experiencia de ciertos padres y madres originarios de Argentina, Estados Unidos de América e Israel (María Virginia Aguilar, 2020, pp. 303-304), que a partir de la reforma prohibitiva para el acceso a personas extranjeras a la gestación subrogada de 2016 al Código Civil de Tabasco, quedaron atados entre esta ley y los beneficios otorgados por la anterior, pues algunos se enfrentaron con impedimentos para obtener el acta de nacimiento del recién nacido por el desconocimiento del vínculo filial en el Registro Civil, mientras que otros tuvieron inconvenientes en el Sistema del Desarrollo Integral de la Familia porque ordenó la retención de sus bebés sin su previo conocimiento.

Así pues, la reforma sobre la gestación por sustitución por lo menos perjudicó a 11 niñas y niños (Juan Antonio Flores y Gabriela Romero, 2019, p. 82), y dicho evento se ha ido agravando con la práctica sancionadora de jueces locales, quienes son conscientes de la realidad fáctica de esta tecnología de reproducción, de los vacíos legales y de la necesidad de su regulación, pero bajo ningún supuesto aceptan dar licitud a la expresión de voluntades entre las partes, porque para hacerlo exigen que los contratos de subrogación existan en la naturaleza jurídica y en el comercio, a efecto de ser inscritos ante la Procuraduría del Consumidor, y luego entonces, apoyar la ejecución de las obligaciones derivadas de los mismos cuando existan conflictos de interés (María Virginia Aguilar, 2020, pp. 307, 314 y 315).

En síntesis, de las restricciones legales antes expuestas, se observa que el actual acceso a las TRA en México, y en particular a la gestación por sustitución, está lejos de alcanzar el estándar establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN, Tesis: 1a. LXXXVII/2019), pues dicho estándar consiste en el reconocimiento de que toda persona puede ser madre o padre en sentido genético y tener acceso a las TRA para cumplir con dicha finalidad, sin embargo, la ley vigente se aleja de tal criterio, dado que discrimina en cuanto a la preferencia sexual y únicamente reconoce un solo tipo de familia en el país, es decir, la conformada por una pareja heterosexual.

b) *La posición de la mujer gestante.* El contexto de inestabilidad laboral, aunado a la violencia que experimentan varias regiones de México, son algunas de las causas que han orillado a diversas familias a desplazarse de manera forzada durante el periodo comprendido de 2013 a 2016, por lo

que la opción de llevar a cabo una gestación por sustitución se convirtió en un medio de subsistencia para un gran porcentaje de mujeres, que vieron en su capacidad reproductiva una nueva forma de generar ingresos para concretar un proyecto o mejorar su vida y la de su familia (Consuelo Álvarez Plaza, María Eugenia Olavarría y Rosa Parisi, 2017, pp. 6-19).

De manera general, es el caso de mujeres entre los 21 y 33 años que se dedican al hogar, tienen alguna profesión, están desempleadas, o son estudiantes universitarias; sin embargo, todas comparten el consultar y decidir ser gestantes con sus esposos o novios (María Eugenia Olavarría, 2018), a excepción de las que son sometidas por su propia familia que vive en condiciones de pobreza (Beatriz Hermida, 2018, p. 1206). Esto admite analizar un entorno de desigualdad social en el país y una cadena de trabajo reproductivo en los ámbitos nacional e internacional, en el que las mujeres gestantes pocas veces son consideradas en el cometido que realizan (María Eugenia Olavarría, 2018).

Ahora bien, en lo que respecta a su ingreso como gestantes, se observa que las mujeres entran en contacto con las agencias o clínicas de reproducción asistida por medio de anuncios publicados en Internet o por recomendación de un conocido, un pariente o una amiga que previamente formó parte del programa de subrogación (María Eugenia Olavarría, 2018). Empero, su admisión al programa de subrogación se ve sujeta a satisfacer las condiciones señaladas por la normativa de estados como Tabasco y Sinaloa, que precisan que deben cumplir el perfil clínico, psicológico y social determinado por la Secretaría de Salud, tener entre 25 a 35 años, acreditar ciertos requisitos con dictamen médico expedido por la institución oficial de salud, y otorgar su consentimiento previo al proceso de la gestación (Centella Montes y Hans Parres, 2016, pp. 40-41), lo cual también constituye una categoría sospechosa prohibida por el marco constitucional federal y una afectación al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, porque la decisión en torno a su maternidad y el acceso a esta práctica se ve restringida por un rango de edad específico, y por la condición de salud y situación social que demande la autoridad sanitaria según sus reglas internas.

Posteriormente, y una vez admitidas en los programas de subrogación, es preocupante la manera en que celebran los contratos, en particular, en lo referente a su consentimiento informado, pues se reporta que no todas las mujeres comprenden en su totalidad la información médica y le-

gal, o bien, ésta es limitada porque no se les indican sus derechos (Patricia Fronek, 2018, pp. 11-20). Prueba de ello, es la práctica del Centro Médico Nacional 20 de Noviembre e Instituto Nacional de Perinatología, en donde no se advierte que el personal médico brinde orientación suficiente previo a la firma del documento de consentimiento, dado que se limita, exclusivamente, en enviar a las usuarias el formato vía fax para que lo entreguen firmado en la apertura de su expediente (Rosa Verónica Esparza, 2017, pp. 630-631).

Por otra parte, y una vez efectuada la técnica de reproducción asistida, la movilidad de las gestantes es reducida a la semana 36 del embarazo, a partir de la cual permanecen en sus casas con constantes chequeos médicos, o son trasladadas a las instalaciones de las agencias o clínicas hasta que ocurra el nacimiento del bebé, mismo que suele producirse con una operación de cesárea porque así lo decide unilateralmente la futura madre o padre legal, o la propia agencia, bajo el argumento de que el parto natural crea lazos afectivos entre la gestante y el bebé (María Eugenia Olavarría, 2018). Pues todavía existe la infundada tendencia de juzgar a la mujer como un ser inestable que tras el parto cambiará de opinión y no realizará la entrega del recién nacido, lo que en cierta medida se debe a la conducta de los intermediarios que obstruyen el diálogo entre las partes (María Eugenia Olavarría, 2018).

Por último, y en relación con las ganancias que obtienen las gestantes, en México no existen cifras oficiales y sólo se cuenta con los datos de los anuncios publicados en Internet que indican una remuneración cerca de \$180,000.00, lo cual posiblemente resulta en un tipo de publicidad engañosa que pretende mostrar esta actividad como un trabajo atractivo para muchas mexicanas (Yolinlitzli Hernández, 2018, pp. 94-95); pues este tipo de publicidad o promoción provoca que mujeres en condiciones de vulnerabilidad (ya sea por la desinformación que la induce a decidir en determinado sentido, por la necesidad de obtener un beneficio económico, o por la presión ejercida por terceros) acepten someterse como gestantes a pesar de desconocer los riesgos que implica, ya que ninguna está exenta de padecer altos riesgos en su salud durante el embarazo, de entre los que se destacan, por ejemplo: el rechazo de su organismo hacia el feto que genéticamente es distinto, a la reducción embrionaria y a problemas durante la transferencia o implantación de gametos (Lourdes Velázquez, 2018, pp. 18-19).

En suma, de lo expuesto hasta ahora se concluye que la realidad difiere de lo establecido en la NOM-004-SSA3-2012 en lo que refiere al consentimiento informado⁶ y por la SCJN, toda vez que esta última indicó que en los procesos de subrogación es indispensable la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la mujer gestante, quien debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio (Tesis: 1a. LXXXVII/2019); sin embargo, parece complejo obtener un consentimiento libre e informado cuando frecuentemente la mujer acepta someterse como gestante debido a una presión familiar, social y económica, como se esbozó *supra* (Lourdes Velázquez, 2018, p. 20).

c) *El interés superior de la niñez*. Previamente se mencionó que la gestación por sustitución consiste en acordar, mediante un contrato, que una mujer se embarazará y gestará a un bebé para entregarlo física y jurídicamente después del parto a la persona o pareja que lo solicitó, no obstante, no se indicó que una de las problemáticas de este asunto radica en que el objeto de esos instrumentos se basa en disponer del cuerpo humano y hacerlo un elemento de intercambio oneroso, lo cual para diversos Estados significa poner en tela de juicio la licitud de los acuerdos porque contravienen el orden público e interés social, al involucrar la transmisión de la filiación por medio de la libertad contractual (Rosa Elvira Vargas, 2020, pp. 265).

De manera, entonces, que los inconvenientes empeoran cuando la persona o pareja con intención de procrear reside en un país distinto al de la mujer gestante, y los primeros no son reconocidos como madres o padres legales por las autoridades de su propia nación en donde aspiran vivir con su bebé (María Mercedes Albornoz, 2020, pp. 75 y 81). Comúnmente, este evento tiende a manifestarse cuando los Estados estiman que los acuerdos de subrogación celebrados bajo su jurisdicción, o en los que se desea que produzcan sus efectos, pretenden legalizar la venta de niñas y niños (confundiendo el tema con el reprobable delito de la trata de personas —pero muy distinta a la práctica de la gestación subrogada— sin haber indagado con antelación sobre las condiciones en que se tra-

⁶ Véase: 4.2. Cartas de consentimiento informado, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal o familiar más cercano en vínculo, mediante los cuales se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabilitatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados para el paciente.

mitó el procedimiento y el trato dispensado a las partes) debido al cobro efectuado por realizar su traslado físico y jurídico (Maud de Boer, 2018, párrafos 38, 39, 42, 50, 51, 63 y 70), por lo que esto imposibilita que se reconozca la filiación respecto de aquellos y ocasiona que su nacionalidad permanezca en el vacío (Rosa Elvira Vargas, 2020, p. 266).

Desafortunadamente, en México es imposible asegurar que no se actualiza la venta de niñas y niños en este ámbito, dado que resulta complejo determinarlo por el proceder irregular en que se incorporan disposiciones relativas a los pagos en los contratos (Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés, 2020, pp. 66-67), y por la consecuente manera en que las clínicas o agencias de reproducción asistida distribuyen el dinero hacia la gestante, pues esta se traduce en otorgarle \$3,500.00 si la prueba de embarazo se muestra positiva y si se aplicó todos los medicamentos recetados, luego \$16,500.00 a la octava semana y al comprobar el latido del corazón del *nasciturus*, de ahí en adelante \$10,000.00 mensualmente, y el resto de los \$170,000.00 se le entregan exclusivamente tras el nacimiento del bebé (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 337).

Además, inquieta la afectación que se puede generar en el interés superior de la niñez cuando las agencias o clínicas de reproducción asistida propician la idea de que la maternidad y paternidad es un derecho absoluto, pese a los riesgos que suponen para el recién nacido (especialmente al contrariar la idea de que son personas y no bienes, y los posteriores arreglos que se requieren para obtener la ciudadanía) (Tess Louise Pocock, 2015, pp. 30-33), pues en vista que los acuerdos de subrogación significan encargar a un bebé con determinadas características, persiste el peligro de ser abandonados o rechazados por sus propios padres o padres legales cuando incumplen sus ideales, ya sea por imposibilidad tecnológica, o bien, el engaño por parte de la clínica de reproducción asistida.⁷

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora se concluye que las personas más afectadas en la celebración de acuerdos de subrogación son los mismos niños y niñas que, tras un deseo narcisista de sus progenitores y ante la imposibilidad de elegir las circunstancias de su gestación y nacimiento

⁷ Véase El caso de los gemelos, Nico y Mateo, que nacieron producto de la subrogación de vientre en el Hospital General de México “Dr. Eduardo Liceaga”, que fueron abandonados y posteriormente llevados a un albergue de asistencia del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Blanca Valadez (2020). <https://www.milenio.com/politica/comunidad/gemelos-abandonados-hospital-iran-dif-tramite-custodia>.

(María Mercedes Alborno, 2020, p. 83), son sancionados por las autoridades al no poder gozar de sus derechos a la identidad y los derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, al igual que recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo (Tesis: 1a. LXXXVII/2019); toda vez que los obstáculos antes esbozados contribuyen a poner en peligro su derecho de indagar y conocer la verdad sobre su origen y los datos de quienes facilitaron el material genético, lo cual, incumple con el deber del Estado de proteger y respetar el derecho de la niñez a preservar su identidad genética, y de ser necesario, restablecerla rápidamente de haberla privado total o parcialmente, como precisa la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7.1, 7.2, 8.1 y 8.2) y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 13, fracción III, 19 y 116, fracción VIII).

d) *Las acciones de las clínicas/agencias intermediarias.* Para efectos del presente artículo, los intermediarios son los que perciben las mayores ganancias por ser quienes crean y fijan las redes nacionales y transnacionales de esta industria, adquiriendo el carácter de clínicas o agencias de reproducción asistida que establecen el contacto, principalmente vía internet, entre la persona o pareja con intención de procrear y la mujer gestante, para posteriormente mediar en la celebración del contrato de subrogación (Maud de Boer, 2018, párrafos 40 y 62). Es así que la conducta de algunos intermediarios en el país, particularmente en Villahermosa, Cancún y Ciudad de México, se caracteriza por operar mediante su página web sin un registro o una estructura sólida como agencia, o bien, mediante una oficina física que en esencia es una casa arrendada en donde ingresan a las gestantes sin tener evidencia del trato que reciben (María Eugenia Olavarría, 2018, pp. 333-334).

Empero, la gran mayoría cuenta con su propio programa de subrogación que comprende el reclutamiento y selección de las mujeres que cumplen con el perfil de gestante, al mismo tiempo que ofrecen servicios de hospedaje, transporte, traducción y *tours* para los clientes que desean reproducirse (María Eugenia Olavarría, 2018, pp. 333-334). A saber, es menester resaltar el peculiar servicio brindado por el “Hospital San Javier”, en Guadalajara, Jalisco, que realiza un cobro adicional al ciclo de fertilización *in vitro* (que asciende alrededor de \$80,000.00) para que los futuros padres o madres produzcan un bebé a su gusto, del cual pueden elegir el sexo y color de sus ojos (Mónica Victoria Balcázar y Ma-

ría del Carmen Martínez, 2017, pp. 3-4); sin embargo, esto resulta engañoso porque tal selección es imposible sino es por medio de las técnicas de edición genética.

Lo anterior, deja en evidencia que las clínicas y el personal que allí labora incurren en responsabilidad civil, administrativa o penal y son sujetos a ser sancionados con multas por la autoridad sanitaria (Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, arts. 16, 18, 106, 107 y 111), porque ofrecen información falsa sobre un servicio cuya eficacia no ha sido comprobada científicamente, y que al versar acerca de una tecnología de “relativamente fácil” acceso y uso que promete grandes posibilidades y beneficios para “mejorar” la descendencia (Luna Florencia, 2019, pp. 43-54), se desconoce si los establecimientos poseen los recursos y materiales adecuados para efectuarlo y garantizar una prole con un sexo y color predeterminado.

Ahora bien, con respecto al precio de la gestación por sustitución en México, ésta se ofrece a un tercio de lo que cuesta en el extranjero, es decir, los programas más básicos están cerca de \$1,900,000.00 (Yolinlitzli Hernández, 2018, pp. 94-95) y el importe que se cobra influye en el grado de exigencia de los requisitos que las agencias o clínicas de reproducción asistida imponen para admitir a las gestantes y a las personas con intención de procrear en el programa de subrogación, no obstante, ninguno permanece fuera porque los intermediarios se encargan de dirigir a cada usuario al programa que estimen menos exigente de acuerdo a su perfil (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 335).

Igualmente, llama la atención los riesgos que representa el ánimo de lucro en la conducta de las clínicas o agencias de reproducción asistida en relación con el posible conflicto de interés en que se involucran al brindar servicios de salud, asistencia legal y asesoría a las mujeres gestantes, toda vez que el personal es directamente financiado por las personas o parejas con intención de reproducirse mediante las TRA que ofrecen (Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés, 2020, pp. 66-67). Indudablemente, dicha circunstancia coloca en tela de juicio que el trabajo brindando por los intermediarios sea imparcial y profesional y que se garanticen los derechos de la mujer, pues incluso se ha constatado que la mayoría de las gestantes no cuentan con una copia de su contrato, no lo conocen o no tuvieron oportunidad de participar en el mismo, lo cual, las sitúa en un estado de indefensión al no tener manera de comprobar la relación

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

contractual en caso de incumplimiento por parte de los futuros padres o madres de intención en las obligaciones pactadas (Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés, 2020, pp. 66-67).

Otro punto relevante por examinar es que las clínicas o agencias de reproducción asistida no llevan un registro de donantes de óvulos, espermatozoides y embriones, ni tampoco revelan las tasas de éxito, el número de procedimientos y de nacimientos efectuados con TRA, por lo que actualmente se desconoce con precisión si existen complicaciones médicas y el índice de nacidos vivos (Mónica Victoria Balcázar y María del Carmen Martínez, 2017, pp. 12-13). También, se constata que el personal médico omite brindar datos sobre la cantidad de óvulos extraídos (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 340) y las secuelas médicas y emocionales que podrían impactar en la gestante (Antonio Cabrera *et al.*, 2020, p. 262), siendo esto alarmante si se considera que los intermediarios tienden a reclutar a mujeres en situación de pobreza, con poca o nula educación y que difícilmente entienden lo que son las TRA (Carolyn Schurr, 2017, pp. 250 y 256).

Bajo ese tenor, se confirma que en México prevalece la tendencia de promover la desinformación antes, durante y posterior a la gestación por sustitución, puesto que cerca de la mitad de las clínicas y agencias que operan en el país anuncian porcentajes de 60% a 96% de éxito, pero sólo una pequeña fracción revela valores reales del 10% al 30% de éxito, y sin duda, la falta de veracidad impacta de forma negativa en las emociones de las personas con infertilidad, porque les crea falsas expectativas sobre el cumplimiento de su deseo a procrear (Antonio Cabrera *et al.*, 2020, pp. 247, 254, 260, 261 y 262). En definitiva, esto persiste dado que los intermediarios en el país operan sin una vigilancia constante por parte de la Comisión de Operación Sanitaria de la Cofepris (Consuelo Álvarez, María Eugenia Olavarría y Rosa Parisi, 2017, p. 14), pues de 2016 a 2020, sólo se realizaron 63 visitas a los 89 centros distribuidos en el país para verificar si se configuraba alguna causal de incumplimiento para la revocación de la autorización sanitaria (Plataforma Nacional de Transparencia, folio 1215100953920).

Adicionalmente, inquieta que la actividad de la Cofepris se basa en realizar visitas de evaluación, verificación y supervisión de la actuación de terceros autorizados, al igual que aplicar y vigilar medidas de seguridad y sanciones (Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra

Riesgos Sanitarios, art. 15), pero sin existir criterios concretos en materia de reproducción asistida sobre los cuales ha de fundamentar las funciones que ejerce, ya que actualmente no existe *per se* una norma oficial mexicana o legislación específica que regule las condiciones que una clínica pública o privada de este giro debería tener y garantizar (Francisco Javier Sandoval, 2020, p. 148), razón por la cual, las visitas efectuadas son inadecuadas y son omisas en develar si se violentan o no los derechos humanos de todas las partes que intervienen en los procedimientos (Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza, 2018).

Por ende, es viable concluir en este apartado que las clínicas y agencias de reproducción asistida en México, de carácter nacional e internacional, proliferan debido a los bajos costos que ofrecen y la cercanía geográfica con Estados Unidos de América, pues se asegura que la mayoría de los clientes provienen de aquel país (Yolinliztli Hernández, 2018, pp. 100 y 102). De igual manera, se afirma que a los intermediarios no se les exige cumplir con un mínimo de calidad y cantidad de información respecto a los programas que ofrecen, por lo que esta situación provoca que su práctica se desarrolle conforme a parámetros internos que, como se mostró en párrafos anteriores, contienen categorías sospechosas prohibidas por nuestro marco constitucional federal dado que son discriminatorios (Antonio Cabrera *et al.*, 2020, p. 94), y mientras esto sucede, continúan brindando sus servicios sin la vigilancia debida y vulnerando los derechos de la gestante, las personas que desean engendrar y de los niños y las niñas nacidos mediante este avance tecnológico (Consuelo Álvarez, María Eugenia Olavarría y Rosa Parisi, 2017, p. 14).

III. CRITERIOS RELEVANTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO PARA EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONFLICTO CON LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Actualmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre la gestación por sustitución y los acuerdos celebrados, los derechos humanos en conflicto y las obligaciones estatales que derivan de ésta, sin embargo, en la reiterada jurisprudencia interamericana se han establecido los alcances, límites y deberes estatales de los derechos

a la libertad y autonomía reproductiva, a la salud sexual y reproductiva, y al interés superior de la niñez en conexión con su derecho a la identidad.

En relación con esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) indica que prevalece el deber estatal de prevenir, razonablemente, las violaciones a derechos humanos cometidas en el ámbito de la atención médica, y ello requiere adoptar medidas para supervisar y fiscalizar las clínicas de reproducción asistida de carácter público y privado para asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio, y de esa manera, contar con centros de salud que estén debidamente habilitados, que sean aptos en infraestructura e higiene y que cuenten con profesionales calificados para ejercer tal actividad (*Caso I. V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 149, 152 y 208).

Asimismo, considera que debe existir una normativa clara y coherente respecto de los servicios de reproducción asistida, que comprendan el acceso a la información sobre las diversas tecnologías para procrear y los elementos a observar para asegurar la validez del consentimiento informado (*Caso I. V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 209 y 210), con la consecuente adopción de mecanismos adecuados para establecer y aplicar sanciones en caso de una conducta profesional médica indebida o de violación a los derechos de sus pacientes (*Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013, párrafo 134).

Ahora bien, en cuanto a los derechos de las personas que desean reproducirse por medio de las TRA, destaca que el acceso a estos servicios de salud no es absoluto, empero, estima que es un derecho que se debe respetar y garantizar, de forma que cualquier restricción desproporcionada e innecesaria que permita el Estado, de *iure* o de *facto*, se traduce en una violación de los derechos a la vida privada, libertad reproductiva y al acceso al progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafos 143 y 150).

Por su parte, en lo que refiere a la mujer gestante, la Corte IDH precisa que el consentimiento previo, libre e informado, como el resultado de un proceso y no un mero acto de aceptación, es una condición *sine qua non* para la práctica médica, y a su vez, es un límite para que ni el Estado, ni terceros, ni el personal médico, se entrometa arbitrariamente en la esfera privada de la mujer en lo que respecta a las decisiones sobre su cuerpo, capacidad de reproducción y la cantidad de hijos e hijas que desea tener, pues de lo contrario, se afectarían sus derechos a la salud sexual y repro-

ductiva, a la autonomía y libertad reproductiva, a la dignidad y a la vida privada (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 125, 163, 168 y 235).

También, resalta que la violación de los derechos antes descritos en el servicio de la salud, tienden a perpetuar estereotipos de género negativos asociados a restringir o anular la autonomía y libertad reproductiva de la mujer, ya que es vista como el ente reproductivo por excelencia que es incapaz de decidir por sí sola sobre su cuerpo y salud, por lo que, ante una intervención médica paternalista que la excluya de ese proceso de adopción de decisiones, corresponderá al Estado justificar, de forma rigurosa y exhaustiva, el porqué de tal elección constituye una medida necesaria para alcanzar un fin legítimo e imperioso, pues de no fundamentar las razones para no obtener el consentimiento previo, libre, e informado de la mujer, se probará que su decisión tenía como propósito discriminarla (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 236, 243, 241 y 244).

Finalmente, en lo que refiere a las niñas y niños nacidos de la gestación por sustitución, la Corte IDH (Opinión Consultiva OC17/12, 2002, párrafos 58 y 65) señala que toda medida que pretenda limitar el ejercicio de cualquiera de sus derechos, adoptada por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas, los órganos legislativos, o los tribunales, deberá atender principalmente al interés superior de la niñez (*Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, 2018, párrafo 215), en virtud que su protección es, *per se*, un fin legítimo e imperioso que exige medidas especiales de protección (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párrafo 108).

Y en los procedimientos administrativos y judiciales concernientes sobre su guarda y custodia, demanda una diligencia y celeridad excepcional en aras de proteger los derechos en riesgo, puesto que el solo paso del tiempo potencialmente contribuye a la creación de vínculos afectivos con la familia acogedora que jurídicamente no le corresponde, y que serían difíciles de romper o cambiar sin causar un daño emocional y psicológico en el niño o niña (Medidas Provisionales Respecto de Paraguay, Asunto L. M., 2011, párrafos 16 y 18); de forma que, a mayor dilación en los procedimientos, se propiciaría una violación en su derecho a conocer su verdadera identidad, el cual adquiere un carácter *erga omnes* y no admite su derogación ni suspensión, en vista que es consustancial a los atributos y a la dignidad humana, pues también comprende el derecho

a las relaciones familiares, al nombre y a la nacionalidad (*Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, 2011, párrafos 89 y 112).

En síntesis, a la luz de lo anterior se advierte la presencia de tres intereses en juego, por un lado, el interés de respetar el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas para procrear mediante la gestación por sustitución; por otro lado, se encuentra el interés de garantizar la autonomía reproductiva de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo y salud; y por último, pero no menos importante, está el interés superior de la infancia, que se debe proteger para garantizar el derecho al desarrollo integral y la identidad de las niñas y niños nacidos mediante esta tecnología. Empero, de lo expuesto se aprecia que el derecho a reproducirse no es absoluto, que de no obtenerse el consentimiento informado de la mujer que decide gestar para otras personas, puede traer aparejados diversos actos discriminatorios en lo que respecta al derecho a la salud reproductiva, y de igual forma éste y el derecho a la identidad no admiten suspensión, y por ello, corresponde a México determinar un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos, considerando los criterios aquí expresados.

IV. ESTABLECIMIENTO DE UNA ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES Y ESTÁNDARES DISPONIBLES PARA BUENAS PRÁCTICAS EN LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Hasta ahora se ha observado que el servicio de reproducción asistida en México se brinda complementariamente por la iniciativa privada, a pesar de ser primariamente deber del país ofrecerlo mediante sus centros de salud de carácter público conforme al artículo 4o. constitucional en cuanto al derecho humano a la salud reproductiva (*Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013, párrafo 144), y bajo ese tenor, la responsabilidad de las autoridades mexicanas por violaciones a los derechos humanos cometidas en este ámbito, también se extiende a los servicios provistos por las clínicas privadas si se prueba que, en el marco de su deber de prevención en lo que refiere a procesos de subrogación, no adoptó oportunamente las medidas o acciones necesarias para evitar la materialización de las violaciones ante los riesgos reales e inmediatos que sus autoridades conocen o debían

de conocer sobre la conducta de las clínicas de reproducción asistida que lesionan los derechos de las y los pacientes (*Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, 2014, párrafo 142).

Bajo ese tenor, las medidas positivas que debe adoptar México son, en primera instancia, una regulación en materia de gestación subrogada que tenga como premisa la prohibición de venta de las niñas y los niños en ese escenario, en conjunto con la creación de salvaguardias para prevenirla y con ello evitar legalizarla y normalizarla al reglamentar esta técnica para la procreación (Maud de Boer, 2018, párrafos 22 y 23). Y dado que los procesos de subrogación tienen lugar en el ámbito de la atención a la salud, es primordial la existencia de una normativa clara, coherente y permanente sobre la prestación de los servicios de TRA, así como la implementación de mecanismos o medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la efectividad de dicha ley, en aras de garantizar la salud sexual y reproductiva y esclarecer las obligaciones a cargo del profesional médico para la correcta provisión de este servicio (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 208 y 209).

Para ello, la norma en cuestión tendrá que permitir el acceso a la información y precisar el tipo y la cantidad imprescindible que se requiere ofrecer en ese tema para asegurar la obtención del consentimiento informado y los elementos a observar para su validez (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 209), con el fin de reforzar la práctica médica y eliminar la discriminación basada en los estereotipos de género y la violencia que derive de esto (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 186 y 210 y puntos resolutivos 11 y 12). Por otro lado, deberá regular los aspectos médicos de los acuerdos de gestación subrogada, en particular imponiendo límites al número de embriones implantados en una mujer gestante, y también a los intermediarios que tomen parte en los instrumentos, en lo que refiere a los aspectos financieros, de publicidad, normas éticas y competencias del caso (Maud de Boer, 2018, párrafo 77, incisos h, i).

En segunda instancia, y derivado de la incertidumbre que todavía presenta la reproducción asistida (Karl Nygren, 2004, pp. 1-2), es menester que la estrategia de prevención estatal incluya mecanismos para supervisar y fiscalizar constantemente el servicio de las TRA en clínicas públicas y privadas (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párrafo 124), a fin de verificar que se consideren las particularidades de cada paciente para lograr el pleno entendimiento de la información y que otorga su consen-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

miento previo a la realización de todo procedimiento (*Caso I. V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 192 y 210); así como asegurar que el servicio es provisto a la colectividad con calidad y sin mediar cualquier tipo de discriminación de *iure* o de *facto*, en especial para las personas que provienen de sectores en condiciones de vulnerabilidad (*Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 2015, párrafos 173 y 176).

En tercera instancia, es indispensable esclarecer que el derecho internacional no reconoce el derecho a tener un hijo o hija genéticamente vinculado porque no es un producto o servicio que puede ser ofrecido por el Estado, por ende, deberán establecerse salvaguardias que impidan el cumplimiento automático de los contratos de gestación por sustitución para garantizar que la mujer gestante conserve la patria potestad en el momento del parto, con el objetivo de no sujetarla a ninguna obligación contractual o jurídica e invalidar sus derechos por medio de un instrumento, y solamente conceder mediante un mecanismo rápido y eficaz de registro (European Court of Human Rights (2019, párrafos 49, 54 y 55) la condición de madre o padre a la otra parte contratante, después de evaluar si ello es acorde al interés superior de la infancia y desarrollo integral de la niñez (Maud de Boer, 2018, párrafos 64, 70, 73 y 75).

Finalmente, se deberá informar a detalle sobre los aspectos financieros de los contratos en cuestión a las autoridades competentes, con el objetivo de que estos sean razonables y transparentes, es decir, resaltando que sólo se remunera a la mujer por el servicio de gestación y no por el traslado del bebé, para evitar pagos encubiertos que constituyan la venta de los bebés, ya que, en caso de detectarse acuerdos ilegales, habrán de dirigirse las multas penales o administrativas a los intermediarios implicados; además, será fundamental que la mujer reciba todos los pagos previo al traslado físico y jurídico del recién nacido, con el propósito de que dicho acto emane de sus propias intenciones y no como producto de las obligaciones contractuales. Y a efecto de facilitar el seguimiento y evaluación de los servicios de gestación subrogada para elaborar políticas apropiadas que respeten los derechos humanos, será esencial que el Estado recopile, analice y difunda datos completos y fiables sobre los servicios y acuerdos celebrados en este ámbito y su impacto (Maud de Boer, 2018, párrafos 72 y 77 incisos d, k, l).

V. CONCLUSIONES

El caso mexicano preocupa, en tanto que en el ámbito federal y estatal las TRA y los acuerdos de gestación subrogada no se encuentran regulados de forma completa, imparcial, clara y coherente, no obstante, ello no ha sido óbice para que se continúen efectuando procedimientos de este giro que afectan de manera negativa en los derechos de las partes involucradas, dado que dicha tecnología para la procreación no deja de ser un “negocio” global que se ha acrecentado por la atractiva posibilidad que brinda de establecer un vínculo genético entre progenitor y descendiente, y por los bajos costos que ofrecen los establecimientos situados en el país, pues como pudo observarse a lo largo del artículo en mérito, el acceso a las gestación por sustitución en distintas regiones del mundo, con excepción de México, suponen altas erogaciones de dinero que no pueden ser costeadas por todas las personas que las requieren.

En ese sentido, la omisión de una normativa sobre la materia, combinada con la conducta permisiva de las autoridades mexicanas al consentir el turismo reproductivo, únicamente ha encontrado su límite en las restricciones impuestas por las leyes generales. Empero, sobra mencionar que ello permanece insuficiente, pues a pesar que el ordenamiento vigente contempla, *inter alia*, el deber del profesional de la salud de obtener el consentimiento informado de sus pacientes previo a la realización de todo procedimiento médico (Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, art. 80), así como la obligación de supervisar la actuación de terceros autorizados y aplicar sanciones en caso de incumplimiento a las disposiciones sanitarias (Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, art. 15), en el artículo bajo estudio se reveló la deficiencia de dichas pautas por fijar reglas genéricas y la consecuente necesidad de contar con una ley, reglamento o norma oficial mexicana que precise, en lo particular, las responsabilidades del personal calificado que utiliza las TRA y los requisitos que han de satisfacer los establecimientos para ofrecer un servicio ético y de calidad.

Adicionalmente, el funcionamiento de las clínicas de reproducción asistida en condiciones irregulares que ponen en riesgo los derechos humanos refleja el exiguo actuar del gobierno mexicano para implemen-

tar mecanismos destinados a supervisar y fiscalizar, de forma adecuada, los servicios de la tecnología para la procreación por parte de sus autoridades sanitarias. Y el resultado de dicha conducta se aprecia con la carencia de publicidad fidedigna sobre la técnica *per se* y la cantidad de procedimientos exitosos, los riesgos que implican las TRA para algunas mujeres que ya cuentan con ciertos factores que incrementan los mismos, las ganancias promedio de las gestantes, y los obstáculos que pueden presentarse para obtener el reconocimiento de la filiación, en particular, cuando la gestación por sustitución tiene puntos de conexión con al menos dos sistemas jurídicos diferentes.

En ese rigor, dicha situación ha suscitado, por una parte, falsas expectativas en las personas que pagan para beneficiarse de estos servicios y en las mujeres que ingresan para obtener ganancias, y por otra parte, la inobservancia en la obligación del Estado mexicano relativa a la producción de información en materia de salud sexual y reproductiva que posibilite identificar los principales problemas en los ámbitos local y nacional en que viven las personas que se encuentran bajo su jurisdicción; esto con la finalidad de formular políticas públicas incluyentes y asignar los recursos necesarios para proporcionar una mejor atención a las y los usuarios que requieren o desean acceder a las tecnologías para la procreación. Por supuesto, esto último no significa destinar el total de los recursos de seguridad social a los programas que incluyan a las TRA, sin embargo, sí implica que las autoridades locales incorporen de forma progresiva la disponibilidad de aquellas, en aras de reconocer su carácter prioritario para atender la infertilidad y enfermedades genéticas que aquejan a las y los ciudadanos.

Por consiguiente, se infiere que la actual postura adoptada por el gobierno persiste en descuidar el actuar de las clínicas de reproducción asistida que fungen como intermediarias, a pesar de los factores que hoy por hoy tornan más complejo el escenario, a saber: i) para algunas entidades federativas la mujer que da a luz es considerada la madre legal en virtud del principio *mater semper certa est*, ii) el registro oportuno e inmediato de los bebés nacidos por medio de esta tecnología continúa siendo un problema considerable y iii) las autoridades por motivos que contravengan el orden público pueden señalar requisitos adicionales para otorgar o denegar la filiación.

Así pues, se percata que los inconvenientes originados entre la mujer gestante y las personas con intención de procrear terminan por discutirse ante los jueces locales cuando el procedimiento de gestación por sustitución ya se consumó, y en consecuencia, ya se materializó el sufrimiento de los futuros padres o madres por la desinformación sobre la duración y dificultades que pueden manifestarse a lo largo y al término de dicho procedimiento, de la misma forma que se cristalizó la anulación al derecho de la mujer a ser informada sobre sus derechos sexuales y reproductivos y a tomar libremente una decisión que pertenece a la esfera más íntima de su vida privada, al igual que se concretó la vulneración en el derecho de la niñez a preservar su identidad. De suerte que, la totalidad de lo expuesto previamente, invita a reflexionar si el recurso idóneo para evitar los abusos y mala *praxis* médica supone el prescindir legislar sobre la materia y ocasionalmente aplicar restricciones discriminatorias, o bien, instaurar directrices concretas a obedecer en conjunto con su constante verificación para que prevalezca la transparencia en la prestación de los servicios de subrogación; no obstante, corresponde reiterar en esta sección que, de administrarse reglas y medidas de prevención en este ámbito, se favorecería a disminuir la comparecencia ante los tribunales, y por ende, a salvaguardar el ejercicio de los derechos humanos contrapuestos, toda vez que las resoluciones de los juzgadores no garantizan en todos los casos la restitución íntegra de estos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, María Virginia (2020). La práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México, En María Mercedes Albornoz (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*, pp. 303-304. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- ALBERT, Marta (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética* 28(2), pp. 192-193. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87551223004>.

- ALBORNOZ, María Mercedes (2020). Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella. En María Mercedes ALBORNOZ (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- ALBORNOZ, María Mercedes y Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ (2017). Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos. *Revista IUS*, 11(39). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100009.
- ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto (2011). Retos de la bioética en la medicina del siglo XXI. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 28(4), p. 660. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1726-46342011000400014&script=sci_arttext.
- ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo, OLAVARRÍA, María Eugenia y Rosa PARISII (2017). Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia. *Dada Rivista di Antropologia Post-Gobale*. (2), pp. 6-19. <http://www.dadarivista.com/Singoli-articoli/2017-Dicembre/01.pdf>.
- AMEZ GARCÍA, Javier y María AYALA MARTÍN (2017). Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *DS: Derecho y Salud*, 27(1), p. 203. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>.
- BALCÁZAR RUIZ, Mónica Victoria y María del Carmen MARTÍNEZ VALDÉS (2017). Dilemas sobre la maternidad subrogada en México. *Oñati Socio-Legal Series*, 7(1), pp. 230-253. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Ruiz-y-Valdes-GS-en-Mexico.pdf>.
- CABRERA CABRERA, Antonio *et al.* (2020). Tasas de éxito en clínicas de fertilidad. *Revista de Medicina y Ética*, 31(2), p. 262. <https://doi.org/10.36105/mye.2020v31n2.01>.
- CANO VALLE, Fernando y Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 51(151), pp. 13-50. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>.
- Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012). Corte IDH, 28 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se_riec_257_esp.pdf.

- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012). Corte IDH, 24 de febrero. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Caso Contreras y otros vs. El Salvador* (2011). Corte IDH, 31 de agosto. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf
- Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015). Corte IDH, 1 de septiembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf
- Caso I. V. vs. Bolivia* (2016). Corte IDH 30 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf
- Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018). Corte IDH, 8 de marzo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf
- Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018). Corte IDH, 9 de marzo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf
- Caso Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013). Corte IDH, 21 de mayo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf
- Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala* (2014). Corte IDH, 19 de mayo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 44/25. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Medidas Provisionales Respecto de Paraguay, Asunto L.M.* https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf
- DE BOER-BUQUICCHIO, Maud (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.* Asamblea General de Naciones Unidas. A/HRC/37/60, párrafo 10. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F37%2F60&Language=E&DeviceType=Desktop>
- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica (2017). La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México. *Gaceta Médica de México*, 153(5), p. 627. <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2017/gm175j.pdf>
- European Court of Human Rights (2019). *Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Inten-*

- ded Mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)*. <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=003-6380464-8364383>.
- FLORENCIA, Luna (2019). Edición genética y responsabilidad. *Revista de Bioética y Derecho* (47), pp. 43-54. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000300005&lng=es&tlng=es.
- FLORES HERNÁNDEZ, Juan Antonio y Gabriela ROMERO AGUADO (2019). Gestación por sustitución internacional. Derecho a la vida privada y familiar en la doctrina y sentencia del 28 de abril 2017. *Revista Misión Jurídica*, 12(6), p. 82. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7026540>.
- FRONEK, Patricia (2018). Current Perspectives on the Ethics of Selling International Surrogacy Support Services. *Medicolegal and Bioethics*, 8, pp. 11-20. <https://doi.org/10.2147/MB.S134090>.
- FULDA GRAUE, Isabel, RAMOS DUARTE, Rebeca y Regina TAMÉS NORIEGA (2020). Cuestiones controvertidas en torno a la gestación por sustitución. En María Mercedes ALBORNOZ (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y María Mercedes ALBORNOZ (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, pp. 159-187. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100159.
- Hague Conference on Private International Law (2014). *A Study Of Legal Parentage And The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements (Prel. Doc. No. 3C The Study)*. <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HAIMOWITZ, Rebecca y Vaishali SINHA (dirs.) (2010). *Made in India: A Film about Surrogacy* [película]. Woman Make Movies.
- HERMIDA BELLOT, Beatriz (2018). Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional Privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 94(767), p. 1206. https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10469/1/Gestaci%CC%83%20B3n%20subroga_da_un%20problema%20global.pdf.
- HERNÁNDEZ NIETO, Carlos Alberto *et al.* (2016). Análisis de los factores asociados con embarazos múltiples en tratamientos de reproducción asis-

- tida compleja. *Ginecología y Obstetricia de México*, 84(1), pp. 31-34. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=64888>.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, Yoliliztli (2018). Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México. *Debate Feminista* 56, p. 87. <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2018.56.05>.
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Plataforma Nacional de Transparencia, folio 1215100953920.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf.
- Ley General de Salud. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_041220.pdf.
- MANTILLA PABÓN, Ana Patricia *et al.* (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. *Justicia*, 31, p. 72. <https://doi.org/10.17081/just.22.31.2605>.
- MOGUEL HERNÁNDEZ, Alejandro *et al.* (2017). Complicaciones neonatales asociadas a técnicas de reproducción asistida en el Hospital Español de México. *Revista Mexicana de Pediatría*, 84(5), pp. 183 y 185. <https://www.medigraphic.com/pdfs/pediat/sp-2017/sp175c.pdf>.
- MONTES BRISEÑO, Centella y Hans PARRES JURADO (2016). Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente. *Migración y Refugio: Barreras y Geopolítica* (6), pp. 40-41. http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No6/ADEBATE-6-art3.pdf.
- NYGREN, Karl (2004). On The Necessity of Monitoring ART. *Middle East Fertility Society Journal*, 9(1), pp. 1-2. <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/7414/1/mf04001.pdf>.
- OLAVARRÍA, María Eugenia (2018). Intermediarias y donantes de la gestación subrogada en México. *Revista de Antropología Social*, 27(2), p. 340. <http://dx.doi.org/10.5209/RASO.61855>.
- OLAVARRÍA, María Eugenia (2018b). La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo. *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, 4. <https://doi.org/10.24201/egv4i0.144>.
- Opinión Consultiva OC-17/02. Corte IDH, del 28 de agosto de 2002. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

- POCOCK, Tess Louise (2015). *Buyers Beware: Considerations of Cross-Border Surrogacy Arrangements in the United States-Mexico Context*. [Tesis de Maestría, Universidad Central Europea de Budapest]. http://www.etd.ceu.hu/2015/pocock_tess.pdf.
- Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo88332.pdf>.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MPSAM_170718.pdf.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MP.pdf.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2018). Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española. *In Dret Revista para el Análisis del Derecho* 4, pp. 24-25. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3289050.
- SANDOVAL, Francisco Javier (2020). Bioética jurídica y crioconservación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Perspectiva Jurídica* (14), p. 148. https://edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva_juridica_14.pdf#page=147.
- SCHURR, Carolin (2017). From Biopolitics to Bioeconomies: The ART of Reproducing White Futures in Mexico's Surrogacy Market. *Environment and Planning D: Society and Space*. 35(2), pp. 246 y 249. <https://doi.org/10.1177/0263775816638851>.
- Secretaría de Salud de México (2012). Norma Oficial Mexicana, NOM-004-SSA3-2012. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5272787&fecha=15/10/2012.
- Tesis: 1a. CCCXV/2015. SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. II, p. 1645, 23 de octubre. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010268>.
- Tesis: 1a. LXXVIII/2018. SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. II, p. 980, 22 de junio. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017285>.
- Tesis: 1a. LXXXVII/2019. SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. II, p. 1157. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020783>.

- VARGAS BACA, Rosa Elvira (2020). Derecho internacional privado mexicano aplicable a la gestación por sustitución. En María Mercedes Albornoz (ed.). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- VELÁZQUEZ, Lourdes (2018). Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas* (26), p. 19. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278530>.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia (2017). *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal* [Tesis doctoral, Universitat Jaume I. Departament de Dret Privat], p. 86. <http://dx.doi.org/10.6035/14005.2017.11260>.

“KNOCK FOR KNOCK” EN CONTRATOS DE FLETAMENTO: SUS ELEMENTOS CENTRALES E INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO NORTEAMERICANO E INGLÉS*

“KNOCK FOR KNOCK” *IN CHARTERPARTIES: KEY ELEMENTS AND JUDICIAL CONSTRUCTION UNDER ENGLISH AND AMERICAN LAW*

Mariano CASTILLO**

RESUMEN: La noción de “knock for knock” implica un régimen contractual que aplica un principio de distribución del riesgo y asignación de sus responsabilidades asociadas. Esta distribución se realiza sobre el criterio de que cada parte soporta sus propios riesgos, por lo que asume las responsabilidades derivadas de ello y se espera que obtenga seguros en consecuencia. Se implementa, como un régimen contractual, por medio de una o varias cláusulas. Existen varias herramientas jurídicas que permiten establecer un régimen de estas características. Dentro de la noción genérica de cláusulas eximentes de responsabilidad, las dos vías más comunes suponen: una, las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad recíprocas; la otra, las indemnidades mutuas. Se analiza la incorporación de regímenes de “knock for knock” en contratos de fletamento

ABSTRACT: Knock for knock involves a contractual regime applying a principle of risk distribution and allocation of liability. This principle performs said distribution on the rationale that each party bears its own risks, therefore assuming the liabilities deriving from them, and each party is also expected to obtain insurance in respect of the assumed risks. The parties implement this contractual regime through one or more clauses, usually. There are several legal tools that allow establishing such a regime. The most common legal tools are both mutual exclusion clauses and mutual indemnity clauses, which fall within the generic notion of exemption clauses. This article offers the analysis of knock for knock regimes in time charterparties. Firstly, it offers a notion of knock for knock and its implementation in contracts. Second, it highlights the principal

* Recibido el 20 de abril de 2020; aprobado el 23 de febrero de 2021.

** ORCID: 0000-0002-7197-7471. Magister en Derecho Marítimo Internacional (International Maritime Law Institute —IMLI—); profesor adjunto (i) de Derecho de la Navegación (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires —UBA—); investigador formado en proyectos UBACyT y PIDAE (UBA). Correo electrónico: mcastillo@derecho.uba.ar.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV,
núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 509-540.

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

a tiempo de buques. Primero, se ofrece una noción de “knock for knock” y su incorporación al contrato. Segundo se destacan los principales criterios de interpretación de contratos de fletamento a tiempo y se analiza la interpretación y validez de las cláusulas de “knock for knock” en dichos contratos, a la luz de la jurisprudencia norteamericana e inglesa. Metodológicamente se aborda desde la hermenéutica jurídica, se recurre a la doctrina, normativa y jurisprudencia.

Palabras clave: cláusulas de indemnidad, “knock for knock”, derecho marítimo, fletamento a tiempo, industria petrolera y de construcción costa afuera.

criteria in the construction of time charterparties, and particularly of knock for knock clauses, according to both United States’ and United Kingdom’s Jurisprudence. The methodology involves legal hermeneutics, and considers legal commentators, treaties, statutes and jurisprudence.

Keywords: indemnity clauses, knock for knock, maritime law, time charterparties, oil industry and offshore construction industry.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regímenes de “knock for knock”* III. *Análisis de la cuestión en la jurisprudencia norteamericana*. IV. *Análisis de la cuestión en la jurisprudencia inglesa*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de “knock for knock” tiene sus orígenes bajo sistemas de *common law*,¹ tanto en el ámbito del derecho público (Sylvie Cavaleri, 2017, p. 3) y privado (Anita Gerdin y Andrea Fleime, 2014, pp. 2-3; Pat Saraceni y Nicholas Summers, 2016, p. 28). Sin embargo, en países de tradición romano-germánica, puede verse un principio similar en los convenios de reciprocidad aplicados en el ámbito del seguro automotor (Rubén Stiglitz, 2016 p. 577).

El principio de “knock for knock” ha demostrado ser un método eficiente de distribución de riesgos que permite previsibilidad y elimina la duplicidad de seguros, reduciendo en consecuencia los costos del aseguramiento. Esto se ha visto principalmente en la industria petrolera, de construcción y costa afuera en general, campos donde ha tenido un gran auge y desarrollo.² Desde la perspectiva del derecho marítimo

¹ *Bell Assurance Association v Licenses & General Insurance Corporation & Guarantee Fund Ltd* (1923) 17 Lloyd’s Rep. 100.

² En este sentido véase los contratos estandarizados LOGIC: <https://www.logic-oil.com/>

se ha implementado en una variedad de contratos que involucran la utilización de buques, aunque bajo diferentes regímenes. De esta forma pueden identificarse regímenes de “knock for knock” en contratos de fletamento a tiempo (por ejemplo Supplytime 2017, cláusula 14 y Windtime 2013, cláusula 16), por viaje (por ejemplo, Heavycon 2007, cláusula 22 y Projectcon, 2006, cláusula 21), como también en contratos de remolque (por ejemplo, Towcon 2008, cláusula 25 y Towhire 2008, cláusula 23). La presente investigación se centra en el análisis de la implementación de este tipo de distribución del riesgo en contratos de fletamento a tiempo. Debido a las particularidades propias de este tipo de fletamentos, el régimen de distribución de riesgos adquiere notas y efectos diferenciados de otros tipos de contratos. Sin embargo, cabe destacar que las cuestiones centrales del régimen resultan igualmente aplicables a los demás regímenes contractuales, con las salvedades específicas.³

La noción de “knock for knock” implica un principio de distribución del riesgo y asignación de sus responsabilidades asociadas. Esta distribución se realiza sobre el criterio de que cada parte soporta sus propios riesgos, por lo que asume las responsabilidades derivadas de ellos y se espera que se asegure en consecuencia.

En el ámbito legal no implica un término jurídico *per se*, sino un régimen específico que se compone de varios elementos y de determinadas herramientas jurídicas para obtener el fin de la asignación del riesgo y responsabilidad entre las partes. Las dos vías más comunes suponen cláusulas de exoneración de la responsabilidad⁴ y cláusulas de indemni-

standard-contracts, FIDIC: <http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>, véase Alex Johnson (2016, pp. 1 y ss.), Sylvie Cavaleri (2017, p. 3) y Anita Gerdin y Andrea Fleime (2014, pp. 2-3).

³ Respecto al salvamento, por ser una cuestión combinada de derecho privado e interés público, algunas jurisdicciones como en los Estados Unidos pueden presentar limitaciones respecto a la validez de estos regímenes, puesto que implica obligaciones y riesgos particulares e importa un servicio regulado. *Bisso vs. Inland Waterways Corp.*, 349 U.S. 85 (1955, p. 95).

⁴ Existen diversas denominaciones para este tipo de cláusulas por ejemplo “de exclusión” “de exoneración” “de limitación o limitativas de” “de restricción”, salvo que se utilice con un sentido específico o que se respete el término utilizado en la fuente en inglés, utilizaremos la denominación general de “eximente” para referirnos de forma general a aquellas cláusulas o provisiones contractuales por las que se excluye la responsabilidad civil de una parte. Dicha expresión incluye tanto a las cláusulas de exoneración como a

dad mutua.⁵ Otras vías incluyen a la renuncia de acciones judiciales y a la obligación de tomar determinados seguros e incluir a la contraparte contractual en la póliza, como asegurado adicional.

Esto supone que la asignación del riesgo o pérdida se hace de forma independiente del factor de atribución de la responsabilidad y en particular independiente del factor subjetivo (Pat Saraceni y Nicholas Summers, 2016, pp. 28-30), importando un sistema o régimen de distribución de responsabilidad y riesgo “sin culpa” —*no-fault*— (Richard Beu y Donald Butler, 2004, pp. 27, 38 y 45) o independiente de la culpa —*regardless of fault*— (Randall King y Vincet Schuster, 2013, p. 7). De esta forma se aparta de los regímenes jurídicos de responsabilidad contractual aplicables conforme al derecho vigente (Anita Gerdin y Andrea Fleime, 2014, pp. 2 y 3) y al alterar las consecuencias de la atribución de responsabilidad por culpa, excluyendo el régimen de responsabilidad legal que se aplicaría normalmente, supone un tratamiento judicial como cláusulas de eximición de responsabilidad (Simon Rainey, 2018, p. 258).⁶

Corresponde tener presente que, en derecho marítimo, en la generalidad de los institutos, la responsabilidad es subjetiva y se basa en el factor de atribución de la culpa (Jeanette Quay y Lynn Luker, 1998, p. 371). Esto revela las importantes consecuencias y el alcance que tiene un régimen contractual que distribuye el riesgo en forma independiente a la culpa. Las responsabilidades marítimas tradicionales se encuentran basadas en un factor de atribución subjetivo y pueden ser de carácter contractual o extracontractual. Nótese que las obligaciones contractuales pueden ser absolutas o estar calificadas bajo un estándar de debida diligencia, en este último caso la responsabilidad contractual se basa en el factor de atribución subjetivo de la culpa (Terence Coghlin *et al.*, 2014, p. 8).

las que establecen una indemnidad. En este sentido utilizamos el término de cláusulas de exoneración haciendo referencia a aquellas cláusulas por las cuales únicamente se libera de responsabilidad a una parte, distinguiéndolas de las cláusulas de indemnidad, es decir aquellas por las cuales se establece una obligación de indemnidad a cargo de una parte y a favor de la otra.

⁵ Para este artículo se consideran las siguientes traducciones: *exception* / “excepción”, *exculpatory* / “exculpatorio”, *exemption* / “eximente”. Dichos términos abundan en el área objeto de la presente investigación y se utilizan para calificar el tipo de cláusula contractual.

⁶ *Farstad Supply A/S vs. Enviroco Ltd.* [2010] UKSC 18 (The far service).

Las responsabilidades extracontractuales (*tort*) se ilustran con el caso típico marítimo del abordaje (*collision*) que regula la responsabilidad que emana de la colisión entre buques. Cabe destacar que en el derecho inglés y norteamericano se utiliza el término *collision* para designar a la colisión entre buques y *allision* para referirse a la colisión entre un buque y otro objeto que no sea un buque. Ambas situaciones se rigen por reglas similares. El abordaje supone la aplicación de los principios desarrollados en torno a la responsabilidad extracontractual por negligencia (*tort of negligence*) que implica la violación de un deber de cuidado.⁷

Sin embargo, existen otras responsabilidades basadas en un factor de atribución objetivo o en incumplimientos a deberes legales (London Passenger Transport Board *vs.* Upson, 1949, AC 155, p. 168). Por ello se consideran e incluyen referencias a estas otras fuentes de responsabilidad en las cláusulas de “knock for knock”.

La responsabilidad extracontractual basada en un factor de atribución objetivo (*strict liability*) se puede ilustrar con las responsabilidades marítimas ambientales.⁸ También puede ilustrarse con el caso de responsabilidad objetiva por un *allision* contra una estructura portuaria conforme la legislación inglesa (The Harbours, Docks and Piers Clauses Act [HDP-CA], 1847s.74). En el ámbito de la responsabilidad contractual, esta podría ser objetiva si la obligación requiere un determinado resultado y no se introduce un estándar de cumplimiento basado en la debida diligencia o un deber de cuidado razonable.⁹

La responsabilidad puede involucrar distintos tipos de daños como por ejemplo el daño a los buques en un abordaje o accidente, como también los daños a las personas embarcadas o a las cosas cargadas. En la industria *offshore* por ejemplo esto puede suponer daño al personal, a los equipos y maquinaria. Asimismo, debe considerarse el daño a las instala-

⁷ Véase en el derecho inglés *The Dundee* (1823) 1 Hagg Ad 109, y en el derecho norteamericano *The Victor*, 153 F.2d 200 (1946). En el plano internacional esta responsabilidad extracontractual basada en la culpa se encuentra en la Convención para la unificación de ciertas reglas en material de abordaje de 1910, artículos 2-5.

⁸ Por ejemplo, la responsabilidad civil ambiental por contaminación al medio marino debida por derrames de hidrocarburos, véase el Convenio de Responsabilidad Civil Nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1969 y su Protocolo de 1992.

⁹ En el derecho inglés véase Edwin Peel (2015, pp. 17-69) y Hugh Beale (2017, pp. 1-195); en el derecho norteamericano: Restatement (Second) of Contracts (1979, p. 309).

ciones *offshore* o torres eólicas presentes en la zona de navegación, o aquellas que el buque instala o repara como parte de las operaciones bajo el contrato de fletamento. Dependiendo de los sujetos y objetos involucrados las responsabilidades emergentes pueden encuadrarse como responsabilidad contractual y fundarse en un incumplimiento contractual o encuadrarse como responsabilidad extracontractual fundándose en el incumplimiento del deber de cuidado o en un incumplimiento de un deber que surja de una legislación particular.

Conforme lo ha entendido la jurisprudencia inglesa (*Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc*, 2016, EWCA Civ 372, párrafo 9, el sentido económico-comercial de las cláusulas bajo examen implica una asignación amplia del riesgo y de la responsabilidad entre las partes y por ende se orienta a una serie fines. Primero permite una administración más eficiente del riesgo y sus costos asociados. Al identificarlos y asignarlos, las partes conocen de antemano a que riesgos se encuentran potencialmente expuestos y pueden asegurar mejor dichos riesgos. Segundo, como consecuencia de la asignación, se evitan reclamos cruzados y disputas en torno a la responsabilidad, eliminando los costos de su administración. Entre los cuales las acciones de recupero implican procedimientos judiciales complejos que derivan en costas judiciales considerables. De esta forma los acuerdos que incorporan regímenes de “knock for knock” se orientan a minimizar la existencia de litigiosidad entre las partes (Graydon Staring, 1984, p. 917).

En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la cláusula 14 (a) i y ii de la póliza estandarizada Supplytime en su versión de 2017 cuando dispone que la indemnidad se otorga respecto de los daños o pérdidas causados por actos, negligencia, o el incumplimiento de un deber, sea que el deber provenga de una legislación particular o de otra fuente. De esta forma se pone de resalto la aspiración global de este régimen respecto de toda la responsabilidad por daños que pueda surgir en el marco del contrato, sin perjuicio de que existan ciertos riesgos particularmente excluidos del ámbito de aplicación de las cláusulas obrantes en contratos estandarizados o formularios.

II. REGÍMENES DE “KNOCK FOR KNOCK”

1. *Elementos principales*

En el ámbito jurídico este régimen presenta una serie de elementos que se materializan en la incorporación al contrato por intermedio de varias provisiones y cláusulas contractuales (Sylvie Cavaleri, 2017, p. 5). Entre ellos destacamos: Primero, a la asignación de riesgo y responsabilidad, o cláusula “knock for knock” propiamente dicha,¹⁰ su análisis constituye el objeto del presente artículo.¹¹ Segundo, la división de las partes contractuales en grupos que incluyen a los empleados y subcontratistas de cada parte principal, esto se logra por medio de la definición de los “grupos” de las respectivas partes del contrato (Randall King y Vincent Schuster, 2013, p. 11). Tercero, la extensión del régimen a los miembros de los grupos, lo que se implementa por medio de la incorporación de una cláusula himalaya o de extensión del beneficio.¹² Cuarto, la cuestión relativa a los seguros, es decir que seguros debe obtener cada parte, cómo ello impacta en la cláusula de exoneración o de indemnidad y viceversa (Randall King y Vincent Schuster 2013, p. 7). Finalmente, la cuestión relativa a la ley y jurisdicción aplicable, puesto que de ello depende el derecho que regirá tanto el contrato en general como en particular el régimen de distribución de riesgos que a través de dicho contrato establecen las partes (Randall King y Vincent Schuster 2013, p. 11 y Claudio Perrella, 2016).

2. *La asignación de riesgo y responsabilidad, o cláusula “knock for knock” propiamente dicha*

La asignación de riesgos implica una ingeniería contractual que obliga a una parte a soportar determinados riesgos. Se utiliza como herramienta jurídica la incorporación de obligaciones de indemnidad otorgadas entre las partes del contrato, de forma mutua o recíproca. Esto se puede re-

¹⁰ Dicha cláusula puede estar denominada en el contrato como “indemnity”, “responsibility”, “liability”, entre otros. Véanse ejemplos en notas 3, 4 y 5.

¹¹ Véase Supplytime 2017 (cláusula 14) y Windtime 2013 (cláusula 16); Simon Rainey (2018, p 258).

¹² Véanse las notas explicativas respecto de la cláusula 14 (c) del contrato BIMCO Supplytime 2005.

forzar por medio de una renuncia de acciones¹³ o de una cláusula de exoneración de responsabilidad. Los contratos BIMCO, implementan este doble sistema de indemnidad y exoneración de responsabilidad.¹⁴ Nótese que estos ejemplos no acaban las posibilidades, máxime considerando la contratación no basada en contratos estandarizados o formularios; sin embargo, aclaramos que estas otras posibilidades escapan el alcance del presente artículo.

Una cláusula de exoneración de responsabilidad altera las consecuencias normales del régimen legal de responsabilidad, por ende, la parte beneficiada por dicha cláusula resulta liberada de la responsabilidad por daños dentro de los parámetros establecidos en la cláusula. (Brian Garner, 2007, p. 612)

Una cláusula de indemnidad implica que una parte se compromete a mantener indemne, es decir libre de daño, a otra parte respecto de determinadas consecuencias dañosas. Mantener indemne implica una suerte de protección, implica evitar el impacto dañoso que tiene la materialización del riesgo en el patrimonio del beneficiario de la indemnidad. Sin embargo, debe destacarse que la redacción contractual influye ampliamente en el alcance y funcionamiento de la indemnidad otorgada. Este ámbito de aplicación se determina en función del tipo de daños cubierto o alcanzado por la indemnidad, según quienes son los sujetos beneficiados y quienes resultan terceros en relación con el régimen y considerando las exclusiones al mismo. Esto, en caso de conflicto judicial o arbitral implica una cuestión de interpretación contractual.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

1. *El contrato de fletamento a tiempo en el derecho norteamericano*

El fletamento a tiempo es conceptualizado como “...un contrato para emplear al buque por un periodo determinado de tiempo, en el cual se compensa al armador o fletante con el flete. La cantidad de mercade-

¹³ Véase un ejemplo de un acuerdo de renuncia de acciones en el anexo C del *Supplytime* 89.

¹⁴ Véase notas 3, 4 y 5.

ría transportada es usualmente irrelevante en relación con el flete pagado al fletante”.¹⁵ Dicho precedente se refiere a doctrina que caracteriza al contrato como “...un contrato por el uso de un buque que le pertenece a otro”.¹⁶

Esto evidencia que un contrato de fletamento a tiempo encuadra claramente dentro de la definición de contrato marítimo y se encuentra regido por el derecho marítimo federal,¹⁷ salvo que exista una cláusula de elección de ley aplicable.¹⁸

En el caso en que la cláusula de ley aplicable dirija a la aplicación del derecho estadual, las cortes respetarán dicha elección salvo dos supuestos. Uno, que dicho estado no posea una conexión real o sustancial con las partes o el negocio; otro que el derecho estadual contravenga los principios fundamentales del derecho marítimo federal.¹⁹

En consecuencia, la cláusula contractual que establece las indemnidades mutuas será interpretada conforme el derecho federal y no el estadual, en virtud del interés en mantener un cuerpo uniforme de derecho marítimo federal y sumado al hecho de que el área de los contratos marítimos de indemnidad ofrece un estado de buen desarrollo y evolución.²⁰ Este

¹⁵ *Chembulk Trading LLC vs. Chemex Ltd.* 393 F.3d 550 (2004, p. 552, n.1) citando a *Alt. Richfield Co. vs. Good Hope Refineries, Inc.*, 604 F.2d 865 (1979, p. 871).

¹⁶ *Chembulk Trading LLC vs. Chemex Ltd.*, 393 F.3d 550 (2004, p. 552, n.2) citando a *Gulfgate Marine Transp. Co. vs. Dampskibsselskabet Svendborg*, 10 F.3d 1190 (1994, p. 1192, n. 3).

¹⁷ *Doiron vs. Specialty Rental Tools & Supply, L. L.P.* () In re *Larry Doiron, Inc* 879 F.3d 568 (2018); *Great Lakes Reinsurance (UK) PLC vs. Durham Auctions, Inc.*, 585 F.3d 236 (2009); *Capozziello vs. Brasileiro*, 443 F.2d 1155 (1971), *Navieros Oceanikos, Etc. vs. S.T. Mobil Trader*, 554, F.2d 43 (1977), *Sundance Cruices Corp. vs. The American Bureau of Shipping*, 7 F.3d 1077 (1993) y *Chembulk Trading LLC vs. Chemex Ltd.*, 393 F.3d 550 (2004).

¹⁸ *Stoot vs. Fluor Drilling Servs.*, 851 F.2d 1514 (1988, pp. 17-18) y *Fontenot vs. Mesa Petroleum Co.*, 791 F.2d 1207 (1986, p. 1214).

¹⁹ *Stoot vs. Fluor Drilling Servs.*, 851 F.2d 1514 (1988, pp. 18-19); *Chan vs. Society Expeditions, Inc.* 123 F.3d 287 (1997, p. 297); *Great Lakes Reinsurance (UK) PLC vs. Durham Auctions, Inc.*, 585 F.3d 236 (2009, pp. 242-243).

²⁰ *Stoot vs. Fluor Drilling Servs.*, 851 F.2d 1514 (1988, p. 1517) y *O’ dell vs. North River Ins. Co.*, 614 F. Supp. 1556 (1985, p. 1559).

tipo de disposición contractual tiene, en líneas generales, efecto jurídico y resulta judicialmente exigibles bajo dicho derecho federal.²¹

2. *Análisis de las reglas de la interpretación contractual en la jurisprudencia norteamericana*

Los contratos de fletamento en el derecho norteamericano son interpretados según las reglas y principios comunes de interpretación contractual, conforme su aplicación en el derecho marítimo general.²²

En su aplicación dentro del derecho marítimo general, un contrato de fletamento debe leerse como un todo, dándose el significado ordinario a las palabras usadas y sólo pudiendo recurrir a evidencia externa al lenguaje del contrato si alguno de sus términos resultan ambiguos, es decir capaz de más de un significado (Terence Coghlin *et al.*, 2014, pp. 25 y 26).²³ A los fines de la determinación de la intención común de las partes también debe considerarse la plataforma fáctica de la controversia, el objeto del contrato y las circunstancias que rodearon su celebración (Gulf *vs.* Coca-Cola, 363 F.2d 465, 1966, pp. 467-468). Todo ello resulta igualmente aplicable al área de las “knock for knock” puesto que un “...contrato marítimo conteniendo un acuerdo de indemnidad (...) debe leerse como un todo y darse a sus palabras su significado llano a menos que la provisión sea ambigua”. (Weathersby *vs.* Conoco Oil Co., 752 F.2d 953, 1984, pp. 955-956).

El parámetro para determinar la ambigüedad podría analizarse en dos partes. Primero, se requiere que la redacción sea “clara” y “explícita”, sin dar lugar a un resultado irracional. Segundo, que de ello sólo pueda derivarse como razonable un único significado.²⁴ En el caso que no

²¹ Hardy *vs.* Gulf Oil Corp., 949 F.2d 826 (1992, p. 834) y American Stevedores *vs.* Porello, 330 U.S. 446 (1947, pp. 456-457).

²² “Restatement (Second) of Contracts” (1981, párrafos 201-208; Chailland, 2003-2508, 2003-2509 (LA.App 1 Cir. 10/29/04, 2005, 897 So.2d 117, pp. 123-124) y Capozziello *vs.* Brasileiro, 443 F.2d 1155 (1971, p. 1157).

²³ Véase también Holmes Motors, Inc. *vs.* BP Expl. & Prod., Inc., 829 F.3d 313 (2016, pp. 315-316) citando a Breaux *vs.* Halliburton Energy Servs., 562 F.3d 358 (2009, p. 364).

²⁴ BP Expl. & Prod., Inc. *vs.* Claimant ID 100262795, 18-30273 (2019, WL 113684) citando a Chembulk Trading LLC *vs.* Chemex Ltd., 393 F3d 550 (2204, p. 555, n. 6).

se alcance dicho estándar,²⁵ la ambigüedad del lenguaje puede resolverse con recurso a la intención de las partes, dicha intención puede buscarse incluso por fuera del documento escrito.²⁶

En función de una consideración contextual y de la lectura del contrato como un todo, la interpretación no debe volver ningún término en superfluo o carente de significado (*Chembulk Trading LLC vs. Chemex Ltd.*, 393 F3d 550 (2004, p. 555). Se debe asignar el significado ordinario a las palabras, salvo que un significado específico surja de la intención de las partes (pp. 557-558). Debe asimismo considerarse la amplitud de la redacción utilizada en la provisión y como esta resulta afectada por las definiciones que contiene el contrato. (*Capozziello vs. Brasileiro*, 443 F.2d 1155 (1971, p. 1158).

El análisis de la negociación de las provisiones y del poder negocial de las partes se realiza de forma especial y se sostiene que “(d)ebe existir alguna evidencia de que la parte que posee el poder negocial superior ejerció ese poder sobrepasando a la parte menos sofisticada, por ejemplo, incurriendo en fraude o coerción o insistiendo en una cláusula desmesurada”.²⁷

El principio de interpretación *contra proferentem*, es decir, aquel por el cual se interpreta en contra de la intención atribuida por la parte que redacta la provisión, se aplica sólo en aquellos casos en que exista ambigüedad en los términos del contrato. (*Navieros Oceanikos, Etc. vs. S.T. Mobil Trader*, 554, F.2d 43, 1977, p. 47).

Se considera la complejidad de los acuerdos recíprocos de indemnidad desde la perspectiva de la práctica comercial y las circunstancias que rodean al contrato (*Fontenot vs. Mesa Petroleum Co.*, 791 F.2d 1207, 1986). Se analiza el propósito de la indemnidad recíproca, como una forma de confirmar el alcance de la indemnidad, es decir, respecto de la clase y origen de los reclamos o daños cubiertos por ella (p. 16). Si en la interpretación se determina que el reclamo, daño o pérdida invocado se encuentra amparado por la indemnidad, el siguiente paso requiere

²⁵ *BP Expl. & Prod., Inc. vs. Claimant* ID 100262795, 18-30273 (2019, WL 113684) citando a *In re Deepwater Horizon*, 858 F3d 298 (2017, p. 303).

²⁶ *BP Expl. & Prod., Inc. vs. Claimant* ID 100262795, 18-30273 (2019, WL 113684) citando a *Corbitt vs. Diamond M. Drilling Co.*, 654 F.2d 329 (1981, pp. 332-333).

²⁷ *Sander vs. Alexander Richardson Investments* 334 F.3d 712 (2003, p. 720) citando a *Outek vs. Caribbean Distributions, Inc. vs. Echo Inc.*, 206 F.Supp.2d 263 (2002, p. 268).

un examen, por parte del tribunal, sobre la posible afectación o violación del acuerdo de indemnidad a normas de fuente positiva o de *common law*, y asimismo aplicar las consideraciones respecto de los vicios que afectan de nulidad a los contratos de forma general (p. 17).

Seguidamente analizaremos de qué forma dichos principios y reglas son aplicados en el caso particular de las cláusulas de “knock for knock”, constituidas por cláusulas de indemnidad, en fletamentos a tiempo.

En el ejercicio de la interpretación judicial, las cortes han desarrollado y aplicado una serie de criterios de evaluación que se aplican a casos que involucran cuestiones controvertidas respecto de las cláusulas de indemnidad. Dichos criterios se pueden sistematizar de la siguiente forma:

La corte evaluará tres nodos jurídicos, variando su implementación en cada caso según los presupuestos de hecho y de derecho relativos a la cuestión debatida. El primer nodo considera si la intención de las partes y su expresión contractual es suficientemente clara (*Corbitt vs. Diamond M. Drilling Co.*, 654 F.2d 329,1981, p. 334 y *Theriot vs. Bay Drilling Corp.* 783 F.2d 527,1986, p. 540), incluyendo las responsabilidades a las que se refiere en particular (*Theriot vs. Bay Drilling Corp.* 783 F.2d 527, 1986, p. 540), y considerando a su vez el uso de términos y palabras específicas (*Sander vs. Alexander Richardson Investments* 334 F.3d 712, 2003, pp. 715-716). El segundo nodo analiza si el contrato y las disposiciones particulares respecto de la indemnidad han sido negociadas, junto con la consideración de la posición o poder negocial de las partes (pp. 717-721). El tercer nodo valora si el orden público resulta afectado, es decir si existe alguna prohibición legal de carácter normativo específico (*Sander vs. Alexander Richardson Investments* 334 F.3d 712, 2003. pp. 717-721). En los Estados Unidos pueden encontrarse dos grupos de legislaciones que prohíben la indemnidad, uno que proviene de la legislación federal y otro de la estadual, sin embargo su análisis excede el alcance del presente artículo (*Richard Beu y Donald Butler*, 2004, pp. 44-54 y *Randall King y Vincent Schuster*, 2013, p. 16).

Se ha dicho que la interpretación de cláusulas de indemnidad debe ser rigurosa o restrictiva tanto respecto de la responsabilidad y tipo de responsabilidad (*Duval vs. Assurance Co. Of Am.*, 2013, 722 F.3d 300, 2013, p. 303), como de los beneficiarios de la indemnidad (*Robert C. Herd & Co. vs. Krawill Mach. Corp.*, 359 U.S. 297, 1959, p. 304).

A. *El alcance de la indemnidad*

Desde la perspectiva del alcance de la indemnidad se abordan las problemáticas referidas a la determinación de los daños y pérdidas incluidas o alcanzadas por la indemnidad. En líneas generales la jurisprudencia ha dicho que se debe interpretar que la indemnidad cubre aquello que bajo un criterio de razonabilidad puede considerarse como pérdidas, daños y responsabilidades dentro de la intención de las partes, al momento de la celebración. Asimismo, su límite implica que no incluirán aquello que no surja de la intención de las partes, sea en forma expresa o que pueda ser inferido razonablemente por su naturaleza o carácter (*Theriot vs. Bay Drilling Corp.* 783 F.2d 527, 1986, p. 540).

Los conceptos de la negligencia y la innavegabilidad se presentan como problemas jurídicos centrales respecto del alcance de la indemnidad que implementa un régimen de “knock for knock” en fletamentos a tiempo.

Negligencia. El problema jurídico se enfoca respecto de la extensión de la indemnidad a daños debidos a la negligencia o culpa de la parte que se beneficia de la indemnidad. Es decir, en aquellos casos en que la indemnidad es debida por una parte, incluso inocente, por los daños sufridos por la otra debido a la culpa o negligencia de esta última parte.

El criterio general de la jurisprudencia indica que, incluso en ausencia de legislación que requiera el uso específico del término “negligencia” (*Sander vs. Alexander Richardson Investments* 334 F.3d 712, 2003, pp. 715-718), la redacción de la disposición contractual debe demostrar que fue intención de las partes que la indemnidad alcance dicha extensión, expresándolo en forma clara e inequívoca.²⁸

En las situaciones en que la cláusula de indemnidad elimina la responsabilidad del beneficiario de la indemnidad por su propia negligencia, la cláusula puede considerarse como una cláusula de exoneración. Esta resultará exigible en tanto que, por un lado, no contravenga al orden público; por el otro, que el extremo de la extensión en la que se excluye la res-

²⁸ *Capozziello vs. Brasileiro* 443 F.2d 1155 (1971) y *Theriot vs. Bay Drilling Corp.* 783 F.2d 527 (1986, p. 540) citando a *Seal offshore Inc. vs. American Standard inc.*, 736 F.2d 1078 (1984, p. 1081).

ponsabilidad surge de la redacción, en términos ciertos, como una clara intención de las partes.²⁹

En el precedente *Corbitt vs. Diamond M. Drilling Co.*³⁰ se considera que tanto en el caso en que la indemnidad cubre la propia negligencia del beneficiario de la indemnidad, como en el caso que alcance la responsabilidad de un tercero, ambos imponen una “obligación extraordinaria” (*Corbitt vs. Diamond M. Drilling Co.*, 654 F.2d 329, 1981, p. 333). Esto da lugar al estándar exigido para su incorporación por vía contractual, que requiere su expresión por términos inequívocos o “Express notice”. Esto constituye el fundamento y aplicación del enfoque de interpretación restrictivo o estricto que establece el precedente (*Corbitt vs. Diamond M. Drilling Co.*, 654 F.2d 329, 1981, p. 333 y *Theriot vs. Bay Drilling Corp.* 783 F.2d 527, 1986, p. 540).

Esta situación legal debe contrastarse con la posición bajo el derecho estadual, por ejemplo en el estado de Texas, donde se requiere un estándar mucho más exigente denominado “express negligence doctrine” (*Ethyl Corp. vs. Daniel Constr. Co.*, 725 S.W.2d. 705, 1987, pp. 707-709). Si bien, en teoría, puede parecer similar a la posición en el derecho federal, mientras que en este último se requiere la expresión clara de la intención de las partes, la “express negligence doctrine” exige, en la práctica, el uso de lo que se ha denominado “términos talismanicos” o “mágicos” como el vocablo “negligence” por ejemplo (*Sander vs. Alexander Richardson Investments* 334 F.3d 712, 2003, p. 716).

Innavigabilidad. Se debe tener en cuenta que la innavigabilidad reviste una connotación jurídica específica en derecho marítimo, con una definición jurídica propia y notables consecuencias jurídicas (Maximiliano Navas, 2013, pp. 772 y ss., 800 y ss.). Por navegabilidad se entiende a la capacidad física del buque de soportar las exigencias del viaje, transportar la carga en forma segura y cumplir con el servicio acordado por el

²⁹ *Sander vs. Alexander Richardson Investments* 334 F.3d 712 (2003, p. 715) citando los siguientes precedentes: *Theriot vs. Bay Drilling Corp.* 783 F.2d 527 (1986, p. 540); *Randall vs. Chevron U.S.A., Inc.*, 13 F.3d 888 (1994, p. 905), *Overruled*, *Bienvenue vs. Texaco Inc.* 164 F.3d, 901 (1994, p. 909); *Edward Leasing Corp. vs. Uhlig & Assocs., Inc.*, 785 F.2d 877 (1986, p. 889) y *M/V Am. Queen vs. San Diego Marine Const. Corp.*, 708 F.2d 1483 (1983, p. 1488).

³⁰ 654 F.2d 329, (5th Cir. Unit A Aug. 1981).

fletamento,³¹ e implica una parte central de las obligaciones en los contratos de transporte y utilización de buque (Maximiliano Navas, 2013, pp. 611 y ss.). De ella puede depender la responsabilidad por incumplimiento del contrato de fletamento (Ray, 1999, pp. 205-208 y 238). Desde la perspectiva de otros contratos marítimos como en los fletamentos por viaje o en contratos de transporte amparados bajo conocimientos de embarque puede incluso suponer la pérdida de los beneficios de limitación y de exoneración de responsabilidad.³² En el contrato de fletamento a tiempo su importancia redundante en que un incumplimiento de magnitud que afecte el fin del contrato puede dar lugar a la resolución por incumplimiento (Terence Coghlin *et al.*, 2014, p. 79).

Considerando que el contrato de fletamento a tiempo puede incluir una obligación a cargo del fletante respecto del estado de navegabilidad del buque, la cuestión jurídica implica evaluar si el incumplimiento de dicha obligación puede negar o limitar la indemnidad contractual. Por ello resulta necesaria la individualización específica de la innavegabilidad como un riesgo alcanzado por la indemnidad otorgada contractualmente. Los tribunales norteamericanos han convalidado la operatividad y exigibilidad de cláusulas que extienden la indemnidad a reclamos originados en la innavegabilidad.³³

Debe tenerse en cuenta que la interpretación de la indemnidad es una cuestión jurídica o de derecho,³⁴ mientras que la determinación del esta-

³¹ Esta enunciación general permite acomodar los dos significados asociados al concepto, es decir la navegabilidad en abstracto y en concreto. En abstracto se refiere a la capacidad del buque de cumplir con su destino de navegar, mientras que en concreto se vincula con las tareas y empleo específico del buque, particularmente respecto de la carga u operaciones (bodegas, grúas, aparejos). *The Silvia*, 171 U.S. 462 (1898, p. 464); *Nichimen Co. vs. M.V. Farland*, 462 F.2d 319 (1972, p. 332); *R.T. Jones Lumber Co. vs. Roen Steamship Co.*, 270 F.2d 456 (1959, p. 458); *Mobil Shipping and Transportation Company vs. Wonsild Liquid Carriers Ltd.*, 190 F.3d 64 (1999). Véase Terence Coghlin *et al.* (2014, p. 79).

³² Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, 1924 y su Protocolo de 1968, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978.

³³ *In re Boskalis Westminster International B. vs. Boskalis Westminster St. Lucia, Ltd.*, 975 F.Supp.2d 1238 (pp. 1245-1247) y United States District Court, S.D. Florida, Case No. 11-cv-20379 (2012).

³⁴ *Becker vs. Tidewater* 586 F.3d 358 (2009, p. 369) y *Fontenot vs. Mesa Petroleum Co.*, 791 F.2d 1207 (1986, p. 1213, n. 4).

do de innavegabilidad del buque es una cuestión de hecho.³⁵ La principal diferencia radica en que las cláusulas de indemnidad, como una cuestión de derecho, suponen un análisis jurídico mediante las reglas de interpretación contractual aplicables, encaminado a determinar el ámbito de aplicación de la cláusula. Por otro lado el análisis de la navegabilidad del buque es una cuestión de hecho que requiere de un proceso probatorio y medios de prueba que demuestren el estado en que se encuentra el buque. Esta distinción entre cuestiones de hecho y de derecho tiene consecuencias relevantes ya que en el *common law* los precedentes son vinculantes respecto de las cuestiones de derecho y no en las cuestiones de hecho. Asimismo, el poder de revisión de los tribunales superiores alcanza a cuestiones de derecho y sólo excepcionalmente a cuestiones de hecho.

Incumplimiento contractual. Una problemática jurídica distintiva se configura respecto a los efectos jurídicos del incumplimiento contractual del beneficiario de la indemnidad sobre la indemnidad de la que pretende beneficiarse. Se ha dicho que cierto incumplimiento contractual, dependiendo de las circunstancias de hecho del caso y la redacción de la cláusula, es capaz de afectar la validez de la indemnidad contractual (In re Deepwater Horizon, 858 F3d 298, 2017, p. 303).

Es posible que la interpretación conduzca a entender que una parte le debe una indemnidad a la otra por los incumplimientos contractuales de esta última. Este caso constituiría un supuesto de nulidad del contrato por falta de reciprocidad contractual, el beneficiario de la indemnidad “...no tendría obligaciones bajo el contrato, puede incumplir el contrato en cualquier forma concebible y en cualquier extensión...” puesto que en todos los casos quien otorga la indemnidad “...resulta responsable frente a sí mismo”.³⁶

Desde una perspectiva similar se analiza si la indemnidad absuelve al beneficiario de la indemnidad de sus obligaciones bajo el contrato, sosteniéndose a modo de *obiter* que, si en el caso se hubiese encontrado al be-

³⁵ Becker *vs.* Tidewater 586 F.3d 358 (2009, p. 368). En la jurisprudencia inglesa, véase Steel *vs.* State Line Steamship Co (1877, 3 App. Cas. 72); McFadden *vs.* Blue Star Line (1905, 1 K.B. 697) y Project Asia Line Inc *vs.* Shone (The Pride of Donegal) (2002, EWHC 24).

³⁶ Mobile Chemical Co. *vs.* Blout Bros. Corp. 809 F.2d 1175 (1987, pp. 1181-1182), citando al fallo de primera instancia (corte de distrito). “...the contract would be void for lack of mutuality.” “Mobil would have no obligations under the contract; it could breach the contract in any way and to any extent and Blount would be liable to itself!...”.

neficiario de la indemnidad incumpliendo dichas obligaciones, “...quizá nuestra aplicación de la cláusula de indemnidad sería diferente” (Marquette Transp. Co. *vs.* Louisiana Machinery 367 F.3d 398, 2004, p. 408).

Debe notarse que esto no significa que el incumplimiento contractual necesariamente deriva en la invalidación de la cláusula de indemnidad. Más bien revela un énfasis en evaluar previamente si la parte se encontraba de hecho en un incumplimiento (Becker *vs.* Tidewater 586 F.3d 358, 2009 y Marquette Transp. Co. *vs.* Louisiana Machinery 367 F.3d 398, 2004).

Otro criterio se relaciona con la agravación del riesgo o perjuicio de los derechos del otorgante de la indemnidad, producto de actos del beneficiario de la indemnidad (Gen. Ins Co. of Am. *vs.* Fleeger, 389 F.2d 159, 1968, p. 161, n. 3). Debe tenerse en cuenta que no todos aquellos actos que agraven el riesgo son capaces de afectar la indemnidad o que necesariamente lleven a ese resultado.³⁷

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INGLESA

1. *El contrato de fletamento a tiempo en el derecho inglés*

El fletamento a tiempo en el derecho inglés implica un contrato de servicios que presta el fletante al fletador, por intermedio del buque y tripulación, según las direcciones comerciales de este último. Es decir, que el fletador toma las decisiones respecto de la carga y los puertos a los que el buque se dirige, en tanto sean puertos seguros y se encuentren dentro de la zona geográfica del fletamento.³⁸ De esta forma se ha dicho en la jurisprudencia que asume todo el riesgo comercial en la explotación del buque.³⁹ En consecuencia el fletante cumple con los servicios poniendo el buque a disponibilidad del fletador para la realización de los viajes a los puertos que este

³⁷ *In re Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mexico* (20 april 2010), 841 F. Supp.2d 988, p.1007 (US Distric Court, E.D. Louisiana 2012).

³⁸ *Scandanavian Trading Tanker Co. A.B. v Flota Petrolera Ecuatoriana* (The “Scaptrade”) [1981] 2 Lloyd’s Rep 425, [1983] 1 Lloyd’s Rep 146, [1983] 2 Lloyd’s Rep 253.

³⁹ *Whistler International Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* (“The Hill Harmony”) Lloyd’s Rep. 147 [2001], véase también Terence Coghlin *et al.* (2014, p. 2).

indique, conforme los límites del fletamento.⁴⁰ Como contrato de servicios, el fletador no adquiere la posesión del buque.⁴¹

La jurisdicción y ley aplicable en el *common law* inglés debe evaluarse conforme las *civil procedure rules*, parte 6 en particular y la jurisprudencia. Baatz (2014, p 39) sostiene que las cortes inglesas ejecutarán cláusulas de jurisdicción inglesa o que determinen otra jurisdicción, aun cuando ya se hubieran iniciado procesos en otras jurisdicciones, siempre que se parta de la base de una cláusula de jurisdicción y contrato válidos. Asimismo, en ausencia de una cláusula de ley aplicable, las cortes consideran comúnmente una elección implícita de la ley inglesa en la cláusula de jurisdicción, sea esta arbitral o judicial (Terence Coghlin *et al.*, 2014, p. 6). Asimismo la jurisdicción y ley aplicable en el marco de la Unión Europea (UE) se rigen bajo el Reglamento 1215/2012 y el Reglamento “Roma I” (EC) 593/2008, respectivamente. Respecto a esto corresponde tener presente el posible impacto del proceso denominado *Brexit* y su impacto en las normativas comunitarias que aplican al Reino Unido respecto de la ley y jurisdicción aplicable. Sin embargo, este punto excede el alcance de la presente investigación (Johannes Ungerer, 2019, pp. 395-407).

2. *La interpretación contractual aplicada a las cláusulas de “knock for knock” en la jurisprudencia inglesa*

A modo de introducción podría decirse que la interpretación de las cláusulas de indemnidad, como así también las cláusulas de “knock for knock”, en cortes inglesas aplicando derecho inglés reúne una serie de líneas conductoras. Se interpreta la redacción de la provisión particular, en su contexto documental, es decir la cláusula y contrato en el que se inserta; como también en su contexto fáctico. Ello se realiza prestándole atención a la intención de las partes, el sentido común de los negocios y el propósito de la cláusula y del contrato. Pero sin perder de vista que el

⁴⁰ Skibsaktieselskapet Snefonn, Skibaksjeselskapet Bergehus and Sig Bergesen D.Y. & Company *vs.* Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The “Berge Tasta”), 1975, 1 Lloyd’s Rep 422; véase también Terence Coghlin *et al.* (2014, p. 1).

⁴¹ *Scandinavian Trading Tanker Co. A.B. v Flota Petrolera Ecuatoriana* (The “Scaptrade”) [1981] 2 Lloyd’s Rep 425, [1983] 1 Lloyd’s Rep 146, [1983] 2 Lloyd’s Rep 253, véase también Coghlin (2014:1)

eje central es el texto, el lenguaje utilizado, evaluado a la luz de los cánones de interpretación contractual (Simon Rainey, 2018, pp. 126 y 127).

Cabe partir de la premisa de que el objeto de la interpretación no es adivinar la intención de las partes, sino determinar el significado de las palabras utilizadas en la redacción de las cláusulas contractuales bajo disputa. Por ello, el punto de inicio de la interpretación contractual es la redacción del contrato, el lenguaje en el utilizado (E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe, 1994, 1 WLR 1515, p. 1520).

En este sentido, cierta jurisprudencia toma en cuenta como herramienta interpretativa el esquema del contrato (Seadrill Management Services Ltd vs. OAO Gazprom [The Ekha], 2010, EWCA Civ 691), como así también el esquema de la cláusula particular en la que se inserta la provisión interpretada (E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe, 1994, 1 WLR 1515, p. 1519 y Seadrill Management Services Ltd vs. OAO Gazprom [The Ekha], 2010, EWCA Civ 691). En particular se ha caracterizado a las cláusulas “knock for knock” como provisiones mutuas o bilaterales que crean derechos y deberes recíprocos (E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe, 1994, 1 WLR 1515, p. 1519).

Asimismo, se considera el propósito del contrato y de la cláusula. Esto revela que este tipo de cláusulas importan, en palabras de lord Morrison J, una “cruda pero funcional asignación de riesgo y responsabilidad” (Smit International (Deutschland) GmbH vs. Josef Mobius Baugesellschaft GmbH, 2001, CLC 1545, párrafo 19). Su propósito o sentido comercial es determinar claramente quien entre las partes debe soportar el riesgo de la pérdida, daño o responsabilidades que tengan lugar durante la ejecución del contrato y que ambas partes puedan obtener seguros respecto de esos riesgos.

Los tribunales analizan especialmente que expresiones se incorporan y en qué forma son utilizadas en el contrato. El análisis de los términos permite determinar la naturaleza de la obligación, particularmente respecto de las “palabras de exclusión” de la responsabilidad (Farstad Supply A/S vs. Enviroco Ltd., 2010, UKSC 18 (The far service), párrafo 25). Debe tenerse presente que, de todas formas, se considera el significado común de las palabras usadas (Caledonia North Sea Ltd vs. British Telecommunications plc, 2002, UKHL 4 párrafo 10).

La operación o efecto de las cláusulas puede darse como indemnidades o exoneración de responsabilidad. En particular se ha dicho que de

pendiendo de la redacción pueden operar de forma combinada como indemnidades respecto de la responsabilidad frente a terceros y como exoneración de responsabilidad frente a su contraparte contractual (*Farstad Supply A/S vs. Enviroco Ltd.*, 2010, UKSC 18 (*The far service*), párrafo 59). Se sostiene que una cláusula de asignación mutua de riesgo tiene el mismo efecto que una cláusula de excepción, puesto que exime a las partes de la responsabilidad por incumplimiento que operaría bajo condiciones normales (*A Trutle Offshore S.A. vs. Superior Trading Inc. (The A Turtle)*, 2009, 1 *Lloyd's Rep* 177).

A su vez, se toma en cuenta el análisis de las provisiones en el contexto de los emprendimientos comerciales en los que el contrato se desarrolla (*Caledonia North Sea Ltd vs. British Tele communications plc*, 2002, UKHL 4, párrafo 47).

En el precedente *Chartbrook Ltd vs. Persimmon Homes Ltd* (2009, UKHL 38) se rescata la particular atención que recibe el lenguaje o redacción utilizada en el contrato. El texto se ubica como el elemento primordial en la interpretación contractual,⁴² no debiendo perder relevancia frente a la consideración del contexto o del sentido común de los negocios (*K/S Victoria Street vs. House of Fraser*, 2011, EWCA Civ 904).

La interpretación de las cláusulas de “knock for knock”, implementadas por cláusulas de indemnidad y de exoneración, opera en forma análoga a la de otros términos y provisiones contractuales. La provisión o subcláusula se lee en su contexto, la cláusula, la cual a su vez se lee en su propio contexto, el contrato, el cual se lee en su respectivo contexto, el que se compone por las circunstancias relevantes a la celebración del contrato (*Farstad Supply A/S vs. Enviroco Ltd.*, 2010, UKSC 18 (*The far service*), párrafo 21). Es decir, las cláusulas se interpretan las unas por las otras y conforme el contrato como un todo. Así se considera el grado de ayuda que pueden brindar en la interpretación las demás provisiones de la cláusula, como las demás cláusulas del contrato (*E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe*, 1994, 1 *WLR* 1515, 1520). Sin embargo, corresponde considerar aquellos casos en que se inserten provisiones que operen en forma de aislar una determinada provisión o cláusula del resto del con-

⁴² *Chartbrook Ltd vs. Persimmon Homes Ltd* (2009, UKHL 38); *Arnold (Respondent) vs. Britton and others (Appellants)* (2015, UKSC 36, párrafo 14) y *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc* (2016, EWCA Civ 372).

trato, o sea, que indique la intención de las partes de que sea interpretada de forma independiente (*Caledonia North Sea Ltd vs. British Tele communications plc*, 2002, UKHL 4, párrafo 87).

Lord Moore Bick en el caso *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc* (2016, EWCA Civ 372), sintetiza el ejercicio de interpretación con las siguientes palabras:

Como puede verse de este breve resumen de sus provisiones, cláusulas 18-20, las cuales fueron claramente diseñadas para complementarse entre ellas, contienen un detallado y sofisticado esquema para repartir responsabilidad por pérdida y daño de todo tipo, respaldado por seguros. A veces llamado provisiones “knock for knock”, el esquema como un todo provee una parte importante del contexto en el cual la cláusula 20 debe ser interpretada (párrafo 9).

A. *Balance*

El análisis del balance en las indemnidades cruzadas, mutuas o reciprocas puede resultar un criterio útil para evaluar la viabilidad del alcance que tiene su ámbito de aplicación. En particular puede compararse el análisis de los riesgos de las partes que realiza Steyn L.J. en *Caledonia North Sea Ltd vs. British Tele communications plc* (1994, 1 WLR 1515, 1525-1526), con la calificación de “...balance cuidadosamente considerado entre los intereses...” (*Farstad Supply A/S vs. Enviroco Ltd.*, 2010, UKSC 18 (*The far service*), párrafo 28) de una y otra parte que realiza lord Clarke en *Farstad Supply A/S vs. Enviroco Ltd.*, o la evaluación como la contracara de la moneda desarrollada por lord Mance en la misma sentencia (párrafo 58). Asimismo, aunque quizá con un análisis más implícito del balance establecido, pueden verse las consideraciones de lord Moore Bick en *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc*, respecto ciertas cláusulas del contrato objeto de la litis (2016, EWCA Civ 372, párrafo 9).

B. *Reticencia tradicional y el posterior cambio postura*

La jurisprudencia evidenciaba una cierta reticencia frente a las cláusulas de indemnidad y de exclusión en comparación al tratamiento que re-

ciben las cláusulas de limitación de la responsabilidad (E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe, 1994, 1 WLR 1515, 1521). Sin embargo, las cortes inglesas han morigerado su postura reticente frente a dichos tipos de cláusulas, especialmente luego de la sanción de la ley denominada *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UCTA), la cual tiene por objeto acotar la extensión con la que se puede limitar por vía contractual la responsabilidad por incumplimiento. Esta postura más permisiva alcanza, como mínimo, al ámbito de los contratos comerciales entre partes que evidencien un poder negocial equiparable, donde las cláusulas de eximición y limitación de la responsabilidad “forman parte de las herramientas utilizadas para la distribución del riesgo y son consideradas en relación con la determinación de los precios”.⁴³

C. *Contra proferentem rule*

Varios precedentes ilustran la aplicación del principio; el que presenta dos acepciones o facetas, una responde a interpretar en contra de la parte que pretende hacer valer la indemnidad en juicio (Caledonia North Sea Ltd vs. British Tele communications plc, 2002, UKHL 4); la otra, se orienta a interpretar la provisión en contra del predisponente, es decir quien redactó la cláusula o la incorporó al contrato.⁴⁴

En *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc* (2016, EWCA Civ 372), se plasma un punto intermedio respecto al uso del principio *contra proferentem*. *A priori* debe notarse que se califica la cláusula como un esquema de distribución del riesgo mutuo, lo cual evidencia un balance entre las concesiones mutuas o recíprocas. Asimismo se plantea que sólo podría utilizarse dicho principio si la redacción es ambigua o tendenciosa, permitiéndole al tribunal apartarse del sentido que más beneficia a quien en cuyo favor opera la cláusula o la incorporó al contrato (párrafo 20). Se revela que existe una cierta tendencia errónea a utilizar el principio

⁴³ *Persimmon Homes Ltd vs. Ove Arup & Partners Ltd & others*, 2017, EWCA Civ 373, en este sentido se funda en el precedente *Lictor Anstalt v MIR Steel UK*, 2012, EWCA Civ 1397, 2013, 2 All ER (Comm) 54, párrafos 31-34; *Interactive E-Solutions JLT & Anor vs. O3b Africa Ltd* EWCA Civ 62, 2018.

⁴⁴ Este sentido es más común en el ámbito de los contratos por cláusulas predispuesta y de adhesión. *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc* (2016, EWCA Civ 372).

contra proferentem como análogo al principio que surge del dictum de lord Diplock en *Gilbert-Ash (Northern) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd* (1974, A.C. 689), puesto que conforme lo ilustra Briggs L.J. en *No-bahar-Cookson vs. The Hut Group Ltd* (2016; EWCA Civ 128, párrafos 12-20), configurarían principios diferentes.

En este sentido lord Moore bick plantea que, de no existir ambigüedad, respecto de una cláusula mutua o bilateral equitativa, frente a partes con un poder negocial parejo, no existen razones para utilizar el principio *contra proferentem*; resultando también imposible determinar al predisponente.

Los precedentes más recientes parecen inclinarse por esta línea de interpretación, como lo demuestra *Persimmon Homes Ltd vs. Ove Arup & Partners Ltd & others* (2017, EWCA Civ 373), donde se propicia la posición sentada en *K/S Victoria Street vs. House of Fraser* (2011, EWCA Civ 904), además se argumenta que dicha posición se ve reforzada con lo sostenido en *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc.* (2016, EWCA Civ 372).

D. *El alcance de la indemnidad*

Negligencia. La cuestión supone determinar si la indemnidad cubre la negligencia propia del beneficiario de ella. A su respecto, en el derecho inglés, la enunciación clásica surge de *Canada Steamship Lines Ltd. V R.* (1952, AC 192 (PC), 208). Allí lord Morton formuló tres reglas de interpretación. La primera regla sostiene que el tribunal debe dar efecto a una provisión que enuncie de forma expresa que la indemnidad abarca daños derivados de la negligencia del beneficiario de ésta; la segunda establece que en ausencia de términos expresos, el tribunal debe evaluar el lenguaje a fin de determinar si por la amplitud de sus términos la negligencia del beneficiario de la indemnidad se encuentra alcanzada por la indemnidad otorgada. La tercera regla postula que, siendo los términos suficientemente amplios conforme la segunda regla, además el daño no debe poder encuadrarse bajo otra fuente de responsabilidad. Dichas reglas de interpretación reflejan el derecho inglés, conforme fue aplicado en *Smith vs. South Wales Switchgear Ltd* (1978, 1 All ER 18), allí se estableció que dichas reglas se aplican a las obligaciones de indemnidad. Esto se ve reafir-

mado por su aplicación posterior en *E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe* (1994, 1 WLR 1515). Allí se planteó su aplicabilidad incluso respecto de cláusulas bilaterales. La razón de ello radica en que resulta, *a priori*, poco creíble que las partes tengan la intención de liberar e incluso indemnizar a la contraparte por su negligencia, por lo que se exige un estándar más elevado de claridad en la expresión de tal intención. Nótese que en el caso no se hace referencia al *dictum* de lord Diplock en *Gilbert-Ash (Northern) Ltd vs. Modern Engineering (Bristol) Ltd* (1974, A.C. 689), pero podría decirse que resulta una aplicación de una lógica similar.

Es útil notar que la jurisprudencia posterior califica al precedente *Canada Steamship Lines Ltd. v R (CSS)* (1952, AC 192 [PC], 208), valorando que la aplicación de sus reglas tiene mayor importancia respecto de cláusulas de indemnidad que respecto de exclusiones de responsabilidad. Ello puesto que como se ilustra, no es lo mismo acordar que una parte no será responsable por las consecuencias de su propia negligencia, que acordar que la contraparte deberá indemnizarla respecto de las consecuencias de su propia negligencia (*Persimmon Homes Ltd vs. Ove Arup & Partners Ltd & others*, 2017, EWCA Civ 373).

El estándar respecto del alcance de una indemnidad a los daños producto de la negligencia del beneficiario de la indemnidad se relaciona con la claridad suficiente de los términos contractuales para expresar dicha intención (*E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe*, 1994, 1 WLR 1515, p. 1520 y *Sadrill Management Services Ltd vs. OAO Gazprom [The Ekha]*, 2010, EWCA Civ 691). Dicho estándar se basa en un principio que se encuentra en el *dictum* de lord Diplock en *Gilbert-Ash (Northern) Ltd vs. Modern Engineering (Bristol) Ltd*, donde se plantea que este esquema sería viable en tanto que los términos revelen con suficiente claridad la intención de las partes, intención de que una de ellas "... renuncie a derechos que de otra forma tendría bajo el derecho general" (1974, A.C. 689). La razón de esto radica en que nadie "...renuncia a derechos valiosos sin dejar clara su intención de hacerlo" (*Sadrill Management Services Ltd vs. OAO Gazprom [The Ekha]*, 2010, EWCA Civ 691).

En el caso en que las partes no dispongan con suficiente claridad que el ámbito de aplicación de las indemnidades y excepciones de responsabilidad opera respecto de la negligencia, la interpretación del régimen de distribución y asignación de responsabilidad lleva a la conclusión de que cada parte asumió su propia negligencia como riesgo. Es decir,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 160, mayo-agosto de 2021, pp. 509-540.

que opera como una reserva al alcance de las indemnidades y excepciones (E. E. Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co Europe, 1994, 1 WLR 1515, p. 1525). En líneas generales se puede decir que se considera como una situación extrema el hecho de que la indemnidad alcance aquellos casos en que el daño depende únicamente de la negligencia del beneficiario de la indemnidad (Caledonia North Sea Ltd vs. British Tele communications plc, 2002, UKHL 4, párrafo 42).

Innavigabilidad. En síntesis se considera que la navegabilidad involucra dos aspectos, uno respecto al buque y otro respecto a su carga. El buque debe estar equipado, y ser apto para sobrellevar las eventualidades que le deparen los viajes legítimamente ordenados por el fletador y ser apta para llevar a destino la carga encomendada, en forma segura (Terence Coghlin et al., 2014, p. 162). En este sentido, en el caso The Derby (1985, 2 Lloyd’s Rep. 325 (C.A.), p. 333), se enumera lo que constituye el estado de navegabilidad, que comprende al estado físico y mecánico del buque para cumplir con los viajes ordenados y llevar su carga de forma segura a los puertos de destino, en tanto sean legítimos dentro del contrato, también incluye al equipo, capitán, tripulación y las ayudas a la navegación necesarias para cumplir con ello.

Respecto al alcance de la indemnidad, si bien el contrato puede establecer una obligación en cabeza del fletante de poner al buque en condiciones de navegabilidad, la cláusula de “knock for knock”, por intermedio de la indemnidad, puede eximir de responsabilidad al fletante respecto de daños producidos por la innavigabilidad, en la medida que formen parte de los riesgos asumidos por el fletador bajo dicha cláusula de “knock for knock”. Dicho de otro modo, se debe analizar si la indemnidad se otorga de forma independiente a la incidencia de la innavigabilidad en la producción del daño. Ello se ilustra en el caso Smit International (Deutschland) GmbH vs. Josef Mobius Baugesellschaft GmbH (2001, CLC 1545), donde no obstante la innavigabilidad del buque se reconoció la exigibilidad de la indemnidad.

La lógica que fundamenta la inclusión de los daños o riesgo debidos a la innavigabilidad en el régimen de distribución del riesgo se explica en la complejidad que suponen las cuestiones técnicas asociadas a la navegabilidad y la intención de dejar dichas complejidades fuera de un debate o disputa sobre la responsabilidad (Smit International (Deutschland) GmbH vs. Josef Mobius Baugesellschaft GmbH, 2001, CLC 1545).

Incumplimiento contractual. Respecto de la atribución de responsabilidad contractual, el enfoque tradicional responde a "...identificar con precisión el alcance de las respectivas obligaciones de las partes, dejando a los principios generales del derecho que asignen la pérdida..." (Seadrill Management Services Ltd vs. OAO Gazprom [The Ekha], 2010, EWCA Civ 691), el incumplimiento contractual atrae responsabilidad por las pérdidas causadas como resultado del incumplimiento. El otro enfoque implica variar la situación por medio de cláusulas de asignación de riesgo, por ejemplo, cláusulas de limitación y exclusión de la responsabilidad. Podría decirse que normalmente coexisten las dos técnicas y que corresponde analizar cómo operan en forma conjunta en el contrato en particular. Esto se revela por medio del análisis de los términos del contrato.

Se debe considerar que cada parte asume las obligaciones conforme surjan de los términos expresos del contrato, aunado a todo aquello que se le añade normalmente por aplicación del derecho, salvo que exista un acuerdo en contrario. La razón de esto es que en el caso contrario el tracto comercial deviene imposible (Seadrill Management Services Ltd vs. OAO Gazprom [The Ekha], 2010, EWCA Civ 691).

Las cláusulas eximentes de responsabilidad encuentran un límite, el cual supone que no se prive de todo efecto a las provisiones de las que surgen las obligaciones y deberes de una parte. En el caso contrario se tornaría al contrato en una mera declaración de intención. En este sentido el criterio o estándar resultante establece una relación directa entre el grado de radicalidad del incumplimiento excluido y el nivel de claridad exigido en el lenguaje o redacción contractual utilizado para tal exclusión (A Trutle Offshore S.A. vs. Superior Trading Inc. [The A Turtle], 2009, 1 Lloyd's Rep 177).

Se analiza respecto del incumplimiento contractual el principio sentando por lord Wilberforce en Suisse Atlantique Soci t d'Armament Maritime SA vs. NV Rotterdamsche Kolen Centrale (1967, 1 A.C. 361), por el cual la exclusión de responsabilidad no podría alcanzar un extremo tal que vacíe de contenido las obligaciones y lo convierta simplemente en una declaración de intención. Reconociéndose la aplicación de este principio en precedentes recientes,⁴⁵ se plantea que su aplicación se limi-

⁴⁵ Tor Line A. Alltrans Group of Canada Ltd. (The "T.F.L. Prosperity") (1984, 1 W.L.R 48) y Kudos Catering (UK) Ltd. vs. Manchester Central Convention Complex Ltd

ta a situaciones extremas, donde la liberación de responsabilidad resulta completa respecto de todo incumplimiento contractual (Eastern Railway Ltd vs. Anon Insurance Plc, 2001, EWCA Civ 780, Lloyd’s Rep IR 793).

En esencia el criterio central respecto a los casos de incumplimiento contractual se encuentra desarrollado en el precedente Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc. (2016, EWCA Civ 372, párrafos 31-33). Allí se razona en base a tres precedentes, Tor Line A. Alltrans Group of Canada Ltd. (The ‘T.F.L. Prosperity’) (1984, 1 W.L.R 48), Kudos Catering (UK) Ltd. vs. Manchester Central Convention Complex Ltd (2013, EWCA Civ 38, 2013 2 Lloyd’s Rep. 270), y A Trutle Offshore S.A. vs. Superior Trading Inc. (The A Turtle) (2008, EWHC 3034, 2009, 1 Lloyd’s Rep 177).

En lo sustancial se plantea que el análisis de las cláusulas se enfoca en la naturaleza del incumplimiento, y no de las pérdidas o daños a los que se refiere. En Tor Line A. Alltrans Group of Canada Ltd. (The ‘T.F.L. Prosperity’) (1984, 1 W.L.R 48), puede verse como un incumplimiento de una obligación central del contrato no resulta claramente alcanzado por la indemnidad.⁴⁶ En Kudos Catering (UK) Ltd. vs. Manchester Central Convention Complex Ltd (2013, EWCA Civ 38, 2013, 2 Lloyd’s Rep. 270), se interpreta que el ámbito de aplicación de la indemnidad abarca al cumplimiento defectuoso y no a un incumplimiento total y deliberado.⁴⁷ Finalmente el argumento se cierra o completa con un *obiter* fundado en A Trutle Offshore S.A. vs. Superior Trading Inc. (The A Turtle) (2008, EWHC 3034, 2009 1 Lloyd’s Rep 177). En este sentido se plantea un límite, por el cual no se interpretaría que una cláusula permitiría un “...desistimiento unilateral, incausado y sin consecuencias, basado en razones de oportunidad comercial...” (Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc, 2016, EWCA Civ 372, párrafo 33), e incluso antes de desplegar cualquier acto de cumplimiento contractual o específicamente la puesta a disposición del buque.

Cabe concluir este análisis refiriéndose al precedente Agilisys Limited Against CGI It UK Limited (Scottish Court, session of 21/03/2018).

EWCA Civ 38 (2013, 2 Lloyd’s Rep. 270).

⁴⁶ El incumplimiento en el caso se relaciona con la descripción del buque vinculado a su aptitud para cumplir con el servicio acordado bajo el fletamento.

⁴⁷ “Defective performance” *vis a vis* “repudiatory breach”.

En dicho caso se consideró si las cláusulas eximentes de responsabilidad son capaces, teniendo en cuenta su amplitud particular, de abarcar las consecuencias dañosas producto de la rescisión o resolución contractual unilateral del beneficiario de la indemnidad. Si bien lord Bannatyne destaca el carácter de *obiter dictum* de las observaciones de Moore Bick LJ en *Transocean Drilling UK Ltd vs. Providence Resources Plc* ([2016] EWCA Civ 372 (2016, EWCA Civ 372)), respecto a esta cuestión, argumenta que pueden encuadrarse dentro de la “guía” brindada por lord Wilberforce en *Suisse Atlantique Soci t d’Armament Maritime SA vs. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* (1967, 1 A.C. 361, pp.431-432), conforme la cita que realiza Teare J en *A Trutle Offshore S.A. vs. Superior Trading Inc. (The A Turtle)* (2009, 1 Lloyd’s Rep 177, párrafo 110). Allí se concluye que, en esencia, si la cláusula cubre un incumplimiento en particular, ese incumplimiento puede ser material de la intención contractual de las partes y en consecuencia el tribunal puede exigir mayor claridad del lenguaje en directa proporción a la radicalidad del incumplimiento que la cláusula apunta a abarcar. El juez sostiene que la opinión referida de Moore-Bick LJ encuentra a su vez apoyo en el análisis desplegado en la sentencia dictada en *Kudos Catering (UK) Ltd. vs. Manchester Central Convention Complex Ltd.* (2013, EWCA Civ 38)

V. CONCLUSIONES

Se comenzó brindando una introducción a la temática abordada para luego conceptualizar los regímenes de “knock for knock”, destacar sus elementos centrales y desarrollar particularmente las cláusulas de “knock for knock”, específicamente las cláusulas de indemnidad y exoneración. Se procedió con el análisis de jurisprudencia, que se dividió en dos partes una relativa a la jurisdicción norteamericana y la otra a la inglesa. Se abordó respecto de ambas sobre la conceptualización de los contratos de fletamento, los criterios de interpretación contractual de fletamentos y específicamente la aplicación de la interpretación judicial de cláusulas de indemnidad mutua o recíproca (cláusulas de “knock for knock”). Se analizó el tratamiento y solución dado en ambas jurisdicciones al alcance de la cláusula de indemnidad, respecto de tres ejes principales: la negligencia, la innavegabilidad y el incumplimiento contractual.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 160, mayo-agosto de 2021, pp. 509-540.

Se destacan como resultados de la presente investigación las siguientes consideraciones: Primero, la importancia de la correcta consideración de la ley y jurisdicción aplicable tanto a la hora de redactar la cláusula de “knock for knock” como de resolver un conflicto litigioso o arbitral. Esto se funda en las diferencias entre las jurisdicciones analizadas respecto de la interpretación y aplicación de este tipo de cláusulas. Diferencias que, si bien son sutiles, pueden implicar considerables consecuencias jurídicas. Segundo, la relevancia y el rol central que reviste la interpretación contractual en los problemas derivados de las cláusulas de “knock for knock”. Tercero, la preponderancia del lenguaje, de la redacción contractual y la exigencia de un lenguaje que sea claro y explícito respecto a los resultados esperados o deseados por las partes. Ello implica el uso de los términos y construcciones lingüísticas apropiados conforme la práctica de la negociación y redacción contractual, a la luz del derecho aplicable y de la interpretación judicial de las provisiones contractuales. Cuarto, la noción del contexto y su importancia en la construcción del significado de la cláusula de “knock for knock”. Por último, el balance entre las posiciones jurídicas de las partes dentro de la cláusula de “knock for knock” resulta una cuestión de gran importancia ya que determina la mutualidad o reciprocidad de la ésta.

El análisis comparativo de jurisprudencia permitió identificar las reglas de interpretación de contratos de fletamento y analizar su aplicación práctica a problemas jurídicos complejos. De esta forma, se pudieron identificar ciertas similitudes y diferencias entre los regímenes legales correspondientes al derecho inglés y norteamericano respecto de las cláusulas bajo análisis. Las similitudes permiten establecer un punto de contacto entre los regímenes en cuanto a los límites del ámbito de aplicación de las cláusulas de indemnidad. Respecto de los casos de negligencia se identifica un punto de contacto puesto que el derecho inglés y norteamericano requieren que la intención de las partes sea clara en cuanto a que la indemnidad abarca la negligencia. Sin embargo, debe notarse que la legislación estadual norteamericana puede elevar el estándar volviendo más estricta la terminología requerida para lograr el mismo resultado que se obtendría en el derecho federal o bajo ley inglesa. En relación con la navegabilidad se puede notar un tratamiento uniforme del instituto y la recepción judicial de los daños derivados de la innavegabilidad dentro del ámbito de las cláusulas de *knock-for-knock*, en la medida que ese alcance surja del contra-

to. En el caso de incumplimientos contractuales, la jurisprudencia de ambas jurisdicciones llega a un resultado similar. Ambas jurisdicciones encuentran el norte en la lógica que supone que la cláusula de indemnidad no puede vaciar de contenido las obligaciones del contrato, ya sea porque una parte resulte, por operación de la indemnidad, responsable frente a sí misma, ya sea porque autorice a una parte un incumplimiento total, deliberado y sin consecuencias.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMAKOROMO, Mark K. (2015). “Back to back” indemnities: benefits and potential dangers”, *International Energy Law Review*, 6: 248-250.
- American Law Institute (1979). Restatement of the Law Second, Restatement (Second) Contracts.
- BAATZ, Yvonne (2014). Chapter 1: The Conflict of Laws. En Yvonne Baatz (ed.), *Maritime Law* (3a. ed), ed. New York: Informa Law from Routledge.
- BEALE, Hugh (2017). *Chitty on Contracts*, vol: I (32a. ed.). Maxwell.
- BEU, Richard C. y BUTLER, Donald P. (2004). Oilfield master service agreements: indemnities and associated insurance provisions. *Rocky Mountain Mineral Law Foundation Oil and Gas Agreements: The Exploration Phase*, May 20-21, Paper 10A.
- GARNER, Brian (ed.) (2007). *Black's Law Dictionary* (8a. ed.): Thomson West.
- CAVALERI, Sylvie (2017). The Validity of Knock-for-Knock Clauses in Comparative Perspective. *European Review of Private Law* (25). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063280.
- COGLIN, Terence *et al.* (2014). *Time Charters* (7a. ed.). Oxon.
- COOKE, Julian *et al.* (2014). *Voyage Charters* (4a. ed.). Oxon.
- DIVIS, Joseph (2012). *Contract Exposure, Standard Bulletin*. Special Edition. Offshore. The Standard Club, Charles & Taylor. <http://www.standard-club.com/media/1557768/introduction-to-standard-bulletin-special-edition-offshore-october-2012.pdf>
- NAVAS GARATEA, Maximiliano (2013). *La navegabilidad del buque en el derecho marítimo internacional*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

- GERDIN, Anita y SYVERSEN, Andrea Fleime (2014). *Distribution of liability and division of risk in offshore fabrication contracts*. <https://svw.no/contentassets/6949da6fb9934c7c9de1a68422905710/distribution-of-liability-and-division-of-risk-in-offshore-fabrication-contracts.pdf>.
- GOLDBERG, Victor P. (2013). *The Achilles: Forsaking Foreseeability*, *Current Legal Problems*, 66, pp. 107-130. doi:10.1093/clp/cut014.
- JOHNSON, Alex (2016). *Indemnities in Offshore Construction Projects – Do Not Be Shocked by Knock for knock* <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2016/09/construction-and-engineering-update-autumn-2016/construction-and-engineering-update-autumn-2016.pdf>.
- KING, C. Randall y Schuster, G. Vincent (2013). *Deconstructing the Indemnification Provision*. *Rocky Mountain Mineral Law Foundation Oil & Gas Agreements: Contracting for Goods, Services, and People*, May 2-3: Paper 3 *3-1.
- Lord Sumption (2017). *A Question of Taste: The Supreme Court and The Interpretation of Contracts*. *Harris Society Annual Lecture, Keble College, Oxford*. <https://www.innertemplelibrary.com/2017/05/a-question-of-taste-the-supreme-court-and-the-interpretation-of-contracts-speech-by-lord-sumption/>.
- PEEL, Edwin (2015). *Treitel The Law of Contract* (14a. ed.). Sweet & Maxwell.
- PERRELLA, Claudio (2016). *Liability and risks in project cargo from a civil law perspective*. <http://www.vea-antwerpen.be/Download.ashx?id=28561>.
- RAY, José Domingo (1992). *Derecho de la navegación*, tomo II. Abeledo Perrot.
- QUAY, Jeanette H. y LUKER, Lynn M. (1998). *Transferring Risk by Contractual Indemnity: A View from Oil and Energy*. 65 *Def. Couns. J.* 371.
- RAINEY, Simon (2018). *The Law Of Tug And Tow And Offshore Contracts* (4a. ed.). Oxon.
- SARACENI, Pat y SUMMERS, Nicholas (2016). *Reviewing Knock For Knock Indemnities: Risk Allocation In Maritime And Offshore Oil And Gas Contracts*. *Australian And New Zealand Maritime Law Journal*, 30(1). <https://ssl.law.uq.edu.au/journals/index.php/maritimejournal/article/view/304/321>
- STIGLITZ, Rubén S. (2016). *Derecho de seguros*, tomo II. (6a. ed.). La Ley.
- STARING, Graydon S. (1984). *Meting Out Misfortune: How the Courts are Allotting the Costs of Maritime Injury in the Eighties*. *Louisiana Law Review*, 45, p. 917.

UNGERER, Johannes (2019). Consequences of Brexit for European Private International Law. *European Papers*, vol. 4(1): 395-407.
Doi:10.15166/2499-8249/281.

Reglamento 1215/2012.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02012R1215-20150226>.

LA DESCONEXIÓN LABORAL COMO NUEVO DERECHO HUMANO. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO Y MÉXICO*

DIGITAL DISCONNECTION AS A NEW HUMAN RIGHT. A COMPARATIVE LAW AND MEXICO ANALYSIS

Oscar FAZ GARZA**

David Iván MALAGÓN MONROY***

RESUMEN: Los objetivos del presente artículo se centran en examinar la regulación del derecho a la desconexión en las legislaciones europeas y americanas para contrastar su contenido y alcance con la legislación mexicana, así como para demostrar que el derecho a la desconexión guarda una relación fundamental con el derecho a la vida privada y la intimidad, entre otros. El método seguido es el de análisis de las legislaciones extranjeras y el proceso de reforma propio de la legislación mexicana a modo de comparación y descubrimiento tanto de los fundamentos teóricos de este derecho como de las motivaciones fácticas que llevaron a su reconocimiento. De la lectura de las exposiciones de motivos se desprende esta relación entre desconexión e intimidad. Asimismo, se realiza una exposición dogmática del contenido

ABSTRACT: The objectives of the present paper center in the examination of the regulation in European and American legislations of the right to disconnect. The purpose of this is to contrast the configuration of this right in Europe, America and Mexico to prove that the right to disconnect is closely related with the respect of private and intimate life of employees. The methods used consist in the analysis of the foreign legislations and a comparative analysis with the Mexican law to show the theoretical foundation and the material conditions that motivated this amendment. The exposition of motives shows a fundamental relationship between digital disconnection and private and intimate life. In a later chapter, it is analyzed the core of the right to a private and intimate life with the purpose of

* Recibido el 23 de febrero de 2021; aprobado el 24 de abril de 2021.

** ORCID: 0000-0002-4220-1850. Egresado de la Facultad de Derecho de UNAM. Actualmente forma parte de DHomus como titular del área de investigación. Correo electrónico: *ofazg1995@gmail.com*.

*** ORCID: 0000-0002-0928-3524. Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es miembro de Monsalvo Duclaud S.C. en el área de litigio y consultoría de derecho laboral individual y colectivo. Correo electrónico: *david.malagon.monroy@outlook.com*.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 541-570.

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

del derecho a la vida privada y la intimidad en el que se exponen los asideros teóricos de la relación planteada. Los resultados obtenidos permiten comprobar este planteamiento. Posteriormente, se realiza un análisis de los medios de defensa legal con que se cuenta para la protección de este nuevo derecho digital en la legislación mexicana actual. El propósito de esta sección es exponer las posibilidades de defensa ante la falta de regulación expresa, dado el plazo de 18 meses concedidos para la expedición de la normatividad administrativa correspondiente para la protección de este derecho y la regulación específica del teletrabajo.

Palabras clave: derecho a la desconexión, derecho laboral, vida privada, intimidad, estrés laboral.

demonstrating this relationship. The results of this permit to accept this hypothesis. In the final part of this paper, a legal defense for this new right is proposed. The reason of this section is the lack of regulation thanks to the 18 months period given to the Minister of Labor to promulgate the administrative regulation of the remote work modality and the right to disconnect.

Keywords: right to disconnect, labor law, private life, intimate life, work related stress.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho a la desconexión en el derecho comparado*. III. *El teletrabajo y el derecho a la desconexión en la legislación mexicana*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Dada la reciente reforma en materia de teletrabajo y derechos laborales aparejados a ella, como lo es el derecho a la desconexión, surge una serie de cuestionamientos que deben responderse desde lo jurídico: ¿cuál es el contenido y alcance de estos nuevos derechos? Para esto, proponemos un análisis de los procesos materiales y legales que llevaron a diversos países del mundo a legislar en materia de derecho a la desconexión o desconexión digital como ha sido llamado. En el caso mexicano (como en el resto de Latinoamérica) este derecho nace aparejado a la modalidad del teletrabajo o *home office*. Esta nueva forma de desempeñar el trabajo demanda nuevas condiciones de trabajo y derechos específicos para evitar los nuevos riesgos de trabajo aparejados a la introducción de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Dado que la conexión entre derecho a la desconexión y derecho al descanso puede entenderse como evidente, el presente trabajo busca examinar una relación no tan evidente como lo es vida privada-intimidad y desconexión digital. El planteamiento central recae en que el derecho a la desconexión guarda una relación estrecha con el respeto a la vida privada de las personas trabajadoras, en especial cuando se utilizan mecanismos de audio o videovigilancia como medidas de supervisión patronal (caso mexicano). La importancia de abordar esta relación, especialmente en el caso mexicano, es explicitarla con el fin de generar un primer acercamiento doctrinal para su estudio y protección.

Cuatro secciones componen al presente artículo. En la primera de ellas se realiza un breve informe de la forma en que este derecho está reconocido en las legislaciones europeas y americanas. La finalidad de esta primera sección es mostrar la forma en que se entiende a este derecho en el mundo para poder comprender el contenido de este derecho, así como para poder realizar un análisis comparativo con México. Dado que el derecho a la desconexión digital es un derecho novedoso, existen pocas referencias prácticas respecto de su aplicación en Europa y muchas menos en América, donde su reconocimiento legal es un suceso aún más reciente.

La segunda sección se enfoca exclusivamente en la legislación mexicana. Se analizarán los artículos que contienen este derecho, el proceso de reforma que le dio origen, así como los argumentos que sirvieron de fundamento teórico para su reconocimiento como un derecho vinculado a la protección de la vida privada y la intimidad.

La tercera sección consiste en una propuesta de tipo teórica-práctica para ejercer de forma efectiva este derecho a la desconexión digital. Para ello, se analizarán los recursos legales con que se cuentan para su ejercicio y defensa, así como propuestas teóricas tendientes a asegurar esto.

En la cuarta sección, se presentan las conclusiones de este proceso de investigación y análisis en donde se reafirma que el derecho a la desconexión debe entenderse como una prohibición a cargo de la patronal. Esto permite el acceso a dos medios de defensa: el proceso ordinario laboral y la vía administrativa ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) para el establecimiento de una sanción.

II. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. *Europa*

El derecho a la desconexión nace en los sistemas legales europeos donde existen dos sistemas de regulación. Un sistema de autorregulación empresarial alemán en el que no existen medidas de carácter legislativo que lo regulen como tal. El segundo sistema, el de la regulación legal expresa, tiene como primer exponente a Francia. La mayoría de los países europeos que reconocen este derecho a la desconexión siguen este modelo. En el presente ensayo se analizará el sistema francés, español e italiano.

A. *Unión Europea*

Si bien no existe una legislación europea vinculante que contenga este derecho, el Comité del Trabajo del Parlamento Europeo aprobó un reporte realizado por el eurodiputado socialista Alex Agius Saliba en el que explica cómo la carga excesiva de trabajo emana del involucramiento de las nuevas tecnologías en su desempeño. En dicha resolución se conmina a la Comisión Europea a crear la legislación necesaria para “alcanzar a la nueva realidad del trabajo” (Deutsche Welle, 2020).

El derecho a la desconexión puede entenderse como el “derecho del trabajador o trabajadora para desconectarse del trabajo y abstenerse de involucrarse en comunicaciones electrónicas relacionadas con el trabajo, tales como emails u otro tipo de mensajes durante horas no laborales” (Karl Azzopardi, 2020).

A continuación, se hará un breve repaso de la forma en que se conceptualiza dicho derecho y sus garantías en varios países europeos.

B. *Francia*

Francia es considerada como pionera en el reconocimiento legal de este derecho. Desde 2012 se tiene registro de un acuerdo interno realizado por el grupo Areva que invitaba al personal a desconectarse de la red de la empresa y a no enviar correos fuera de las horas normales de trabajo (Frédéric Turlan, 2014).

En 2013 se dio un acuerdo intersectorial de alcance nacional para proteger la vida privada de las personas trabajadoras. Dicho acuerdo permitía establecer periodos en que los dispositivos de comunicación debían mantenerse apagados (EOWL, 2019).

El reconocimiento formal de este derecho se produjo con la reforma al Código del Trabajo francés en agosto de 2016. Dicha reforma introdujo el derecho a la desconexión como una medida para el respeto del tiempo de descanso y de convivencia familiar del trabajador. La forma en que este derecho se implementó fue mediante una prohibición (a cargo de la patronal) de enviar correos laborales, a la vez que confería un derecho a no contestar dicho tipo de correos electrónicos (BBC News, 2014).

Si bien el Código del Trabajo no define el derecho a la desconexión, establece que, durante las negociaciones colectivas anuales sobre la igualdad profesional de hombres y mujeres, así como de la calidad de vida se deben regular los procedimientos para el ejercicio pleno del derecho a la desconexión (*Code du Travail*, art. L2242-17, 7). En caso de no poder darse esta negociación colectiva, debe darse una negociación individual sobre el derecho a la desconexión (Michel Martone, 2018, pp. 87-91).

Esto sólo aplica para empresas con planillas laborales superiores a 50 personas. Hasta 2019 no parecía existir ningún mecanismo de exigibilidad coercitiva para este derecho (Paul Secunda, 2019, p. 28).

En materia de decisiones judiciales, desde 2001 la Corte Suprema de Francia consideró que no existe obligación alguna para llevarse a casa trabajo pendiente. En 2004 resolvió que el hecho de que el empleado no pudiera ser contacto por medio de su celular, fuera del horario laboral, no podía ser considerado como una conducta sancionable (Yosie Saint-Cry, 2019). Si bien no hay menciones expresas al derecho a la desconexión, constituyen antecedentes jurídicos importantes para entender el nacimiento de este derecho.

C. Alemania

En Alemania existe un modelo de autorregulación empresarial respecto de la desconexión digital desde 2012, cuando Volkswagen emitió un acuerdo interno tras negociarlo con el consejo laboral de la compañía. Este acuerdo establecía una prohibición de enviar correos electrónicos

cos 30 minutos antes de que finalizara la jornada de trabajo (BBC News, 2012).

En 2014, la empresa automotriz Daimler creó un programa que eliminaba todos los correos electrónicos de forma automática cuando la persona que los recibiera estuviera de vacaciones, enviando una respuesta automatizada sobre la ausencia de la persona debido al goce de sus vacaciones (Rich Haridy, 2018).

D. España

Si bien Francia es considerada la pionera en desconexión digital, España tiene un precedente judicial respecto de la desconexión laboral. En 1997, la Audiencia Nacional resolvió anular la política interna de una empresa que pedía a su personal estar conectado de forma permanente a los teléfonos móviles, aun fuera del horario laboral (Eduardo Taléns Visconti, pp. 152-153).

Conforme al artículo 88.1 de la Ley Orgánica 3/2018 la desconexión digital se deriva del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. La finalidad de la desconexión es garantizar el respeto de los tiempos de descanso, permisos, vacaciones, así como a la intimidad personal y familiar.

La forma específica en que se desarrollará este derecho queda sujeta al acuerdo que se dé entre las partes y a los productos de las negociaciones de los contratos colectivos de trabajo. Si bien, el ejercicio de este derecho queda determinado a un acuerdo interpartes, el lenguaje imperativo de la LOPD parece obligar al patrón a elaborar una política interna sobre la desconexión (Francisco Pérez Amorós, 2020, p. 265).

Este derecho, acorde a Francisco Pérez Amorós (2020), parece constituirse más en un derecho de la persona trabajadora a “no responder a las comunicaciones laborales indebidas fuere cual fuere el medio utilizado”, más que en una prohibición patronal a comunicarse (pp. 268-269).

Es fácil llegar a esta aseveración cuando se analiza la forma en que fue apareciendo el derecho a la desconexión en la vida laboral española y europea. Como se ha mostrado, en el caso francés y alemán, la primera expresión de este derecho se materializaba en prohibiciones a cargo del patrón. En España, el Convenio Colectivo de Grupo AXA, de 2017,

el Acuerdo Interprofesional de Catalunya para los años 2018-2020, así como el acuerdo de Ikea Ibérica, otorgaban derechos de no responder a cualquier comunicación laboral realizada en horarios no laborales (pp. 269-270).

Son escasos los fallos de cortes españolas que invocan el derecho a la desconexión o que se derivan de una *litis* que le invoca. El caso más famoso sobre el derecho a la intimidad de la persona trabajadora y su familia, así como a la prevención de riesgos a la salud derivado de factores psicosociales como lo es el estrés es, quizás, el caso resuelto en Catalunya sobre el acelerómetro instalado en un teléfono celular del personal de trabajo. Dicho celular debía portarse en todo momento por la persona y ser recargado en el domicilio familiar. Ante esto, la Sala Social del Tribunal Superior de Catalunya resolvió que dicha situación

lleva consigo una situación de riesgo psicosocial pues la circunstancia de que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que fuera de la jornada laboral tengan incluso que en su domicilio familiar en los que es la esfera personal y privada del trabajador haya de continuar en una situación *in vigilando* del citado dispositivo (Oscar Requena Montes, 2020, p. 549).

E. Italia

El caso italiano llama la atención dada la introducción de una modalidad nueva entre el trabajo tradicional y el teletrabajo. La Ley 81/2017 del 22 de mayo de 2017 introdujo una modalidad denominada “Trabajo ágil” (*lavoro agile*) consistente en la “realización de la relación de trabajo subordinado” [que] se puede llevar a cabo “sin precisos vínculos de horario o lugar de trabajo... en parte dentro de los locales de la empresa y en parte fuera de estos sin instalación fija” (Michel Martone, 2018, p. 89).

Lo que, según Michel Martone, constituye un paso hacia la medición de la eficacia laboral con base en proyectos y no en horas de trabajo.

Esta modalidad en el desempeño del trabajo parte del acuerdo individual entre las partes, estableciendo las condiciones bajo las cuales se desarrollará dicho trabajo, los horarios, lugar(es) y metas a alcanzar (Feliciano Iudicone, 2017).

La ley italiana 81/2017 introdujo a la vez el derecho a la desconexión en su artículo 19, estableciendo que en el acuerdo individual que de origen a la modalidad de trabajo ágil debe incluirse los “tiempos de descanso del trabajador además de *las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de las herramientas tecnológicas de trabajo*” (Michel Martone, 2018, p. 91. La cursiva es propia).

Michel Martone (2018) define este derecho como “el derecho a desconectarse de los dispositivos tecnológicos utilizados para la realización de la prestación en remoto” (pp. 91-92). Siendo esta el primer trabajo legislativo italiano que, de manera expresa, recoge este derecho.

La ley italiana promueve el trabajo ágil para la conciliación del tiempo de vida y el tiempo de trabajo (art. 18). Aunado al contenido del acuerdo individual (art. 19) sobre los tiempos de descanso y la relación tácita que se establece entre descanso y desconexión, puede afirmarse que el derecho a la desconexión se desprende del derecho al descanso de las personas trabajadoras.

2. Norteamérica

En este subcontinente americano, no existe regulación expresa al derecho a la desconexión, ambos países han tenido intentos por regularlo localmente, pero ambos han fracasado. A continuación, se desarrolla esto con mayor profundidad.

A. Canadá

En Canadá no existe aún una legislación que contenga de forma expresa el derecho a la desconexión laboral. Sin embargo, el Ministerio del Trabajo ha reconocido la naturaleza cambiante del trabajo y la extinción del modelo tradicional gracias a la comunicación constante que permiten las diversas TIC. Esto llevó a convocar a una encuesta por Internet, en agosto de 2018, respecto a la modernización del derecho laboral canadiense, entre los temas consultados se preguntó sobre el derecho a la desconexión.

Los resultados muestran que el 93% de las personas encuestadas consideran que debe existir el derecho a no responder comunicaciones re-

lacionados con el trabajo, una vez finalizada la jornada laboral. El 79% consideraba que las empresas deben tener una política interna para limitar el uso de tecnologías relacionadas con el trabajo fuera de los horarios de la jornada. La misma encuesta incluyó a patrones, quienes opinaban que el trabajo no termina cuando acaba la jornada laboral y las exigencias actuales en la forma de desempeñarse el trabajo se verían afectadas si tal derecho existiera (Gobierno de Canadá, 2018, pp. 10 y ss.).

Si bien no existe una regulación expresa aún, el Código del Trabajo contiene regulaciones sobre el tiempo que puede durar la jornada laboral, el máximo de horas laborables a la semana, el derecho a negarse a realizar horas extras para el cumplimiento de actividades familiares (Gobierno de Canadá, 2019).

En el ámbito local, la Provincia de Quebec intentó introducir una ley, en 2018, que regulara el derecho a la desconexión de forma expresa. La forma en que pretendía regular este derecho era mediante la implementación de políticas internas dentro de las empresas para asegurar el respeto a los horarios de descanso. Sin embargo, esta iniciativa de ley no progresó dentro de la legislatura local.

B. *Estados Unidos*

El sistema legal estadounidense no contiene ninguna disposición vigente de carácter federal o local que contemple el derecho laboral a la desconexión.

El único intento de legislar este derecho se produjo en 2018 en la ciudad de Nueva York. La iniciativa de ley buscaba prohibir la comunicación por medios electrónicos entre patrones y trabajadores fuera de las horas de trabajo establecidas (Rafael Espinal Jr., 2018).

Para asegurar su cumplimiento esta ley obligaría a las empresas a emitir políticas internas que regularan el derecho a la desconexión. Igualmente, se establecían una serie de multas. La primera ascendía a 50 USD por cada empleado al que no le fuera notificado su derecho a la desconexión. Una segunda multa ascendía a 250 USD por cada evento en que se solicitara la revisión de los medios de comunicación electrónica fuera de la jornada laboral. Una tercera multa oscilaba entre 500 y 2,500 USD por cada empleado que fuera víctima de represalias al hacer valer su derecho

a la desconexión (Clarence von Bergen *et al.*, 2019, p. 8). El 17 de enero de 2019 el Consejo votó en contra de la legislación propuesta.

No obstante, existen propuestas teóricas que afirman poder hacer valer este derecho desde las regulaciones en materia de salud y seguridad ya existentes en la legislación norteamericana. Paul Secunda, en su artículo ya citado en el presente ensayo, expone la posibilidad de hacer valer el derecho a la desconexión tomando los mecanismos previstos en la Ley sobre Seguridad y Salud Ocupacional (*OSHA*) concernientes a la violencia en el lugar de trabajo (Paul Secunda, 2019, pp. 32-35).

3. *América Latina*

En América Latina, conforme a datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sólo Argentina y Chile tienen regulaciones legales expresas sobre el derecho a la desconexión. En diversos países del subcontinente existen regulaciones en materia de salud mental de las y los trabajadores, en las cuales comienza a notarse un interés por la regulación del teletrabajo con especial énfasis en las consecuencias de salud mental derivado de las condiciones en que este se desarrolla (OIT, 2020).

A. *Argentina*

La Ley 27555 (2020) sobre el Régimen del Contrato de Teletrabajo, publicada el 14 de agosto de 2020, establece y define el derecho a la desconexión digital de la siguiente forma:

Artículo 5o. Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá *derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación*, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. *No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.*

El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

La legislación argentina es bastante concisa, contiene un concepto claro de la desconexión digital, las prohibiciones expresas a cargo de la parte patronal y el derecho de la persona trabajadora a no contestar.

B. *Chile*

En Chile, la Ley 21220 que modifica el Código del Trabajo en Materia de Trabajo a Distancia (2020) introduce esta modalidad del trabajo y los derechos de las personas que lo desempeñen. Entre los derechos que se establecen se encuentra el derecho a la desconexión en el Código del Trabajo:

Artículo 152 quáter J.- La modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella.

...

Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

Como puede observarse la legislación chilena introduce un elemento no visto en el análisis comparativo con las legislaciones europeas y americanas: un periodo mínimo de desconexión asegurado por cada otro tanto de trabajo. El artículo 152 quáter K en su numeral 6 establece que, como requisito de forma, el contrato laboral de teletrabajo debe incluir el tiempo de desconexión pactado entre patrón y trabajador.

III. EL TELETRABAJO Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

1. *Proceso legislativo y derecho a la desconexión en la Ley Federal del Trabajo*

El proceso de creación legislativa del derecho a la desconexión en México estuvo aparejado, como en Chile y Argentina, a la legislación en materia de teletrabajo. Por ello, en la presente sección se abordará de manera sucinta la regulación en materia de teletrabajo antes de pasar al análisis específico del derecho a la desconexión.

En octubre de 2018 se presentó una iniciativa de reforma, se aprobó el 19 de junio de 2019 por el Senado, la cual versaba exclusivamente sobre la regulación normativa de esta nueva modalidad del trabajo (El Financiero, 2019). La Minuta aprobada por el Senado fue notificada a la Cámara de Diputados el 3 de septiembre de 2019 y turnada a la Comisión de Trabajo y Previsión Social de dicha Cámara (CTPSCD). El 8 de diciembre de 2020 se aprobó el Dictamen en el cual se puede observar que la Comisión de la Cámara realizó diversas modificaciones a la propuesta inicial, introdujo por primera vez la mención al derecho a la desconexión (CTPSCD, 2020). En medio de este ir y venir entre las cámaras fueron presentadas otras dos iniciativas de reforma. La primera, el 17 de julio de 2020 al Senado donde también se menciona el derecho a la desconexión (Eruviel Ávila Villegas *et al.*, 2020). La segunda de ellas se presentó el 26 de agosto de 2020 (Manuel Baldenebro Arredondo, 2020). La reforma definitiva fue publicada el 11 de enero de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación* (STPS, 2021).

Para que una actividad subordinada remunerada sea considerada teletrabajo se deben cumplir, cuando menos, dos requisitos:

- 1) El trabajo se debe desempeñar en un lugar distinto al designado para el trabajo y por medio del uso de tecnologías de la información y comunicación (conjunto de servicios, infraestructura, redes, software, aplicaciones informáticas y dispositivos que permiten realizar el trabajo). Es importante recalcar el uso de dichas tecnologías ya que de lo contrario se podría entender que diversas profesiones que no tienen un lugar definido de trabajo serían forzosamente teletrabajo, lo cual es falso.

- 2) El trabajo debe desempeñarse, por lo menos, en un 40% en un lugar distinto al del lugar de trabajo de la empresa (sea el domicilio de la persona trabajadora o aquel que se pacte), por lo que las personas que desempeñen su trabajo de forma esporádica u ocasional a distancia, no caen en este supuesto jurídico.

Las condiciones del teletrabajo deben de encontrarse pactadas en el contrato individual o colectivo, o bien, en el reglamento interior de trabajo en caso de faltar estos. Si previamente existiera algún contrato que no contuviera dichas condiciones, las partes pueden realizar un *adendum* al mismo con las adecuaciones necesarias, pactando los insumos y equipos que serán entregados a la(s) persona(s) trabajadora(s) para el desempeño de sus funciones. Sin embargo, la reforma contempla una excepción a esto. En casos de fuerza mayor este *adendum* se podrá posponer hasta que dicho fenómeno desaparezca. Toda vez que nos encontramos en plena pandemia por COVID-19 (la cual ha forzado el cambio de modalidad a teletrabajo de muchas personas), misma que se considera como un caso de fuerza mayor, es probable que estos acuerdos por escrito no se generen en el futuro próximo, lo que deja a las personas trabajadoras en una situación de vulnerabilidad en el ejercicio de los derechos propios del teletrabajo como la desconexión digital.

Entre las obligaciones específicas a cargo de la patronal (además de las genéricas a su cargo por la mera existencia de la relación laboral como la capacitación o el pago del salario), se incluyen: 1) proporcionar e instalar los equipos necesarios para el desarrollo del teletrabajo (computadoras, impresoras, sillas ergonómicas, etcétera); 2) el registro de los insumos entregados; 3) garantizar la protección de la información y datos usados por la persona trabajadora en el desempeño del trabajo, y 4) la absorción de gastos derivados del teletrabajo (electricidad y servicios de Internet). Dos de estas obligaciones específicas, por la forma en que están vagamente reguladas, llaman la atención.

La entrega del equipo necesario para el desempeño del trabajo incluye las sillas ergonómicas. Sin embargo, la ley no contiene una definición de estos instrumentos. Si bien, estas definiciones operativas recaen en la esfera de competencia de la Secretaría mediante la expedición de normas oficiales mexicanas (NOM), el plazo de 18 meses para ello deja un vacío de tiempo en el que pueden generarse confusiones y errores susceptibles

de sancionarse, a pesar de no haberse cometido con dolo. Por el otro lado, pueden presentarse situaciones en que se explote este vacío legal para escatimar recursos, lo que puede derivar en condiciones infralegales en la prestación del trabajo. Ya que, si bien no existe una definición en la normatividad mexicana de silla ergonómica, sí existe normatividad que contempla la existencia de factores de riesgo ergonómico en el lugar de trabajo (NOM-036-1-STPS-2018 *Factores de Riesgo Ergonómico en el Trabajo-Identificación, Análisis, Prevención y Control. Parte 1: Manejo Manual de Cargas* [NOM-036-1-STPS-2018], 18/01/2021, art. 4.11).

La cuarta obligación genera una serie de problemas derivados de su vaga regulación. La legislación es omisa en señalar como se deberán pagar dichos proporcionales o cómo deberán ser calculados. En nuestra opinión, deberá hacerse atendiendo al principio de libertad en el trabajo y a la libertad de pactar condiciones de trabajo, teniendo como piso mínimo la Constitución y la Ley Federal del Trabajo (LFT). Así, se podría pactar de forma individual el monto a cubrir por parte de la patronal para el pago de los servicios de energía eléctrica (un buen indicador para determinar esto podría ser el aumento del consumo de energía eléctrica y su equivalente en dinero) y servicios de telecomunicación (monto con pocos referentes objetivos para su medición, por lo que deberá determinarse de modo convencional).

La reforma establece además el derecho a la reversibilidad, es decir, la posibilidad de retomar la modalidad presencial del trabajo, mediante un acuerdo por escrito entre las partes que contenga la forma y tiempos en que se desarrolle este retorno. Sólo podrá excusarse de este requisito en casos de fuerza mayor. Ante la situación material de la pandemia que actualmente impera en el país, la posibilidad de desarrollarse por escrito puede resultar complicada. Lo cual posiciona a la persona trabajadora en una situación de vulnerabilidad en caso de que se pretendiera un retorno abrupto a la modalidad presencial. La idea de pactar plazos para el retorno, puede derivar de la necesidad de darse en forma escalonada para evitar el estrés derivado de un cambio súbito, como sucedió en los momentos del inicio del confinamiento. El regreso no escalonado a las modalidades presenciales del trabajo puede suponer una fuente de estrés importante (Secretaría de Salud, 2021) derivado de la curva de aprendizaje a la nueva normalidad, el regresar a las dinámicas de movilidad de la

ciudad con trayectos largos a los que se han perdido la costumbre, etcétera (pp. 2-6).

Analizada la reforma en materia de teletrabajo, proseguimos a analizar el derecho a la desconexión introducido en la LFT. Como se mencionó anteriormente, fue la Comisión legislativa la primera en proponer el derecho a la desconexión. Para ello, retomó lo establecido por la STPS en su Guía para implementar el teletrabajo durante la pandemia de COVID-19. En ella se reconoce que uno de los principios del teletrabajo es la soberanía del tiempo, lo que permite y fomenta la desconexión de las personas trabajadoras fuera de los horarios de trabajo. Esta medida permite equilibrar la vida privada y la vida laboral (STPS, 2020).

La iniciativa de reforma presentada en julio de 2020 sí realiza una exposición más elaborada del derecho a la desconexión en su exposición de motivos. Considera al derecho a la desconexión como un principio del teletrabajo y elabora su contenido:

La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a desconectarse de los dispositivos digitales o de las herramientas de tecnologías de la información y comunicación, en horarios fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias, tiempo en el cual el trabajador no estará obligado a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos (Eruviel Ávila Villegas, 2020, p. 11).

En la reforma definitiva se hace alusión al derecho a la desconexión de la siguiente manera:

Artículo 330-E.- En modalidad de teletrabajo, los patrones tendrán las obligaciones especiales siguientes:

...

VI. Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral (STPS, 2021).

Como puede observarse no se brinda una definición ni se especifica el contenido y alcance de este derecho, por lo que será labor de los tribunales y de la STPS el definir el alcance y sentido de este derecho.

Por lo pronto, se afirma que la legislación mexicana reconoce el derecho subjetivo de la persona trabajadora y una obligación por parte de la patronal a respetarlo. Esta configuración del derecho a la desconexión

permitiría a las autoridades competentes configurar el contenido del derecho en forma amplia. Es decir, desde establecer prohibiciones específicas al patrón, como reconocer la capacidad de la persona trabajadora a no responder las comunicaciones realizadas fuera del horario laboral.

Si bien la reforma específica que este derecho pertenece a las personas que realizan teletrabajo, una interpretación y aplicación *pro persona* permitiría, en teoría, extender este derecho a todas las personas que desempeñen un tipo de trabajo que, por su propia naturaleza, permitiera la desconexión laboral, ya que el núcleo de este derecho se relaciona con otros derechos que no se limitan a las personas que realizan teletrabajo.

De un análisis de los diarios de debates de la Cámara de Diputados, así como del dictamen del 8 de diciembre de 2020, puede verse que son cuatro las principales motivaciones para impulsar el reconocimiento del derecho a la desconexión de las personas trabajadoras: garantizar y respetar el tiempo de descanso, el derecho a la intimidad, a la vida privada (Cámara de Diputados, 2020, pp. 82, 84, 85 y 87) y a la protección de datos personales (CTPSCD, 2020, pp. 26-27).

Como puede observarse, esta relación entre los derechos citados y el derecho a la desconexión digital se encuentre presente en los demás ordenamientos jurídicos analizados en el presente ensayo.

2. *El derecho a la vida privada, la intimidad y el derecho a la desconexión*

En la presente sección se analizará cómo se relaciona el derecho a la desconexión de los derechos a la vida privada y la intimidad a partir de su contenido. Para esto, se analizarán diversos criterios judiciales que contemplen estos derechos. La finalidad de utilizar criterios judiciales es mostrar lo que en la práctica jurídica se entiende por intimidad y vida privada. Asimismo, se entiende que la labor judicial desarrolla el contenido de los derechos que son enunciados en forma genérica en la legislación, el cual, en nuestra opinión, es el caso del derecho a la desconexión.

Como se ha mostrado del análisis comparado de las diversas legislaciones, el derecho a la desconexión guarda una estrecha relación con el derecho a la vida privada y la intimidad dado el desdibujamiento de las fronteras entre el hogar y el trabajo en esta nueva modalidad (Sebastian Köffer *et al.*, 2015 y American Psychological Association, 2020). Es tal la relación, que hay quien afirma que el derecho a la desconexión es en realidad una redundancia legislativa (Federico Rosenbaum, 2020).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 541-570.

El derecho a la vida privada protege a las personas de todo tipo de injerencia estatal o de terceros sin autorización, en aspectos de la vida que la persona quiera tener como reservados al escrutinio público con la finalidad de proveer de “condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad para el desarrollo de su autonomía y su libertad” (Tesis: 1a. CCXIV/2009, 2009). Es decir, existe un derecho a que no se divulgue información que no se quiera divulgar. Esa esfera de información personal vedada a cualquier persona constituye la denominada vida privada e intimidad.

La intimidad está comprendida en la vida privada. La intimidad se constituye como

el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad —como parte de aquella— lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad, se agravia a la vida privada (Tesis: 1a. CXLIX/2007, 2007).

Pero esta protección estatal a la vida privada y la intimidad no se agota en la persona titular de ambos derechos. La Primera Sala de la SCJN ha determinado que esta protección “se extiende a la vida privada de las personas con quien se tiene una relación estrecha” (Tesis: 1a. XLVIII/2014, 2014) la cual no necesariamente termina en la familia. Después de todo, es la persona titular del derecho la que decide quién constituye una persona con la que se tiene esa relación estrecha. Sin embargo, si esa información privada concierne a otras personas y son esas terceras personas la que deciden divulgar la información, no puede alegarse una violación al derecho a la vida privada. Ya que lo que se “[busca] impedir es que *terceros difundan información de la vida privada ajena, sin consentimiento del titular*” (Tesis: 1a. XLIX/2014, 2014. Las cursivas son propias). Puede entenderse entonces que, esta información sigue la suerte de la información protegida por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.¹

¹ “De tal forma que el levantamiento del secreto por uno de los participantes en la comunicación no se considera una violación a este derecho fundamental. Lo anterior no resulta óbice para que, en su caso, se configure una violación al derecho a la intimidad

Pero si esto es cierto ¿por qué la jurisprudencia de la Corte hace esta especificación sobre la posibilidad de violentar el derecho a la intimidad? Lo que determina que una pieza de información sea de naturaleza privada (y más aún íntima) es la consideración subjetiva de la persona a la que pertenece dicha información (Tesis: 1a. CCXIV/2009, 2009; Tesis: I.3o.C.695 C/2008, 2008). Esto no quiere decir que toda información pueda ser catalogada como íntima y por tanto protegida. Sin embargo, la carga de la prueba para desvirtuar esta protección corresponde al Estado (o a la persona que contradiga este dicho) en sede jurisdiccional o administrativa. Como bien lo ha determinado la Primera Sala de la SCJN

Así, aunque una pretensión pueda en principio relacionarse con el ámbito generalmente protegido por el derecho, si la misma merece prevalecer en un caso concreto, y en qué grado, dependerá de un balance de razones desarrollado de conformidad con métodos de razonamiento jurídico bien conocidos y masivamente usados en los estados constitucionales contemporáneos. Como han expresado canónicamente los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, ningún derecho fundamental es absoluto y *puede ser restringido siempre que ello no se haga de manera abusiva, arbitraria o desproporcional* (Tesis: 1a. CCXIII/2009, 2009. La cursiva es propia).

¿Cómo entonces el derecho a la desconexión se desprende, en este caso, del derecho a la vida privada y la intimidad? La vida privada constituye un espacio en el que la persona puede desenvolverse de forma libre y autónoma, protegido de la injerencia de terceras personas no autorizadas. La introducción de las TIC's al mundo laboral (no solo en su modalidad de teletrabajo) permite un flujo constante de información y una disponibilidad del tiempo de la persona trabajadora en cualquier momento del día. Esto se traduce en un desequilibrio entre la vida laboral y la vida privada de las personas al predominar la vida laboral consumiendo tiempo que, de otra forma, estaría destinado al desarrollo de la individualidad de la persona, sea compartiendo el tiempo con su familia, las personas cercas o consigo misma.

Además, la intromisión mediante mecanismos de videovigilancia u otras herramientas tecnológicas destinadas a la supervisión de las per-

dependiendo del contenido concreto de la conversación divulgada” (Tesis: 1a./J. 5/2013, 2013).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 541-570.

sonas que realizan teletrabajo, supone una invasión en una esfera familiar cuando no se puede disponer de habitaciones enteras para el desarrollo del teletrabajo. Esta imposibilidad sucede en muchos países. Mientras más grande sea la brecha digital o el ingreso, menos probable es disponer de una habitación entera para ello (Deutsche Welle, 2020). Además, siguiendo el razonamiento de la Sala de lo Social Catalana, el mantenimiento de este tipo de mecanismos en el domicilio familiar supone por sí mismo un riesgo de trasgresión a este derecho.

La reforma a la LFT introduce la obligación de atender y utilizar los instrumentos necesarios para la correcta supervisión de su trabajo por parte de la patronal (art. 330-F, fracción IV). Esto incluye, de forma extraordinaria, el uso de cámaras de video y micrófonos, lo que supone un riesgo de invasión a la privacidad de las personas trabajadoras y de sus familias ya que no se especifica los momentos en que esto puede suceder. Además, estos instrumentos son susceptibles de intervención mediante software o malware invasivo. Sin un derecho a la desconexión, la obligación (de facto o de *iure*)² de atender en todo momento las demandas de la patronal, implicaría una amenaza constante a la privacidad y la intimidad personal y familiar.

3. *La defensa del derecho a la desconexión*

En atención a lo expuesto se considera que, para la defensa de este derecho, la persona afectada tiene como medio de defensa a su alcance el procedimiento laboral ordinario, ejercitando la acción de rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para ella al no contemplarse sanción alguna o procedimiento específico de defensa.

La violación del derecho a la desconexión perfecciona la causal de la fracción II del artículo 51 de la LFT; falta de probidad y honradez por parte de la patronal. Si bien es cierto que la ley no da una definición concreta de lo que debe entenderse por esto, en la práctica se ha determinado casuísticamente qué significa la falta de probidad y honradez. Esta

² El hecho de que México sea el país que más horas dedica al trabajo, pero menos gana en América Latina, se asocia a una cultura de la explotación laboral, aunada al bajo nivel adquisitivo de los salarios pagados como lo reporta Felipe Morales Fredes (2019) con base en un estudio de la OIT.

determinación caso por caso hace difícil aportar una definición estable de estos dos conceptos. Los criterios sentados en la práctica varían tanto que existen incluso opiniones encontradas sobre lo que constituye una falta de honradez y probidad. Por ejemplo, se ha llegado a afirmar que el quedarse dormido constituye una falta de probidad y honradez (José Dávalos, 2012, pp. 226-227). Otros criterios judiciales han determinado que esto no constituye una falta que amerite un despido, sin embargo, este criterio apela al reglamento interior de trabajo que establece de forma expresa la imposición de otra medida disciplinaria (Tesis: V.1o.4 L, 1996). Esta decisión sobre la ilegalidad del despido recae en la consideración sobre el reglamento como fuente de derecho laboral y que, al establecer una regulación especial para este hecho, debe prevalecer este al brindar una mayor protección a la persona trabajadora. Por su parte, otro criterio refuta igualmente el quedarse dormido como una causal de despido justificado. Sin embargo, este hace alusión a condiciones particulares del trabajo desempeñado al ser un turno nocturno (Tesis: 275117, 1961). Lo importante a rescatar de este embrollo conceptual es lo que puede considerarse, a grandes rasgos, como falta de probidad y honradez: “el no proceder recatadamente en las funciones encomendadas... *apartarse de las obligaciones que se tienen a cargo procediendo en contra de las mismas*, dejando de hacer lo que se tiene encomendado, o haciéndolo en contra” (Tesis: 243049, 1979. Las cursivas son propias).

De ahí que, si consideramos el derecho a la desconexión como una obligación a cargo de la patronal, puede entenderse que la trasgresión de la misma constituye un “*apartarse de las obligaciones que se tiene a cargo*” y, por ello, una falta de probidad y honradez que perfecciona la causal de rescisión sin responsabilidad para la persona trabajadora antes mencionada.

Ahora, piénsese por un momento lo siguiente: este procedimiento debe iniciarse ante una Junta de Conciliación y Arbitraje siendo similar a un pequeño litigio donde la persona debe demostrar su dicho para que la autoridad determine un fallo a su favor rescindiendo la relación laboral y ordenando el pago de su indemnización, salarios caídos, etcétera. ¿Y si el fin de la persona trabajadora no es dar por terminada la relación laboral? No sólo porque este litigio podría tardar años y la persona tendría que emprender de nueva cuenta una búsqueda de empleo, perdiendo su antigüedad o beneficios superiores con los que contara este traba-

jo. Consideramos que esto constituye una barrera importante al ejercicio de la acción como forma de protección del derecho a la desconexión y, por tanto, como un recurso poco efectivo de protección. Esto derivaría en un abuso por parte de la patronal dado que la recisión podría ser más dañina para la persona que la renuncia de facto a su derecho.

Una segunda opción podría ser mediante las facultades de inspección y sanción administrativa de la STPS. El procedimiento consiste en la presentación de una denuncia anónima por parte de alguna persona. La Secretaría, en uso de sus facultades legales de comprobación, iniciaría una inspección en el centro de trabajo para la determinación o no de violaciones a la legislación laboral (como las sanciones previstas en el título dieciséis de la LFT, que oscilan entre las 50 y 5,000 UMAS, es decir, entre 4,481.00 pesos y 448,100.00 pesos mexicanos). Sin embargo, para lograr que esta opción se materialice como un recurso efectivo, se requiere que hayan transcurrido los 18 meses concedidos para la emisión de la NOM correspondiente en materia de seguridad y salud en el teletrabajo y que en esta norma se incluya el derecho a la desconexión como una medida de salud (Cristóbal Molina Navarrete, 2019, pp. 276 y ss.). Esta opción encuentra otras barreras como la intimidación por parte de la patronal o la toma de represalias como el despido injustificado para evitar la denuncia de estas conductas. Lo que, de facto aunado a lo de *iure*, constituye un recurso poco efectivo para la protección de este (y otros) derechos.

Como podemos ver, el camino es limitado en cuestión de esta protección por parte del Estado. A pesar de este panorama desolador, consideramos que una alternativa factible sería una inspección en razón de la NOM-35-STPS-2018 abordando los aspectos del estrés en el trabajo derivado del exceso de carga de trabajo y los efectos psicosociales que esto implica. Como ha reconocido la STPS, las cargas excesivas de trabajo y la interferencia en la relación trabajo-familia constituyen condiciones peligrosas e inseguras en el ambiente laboral, considerándolas a su vez como Factores de Riesgo Psicosocial (NOM-035-STPS-2018, Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención [NOM-035-STPS-2018], 01/02/2021, art. 4.7). Justo por estos dos aspectos (en especial la interferencia en la relación familia-trabajo) se considera que el derecho a la desconexión puede desempeñar un papel fundamental en la aplicación de esta NOM y en la protección de la salud psicosocial de las personas trabajadoras.

El exceso de trabajo puede desencadenar trastornos de ansiedad o modificaciones no orgánicas en los ciclos de sueño, factores de riesgo importante en la salud de las personas. Pero, de nueva cuenta, se nos plantea una interrogante gracias al vacío legal y a la falta de práctica de esta modalidad de trabajo en México ¿cómo determinar una carga excesiva? Dentro del lugar de trabajo es más fácil de apreciar esto debido a los horarios estrictos, la constante asignación de horas extras o un incremento desmedido en las metas impuestas. Sin embargo, en el teletrabajo ¿dónde está el límite cuando los horarios son flexibles y se desdibuja la posibilidad de hacer horas extras o cuando las metas se convierten en la principal medición de la eficiencia laboral?

Supongamos que el límite se encuentra dentro de las metas semanales que establece la patronal. Podría decirse que la meta es llegar a 130 reportes u objetivos cumplidos en esta nueva modalidad cuando en modo presencial la meta era solamente llegar a 80. La patronal podría excusarse en que al no tener que trasladarse y al tener a su disposición más tiempo la productividad debería aumentar, pero ¿no es justamente esta consideración del tiempo de traslado como parte de la jornada laboral una violación a ésta? No debe considerarse al teletrabajo como una modalidad que permita la sobrecarga de trabajo sólo por considerar que el tiempo empleado para trasladarse ahora puede ser invertido en el desarrollo del trabajo, sino como tiempo libre para la persona trabajadora, libre para ser asignado a lo que ella considere necesario para su desarrollo persona. El teletrabajo y la desconexión tienen como uno de sus propósitos fundamentales el constituirse como una modalidad menos estresante para las personas, lo cual tiene una relación directa con el aumento a la calidad de vida y la productividad de las empresas (María Margarita Chiang Vega *et al.*, 2018). Entender esto y aplicarlo puede llevar a una mejor relación entre la persona y la empresa donde trabaja. Después de todo, el reconocimiento del desempeño laboral y la promoción del sentido de pertenencia constituyen medidas tendientes a conformar un entorno organizacional favorable (NOM-35-STPS-2018, art. 4.6).

Para concluir con esta sección, consideramos que, para lograr una correcta aplicación de este derecho, el contenido del mismo debe establecerse como una prohibición a cargo de la patronal. Esta obligación supone una conducta de no hacer. Es decir, la patronal no debe intentar siquiera comunicarse con las personas trabajadoras a su cargo. Como se ha men-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 541-570.

cionado, el solo acto de enviar mensajes y asignar deberes fuera de horario, puede constituir una fuente de estrés laboral. Por lo tanto, el descanso de las personas trabajadoras se ve mermado por esta conducta. Esta prohibición permite acceder a dos de los medios de defensa mencionados en el presente artículo: tanto el proceso ordinario laboral, como los procedimientos administrativos a cargo de la STPS. Que se constituya como una prohibición, permite la facilidad de probar la trasgresión al derecho mediante la simple entrega de documentales privadas donde pueda apreciarse la comunicación de la patronal en horas fuera de la jornada laboral.

Asimismo, es necesario regular de forma estricta los casos extraordinarios en los cuales puedan utilizarse mecanismos de supervisión que constituyan una posible invasión a la privacidad de la persona trabajadora. Así como el tiempo en que estos serán utilizados. La exigencia de su implementación durante la totalidad de la duración de la jornada no puede tolerarse bajo ninguna circunstancia, sin importar la naturaleza del trabajo desempeñado por el simple hecho de representar un peligro de invasión desmedida a la vida privada y la intimidad de las personas.

IV. CONCLUSIONES

El derecho a la desconexión es un derecho novedoso nacido de una preocupación por el respeto a los derechos de las personas trabajadoras. La conciliación entre vida privada y vida laboral se ve amenazada por la utilización de las TIC en el trabajo. Esta nueva realidad demandó el reconocimiento y la regulación de nuevas formas de desempeñar el trabajo, así como de los nuevos derechos laborales aparejados a ella. Así, el contenido específico de este derecho puede rastrearse en sus relaciones con el derecho al descanso, a la vida privada, la intimidad y la salud.

En Europa el nacimiento de este derecho está aparejado a una preocupación por el respeto al descanso y la salud psicoemocional mediante la prevención del estrés. En las legislaciones europeas, el derecho a la desconexión se enuncia o como una prohibición a cargo de la patronal o como un derecho subjetivo de las personas trabajadoras a no contestar las comunicaciones realizadas fuera de jornada laboral, sin importar la modalidad del trabajo que desarrollen. Además, la regulación deja la determinación del contenido de este derecho a la negociación entre las partes, sean negociaciones colectivas o individuales.

En América Latina este derecho viene aparejado a impulsos por alcanzar a las nuevas realidades del trabajo (el teletrabajo). En Argentina y en Chile, este derecho comprende tanto la prohibición de contactar a la persona trabajadora fuera del horario laboral, como el derecho a no contestar comunicaciones enviadas extemporáneamente. Sin embargo, este es un derecho exclusivo de quien desempeña el teletrabajo. La determinación del contenido no queda a disposición de las partes, sino que se establece expresamente en ley. La legislación chilena parece ser la más avanzada en este sentido al ser la que establece en mayor detalle el contenido del derecho, la obligatoriedad de su señalamiento en el contrato laboral y el periodo mínimo de duración de la desconexión digital.

La experiencia europea proporciona ejemplos sobre cómo se materializa el derecho a la desconexión en su vertiente de prohibición a cargo de la patronal pudiendo garantizarse este derecho laboral mediante el establecimiento de mecanismos inhibitorios que busquen evitar cualquier forma de comunicación: la prohibición de enviar correos o mensajes por cualquier medio de comunicación, el establecimiento de software de respuesta automatizada, la eliminación automática de correos enviados durante horarios de descanso o el establecimiento de políticas internas.

Por otro lado, comprendido como un derecho subjetivo, la desconexión puede entenderse como el derecho a no responder comunicaciones de índole laboral que hayan sido realizadas fuera del horario de trabajo sin que exista algún tipo de represalia por esta conducta.

Decidir por cuál de estas dos opciones es más conveniente dependerá de los mecanismos jurídicos de defensa con que se cuente en la legislación nacional.

Sin embargo, parece que el mecanismo idóneo para la materialización de los fines de este derecho sí constituye la imposibilidad por parte de la patronal de siquiera intentar comunicarse con el personal fuera del horario de trabajo establecido o, en todo caso, de la existencia de sanciones administrativas eficaces para desincentivar esta conducta. En términos fácticos, es más fácil evitar el estrés por la sobrecarga de trabajo producto de la constante comunicación y exigencia de trabajo por parte del patrón si se evita el contacto de éste con la persona que presta el servicio subordinado. Si el derecho a la desconexión fuera solamente la posibilidad de no responder a las comunicaciones establecidas, el constante bombardeo de mensajes para ser vistos una vez se reinicie la jornada la-

boral puede derivar en una situación de estrés al saber que los pendientes se acumulan y ser consciente de ello.

El derecho a la desconexión digital garantiza a su vez dos derechos íntimamente relacionados, el derecho a la intimidad dentro y fuera del centro de trabajo de la persona que lo desempeña y de su familia (cuando estos mecanismos de vigilancia incluyen transmisión de video o audio con el caso de la legislación mexicana) y el derecho de acceso a la salud.

Entrada en vigor la reforma, se debe poner atención especial a la NOM que emitirá la STPS. Después de todo, dada la vaga regulación del derecho a la desconexión en la LFT, la NOM será la principal fuente inicial de una definición de este derecho y de los mecanismos legales para su defensa.

Aunado a lo anterior, existe una preocupación legítima respecto de la eficacia que pueda tener este derecho en un país con altos índices de explotación laboral y una cultura de la normalización de la misma mediante las horas extras y la permanente disponibilidad para trabajar o atender asuntos relacionados con el trabajo, aun cuando ha terminado la jornada laboral. Una correcta aplicación del derecho a la desconexión fortalecerá el carácter social del derecho laboral mexicano.

En nuestra opinión, la mejor manera de brindar eficacia a la reforma sería mediante una definición del derecho a la desconexión prohibitiva. Es decir, que contenga una prohibición expresa a cargo de la patronal. Sumado a esta definición, es necesaria una acción comprometida de las autoridades laborales con la realización de auditorías constantes en las empresas para la comprobación del cumplimiento de las disposiciones laborales que versen sobre la desconexión digital.

V. BIBLIOGRAFÍA

American Psychological Association (2020). *Stress in America 2020 Stress in the Time of COVID-19*. <https://www.apa.org/news/press/releases/stress/2020/report>.

ÁVILA VILLEGAS, Eruviel *et al.* (2020). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-20-1/assets/documentos/Ini_PRI_Senadores_Ley_Trabajo_.pdf.

- AZZOPARDI, Karl (2020). European Parliament approves Agius Saliba ‘right to disconnect’ report, *Malta Today*, https://www.maltatoday.com.mt/news/europe/106250/european_parliament_approves_right_to_disconnect_report_#.YABqF9hKjIU.
- BALDENEBRO ARREDONDO, Manuel (2020). *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se suprime el segundo párrafo al artículo 311 y adiciona un Capítulo XII Bis, de la Ley Federal del Trabajo*. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-08-26-1/assets/documentos/Inic_PES_Dip_Baldenebro_LFT.pdf.
- BBC News (2012). Volkswagen turns off Blackberry email after work hours. *BBC News*, 8 de marzo. <https://www.bbc.com/news/technology-16314901>.
- BBC News (2016). French workers get ‘right to disconnect’ from emails out of hours. *BBC News*, 14 de enero. <https://www.bbc.com/news/world-europe-38479439>.
- Cámara de Diputados (2020). *Diario de los Debates*, año III, sesión 35. <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/dic/081220pdf.html>.
- CHIANG VEGA, María Margarita *et al.* (2018). Relación entre satisfacción laboral, estrés laboral y sus resultados en trabajadores de una institución de beneficencia de la Provincia de Concepción, *Ciencia y Trabajo*, 20(63), pp. 178-186. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-24492018000300178>.
- Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados (2020). Dictamen de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de teletrabajo. *Gaceta Parlamentaria* 5668-XV. <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/dic/20201208-XV.pdf>.
- DÁVALOS, José (2012). La falta de probidad, un tema actual en las relaciones laborales. En Cienfuegos Salgado, David y Jesús Guinto López (coords.), *El derecho mexicano contemporáneo retos y dilemas. Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa* (pp. 213-234). <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3228-el-derecho-mexicano-contemporaneo-retos-y-dilemas>.
- Deutsche Welle (2020). *An office of one’s own: how work from home magnifies inequality*. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/en/an-office-of-ones-own-how-work-from-home-magnifies-inequality/a-53666357>.
- Deutsche Welle (2020). *EU pushes for “right to disconnect” from work at home*. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/en/eu-pushes-for-right-to-disconnect-from-work-at-home/a-55803776>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 541-570.

- El Financiero (2019). Senado aprueba reforma en materia de trabajo a distancia; va a Diputados. *El Financiero*. <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/senado-aprueba-reforma-a-la-ley-federal-del-trabajo-en-materia-de-trabajo-a-distancia-va-a-diputados>.
- ESPINAL Jr., Rafael *et al.* (2018). *Int. 0726-2018*, (iniciativa rechazada). <https://legistar.council.nyc.gov/LegislationDetail.aspx?ID=3458217&GUID=8930D471-5788-4AF4-B960-54620B2535F7&Options=ID%7cText%7c&Search=disconnect>.
- European Observatory of Working Life (2019). *Right to disconnect*, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/right-to-disconnect>.
- Gobierno de Canadá (2018). *What We Heard Modernizing Federal Labour Standards*, pp. 10 y ss. <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/services/labour-standards/reports/modernizing-federal-standards.html>.
- Gobierno de Canadá (2019). *Disconnecting from work-related e-communications outside of work hours: Issue paper*. <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/services/labour-standards/reports/disconnecting-e-communications.html#h2.6>.
- HARIDY, Rich (2018). The right to disconnect: The new laws banning after-hours work emails. *New Atlas*. <https://newatlas.com/right-to-disconnect-after-hours-work-emails/55879/>.
- IUDICONE, Feliciano (2017). *Italy: New rules to protect self-employed workers and regulate ICT-based mobile work*. Eurofound. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2017/italy-new-rules-to-protect-self-employed-workers-and-regulate-ict-based-mobile-work>.
- KÖFFER, Sebastian, ANLAUF, Lea, ORTBACH, Kevin y NIEHAVES, Björn (2015). The Intensified Blurring of Boundaries Between Work and Private Life through IT Consumerisation. *ECIS 2015 Completed Research Papers*, 1-17. DOI 10.18151/7217396
- MARTONE, Michel (2018). El smart working o trabajo ágil en el ordenamiento italiano. *Derecho de las relaciones laborales*, 1, pp. 87-91. <https://studiolegalemartone.com/wp-content/uploads/2020/06/El-smart-working-o-trabajo-%C3%A1gil-en-el-ordenamiento-italiano.pdf>
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2019). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (138), 250-283. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552395>.

- MORALES FREDES, Felipe (2019). Mexicanos, los que trabajan más y menos ganan en AL. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/empresas/Mexicanos-los-que-trabajan-mas-y-menos-ganan-en-AL-20190705-0024.html>.
- Organización Internacional del Trabajo (2020). *Teletrabajo y salud mental: Avances y desafíos más allá de la pandemia*. https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_757609/lang-es/index.htm.
- PÉREZ AMORÓS, Francisco (2020). Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday*. *Revista IUS*, 45(45), pp. 258-275. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472020000100257&lng=es&nrm=iso.
- REQUENA MONTES, Oscar (2020). Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(2), pp. 541-560. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5076>.
- ROSENBAUM CARLI, Federico (2020). Tecnología y relaciones laborales: lo viejo (derecho al descanso y subordinación) y lo nuevo (desconexión y gig economy), ¿una verdadera revolución? *Noticias Cielo*, 9. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7625056>.
- SAINT-CRY, Yosie (2019). *Employer and Employee Disagree About Right to Disconnect*. *Slaw*. <http://www.slaw.ca/2019/03/07/employer-and-employee-disagree-about-right-to-disconnect/>.
- SECUNDA, Paul (2019). The Employee Right to Disconnection. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 9(1), pp. 3-39. <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol9/iss1/3/>.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, 17, pp. 150-161. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7170213>.
- TURLAN, Frédéric (2014). *France: A legal right to switch off from work*, Eurofound. <https://www.eurofound.europa.eu/fr/publications/article/2014/france-a-legal-right-to-switch-off-from-work>
- VON BERGEN, Clarence *et al.* (2019). On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect. *Employee Relations Law Journal*, 45(2), pp. 1-18. <https://www.researchgate.net/publication/335058028>.
- Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (2018). <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 541-570.

- Ley 27555 Régimen Legal del contrato de teletrabajo (2020). Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>.
- Ley 21220 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia. (2020, 26 de marzo). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://bcn.cl/2f72v>.
- Secretaría de Salud (2021). *Lineamientos de respuesta y de acción en salud mental y adicciones para el apoyo psicosocial durante la pandemia por Covid-19 en México*, 12 de enero. <https://www.gob.mx/salud/documentos/lineamientos-y-documentos-de-apoyo-en-salud-mental-y-adicciones-ante-el-covid-19>.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (2018a). NOM-036-1-STPS-2018 *Factores de riesgo ergonómico en el trabajo-identificación, análisis, prevención y control. Parte 1: Manejo manual de cargas*. http://www.dof.gob.mx/normasOficiales/7468/stps11_C/stps11_C.html.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (2018b). *NOM-035-STPS-2018, Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5541828&fecha=23/10/2018.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (2020). *Guía para implementar el teletrabajo en los centros de trabajo en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19*. <https://juntosporeltrabajo.stps.gob.mx/docs/herramientas/GUI%CC%81A%20PARA%20IMPLEMENTAR%20EL%20TELETRABAJO%20EN%20LOS%20CENTROS%20DE%20TRABAJO%20EN%20EL%20MARCO%20DE%20LA%20ACCIONES.pdf>.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (2021). Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo, *Diario Oficial de la Federación*. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021.
- Tesis: 1a. CCXIV/2009 (2009). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165823>.
- Tesis: 1a. CXLIX/2007 (2007). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/171883>.
- Tesis: 1a. XLIX/2014 (10a.) (2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005525>.
- Tesis: 1a. XLVIII/2014 (10a.) (2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005526>.

- Tesis: 1a./J. 5/2013 (9a.) (2013). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/159859>.
- Tesis: I.3o.C.695 C (2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/168944>.
- Tesis: 1a. CCXIII/2009 (2009). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165824>.
- Tesis: V.1o.4 L (1996). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/202227>.
- Tesis: 275117 (1961). *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/275117>.
- Tesis: 243049 (1980). *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/243049>.
- Tesis: I.6o.T.80 L (10a.) (2013). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005075>.

UN TRATAMIENTO RESTAURATIVO PARA EL ABORTO EN CHILE

*A RESTORATIVE TREATMENT FOR ABORTION IN CHILE**

Isabel Ximena GONZÁLEZ RAMÍREZ**
Johanna Carla VARGAS UGALDE***

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto analizar la posibilidad de tratar el conflicto del aborto desde una perspectiva más restaurativa que el actual enfoque punitivo que le da el sistema jurídico en Chile, problematizando el tema desde un enfoque de conflicto social, frente al desafío que se planteará la sociedad chilena de legislar sobre el aborto sin causales, limitado solo a un sistema de plazos. Para la consecución de aquello se realizó una investigación de metodología cualitativa, de diseño exploratorio y descriptivo, sustentada en el análisis crítico del discurso y cuyo objeto de estudio fueron los textos jurídicos, estudios alusivos al aborto y experiencia comparada.

Concluyendo que es necesario otorgar una respuesta restaurativa a este fenómeno social, en los casos en que no concurren las causales permitidas por la ley, en reemplazo

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the possibility of treating the conflict of abortion from a perspective that is more restorative than the current punitive approach given by the legal system in Chile, problematizing the issue from a social conflict approach, facing the challenge that will arise Chilean society to legislate on abortion without grounds, limited only to a system of terms. In the face of the challenge that Chilean society will face to legislate on abortion without cause, limited only to a system of deadlines. For what will be used a qualitative methodology, descriptive and exploratory design. Supported by the critical analysis of the discourse and whose object of study were legal texts, studies alluding to abortion and comparative experience.

Concluding that it is necessary to grant a restorative response to this social phenomenon,

* Recibido el 24 de septiembre de 2020; aprobado el 5 de marzo de 2021.

** ORCID 0000-0001-6845-8198. Investigadora y Docente Asociada Regular en Derecho Penal de la Universidad Central de Chile. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho Penal, Doctora en Derecho Universidad de Buenos Aires y Mediadora de la Cámara de Comercio. Correo electrónico igonzalezr@ucentral.cl.

*** ORCID 0000-0002-3260-1148. Periodista, magíster en Psicología Social de la Universidad de Talca y doctoranda en Educación del PIDE Untref, Unsam, Unlan de Buenos Aires, con afiliación a la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: johannavargas@gmail.com.

de la aplicación de una sanción punitiva, la que históricamente han inducido a agravar sus consecuencias o de su despenalización sin otras prevenciones que las de tiempo, que invisibiliza este conflicto social permitiendo una salida más reparadora y preventiva al aborto.

Palabras clave: aborto, conflicto social, justicia restaurativa.

in cases where the causes allowed by law do not concur, instead of applying a punitive sanction, which historically has led to aggravate its consequences or its decriminalization. absolute without preventions other than those of time, which makes this social conflict invisible, allowing a more restorative and preventive solution to abortion.

Keywords: abortion, social conflict, restorative justice.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Método*. III. *Estado de la cuestión*. IV. *Tratamiento del aborto en Chile*. V. *El aborto como conflicto social en el marco de los derechos humanos*. VI. *Experiencia comparada sobre el aborto*. VII. *La justicia restaurativa aplicada al aborto*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la posibilidad de tratar el aborto como un conflicto social amplio y desde una perspectiva más restaurativa que permita repensar el fenómeno desde una dimensión distinta al actual enfoque punitivo otorgado por el sistema jurídico en Chile, problematizando desde la teoría sociojurídica y adelantándose al futuro desafío de la sociedad chilena respecto de legislar sobre el aborto sin causales, limitado sólo a un sistema de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer, así como también visibilizando que las posturas ideológicas contrarias a este tipo de legislación develan y reproducen asimetrías de género y sociales, perjudicando a las mujeres, en especial a las de condición más vulnerables, quienes bajo un embarazo no deseado, sufren un cese de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Este análisis se justifica, en el contexto de la promulgación de la Ley 21.030, de 2017, en Chile, la que despenaliza el aborto en tres causales, referidas al peligro para la vida de la mujer, inviabilidad del feto y violación de la madre, planteamiento que comparte la gran mayoría de los países que lo sancionan.

Comenzó luego de su aplicación, a debatirse sobre la posibilidad de que no sea necesario invocar causal alguna para el aborto, dejándolo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

al criterio discrecional de la mujer, sólo con límites temporales, lo que causa conmoción en un país donde existe una cultura fuertemente antiabortista, como veremos más adelante, en los estudios hechos sobre la percepción de la interrupción del embarazo en Chile, que incorporan algunos elementos de la teoría fundamentada desde la perspectiva constructivista, que consideran el aborto como un delito entre grave y extremadamente grave y, por ende, se observa una tendencia a rechazarlo (Beatriz Pérez, Johanna Sagner-Tapia y Herman Elgueta, 2020).

Sin embargo, como veremos, los datos estadísticos revelan que, en los casos tipificados como delitos, la sanción no elimina esta práctica, sino que la hace más riesgosa, poniendo en condiciones muy desventajosa a quienes la vivencian, generalmente los sectores socioeconómicamente más vulnerables.

Ahora bien, considerando que más de 42.6 millones de abortos se realizaron en todo el mundo en 2020 (Christian Headlines, 2020). Y en lo que va de 2021, ya se han realizado más de 435.000 abortos (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2021), lo que equivale a unos 125.000 por día, y que una gran cantidad de ellos son realizados en condiciones riesgosas. Así, la OMS (2020) informa que 70.000 mujeres mueren al año por las complicaciones de un aborto inseguro y entre 2 y 7 millones sufren complicaciones y enfermedades graves y prolongadas, por lo que se justifica estudiar este tema desde una perspectiva amplia que asuma el aborto como un conflicto social que se entrama y se entreteje en conjunto con otros problemas sociales, como son el género, exclusión, discriminación e injusticia social, entre otros.

Por esta razón se requiere establecer acuerdos mínimos para un tratamiento integral de este fenómeno, en el que el Estado chileno aún se encuentra en deuda con las mujeres y la sociedad, por lo que se requiere establecer políticas sanitarias que no dependan de planteamientos morales, sino evaluar este fenómeno desde una condición más humana, asumiendo sus implicancias sociales.

En este tenor es conveniente revisar las consecuencias que conlleva para Chile el dejar restringido el aborto a algunas causales y plazos, como ocurre en la actualidad, donde este complejo conflicto social se enfrenta a un sistema penal que reacciona mediante la aplicación de una pena, o bien, adoptar las escasas soluciones que se proponen en los países en que este hecho se encuentra despenalizado, lo que históricamente ha inducido

a invisibilizar sus consecuencias (Isabel González *et al.*, 2016), razón por la que en el presente artículo nos planteamos: ¿si es posible ofrecer un tratamiento restaurativo útil para el tratamiento integral del conflicto social del aborto en Chile, en aquellos casos en que no concurren las causales permitidas por la Ley 21.030, en reemplazo de la aplicación de una sanción punitiva?

Se propone la siguiente hipótesis: frente al planteamiento del problema, la justicia restaurativa es una alternativa válida a la resolución del aborto como conflicto social en Chile, proponiéndose el uso de mecanismos restaurativos como, por ejemplo, las conferencias comunitarias y círculos de paz, como estrategias de reparación para las consecuencias provocadas por el aborto fuera de las causales permitidas por la Ley 21.030 y que buscan mejorar la relación entre la mujer y el Estado, visibilizando también al hombre, equipos médicos y a la sociedad. Dicho de otro modo, la visión restaurativa ayuda a romper con la idea enquistada que asume al aborto como un problema médico, legal o delictual, concibiéndolo desde esta perspectiva como un conflicto social en el cual no participa una única actora, develando que la mujer también puede ser víctima del Estado, por lo mismo, se necesitan acciones que, desde el poder oficial, reparen, restauren o prevengan visiones hegemónicas, desiguales y asimétricas, para lo cual se requiere el compromiso de otros sujetos sociales en el proceso restaurativo.

Desde la justicia restaurativa se posibilita la reparación social y jurídica de las mujeres que se someten voluntariamente al aborto, más allá de las posibilidades de la Ley 21.030, de 2017, quienes no serían infractoras de ley, sino parte activa de este conflicto social alusivo al aborto y también víctimas de este fenómeno, teniendo en ambos casos la posibilidad de un tratamiento restaurativo, que apunte a la prevención del aborto, a la responsabilización en este hecho y a reparar a la mujer, a las víctimas indirectas y a la sociedad toda, en lugar de considerar el hecho como un delito y adoptar reacciones punitivas o simplemente normalizar el aborto sin causales, sin considerar que es un conflicto social de connotación grave que debe tener un tratamiento restaurativo de acogida y prevención.

II. MÉTODO

Considerando el problema de investigación, se ha optado por el enfoque metodológico cualitativo, sustentado en el dispositivo del *Análisis crítico de discurso* ([ACD], Teun van Dijk, 2016), el cual propone la inexistencia de la neutralidad discursiva, reconociendo la importancia de los textos que emergen según los posicionamientos de los sujetos que enuncian tales discursos, con especial énfasis en denotar los grupos que representan.

El ACD intenta evidenciar los efectos de poder en los textos y sus efectos políticos o jurídicos. Por lo mismo, algunos autores (Teun van Dijk, 2016); Norman Fairclough, 2018 y Diego Palacios Díaz, 2020) se centran en las fijaciones parciales de los significados construidos en las relaciones sociales y conflicto social desde un enfoque interdisciplinar que da cuenta de hegemonías y subjetivaciones, lo cual posibilita que, en el campo jurídico, discursos ideológicamente contradictorios, como son los referidos a la penalización del aborto y la regulación de éste en tres causales o la posibilidad de optar por el aborto libre, con un límite de plazos sin otras prevenciones, encuentren puntos de unión en el mismo *corpus* legal, performando y también develando los modelos mentales de los sujetos sociales implicados directa e indirectamente en el problema.

Cabe señalar que los estudios críticos analizan discursivamente las relaciones sociales de dominación y resistencia, pero su objetivo no es alcanzar la verdad, sino más bien comprender las distintas posibilidades que emergen desde los diferentes textos, estudios y experiencias y sus fisuras, considerando como relevante el contexto sociohistórico y bioético de este conflicto social (Teun van Dijk, 2016).

Dicho de otra forma, el estudio crítico del discurso se constituye en una herramienta analítica que permite dar cuenta de cómo operan lingüísticamente las relaciones de poder y tendencias dominantes, así como también devela contrahegemonías y disidencias (Teun van Dijk, 2016, Norman Fairclough, 2018 y Johana Vargas, 2020).

Según lo anterior, para identificar y comprender los elementos ideológicos que sustentan la visión punitiva existente en la ley de aborto en tres causales o sin causal con sólo límite de tiempo, así como también las posibilidades que emergen para la visión restaurativa, se utilizaron como *corpus* investigativo la Ley 21.030, de 2017, las propuestas o investigacio-

nes elaboradas por organismos nacionales e internacionales, y experiencia comparada.

Esta investigación comprende que el discurso legal (texto) pudiese constituirse en el razonamiento práctico que, desde el poder oficial, da respuesta a una necesidad socio jurídica y a un conflicto social como es el aborto fuera de las tres causales contempladas en la ley. En segundo lugar, se buscaron indicios o modos de hegemonía que emergieran desde el texto oficial. Finalmente, se articularon respuestas referidas a cómo la ley de aborto en tres causales o la posibilidad del aborto sin causales invisibilizan aspectos o perspectivas alineadas con la justicia restaurativa y los derechos humanos.

El acento analítico del estudio estuvo en lo expresado y no expresado en el texto legal, tomando como categorías la “punitividad” y las “posibilidades restaurativas” que emergen a la luz de la ley del aborto, para lo cual se buscaron referentes específicos que aludiesen a dichas categorías y a los enfoques bioéticos conservadores que la inspiran. Es decir, se pesquisaron fisuras, entramados y literalidades que diesen cuenta de hegemonías y también de posibles grados de apertura subyacentes a toda estructura de dominación, siendo dicha búsqueda desde una perspectiva crítica que tensiona lo hegemónico y que adhiere a los planteamientos propuestos por los tratados, pactos o convenciones de derechos humanos.

En el marco del ACD, el *corpus* legal se abordó a partir de la propuesta de modelo tridimensional de Norman Fairclough (Diego Palacios, 2020), siendo su primer nivel la diferenciación y distinción de significados y representaciones más relevantes. La segunda dimensión implica desentrañar prácticas discursivas que dan cuenta de cómo es el orden del discurso, en especial de los sentidos o intenciones que de éste se pueden desprender. Por último, el tercer estrato corresponde al análisis social explicativo del discurso, intentando dar cuenta de las formas de dominación imperantes que emergen del propio texto y su significación, según el contexto socio jurídico de producción, y asumiendo al texto como una totalidad (Teun van Dijk, 2016), con marcado acento heteronormativo (Judith Butler, 2018), el cual dibuja y determina, tanto la política pública como el comportamiento de los sujetos sociales.

Específicamente, para los postestructuralistas (Judith Butler, 2018), el género opera como “norma de inteligibilidad socialmente instaurada y mantenida” que perpetúan relaciones de coherencia sexogenéricas, es-

estructuradas por los regímenes de poder y que nacen desde discursos hegemónicos (Judith Butler, 2018, p. 74). Por ello, es que el conflicto social alusivo al aborto emerge como una tensión entre visiones político-ideológicas contrapuestas y que desde la teoría social pueden ser analizadas para visibilizar disidencias y nuevas opciones de solución.

En consecuencia, el ACD implica el compromiso explícito con grupos sociales desfavorecidos, buscando en el texto aperturas o nuevas posibilidades para discursos actuales, contrahegemonías o discursos alternativos que permitan la emancipación, crítica o resistencia, proponiendo soluciones concretas a problemas sociales específicos (Teun van Dijk, 2016; Norman Fairclough, 2018, en Diego Palacios, 2020 y Johanna Vargas, 2020).

Según lo anterior, el objetivo del presente estudio es develar los elementos hegemónicos, tradicionales o conservadores que se encuentran presentes en la normativa que regula el aborto en tres causales, o su despenalización absoluta, así como también sus posibilidades de cambio, crítica y resistencia por medio de aperturas restaurativas y que impliquen visibilizar posturas ideológicas contrarias a la actual legislación, descubriendo asimetrías sociales y de género que en mayor medida afectan a las mujeres de condición vulnerable, quienes, en situación de embarazo no deseado, sufren un abrupto cese de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hasta 2017, Chile era uno de los cinco países en el mundo que mantenía una prohibición absoluta frente al aborto, situación que involucraba su penalización y creaba problemas sociales y sanitarios. La OMS (2016) define “aborto” como “la interrupción de un embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente. Esta interrupción puede ser espontánea o provocada”, para ser viable fuera del vientre materno el feto debe tener un peso de nacimiento mayor a 500 gramos o más de 22 semanas de gestación.

La OMS (2020) indica, que, en el mundo de un total de 193 países, el 98% de ellos permite el aborto para salvar la vida de la madre, 67%

para preservar la salud física, 65% para preservar la salud mental, 47% por violación o incesto, 46% por malformaciones fetales, 34% por razones económicas o sociales, y un 30% por requerimiento de la madre.

En esta misma línea, existe una relación inversa entre el acceso a control de natalidad y el número de abortos en un país, así, en Chile, a partir de 1965 se introdujo la anticoncepción en la atención primaria de salud, se provocó una significativa disminución de la mortalidad materna y se colaboró al aumento del aborto inducido por fármacos (OMS, 2019).

Mundialmente se estima que 42.6 millones de abortos provocados se realizaron en todo el mundo en 2020, además, la OMS informa que 70.000 mujeres mueren al año por las complicaciones de un aborto inseguro. Y que entre 2 y 7 millones sufren complicaciones y enfermedades graves y prolongadas (aborto incompleto, sepsis, hemorragias y lesiones en los órganos internos, como perforación o desgarro del útero). Lo que significa que 48% de los abortos son inseguros, en su mayoría en países del tercer mundo. Así en aquellos países donde el aborto se encuentra restringido y penalizado, como ocurre en Chile, existe el aborto en condiciones de riesgo, definido por la OMS como “aquel procedimiento para terminar un embarazo no deseado practicado por personas que carecen de las calificaciones necesarias o que es practicado en un ambiente sin las mínimas condiciones de seguridad médicas, o ambos”.

De este modo, el aborto fue la principal causa de muerte en todo el mundo en 2019, con más de 42 millones de procedimientos para terminar con la vida, según estadísticas compiladas por Worldometers. Utilizando esos datos, el sitio LifeNews informó un estimado de 42.3 millones de muertes atribuidas al aborto. En comparación, 8.2 millones de personas murieron de cáncer en 2019; 5 millones por fumar; 13 millones por enfermedad, y 1.7 millones murieron de VIH, para un total combinado de 27.9 millones de muertes (Steven Ertelt y Micaiah Bilger, 2019).

Las cifras de abortos no son tan confiables debido a su ocultamiento y dado que en los egresos hospitalarios por aborto se incluyen tanto los espontáneos como inducidos. En Chile se registran alrededor de 33.000 abortos al año, según el MINSAL (2020).

Así también en materia del aborto como delito, según datos del Ministerio Público, desde el 23 de septiembre de 2017, cuando fue publicada la Ley 21.030, y hasta el 31 de diciembre de 2020, el organismo ha recibido 474 denuncias por delitos de aborto. Estas incluyen en su mayoría

a mujeres, así como a terceros o a facultativos involucrados en la acción (Bárbara Hass, 2021 y OMS, 2019).

Ya en 2016, se estimaba que el costo anual por estos abortos peligrosos supera los \$680 millones, donde casi todas las defunciones y complicaciones derivadas de éste, se podrían prevenir mediante la educación sexual, el uso de métodos anticonceptivos, el acceso a servicios de aborto provocado seguro. Estudios demuestran que la mayoría de las mujeres que se practican aborto son trabajadoras y de sectores populares, jóvenes de entre 15 y 29 años y muchas que ya tienen dos o tres hijos previos, lo que muestra un problema de vulnerabilidad social (OMS, 2016).

Desde otro enfoque más causal, podemos observar que la relación género y aborto, indican que, en el caso de la mujer en Latinoamérica, su prohibición está vinculada a la represión de la sexualidad femenina, remitida exclusivamente al ámbito de la reproducción. La negativa de la pareja a utilizar medidas de protección obliga a la mujer a recurrir métodos anticonceptivos, que no siempre son de fácil acceso, dañan su salud y a veces fallan, también la mujer es víctima de embarazos producto de violaciones, hechos que impiden un manejo efectivo de la propia fertilidad (Claudia Donoso, 2016, p. 162). Asimismo, Aníbal Faúndez, y José Barzelatto (2004) dan cuenta de que “las leyes restrictivas condenan habitualmente sólo a la mujer y ejecutor del procedimiento de aborto, olvidándose del hombre que es responsable del embarazo no deseado”. Ya que muchos exigen a la pareja recurrir a un aborto riesgoso, especialmente a aquellas más vulnerables socialmente.

La OMS, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la ONU contra la Tortura, entre otros, han declarado que la penalización del aborto cuando la vida o salud de la madre corren peligro o cuando el embarazo es producto de una violación, constituye un acto de tortura.¹ Este tema afecta los derechos subjetivos, que reconocen a su titular, prerrogativas que sólo pueden ser limitadas con el fin de proteger otros derechos humanos (John Rawls, 1971, p. 204), los que no pueden restringirse con el fin de salvaguardar intereses colectivos.

¹ Véase, *Comité contra la Tortura de Naciones Unidas*. Informe emanado por el Comité reunido en su 42 periodo de sesiones en Ginebra e informe presentado por Nicaragua, junio de 2009.

vos, religiosos o ideológicos. Lo que implica que, para decidir sobre la legitimidad del aborto, debemos identificar, la contraposición entre los derechos humanos de las mujeres y el del embrión o feto en tanto persona o, si esto no es posible, al menos considerarlo como ente independiente con algún interés jurídicamente protegible.

IV. TRATAMIENTO DEL ABORTO EN CHILE

Chile históricamente desde su constitución como República, concibió el aborto como delito, incorporándolo en el Código Penal, de 1874, conforme al modelo español, con una tendencia moralista que ubica este delito en el título VII denominado “Contra el orden de las familias y la moralidad pública”. Ahora bien, el Código Sanitario en su artículo 119 contemplaba el aborto terapéutico, cuando el embarazo ponía en riesgo la vida de la madre, norma que fue modificada en 1989, durante el gobierno militar, poniendo fin a una regulación vigente durante más de 50 años, estableciendo que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Sin embargo, en Chile de acuerdo con la *lex artis* de la práctica médica, el embarazo se interrumpía igual en los casos extremos de riesgo de vida de la madre, pero se evitaba llamar a esto aborto (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

Situación que hizo crisis por la desprotección que sufría la mujer a nivel social y económico, por las prácticas ilegales de aborto, las que causaban graves consecuencias de salud como esterilidad, muerte, hemorragia, infecciones, shock, útero perforado, y pérdida de otros órganos, y la preponderancia que toma el tema el género en nuestra sociedad, comenzó en 2015, durante el gobierno de Michelle Bachelet, la tramitación en el Congreso del proyecto de ley sobre la despenalización del aborto en tres causales, y se aprobó por la Ley 21. 030, promulgada en diciembre de 2017, en coherencia con la recomendación que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales hizo a Chile de revisar su legislación sobre el tema. Esta normativa optó por establecer causales combinadas con plazos (Claudia Dides, 2006), que es una de las formas para la despenalización del aborto, a diferencia de la que trata sobre plazos de interrupción del embarazo, sin necesidad de justificar el motivo.

La despenalización del aborto en tres causales causó mucha conmoción en el país, ya que existía un porcentaje del 23% de la población

que estaba en desacuerdo con el aborto y el 73% estaba en favor en casos de riesgo de vida de la mujer, violación e inviabilidad del feto (Adimark, 2014).² La última encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP) publicó (2018) que el 71% de los chilenos apoya la interrupción del embarazo en tres causales. El sondeo, que comprende el periodo octubre-noviembre, ratifica que la discusión sobre el tema tiene matices no sólo en lo político, sino que también en lo social, mostrando las posiciones valóricas existentes en el país, donde hay diferencias de opiniones según género, edad y zona del país.

El análisis detalla que el 8.1% de los hombres y el 6.6% de las mujeres considera que el aborto debe estar permitido en cualquier circunstancia (en el sector socioeconómico alto la tasa llega al 12.5% y en el bajo sólo al 3.9%). En tanto, el 8.7% de los encuestados dijo que apoya la medida durante las primeras semanas de embarazo y otro 54.7% en casos especiales.

Asimismo, el informe plantea que 27.9 % de las mujeres considera que debe estar siempre prohibido. La mayoría de las opositoras tienen 55 años y más. En tanto, los hombres de clase media, entre los 18 y 24 años, son los que más apoyan esta práctica, con un 10%.

Al respecto, Ricardo González (2018), coordinador del área de Opinión Pública del CEP, explica que: “por un lado, las personas que asisten con más frecuencia a misa se oponen con más fuerza al aborto, posiblemente porque esta política está en conflicto con sus creencias. Por otro lado, los individuos con valores emancipadores, que son más proclives a la igualdad de roles de género en el hogar y tienden a percibir más positivamente la inmigración, tienden a apoyar el aborto”.

Otra diferencia se puede ver en la posición política. El 13.7% y 13.8% que se declara de centro y de izquierda, respectivamente, dicen ser opositores a esta práctica, mientras que el 37.7% que se define como de derecha rechaza el aborto.

Sobre este tema, la socióloga del Observatorio de Género, Teresa Valdés (2018, p. 12), señala que “es muy importante no perder el foco, ya que el 71% apoya las tres causales y ese es el derecho conquistado y que el Es-

² Encuesta: Evaluación de Gestión de Gobierno, junio de 2014. Adimark. http://www.adimark.cl/es/estudios/documentos/4_eval%20gobierno%20jun_2014.pdf, consultado el 3 de septiembre del 2017.

tado debe garantizar. Si se compara con otras encuestas, hay un incremento en el apoyo a la interrupción voluntaria del embarazo por decisión de la mujer”.

El análisis del CEP (2018) indica que el nivel socioeconómico también incide en la visión de los chilenos en este tema. Del porcentaje de hombres y mujeres que declararon que el aborto debe estar prohibido en toda circunstancia, el 32.1% pertenece al estrato socioeconómico bajo, superando la cifra de los opositores de nivel socioeconómico alto, que alcanza el 29.8%. Ricardo González (2018, p. 14) detalla sobre este ítem de la encuesta que:

estas creencias (contrarias al aborto) aparecen en las personas con altos niveles de educación, del socioeconómico medio y alto y nacidos después de 1980, lo que tiene sentido, pues la masificación de la educación superior y el progreso material se aceleraron desde esa época en adelante. Al final, el nivel socioeconómico bajo puede estar asociado a menor educación y, por esa razón, el rechazo al aborto es más alto.

Camila Maturana, abogada de Corporación Humanas (2018, p. 10), al ser consultada por los resultados del sondeo, afirma que se debe bajar el perfil a los resultados, pues “no son demasiado novedosos. Desde hace muchos años que en Chile los estudios de opinión muestran que la proporción de la población que es contraria a toda posibilidad de decidir de las mujeres es minoritaria, y eso se demuestra con que la mayoría, finalmente, está a favor del aborto en tres causales” (Tamy Palma, 2018).

En 2017, una muestra cuantitativa de 289 personas de Temuco, en el Sur de Chile, sobre la percepción de la interrupción del embarazo como delito bajo cualquier causal, durante el debate de la Ley 21.030, contestó a un cuestionario sobre categorías sociales y su percepción de la gravedad de 15 conductas como delito. Para la fase cualitativa se realizaron 12 entrevistas semiestandarizadas sometidas a análisis de contenido, incorporando algunos elementos de la teoría fundamentada desde la perspectiva constructivista. Consideran el aborto como un delito entre grave y extremadamente grave. Las personas religiosas, sin importar el tipo de religión, políticamente conservadoras y con menor nivel educativo, presentan una percepción del aborto como delito de mayor gravedad, y por ende se observa una tendencia a rechazar el aborto (Beatriz Pérez, Johanna Sagner-Tapia y Herman Elgueta, 2020).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

Ahora bien, respecto de la Ley 21.030, de 2017, y la despenalización del aborto por causales, la primera causal: riesgo de vida de la madre: “Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”. Se busca permitir que la mujer tenga acceso a los tratamientos médicos necesarios para preservar su vida, aun cuando la realización de estos implique la interrupción del embarazo. Para realizar la intervención, se deberá contar con un diagnóstico médico, y en caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, los médicos o instituciones que hayan invocado la objeción de conciencia no podrán excusarse de realizar la interrupción del embarazo, en caso de no haber otro médico cirujano disponible para realizar la intervención (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

La segunda causal se refiere a la inviabilidad fetal, es decir, en los casos en que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, la mujer podrá decidir si interrumpe o no su embarazo, para lo que deberá contar con dos diagnósticos previos y escritos de médicos especialistas. Si bien durante la discusión parlamentaria se habló de la anencefalia o la preeclampsia severa, el texto legal no enumera patologías debido a que dependerá de la evaluación médica, quedando lógicamente el síndrome de down y otras discapacidades fuera de esta causa (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

La tercera causal es si el embarazo: “Es resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”, porque ellas demoran más tiempo en saber que están embarazadas. La violación como causal de aborto es una causal bastante innovadora que constituye una acción efectiva que protege a la víctima del resultado de la violencia sexual (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

Respecto a los casos que han constituido una causal en el marco de la Ley 21.030, se registran 35 en 2017; 732 en 2018 y 350, en el primer semestre de 2019.

CASOS REPORTADOS PAÍS / POR PERIODO Y CAUSAL (MINSAL, 2019)

	2017 (septiembre-diciembre)	2018	Primer semestre de 2019*
Causal 1	1	262	108
Causal 2	20	346	192
Causal 3	14	124	50
Total	35	732	350

FUENTE: DEIS. Minsal, 2019.

Los resultados publicados por Ministerio de Salud en Chile, sobre la implementación de la Ley 21.030, con datos de 2018 al 15 de octubre de 2020, revelan que se han practicado más de 2000 abortos, en su mayoría asociados a la inviabilidad fetal (49.6%), seguido del riesgo para la salud de la mujer (32%) y la violación (18.4). La mayoría de ellos, se han producido en los establecimientos públicos de salud. Sin embargo, los porcentajes se invierten cuando las cifras se focalizan sólo en los casos de niñas y adolescentes. Así, de los 144 abortos que se han realizado a niñas menores de edad en este periodo, 82.6% ha invocado la causal de violación.

Respecto de los menores de 14 años, además de su propia voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de uno de sus representantes legales. En el caso de que éste se niegue, la niña asistida por un equipo médico podrá solicitar la intervención de un juez para que se constate la causal invocada. (Rodolfo Figueroa, 2013)

La ley estipula que la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento optativo en las tres causales, durante el periodo de discernimiento (es decir, mientras decide si interrumpir su embarazo o no) y después de la toma de decisión, el que incluirá acciones de acogida, así como apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico. En el caso de decidir por la continuación del embarazo la mujer podrá autorizar la entrega de información y la activación de redes de apoyo (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

Finalmente, en Chile al igual que en otros países de la región, la práctica del aborto ha variado en los últimos años a partir de la utilización

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

del Misoprostol para interrumpir el embarazo (Human Rights Watch, 2005). Esta droga es una prostaglandina utilizada en gastroenterología y se encuentra disponible en más de ochenta países del mundo por su capacidad para provocar contracciones uterinas. Comenzó a ser utilizada para una variedad de indicaciones en ginecología y obstetricia, que incluyen la inducción del trabajo de parto, la maduración cervical, el aborto en el primer trimestre, el tratamiento de la hemorragia posparto y la evacuación de huevo muerto y retenido, etcétera (Aníbal Faúndes *et al.*, 2005, p. 10).

La opinión pública chilena exigió durante los últimos años una revisión de las leyes en torno a la despenalización del aborto, argumentando que no era posible imponer visiones particulares al resto de la sociedad y que era necesario paliar la discriminación que los abortos ilegales e inseguros generaban, debiendo incorporarse una perspectiva de género como política pública que permeara al embarazo y el aborto, entendiendo que el derecho al aborto seguro debía ser concebido como un derecho de las mujeres. Sin embargo, aún no se han dictado los reglamentos y políticas públicas para acompañar a las mujeres en este proceso.

Algunas de las razones que se invocaban en oposición a la despenalización del aborto en las tres causales aceptadas en Chile y comunes en la mayoría de las legislaciones del mundo era que el paso siguiente sería propiciar el aborto sin causales, sólo con el límite de plazos, lo que produce rechazo en una parte importante de la población nacional, afirmándose que esta modificación no ayudaría a disminuir las muertes maternas, o reducir las violaciones, o mejorar la calidad del diagnóstico prenatal en nuestro país. Postura frente a la que se ha sostenido, que la legislación no obliga a nadie a practicarse un aborto y que no se puede esperar de ella la disminución de estos males endémicos, ya que no fueron esos los objetivos planteados al aprobarse esta ley (Jun Pablo Beca, 2014).

También se ha argumentado acerca de que el derecho a la objeción de conciencia que contempla esta nueva ley, para los médicos representa un derecho personal a rechazar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas por considerarlas contrarias a las creencias personales, éticas o religiosas, lo que no puede entenderse como un derecho para las instituciones, que no son poseedoras de conciencia, pero que, sin embargo, pueden definir sus normas por acuerdos internos conforme a su misión, ideales valóricos y códigos de ética institucionales, respetando las objeciones

de conciencia de sus profesionales y el marco jurídico vigente. Las instituciones privadas pueden hoy negarse a ofrecer esta prestación siempre que se organicen para que las personas puedan ser atendidas oportunamente en otra entidad. La institución pública, en cambio, no puede negarse a entregar esta prestación, debiendo procurar que en su equipo de salud existan funcionarios no objetores (Sofía Salas Sofía *et al.*, 2016).

V. EL ABORTO CONSIDERADO COMO UN CONFLICTO SOCIAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El aborto podemos concebirlo como un conflicto, entre el Estado, junto a la sociedad que lo considera un ilícito y la mujer que decide abortar, enfrentada a sus consecuencias sociales, jurídicas y psicológicas, estrechamente vinculadas entre sí, que son causas y efectos unas de otras recíprocamente, las que se originan prioritariamente en las desigualdades sociales, provocadas por la pobreza y el desamparo, que emanan de la falta de educación sexual y la pérdida de recursos de control social informal de la mujer, como son las redes de contención familiares, de la comunidad cercana, amigos, vecinos y compañeros de trabajo, entre otros (Juan Bustos, 2005, pp. 25-27).

Adicionalmente, una de las consecuencias psicosociales que produce el aborto, que opera en ciudades conservadoras, o con fuertes tintes ideológicos, es la discriminación y desarraigo social, como sanción moral a las mujeres que se practican un aborto, las que, sin perjuicio del dolor que sufren por su pérdida y la sensación de culpa, se ven enfrentadas a una pena (Lidia Casas, 2019).

Cómo podríamos entonces señalar a la mujer como ofensora o culpable en el aborto, si existe una estrecha relación entre la incidencia de sus prácticas y las deficientes condiciones económicas, sociales y culturales que ofrecen los países a sus ciudadanos, entendiendo que las regiones con alta incidencia de abortos se caracterizan por ser más pobres (Violeta Bermúdez, 1998, p. 51).

En concreto, el aborto también evidencia inequidades sociales, las cuales son estudiadas por las teorías críticas, que posibilitan pensar los conflictos socio-jurídicos desde el contexto de producción, criticando la aplicación de modelos y acciones generadas en otros lugares (Alfredo Falero, 2020). Según lo anterior, los estudios alusivos a problemas relativos

al género y exclusión encuentran sustentos epistemológicos en los estudios referidos a movimientos sociales en la región latinoamericana, los cuales fueron pioneros en priorizar temas asociados a la lucha por derechos básicos, así como también posicionaron la voz de grupos excluidos, siguiendo las propuestas de Alain Touraine y Juan Rivera Vargas (2017) y Danilo Martuccelli (2020).

Por otra parte, la noción de gubernamentalidad (Michael Foucault, 2006) que refiere a las prácticas biopolíticas que modelan las conductas de las personas, producen y performan los modelos mentales que dan vida a los discursos, permite comprender a los discursos hegemónicos como marcos de inteligibilidad específicos sobre los cuales se producen, tanto los textos políticos y jurídicos, así como también las prácticas discursivas y acciones específicas de los sujetos. Por lo mismo, el discurso político entorno al aborto produce y modela comportamientos, ya sean hegemónicos, contrahegemónicos o disidentes.

Diversas corrientes teóricas permiten comprender los conflictos sociales asociados a asimetrías e inequidades. La primera es la funcionalista, en la cual el conflicto social rompería con el orden, por ende, surge de una disputa que puede provenir desde diversos orígenes. En contraposición a dicho enfoque se encuentra la visión marxista, la cual asume dichas disputas a luchas de orden económico-social (Theo Calvagno, 2020). Así, bajo esta visión del conflicto, los grupos sometidos buscan estrategias que les permitan liberarse de la dominación y explotación, por ende, el conflicto social es racional e inherente a la existencia humana, mientras que, desde la perspectiva funcionalista, sería irracional y, por ello, se debe evitar.

Una tercera teoría del conflicto social, y sobre la cual se erige el presente estudio, proviene desde el posestructuralismo, la cual se sustenta en la constitución de identidades por medio de la lucha de poder, poniendo énfasis en el texto, lenguaje, modos discursivos y posicionamientos políticos desde una mirada más bien fragmentaria (Theo Calvagno, 2020), siendo el género y los derechos de las mujeres uno de los ejes temáticos abordados desde esta perspectiva (Judith Butler, 2018).

Según lo anterior, para aproximarse a la multidimensionalidad del fenómeno asociado a la despenalización del aborto, así como también al acercamiento hacia visiones restaurativas, las posturas posestructuralistas ofrecen posibilidades de cambio y resistencia, siendo los planteos pro-

venientes de órganos internacionales de derechos humanos los discursos que visibilizan la vulneración de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres efectuando importantes observaciones respecto a las leyes nacionales que lo tipifican, puesto que, en algunas naciones, éstas operarían como freno para el acceso de las mujeres a prestaciones sanitarias (Observación general 22 del Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales [DESC]).

De este modo, y aunque el derecho a la vida se encuentra resguardado, dicha protección no es absoluta, puesto que los órganos internacionales aseveran que la protección prenatal debe estar en consonancia con el derecho de la madre a la vida, la integridad física, la salud y la vida privada, así como con los principios de igualdad y de no discriminación (Unión Europea, 2016; 2019).

El Comité de DESC de la ONU sugiere en la Observación general 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12) que, para la plena realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, se necesita modificar o derogar leyes que impiden la consecución de la igualdad sexual y reproductiva. Por lo que para algunos autores, se requiere, tanto la prevención de embarazos no buscados, así como también la despenalización del aborto, frente a las leyes restrictivas del aborto, garantizando el acceso al aborto sin riesgo y respetando la autonomía decisional de las mujeres respecto a su salud sexual y reproductiva (Comité DESC, 2016, p. 8).

Esta opción, para una de las autoras invisibiliza el conflicto, razón por la que, si bien es aceptable la opción de despenalizar el aborto, este fenómeno no debe normalizarse y es necesario tratarlo como un conflicto social, el que debe resolverse mediante mecanismos propios de la justicia restaurativa, que lo trabajen en un proceso participativo, entre el Estado, la mujer y la comunidad.

El Estado de Chile, tras el retorno a la democracia, ha adherido una serie de convenciones internacionales alusivas a los derechos humanos. Así, desde la perspectiva posestructuralista, las políticas públicas y observaciones emanadas desde entidades que consagran los derechos humanos, dichos discursos actuarían como un entramado que modela y define los comportamientos de las personas, puesto que, de alguna manera imponen saberes, prácticas y nociones que, objetivamente, van determinar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

el actuar de las personas, ya sea para dar fiel cumplimiento a las normas o, por el contrario, para abrir espacios de disidencias y resistencias. Por lo mismo, la visión punitiva, criminalizadora y hegemónica propicia también la aparición de otras posturas que aluden a cómo los sujetos sociales se acoplan o no a un sistema de poder.

En resumen, la despenalización del aborto desde una visión jurídica restaurativa es un modo de apelar y criticar el pensamiento hegemónico inmerso en las políticas públicas y marco regulatorio de éste y que colisionan con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, perpetuando desigualdades históricas entre géneros y reproduce esquemas sociales inequitativos.

A partir del ACD del texto legal chileno, de las propuestas e investigaciones internacionales y de estudios críticos postestructuralista alusivos a grupos sociales, discurso, feminismo y otras temáticas que abordan disidencias y desigualdades, es factible evidenciar que el aborto constituye un problema que puede ser abordado multidisciplinariamente, siendo el discurso bioético el que ha primado desde los sectores políticos más conservadores. Dicho de otra forma, los valores en conflicto se sustentan principalmente en torno a la protección de la vida del que está por nacer, principio de no maleficencia, por un lado, y, por otro, el respeto de la autonomía de la madre sobre el control de su salud sexual y reproductiva (Maximiliano Portales, 2020).

Así según la doctrina “los países con leyes que restringen severamente el acceso al aborto legal seguro violan los principios de no maleficencia y beneficencia, ya que estas restricciones aumentan el daño que sufren las mujeres y la sociedad, sin disminuir el número de los abortos” (Claudia Donoso, 2016).

De este modo, surge una antigua discusión al respecto de si el feto o embrión es persona y posee derechos, lo cual se inicia según la determinación de cuándo se es persona, verdad que no está probada por la ciencia. Hay teorías que plantean que la vida de la persona y la posesión de plenos derechos comienza desde la fertilización del óvulo, hasta el otro extremo que plantea que sólo cuando se separa del cuerpo de la madre (Aníbal Faúndez y José Barzelatto, 2004). Una postura intermedia, establece que “el embrión es una persona a medida que adquiere cualidades sistémicas” (Lydia Feito, 2012). Otros autores (Alejandra Zúñiga, 2011 y 2020) afirman que los embriones son sujetos de derechos, pero no po-

seen los derechos de un ser humano. Tienen un derecho genérico a la existencia, pero carecen de derechos individualmente considerados. La Constitución chilena tiene una postura moderada, ya que, en el artículo 19, establece que “la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”. Refiriéndose a personas, no a fetos, ni a embriones. Y aunque si bien también garantiza el derecho a la vida del no nacido, tipificando en el Código Penal al aborto como delito, no lo ubica en el título de crímenes contra las personas. Asimismo, la pena por el delito de aborto es menor a la pena por homicidio, lo que evidencia que el legislador considera de mucho mayor gravedad dar muerte a una persona que a un feto (Isabel González *et al.*, 2016).

En cuanto a los principios y reglas morales de Tom Beauchamp y James Childress (2002 y 2019) plantean que no deben emplearse éstas para formular o criticar políticas públicas, no se puede afirmar que un acto o norma es moralmente correcto o incorrecto. Así, podemos argumentar que el aborto es moralmente incorrecto sin por ello suponer que la ley deba prohibirlos o negarles fondos públicos para su aplicación. Ocurre que las políticas públicas se vuelven injustas, y deshumanizadas, cuando intentan establecer leyes sobre la base de principios morales absolutos, sin reflexionar acerca de las circunstancias de los afectados por las normas (Maximiliano Portales, 2020). Razón por lo que el negar el acceso al aborto seguro, en ciertas causales y periodos, atenta contra la justicia distributiva de las personas más vulnerables, lo que, según John Rawls (2002, p. 43), permitiría desigualdades, afectando las cuotas de bienestar de los menos favorecidos. Es decir, más que legislar y aplicar penas, el desafío está en “cómo y hasta dónde sería posible pensar de otro modo” (María Fernández, 2016, p. 107).

Si observamos el aborto como un conflicto social, entonces existiría una debilidad legal que a la vez se constituye en actos de desigualdad y discriminación. De la misma manera, la penalización del aborto lesiona el principio formal de justicia, el cual declara que “los iguales deben ser tratados igualmente, y los desiguales deben ser tratados desigualmente” (Alejandra Villavicencio, 2008, pp. 35-36). Y si bien se podrá decir que efectivamente en Chile todas las mujeres embarazadas que solicitan un aborto son tratadas igualmente, negándose a todas ellas el procedimiento que no corresponda a las tres causales autorizadas, las mujeres con ingresos más elevados podrán optar a intervenciones seguras, ya por-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

que viajan a otros países o bien disfrazar esta intervención por otra enfermedad en clínicas privadas.

No obstante, y de acuerdo con lo que afirma Carlos Nino (1987) dicho trato desigual debe ir en beneficio de aquellas personas menos aventajadas. Por lo mismo no basta con la despenalización de esta práctica, sino que también se debe garantizar dichas prestaciones seguras, en los plazos correspondientes, en los servicios públicos de salud.

Los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos humanos que los Estados deben resguardar. Sin embargo, la mirada conservadora ha invisibilizado persistentemente a la mujer y su cuerpo. De igual forma, esta subjetivación la transforma en un sujeto de derechos hasta el momento de la concepción, puesto que, el embarazo es un cese para la autonomía respecto de su cuerpo y pleno ejercicio de sus derechos, coartando su libertad. Por otra parte, frente a un embarazo no deseado, la mujer queda en un estado de vulnerabilidad, económica, física y psíquica no abordada por la ley, remitiéndose a procedimientos y modos de operar del cuerpo médico, sin aludir a los problemas que enfrenta la mujer y su pareja. Más aún, no hace referencia al rol decisional del progenitor, lo cual emerge como una evidencia de desigualdad y asimetrías, perpetuando estereotipos de géneros y que reproducen roles arcaicos que asumen que el cuidado del otro es un rol femenino.

Por otra parte, si el Estado opta por dar a sus ciudadanos el libre acceso al aborto, entonces estaría asumiendo la obligación de entregar una alternativa válida a la cual recurrir, la cual posibilita pensar en abortar según las condicionantes que enfrenta cada mujer, lo cual implica garantizar a todas aquellas que no quieren o no pueden tener a su hijo, el cuidado y la custodia de éste, lo que no ocurre en Chile, donde no se ha dado solución a las consecuencias propias de la pobreza, exclusión y marginalidad y que remiten al abandono real o figurativo que vivencian los niños dentro de su propio hogar o en los centros de acogida.

Así, la falta de cuidados, educación e inserción social no les permite un grado aceptable de bienestar (Miguel Kottow, 2005), lo cual atenta consistentemente con los derechos humanos de los niños y adolescentes, siendo aún más compleja la situación para quienes se encuentran en establecimientos dependientes del Servicio Nacional de Menores.

Tendencias más exigentes afirman que el Estado, para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y el control y ejercicio

de la maternidad, debiera contemplar la opción de interrumpir un embarazo cuando la mujer lo estime conveniente, ya que, conforme a la democracia, equidad y respeto de los derechos humanos no se puede obligar a nadie hacer algo que no quiera (Leonel Briozzo, 2003 y 2020). Argumentos que, según la Conferencia del Cairo, no promueven realizar abortos como un método de planificación familiar, sino que entienden la despenalización del aborto como forma de reconocer la libertad de la mujer en el manejo de su vida reproductiva, cuyo control no puede estar condicionado por el nivel socioeconómico, ni por el sistema moral de terceras personas.

Esta tendencia argumenta, que la mujer es dueña de su propio cuerpo y de que el feto no es claro que sea un ser humano, por tanto, puede ser expulsado del vientre materno y terminar con su existencia (Enrique Oyarzún, 2015). Dado que no existe consenso respecto del momento en que el embrión adquiere su condición de ser humano, que puede ser durante la fecundación, implantación uterina, inicio del desarrollo del sistema nervioso u otros.

Claudia Dides (2006) señala que, desde la bioética, habría tres criterios para determinar el estatuto del embrión y la noción de persona: el criterio biológico, según el cual la persona existe desde la fecundación; el criterio de la autonomía de la voluntad, según el cual la personalidad se adquiriría bastante tiempo después de nacido el ser humano, y un tercer criterio filosófico, conforme al cual el embrión es persona, pero no tiene los mismos derechos que los nacidos.

Así, permitir el aborto se puede fundar en que: el *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida, o el *nasciturus* es persona, pero los derechos de la mujer priman sobre los suyos, o la vida del *nasciturus* es valiosa, pero los derechos de la mujer tienen prioridad sobre ella. De esta manera surge el conflicto de la ponderación de derechos, debiendo resolver el conflicto en favor de uno de los titulares.

También se ha evaluado en qué condiciones es legítimo que el Estado obligue a una mujer a persistir en su embarazo, que es inexigible en caso de violación, o cuando el feto es inviable, situación económica muy precaria de la madre, o cuando el embarazo pueda amenazar su vida o su salud (Rodolfo Figueroa, 2013, p. 109). En este enfoque, no tienen relevancia los derechos de la mujer o del feto sino en qué circunstancias el Esta-

do puede intervenir en la esfera de libertad de las personas, obligándolas a observar cierta conducta (Claudia Dides, 2006).

Al respecto es interesante el ejemplo de Thomson (1992): una persona despierta un día y nota que está conectado a un famoso violinista que necesita diálisis para sobrevivir, usted puede desconectarse fácilmente, pero si lo hace el violinista muere, ¿puede el Estado exigirnos permanecer conectado al violinista en contra de nuestra voluntad? Si la mujer embarazada está obligada a reproducirse en todos los casos, convierten a la mujer en un mero medio, máquina reproductora, infringiendo el ideal kantiano de tratar a las personas siempre como un fin en sí mismas, privando a la mujer de su dignidad (Rodolfo Figueroa, 2013, p. 110).

Así se sostiene que “una interpretación que reconocen derechos a las mujeres y al embrión, debiera ir en la línea de aquel principio kantiano que defiende que los individuos son fines, no medios que puedan ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines” (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 173). De este modo, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego y el sacrificio de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que resulta inconstitucional puesto que se desconoce su dignidad y se la reduce a un mero receptáculo de la vida en gestación (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 175).

Afirma Elard Koch (2013) que el aborto es por sí mismo un acto o experiencia violenta para la mujer. Los abortos desencadenan síntomas variables y posible síndrome de estrés postraumático, a diferencia de las pérdidas espontáneas.

VI. EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE EL ABORTO

Según José Moreno (2020, p. 51) la mayoría de la doctrina concibe al aborto como un bien jurídico, sin embargo, el problema está todavía enquistado en cuándo se inicia la vida y cuándo aquello entra en conflicto con los intereses de la madre, lo cual ha sido abundantemente discutido en España, siendo bastante tardía la discusión legislativa. Sin embargo, en los países germánicos el aborto terapéutico existe desde fines del siglo XIX (P. Laurenzo, en Jorge Flores, 2020, p. 862). De igual modo, el autor señala que en dicho país existen casos en los que se practicaron abortos en fetos de estado

muy avanzado lo cual es grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer” (p. 56), lo cual, para algunos, se produce por la facilidad para burlar la ley por medio de una de las indicaciones propuestas en el artículo 417 bis del Código Penal.

Según lo anterior, surge la duda si efectivamente, el cuestionamiento respecto a las causales contempladas, tanto en la legislación chilena, como en la española, son los modos mediante los cuales lo hegemónico se inmiscuye en la vida de las personas, sin pensar en las consecuencias sociales que tendrá un embarazo y nacimiento no deseado, tanto para la madre como para el hijo. Por otra parte, las causales ya mencionadas no otorgan seguridad jurídica, lo cual ha sido señalado por Jorge Flores (2020) a la luz de experiencia comparada de la Unión Europea y estudios latinoamericanos, observando el incremento de casos y asumiendo que las causales previstas por la ley antes de las 12 semanas pudiesen ser finalmente un modo por medio del cual se defrauda a la ley.

El aborto constituye una realidad en todos los países y, por lo tanto, es necesaria su discusión, especialmente en las comunidades actuales que no reconocen códigos morales únicos o impuestos por autoridades. Las leyes son diferentes en cada país y la gran mayoría de ellas, acertadamente respeta la vida intrauterina rechazando el aborto como forma de limitar la natalidad, permitiéndolo sólo ante situaciones calificadas y con plazos definidos, condiciones que varían de un país a otro.

Por otra parte, ninguna legislación alude al riesgo de salud mental, tanto de la posible madre como del niño después de nacer, discusiones que no han sido abordadas y que, efectivamente, es un problema social conexo a otros conflictos psicosociales relevantes y que surgen a partir de frutos de una infancia desprotegida.

En cuanto a la realidad latinoamericana, dos estados de México: Ciudad de México y Oaxaca, permiten la interrupción legal del embarazo, hasta las doce semanas de gestación. La despenalización del aborto en dicho país se llevó a cabo en 2007, siendo hasta 2002 su regulación de competencia federal. Así, los códigos penales federales fueron el antecedente del proceso legislativo local que culminó con la despenalización del aborto hasta antes de las doce semanas de gestación (Claudia Robles, 2010 y Lorena Correa, 2019). Así también en Uruguay, aceptan el aborto con límites referido sólo a plazos desde 2012 y en Argentina el Senado aprobó

el proyecto de acceso a la interrupción legal del embarazo, hasta la semana catorce de gestación, y con atención posaborto en 2020.

En otros países, como Estados Unidos, Noruega y Suecia también aceptan el aborto con límites referido sólo a plazos y escasos países prohíben el aborto inducido por cualquier causa: El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Malta y El Vaticano (Juan Pablo Beca, 2014).

África por su parte, mantiene una política restrictiva respecto al aborto, con la excepción de Sudáfrica, donde existe la ley, de 1997, de “Libre Elección respecto a la Interrupción del Embarazo”³ durante las primeras doce semanas de gestación. Esto ha logrado, según la Organización para la Salud de las Mujeres, reducir en un 91% la mortalidad materna y en 50% las lesiones (Promsex, 2010).

En cuanto al plazo, las investigaciones médicas indican que los fetos son capaces de sentir dolor entre seis y siete meses de embarazo, puesto que las estructuras cerebrales son las últimas en formarse durante la gestación (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 172), teoría apoyada por el Informe del Colegio de Bioética de México (2007, p. 8). Por esto, el límite legal para realizar abortos en la mayoría de los países de Europa es de 12 semanas, a diferencia de Chipre en que el límite es de 28 semanas, en ciertas circunstancias y en Finlandia, el Reino Unido y Holanda son 24 semanas. El resto de los países fluctúa entre las 12 y 22 semanas (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 173 y Lorena Correa, 2019).

La Asamblea Mundial de la Salud, en 2004, afirmaba que: “el aborto inseguro, es una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas, y que debe abordarse como parte del objetivo de desarrollo del tercer milenio para la mejora de la salud materna”. Y de esta manera, “si bien la reproducción humana y sus consecuencias constituyen asuntos del ámbito privado, relacionados con la vida afectiva de las personas, se convierten en un tema político cuando su ocurrencia hace surgir la necesidad de elaborar políticas públicas” (Claudia Dides, 2006, pp. 219-229 y Lorena Correa, 2019).

Específicamente, los países deben promover leyes que permitan el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, siendo parte de éstos el acceso a un aborto legal, seguro y gratuito, lo cual es propuesto en la Ob-

³ Véase el mapa de Reproductive Rights, disponible en <http://www.worldabortionlaws.com/map/>. Última visita el 28 de mayo de 2017.

servación general 22 (2016) sobre derechos sexuales y reproductivos, en la cual el Comité de DESC estableció en los párrafos 35 y 36 que los Estados deben eliminar acciones que reproduzcan los estereotipos de género. De igual forma, la Observación general 36, de 2018, sobre el derecho a la vida se constituye en el documento más reciente publicado por el Comité de Derechos Humanos (CDH) para pronunciarse respecto al término del embarazo y la dignidad, por ende, se concibe por primera vez la dignidad de la perspectiva de la mujer.

Ahora bien, no se asume al aborto como un derecho independiente, sino apunta a la interrupción voluntaria del embarazo según circunstancias, abriendo la puerta a la esfera decisional privada y en conciencia, sin exponer la integridad física y psíquica de la mujer, pero no visibilizando al progenitor. Pese a esto, es un paso para la comprensión del conflicto social desde enfoques distintos al punitivo y bioético, de arraigo conservador y que reproduce desigualdades e inequidades sociales y de género.

Algunas buenas prácticas que se destacan en países donde se acepta la interrupción del embarazo a solicitud de la mujer, dentro de ciertos plazos, es la implementada por Uruguay, que establece en la Ley 19.987, de 2012, que el equipo médico informará sobre las alternativas al aborto provocado, de los programas disponibles de apoyo social y económico, así como la posibilidad de la adopción del hijo.

También en regiones de España con la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que un equipo interdisciplinario le otorga apoyo psicosocial e información a la mujer, para contribuir a superar las causas que la induzcan al aborto, y servicios de educación y atención de salud sexual, reproductiva y afectiva, y acceso a prácticas clínicas de planificación de la reproducción, con anticonceptivos en el sistema público (Isabel González *et al.*, 2016).

En Latinoamérica, a pesar de que se ha avanzado en la despenalización, no existen grandes progresos legislativos que comprendan el aborto como un conflicto social y que asuman las inequidades y asimetrías sociales que se exacerbaban frente a un embarazo no deseado. Por otra parte, la ONG Women's Link Worldwide (2017) señala que las políticas públicas y leyes en la región son restrictivas, no haciendo caso a las recomendaciones del CDH. Ahora bien, aunque en Uruguay, Argentina, Cuba y México el aborto está despenalizado, mientras que en algunos países como Honduras, Haití, Nicaragua y El Salvador la penalización y criminaliza-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

ción es absoluta. Por otra parte, existen países, como Chile, cuya postura es intermedia y que genera un modo discursivo, sustentado en la bioética y roles heteronormativos, regulando tres causales, sin embargo, la decisión queda en el equipo médico y, además, obliga a la exposición del caso, lo cual impone y perpetúa inequidades de género, por lo mismo, se constituye en problema social, puesto que no da cabida a otras realidades injustas o desiguales enquistadas históricamente en la sociedad, las cuales se exacerbaban con un embarazo no deseado.

Un caso que sirve de precedente para la apertura hacia una legislación con enfoque restaurativo frente al aborto es una resolución del Comité Internacional de Derechos Humanos (CIDH), que en 2007 resolvió el caso de Paulina Ramírez, de México, quien fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada y el Estado mexicano le negó la posibilidad de abortar. Ante ello, la causante solicitó la intervención del CIDH y el Estado se allanó, asumiendo, tanto compromisos como responsabilidades (Informe 21/07, Petición 161-02, 2017).

La experiencia comparada nos muestra que es necesario diseñar una estrategia para disminuir el número de abortos provocados, como la que plantea Leonel Briozzo (2003, p. 196 y 2020), que contempla tres aspectos: 1) educación en aspectos sexuales; 2) servicios accesibles y oportunos de anticoncepción, y 3) despenalización del aborto (Leonel Briozzo, p. 197), ya que la política criminal de la penalización del aborto ha demostrado ser ineficaz y no disminuir este fenómeno. Así, en América del Sur, aproximadamente 30 de cada 1,000 mujeres se hacen un aborto por año y en Holanda, donde el aborto es legal, la cifra es 8 de cada 1,000 (Zúñiga, 2017, p. 165).

VII. LA JUSTICIA RESTAURATIVA APLICADA AL ABORTO

Ahora bien, en el caso chileno, culturalmente no es tan fácil pasar de un aborto no punible en tres causales, a un aborto con límite sólo de plazos, frente a lo que podría ofrecerse una alternativa para dar respuesta a este complejo conflicto social al que se enfrenta el derecho, que no ofrezca como respuesta al aborto sólo una pena, pero que tampoco quede sin regulación del Estado, que sería una forma de desentenderse de este grave fenómeno social, e invisibilizarlo, para lo que podríamos proponer un sistema restaurativo.

Al respecto, es necesario destacar que los ideales de justicia de una sociedad deben ser vinculados a la dificultad de aplicabilidad de las normas jurídicas en materias de alta sensibilidad social como lo es el aborto, de tal manera que éste se legitime como mecanismo de regular las relaciones humanas.

Hoy se hace más difícil sostener criterios orientados a una racionalidad de contenidos del derecho, comienza a dominar una tendencia hacia una racionalidad por sus procedimientos. Las investigaciones dan cuenta de la crisis de los mecanismos clásicos de la regulación social, por lo que debe generarse la oportunidad de analizar el surgimiento de una variedad de procesos de autoorganización social más alternativos, en pro de la constitución de una ciudadanía más activa (Claudio Chávez, 2018).

La justicia restaurativa, entendida como: “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro” (Tony Marshall, 1999). Definición que es complementada con la de Theo Gavrielides (2012, p. 12), que la define como “una moral con objetivos prácticos, para la restauración del daño, incluyendo a las partes afectadas en un encuentro directo e indirecto y un proceso de entendimiento, voluntario y con diálogo honesto”. Así, dicha justicia posibilita la incorporación de una mirada distinta al proceso y principios al sistema jurídico.

Este sistema de justicia, supone la participación de la comunidad para obtener la restauración de los vínculos sociales dañados y la correspondiente reparación, con mecanismos tales como los círculos de sentencia, conferencias comunitarias, de grupos familiares, círculos de paz, convocatoria masiva y otras prácticas menos tradicionales, como la pizarra restaurativa de la comunidad; programas de compensación y restitución financiera para las víctimas; servicios personales a las víctimas y panel de impacto de la víctima/comunidad (Isabel González, 2020 y Michelle Mayorga, 2009).

Estas prácticas restaurativas asignan un rol importante a la familia y a la comunidad en la gestión y tratamiento del delito, buscando en conjunto soluciones posibles al conflicto para favorecer la calidad de vida y la convivencia social entre los miembros de la comunidad (Gordon Bazemore y Mark Umbreit, 1999, p. 48).

Por su parte Van Ness y Heetderks Strong (2001, p. 14) distinguen cuatro valores en la justicia restaurativa: el primero es el encuentro entre las partes y su comunidad de cuidado, que promueve una narrativa común de las partes, permitiéndoles facilitar el entendimiento mutuo; el segundo es la reparación del daño causado a la víctima y a la sociedad; el tercero es la reintegración de la víctima como del ofensor a la comunidad, y finalmente la participación activa de las partes en todas las etapas del proceso de resolución del conflicto (Carolina Villacampa, 2020).

Es así como podemos afirmar que la justicia restaurativa se concibe en tres líneas: una de ellas como proceso; la otra de valores y una tercera de resultados, las que otorgan la posibilidad de reunir a todas las partes afectadas por el daño sufrido, en procesos directos o indirectos de mediación, conferencias de grupos familiares, círculos de sentencia y sanación, y consejos con la comunidad, entre otros (Theo Gavrielides, 2018), para obtener un plan de reparación material, social y emocional del daño causado, que restaure sus efectos (Martin Wright, 1996, p. 26); rehabilite y responsabilice al ofensor; reincorpore socialmente a las partes prevenga futuras ocurrencias del conflicto (Jaccoud, 2005, p. 109 y Carolina Villacampa, 2020).

Esta práctica ofrece oportunidades a las partes en dos circunstancias: una, de contención —antes del delito o falta—, *previniéndolo* y evitando su reiteración y la otra, de solución y reparación —posterior al delito—, trasladando de esta manera parcialmente el control social del Estado a la comunidad de apoyo (Roberto Bergalli, 2008, p. 32).

En cuanto al objetivo del perdón, que se atribuye a la justicia restaurativa, es cuestionable en consideración a las connotaciones morales y religiosas que éste posee, las que no debieran verse vinculadas al derecho (Isabel González, 2020). Y en cuanto al objetivo de la reconciliación que también se le asigna a este tipo de justicia, no debiera ser necesariamente una respuesta esperada, sin perjuicio de haberse usado en el pasado como sinónimo de restaurativo, criticándose especialmente su exigencia en violencia de género (Mark Umbreit *et al.*, 2007, p. 385).

Por otra parte, Marshall propone doce principios aplicables a la justicia restaurativa, entre ellos se puede mencionar: el delito como un conflicto compartido que necesita una solución; la aceptación de las negociaciones y el compromiso en su solución; involucrar a todas las partes afectadas; concentrarse en la reducción de los delitos o agravios futuros;

valoración de la reparación por encima del castigo; escuchar a la víctima y al infractor; búsqueda de elementos positivos en el infractor; oportunidad de rehabilitación; atención a las emociones y aspectos materiales del conflicto y creatividad e innovación en la búsqueda de soluciones (Tony Marshall, 1999, p. 20).

Ahora bien, el aborto podemos concebirlo como un conflicto, entre la sociedad que lo considera un ilícito y la mujer que decide abortar, enfrentada a sus consecuencias sociales, jurídicas y psicológicas, estrechamente vinculadas entre sí, que son causas y efectos unas de otras recíprocamente, las que se originan prioritariamente en las desigualdades sociales, provocadas por la pobreza y el desamparo, que emanan de la falta de educación sexual y la pérdida de recursos de control social informal de la mujer, como son las redes de contención familiares, de la comunidad cercana, amigos, vecinos y compañeros de trabajo, entre otros (Juan Bustos, 2005, pp. 25-27).

Adicionalmente, una de las consecuencias psicosociales que produce el aborto, son las que operan en ciudades conservadoras, o con fuertes tintes ideológicos, que provocan discriminación y desarraigo social, como sanción moral a las mujeres que se practican un aborto, las que, sin perjuicio del dolor que sufren por su pérdida y la sensación de culpa, se ven enfrentadas a una pena (Lidia Casas, 1996),

Cómo podríamos entonces señalar a la mujer como ofensora o culpable en el aborto, si existe una estrecha relación entre la incidencia de sus prácticas y las deficientes condiciones económicas, sociales y culturales que ofrecen los países a sus ciudadanos, entendiendo que las regiones con alta incidencia de abortos se caracterizan por ser aquellos más pobres (Violeta Bermúdez, 1998, p. 51).

Es así como en el caso del aborto provocado por voluntad de la mujer y considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un delito, no podemos dejar de apreciar que ella es víctima de una realidad social no querida, frente a la cual no ha podido actuar de otra manera. Sin embargo, tampoco es razonable omitir una reacción seria por parte del Estado despenalizando el aborto sin más, invisibilizando este hecho y sus consecuencias, ya que en ambos casos ocupa la mujer y la comunidad, el mismo rol de ofensora y víctima a la vez. Razón por la que este conflicto requiere ser abordado por un sistema de justicia que dé contención y restauración a la mujer y la sociedad que han sufrido a consecuencia del aborto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

Si el aborto debe considerarse o no delito no es la principal cuestión, sino de que se trata de un conflicto social relevante, que requiere respuestas e instrumentos que ofrezcan mejores alternativas que la pena, ya que como dice Bergalli, ¿cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema jurídico, de responder con los mismos instrumentos y procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad? (Roberto Bergalli, 2003, p. 34). Por lo que podemos proponer, ocupar para su tratamiento los mecanismos que ofrece la justicia restaurativa, la cual cambia el paradigma del sistema represivo ocupado hasta ahora, por uno más humano, reparador y preventivo (Isabel González *et al.*, 2016).

Para implementar este sistema restaurativo, se podría adoptar parte de su estructura, la llamada “Ventana de la Disciplina Social”, donde frente a una infracción u ofensa se deben aplicar dos elementos fundamentales, un alto nivel de control y un alto nivel de apoyo al ofensor, para mantener la disciplina social y desmitificar la concepción del castigo (Mc Cold, 2000).

Si entendemos que la mujer que aborta ha tenido un quiebre con la comunidad, realizado un hecho no querido por gran parte de la sociedad, lo que le produce en muchas ocasiones a ella, dolor, rencor y vergüenza y requiere ser reparado mediante medidas de mitigación reales y oportunas, que se ofrezcan a la mujer reconocimiento de su dolor, falta de oportunidades, inclusión laboral y educación sexual, siendo a su vez necesario que ésta aporte a la comunidad soluciones frente al aborto, ofreciendo su testimonio, apoyo y ayuda a otras víctimas, a los estudiantes y a otras mujeres para que no sufran el mismo flagelo que ella vivió, por medio de un proyecto comunitario (Isabel González *et al.*, 2016).

Así la justicia restaurativa, probada en experiencias comparadas, permite concluir que este es un modelo que incluye mecanismos colaborativos que aportan soluciones más integrales y satisfactorias a las partes y comunidad (Burt Galaway, 1985, p. 626), otorgándoles a quienes participaron en el aborto la posibilidad de asumir su responsabilidad personal en los hechos, lo que facilitará su posterior reinserción social y disminuirá las posibilidades de reincidir en el mismo hecho.

Lo anterior permite aplicar a este fenómeno un modelo democrático, que deviene en una acción social participativa y racional, que ha sido validado por las recomendaciones de los organismos internacionales (Lucia-

na Wechselblatt, 2020.) como: Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea, el Consejo Económico y Social.⁴

Ahora bien, dado que en el caso de un aborto se confunde la víctima y el ofensor, compartiendo la mujer que aborta y la comunidad esta calidad, parece más apropiado utilizar mecanismos restaurativos que incluyan a la comunidad, como las conferencias comunitarias, de grupo familiar, reuniones restaurativas, círculos de paz, círculos de sentencia, de apoyo a la víctima, comunidades terapéuticas y juntas de reparación, las que son experiencias mayormente restaurativas, dejando la mediación penal para situaciones en que el aborto involucre intereses contrapuestos, en que sea necesario tratar en forma directa el conflicto entre la mujer y el futuro padre o familia del *nasciturus*.

Estos mecanismos restaurativos, pueden aportar en avanzar hacia una política pública sexual y reproductiva clara, que contemplen procesos educativos en relación con la formación afectiva, sexual y reproductiva de las mujeres, como ocurre en países de mayor desarrollo, donde se ha despenalizado el aborto y se han adoptado medidas de educación temprana en esta materia y, creación de redes de cuidado significativas para las mujeres.

VIII. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

1. El aborto y su despenalización fuera de las causales concebidas por la legislación chilena se constituye en un conflicto social que afecta a todos los sectores, campos y contextos sociales y no solamente a la mujer que vive un embarazo no deseado o de riesgo físico, social y psíquico. Si bien es cierto que la ley contempla tres causales, lo cierto es que la revisión de estudios y experiencias internacionales muestra que éste se encuentra limitado, primando la visión punitiva y de criminalización, no contemplando los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la calidad de vida y protección real de los niños/as que pudiesen nacer tras un embarazo no deseado y res-

⁴ El artículo 10 de la mencionada Decisión Marco prescribe: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas (...) Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), *Diario Oficial* L 082, del 22 de marzo de 2001, pp. 0001-0004.

tringiendo por medio de visiones médicas y bioéticas la igualdad y equidad social y de género.

Así, el sistema interamericano posee evidencia consistente respecto a la defensa de los derechos fundamentales de mujeres que estaban en situaciones complejas y que requerían abortar sin que ello fuese un delito. Pese a lo anterior, evidentemente, ninguna legislación u observación internacional ha comprendido la multidimensionalidad del fenómeno, puesto que, el respeto a la privacidad, reparación psíquica y medidas restaurativas en pro de la salud mental y física de la mujer, su pareja o padre y otros implicados está todavía en deuda en todos los países de la región.

La experiencia latinoamericana demuestra que los estereotipos y roles de género operan de manera tradicional y hegemónica, por ende, invisibilizan no sólo la autonomía femenina, sino también el rol del progenitor, no existiendo medios y formas restaurativas que posibiliten nuevas visiones respecto a la paternidad responsable y apelando desde lo punitivo y criminalizador el rol de madre. Por otra parte, el rol del padre convenientemente no opera en ningún discurso, lo cual implica que la carga, y por ende, la decisión, está remitida a la mujer. Dicho de otro modo, bajo esta línea argumentativa, no existe un trato legal igualitario, justo y equitativo para el hombre y la mujer, lo cual, efectivamente, aun cuando existe despenalización, sigue operando.

La discusión sobre el aborto es un tema que dividió a nuestro país, cuando se legisló sobre la despenalización del aborto en tres causales, quiebre que se hará mucho más profundo al enfrentarnos a la polémica posibilidad de legislar el aborto sin causales y sólo con límites de tiempo.

Quienes defienden el aborto sin causales lo hacen basados en el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, entendiendo que nadie está abiertamente en contra de la protección de la vida humana, ni de la libertad de la mujer, el problema está en que los juicios morales, deben ser razonables y admitir excepciones y requieren hacerse cargo de situaciones concretas y frecuentes, en las cuales no existe una solución óptima.

La postura de quienes rechazan el aborto bajo cualquier circunstancia entiende que ante el conflicto de valores entre el derecho a decidir de una mujer y la protección de la vida fetal, se debería optar por esta última desde su inicio.

Así, una discusión global sobre el aborto en Chile debería hacerse cargo de varios enfoques, la ponderación del derecho a la vida, los derechos

de la mujer y la exigibilidad que tiene el Estado frente a la maternidad. Además de contar con estadísticas más exactas que las actuales, las que poseen información imprecisa, debido a que la ilegalidad del aborto obliga a las mujeres que lo practican a ocultarlo para evitar sanciones.

Las legislaciones restrictivas como las latinoamericanas no logran reducir el número de abortos inducidos y obligan a las mujeres a correr el riesgo de abortos clandestinos e inseguros, aumentando las tasas de mortalidad. Discriminando a las mujeres de menos recursos económicos y educacionales, que carecen de condiciones para prevenir un embarazo no deseado o de enfrentar el nacimiento de un hijo, respecto a los hombres que las inducen a practicarlo y a otras mujeres que no sufren los riesgos de salud ni la sanción penal.

Ahora bien, sin perjuicio de considerar esta autora el hecho del aborto un infortunio para la sociedad, la mujer y los derechos del que está por nacer, tampoco parece posible encontrar en la punición una solución para este fenómeno, ya que suma a este desafortunado hecho, producto de la pobreza y el desamparo, unas intervenciones clandestinas que afectan la salud y vida de la mujer y la aplicación de una pena que las desarraiga de su medio social y en situaciones las hace perder el cuidado de sus otros hijos.

Sin embargo, si optamos por la despenalización del aborto sin más, se corre el riesgo de invisibilizarlo e ignorar por parte del Estado y la comunidad sus consecuencias, dejando a la mujer abandonada a su suerte. Realidad frente a la cual, es una mejor alternativa aplicar un sistema restaurativo, con mecanismos colaborativos de participación comunitaria, que no penalice pero tampoco permita al Estado y sociedad ignorar este fenómeno, reparando a la mujer y a la comunidad, las que deben unirse para colaborar a que estos hechos no vuelvan a ocurrir, comprometiéndose y quienes tuvieron responsabilidad en el aborto a trabajar en proyectos comunitarios, en colegios, municipios y lugares que agrupen a jóvenes, aportando a la prevención del embarazo no deseado, entregando su testimonio, colaborando en la educación sexual y afectiva, acogiendo y apoyando a las mujeres que se encuentren frente a situación de decidir sobre el aborto, o una vez ocurrido este mitigar sus consecuencias.

En resumen, coincidimos con la opinión de Claudia Dides (2007, pp. 224-225) y Lorena Correa (2020) quienes sostienen que, para la protección de la vida prenatal son necesarias políticas activas de apoyo a las mu-

eres embarazadas y maternidad, tutelando la protección de la gestación con la voluntad de la mujer y no contra ella, permitiéndole adoptar su decisión sobre el embarazo en un plazo razonable, tras haber sido informada de todas las prestaciones y derechos a los que puede acceder durante el embarazo, la interrupción del mismo y sus consecuencias.

De igual modo, las autoras proponen que la visión restaurativa debe resolver el conflicto social desde una perspectiva que entienda que las asimetrías y desigualdades se encuentran enquistadas en la sociedad, por lo mismo, y a la luz del ACD, es importante tensionar los estereotipos y roles de género con el fin que las políticas públicas, sustentadas en leyes nacionales y tratados internacionales, comprendan la transversalización de género desde una perspectiva integradora y no segregacionista, siendo los mecanismos restaurativos un medio para modificar modelos mentales enquistados que reproducen hegemonías y supremacías y en la cual la maternidad, para bien y para mal, goza de un estatus distinto a la paternidad, lo cual se evidencia en el discurso legal y recomendaciones internacionales, los cuales invisibilizan al aborto como un conflicto social, asumiéndolo casi exclusivamente a un conflicto médico y jurídico, olvidando los efectos sociales que produce, tanto para la mujer su pareja y entorno como para el poder político y sociedad en general.

Al cierre de este texto, debemos plantear la necesidad de realización de futuros estudios que aborden la percepción de mujeres, hombres y comunidades de condiciones socioeconómicas menos favorables respecto a la ley de aborto en tres casuales, así como también avanzar respecto a propuestas legislativas concretas que conciban visiones restaurativas en caso de haber cometido prácticas abortivas, así como también, que abordajes restaurativos contemplen el trabajo preventivo que permita a las personas reconocer sus derechos fundamentales, autoprotgerlos y practicarlos bajo toda circunstancia o condición.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- BAZEMORE, Gordon y UMBREIT, Mark (1999). *Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement*

- in the Response to Youth Crime. *Informe final de la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia*.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James (2002). Principios de ética biomédica. (4a. ed.). Masson.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James (2019). *Principles of biomedical ethics: marking its fortieth anniversary*. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/15265161.2019.1665402>.
- BECA, Juan Pablo (2004). La discusión sobre el aborto en Chile. *Revista Chilena de Pediatría*, pp. 418-420.
- BERGALLI, Roberto (2003). *Sistema penal y problema social*. Tirant lo Blanch.
- BERMÚDEZ, Violeta (1998). *La regulación jurídica del aborto en América Latina y El Caribe*. Cladem.
- BRIOZZO, Leonel (2003). Aborto provocado: un problema humano. Perspectivas para su análisis Estrategias para su reducción. *Revista Médica*, pp. 188-200.
- BRIOZZO, Leonel, NOZAR, Fernanda, FIOL, Verónica, BEN, Sebastián, GREIF, Diego, STAPF, Cecilia., y GALLINO, Verónica (2020). Análisis del impacto de la pandemia COVID-19 sobre la calidad de los servicios de salud sexual y reproductiva. *Revista Médica del Uruguay*, 36(4), pp. 249-274. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-039202000400249&script=sci_arttext.
- BUSTOS, Juan y Hormazabal, Malarée (2005). *Nuevo sistema de derecho penal*. Trotta.
- BUTLER, Judith (2018). *El género en disputa*. Paidós.
- CASANOVA, Francisca y ALARCÓN, Óscar (2017). *Despenalización del aborto: así funcionan las tres causales contempladas en la ley*. <http://www.t13.cl/noticia/politica/nacional/despenalizacion-del-aborto-asi-funcionan-las-tres-causales-contempladas-en-la-ley>.
- CASAS, Lidia (1996). Mujeres procesadas por aborto. *Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos*, Santiago.
- COOK, Rebecca, DICKENS, Bernard y Bliss, Laura (1999). International Developments in Abortion Law from 1988 to 1998. *Health Law and Ethics*, pp. 79-586.
- DÍAZ PALACIOS, Diego (2020). Norman Fairclough y el análisis crítico de discurso: armas para una Lingüística Materialista. Pensamiento al margen. *Revista Digital de Ideas Políticas* 103. <https://www.susanpetrilli.com/files/LINGUISTICA-MATERIALISTA.pdf#page=117>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

- DIDES, Claudia (2006). Aportes al debate sobre el aborto en Chile: derechos, género y bioética. *Acta Bioethica*, pp. 219-229.
- DONOSO, Claudia (2016). Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de justicia social. *Acta Bioethica*, pp. 156-167.
- DWORKIN, Ronald (1994). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel.
- FAÚNDEZ, Aníbal *et al.* (2005). *Uso del misoprostol en obstetricia y ginecología*. Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología. http://archivo.argentina.indymedia.org/uploads/2007/09/manual_uso_de_misoprostol_en_gicolog_a_y_obstetricia.pdf
- FAÚNDEZ, Aníbal y BARZELATTO, José (2004). *Ética y aborto*. Santiago.
- FEITO, Lydia (2012). Estatuto del embrión humano: cuestiones filosóficas y consideraciones morales. *Revista Bioética Clínica*, pp. 281-297.
- FERNÁNDEZ, María (2016). *La mujer de la ilusión. Pactos y Contratos entre hombres y mujeres*. Paidós.
- FIGUEROA, Rodolfo (2007). Concepto de persona, titularidad de derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho*, pp. 95-130.
- FIGUEROA, Rodolfo (2013). La moralidad del aborto: ampliando la discusión. *Acta Bioethica*, pp. 105-112.
- FLORES MORENO, Jorge (2020). Consecuencias socio-jurídicas de la penalización del aborto en mujeres víctimas de violación. Tesis de maestría. <http://repositorionew.uasb.edu.ec/handle/10644/7466>.
- GALAWAY, Burt (1985). Victim participation in the penal corrective process. *Revista Victimology and International Journal*, pp. 617-630.
- GAVRIELIDES, Theo (2012). *Waves of Healing: Using Restorative Justice with Street Group Violence*. IARS Publications.
- GONZÁLEZ, Isabel *et al.* (2016). El aborto y la justicia restaurativa. *Polis Revista Latinoamericana*, pp. 483-510.
- HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- HASS, Bárbara (2021). *Aborto en cifras: 83% de menores de 18 años que interrumpieron su embarazo lo hicieron por violación*. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/02/08/aborto-en-cifras-83-de-menores-de-18-anos-que-interrumpieron-su-embarazo-lo-hicieron-por-violacion.shtml>.
- HEADLINES, Christian (2020). Más de 42 millones de abortos se realizaron en el mundo en 2019. *Evangélico Digital*. <https://www.evangelicodigital>.

- com/mundo/11184/mas-de-42-millones-de-abortos-se-realizaron-en-el-mundo-en-2019.*
- Informe 21/07. Petición 161-02 (2007). Solución Amistosa. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México. 9 de marzo. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>.
- Informe del Colegio de Bioética de México (2007). *Revista Proceso, Semanario de información y análisis.*
- JARVIS Thomson, Judit (1992). Una defensa del aborto. *Debate sobre el aborto, cinco ensayos de filosofía moral.*
- JURACI, César *et al.* (1997). Opinião de mulheres sobre a legalização do aborto em município de porte médio no Sul do Brasil. *Revista de Saúde Pública*, pp. 567-571.
- KOCH, Elard (2004). Epidemiología del aborto y su prevención en Chile. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, pp. 351-360.
- KOCH, Elard (2013). Aborto en casos de violación, perpetuando un ciclo de violencia. *Hazte Oír*, originalmente publicado Chile B. <http://www.hazteoir.org/noticia/51972-elardkoch-aborto-casos-violaci-n-perpetuando-un-ciclo-violencia>.
- KOTTOW, Miguel (2005). *Introducción a la bioética*. (2a. ed.). Mediterráneo.
- LEAL, Brigitte (2014). Una mirada sobre la evolución histórica de la inspección escolar en Chile. *Derecho Público Iberoamericano*, pp. 87-110.
- MARSHALL, Tony (1999). *Restorative Justice*. Overview.
- MARTUCCELLI, Danilo (2019). Alain Touraine and History. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* (106), pp. 36-64. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452019000100003&script=sci_arttext&tlng=es.
- MAYORGA, Michelle (2009). *Justicia restaurativa ¿una nueva opción dentro del sistema penal juvenil?* Universidad de Costa Rica.
- NINO, Carlos (1987). Los titulares de los derechos humanos: el concepto de persona moral. *Filosofía del lenguaje, de la ciencia, de los derechos humanos y problemas de su enseñanza*. Sociedad Filosófica Iberoamericana-Universidad Autónoma de México.
- NÚÑEZ, Leopoldo y Palma, Yolanda (1990). El aborto en México. Problema social y de salud pública. *Revista Demos*, pp. 31-32.
- OYARZÚN, Enrique (2015). Argumentos sobre la mesa en el debate sobre el aborto, según mi moral. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, p. 80.
- RAMÍREZ, Benito, SUÁREZ, Pía y RAMÍREZ, Gustavo (2007). Opinión de mujeres con interrupción voluntaria de embarazo sobre la legaliza-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

- ción del aborto. Cuestionario aplicado en la ciudad de Puebla, México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pp. 907-928.
- RAWLS, John (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós.
- SAGOT, Montserrat y CARCEDO, Ana (2002). Aborto inducido: ética y derechos. *Medicina Legal*. Heredia, pp. 63-77.
- SALAS, Sofia *et al.* (2016). El médico y la objeción de conciencia: Opinión del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile A. G. *Revista Médica de Chile*, pp. 382-387.
- UMBREIT, Mark *et al.* (2007). Victim offender, dialogue; a multi site study in the United State. *Acta Jurídica* 22, pp. 384-385.
- VALDÉS, Margarita (1999). El problema del aborto: tres enfoques. *Bioética y derecho, fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica.
- VAN DIJK, Teun (2016). *Discurso y conocimiento: una aproximación sociocognitiva*. Gedisa.
- VAN NESS, Daniel y HEETDERKS STRONG, Karen (2001). *Restoring Justice*. (2a. ed.). Editorial Rústica.
- VAN-DIJK, Teun (2017). Análisis crítico del discurso. *Revista Austral de Ciencias Sociales* (30), pp. 203-222. <http://revistas.uach.cl/index.php/racs/article/view/871>.
- VARGAS, Johanna (2020). Políticas públicas educativas neoliberales y sus efectos en las universidades confesionales de Chile (2010-2020). *Revista Dialogando*, 16(8), pp. 275-287. <http://revistadiologando.org/ojs/index.php/rdiser/issue/archive>.
- VILLAVICENCIO, Luis (2008). ¿Derechos humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas. *Revista de Derecho*, pp. 33-51.
- WECHSELBLATT, Luciana (2020). El rol del derecho internacional de los derechos humanos en las estrategias de incidencia de los movimientos sociales pro-aborto. *Estado y Políticas Públicas*, 131. https://revistaeypp.flacso.org.ar/files/revistas/1592169056_epp14d.pdf#page=131.
- WRIGHT, Martin (1996). *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime* (2a. ed.). Waterside Press.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho*, pp. 163-177.

EL FENÓMENO DE LA “AGENCIFICACIÓN” EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA*

THE PHENOMENON OF AGENCIFICATION IN THE ADMINISTRATION OF THE EUROPEAN UNION

Werner Miguel KÜHN BACA**

RESUMEN: El artículo ofrece un análisis del proceso denominado “agencificación” que ha llevado a la Unión Europea (UE) a servirse de numerosas agencias a fin de cumplir con sus tareas administrativas. El enfoque se encuentra en el estatuto de estas agencias dentro del ordenamiento jurídico de la UE, la manera en la que éstas se establecen, su organización interna y financiamiento, los procedimientos de toma de decisiones, así como su funcionamiento. Se efectúa además una clasificación de las agencias conforme a determinadas categorías. Asimismo, se explican los desafíos a los que se enfrentan las agencias en su actividad cotidiana. Se expone igualmente su relación con las instituciones europeas, sobre todo en lo que respecta el control democrático y de legalidad que éstas últimas ejercen.

Palabras clave: proceso de integración; derecho de integración económica regional; administración supranacional; agencias europeas; UE; espacio económico europeo; espacio de libertad, seguridad y justicia; relaciones internacionales; derecho administrativo.

ABSTRACT: The present article offers an analysis of the process called agencification that has led the EU to resort to numerous agencies in order to fulfill its administrative tasks. The focus is on the status of these agencies within the EU legal system, the manner in which they are established, their internal organization and financing, the decision-making procedures, as well as their functioning. Furthermore, the agencies are classified according to specific categories. The article explains as well the challenges that agencies face in their daily activities. Their relationship with the European institutions is also explained, especially as regards the democratic control and the control of legality exercised by the latter.

Key words: Integration process; regional economic integration law; supranational administration; European agencies; European Union; European Economic Area; area of freedom, security and justice; international relations; administrative law.

* Recibido el 19 de noviembre de 2020; aprobado el 27 mayo de 2021.

** Doctorado en Derecho por la Universidad de Kiel (Alemania). Labora, desde 2019, como letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Correo electrónico: iuseuro.paeum@yahoo.de.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Las agencias dentro de la estructura institucional de la Unión Europea*. III. *Creación y base jurídica*. IV. *Estructura orgánica*. V. *Procedimientos de toma de decisiones*. VI. *Medidas de control sobre las agencias*. VII. *El control de legalidad sobre la actividad de las agencias*. VIII. *El futuro del proceso de agencificación*. IX. *Conclusiones*. X. *Referencias bibliográficas*. XII. *Lista de agencias mencionadas*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo explicar la denominada “agencificación” en la administración europea, un fenómeno que juega un papel cada vez más importante en la actividad de la UE. De hecho, existen actualmente alrededor de más de treinta agencias descentralizadas, cada cual ejerciendo funciones distintas y muchas veces suplantando a las instituciones mismas. Esta diversidad implica el riesgo de un desarrollo caótico y descoordinado, capaz de afectar de manera negativa al ordenamiento jurídico de la UE. A fin de establecer criterios comunes para la creación de dichas agencias, las instituciones europeas adoptaron, en 2012, el denominado “Planteamiento Común”, el cual introduce una serie de principios comunes, permitiendo así de hacer de la “agencificación” un proceso más coherente, eficaz y responsable. A continuación, se expondrán los elementos característicos de toda agencia europea, con miras a permitir al lector entender mejor los desafíos que la UE ha tenido que afrontar en el curso de la evolución de su estructura administrativa.

II. LAS AGENCIAS DENTRO DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DE LA UE

1. *Denominación de las agencias*

Cabe señalar en un principio que el nombre de una agencia en sí no dice mucho en cuanto a su estatuto jurídico. Las agencias pueden ser denominadas “agencias”, “oficinas”, “fundaciones”, “autoridades”, etcétera, sin que se pueda deducir inmediatamente sus funciones precisas o su situación en la estructura institucional de la UE. Más bien es necesario analizar detalladamente su reglamentación interna para obtener más información. El presente trabajo tiene como objetivo demostrar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 611-669.

que es posible resumir las características principales de las agencias a pesar de la gran diversidad que existe entre ellas.

2. *Estatuto jurídico*

Los tratados constitutivos de la UE mencionan “instituciones, agencias y otros organismos”, de lo que puede deducirse que existen importantes diferencias entre estas categorías. El artículo 13 del Tratado de la UE (TUE) contiene una lista exhaustiva de las instituciones de este sistema de integración, entre las cuales figuran el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), por sólo mencionar las más importantes para los fines de este artículo. Cabe destacar que los tratados no incluyen ninguna lista similar de agencias. De hecho, salvo ciertas excepciones limitadas a EUROPOL, EUROJUST, EDA y la Fiscalía Europea (EPPO),¹ los tratados no las mencionan en absoluto. En consecuencia, resulta factible concluir que no existe ningún límite al número de agencias que puedan crearse, de manera que la UE puede hacer uso de esta facultad cuando lo considere necesario. En cuanto a las modalidades de su creación, cabe señalar que, a diferencia de las instituciones, las agencias no tienen su fundamento en los tratados constitutivos mismos, sino en actos jurídicos derivados del derecho de la UE, concretamente en reglamentos, los cuales determinan los objetivos y las competencias de cada agencia. Conforme a la definición del artículo 288(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE (TFUE), el reglamento “tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. En otras palabras, las agencias son creadas una vez que sus reglamentos constitutivos entran en vigor en el ordenamiento jurídico de la UE, sin que sea necesario ningún tipo de transposición por parte de los Estados miembros. Estos últimos deberán aplicar el reglamento tal cual, en pleno reconocimiento de la agencia creada, lo que es particularmente importante para la cooperación entre la agencia y los Estados miembros. Además, mientras que las instituciones son establecidas por los tratados constitutivos, es decir, los instrumentos jurídicos de derecho internacional público concluidos por los Estados

¹ Fiscalía Europea (TFUE, art. 86); EUROPOL (TFUE, arts. 85, 86 y 88); EUROJUST (TFUE, art 88); EDA (TUE, arts. 42 (3) y 45).

miembros, las agencias son creadas únicamente por el legislador de la UE en el marco de un procedimiento legislativo como cualquier otro. Esto tiene la ventaja de modificar más fácilmente las competencias y demás características de una agencia, sin que sea necesario recurrir al largo y políticamente arriesgado procedimiento de modificación de los tratados constitutivos, el cual requiere su aprobación conforme a las normas constitucionales de los Estados miembros que pueden prever que el acuerdo sea sometido a un referendo.

3. *Personalidad y capacidad jurídica propia*

Resulta importante resaltar el hecho de que las agencias están dotadas de personalidad jurídica. Gozan, además, en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que conceda la legislación nacional a las personas jurídicas. Estas características permiten a las agencias actuar por sí solas, es decir, independientemente de la UE, en el orden jurídico internacional y concluir acuerdos administrativos con instituciones, además de otras agencias de la UE, Estados miembros, Estados terceros y organizaciones internacionales. El ejercicio de dicha personalidad jurídica es, sin embargo, limitado a lo estrictamente necesario para que las agencias puedan cumplir las funciones asignadas por el legislador de la UE. El alcance de dichas limitaciones se podrá generalmente deducir de las disposiciones del reglamento constitutivo, las cuales especificarán cuáles serán los procedimientos para seguir, así como las instituciones de las que se requerirá una autorización para poder concluir un acuerdo con las entidades anteriormente mencionadas. Normalmente, los acuerdos administrativos serán sometidos a la autorización previa de la Comisión, quien vela porque las agencias no excedan sus competencias, mientras que será suficiente informar al Parlamento una vez que el acuerdo haya sido concluido. El requisito de obtener una autorización previa implica que la Comisión tendrá igualmente derecho a exigir las modificaciones al proyecto de acuerdo administrativo que ésta considere necesarias. Por lo tanto, la Comisión podrá de cierta manera imponer a las agencias su visión de cómo éstas deberán cumplir sus funciones.

4. *El papel de las agencias en la contratación pública europea*

Estar dotado de capacidad jurídica es esencial en lo que respecta a la contratación pública. Los reglamentos constitutivos especifican que la agencia “podrá adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles”, lo que implica la celebración de contratos de compraventa de bienes, así como de contratos que tienen como objeto la adquisición de servicios. Al igual que las instituciones de la UE, las agencias requieren de bienes y servicios para poder cumplir sus funciones. Dichos contratos pueden prever la adquisición de simple material de oficina o incluso de material altamente técnico. Los servicios adquiridos pueden estar relacionados a aspectos tan simples como la limpieza de infraestructura o prever actividades inherentes a sus funciones, como la vigilancia de las fronteras exteriores del espacio Schengen y el transporte de inmigrantes ilegales a su país de origen mediante aviones privados previamente alquilados. Siendo las agencias parte de la UE, están obligadas a aplicar las reglas de contratación pública establecidas en los reglamentos financieros.² A fin de tener en cuenta el estatuto particular de las agencias, se aplican reglas específicas (establecidas en los “reglamentos financieros marco”),³ las cuales se incorporan a los reglamentos financieros de las respectivas agencias. Las agencias pueden celebrar contratos con instituciones, otras agencias y operadores económicos establecidos en la UE o en Estados terceros. En ciertos casos, la cooperación entre agencias está expresamente prevista en los reglamentos constitutivos, a fin de asegurar la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico de la UE, como es el caso de la cooperación con el CDT y la Oficina de Publicaciones, entidades encargadas de cumplir funciones específicas.

² Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los reglamentos (UE) 1296/2013, (UE) 1301/2013, (UE) 1303/2013, (UE) 1304/2013, (UE) 1309/2013, (UE) 1316/2013, (UE) 223/2014 y (UE) 283/2014, así como la Decisión 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) 966/2012 (DO L 193, del 30.7.2018, p. 1).

³ Reglamento Delegado (UE) 2019/715 de la Comisión, del 18 de diciembre de 2018, relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos creados en virtud del TFUE y el Tratado Euratom y a los que se refiere el artículo 70 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 122, del 10 de mayo de 2019, p. 1).

Resulta importante recordar en este contexto que, al ejercer la UE de manera exclusiva las competencias de sus Estados en el área del comercio internacional en bienes y servicios,⁴ los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) prevén que la UE es miembro de pleno derecho, junto con sus 27 Estados miembros. Por lo tanto, debe cumplir con las obligaciones que emanan de dichos acuerdos. Al no figurar explícitamente en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) como autoridades sujetas a las disposiciones de este convenio, las agencias mismas no están obligadas a cumplir con las reglas de la OMC en materia de contratación pública, a diferencia de determinadas instituciones de la UE, como es el caso del Consejo, de la Comisión y del Servicio Europeo de Acción Exterior. Esta circunstancia significa para las agencias disponer de un mayor margen discrecional en la contratación pública con Estados terceros.

5. *Autonomía administrativa*

Las agencias gozan de autonomía administrativa en el sentido que pueden decidir libremente sobre su personal y su organización interna, a fin de responder de manera adecuada a sus respectivas necesidades, obviamente siempre y cuando se garantice la conformidad con el marco jurídico vigente. Pueden contratar y despedir personal conforme a las disposiciones del estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE, las cuales son aplicables respectivamente a funcionarios y a agentes temporales/contractuales.⁵ Mientras que en las instituciones laboran funcionarios y agentes temporales/contractuales, predomina la segunda categoría de empleados en las agencias. Mientras que los funcionarios son nombrados por acto administrativo, los agentes concluyen un contrato de empleo con la agencia. La duración de dichos contratos puede variar de una agencia a otra, pudiendo ser de 3 años (renovables),

⁴ La competencia exclusiva de la UE en materia de comercio exterior en bienes y servicios resulta del artículo 2(1) TFUE en combinación con el artículo 3(1)(e) TFUE.

⁵ Reglamento 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

como en FRONTEX, a 9 años (no renovables), tal como es el caso en EUROPOL.

Disponer de autonomía administrativa implica igualmente que las agencias pueden fijar sus propios objetivos concretos y adoptar las medidas necesarias para alcanzarlos, obviamente dentro de los límites establecidos por el reglamento constitutivo y de las prioridades políticas determinadas por las principales instituciones de la UE en la materia, es decir, por el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión (K. Lenaerts y P. Van Nuffel, 2011, p. 559). Dichas instituciones establecen las prioridades políticas que deberán ser implementadas luego por las agencias mediante un plan de acción.

Las agencias disponen igualmente de cierta autonomía financiera, pudiendo decidir a qué proyectos deben asignarse fondos. Cada agencia adopta su propio reglamento financiero interno, el cual refleja las disposiciones del reglamento financiero aplicable a las instituciones y exige el cumplimiento de los principios financieros de la UE.⁶ Cabe señalar en este contexto que el financiamiento de las agencias proviene en gran parte del presupuesto de la UE, de contribuciones de los Estados miembros y de aquellos Estados asociados que participan en las actividades de dichas agencias, así como de servicios prestados. Cuando Estados terceros participen en las actividades de las agencias, éstos estarán obligados a contribuir al presupuesto de la agencia respectiva, conforme a las disposiciones incluidas en los reglamentos constitutivos y en los acuerdos de asociación con la UE. Como se verá más adelante, es el Parlamento quien aprueba el presupuesto plurianual de la UE, el cual incluye los recursos que se asignarán a las respectivas agencias. Esta competencia da un poder considerable al Parlamento, haciendo de éste un garante del control democrático de las actividades de las agencias.

6. Una nueva forma de administración europea

a) *La noción de administración.* Desde un punto de vista jurídico, el concepto de “administración” significa la aplicación y la ejecución del derecho de la UE por las autoridades competentes. La aplicación implica tanto

⁶ Estos son los principios de unidad, veracidad presupuestaria, anualidad, equilibrio, unidad de cuenta, universalidad, especialidad, buena gestión financiera y transparencia.

una actividad de hecho, así como la adopción de normas o actos jurídicos de implementación. Se distingue de la actividad legislativa y judicial, atribuidas respectivamente al Parlamento y al Consejo, por una parte, y, por otra parte, al TJUE. La UE sigue de cierta manera el modelo de la división de poderes conocida en el ámbito estatal sin copiarlo por completo. En el curso de su historia, la UE ha desarrollado diversos tipos de administración, constituyendo la “agencificación” una nueva forma que, tal como se verá más adelante, ha suscitado interrogantes en cuanto a su compatibilidad con los tratados constitutivos. Antes de exponer en que consiste este nuevo tipo de administración, conviene describir brevemente sus formas más tradicionales.

b) *Formas tradicionales de administración.* Una de las formas tradicionales de administración es la aplicación directa del derecho de la UE por las instituciones mismas. En este contexto se destaca el rol de la Comisión como órgano ejecutivo por excelencia. Otra forma de administración consiste en su aplicación indirecta por los Estados miembros, los cuales están llamados a determinar los órganos y los procedimientos necesarios (autonomía procesal),⁷ imponiendo como única condición que la aplicación sea eficaz (principio de eficiencia) y que los derechos otorgados a los individuos no sean tratados de manera menos ventajosa que los derechos garantizados por el derecho nacional (principio de equivalencia, C-571/16, *Kantarev*, EU:C:2018:807, apartados 124 y 125; *Euro Park Service*, EU:C:2017:177, apartado 36). El artículo 291(1) del TFUE, conforme al cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la UE” parte de la premisa que ésta es la modalidad standard de administración (W. Frenz, 2010, apartado 1743, p. 523). El derecho de la UE generalmente da libertad a los Estados miembros en cuanto a la aplicación del derecho administrativo material y procesal, siempre y cuando no regule el mismo esta materia. Dentro de esta categoría de aplicación indirecta cabe identificar la constelación en la cual el derecho de la UE no confiere a los Estados miembros ningún margen de discreción, exigiendo

⁷ El artículo 19(1) del TUE hace referencia a la autonomía procesal de los Estados miembros. Sin embargo, se refiere a un ámbito específico relacionado a “las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la UE”. Por lo tanto, no es tan relevante en el contexto puramente administrativo que se discute en el presente artículo.

su aplicación tal cual por las autoridades nacionales. Según otra constelación, el derecho de la UE confiere un margen de discreción a las autoridades nacionales, limitándose a determinar los objetivos a alcanzar, así como ciertos criterios útiles a tomar en cuenta, de manera que los Estados miembros están llamados a adoptar normas propias a fin de asegurar su aplicación en el ámbito nacional.

c) *La administración por medio de agencias.* La administración por medio de agencias, no prevista en el momento de la creación de la UE, se diferencia claramente de las formas más tradicionales descritas en el párrafo anterior, en el sentido de que prevé la creación de estructuras institucionales mixtas, haciendo posible la participación conjunta de entidades supranacionales y nacionales.⁸ En efecto, las agencias son entidades supranacionales que, no obstante, requieren la colaboración de los Estados miembros a fin de dotar de eficacia a sus acciones. Los Estados miembros están representados en las agencias por los miembros del consejo de administración, quienes tienen derecho a voto y participan en la elaboración de decisiones, así como en el control de la actividad de la respectiva agencia. Los Estados miembros se convierten de esta manera en parte de la administración en la medida en que están llamados a implementar las decisiones adoptadas por la agencia en su respectivo ámbito nacional. Por lo tanto, los Estados miembros juegan un rol determinante en la preparación, adopción y aplicación de actos administrativos, lo cual tiene la ventaja de garantizar la aceptación de esta forma de administración. Esto tiene, a su vez, como consecuencia asegurar la implementación efectiva del derecho de la UE en el ámbito nacional. Por medio de su representación en el consejo de administración, los Estados miembros toman conciencia de su responsabilidad (*accountability*) en la toma de decisiones en el ámbito supranacional. La necesidad de dialogar con representantes de otros Estados miembros y de las instituciones les recuerda que existen realidades distintas que resulta necesario tener en cuenta. De cierta manera, los Estados miembros obtienen acceso a la perspectiva supranacional, obligándoles a dejar de lado egoísmos nacionales. Cabe señalar en este contexto que la posibilidad de tener un intercambio con colegas de otros

⁸ C. Callies (2011, artículo 13 del EUV, apartado 36, p. 221) habla de la creación de una “red europea de administración” por medio de una unión de la administración nacional y supranacional.

Estados miembros sobre aspectos esencialmente técnicos tiene la ventaja de “despolitizar” muchos temas potencialmente sensibles, algo que la UE ya había logrado en los inicios del proceso de integración europeo mediante la asignación de tareas a la Comisión en su calidad de entidad supranacional.

Las agencias constituyen así una forma de administración intermedia entre la estrictamente supranacional y la descentralizada. Siendo los Estados miembros quienes se encargan de aplicar el derecho de la UE, asistidos muchas veces por la agencia, el consejo de administración puede encargarse de verificar él mismo el cumplimiento de esta obligación y hacerlo constar en un reporte periódico de las actividades. Al informar a los Estados miembros del progreso en la implementación del derecho de la UE en el ámbito nacional, pueden ellos ejercer presión política sobre aquellos que muestran déficits en el cumplimiento, lo que tiene como efecto de aliviar el trabajo de la Comisión, a quien recae generalmente el papel de “guardiana de los tratados” en el ordenamiento jurídico de la UE. Violaciones del derecho por parte de los Estados miembros pueden ser así evitadas, haciendo innecesario que la Comisión abra recursos por incumplimiento contra ellos. Además del consejo de administración, la agencia cuenta con el apoyo de expertos nacionales, quienes pueden reunirse en la sede de la agencia y discutir problemas actuales. Esta representación de los Estados miembros les permite deducir que la agencia les “pertenece”, lo que, sin embargo, no debe llegar a la conclusión errónea de que la barrera entre lo supranacional y lo nacional cesa de existir. Esta forma de administración tiene como objetivo de lograr una mayor participación de los Estados miembros en la toma de decisiones supranacionales.

d) *Clasificación de las agencias.* Al hablar de “administración” por parte de agencias, es indispensable tener en cuenta el tipo de funciones que éstas ejercen. La variedad de funciones permite clasificarlas de manera más precisa. Para evitar malentendidos, hay que señalar de antemano que el presente artículo trata únicamente de las llamadas “agencias descentralizadas”, mas no de las “agencias ejecutivas”. La segunda categoría de agencias comprende entidades administrativas incorporadas en la estructura interna de la Comisión, sin personalidad jurídica propia, a las cuales se les ha asignado la tarea de ejecutar determinados programas de ésta. La primera categoría de agencias engloba las entidades administrativas dotadas de capaci-

dad jurídica, tal como se ha mencionado anteriormente, cuyas funciones se distinguen de aquellas que la Comisión ejerce normalmente.

Respecto a las funciones generalmente asignadas a las agencias, cabe distinguir (i) la recopilación y disseminación de información, (ii) la asistencia técnica, (iii) la reglamentación de un ámbito determinado, (iv) supervisión/control y (v) la ejecución de operaciones.⁹ Mientras que ciertas agencias cumplen su función asistiendo a la Comisión y a los Estados miembros o produciendo documentos de *soft law*, permitiendo a estos últimos aplicar el derecho de la UE de manera más eficiente, otras pueden influir directamente en el mercado interior, adoptando decisiones que afectan la posición jurídica de agentes económicos. Asimismo, algunas agencias están encargadas de enviar efectivos a los Estados miembros o incluso a Estados terceros, con el objetivo de ejecutar la normativa europea. Algunas agencias prestan servicios a otras, reforzando así la red de cooperación.

También es, en principio, posible clasificar las agencias conforme a su respectiva área de competencia, el pilar (comunitario o intergubernamental, según la división que existía antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) en el que se les estableció, por periodo de creación, tamaño, el círculo de beneficiarios de los servicios de la agencia, el origen de sus recursos y financiamiento, el tipo de consejo administrativo, etcétera. Sin embargo, dichos criterios de clasificación son menos extendidos, prefiriéndose el tipo de función como criterio relevante.

e) *El concepto de “derecho administrativo” en el ordenamiento jurídico de la UE.* Conviene hacer un breve paréntesis para explicar el concepto de “derecho administrativo” en el ordenamiento jurídico de la UE. Al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, este concepto incluye el derecho administrativo material y procesal. Bajo derecho “material” se entiende generalmente el conjunto de normas que articulan las políticas de la UE, sea supranacional o nacionalmente, mientras que el derecho “procesal” reglamenta la manera en que interactúan las instituciones de la UE, los Estados miembros e individuos.

⁹ Existen varios tipos posibles de clasificación. Véase al respecto el informe de la Comisión de Asunto Constitucionales del Parlamento Europeo, del 30 de enero de 2019 sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (procedimiento: 2018/2114(INI) / Texto: A8-0055/2019).

El derecho administrativo de la UE es tan antiguo como el proceso de integración mismo. No importa que se trate de la reglamentación de ayudas a la agricultura, de las disposiciones relativas a la unión aduanera, de la autorización de fusiones entre empresas, del registro de marcas, etcétera, el derecho administrativo de la UE es hoy en día omnipresente. La UE nació como una organización altamente burocrática con miras a fomentar la cooperación entre los Estados miembros. Al asumir la UE cada vez más competencias, es obvio que el derecho administrativo nacional sea remplazado por un nuevo derecho administrativo supranacional de características propias. Este nuevo derecho administrativo supranacional se nutrió de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, incorporando principios generales tan importantes como el principio de proporcionalidad y el de seguridad jurídica, la cual conoce a su vez diversas manifestaciones, tales como la confianza legítima y la prohibición de la retroactividad (J. Widdershoven, 2014, p. 9). A éstos se suman otros principios esenciales del derecho administrativo como la obligación de motivar las decisiones adoptadas por las instituciones de la UE y de permitir un acceso al expediente.

Estos principios muchas veces se encontraban codificados en el derecho administrativo mismo, el cual podía constituir de un solo reglamento. Sin embargo, fue el TJUE quién, en primer lugar, exigió que se les tomara en cuenta incluso si no estaban codificados expresamente y, en segundo lugar, desarrolló otros principios que el legislador no había previsto en un inicio. Por lo tanto, el TJUE ha venido jugando un papel primordial en la evolución del derecho administrativo supranacional. Muchos de estos principios creados por vía jurisprudencial fueron incorporados posteriormente en los códigos administrativos de la UE. Más importante aún, algunos de estos principios han sido incluso codificados en la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰ (de no encontrarse ya en los tratados cons-

¹⁰ Véase el artículo 41 de la Carta que menciona el principio de buena administración, según el cual toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la UE traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Además, toda persona tiene

titutivos mismos),¹¹ la cual tiene rango de derecho primario en el ordenamiento jurídico de la UE (C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, apartado 22). Ha de señalarse que esta circunstancia no impide que el TJUE siga desarrollando principios de derecho administrativo. Todo lo contrario, el TJUE tiene la competencia de interpretar los principios ya reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales y de hacerlos evolucionar; al mismo tiempo que crea nuevos principios.¹² La competencia del TJUE de hacer evolucionar el derecho de la UE por medio de su jurisprudencia ha sido reconocida incluso por los tribunales constitucionales de los Estados miembros (2 BvR 2661/06, apartado 62), dejando de lado casos determinados de oposición por parte de órganos judiciales nacionales (W. M. Kühn, 2018).

Conviene utilizar el término “códigos” en plural, pues no existe hasta la fecha un código administrativo único de la UE. El derecho administrativo aplicable puede variar considerablemente dependiendo de la materia. Aunque existan muchas veces principios generales que, como lo dice el término mismo, sean de aplicación “general” (o “universal”), éstos pueden manifestarse de manera diferente conforme a las exigencias de la administración. Por ejemplo, la obligación de motivación puede depender del contexto administrativo y del interés que pueda tener un individuo en saber las razones por las cuales se adoptó una decisión administrativa determinada que le afecta (C-539/10 P y C-550/10 P, *Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa*, EU:C:2012:711, apartado 139; C-444/11 P, *Team*

derecho a la reparación por la UE de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. Finalmente, toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la UE en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

¹¹ Véase el artículo 5 del TUE que hace referencia a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como el artículo 296 del TFUE relativo a la obligación de motivar los actos jurídicos adoptados por las instituciones de la UE. Asimismo, el artículo 298(1) del TFUE establece que “en el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la UE se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente”.

¹² Lo que se debe principalmente al hecho de que el artículo 6 del TUE distinga entre los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, por un lado, y los principios generales del derecho de la UE, por otro lado, los cuales son influenciados por la interpretación que se da Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Relocations y otros/Comisión, EU:C:2013:464, apartado 120, y C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, apartado 122). Tal decisión puede igualmente ser sujeta a un control menos estricto a la luz del principio de proporcionalidad, dependiendo del poder discrecional que tenga la administración. Asimismo, consideraciones relacionadas a la seguridad pública pueden exigir una aplicación matizada de estos principios (C-601/15 PPU, J.N, EU:C:2016:84, apartado 53; S. Van Drooghenbroeck y C. Rizcallah, 2018, pp. 1099 y 1103). Los plazos previstos para presentar una solicitud o interponer un recurso pueden ser más breves que otros, dependiendo del interés que tenga la administración en crear seguridad jurídica. Ciertos recursos pueden prever un análisis completo de legalidad o ser limitados a impedir decisiones arbitrarias (C-225/19 y C-226/19, *R.N.N.S. y K.A./Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2020:679, apartado 99, conclusiones del abogado). Estas consideraciones impiden la creación de un código administrativo único.

Además, es importante tener en cuenta en este contexto que el derecho administrativo de la UE no sólo incluye principios generales dotados de fuerza jurídica, cuya vulneración puede llevar a la ilegalidad (e incluso a la nulidad) de la decisión administrativa, aparte de un derecho a indemnización por el perjuicio sufrido por el afectado, sino también otros principios cuyo cumplimiento simplemente se recomienda a fin de garantizar una “buena administración”. Efectivamente, existen ciertas exigencias que impone la “buena administración” que, de no ser cumplidos, no llevan necesariamente a la ilegalidad de una decisión administrativa. La falta de respeto de dichas exigencias constituye simplemente un mal ejemplo de administración que debe ser evitado. La distinción entre estas exigencias y los vicios legales no es siempre fácil, sobre todo porque ciertos vicios legales pueden ser subsanados por la administración misma por no ser considerados tan graves. Este es generalmente el caso de ciertos errores formales que no afectan el fondo de la decisión administrativa. Sin embargo, es importante poder diferenciar los diversos casos, ya que de ello depende la competencia de los órganos de la UE encargados de hacer respetar la legalidad. Es así como mientras que el TJUE se encarga únicamente del examen de vicios legales, el Defensor del Pueblo Europeo (DPE) se dedica además de examinar casos de “mala administración”,

conforme al artículo 228 del TFUE.¹³ Por lo tanto, su competencia es mucho más amplia, independientemente de los instrumentos muy específicos de los cuales éste dispone que consisten más que nada en denunciar públicamente los casos de mala administración y solicitar a las autoridades que se les remedie.

A pesar de la dificultad en crearse un código administrativo único de la UE, ya ha habido algunos intentos de por lo menos codificar los procedimientos. Cabe mencionar la resolución del Parlamento del 15 de enero de 2013 en que recomendaba a la Comisión la creación de una Ley de Procedimiento Administrativo de la UE.¹⁴ Por su parte, el Tribunal de Cuentas en su Dictamen 1/2015 abogaba por esta misma idea.¹⁵ El 13 de enero de 2016, se publicó la propuesta de reglamento de procedimiento administrativo para la UE y que adoptó la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento la semana anterior.

La codificación del derecho administrativo de la UE tiene consecuencias importantes, pues tiene como efecto complementar o incluso desplazar al derecho administrativo nacional. Esto significa que las autoridades nacionales deberán aplicar conceptos autónomos conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico de la UE. Cuando el legislador no prevea procedimientos administrativos específicos, el derecho material podrá ser aplicado conforme a los procedimientos conocidos en el derecho administrativo nacional, respetándose la autonomía procesal de los Estados miembros, ya mencionada anteriormente. Sin embargo, a medida que el legislador de la UE se vaya aventurando a reglamentar los procedimientos a seguirse para aplicar el derecho administrativo material, esto obviamente significará que la autonomía procesal se verá reducida cada vez más.

¹³ El DPE y la Comisión han desarrollado separadamente “códigos de buena conducta administrativa”, los cuales no tienen valor jurídicamente vinculante. No obstante, tienen cierta autoridad en la práctica administrativa de las instituciones y otras entidades europeas en la medida que incorporan principios reconocidos por la jurisprudencia del TJUE, los tratados constitutivos de la UE, así como la Carta de Derechos Fundamentales.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, del 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (procedimiento: 2012/2024(INL); texto presentado: A7-0369/2012).

¹⁵ Dictamen 1/2015 del Tribunal de Cuentas de la UE sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (2015/C 52/01) (DO C 52, 13/2/2015, p. 1).

7. *Apertura institucional*

La UE es muy recelosa de la integridad de su ordenamiento jurídico, habiendo enfatizado el TJUE en muchas ocasiones la necesidad de preservar su unidad, coherencia y primacía.¹⁶ Si bien es cierto que el proceso de integración europeo ha evolucionado hasta el punto de aceptar una “integración de velocidades distintas”, permitiendo que los Estados miembros se unan a los diversos proyectos de integración que ofrece la UE (por ejemplo: la unión monetaria, el área de libertad, seguridad y justicia, la creación del Tribunal Unificado de Patentes (TUP) mediante el mecanismo de “cooperación reforzada” con arreglo al artículo 329 del TFUE,¹⁷ la cooperación en materia de seguridad y defensa en el marco de la denominada “cooperación estructurada permanente” prevista en los artículos 42(6) y 46 del TFUE (E. Lopez-Jacoiste, 2018, p. 1075), cuando lo consideren conveniente, es claro que se han establecido ciertos límites a tal flexibilidad. Tal como se ha visto recientemente durante las negociaciones entre la UE y el Reino Unido relacionadas al retiro de este país y a la conclusión de un acuerdo de partenariado que aún debe ser definido en términos contractuales, la UE se opone a todo tipo de segmentación del mercado interior (véase respecto al Brexit, W. M. Kühn, 2016, p. 64). Por lo tanto, la UE rechaza la proposición del Reino Unido de poder permanecer en el mercado interior tras convertirse en un Estado tercero, excluyendo completamente o, por lo menos, limitando considerablemente la libre circulación de trabajadores.

A excepción de este caso particular, la UE ha aceptado en ciertas ocasiones que Estados terceros se unan voluntariamente al proceso de integración sin tener que adherirse a la UE y obtener el estatuto de miembro

¹⁶ Dictamen 2/13 del TJUE, del 18 de diciembre de 2014 respecto a la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos, apartados 164 y siguientes.

¹⁷ El TUP no está incorporado en el TJUE, sino que constituye una jurisdicción aparte, creada por iniciativa de la mayoría de los Estados miembros (Polonia, España e Italia estaban opuestas en un inicio) y algunos Estados terceros con base en un acuerdo internacional. A pesar de su origen en el derecho internacional, el TUP deberá aplicar el derecho material de patentes creado por la UE mediante dos reglamentos. Las patentes emitidas tendrán doble efecto, en el sentido de tener naturaleza supranacional y nacional (en la totalidad de los Estados participantes). La sede del TUP se situará en París, con secciones en Londres y Múnich, y divisiones regionales y locales. Véase M. Wathelet y J. Wildemeersch (2014, p. 89).

de pleno derecho. Tal es el caso de la integración en el marco del mercado interior con ciertos Estados miembros de la Asociación de Libre Comercio (“European Free Trade Association” o “EFTA” por sus siglas en inglés),¹⁸ lograda por medio de la conclusión del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE). Este acuerdo permite una extensión de las libertades del mercado interior de la UE hacia dichos Estados (W. M. Kühn, 2013). Otro ejemplo que ilustra la apertura del proceso de integración europeo es la participación de los Estados de EFTA en el acervo jurídico de Schengen, es decir el conjunto de normas que permite la libre circulación de personas exento de controles fronterizos en el espacio geográfico conformado por los Estados participantes.¹⁹ Esta participación es posible gracias a los acuerdos concluidos entre la UE y los respectivos Estados de EFTA.

Debido al alto grado de integración en las áreas mencionadas y teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la uniformidad en la aplicación del derecho de la UE, es necesario prever una cooperación institucional muy estrecha. Precisamente en este contexto el aspecto administrativo es esencial. Resulta importante destacar que el método que se ha seguido para lograr la incorporación de los Estados de EFTA en el mercado interior y en el espacio Schengen es muy distinto. Mientras que en el primer caso se han creado instituciones paralelas bastante complejas en el seno de EFTA (estructura denominada de los “dos pilares”), garantizando así una autonomía formal, en el segundo caso los Estados de EFTA se han asociado individualmente a la UE con base en acuerdos bilaterales que sólo prevén una institucionalidad básica, en forma de comités mixtos. La participación de los Estados de EFTA en ambos proyectos planteó ciertos problemas, teniendo en cuenta que el fenómeno de la agencificación se presenta igualmente en ambas áreas. Al operar varias agencias en el ámbito del mercado interior y del espacio Schengen, hubo que desarrollarse la manera de permitir una participación de los Estados de EFTA en la actividad de dichas agencias. De lo contrario, hubiera sido muy difícil garantizar la implementación en dichos Estados de las decisiones adoptadas en el seno de las agencias. También hubiera sido complicado resol-

¹⁸ Los Estados miembros de EFTA son Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza. Los tres primeros forman parte del Espacio Económico Europeo.

¹⁹ Todos los Estados miembros de EFTA forman parte del espacio Schengen.

ver el sensible problema relacionado a la legitimidad democrática de la vigencia del derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos de los Estados de EFTA. Además, hubiera sido un desperdicio de recursos prescindir del conocimiento técnico de expertos provenientes de estos países. Es necesario recordar que el Acuerdo sobre el EEA mismo exige en su artículo 100 la participación de dichos Estados en la fase previa al procedimiento legislativo, en la cual influyen las opiniones de expertos (*decision shaping*). Esa forma de participación es perfectamente compatible con los tratados de la UE, pues no confunde la calidad de “Estado miembro” y de “Estado asociado”. Cabe recordar que, en el derecho de la UE, el estatuto de “Estado asociado” está generalmente dotado de menos privilegios en comparación al estatuto de “Estado miembro”, en la medida que el primer estatuto no prevé ningún tipo de participación en el proceso legislativo de la UE en el seno del Consejo. Más bien, el Estado asociado debe aceptar los actos legislativos adoptados por el legislador de la UE y, de estar previsto en los acuerdos de asociación, de incorporarlos en su ordenamiento jurídico nacional.²⁰ Se entiende que la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE no se ve perjudicada por una participación de tipo simplemente “tecnócrata”, al servicio del buen funcionamiento del EEE. Los reglamentos constitutivos de ciertas agencias prevén la participación de los Estados de EFTA como miembros con derecho a voto (en las materias que les conciernen) en el consejo de administración, mientras que en otras agencias se prevé por lo menos un estatuto de observador (M. Oesch y A. Lang, 2014, p. 136).

La apertura institucional en las agencias no se limita a Estados terceros, sino que se extiende incluso a organizaciones internacionales. Al constituir las agencias verdaderos focos de competencia técnica (E. Chiti, 2016, p. 589), sería inconcebible desechar el apoyo de organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales que operan en el mismo ámbito. Los reglamentos constitutivos de diversas agencias tienen cuenta de ello al prever la participación de entidades especializadas en el seno de los órganos de consulta de las respectivas agencias, lo cual permite un útil intercambio de ideas. En ciertos casos, organizaciones in-

²⁰ Sin embargo, esto no impide que se efectúen adaptaciones puntuales a los actos legislativos de la UE en el marco del comité mixto (el órgano decisorio de la asociación) a fin de tener en cuenta las necesidades del Estado asociado.

ternacionales están incluso representadas en el consejo administrativo, no obstante, sin tener derecho a voto. La participación de organizaciones internacionales, de las cuales la UE en sí no es miembro (pero sí sus Estados miembros) —como es el caso de la Agencia de la ONU para los Refugiados (UNHCR, por sus siglas en inglés) en el consejo administrativo de EASO y en el fórum de consultación de FRONTEX— constituye un hecho remarcable que demuestra el compromiso de la UE con la comunidad internacional.

8. *Consecuencias del Brexit*

a) *Posible participación futura del Reino Unido en las actividades de las agencias.*
Es probable que la apertura institucional de las agencias de la UE se ponga a prueba tras el Brexit. El 31 de enero de 2020 a medianoche, el Reino Unido dejó de ser un Estado miembro de la UE. Como consecuencia de ello, se ha convertido en un país tercero, independientemente de que el Acuerdo de Retirada²¹ estableciera que algunas de sus obligaciones derivadas del derecho de la UE seguirían en vigor a lo largo de 2020. Esto significa que el Reino Unido ya no tiene derecho a participar en las actividades de las agencias de la UE a menos que se disponga lo contrario. Dicho esto, cabe señalar que, en el momento de la publicación de este artículo, la UE y el Reino Unido han celebrado y declarado provisionalmente aplicable un denominado “Acuerdo de comercio y cooperación”²² (un acuerdo de asociación desde la perspectiva del derecho de la UE). Ciertamente, no compensa la pérdida de la pertenencia a la UE, ya que su alcance es menos ambicioso, lo que significa que el Reino Unido no estará obligado a buscar la participación en todas las agencias de la UE.

Esto es cierto en el caso de la Fiscalía Europea, ya que esta agencia salvaguarda los intereses financieros de la UE (aunque no puede descartarse que la Fiscalía Europea tenga que dirigirse a las autoridades britá-

²¹ Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 24 de enero de 2020. Entró en vigor el 31 de enero de 2020 a medianoche, cuando el Reino Unido abandonó la Unión Europea.

²² Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DO L 444, del 31/12/2020, p. 14).

nicas de forma bilateral en determinadas circunstancias). Otros ejemplos de agencias que podrían no ser pertinentes para el Reino Unido son las encargadas de aspectos específicos del mercado interior. La razón es que dicho Acuerdo de Asociación reconoce explícitamente la autonomía de ambas partes en materia de regulación. Se trata de una petición expresa del Reino Unido que la UE ha aceptado. En otras palabras, el Reino Unido está ahora autorizado a adoptar sus propias normas, en particular en el ámbito de la protección laboral y medioambiental, sin tener que participar en el proceso de fijación de normas de la UE (ya sea en el marco de una agencia reguladora de la UE o en el marco de los procedimientos legislativos de la UE). Se trata de una diferencia significativa con respecto a la asociación con los Estados EFTA/EEE ya explicada anteriormente.

No obstante, ambas partes tendrán que evaluar cuidadosamente si la aplicación de dicho acuerdo de asociación hace obligatorio o, al menos, deseable que el Reino Unido se adhiera a una agencia específica. Para ello, el Reino Unido tendría que celebrar acuerdos administrativos con agencias individuales, obviamente con la aprobación de la UE. La futura cooperación entre la UE y el Reino Unido sería de naturaleza estrictamente bilateral, similar al tipo de relaciones con otros países terceros. Europol ofrece un ejemplo clásico de cooperación bilateral con países terceros (con la participación de países como Albania, Australia, Colombia, Georgia, etcétera), posibilitado por numerosos acuerdos. En esta fase, es demasiado pronto para decir con certeza cómo podría evolucionar esta cooperación, dado que dicho acuerdo de asociación se ha celebrado recientemente y que varios aspectos aún requieren un examen más detenido, así como una implementación por medio de acuerdos bilaterales específicos. Desde esta perspectiva, el Brexit debe considerarse un proceso inacabado.

b) *Empleo de ciudadanos británicos en las agencias.* Para el personal británico que trabaja en agencias de la UE, el nuevo estatuto del Reino Unido como país tercero trae ciertas desventajas con respecto a sus colegas. Es más probable que reciban un trato distinto, ya que el principio de equilibrio geográfico podría obligar a las agencias a privilegiar a los ciudadanos de la UE a la hora de ocupar puestos de trabajo. No puede excluirse que el personal británico pueda ser sustituido gradualmente por este último a largo plazo. No obstante, cabe señalar que, de conformidad con el estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE, las agencias pueden mantener al personal británico

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 611-669.

si esta forma de actuar es “en el interés del servicio” (*dans l'intérêt du service*), es decir, si es “indispensable” para el funcionamiento de la agencia. Se trata de un requisito estricto para cada agencia, debido a su autonomía en materia de personal, que deberá evaluarse si se cumple en cada caso. Esta excepción ya se ha aplicado por analogía en otros casos, en los que las instituciones de la UE consideraron necesaria la contratación de ciudadanos de países terceros para aprovechar la experiencia y los conocimientos especializados de profesionales altamente calificados. En este contexto, el estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE ya ofrecen soluciones adecuadas para garantizar una transición a la era posterior al Brexit.

9. *Cooperación entre las agencias*

Al formar parte de la estructura institucional de la UE, es consecuente que las agencias estén llamadas a cooperar entre ellas en las áreas de común interés. Ya se ha mencionado anteriormente la cooperación que tienen las agencias con el CDT y la Oficina de Publicaciones en el marco de la contratación pública, prevista expresamente en los reglamentos constitutivos. Aparte de esto, las agencias que operen en un ámbito similar o estén interesadas en una categoría determinada de servicios pueden cooperar, adquiriéndolos de manera conjunta (*joint procurement*). Los reglamentos financieros de la UE prevén este tipo de cooperación a fin de aprovechar las ventajas que trae, es decir, el ahorro de recursos financieros y el beneficio de efectos sinérgicos. Este tipo de cooperación exige generalmente que dos o más agencias se pongan de acuerdo sobre los servicios o bienes que se planea adquirir (por ejemplo, la adquisición de servicios de vigilancia aérea entre FRONTEX, EFCA y EMSA), las modalidades de cooperación inter partes (asignación interna de recursos o bienes adquiridos conforme a las necesidades de cada agencia), así como cual agencia se encargará de organizar el procedimiento de contratación pública (publicación de la licitación, evaluación de ofertas, adjudicación del contrato).

Muchas agencias están destinadas a cooperar entre ellas por el hecho de operar en la misma área. El legislador de la UE muchas veces ha incluso previsto una complementariedad de funciones, haciendo de determinadas

agencias aliadas naturales. Tal es el caso de agencias como FRONTEX, EUROPOL y EUROJUST, las cuales están encargadas de luchar contra la delincuencia en el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia que el artículo 3(2) del TUE establece. Se podría incluir también a eu-LISA a esta lista debido a su apoyo informático a las agencias mencionadas que operan en esta área. En el caso que los tratados no prevean una cooperación explícita, ésta se verá reglamentada de manera abstracta en los reglamentos constitutivos, otorgando a las agencias respectivas el poder de concluir acuerdos administrativos entre ellas, en los cuales la cooperación será reglamentada de manera más detallada. El requisito de someter tales acuerdos administrativos a la aprobación de la Comisión (y se informe al Parlamento de ello) asegura que se respete el requisito de compatibilidad con la normativa de la UE, como se explicará más adelante.

La cooperación entre las agencias puede concretizarse igualmente mediante un intercambio de conocimiento y de experiencia en ámbitos que pueden comprender temas tan diversos como asuntos de función pública, contratación pública, litigios, así como la creación de una escuela europea para los hijos de funcionarios en el Estado miembro de acogida. El intercambio de conocimiento puede ser directamente entre las agencias o en un marco más institucionalizado como es la “Red de Agencias de la UE”, a la cual es también suele ser invitada la Comisión. Al verse las agencias confrontadas a desafíos muy similares, resulta comprensible que se haya desarrollado una cooperación tan estrecha. Se benefician así las agencias más “jóvenes” de la experiencia adquirida por las agencias más antiguas. Las reuniones de la Red de Agencias tienen lugar en formatos diversos, conforme a los respectivos temas a tratarse. De particular interés es la red de juristas, en la que se discuten temas jurídicos de actualidad. Generalmente se organizan en la sede de la agencia que ocupa la presidencia de turno.

III. CREACIÓN Y BASE JURÍDICA

1. *Método de creación*

Tal como se ha indicado en un inicio, las agencias son creadas mediante la adopción de reglamentos constitutivos que determinan los ob-

jetivos y las competencias de cada agencia, así como la estructura orgánica y los procedimientos de toma de decisiones. Reglamentan asimismo aspectos fundamentales del derecho de la EU, tales como la personalidad y la capacidad jurídica, la responsabilidad extracontractual, la facultad de concluir acuerdos, la sede de la agencia, inmunidades, la aplicación de los reglamentos financieros y del personal, el régimen lingüístico, disposiciones relativas al acceso público a documentos y a la protección de datos. El uso del reglamento como instrumento jurídico permite una creación rápida, así como una modificación flexible del funcionamiento de la agencia, ya que, de ser necesario, el legislador de la UE puede proceder a una modificación “puntual” de las disposiciones relevantes. Es así como el legislador ha respondido repetidas veces a las crisis, como la crisis de la migración que condujo a una ampliación de competencias de las agencias FRONTEX y EASO (S. Peers, 2016, p. 150). Asegura además una aplicación inmediata y uniforme por parte de los Estados miembros, sin que sea necesaria una transposición en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Si bien es cierto que, hipotéticamente, se podría recurrir a otros instrumentos jurídicos mencionados en el artículo 288 del TFUE, tales como la directiva o la decisión, cabe señalar que sólo el reglamento garantiza que el acto constitutivo tenga el valor normativo suficiente como para reglamentar aspectos tan importantes como la personalidad jurídica, así como de carácter material y procesal, prescindiendo así por completo de un complemento legislativo nacional que podría poner en peligro la uniformidad legislativa y administrativa. Esas son las razones principales por las cuales el reglamento constituye el instrumento jurídico predilecto para la creación de agencias. El establecimiento de EUROPOL confirma lo dicho, pues esta agencia fue creada en un inicio (en 1992) con base en un acuerdo internacional (que no entró en vigor hasta 1998), el cual fue sustituido posteriormente por una decisión marco y finalmente por un reglamento. EUROPOL pasó así de ser una entidad intergubernamental a una agencia supranacional (R. Möllers, 2017, p. 53). EUROJUST pasó por una evolución similar, debido al hecho de que la cooperación en materia penal comenzó realizándose dentro de un marco estrictamente intergubernamental. Con la disolución de la estructura de pilares supranacionales e intergubernamentales (denominada “estructura de templo griego”) a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la coope-

ración penal reposa en un nuevo fundamento legal, el cual, no obstante, aún conserva ciertas particularidades.

Aunque el presente artículo se enfoca en la creación de agencias, es necesario tener en cuenta el legislador tiene igualmente la competencia de cerrarlas, siguiendo el mismo procedimiento legislativo que condujo a su creación. Asimismo, tiene la competencia para modificar sus reglamentos constitutivos y de fusionarlas con otras agencias. Cabe señalar que, hasta la fecha, ninguna de las agencias ha sido cerrada, fusionada ni modificada significativamente en su ámbito de actuación, salvo la Agencia Europea de Reconstrucción, que se creó en 1999 y fue liquidada en 2008. Durante los últimos diez años, la Comisión ha propuesto en dos ocasiones fusionar agencias por motivos de coherencia, pero no obtuvo el acuerdo del Parlamento.²³ En 2007, la evaluación de impacto de la Comisión que acompañaba la propuesta de una Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas (que pasó a ser la Oficina del ORECE en 2009) sugería fusionar ENISA con la nueva autoridad, pero el legislador optó en cambio por crear un nuevo organismo separado que coexistiera con ENISA. CEPOL imparte sesiones de formación en línea y presenciales para agentes de policía y está estrechamente vinculada a EUROPOL. En 2013, la Comisión presentó un paquete legislativo, basado en una evaluación de impacto, en el que proponía fusionar EUROPOL y CEPOL por motivos de eficiencia. El Parlamento rechazó la propuesta. Por ello, el proceso de agencificación parece más bien progresar en lugar de retroceder.

2. *El acuerdo sede concluido con el Estado miembro de acogida*

Las agencias europeas de cierta manera reflejan la idea de una UE federal y descentralizada, debido al hecho de que tienen sus sedes fuera de Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo, denominadas informalmente como “capitales de la UE”. En cierta manera, la agencificación en la UE se inspira en procesos similares que han tenido lugar en otras partes del mundo, sobre todo en Estados de estructura federal tales como los EEUU y Alemania. La idea de la descentralización responde

²³ Tribunal de Cuentas, Informe especial “Futuro de las agencias de la UE. Es posible reforzar la flexibilidad y la cooperación” (2020, p. 22).

a la necesidad de crear una institucionalidad más cercana al ciudadano. La agencificación constituye así una reacción al resentimiento hacia Bruselas, muy cultivado por ciertos grupos de euroescépticos y nacionalistas. Por otra parte, la idea de convertirse en sede de una agencia se ha hecho muy popular entre los Estados miembros, los cuales incluso compiten para verse adjudicados tal estatuto. Tal ha sido el caso recientemente de la agencia EMA, la cual tras años en el Reino Unido ha tenido que buscar otro Estado sede a raíz del Brexit. Varios Estados miembros presentaron propuestas de ciudades que podrían ofrecer condiciones adecuadas para acoger a dicha agencia, siendo finalmente seleccionada Ámsterdam. Lo mismo ocurrió con EBA, la cual también tuvo su sede en Londres antes del Brexit y se trasladó a París. Existen motivos de diversa índole que explican tal actitud tan positiva hacia las agencias, como la reputación de ser Estado sede, los beneficios esperados de la contratación pública y del empleo de ciudadanos de dicho Estado miembro, la esperanza de poder influir de alguna manera en la política de la agencia, entre otros. El Estado sede de una agencia es determinado por común acuerdo de los Estados miembros en el seno del Consejo. Recientemente, fue la Comisión la que ha venido proponiendo ciudades sede, basándose en candidaturas previamente presentadas por los Estados miembros, los cuales hacen destacar las ventajas de sus respectivas ciudades, por ejemplo, ubicación geográfica, conectividad, infraestructura, disponibilidad de edificios, calidad de vida, etcétera. Ciertamente, todos estos criterios juegan un papel importante en la elección de la ciudad sede.

Aunque los reglamentos constitutivos (complementados por las disposiciones previstas en los tratados) contienen disposiciones legales que permiten a una agencia operar de manera autónoma inmediatamente tras su creación, al regular éstas aspectos esenciales tales como finanzas, inmunidades, empleo, funciones, etcétera, resulta inevitable en la práctica tener que concluir acuerdos sede con los Estados miembros de acogida.²⁴ De hecho, los reglamentos constitutivos lo exigen expresamente. Son varios los aspectos que deben ser reglamentados más detalladamente en un acuerdo sede, por ejemplo, las relaciones con las autoridades nacionales,

²⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the Joint Statement and Common Approach on the location of the seats of decentralized agencies, COM(2019) 187 final, p. 8.

el respeto de la inviolabilidad e inmunidad de la agencia (infraestructura, archivos, telecomunicaciones) y su personal, la disponibilidad de una escuela multilingüe para los hijos del personal, la construcción y disponibilidad de infraestructura, la protección del local de la agencia, exenciones tributarias y de derechos de aduana, acceso al sistema nacional de salud, permisos de entrada y estadía, etcétera. Todos estos aspectos requieren negociaciones entre la agencia y el Estado miembro de acogida que en algunos casos incluso han durado años. De un punto de vista jurídico, el acuerdo sede es un instrumento de derecho internacional público que puede ser concluido por la agencia misma gracias a su personalidad jurídica. Al mismo tiempo, no se puede negar que también forma parte del ordenamiento jurídico de la UE, ya que implementa disposiciones del derecho primario y derivado. Aunque su celebración y modificación se efectúa conforme a las reglas del derecho internacional público (y del derecho constitucional del Estado sede), resulta imposible interpretar sus disposiciones sin tener en cuenta los objetivos del derecho de la UE. Por lo tanto, se puede concluir que el acuerdo sede constituye un complemento necesario para asegurar el funcionamiento de toda agencia. La existencia de un acuerdo sede garantiza la seguridad jurídica en el Estado de acogida, pues ocurre algunas veces que las autoridades nacionales no son completamente conscientes de las prerrogativas de una agencia europea en su territorio. La posibilidad de poder consultar un documento jurídico redactado en la lengua oficial de dicho Estado miembro es un aspecto de un valor inmensurable en la práctica administrativa.

3. *Conflicto con los principios de atribución de competencias y de equilibrio institucional*

La existencia de un gran número de agencias permite suponer que su creación no hace frente a obstáculos difíciles de superar. Precisamente en ello reside un gran problema que es necesario discutir a continuación. En la medida que las agencias se ven atribuidas cada vez más competencias, existe el riesgo de que las instituciones de la UE, cual entidades expresamente creadas por los tratados constitutivos, interpreten este fenómeno como una delegación implícita de competencias y, en consecuencia, rechacen toda responsabilidad por la violación de los derechos de parti-

culares. Efectivamente, no se puede excluir la posibilidad de que la creación de agencias dotadas de poderes soberanos haga difusa la repartición de competencias prevista en los tratados. La incertidumbre respecto al alcance de las competencias de las respectivas agencias puede llevar incluso a que una agencia exceda indebidamente su facultad de actuar (actividad *ultra vires*; K. Lenaerts y P. Van Nuffel, 2011, p. 708). Los ejemplos mencionados sugieren que el fenómeno de la agencificación podría ser incompatible con dos principios centrales del derecho de la UE: la atribución de competencias y el equilibrio institucional.

a) *El principio de atribución.* La UE únicamente tiene las competencias atribuidas por los tratados. De acuerdo con este principio, estipulado en el artículo 5(2) del TUE, la UE sólo puede actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos previstos en el mismo. Las competencias no atribuidas a la UE mediante tratados corresponden a los Estados miembros. El Tratado de Lisboa aclara el reparto de competencias entre la UE y los países de la UE. Estas competencias se dividen en tres categorías principales: competencias exclusivas; competencias compartidas; y competencias de apoyo. En principio, al no prever los tratados la posibilidad de crear agencias, salvo aquellas que se mencionan explícitamente, se podría alegar que sólo las instituciones enumeradas en el artículo 13 del TUE pueden ejercer las competencias atribuidas a la UE.

Por otra parte, cabe señalar que no existe disposición alguna en los tratados que prohíba expresamente una atribución de competencias a otras entidades, sean estas agencias u organismos, sobre todo si estas competencias son únicamente puntuales y si esta atribución se efectúa voluntariamente. Como se explicará más adelante, la creación de agencias no ocurre en un vacío jurídico, sino que se recurre cada vez a una base jurídica en los tratados que permita la adopción del reglamento constitutivo correspondiente, siguiendo para este fin un procedimiento legislativo que refleje en la medida de lo posible un consenso entre las instituciones relevantes, es decir el Consejo y el Parlamento. Siendo la Comisión la institución encargada de presentar propuestas legislativas, ya ha ocurrido que ella y el Consejo, cual órgano colegislador, han tenido opiniones divergentes en cuanto a la elección de la base jurídica apropiada. El hecho de que el Consejo haya optado en no pocas oportunidades por modificar la propuesta legislativa, haciendo referencia a una base jurídica distinta,

demuestra lo controvertido que puede ser este tema. Ideal sería una modificación de los tratados a fin de introducir una base jurídica específica para la creación de agencias. Esto contribuiría a garantizar la seguridad jurídica y evitaría litigios ante el TJUE. Sin embargo, no existen actualmente indicios de que haya voluntad política en favor de una reforma.

b) *El principio del equilibrio institucional*. Con arreglo al artículo 13(2) del TUE, cada institución de la UE actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los tratados con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Esta disposición constituye la expresión del principio de equilibrio institucional, característico de la estructura institucional de la UE, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás (C73/14, *Consejo/Comisión*, EU:C:2015:663, apartado 61; C409/13, *Consejo/Comisión*, EU:C:2015:217, apartado 64). Teniendo en cuenta este principio, se podría argumentar que, al asumir determinadas competencias, las agencias “usurpan” los poderes conferidos inicialmente a las instituciones. Además, se podría alegar que, al crear nuevas entidades diferentes de las instituciones, se evita el control democrático y de legalidad que los tratados imponen a las instituciones. El fenómeno de agencificación sería por lo tanto un atentado al sofisticado equilibrio institucional establecido por los tratados.

Sin embargo, este argumento ignoraría el hecho de que las agencias sólo asumen competencias puntuales, en áreas muy especializadas, sin que esto implique privar a las instituciones de la posibilidad de ejercer sus competencias originarias. De hecho, las agencias operan en un ámbito altamente técnico, al cual una institución difícilmente se aventuraría, de no ser que se modifiquen los tratados. Por lo tanto, lejos de “usurpar” competencias, las agencias ocupan nuevas áreas de competencia en base a una atribución expresa, concretizada por el reglamento constitutivo. En cuanto al argumento relacionado a la supuesta falta de control democrático y de legalidad expuesto en el párrafo anterior, es importante recordar que las agencias no operan de manera arbitraria y sin control absoluto. Todo lo contrario, tal como se explicará más adelante, las agencias están obligadas a presentar reportes detallados de su actividad a las principales instituciones, así como al público en general. Asimismo, existen obligaciones de transparencia que deben cumplir, tal como el acceso público a documentos. En cuanto al necesario control de legalidad, es necesario

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 611-669.

recordar que los actos adoptados por las agencias con efectos jurídicos para particulares pueden ser impugnados por éstos últimos, ante órganos internos de carácter judicial y el TJUE (K. Lenaerts y P. Van Nuffel, 2011, p. 709). Por lo tanto, se puede afirmar con razón que el legislador de la UE ha desarrollado mecanismos apropiados a fin de garantizar que las agencias no eviten su responsabilidad democrática y legal.

c) *El principio de subsidiariedad*. Otro principio que juega un rol importante en el contexto de la creación de agencias es el principio de subsidiariedad, reglamentado en el artículo 5(3) del TUE y en el Protocolo (2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la UE, el principio de subsidiariedad persigue proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y legitima la intervención de la UE cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción, sino que estos pueden alcanzarse mejor a escala de la UE, “debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida”. Así, la finalidad de la inclusión de este principio en los tratados europeos es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible, con arreglo al principio de proximidad enunciado en el artículo 10(3) del TUE. Debido a que el derecho de la UE prevé varias formas de administración, sería posible afirmar que la creación de una agencia constituye un acto innecesario de centralización. En efecto, tal como se ha explicado anteriormente, el derecho de la UE puede ser aplicado de manera descentralizada por los Estados miembros, mientras que la Comisión y el TJUE se encargan de asegurar que éstos cumplen con sus obligaciones.

Por otra parte, se podría alegar contra este argumento que la agencificación no tiene necesariamente como efecto centralizar la administración. Como ya se ha indicado anteriormente, la agencificación no priva a los Estados miembros del derecho a aplicar y ejecutar ellos mismos la normativa de la UE en el ámbito nacional. La administración permanece de manera significativa en manos de los Estados miembros, limitándose las agencias generalmente a tareas de coordinación y de evaluación de rendimiento en el alcance de los objetivos trazados. Precisamente esta tarea de coordinación y evaluación constituye uno de los motivos principales en favor de la creación de agencias, pues ellas disponen del conocimiento técnico y poseen la imparcialidad necesaria para verificar el cumplimiento

de dichos objetivos. Al crearse una instancia supranacional se garantiza la eficiencia de la administración, ya que ésta puede ejercer una sana presión sobre los Estados miembros con miras a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Los reglamentos constitutivos generalmente justifican en detalle de qué manera el legislador ha tenido en cuenta el principio de subsidiariedad. El motivo de dicha justificación es respetar las exigencias del artículo 8 del protocolo 2 del TUE, conforme al cual los Estados miembros (a iniciativa de sus parlamentos nacionales) pueden presentar ante el TJUE un recurso de anulación contra un acto legislativo determinado, alegando una presunta violación del principio de subsidiariedad. Hasta la fecha, el TJUE se ha mostrado muy reservado en pronunciarse en cuanto al respeto de este principio.

4. *La base jurídica en los tratados*

Desde que se crearon las primeras agencias, la UE ha hecho uso de diversas bases jurídicas que se presentarán a continuación. De hecho, se habla comúnmente de “generaciones” de agencias, dependiendo del tipo de base jurídica empleada para su establecimiento. Cada base jurídica tiene sus propios requisitos y funciones, por lo que no son simplemente intercambiables. La elección de la base jurídica adecuada es muy importante en el derecho de la UE. Al constituir ésta una “Unión de Derecho”, tal como lo ha recordado en repetidas veces el TJUE,²⁵ la elección de la base jurídica garantiza que el legislador de la UE actúe en conformidad con el Estado de derecho y respete los principios básicos mencionados anteriormente, es decir, de atribución, de equilibrio institucional y de subsidiariedad. En consecuencia, de no cumplir con esta exigencia, el legislador estaría excediendo sus competencias, arriesgando como sanción la anulación del acto “ultra vires” por parte del TJUE. Esto podría ocurrir en el marco de un recurso de anulación (TFUE, art. 263), de un renvío prejudicial destinado a verificar la vigencia de un acto jurídico (TFUE, art. 267) o de una acción de inaplicabilidad (TFUE, art. 277; K. Lenaerts y P.

²⁵ Véase sentencia C-335/09 P, *Comisión/Polonia*, EU:C:2012:385, apartado 48 y *E y F*, C-550/09, EU:C:2010:382, apartado 44. El TJUE ha enfatizado que la UE “es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con el Tratado y con los principios generales del derecho”.

Van Nuffel, 2011, p. 709). A fin de permitir un control jurisdiccional efectivo de la actividad legislatora, el Derecho de la UE prevé que cada acto legislativo deberá mencionar la base jurídica aplicada y explique en sus considerandos los motivos que llevaron al legislador a adoptar tal acto.

a) *La cláusula de flexibilidad del artículo 352 del TFUE*. La primera base jurídica a la que la UE recurrió con el objetivo de crear agencias fue la denominada cláusula de flexibilidad del artículo 352 del TFUE.²⁶ Esta disposición autoriza a la UE a adoptar un acto necesario para alcanzar los objetivos asignados por los tratados cuando estos no hayan previsto los poderes de acción necesarios para alcanzar dichos objetivos. El artículo 352 del TFUE sólo puede servir de base jurídica si se cumplen las condiciones siguientes: la acción prevista resulta “necesaria para lograr, en el marco de las políticas definidas por los tratados (con excepción de la Política Exterior y de Seguridad Común), uno de los objetivos de la UE”; ninguna disposición de los tratados prevé acciones para lograr ese “objetivo”; la acción prevista no debe conducir a ampliar las competencias de la UE más allá de lo previsto por los tratados.

Esta base jurídica se empleó ampliamente en los inicios del proceso de integración²⁷ y esta práctica fue también considerada conforme con el derecho de la UE por la jurisprudencia del TJUE.²⁸ Sin embargo, esta

²⁶ Equivale al artículo 308 del TCE y antiguo artículo 235 del TCEE.

²⁷ La evolución de la historia jurídica de la Unión Económica y Monetaria y la utilización del artículo 352 del TFUE van de la mano. Tanto la gestión de los primeros mecanismos de apoyo a las balanzas de pagos como la creación del Fondo Europeo de Cooperación Monetaria (EMCF, por sus siglas en inglés) y la unidad monetaria europea se basaron en la cláusula de flexibilidad. Esta disposición podría aplicarse para llevar la Unión Económica y Monetaria a su siguiente etapa lógica: un Fondo Monetario Europeo en el marco de los tratados, mediante la transposición del actual Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM) al derecho de la UE. De este modo, la integración del ESM en el marco de la UE puede hacerse mediante un reglamento basado en el artículo 352 del TFUE. Para garantizar una continuación sin trabas de las actividades, los Estados miembros acordarían que el capital del ESM se transfiera al Fondo Monetario Europeo, mediante compromisos individuales o un acto multilateral simplificado.

²⁸ Véase la sentencia del 27 de noviembre de 2012 (C-370/12, *Pringle*, EU:C:2012:756), en la cual el TJUE no excluyó explícitamente que se pueda establecer el ESM usando el artículo 352 del TFUE como base jurídica. Sin embargo, no tuvo necesidad de pronunciarse al respecto, dado el hecho de que se había creado con base en un acuerdo internacional que en un inicio se encontraba fuera de los tratados constitutivos de la UE. Cabe señalar que posteriormente se modificaron los tratados para prever la creación del ESM.

práctica tiene el inconveniente de fomentar un uso demasiado extenso debido a que la base jurídica está formulada en términos algo ambiguos. No resulta demasiado difícil encontrar en los tratados un objetivo que sirva como justificación para la creación de una agencia. Quizás éste no constituyó un verdadero problema en un inicio. Sin embargo, a medida que aumenta el número de agencias, se presenta el riesgo de una proliferación que llegue incluso a socavar el papel de las instituciones. Además, el artículo 352 del TFUE se basa en la teoría del *implied powers*, según la cual se asume que una organización internacional debe poder disponer de los poderes necesarios para alcanzar sus objetivos, incluso si su acuerdo constitutivo no confiere expresamente dichos poderes. Si bien es cierto que la teoría del *implied powers* tiene su origen en el derecho internacional público,²⁹ es necesario señalar que este tipo de presunción es difícil de reconciliar con el principio de atribución, propio del derecho de la UE. Por otra parte, la idea de permitir que el legislador pueda “completar” de manera puntual un vacío jurídico dejado involuntariamente en los tratados por medio de una atribución de competencias basada en el artículo 352 del TFUE refleja de cierta manera este principio. Podemos así concluir que, aunque la cláusula de flexibilidad puede, en principio, servir como base jurídica, no constituye la elección más idónea. Quizá sea éste el motivo por el cual esta práctica fue abandonada con el tiempo, dándose preferencia a otras bases jurídicas. Entre las agencias que fueron creadas en virtud del artículo 352 del TFUE cuentan Cedefop, EUROFOUND, ENISA, FRA y CPVO.

b) *La cláusula de armonización del mercado interior del artículo 114 del TFUE.* Otra base jurídica a la cual se recurrió con el propósito de crear agencias fue la cláusula de armonización del mercado interior del artículo 114 del TFUE. Esta disposición permite la adopción de “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.³⁰ Si bien es cierto que esta base

²⁹ Véase *Reparation for injuries suffered in the service of the Nations*, dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia del 11 de abril de 1949, [1949] ICJ Rep 174, ICGJ 232 (ICJ 1949), Naciones Unidas.

³⁰ Otros sistemas de integración como la Unión Económica Eurasiática y la Comunidad Andina de Naciones prevén igualmente la armonización de legislación nacional con miras a establecer un mercado interior. Véase W. M. Kühn (2016, p. 268).

jurídica fue muy útil en sus días, hoy en día plantea ciertos problemas legales debido a que su aplicación está limitada a un solo sector, el mercado interior. Aunque resultó indispensable en la fase de formación del mercado interior, hoy su relevancia ha disminuido tras haberse básicamente alcanzado este objetivo en 1993. Obviamente, esto no excluye que el artículo 114 del TFUE pueda seguir siendo usado como base jurídica, debido a que el mercado interior de la UE evoluciona conforme a las exigencias del momento, por ejemplo, para tener en cuenta el desarrollo tecnológico y la necesidad de proteger al consumidor. No obstante, de no poder recurrirse al artículo 114 del TFUE debido a que la agencia no operará en el ámbito del mercado interior, el legislador deberá servirse del artículo 352 del TFUE cual base jurídica subsidiaria. Otro problema que se plantea es la restricción a “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros”. De qué manera la creación de una agencia en sí debe constituir una aproximación de disposiciones o si basta que su creación constituya una medida que “facilite” o “contribuya” a tal objetivo, es objeto de controversia. La jurisprudencia del TJUE parece inclinarse hacia una interpretación más bien amplia del ámbito de aplicación del artículo 114 TFUE, en reconocimiento del poder discrecional del legislador, al exigir únicamente que la actividad de la agencia contribuya a una aproximación de legislaciones con miras a asegurar el funcionamiento del mercado interior. Entre las agencias que fueron creadas en virtud del artículo 114 TFUE cuentan ECHA, ACER, EBA, ESMA, EMA, EIOPA, EUIPO y ENISA.

c) *Disposiciones sectoriales del TFUE*. Recientemente, el legislador ha venido utilizando como base jurídica aquellas disposiciones en los tratados que confieren competencias a la UE en determinadas áreas. Aunque dichas disposiciones no prevén expresamente la creación de agencias, sí autorizan a la UE a adoptar “medidas” para alcanzar objetivos concretos. El término de “medida” es generalmente interpretado en el sentido que la competencia conferida permite también la adopción de actos legislativos, incluyendo reglamentos que establecen agencias. En su calidad de entidades administrativas, las agencias constituyen, sin lugar a duda, medidas adecuadas para hacer frente a los problemas que se presentan en el proceso de integración. Esta práctica puede considerarse establecida y aprobada por la jurisprudencia del TJUE. Es la que además suscita menos dudas en cuanto a su legalidad, pues es la que más busca cumplir con el requisito

de perseguir un objetivo legítimo, así como con la exigencia de basarse en una competencia prevista específicamente en los tratados. Efectivamente, el término “medida” es suficientemente vasto como para incluir la creación de agencias, sobre todo tomando en cuanto a el amplio margen discrecional del cual dispone el legislador en la elección de medidas para alcanzar los objetivos definidos en los tratados. Entre las agencias que fueron creadas en virtud de disposiciones sectoriales cuentan EEA, ECDC, EASA, FRONTEX, EASO y EFSA.

IV. ESTRUCTURA ORGÁNICA

Debido a que una agencia es una entidad autónoma, no puede depender ésta de la Comisión o de otra institución a fines de definir su política. Por otra parte, los reglamentos constitutivos generalmente establecen que los programas de trabajo de las agencias deberán ser compatibles con las prioridades definidas por la Comisión o la UE en general. En consecuencia, cada agencia dispone de un órgano que define su política. Además, dicho órgano será igualmente responsable de adoptar las medidas administrativas necesarias, permitiendo así a la agencia funcionar. A continuación, se explicará brevemente la estructura orgánica general de las agencias, aunque cabe recordar que diferencias importantes pueden existir de una agencia a otra, como consecuencia de la proliferación algo descoordinada que ha tenido lugar en las últimas décadas. Efectivamente, no fue hasta la adopción del denominado “Planteamiento Común”,³¹ en el cual las principales instituciones de la UE se pusieron de acuerdo respecto a las características comunes que deberían presentar las nuevas agencias, que se creó un cierto orden en el proceso de agencificación. En principio, cada agencia dispone de una estructura orgánica conformada por su consejo de administración y su director ejecutivo. No obstante, puede además prever otros órganos dotados de funciones consultativas.

³¹ “Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralized agencies”, documento disponible en el siguiente enlace: https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/joint_statement_and_common_approach_2012_en.pdf.

1. *El consejo de administración*

La estructura orgánica de las agencias prevé la creación de consejos, los cuales asumen dos tipos distintos de funciones: la definición de la política de la agencia y el ejercicio de funciones administrativas. Mientras que en algunas agencias es el mismo consejo que ejerce estas funciones, otras prevén una división de funciones entre dos tipos de consejos distintos. A fin de tener en cuenta la función del respectivo consejo, los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente prevén que los miembros deberán cumplir ciertos requisitos, más concretamente, tienen que disponer de conocimiento y experiencia en el ámbito de actividad de la agencia. El nombre de dichos órganos puede variar de una agencia a otra, aunque las funciones sean similares. A fin de facilitar la comprensión, se utilizará el término general de “consejo de administración”. Conforme a las disposiciones relevantes en los reglamentos constitutivos de las agencias o los reglamentos de procedimiento de los consejos, estos órganos convocan reuniones de sus miembros periódicamente, un mínimo de veces al año o cuando un cierto porcentaje de sus miembros lo soliciten. El objetivo de estas reuniones es discutir aspectos relacionados con la actividad de la agencia, sobre todo en lo que concierne la estrategia a seguir, así como de adoptar las decisiones necesarias para asegurar su funcionamiento.

En general, cada consejo de administración está compuesto de representantes de todos los Estados miembros. Sin embargo, existen unas pocas excepciones, en las que existe una representación de la Comisión, del Consejo y del Parlamento respectivamente. Generalmente los consejos prevén una representación de la Comisión de por lo menos uno (hasta seis miembros) con derecho a voto. En algunas agencias, la Comisión sólo tiene estatuto de observadora. En todo caso, la Comisión ha venido tratando en vano de ampliar su influencia en los consejos administrativos, exigiendo una representación paritaria con el Consejo. De hecho, la presencia de la Comisión en el consejo administrativo resulta indispensable a fin de no privar a la agencia de su carácter supranacional. De sólo preverse una representación de los Estados miembros se correría el riesgo de eliminarse la distinción entre la institucionalidad de la UE y la de sus Estados miembros. La agencia podría convertirse en una entidad intergubernamental a merced de las autoridades nacionales, lo que resulta

irreconciliable con la idea de la supranacionalidad de la UE. Teniéndose en cuenta la experiencia y el conocimiento técnico de la Comisión, resulta consecuente exigir una representación commensurada de esta institución.

En algunas agencias, el Parlamento está también representado o puede nombrar personalidades del ámbito científico. Salvo excepciones en las que únicamente se les asigna estatuto de observadores, estos representantes son generalmente miembros de pleno derecho del consejo administrativo. Las propuestas legislativas de la Comisión no prevenían en un inicio una representación del Parlamento. Sin embargo, ésta última las modificó para asegurar su presencia en las agencias. Por una parte, esta presencia tiene la ventaja de que el Parlamento pueda asumir su función de control democrático de la actividad de las agencias. Por otra parte, incorporar al Parlamento en las actividades de las agencias trae como consecuencia el riesgo de que se confunda la influencia en la actividad de las agencias con el control democrático. Ya de por sí el Parlamento dispone de medios eficaces para asegurar que las agencias cumplan con la normativa aplicable y respondan por sus actos. En un futuro, sería preferible que el Parlamento se limite a insistir en preservar sus medios tradicionales de control en lugar de influir directamente en la actividad de las agencias, una competencia que le corresponde más bien al Poder Ejecutivo.

Los consejos administrativos de determinadas agencias permiten la representación de otras entidades aparte de las instituciones y los Estados miembros de la UE. Ya se discutió anteriormente la participación de Estados terceros y organizaciones internacionales en los consejos administrativos en el marco de la apertura del proceso de agencificación. Asimismo, ciertas agencias prevén la representación de grupos de interés sin derecho a voto, los cuales son nombrados conforme a procedimientos específicos.

En el “Planteamiento Común” las instituciones acordaron que los consejos administrativos estarían compuestos de un representante por cada Estado miembro, dos representantes de la Comisión, uno del Parlamento y, de ser apropiado, de un número limitado de grupos de interés. Este acuerdo puede ser considerado como una derrota para la Comisión, quién había insistido en una paridad con el Consejo. Constituye, a su vez, una importante victoria para el Parlamento, el cual tiene un derecho legítimo a exigir ser representado en todos los consejos de administración a pesar de las dudas respecto a su rol específico.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 611-669.

2. *El director ejecutivo*

El director ejecutivo es el órgano de mayor importancia en la agencia después del consejo administrativo. Al igual que este último, el director ejecutivo no tiene un nombre armonizado, sino que suele ser denominado de acuerdo con la terminología que introduce el reglamento constitutivo. Él representa a la agencia hacia el exterior y es responsable de su administración diaria. Asimismo, su función consiste en asistir al consejo administrativo en la preparación de los documentos esenciales de la agencia. A fin de ejercer su función, el director ejecutivo idealmente deberá disponer de conocimientos fundados de administración pública, *management* e incluso experiencia profesional en el área en el que opera la agencia. Sin embargo, resulta interesante destacar el hecho que los reglamentos constitutivos no contienen especificación alguna respecto a los requisitos que todo candidato deberá cumplir a fin de aspirar a dicho cargo, por lo que en la práctica recaerá en el consejo administrativo el deber de elegir al candidato adecuado.

En efecto, el nombramiento del director ejecutivo tiene lugar por decisión del consejo administrativo, con base en una proposición de la Comisión Europea. Aunque este es el procedimiento regular en la gran mayoría de las agencias y es además conforme al “Planteamiento Común”, existen importantes excepciones, al prever algunas agencias un nombramiento por el Consejo, basada en una proposición del consejo administrativo, o por una decisión del consejo administrativo mismo, con base en una lista de candidatos establecida por un comité de selección (o la Comisión) y aprobada por el Consejo y el Parlamento. Cabe señalar que, aunque sólo los reglamentos constitutivos de CEPOL y EUROJUST mencionan expresamente la participación de un comité de selección, normalmente la legislación de la UE en materia de función pública lo prevé como una exigencia. Las diferencias en el proceso de nombramiento que aún existen de una agencia a otra son el resultado de un proceso no coordinado en la agencificación, producto de la lucha entre las instituciones por obtener el control, por lo que no están justificadas por razones objetivas. Lo más coherente sería que el director ejecutivo fuese únicamente nombrado por el consejo administrativo, órgano al cual el director ejecutivo normalmente está obligado a rendir cuentas. Si bien es cierto que la Comisión tiene un cierto poder al proponer un cierto número de candi-

datos al cargo de director ejecutivo, no es menos cierto que el Parlamento ha logrado extender su influencia. De hecho, los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente prevén que los candidatos deberán presentarse ante el Parlamento y responder preguntas, siguiendo un procedimiento similar al nombramiento de los miembros de la Comisión.³²

Algunos de los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente enfatizan la independencia del director ejecutivo de las instituciones en cuanto a su gestión de la agencia. Obviamente, esto no significa que el director ejecutivo no deba rendir cuenta de sus actos. Todo lo contrario, tal como se ha indicado anteriormente, el director ejecutivo es responsable ante el consejo administrativo y puede, por lo tanto, ser despedido por este último por motivos de un incumplimiento de sus deberes, conforme al procedimiento previsto en el respectivo reglamento constitutivo. La reglamentación de dicho procedimiento puede ser detallado o dejar cierto margen de discreción, variando así de una agencia a otra.

3. *Órganos consultativos*

Dependiendo de su función específica, la estructura institucional de la agencia podrá incluir una serie de órganos consultativos, los cuales gozarán de relativa independencia a pesar de su pertenencia formal a la agencia. Entre los órganos consultativos de FRONTEX se destacan el responsable de la protección de datos, el fórum consultativo y al agente responsable en materia de derechos humanos. Los órganos consultativos

³² Este constituye un hecho remarcable, pues no todos los procedimientos destinados a nombrar a altos líderes de la UE prevén un deber de comparecer ante el Parlamento. Cabe señalar en este contexto que, conforme al artículo 255 del TFUE, los jueces del TJUE deben comparecer únicamente ante “un comité compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del TJUE y del TG, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento”. El nombramiento se basa así únicamente en el conocimiento y la experiencia de un candidato. Por lo tanto, a diferencia del procedimiento previsto en los EEUU para nombrar a los miembros de la Corte Suprema, el nombramiento de los jueces del TJUE no está sometido al voto de una asamblea parlamentaria. Sin embargo, el Parlamento ha solicitado en más de una oportunidad que se modifique el procedimiento a fin de permitirle ejercer un rol más importante.

pueden constituir el foro que reúne a las organizaciones internacionales invitadas a participar en el trabajo de la agencia, de no preverse una membresía en el consejo administrativo. Otras agencias pueden prever órganos compuestos de expertos técnicos, especializados en el área en el que opera la agencia. Según su rol respectivo, estos órganos consultativos pueden presentar opiniones o dictámenes, tratar demandas de particulares, así como exhortar a la agencia a actuar de una manera determinada.

V. PROCEDIMIENTOS DE TOMA DE DECISIONES

Los diversos órganos de la agencia adoptan decisiones en sus respectivas áreas de competencia. Mientras que el consejo administrativo trata aspectos estratégicos, el director ejecutivo se encarga del funcionamiento diario de la agencia, así como de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la aplicación de las decisiones del consejo administrativo cuando el reglamento constitutivo o las decisiones del consejo administrativo mismas lo prevean. Asimismo, el consejo administrativo puede delegar ciertas tareas de carácter administrativo o de implementación al director ejecutivo. Las decisiones se adoptan conforme a los procedimientos respectivos previstos en los reglamentos constitutivos, regidos en mayor detalle por las reglas de procedimiento que la agencia se encarga de adoptar. Si bien es cierto que el director ejecutivo y el consejo administrativo tienen competencias distintas, no se puede dudar que siempre existirá un cierto solapamiento temático. No obstante, cabe señalar que existe una relación jerárquica entre ambos tipos de decisiones. En la medida que asegura la ejecución de decisiones del consejo administrativo y actúa conforme a una delegación de poderes, el director ejecutivo no hace más que actuar según el mandato que le otorga el consejo administrativo. Por lo tanto, al examinarse la legalidad de una decisión, se deberá tener en cuenta la jerarquía normativa. Esto implica que las decisiones de implementación y de delegación del director ejecutivo deberán acatar las instrucciones impartidas en las decisiones del consejo administrativo. Las decisiones de la agencia deberán a su vez respetar sin excepción las disposiciones del reglamento constitutivo, así como toda la normativa relevante de la UE, es decir, de aplicación por parte de la agencia.

Además de las decisiones propiamente hablando, las agencias pueden adoptar actos administrativos con efectos vinculantes para los Estados miembros o individuos, pudiendo variar la terminología de una agencia a otra. El interrogante respecto a que si un acto administrativo adoptado por la agencia genera efectos jurídicos debe responderse mediante una interpretación de las bases jurídicas que permiten a los órganos de la agencia adoptar dichos actos, debiéndose tomar en cuenta el objetivo que debe cumplir dicho acto. La respuesta es de suma importancia, ya que permite determinar si un acto administrativo puede ser el objeto de un examen jurídico, un tema que se expondrá más adelante. Otra categoría importante de actos administrativos que adoptan las agencias es la de *soft law*, ya mencionada anteriormente, que incluye todo tipo de manuales, circulares, líneas directrices, etcétera, cuya función consiste esencialmente en dar cierta orientación a los órganos nacionales y supranacionales en cuanto a la manera de aplicar e interpretar correctamente la normativa de la UE. Si bien recae en el TJUE el monopolio interpretativo del derecho, cabe recordar que las agencias poseen, al igual que la Comisión, de un gran conocimiento técnico, por lo que no debe subestimarse la importancia que revisten estos instrumentos de *soft law*. En efecto, dichos instrumentos muchas veces rellenan las lagunas que ha dejado el derecho derivado, además de dar orientación a la administración respecto a la mejor manera de hacer uso del margen discrecional que le haya podido haber otorgado el legislador de la UE. Hoy en día, los instrumentos de *soft law* elaborados tanto por la Comisión como por las agencias deben considerarse imprescindibles en la práctica administrativa europea.

VI. MEDIDAS DE CONTROL SOBRE LAS AGENCIAS

1. Aspectos generales

La proliferación de agencias en tantas áreas de competencia de la UE suscita dudas en cuanto a la posibilidad de controlar verdaderamente su actividad administrativa. Esta inquietud es comprensible si se compara la administración por medio de agencias con otros tipos de administración mencionados anteriormente. Cuando los Estados miembros implementan el derecho de la UE, serán generalmente la Comisión y el TJUE los que

se encarguen de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones. De ser la Comisión la que aplique el derecho de la UE, normalmente recaerá en instituciones como el TJUE, el Parlamento³³ y el Tribunal de Cuentas el deber de verificar la implementación correcta. En el caso de las agencias, este aspecto es mucho más complicado. Al no existir disposición alguna en los tratados que prevea explícitamente el establecimiento de agencias, es evidente que tampoco existirán disposiciones que regulen aspectos tan importantes como el control de su actividad administrativa. Consciente de este problema, el legislador ha tenido que incorporar mecanismos específicos para llenar esta laguna en el ordenamiento jurídico de la UE. Los mecanismos de control son de diverso tipo y son aplicados por varias instituciones, como se explicará a continuación. El objetivo siempre es el mismo, es decir, asegurar que las agencias asuman la responsabilidad por sus actos al actuar de manera transparente y conforme al marco legal.

2. *Los requisitos impuestos por la base jurídica elegida*

El mecanismo de control más elemental está relacionado a la elección de la base jurídica adecuada a fin de crear una agencia. Como se ha indicado en un inicio, la base jurídica determina el procedimiento legislativo a seguirse y con ello los requisitos que las instituciones involucradas en dicho procedimiento deberán cumplir. De requerirse unanimidad en el Consejo, como sería el caso de aplicarse el artículo 352 del TFUE como base jurídica, los Estados miembros podrán oponerse a la creación de la agencia respectiva. Este es igualmente el caso si la adopción del reglamento constitutivo exige una mayoría calificada de votos entre los Estados miembros reunidos en el Consejo, tal como lo requiere la base jurídica del artículo 114 del TFUE. De ser el Parlamento colegislador en dicho proceso, igualmente podrá oponerse o más bien exigir enmiendas legislativas que reflejen sus intereses. Obviamente, una vez que la agencia haya sido creada, se pierde dicho control, salvo si el reglamento constitutivo requiere modificaciones posteriormente, por lo que se deberá iniciar nuevamente el proceso legislativo. Al no ocurrir esto tan frecuentemente, las ins-

³³ Véase European Parliamentary Research Service, “EU agencies, common approach and parliamentary scrutiny – Implementation assessment” (noviembre, 2018).

tuciones involucradas deberán hacer sabio uso de su influencia en el proceso legislativo.

3. *Preparación, negociación y aprobación del presupuesto*

Otro mecanismo de control importante es el relativo a la posibilidad de asignar medios financieros a las agencias mediante la aprobación del presupuesto de la UE. El Consejo prevé los medios considerados necesarios, mientras que corresponde al Parlamento aprobar dicho presupuesto. Tanto los Estados miembros como el Parlamento pueden lograr que se realicen las modificaciones deseadas a la actividad de la agencia al ejercer presión política. Gracias a su poder de iniciativa, recae en la Comisión la tarea de proponer el propuesto, pudiendo asignar medios financieros a las actividades que considere oportunas para alcanzar los objetivos trazados.

4. *La influencia de la Comisión en la actividad de las agencias*

De todas las instituciones, es la Comisión la que probablemente tenga la mayor influencia en la actividad de las agencias debido al hecho de que se les está confiada una actividad administrativa a todas ellas. Además, si bien es cierto que las agencias son entidades especializadas, la Comisión es la institución dotada de competencias de desarrollo de políticas y de su ejecución. Asimismo, tiene funciones de coordinación, ejecución y de gestión, conforme al artículo 17(1) del TUE. Para ilustrar un ejemplo, aunque sea FRONTEX la agencia encargada de proteger las fronteras exteriores de la UE, es el directorado general Justicia y Asuntos de Interior el que desarrolla una política en este ámbito y, tras su aprobación por el Consejo, se ocupa de verificar que FRONTEX actúe dentro del marco de esta política. Como “guardiana de los tratados”, la Comisión intervendrá para asegurar que la agencia actúe en el marco de su mandato y de las respectivas políticas de la UE. Además, la Comisión será consultada de manera formal (o informal) por los diversos servicios de la agencia en aspectos relacionados a la legalidad de su actividad, a pesar de la independencia institucional de la cual goza la agencia. La Comisión parece estar consciente de esta relación de “semi-subordinación” al considerar

a las agencias abiertamente como sus “satélites”. Asimismo, la Comisión exigirá normalmente que se respeten sus prerrogativas en ciertas áreas, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones exteriores. Por lo tanto, la Comisión se opondrá a que las agencias actúen independientemente al tratar con Estados terceros. El desarrollo de acuerdos administrativos con dichos países generalmente requerirá la autorización de la Comisión antes de que éstos puedan concluirse. A fin de evitar que la agencia usurpe sus poderes —o de la UE misma— en el ámbito internacional, la Comisión parte de la premisa que los acuerdos administrativos concluidos entre las agencias y Estados terceros no constituyen tratados de derecho internacional público. Asimismo, negará su efecto jurídicamente vinculante, reduciéndolos a simples “expresiones de voluntad”. Por lo más cuestionable que pueda ser esta interpretación desde un punto de vista jurídico, tiene mucho sentido para la UE en términos políticos, ya que evita el riesgo de una responsabilidad internacional hacia Estados terceros a raíz de una actividad descoordinada por parte de un sinnúmero de agencias.

Por otra parte, cabe señalar que la influencia que la Comisión pueda ejercer en el proceso decisorio interno, es decir, en el consejo administrativo, no es suficiente como para poder hablar de un “control” de la actividad de la agencia. Como ya se ha explicado, la Comisión generalmente no dispone de más de un par de representantes en dicho consejo, viéndose su influencia reducida con cada adhesión de nuevos Estados miembros a la UE. Aunque la Comisión se esfuerce en subrayar su conocimiento técnico y su experiencia en la materia, este hecho no debería llevar a pensar que ello bastará para hacer prevalecer su opinión ante los demás miembros del consejo administrativo. Mucho menos podrá la Comisión ejercer una influencia determinante en el quehacer diario de las agencias al poder proponer o rechazar candidatos al cargo del director ejecutivo. La posición de la Comisión dentro del consejo administrativo no dejará de ser minoritaria.

5. *Relaciones públicas y acceso público a documentos internos*

Las agencias no operan en la anonimidad, aunque sea muchas veces la Comisión la que se beneficie públicamente del éxito en sus actividades. Algunas agencias gozan de cierta celebridad, dependiendo del ámbito que se les haya asignado. En consecuencia, las agencias están llamadas

frecuentemente a responder preguntas planteadas por la prensa o miembros del Parlamento respecto a legalidad e idoneidad de sus acciones. Las agencias asumirán la responsabilidad por sus acciones, explicando de manera directa o por medio de comunicados de prensa las razones que las llevaron a tomar ciertas decisiones. Además, las agencias deberán ofrecer acceso público a sus documentos conforme a la normativa de la UE, generalmente declarada aplicable con arreglo a los reglamentos constitutivos. Se trata concretamente del reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (OJ L 145, 31/5/2001, pp. 43-48). Parte de la actividad administrativa consiste en procesar las solicitudes de acceso público a documentos internos, justificar la denegación de acceso y, de ser necesario, defender esta decisión ante el TJUE en caso de que se impugne tal decisión mediante un recurso de anulación (T-31/18, *Izuzquiza y Semsrott/Frontex*, EU:T:2019:815 y C-175/18 P, *PTC Therapeutics International/EMA*, EU:C:2020:30). Los mecanismos mencionados aseguran un control efectivo de la actividad de las agencias por parte del público en general.

6. *La responsabilidad del director ejecutivo y del presidente del consejo administrativo*

La agencia rinde igualmente cuentas por medio de su director ejecutivo, quién asume la responsabilidad política por las acciones de la agencia ante instituciones como la Comisión y el Parlamento. Dichas instituciones pueden solicitar que el director ejecutivo o el presidente del consejo administrativo comparezcan y respondan a las preguntas que se les plantee. De ser el Parlamento quien solicite su disponibilidad, dicha invitación provendrá generalmente del comité competente en la materia.

7. *La obligación de presentar un programa de trabajo y un reporte anual*

La principal fuente de información que permite a las instituciones ejercer su poder de control son los reportes que las agencias deben presentar periódicamente, siendo el programa de trabajo y el reporte anual los más importantes. Los dos reportes son, en principio, caras de la misma medalla. Mientras que el programa de trabajo explica cuáles son la polí-

tica y los objetivos del año entrante, el reporte anual expone las actividades del año precedente. En cuanto al programa de trabajo, normalmente son los reglamentos constitutivos los que imponen la obligación de presentarlo. No obstante, las agencias reconocen dicha obligación aún si los reglamentos constitutivos no lo prescriban explícitamente. Obviamente, el programa de trabajo deberá ser compatible con la política de la UE en el ámbito respectivo. El reporte anual permite a las instituciones que asumen control de verificar si la agencia ha alcanzado sus objetivos. Generalmente los reglamentos constitutivos no especifican con mucho detalle los requisitos que deberán cumplir los reportes en cuanto a contenido, dando así a las agencias un cierto margen de discreción. A fin de lograr un cierto grado de armonización, el “Planteamiento Común” da algunas sugerencias, proponiendo que sea la Comisión la que tome la iniciativa y adopte medidas para asegurar la coherencia y la comparabilidad de dichos reportes. En todo caso, los reglamentos constitutivos determinan cuales son las instituciones a las cuales se deberá enviar dichos reportes, pudiendo ser éstos el Consejo, la Comisión, el Parlamento, el Tribunal de Cuentas, el Comité de Regiones y el Comité Económico y Social, entre otros.

VII. EL CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS

Las medidas de control que se han expuesto en la sección anterior aseguran más que nada el control democrático de la actividad ejercida por las agencias y, en un menor grado, el control de legalidad, es decir el examen de compatibilidad con la normativa de la UE. En cuanto al segundo tipo de control, cabe señalar que existen mecanismos específicos para lograr dicho objetivo que se presentarán a continuación.

1. *Examen de legalidad por las salas de recursos*

Como ya se indicado previamente, existe la posibilidad de exigir un examen de legalidad de un acto administrativo, siempre y cuando éste produzca efectos en la posición jurídica de un Estado miembro o de un individuo. Consciente de la necesidad de ofrecer una protección jurí-

dica efectiva y teniendo en cuenta el conocimiento sumamente técnico de las agencias regulatorias, el legislador de la UE ha optado por dotar a dichas agencias de salas de recursos (E. Arana, 2015).³⁴ Entre las agencias que disponen de dichas salas de recurso cuentan ECHA y EUIPO. La ventaja de dichas salas de recurso reside en la posibilidad de aprovechar el conocimiento especializado de las agencias, al mismo tiempo que se alivia la carga de trabajo del sistema judicial de la UE. Las salas de recurso han servido de inspiración en la creación de órganos judiciales tales como el (hoy difunto) Tribunal de la Función Pública y el TUP. No se puede excluir que algún día se creen salas especializadas en ámbitos determinados en el TJUE con base en la experiencia adquirida en la práctica de las agencias.

Dichas salas de recursos permiten un examen de legalidad de las decisiones adoptadas por las agencias mismas. Los reglamentos constitutivos prevén varios mecanismos a fin de garantizar su imparcialidad e independencia, como, por ejemplo, la exigencia respecto a sus miembros de no ser funcionarios de la agencia misma y de ser nombrados por concurso externo, aunque los requisitos y los procedimientos de nombramiento pueden variar de una agencia a otra. Los reglamentos constitutivos o procesales prevén que los miembros de la sala de recurso deberán ser independientes y no obedecerán instrucción alguna cuando tomen sus decisiones, no pudiendo además ejercer otras funciones en la agencia. Los miembros de la sala de recurso no podrán participar en procedimiento alguno de recurso si tienen intereses personales en él o si han actuado o participado en la decisión recurrida. Para garantizar estas prohibiciones generales, los reglamentos establecen un régimen de abstención y recusación. Los miembros de sala normalmente sólo pueden ser removidos por falta grave, tras la intervención de los órganos de la agencia y con base en una decisión del TJUE. Las salas de recursos operan como tribunales incorporados en las agencias, más provistas de un alto grado de independencia de los órganos administrativos.

Un común denominador es la exigencia de reunir miembros de sala especializados en el ámbito técnico respectivo o en el derecho de la UE,

³⁴ Véase respecto a las salas de recurso E. Arana García “Los recursos administrativos en la Unión Europea: Hacia un modelo común de justicia administrativa”, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 27 (2015), Universidad Complutense.

lo que permite la adopción de decisiones de calidad. Generalmente, la función de presidente de la sala de recurso es ejercida por un jurista especializado en derecho de la UE. El mandato de los miembros de sala dura varios años, generalmente 5 años, haciendo así posible una actividad continua y libre de interferencias externas. El número de miembros de una sala de recursos puede variar dependiendo de la agencia, teniendo algunas de 3 a 6 miembros con los respectivos miembros suplentes.

El control de legalidad ejercido por las salas de recursos se extiende a las decisiones adoptadas por la agencia. El efecto del recurso puede ser el de anular o modificar la decisión respectiva. Asimismo, la sala de recurso puede decidir ella misma si dispone de todos los hechos para hacerlo o reenviar el asunto a los órganos administrativos para continuar el trámite necesario, impartiendo ciertas orientaciones que permitan a éstos tomar la decisión correcta desde un punto de vista técnico o jurídico.

Las reglas que rigen el procedimiento ante las salas de recurso se encuentran generalmente establecidas en los reglamentos constitutivos de cada agencia. Sin embargo, en el caso de ciertas agencias, el derecho procesal está reglamentado en actos jurídicos adoptados por la Comisión como producto de una delegación por parte del legislador de la UE. Las agencias mismas pueden adoptar actos administrativos en los cuales se especifica con mayor detalle el derecho procesal. En todo caso, el derecho procesal se inspira claramente en las reglas aplicables al TJUE, lo que crea una cierta homogeneidad jurisdiccional.

Dependiendo de la agencia, el recurso puede ser facultativo u obligatorio. La posibilidad de interponer un recurso antes de presentar un asunto ante un tribunal propiamente dicho no es nada nuevo, pues es un fenómeno ampliamente conocido en el derecho administrativo nacional. La gran mayoría de los Estados miembros prevén algún tipo de recurso administrativo ante la misma entidad o la entidad superior encargada de efectuar el control de legalidad.³⁵ Generalmente, dichos recursos per-

³⁵ Véase el análisis de derecho comparado contenido en la Decisión de la Autoridad de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio, del 22 de marzo de 2017 (Case 78421, Document 845549, Decision 061/17/COL), en el que se presentan varios ordenamientos jurídicos nacionales en los cuales se prevé un control administrativo de legalidad (facultativo u obligatorio) antes de poder acceder a los tribunales nacionales. Tal como se desprende de dicha decisión, la coexistencia de una variedad de sistemas de recursos refleja las tradiciones jurídicas en Europa.

miten a la entidad administrativa verificar la legalidad de sus propias decisiones, teniendo así un efecto que se podría calificar de “didáctico”, además de ser compatible con el principio de economía procesal.³⁶ En efecto, no todos los asuntos merecen ser tratados por el sistema judicial de la UE. El recurso administrativo dispone de las ventajas que ya se han señalado, es decir, el beneficio del conocimiento técnico, además de estar las salas de recurso situadas geográficamente en la sede de la agencia donde se adoptó la decisión recurrida. De ser obligatorio el recurso, este hecho hace que sea un requisito de admisibilidad de toda acción ante el TJUE. En otras palabras, de no haberse interpuesto un recurso ante la agencia antes de llamar al TJUE, la acción de nulidad iniciada por la persona afectada será desestimada por ser inadmisibile. Evidentemente, esto no ocurre cuando el recurso administrativo es simplemente facultativo. Será el Tribunal General de la UE (TG) la jurisdicción competente para decidir sobre el recurso interpuesto contra la decisión que adoptó la sala de recurso de la agencia.

2. *Examen de legalidad por el TJUE*

El mecanismo central que permite un control de legalidad de la actividad de las agencias es el sistema jurisdiccional creado por los tratados, en el cual el TJUE juega un rol preponderante. Tal como se ha indicado en los párrafos anteriores, recae generalmente en el TG la responsabilidad de examinar la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la UE de las decisiones adoptadas por las agencias. Cabe señalar, a fin de evitar malentendidos, que aunque los tratados hagan referencia al TJUE, dicha referencia debe interpretarse como una mención de la institución, siendo el TG la jurisdicción generalmente competente dentro del TJUE. Este es el caso de recursos de anulación destinados a examinar la legalidad de los actos de una agencia, como se explicará más adelante. No obstante, será el TJUE como jurisdicción superior la que se encargará exclusivamente de examinar recursos de anulación dirigidos contra los reglamentos constitutivos de agencias por tratarse de actos legislativos de la UE. Este tipo de procedimiento prevé generalmente la intervención del Consejo

³⁶ Véase las conclusiones del abogado general Pikamäe, del 22 de enero 2020 (C-114/19 P, *Comisión/Di Bernardo*, EU:C:2020:22, apartado 93).

y del Parlamento como colegisladores, los cuales serán invitados a presentar observaciones respecto a los motivos de ilegalidad invocados por el demandante. Por lo tanto, el nombre “TJUE” puede entenderse como una referencia a la institución o a la jurisdicción superior, dependiendo de las circunstancias.

a) *Recurso de anulación*. De las vías de recurso disponibles será el recurso de anulación la vía apropiada para examinar la legalidad de los actos de una agencia, incluidas las decisiones de las salas de recurso. El artículo 263(4) del TFUE estipula que “toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que *la afecten directa e individualmente* y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”.³⁷ Esta disposición excluye, por definición, la *actio popularis*, garantizando que sólo pueda interponer recurso el que verdaderamente se vea perjudicado por la decisión adoptada por una agencia.

Tal como lo determina la segunda oración del artículo 263(1) del TFUE, el TJUE “controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros” (K. Lenaerts, I. Maselis y K. Gutman, 2014, p. 304). Por tratarse de una noción bastante amplia, se entiende que la referencia a “órganos y organismos” incluye a las agencias. Dicha disposición contrasta con la primera oración del mismo apartado, en el que se mencionan como actos impugnables a “los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”. De no existir la segunda oración existiría un vacío en la tutela judicial de particulares, lo que sería incompatible con la imagen de “Unión de Derecho” de la UE que ha cementado el TJUE en su jurisprudencia. La posibilidad de interponer un recurso de anulación contra “actos legislativos” permite un examen de legalidad de los reglamentos constitutivos de agencias. En repetidas veces, Estados miembros impugnaron dichos reglamentos constitutivos, afirmando que el legislador de la UE habría excedido sus competencias

³⁷ Véase W. M. Kühn (2017, p. 62), sobre el recurso de anulación ante el TJUE y otros tribunales supranacionales.

al optar por la creación de una agencia dotada con determinados poderes. Tal como se ha mencionado anteriormente, estas ocasiones permitieron al TJUE confirmar la aplicabilidad de determinadas disposiciones como bases jurídicas. Esto nos lleva a los motivos que pueden justificar un recurso de anulación. Conforme al artículo 263(2) del TFUE, el TJUE “será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder”, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento, el Consejo o la Comisión.

Tal como se desprende del artículo 264 del TFUE, “si el recurso fue fundado, el TJUE declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado”. No obstante, la misma disposición señala que el TJUE “indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos”. En general, el TG podrá decidir él mismo sobre la acción de nulidad o reenviar el asunto nuevamente a la agencia para que ésta pueda pronunciarse sobre ciertos aspectos, en particular de carácter técnico. El segundo caso es evidente, ya que el TG difícilmente podrá sustituir la apreciación efectuada por la administración por sus propias consideraciones. Los recursos interpuestos ante el TJUE no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el TJUE podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

b) *Responsabilidad extracontractual*. Debido a que los reglamentos constitutivos prevén la responsabilidad extracontractual de las agencias de la UE por daños causados a raíz de actos ilegales cometidos hacia terceros, el TG es competente para tratar litigios de este tipo con arreglo al artículo 340(2) del TFUE. La existencia de responsabilidad extracontractual de la UE se sujeta a la existencia de tres requisitos: el primero, la ilegalidad de la conducta de la institución o del agente; el segundo, la existencia de un perjuicio sufrido por el recurrente; y el tercero, una relación de causalidad entre la conducta de la institución o del agente y el citado perjuicio. La reparación de estos daños se realizará conforme a los “principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”.

c) *Responsabilidad contractual*. A diferencia de lo que se aplica en el caso de la responsabilidad extracontractual, mencionado anteriormente, el artículo 340(1) del TFUE prevé que “la responsabilidad contractual de la UE se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate”. Por lo tan-

to, cuando agencias concluyan contratos con terceros, sean estos agentes privados o públicos, se deberá precisar en dichos contratos los casos que darán lugar a la responsabilidad de la agencia, por ejemplo, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Asimismo, de un punto de vista procesal, cabe recordar que el artículo 274 del TFUE dispone que “sin perjuicio de las competencias que los Tratados atribuyen al TJUE, los litigios en los que la UE sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales”. Esta disposición debe entenderse en el sentido que no se puede deducir del simple hecho que una de las partes contractuales sea una agencia de la UE que el TJUE tenga competencia originaria para resolver posibles controversias. Al contrario, de no preverse específicamente en los contratos, la competencia recaerá en los tribunales nacionales. En el caso de contratos celebrados en el marco de la contratación pública, dichos contratos preverán generalmente una competencia de los tribunales del Estado sede de la agencia. Asimismo, se especificará que el derecho de dicho Estado sede será aplicable cuando el contrato no prevea disposiciones específicas. Debido a que las agencias constituyen entidades supranacionales y el derecho nacional no siempre prevé soluciones a los problemas jurídicos que pudieran surgir durante la ejecución del contrato, no es inhabitual especificar que “el derecho contractual de la UE” llenará las lagunas jurídicas que pudieran presentarse. El resultado puede describirse como un derecho contractual “mixto”, compuesto del derecho nacional y de los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros en materia contractual.

Conviene precisar que la responsabilidad contractual de una agencia por el posible incumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato debe distinguirse de la legalidad del procedimiento de contratación pública, el cual, como ya se ha explicado previamente, se efectúa conforme a las reglas previstas en los reglamentos financieros de la UE.³⁸ Por tener como objeto la aplicación de un reglamento de la UE, los participantes a un procedimiento de contratación pública (al que se le atribuyó

³⁸ Las disposiciones contenidas en los reglamentos financieros, únicamente aplicables a las instituciones y otras entidades de la UE, presentan una gran similitud con las disposiciones de las directivas de la UE relativas a la contratación pública que los Estados miembros están obligados a aplicar. Para una descripción de estas directivas, véase W. M. Kühn (2015, p. 150).

el contrato u otro participante) que invoquen la ilegalidad del procedimiento deberán presentar un recurso ante el TG, cuya jurisdicción es obligatoria S. Poulsen P. Jakobsen y H. Kalsmose-Hjelmborg, 2012, p. 50). Los recursos posibles pueden ser un recurso de anulación o una demanda por responsabilidad extracontractual, con arreglo a disposiciones citadas.

d) *Recurso de casación*. El TJUE es competente para conocer de los recursos de casación que se limiten a cuestiones de derecho y vayan dirigidos contra las sentencias y los autos del TG. Los recursos de casación no tienen efecto suspensivo. Cuando se admita y estime el recurso de casación, el TJUE anulará la resolución del TG y resolverá él mismo el litigio, o devolverá el asunto al TG, que estará vinculado por la resolución del TJUE.

3. *Responsabilidad ante la Comisión*

Como ya se ha indicado anteriormente, las agencias son generalmente responsables ante la Comisión en lo que concierne la ejecución de las políticas de la UE. Las agencias normalmente consultan a la Comisión en una amplia gama de interrogantes que incluye igualmente la legalidad de ciertas medidas. La Comisión es el punto de contacto natural para hacer consultas en cuanto a la aplicación del derecho administrativo de la UE, independientemente de la autonomía de la cual disponen las agencias. Existe además una responsabilidad ante la Comisión cuando el derecho administrativo o los reglamentos constitutivos lo prevean explícitamente, por ejemplo, en el marco de procedimientos que exijan una cooperación entre la agencia y la Comisión o la aprobación de un acto por ésta última.

4. *Examen de legalidad por otras entidades*

Existen además otras entidades que asumen el rol de vigilantes en lo que respecta el control de legalidad. Su rol puede extenderse a todas las actividades de una agencia o limitarse a un ámbito específico. Ya se ha mencionado al DPE cuya función consiste en examinar casos de ilegalidad y de mala administración. Los dictámenes emitidos por el DPE en los asuntos llevados a su atención no son jurídicamente vinculantes, pero tienen cierta autoridad. El DPE incluirá el resultado de sus investigaciones en su reporte al Parlamento, por lo que se genera presión política.

Generalmente, las agencias tendrán en cuenta la apreciación contenida en dichos dictámenes y tratará de remediar en la medida de lo posible cualquier tipo de mala administración que se haya detectado.³⁹

Conviene mencionar además al Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), el cual es una autoridad supervisora independiente que tiene como objetivo principal garantizar que las instituciones y órganos de la UE respeten el derecho a la intimidad y la protección de datos cuando tratan datos de carácter personal y desarrollan nuevas políticas. El SEPD es elegido para un mandato renovable de cinco años. El reglamento (UE) 2018/1725⁴⁰ establece las funciones y competencias del SEPD, así como su independencia institucional en su calidad de autoridad de control. También establece las normas para la protección de datos en las instituciones de la UE. En la práctica, las funciones del SEPD pueden dividirse en tres funciones principales: control, asesoramiento y cooperación. En el marco de su función consultiva, el SEPD asesora a la Comisión, al Parlamento, al Consejo, pero también a las agencias sobre asuntos de protección de datos en una serie de ámbitos de intervención política. Esta función consultiva está relacionada con las propuestas de nueva legislación, así como con otras iniciativas que pueden afectar a la protección de datos personales en la UE. Normalmente, dicha función tiene como resultado un dictamen formal, pero el SEPD también puede proporcionar orientación en forma de comentarios o documentos de orientación. Generalmente, la intervención del SEPD está prevista en los reglamentos constitutivos, por ejemplo, cuando se trata de concluir acuerdos entre agencias respecto al intercambio de datos personales, como es el caso entre FRONTEX y EUROPOL.

³⁹ Tal como lo indicó la abogada general Trstenjak en sus conclusiones del 28 de marzo de 2007 en el asunto C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds/Comisión*, EU:C:2007:191, apartados 56 y 57, la finalidad primordial del DPE en el ejercicio de sus funciones es “la optimización de la administración comunitaria” y no la garantía de la tutela jurídica individual. El DPE “buscará con la institución u órgano afectado una solución que permita eliminar los casos de mala administración y satisfacer la reclamación del demandante, lo cual confiere a la figura del DPE un carácter más bien administrativo”.

⁴⁰ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) 45/2001 y la Decisión 1247/2002/CE (OJ L 295, 21/11/2018, p. 39).

VIII. EL FUTURO DEL PROCESO DE AGENCIFICACIÓN

Las pasadas décadas han puesto en evidencia que la agencificación de la administración de la UE es un proceso que se encuentra en plena evolución. Sin embargo, pueden observarse ya algunas tendencias que permiten predecir su futuro hasta cierto punto. Primeramente, la proliferación algo caótica que tuvo lugar en un inicio fue remediada gracias a los criterios del “Planteamiento Común”, los cuales ofrecen un marco más claro para la creación de agencias. El legislador de la UE podrá servirse de ahora en adelante de esas herramientas para establecer cierto orden a la hora de configurar su estructura interna. Asimismo, los litigios ante el TJUE han permitido al legislador identificar las bases jurídicas apropiadas ante la necesidad de cumplir con las tareas administrativas que se presentan. La reciente creación de ELA el 20 de junio de 2019 demuestra que aún se apuesta en la agencificación como método adecuado de administrar la UE.

Obviamente, la tendencia de las agencias será de aumentar en número a medida que se le atribuyen cada vez más competencias a la UE y mientras que las ventajas de la agencificación no se cuestionen. No se puede excluir la posibilidad de que se cierren o fusionen agencias e incluso se incorporen a las instituciones una vez que pierdan su razón de ser. No obstante, no parece haber una tendencia clara hacia tal escenario. Más bien parece que ciertas agencias podrían evolucionar para jugar un rol determinante en ciertas áreas, como es el caso de FRONTEX en el ámbito de la protección de las fronteras exteriores, la cual será dotada de un cuerpo propio de guardas de fronteras y costas. Igualmente, no se puede excluir la posibilidad que ECDC se convierta en una entidad aún más importante debido a la pandemia y a la necesidad de apoyar la acción de los Estados miembros en el área de salud.⁴¹ En consecuencia, las agencias se quedarán e influenciarán de manera determinante el funcionamiento de la UE.

Cual “satélites” de la UE, las agencias son representantes de la esfera supranacional en el territorio de los Estados miembros. La distancia geográfica y la descentralización constituyen desafíos que ponen en riesgo

⁴¹ Respecto a la evolución de la política de la salud pública en la UE, véase W. Kühn (2006, p. 327).

la coherencia de la acción administración por parte de las agencias. Dichos desafíos sólo pueden ser vencidos mediante el uso de medios de telecomunicación, tecnologías modernas, la celebración de reuniones continuas, intercambios de personal, etcétera. El trabajo en una agencia exige, por lo tanto, un cierto esfuerzo. Las ventajas no son manifiestas, pero responden a una exigencia política de asegurar una mayor representatividad de la UE en los Estados miembros por medio de una descentralización administrativa.

IX. CONCLUSIONES

El presente artículo ha presentado diversas facetas del fenómeno de agencificación en la administración europea, explicando el estatuto de las agencias dentro del ordenamiento jurídico de la UE, la manera en la que éstas se establecen, su organización interna y financiamiento, los procedimientos de toma de decisiones, así como su funcionamiento. Se ha efectuado además una clasificación de las agencias conforme a determinadas categorías a fin de facilitar la comprensión de su razón de ser. Asimismo, se han presentado los desafíos a los que se enfrentan las agencias en su actividad cotidiana. Se ha enfocado igualmente en su relación con las instituciones de la UE, sobre todo en el control de legalidad que éstas últimas ejercen. Se ha demostrado así que las agencias están muy lejos de operar en un vacío jurídico. Más bien se encuentran firmemente ancladas en la estructura institucional de la UE y sometidas a un estricto control de legalidad por parte de diversos actores, entre otros la Comisión, el Parlamento, el DPE y el TJUE. La agencificación ha logrado imponerse como una nueva forma de administración mixta, no prevista inicialmente en los tratados, que incorpora a los Estados miembros, favoreciendo así aún más la aceptación del derecho de la UE por éstos últimos.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANA GARCÍA, E. (2015). Los recursos administrativos en la Unión Europea: Hacia un modelo común de justicia administrativa, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 27. Universidad Complutense.

- CALLIES, C. (2011). *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*. Christian Callies/Matthias Ruffert (eds.).
- CHITI, E. (2016). Is EU Administrative law failing in some of its crucial tasks. *European Law Journal*, 22(5), pp. 576-596.
- FRENZ, W. (2010). Vollzug des Europarechts. *Handbuch Europarecht*.
- KÜHN, W. (2006). El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública. *Agenda Internacional*, 23, pp. 327-363.
- KÜHN, W. M. (2013). Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el Mercosur. Lecciones de la experiencia integracionista europea. *Política Internacional*, 109.
- KÜHN, W. M. (2015). The reform of the EEA rules on public procurement. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 2, p. 150.
- KÜHN, W. M. (2016). The Eurasian Economic Union (II) – Institutions, Law and Policies for Economic Integration. *European Law Reporter*, 7, p. 268.
- KÜHN, W. M. (2017). The Draft Protocol on the creation of the Court of Justice of Mercosur - A new milestone in the judicialisation of regional integration law. *Journal of the Belarusian State University. International Relations*, 2, p. 62.
- KÜHN, W. M. (2018). La responsabilidad extracontractual de la UE a raíz de la violación por parte del TJUE del derecho fundamental a una duración razonable del proceso. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, 12.
- LENAERTS, K. y Van Nuffel, P. (2011). *European Union Law* (3a. ed.). Oxford.
- LENAERTS, K., Maselis, I. y Gutman, K. (2014). *EU Procedural Law*. Oxford.
- MÖLLERS, R. (2017). *Polizei in Europa – Die Sicherheitsagenturen EUROPOL und FRONTEX im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (2a. ed.).
- OESCH, M. Y Lang, A. (2014). EU-Agenturen und die Schweiz, *Zeitschrift für Europarecht*, 6, pp. 131-141.
- PEERS, S. (2016). *EU Justice and Home Affairs Law* (4a. ed.), vol. 1. Oxford.
- POULSEN, S., Jakobsen, P. y Kalsmose-Hjelmborg, S. (2012). *EU public procurement law* (2a. ed.).
- VAN Drooghenbroeck, S. y Rizcallah, C. (2018). *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — Commentaire article par article*. Bruylant.
- WATHELET, M. y Wildemeersch, J. (2014). *Contentieux européen* (2a. ed.).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 611-669.

WIDDERSHOVEN, J. (2014). Developing administrative law in Europe: Natural convergence or imposed university? *Review of European Administrative Law*, 7(2), pp. 5-17.

XII. LISTA DE AGENCIAS MENCIONADAS

Nombre de la agencia	Acrónimo	Ciudad sede	Año de creación
Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía	ACER	Liubliana	2009
Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea	CDT	Luxemburgo	1994
Centro para el desarrollo de la formación profesional	Cedefop	Salónica	1975
Agencia para la Formación Policial	CEPOL	Budapest	2005
Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales	CPVO	Angers	1994
Agencia para la Seguridad Aérea	EASA	Colonia	2003
Oficina de Apoyo al Asilo	EASO	La Valeta	2011
Autoridad Bancaria Europea	EBA	Paris (antes Londres)	2011
Centro para la Prevención y el Control de las Enfermedades	ECDC	Estocolmo	2004
Agencia de Sustancias y Mezclas Químicas	ECHA	Helsinki	2007
Agencia de Defensa	EDA	Bruselas	2004
Agencia de Control de la Pesca	EFCA	Vigo	2005
Autoridad de Seguridad Alimentaria	EFSA	Parma	2002

Autoridad de Seguros y Pensiones de Jubilación	EIOPA	Fráncfort del Meno	2011
Autoridad Laboral	ELA	Bratislava	2019
Agencia de Medicamentos	EMA	Ámsterdam (antes Londres)	1995
Agencia de Seguridad Marítima	EMSA	Lisboa	2002
Agencia para la Ciberseguridad	ENISA	Atenas e Irákleio	2005
Fiscalía Europea	EPPO	Luxemburgo	2020
Autoridad de Valores y Mercados	ESMA	París	2011
Fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo	EUROFOUND	Dublín	1975
Oficina de Propiedad Intelectual	EUIPO	Alicante	1999
Agencia para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia	eu-LISA	Tallinn/ Estrasburgo/ Sankt Johann im Pangau	2012
Oficina de Justicia	EUROJUST	La Haya	2002
Oficina de Policía	EUROPOL	La Haya	1999
Agencia de la Guardia de Fronteras y Costas	FRONTEX	Varsovia	2005

Oficina del ORECE	Agencia de Apoyo al Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas	Riga	2010
-------------------	--	------	------

DAÑOS DERIVADOS DE LA INFIDELIDAD CONYUGAL.
ANÁLISIS DEL TEMA A LA LUZ DEL DERECHO
AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
Y DE LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES
MATRIMONIALES*

*DAMAGES DERIVED FROM SPOUSAL INFIDELITY. ANALYSIS
OF THE ISSUE IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO FREE
DEVELOPMENT OF PERSONALITY AND THE INOBSERVANCE
OF MARRIAGE DUTIES*

Jorge Eduardo MEDINA VILLANUEVA**

RESUMEN: Dentro de los temas relativos al derecho de daños, sin duda uno de los más polémicos es el referente a la reclamación de indemnización por las consecuencias derivadas de la infidelidad conyugal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente se pronunció en una interesante sentencia en el sentido de negar la procedencia de la indemnización por daños derivados de este supuesto, atento, en términos generales, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a que la fidelidad sexual es un deber moral, por lo que no se puede coaccionar a los cónyuges a su cumplimiento. Se analiza el tema planteado por la Suprema Corte precisamente desde estos dos aspectos: los límites al derecho al libre desarrollo de la personalidad y las consecuencias de la

ABSTRACT: Among the issues related to the law of torts, without a doubt one of the most controversial is the referring to the claim for compensation for the consequences derived from marital infidelity. The Supreme Court of Justice of the Nation recently issued an interesting precedent in the sense of denying the origin of the compensation for damages derived from this assumption, attentive, in general terms, to the right to free development of the personality and that fidelity sexuality is a moral duty, so the spouses cannot be coerced. The issue raised by the Supreme Court is analyzed from precisely these two aspects: the limits to the right to free development of the personality and the consequences of the non-observance of these moral duties. We conclude that the

* Recibido el 27 de abril de 2021; aceptado el 31 de agosto de 2021.

Agradezco profundamente al doctor Pedro Pallares Yabur, profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, sus amables comentarios al presente trabajo y que, sin duda, ayudaron a mejorarlo.

** ORCID: 0000-0002-1755-7812. Profesor investigador de la Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, Campus Guadalajara. Correo electrónico: jemedina@up.edu.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV,
núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 671-703.

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

inobservancia de esos deberes morales. Concluimos que no resultan convincentes los argumentos de la sentencia analizada y proponemos nuevas líneas de análisis del problema.

Palabras clave: daños, responsabilidad civil, derecho de daños, deberes matrimoniales.

arguments of the sentence analyzed are not convincing and we propose new lines of analysis of the problem.

Key words: torts, civil responsibility, tort law, matrimonial duties.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco teórico*. III. *Sentencia de la Primera Sala, de noviembre de 2018*. IV. *Análisis específico de las implicaciones jurídicas planteadas por la Suprema Corte*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En México, como en la mayoría de los países que compartimos la tradición jurídica Romano-Canónica, el derecho relativo a la responsabilidad civil es de construcción eminentemente jurisprudencial. Esto significa que existen en los ordenamientos legales —en este caso, el Código Civil— poca cantidad de normas, las cuales dan las líneas generales del derecho a recibir una indemnización, correspondiendo a los tribunales a través de sus resoluciones dar movimiento y vitalidad a la figura, quienes a la par de materializar el profundo sentido de justicia que encierra la institución del derecho de daños, van delineando el sistema de forma pormenorizada.

Evidentemente, el camino no está exento de tropiezos y mucho menos de opiniones encontradas. Sin duda, un tema particularmente complejo es el que abordaremos en el presente trabajo: la reclamación de daños derivados de la infidelidad sexual entre los cónyuges, pues la mayoría de los tribunales superiores que los han analizado —como nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación— no lo hacen bajo una estricta y exclusiva óptica del derecho civil, sino que lo relacionan con derechos fundamentales, delineados principalmente de forma jurisprudencial, como en este caso, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Comenzaremos con un análisis brevísimo descriptivo del marco teórico, es decir, de las principales corrientes doctrinales alrededor del tema. Posteriormente, se analizarán los hechos y fundamentos de la sentencia dictada en el amparo directo

en revisión 183/2017 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2018 en donde aborda directamente el tema aquí comentado, intercalando brevemente correlaciones, reflexiones y opiniones sobre ella, para terminar con el análisis bajo las específicas perspectivas de la antropología y la ética, revisando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus límites y las consecuencias jurídicas de la inobservancia de los deberes del matrimonio y terminaremos con las respectivas conclusiones.

II. MARCO TEÓRICO

a) *Aplicabilidad de la responsabilidad civil al ámbito de las relaciones familiares.* Como adelantábamos en la introducción, sin duda alguna uno de los temas relacionados con la responsabilidad civil que ha sido muy polémico en los últimos años, es el relativo a los daños que derivan del incumplimiento de los deberes matrimoniales, como el de la fidelidad sexual. Por ello, es un tema que en la doctrina dista de ser pacífico, pues se muestra muy dividida y, sobre todo, con sólidos argumentos por ambas partes (véase Omar U. Barbero (1977, pp. 197 y ss.).

Para analizar el tema materia del presente trabajo, comencemos por ubicarnos dentro del ámbito de la responsabilidad civil, es decir, “la obligación de reparar los daños causados por una conducta negligente, culposa o usando mecanismos o sustancias peligrosas” (Jorge Eduardo Medina, 2021, p. 38) y su principio general lo encontramos en el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual ordena que “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Como se desprende de su simple lectura, el principio de responsabilidad no distingue —ni los artículos posteriores lo hacen— supuestos que estén excluidos de tal fuente de obligaciones. Aquí es donde surge la primera controversia en el específico tema materia del presente trabajo, es decir, respecto de la propia aplicabilidad de los principios de la responsabilidad civil a las relaciones familiares.

1. *Análisis de las posturas doctrinales sobre la aplicabilidad o no de la responsabilidad*

Sin embargo, hay un sector de la doctrina y la jurisprudencia internacional que señala que por la propia especialidad y desarrollo que ha tenido el derecho familiar, deberán aplicarse únicamente las figuras del derecho civil que expresamente lo señale (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011; Aurelia Romero 2000; Encarna Roca, 2000).

Por el contrario, puede verse con la postura en favor de la aplicación del principio de responsabilidad civil, entre otros muchos, Adrián Pérez (2004) y David Vargas (2015). Quienes sostienen la negativa de la aplicación de la responsabilidad civil se basan en las aisladas referencias al tema de la reparación de daños en algunos específicos temas familiares, como lo eran en la ruptura de los esponsales —figura actualmente derogada del Código Civil para el Distrito Federal y de la mayoría de las legislaciones locales— y la administración de los bienes conyugales. Debe estimarse, según esta corriente doctrinal, que las normas generales de la responsabilidad civil no deben aplicarse a las relaciones familiares si no hay una disposición expresa que así lo ordene (Salvatore Patti, 1984, pp. 45 y ss.). Es decir, en la última instancia, los daños ocasionados dentro del núcleo familiar deben permanecer sin resarcir, a menos que exista una norma específica —la cual en la práctica ya no existe en el Código Civil para el Distrito Federal— que lo establezca (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011, pp. 524 y ss.).

Podemos señalar, como bien lo hace Hernán Corral (2017, p. 123), que: “...a favor de la incompatibilidad se sostiene que el Derecho de Familia, y dentro de él el Derecho Matrimonial, es un derecho especialísimo, en que se regulan conductas y afectos, que escapan del plano patrimonial o económico, por lo que por su misma naturaleza se resiste a que se apliquen las reglas de la responsabilidad civil”.

Para ello, se basa en dos argumentos. El primero consiste en que el derecho matrimonial tiene sus propias sanciones al incumplimiento de deberes conyugales, es decir, la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio— o la nulidad matrimonial, y el segundo se basa en que los deberes matrimoniales son esencialmente éticos, por lo que escapan al ámbito de la responsabilidad civil (Encarna Roca, 2000, p. 546 y Luis Felipe Rangel, 2000, p. 160). Analicemos a continuación ambas ideas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 671-703.

Respecto a la primera, nos dice David Vargas (2015, p. 68) que:

se encuentra en el llamado principio de ‘especialidad’ o ‘especificidad’ del derecho de familia, que sostiene que frente a la infracción de los deberes personales del matrimonio sólo se puede aplicar exclusiva y excluyentemente los efectos especialmente previstos por el legislador, descartando la aplicación de otras consecuencias.

Esto es, dado que en algunos supuestos existe una referencia expresa a la responsabilidad de los cónyuges, y en el resto no hay una norma específica respecto a la indemnización pecuniaria, lo único que cabría aplicar es lo expresa y taxativamente señalado por el legislador: dar causa a la disolución del vínculo matrimonial, sin la aplicación del principio general contenido en el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal.

En contra de este argumento, se dice que las normas generales de responsabilidad civil:

...obligan a todo autor de un ilícito civil... a su íntegra reparación. Es este sentido, somos de la opinión que sí son resarcibles los daños causados en el matrimonio por los cónyuges entre sí, ya que, como hemos dicho, no existe ninguna norma que prohíba, excluya o restrinja la aplicación de las normas de responsabilidad civil (David Vargas, 2015, p. 80).

Esto es, no existe en el derecho de la responsabilidad civil o en el derecho familiar norma alguna que se excluyan mutuamente sus principios, por lo que “el derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la Teoría General del Derecho Civil” (Graciela Medina, 2002, p. 51), es decir, no hay razones para considerar al derecho de familia como una rama independiente del civil, con principios y reglas propias, sino que por el contrario, se inserta dentro de éste y deben serle aplicables todos sus principios generales y estar en correlación con él (Graciela Medina, 2002, p. 52).

En esta línea, podemos concluir como lo ha hecho la mayoría de la doctrina que es contraria a esta independencia, que el hecho de que sea una parte del derecho civil que ha desarrollado algunas interpretaciones propias, sobre todo en los últimos años, no lo sustrae de las normas generales

de éste, y menos una como lo es el principio de *alterum non laedere*, que es considerado como un principio general del derecho.

En un sentido ético, consideramos que entre los familiares y más entre los cónyuges, debe regir el principio de *alterum non laedere*, ya que sobre ellos especialmente debe regir un ambiente de cordialidad, respeto y justicia, por lo que no deben dañarse, y si lo hacen, deberán indemnizarse las afectaciones que se produzcan. Lo estimamos así por la falta de texto expreso de la ley que excluya la aplicación del principio general de responsabilidad.

En efecto, no existe en los códigos civiles alguna norma que señale algún ámbito del propio derecho privado que quede fuera del ámbito de la responsabilidad civil; tampoco la doctrina lo ha estimado así, salvo las ideas que hemos expuesto líneas arriba en este polémico tema. Lo que sí existe dentro de la doctrina de la responsabilidad civil es lo que se llama “ejercicio legítimo de un derecho” como causa de exclusión de la responsabilidad civil Luis Díez-Picazo (1999, p. 302). Y no nos parece que la infidelidad conyugal —como ahondaremos más adelante— pueda ser considerado un “derecho”, capaz de ser ejercitado libremente por la persona.

2. *Postura de orden jurídico mexicano*

Debemos precisar que, en el texto de algunos códigos civiles, en particular el de la Ciudad de México, no queda muy clara una postura u otra.

En efecto, el Código Civil para el Distrito Federal señalaba en su artículo 218 que “El marido responde a la mujer y ésta a aquél, de los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia”. En este precepto, nos parece que no queda lugar a duda sobre la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil a las relaciones familiares.

Sin embargo, dicho artículo 218 fue derogado mediante decreto publicado el 25 de mayo de 2000, la cual fue, por cierto, la primera reforma al Código realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Analizando tanto la iniciativa de reformas publicada en el Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 17 de abril de 2000, como el dictamen respectivo publicado en el mismo Diario el 28 de abril de 2000, no se obtiene ninguna justificación para la derogación de este artículo. Pareciera —y esta es una apreciación muy personal— que se

quería trasladar las indemnizaciones a la que introduce el artículo 289 bis, sin embargo, ésta tiene otro origen y justificación, muy diferente a la responsabilidad civil, pues no se trata de una indemnización por hecho ilícito, sino por la adquisición desigual de bienes durante la vigencia del matrimonio.

El maestro Rafael Rojina Villegas (1998, p. 117) comentó el artículo 218, en ese entonces vigente en la Ciudad de México, que “sólo es una aplicación del principio más general contenido en el artículo 1910 que sanciona con el pago de daños y perjuicios todo hecho ilícito”. Esto es, en opinión del citado maestro, lo que hacía el artículo 218 era simplemente adaptar el contenido del artículo 1910 a las relaciones conyugales, pues “las distintas manifestaciones del hecho ilícito como acción contraria a las leyes o a las buenas costumbres, están reguladas en el artículo 218 para las relaciones entre consortes, toda vez que se alude a los daños que cualquier cónyuge cause al otro por dolo, culpa o negligencia”.

Concluyendo las ideas, no nos parece que la derogación del artículo 218 del Código Civil del Distrito Federal es una señal de que no resulta aplicable el régimen de la responsabilidad civil a las relaciones entre cónyuges, pues continúa vigente el principio general del artículo 1910 que sigue siendo aplicable a los temas familiares.

Ahora bien, la jurisprudencia mexicana no es partidaria, al menos en líneas generales, de la exclusión absoluta del derecho a recibir una indemnización cuando los daños son causados por una relación familiar, pues como señala Hernán Corral (2017, p. 122):

...en el estado actual de la reciente discusión sobre la responsabilidad civil por daños en el matrimonio, parece haberse arribado a un cierto consenso en el que el vínculo matrimonial no puede establecer un estatuto de inmunidad frente a la responsabilidad civil cuando se trata de daños que se indemnizan incluso si no hubiera matrimonio entre el dañador y la víctima. Por ejemplo, si se tratara de muerte, lesiones o maltrato físico y psíquico...

Así parece ser el sentido de algunos pronunciamientos recientes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues en la sentencia dictada en el amparo directo en revisión (ADR) 5490/2016, del 7 de marzo de 2018, donde estableció que “la violencia intrafamiliar constituye un hecho ilícito, que tiene cabida en las relaciones entre par-

ticulares, cuyas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación” (ADR 5490/2016, p. 33), sin siquiera plantearse la posibilidad de que el vínculo familiar fuera una excluyente, o al menos atenuante, de la responsabilidad civil. Líneas más adelante volveremos sobre el tema específico de los hechos ilícitos.

Esta línea jurisprudencial la explica muy bien Gabriel Hernández (2016) cuando indica:

...la situación que se impone hoy en materia de detrimentos ocasionados entre familiares es la que postula como regla general, su resarcimiento en aras de la plena protección de los derechos individuales de los miembros de la familia, que priman sobre la salvaguarda de ésta... Pero el consenso se relaciona principalmente con los detrimentos producidos por la vulneración de intereses que van más allá de aquellos a que se refieren los ‘deberes conyugales’, sin que se extienda la resarcibilidad de las consecuencias de infracción de tales deberes (p. 98).

b) *La infidelidad conyugal como hecho generador de responsabilidad civil*. Para analizar este tema concreto del hecho generador de la responsabilidad civil y la posibilidad de que sea considerada —o no— a la infidelidad conyugal como tal, debemos hacer algunas precisiones y señalar algunos antecedentes teóricos necesarios. Según lo ha puesto de manifiesto tanto la doctrina en Mariano Yzquierdo Tolsada (2015, pp. 137 y ss.) y Ricardo de Ángel Yagüez (1993, pp. 255 y ss.), como la jurisprudencia nacional, en Carlos de la Rosa Xochitiotz y Velia Fernanda Márquez Rojas (2020, pp. 90 y ss.), los elementos de la responsabilidad civil extracontractual son tres: un hecho generador también llamado hecho ilícito, un daño y una relación de causalidad.

El hecho generador, entendido éste como el supuesto que da lugar a la responsabilidad, puede ser de tres tipos: hecho propio de la persona que finalmente responde por el daño (Código Civil para el Distrito Federal, art. 1910); hecho de tercero (mismo ordenamiento legal, arts. 1918 al 1926) y de las cosas (arts. 1929 al 1933), y la llamada responsabilidad objetiva (Código Civil para el Distrito Federal, art. 1913 y Jorge Eduardo Medina Villanueva, 2021, p. 74). Por ser el relevante para el presente trabajo, nos concentraremos en el primero.

El propio artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal que transcribimos líneas arriba, nos indica que quien “obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”. La doctrina ha entendido que este obrar ilícito se da cuando se “vulnere o contraríe lo establecido por cualquier norma o regla de derecho, por los principios generales o la costumbre (Manuel Bejarano, 2010, p. 221).

El segundo elemento, el daño, puede ser de dos formas: patrimonial o moral. El primero es definido por el propio Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2108 como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, y el segundo como la “afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás” (Código Civil para el Distrito Federal, art. 1916).

Finalmente, el tercer y último elemento de la responsabilidad es la relación de causalidad, y se refiere a que el daño debe ser una consecuencia inmediata y directa del hecho generador (Código Civil para el Distrito Federal, art. 2110; Mariano Yzquierdo Tolsada, 2015, pp. 187 y ss.).

Retomando el primer elemento, es decir, al hecho generador, la controversia materia del presente trabajo, se centra en si la infidelidad matrimonial puede ser considerado un hecho ilícito desde la perspectiva del derecho civil, y, en consecuencia, el daño que se ocasiona por ello, ser reparado mediante la responsabilidad civil.

Señalábamos líneas arriba que la tendencia casi totalmente aceptada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina es que la responsabilidad civil “no puede negarse porque la víctima y la persona responsable estén vinculados por lazos familiares” (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011, p. 526), sin embargo, esta unanimidad se acaba cuando nos acercamos a los deberes conyugales, como lo es la fidelidad.

Para analizar esto, primeramente, debemos distinguir, como lo hace Graciela Medina (2002, p. 28), entre aquellos hechos ilícitos que pudieran ser considerados como tales independientemente de la relación familiar, como, por ejemplo, la violencia intrafamiliar a que arriba se hizo alusión, pues la violencia siempre será ilícita, ya sea que la infiera un extraño o el esposo. Es decir, en este supuesto el vínculo familiar entre víctima y dañante no ocasiona ningún cambio en la configuración del ilícito, pues

el acto lo es por sí mismo, como venimos ejemplificando, una agresión directa como en la violencia intrafamiliar.

Diferente sucede en el caso donde la ilicitud proviene precisamente de algún aspecto vinculado a la relación conyugal, como es el caso del presente trabajo, ya que la fidelidad sexual como deber jurídico lo es solamente entre los cónyuges, aspecto el cual marca la diferencia en el tratamiento jurídico. Como explica Hernán Corral (2017, p. 123):

si no existe matrimonio entre dos personas, no puede haber incumplimiento del deber de fidelidad y, por tanto, aunque una de ellas sufra por las relaciones sentimentales que establece con un tercero, no habrá hecho ilícito que justifique una demanda de indemnización de perjuicios. Si hay matrimonio, el hecho ilícito aparece: se incumple un deber marital, y en tal caso la pregunta sobre la posibilidad de obtener reparación del daño causado por la vía civil se vuelve pertinente.

Ahora bien, dentro de este tema surge que quienes se pronuncian en contra de la posibilidad de indemnizar los daños derivados de la infidelidad conyugal, señalan que los deberes matrimoniales son esencialmente éticos, por lo que su transgresión no genera todas las consecuencias de genuinos deberes jurídicos, ya que no cabe cumplimiento forzoso y se desnaturalizaría el carácter personalísimo al darle una indemnización en dinero (Hernán Corral, 2017, p. 123). Para ello, los autores que lo proponen se basan en que los deberes legales conyugales constituyen obligaciones personalísimas, incoercibles (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011, p. 541). Esto es, enlazándolo con la línea argumentativa que venimos señalando, que la infidelidad conyugal no es un “hecho ilícito” capaz de generar responsabilidad civil, sino que se trata de la vulneración de un deber sin posibilidad de ser coaccionado ni de tener repercusiones económicas. Debemos también aquí hacer algunas precisiones.

Se suele definir a una obligación como “la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor” (Manuel Borja Soriano, 2000, p. 71). Sin ánimos de entrar a analizar la evolución del tema de la patrimonialidad del objeto de la obligación, puede decirse que actualmente el ordenamiento legal tutela y protege diversos intereses

no patrimoniales, por medio de diferentes figuras jurídicas (véase Delia La Rocca, 2006), puesto que hoy en día es un tema totalmente superado tanto en la doctrina como en la legislación que el orden jurídico, en particular el civil, protege intereses no solamente económicos, sino de otro tipo, como los personales (Carlos Fernández Sessarego, 2015).

Uno de los ejemplos más evidentes y que tiene relación directa con el tema materia del presente trabajo, es el referente al daño moral, puesto que el propio Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916, primera parte, señala que “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.

De esta forma, tenemos como conclusión que, aunque el derecho afectado sea de carácter no económico, desde hace muchos años —pensemos que en términos generales el sistema actual de daños morales se introdujo en México en 1982— es un tema totalmente aceptado que pueda ser materia de obligaciones, en particular, de la reparación del daño moral que se derive de su vulneración.

Esto es, no podemos sostener que el derecho civil contemporáneo solamente protege intereses económicos, sino que también contempla la protección de muchos otros, aun de carácter no patrimonial, como son los señalados en el artículo 1916 del Código Civil que arriba anotamos.

Respecto al señalamiento que anotamos, que la fidelidad es un deber ético, del que no cabe cumplimiento forzoso y por ello no genera consecuencias jurídicas, merece también algunas precisiones.

Como se analizará líneas más adelante, la propia sentencia que comentaremos considera que la fidelidad conyugal es un verdadero deber jurídico entre los cónyuges, cuya exigencia deriva directamente del propio Código Civil, por lo cual, en principio, no es posible sostener que se trata únicamente de un deber de naturaleza ética, sin sanción o consecuencia legal alguna.

El hecho de que esté consagrado por el propio ordenamiento legal como un deber jurídico, nos parece que es una razón suficiente para sostener que su inobservancia constituye un acto ilícito, para efectos del artículo 1910, en los términos anotados líneas arriba, por lo cual nos parece que resulta infundado que no puedan ser materia de obligación de indemnizar.

Debemos ahora enfocarnos en el estudio concreto de la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que analiza centralmente el tema que aquí comentamos.

III. SENTENCIA DE LA PRIMERA SALA, DE NOVIEMBRE DE 2018

Como se adelantaba líneas arriba, la sentencia que aborda de forma directa el tema que aquí se comenta, es la dictada el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el ADR183/2017. Es preciso hacer la mención de que el tema, hoy, no ha integrado jurisprudencia obligatoria en términos de la Ley de Amparo, sino que se trata de un asunto aislado, sin embargo, nos muestra claramente el criterio de dicho órgano jurisdiccional.

Los hechos que motivaron el juicio, en términos muy generales, son que una pareja se casa en 1985, tienen dos hijas: una cuya fecha de nacimiento no se precisa y otra que nace en enero de 1990. Al año siguiente la pareja se divorcia y la mujer, en 1992, contrae nuevas nupcias con quien resulta ser el padre biológico de la segunda hija habida durante el primer matrimonio.

En 2011, se demanda la contradicción de paternidad contra el padre legal —primer esposo de la madre— quien resultó no ser el padre biológico de la segunda hija. Debido a esto, en 2013, demanda el referido primer (ex)cónyuge, tanto a la exesposa como al padre biológico de la persona quien resultó no ser su hija, por los siguientes conceptos:

A) La reparación del daño moral sufrido por la afectación de mis sentimientos, afectos, decoro, vida privada y de mis derechos humanos de honor y de reputación, mediante una indemnización en dinero que fije su señoría, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica de los demandados, la situación económica del suscrito y las demás circunstancias del caso, la cual solicito, en virtud del agravio sufrido, que ésta no sea inferior a la cantidad de *****, equivalente aproximadamente a nueve meses de los ingresos anuales que percibo. B) El pago de los gastos y costas que el presente juicio me origine” (ADR183/2017, p. 11).

Seguido el juicio en sus etapas procesales, el juez natural condena a la parte demandada al pago de daño moral, cuyo monto sería cuantificado

en ejecución de sentencia. En contra de esta resolución, los demandados interponen recurso de apelación, el cual fue resuelto en el sentido de confirmar la sentencia recurrida. En contra de ello, los demandados interponen el juicio de amparo directo, el cual fue, en términos generales y para lo que aquí interesa, negado, por lo que los quejosos interponen el recurso de revisión, mismo que es materia de la sentencia que aquí se comenta.

El tema central de la sentencia, lo señala la propia Sala, consiste en determinar:

si la infidelidad en el matrimonio puede constituir el hecho ilícito que sirva como causa generadora de daño moral indemnizable bajo las reglas de la responsabilidad civil como lo postuló el tribunal colegiado, o bien, si se trata de un deber cuya inobservancia no puede dar lugar a esa clase de condena civil; ello, en el contexto del contenido y alcance de los derechos humanos de libre desarrollo de la personalidad y de libertad sexual (ADR 183/2017, p. 32).

Para resolver el asunto, la sentencia primero hace un breve repaso sobre lo que es la responsabilidad civil y luego analiza la naturaleza jurídica del matrimonio, en este punto es interesante cuando indica:

...esta Primera Sala ha advertido que si bien la determinación de constituir un matrimonio emana de la voluntad de los cónyuges, y éstos tienen la libertad de configurar su vida familiar conforme a sus intereses en varios aspectos, el matrimonio está sujeto a una regulación legal subyacente para ordenarlo; de ahí que, desde ese enfoque, se trata de una institución jurídica en la que imperan aspectos privados pero también aspectos que son de interés público (ADR 183/2017, p. 54).

Es decir, reconoce que existe un régimen legal propio del matrimonio, que no queda “sujeto a la libertad contractual”. Consideramos que lo contrario pudiera ocurrir, por ejemplo, en el concubinato, en donde el Código sí deja a los concubinos un más amplio margen para la determinación de ciertos aspectos de su vida en común.

En seguida entra al análisis de los derechos humanos cuya vulneración se analiza en la sentencia, en particular del derecho al libre desarrollo de la personalidad, recordando en el párrafo 63 que se ha considerado como violatorio de este derecho las legislaciones que contemplan la nece-

sidad de acreditar una causal para que proceda la declaratoria de divorcio, lo cual, aunado a otros pronunciamientos de la propia Suprema Corte:

...que sin duda han implicado un cambio profundo en la concepción del matrimonio a efecto de entender que el estatuto jurídico, si bien establece determinadas reglas en aras del interés público de proteger la unión y paz familiar, sus disposiciones siempre deben ser entendidas al servicio de los cónyuges y haciendo prevalecer su dignidad y sus derechos fundamentales. (ADR 183/2017), p. 63.

Con estas breves palabras, la Suprema Corte resume las líneas de su pensamiento, mismo que es compartido por muchos países occidentales en estos tiempos, que en palabras de la argentina Graciela Medina (2002, p. 52), tienden a “privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico”.

A continuación, analiza la Primera Sala que el principio constitucional de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad no son absolutos, justificando:

...pues encuentran su límite en los derechos de los demás y en el orden público, de modo que la legitimidad de su ejercicio dependerá de que el derecho individual de elegir y de llevar a cabo el propio proyecto de vida con sus implicaciones, no trascienda injustificadamente en afectaciones a la esfera jurídica de terceros en modo que vulnere derechos de éstos, o no afecte al orden público (ADR 183/2017, p. 64).

En seguida, analiza el derecho a la libertad sexual, el cual es clasificado como un derecho personalísimo, y añade:

...por ende, tiene como condición inherente la autonomía de la voluntad de la persona sobre la forma de ejercerla, es decir, atañe sólo al ámbito de decisión de la persona elegir tener relaciones sexuales con otra; sin más límite de que exista el pleno y válido consentimiento de ambos (ADR 183/2017, p. 72).

Con la única condición “de que dicho ejercicio no interfiera o trastoque los derechos sexuales de la otra persona con la que se realizan los ac-

tos eróticos, que pueda dar lugar a conductas delictivas” (ADR 183/2017, p. 73). Quizá debió revisar la sentencia que, por virtud de la relación matrimonial, contrario a lo que ocurre por ejemplo en el concubinato, los cónyuges aceptan limitar su desarrollo sexual de forma exclusiva con la persona del esposo o esposa, configurándose uno de los elementos esenciales del matrimonio en la época actual en occidente: la monogamia; aspecto que, por cierto, es de orden público dentro de la regulación del matrimonio. Sobre este aspecto volveremos líneas más adelante.

Analiza a continuación la sentencia el deber de fidelidad en el matrimonio, concluyendo que:

...el deber de fidelidad sexual en el matrimonio es un deber jurídico de carácter personalísimo y de contenido esencialmente moral, por lo que si bien es un deber propio del matrimonio, su observancia no puede ser exigida coactivamente y, en torno al cual, el control judicial en caso de incumplimiento, necesariamente se ve atenuado en cuanto a la imposición de consecuencias jurídicas (ADR 183/2017, p. 85).

Este nos parece que es un señalamiento muy interesante, sobre el que volveremos líneas más adelante.

Con base en todo lo anterior, que puede denominarse “marco teórico” de la sentencia, procede a analizar el aspecto central del asunto. Señala al respecto que, a juicio de la Sala:

el hecho de que la fidelidad sexual sea un deber de los cónyuges en el matrimonio, que implícitamente encuentre cobijo en la regulación jurídica de la institución, es insuficiente para estimar que el incumplimiento de ese deber es apto para sustentar una acción de daño moral, y considerar que la afectación moral que llegare a causar el evento de infidelidad de un cónyuge al otro pueda ser materia de indemnización económica, podría trastocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de libertad sexual aun en el contexto matrimonial, en la medida que se precisa a continuación (ADR 183/2017, p. 87).

De esta forma, señala que si bien es cierto existe un deber de fidelidad sexual entre los cónyuges, está por encima de él el derecho a la libertad sexual y al libre desarrollo de la personalidad.

Por ello dado que la fidelidad sexual es un tema personalísimo y de contenido esencialmente moral, en la ley sólo se prevenía en el texto vigente al momento de los hechos —1990—, “expresamente como consecuencia jurídica de su incumplimiento, la facultad del cónyuge que se estimaba ofendido por la infidelidad, para reclamar la disolución necesaria del vínculo conyugal, no así la posibilidad de reclamar al cónyuge infiel los posibles daños morales ocasionados con su conducta” (ADR 183/2017, p. 93). Vemos que, en este punto, hace eco de la corriente que anotábamos líneas arriba que es partidaria de la exclusión de la posibilidad de reclamar una indemnización entre los cónyuges por el hecho de que no exista expresamente señalada en la ley civil, aunque lo matiza líneas más adelante al señalar que

el mero hecho de que el Código Civil que se ha considerado aplicable al caso sólo estableciera como consecuencia jurídica expresa de la infidelidad sexual el divorcio necesario, o que actualmente en respeto del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad la disolución del vínculo matrimonial ya no exige siquiera la acreditación de alguna causa, desde luego no es razón bastante para justificar que no tenga cabida la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil para sustentar una condena de daño moral por el incumplimiento al deber de fidelidad sexual en el matrimonio, pues en todo caso, la conclusión en ese sentido tendría que estar sustentada en razones jurídicas inherentes al hecho mismo (ADR 183/2017, p. 95).

Ahora bien, reconoce la sentencia que se está ante el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, por lo que “lo relevante es advertir, como se ha dicho, cuál sería la razón jurídica para sostener que la eventual afectación moral que produzca en un cónyuge la infidelidad sexual del otro no pueda ser indemnizable” (ADR 183/2017, p. 96). Es decir, aunque acepta de forma expresa que la infidelidad sexual implica el incumplimiento de un deber jurídico dentro del matrimonio, justifica la negativa de la concesión de la indemnización.

Resume la sentencia las posturas doctrinales que niegan la posibilidad de exigir una indemnización, y que arriba se esbozaron, aunque concluye que

lo que se estima relevante es tener en cuenta que el deber conyugal de que se habla, más que cualquier otro de los deberes personales de los cónyuges

inherentes a dicha unión familiar, si bien se puede considerar un deber jurídico en la medida que puede tener cobijo en la norma legal, su contenido es de naturaleza moral y está sustentado, primero, en el vínculo sentimental y afectivo que se presupone entre la pareja, pues en la actualidad más que en cualquier otro tiempo pasado, la razón imperante para que dos personas decidan contraer matrimonio es el sentimiento de amor entre ellos, siendo precisamente el lazo afectivo que envuelve el amor, el cariño, la admiración y el respeto por el otro, el que los impulsa a prodigarse la consideración de exclusividad sexual (ADR 183/2017, p. 97).

A reserva de ampliar líneas más adelante el comentario del presente argumento, de momento debe señalarse que parece que está relativizando algo que no debe serlo, ya que la da un fundamento sentimental y afectivo a algo que no lo tiene. En efecto, el fundamento del deber de fidelidad está en la propia ley y lo peligroso del razonamiento es que pareciera que al estar la relación pasando por un mal momento y estar desgastado el vínculo sentimental, de alguna forma se atenúa el carácter de ilicitud de la conducta, cuando agrega que

...no puede negarse que la vida conyugal en su cotidianeidad conlleva indetectiblemente desacuerdos, problemas, discusiones, desavenencias, diferencias y conflictos de todo tipo entre los cónyuges, que pueden dar lugar a debilitar el vínculo afectivo sentimental y los compromisos morales entre ellos, y con ello, entre muchas otras posibles conductas dañinas para la relación de pareja, se propicien las de infidelidad sexual (ADR 183/2017, p. 100).

Viéndose claramente cuando expresa que:

...para la imputación objetiva del reproche jurídico a la conducta, inherente a la ilicitud del hecho para efectos de responsabilidad civil, se estima que no basta el hecho mismo de la infidelidad sexual, aun cuando entrañe el incumplimiento del deber conyugal, si el sustrato de la fidelidad es esencialmente ese lazo afectivo y el sistema de valores morales privados en que se desenvuelve la relación y que atañe a ambos cónyuges, el cual, de algún modo ha de estar mermado, desgastado o desorientado en algún aspecto, por lo menos desde la visión del cónyuge que incumple el deber marital, para dar paso al hecho referido (ADR 183/2017, p. 101).

No obstante, señala la sentencia que no puede llevar a justificar la conducta del infiel, pues es totalmente voluntaria y conociendo las consecuencias que pueden derivar de la misma, pero añade que:

...la cuestión advertida sí incide en la consecuencia jurídica que ha de merecer la conducta, pues al estar la fidelidad sustentada en el vínculo afectivo y los valores morales con que se vive la relación matrimonial en el ámbito privado e íntimo de la pareja, el reproche objetivo se atenúa, a efecto de estimar como remedio adecuado la disolución del vínculo, y no así un resarcimiento económico (ADR 183/2017, p. 102).

Concluye, para el tema que nos ocupa, que:

...el derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica la autodeterminación personal, la elección del proyecto de vida; y si bien el matrimonio se constituye por decisión voluntaria de los cónyuges como opción de vida, también se ha reconocido que cada uno de ellos conserva su derecho fundamental a renunciar o apartarse del mismo conforme a la autonomía de la voluntad, pues resulta contrario a la dignidad humana la imposición de controles jurídicos para hacer permanecer a una persona en un estado que ya no quiere (ADR 183/2017, p. 104).

Debemos resaltar aquí que si bien es cierto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial (divorcio) por la simple solicitud de uno solo de los cónyuges, también lo es que esa misma libertad no debe abarcar el hecho de causar un daño a los demás sin tener el deber jurídico de repararlo, es decir, si la persona en uso de su autonomía de la voluntad decide dirigir su sexualidad de manera no monogámica y eso causa un daño a su cónyuge, nos parece que el hecho de que el Estado permita esas conductas al amparo de la libertad sería atentar contra el orden público, en particular, contra la constitución del matrimonio en nuestro sistema jurídico nacional.

Continúa la sentencia indicando finalmente que:

...el derecho a la libertad sexual entraña la capacidad y la posibilidad de la persona, de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con pleno consentimiento, cómo, dónde, cuándo y con quién tener relaciones sexuales, sin más limitación que contar con el acuerdo de la otra persona que participa

en la relación; esto, porque el respeto, protección y garantía de la dignidad personal impide que las personas sean utilizadas como instrumentos al servicio de las aspiraciones, voluntades, deseos, condiciones y violencias impuestas por otras, pues el cuerpo de la persona es su esfera de mayor inmunidad; por ende, que el ejercicio de la propia sexualidad debe contar con la protección y garantía de que en cualquier contexto tiene cabida el derecho de autodeterminación personal, y que tal ejercicio será realizado con ese pleno y válido consentimiento (ADR 183/2017, p. 105).

Tenemos así que, con lo asentado aquí por la Suprema Corte, se ve amenazado el principio de unidad en el matrimonio, con exclusión absoluta de poligamia en todas sus formas y su correspondiente fidelidad conyugal. Así entendido el matrimonio, como lo propone nuestro máximo tribunal, el matrimonio deja de ser una institución entre una pareja, al permitir en aras del “libre desarrollo de la personalidad” que esta monogamia se convierta en una poligamia efectiva, al poder cualquiera de los cónyuges mantener contacto sexual con las personas que estime conveniente, ignorando por completo el deber legal de fidelidad, con lo que, a fin de cuentas, atentaría contra la propia dignidad del otro cónyuge.

Ahora bien, la sentencia hace una interesante reflexión, aunque equivocada a nuestro modo de ver, a manera de conclusión, en el sentido de que:

...es posible postular que la constitución del matrimonio y con ello, en lo que interesa, la aceptación del deber conyugal de fidelidad sexual previsto implícitamente en la ley y muy probablemente pactado entre las partes, si bien acota el ejercicio del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad en su vertiente de libertad sexual de cada cónyuge, ello sólo puede ser en la medida en que conforme a la autonomía de la voluntad consienten en guardarse fidelidad; sin embargo, también es cierto que los cónyuges no renuncian a su autodeterminación individual en ese ámbito, tan es así que la fidelidad, como se ha dicho, en tanto deber personalísimo y de contenido moral privado, no puede ser exigida en forma coactiva entre los consortes (ADR 183/2017, p. 108).

Esto es, la sentencia propone que el deber de fidelidad —y en último término, la monogamia— sólo es un deber voluntario, y no una obligación legal. Nos parece evidente la contradicción entre los argumentos de la Suprema Corte, puesto que despoja a la fidelidad de ser una obli-

gación entre los cónyuges, para pasar a ser un mero acuerdo voluntario, como lo sería la administración de los bienes o la repartición de tareas en el hogar, lo cual nos parece algo incorrecto, puesto que atenta contra la esencia del matrimonio monogámico, de la fidelidad conyugal y de la propia dignidad personal de los cónyuges.

Añade la Sala que lo anterior no equivale a:

...que esta Sala reconozca la existencia de una protección constitucional a la infidelidad en el matrimonio, sino que, lo que se reconoce es el derecho de autodeterminación personal de cada cónyuge en cuanto a su sexualidad, que les permite abandonar el proyecto de vida matrimonial, pues una conducta de infidelidad, además de cualquier reproche ético social, se realiza a sabiendas de que puede tener como consecuencia el rompimiento de la relación de pareja y la disolución del vínculo jurídico de matrimonio (ADR 183/2017, p. 111).

Debemos precisar quizá que lo que la Corte quería era señalar en este punto, era que dada la tendencia internacional y del propio máximo tribunal, si un cónyuge quiere desarrollar libremente su sexualidad, fuera de la monogamia que establece el vigente sistema matrimonial mexicano, tendrá que romper el vínculo; es decir, que mientras exista el estado civil del matrimonio, debería sujetarse a los principios legales y éticos que rigen el matrimonio. De manera que matrimonio y pluralidad de parejas sexuales son términos que por esencia se excluyen mutuamente, lo cual la sentencia parece que no quiere reconocer.

Finalmente, concluye la sentencia señalando que:

...no se prejuzga sobre el posible daño moral que pueda causar al cónyuge varón un eventual ocultamiento doloso de la esposa sobre la verdadera paternidad de un hijo concebido con persona distinta durante el matrimonio, pues ello atañe a una hipótesis fáctica distinta al hecho concreto de la infidelidad sexual que en el caso se estimó el hecho ilícito en que se sustentaría una condena de daño moral; tampoco se examinan en este fallo, porque no es materia del tema de constitucionalidad, el posible daño moral que se pueda producir por un contagio de enfermedades de un cónyuge a otro a raíz del ejercicio de la sexualidad; ni cualquier otra hipótesis fáctica de daños que se puedan suscitar entre cónyuges por hechos distintos al aquí analizado (ADR 183/2017, p. 115).

Esto es, enuncia algunos puntos que quizá sería interesante explorar su procedencia de manera independiente a los temas plantados en la sentencia, o bien la Suprema Corte abre la puerta a otras posibles vías fácticas y argumentativas de reclamación, como son a) el daño causado al marido derivado del ocultamiento doloso de la paternidad por parte de la esposa y b) el daño derivado del contagio de una enfermedad por el ejercicio de la sexualidad con un tercero.

Pareciera que la razón por la cual la Suprema Corte considera estas hipótesis de manera diferente que la exclusiva infidelidad es porque se da una conducta adicional por parte del dañante, ya sea un silencio doloso —el cual, por cierto, en el fondo, nos parece que es el tema de la sentencia, aunque lo trata de manera diferente— o el padecimiento de una enfermedad y su contagio a la víctima. Pareciera entonces que considera a la sola infidelidad como no generadora de responsabilidad, pero sí lo es si va acompañada de otras conductas y generen un daño diverso al que generaría aquélla.

Una vez reseñada la sentencia y sus puntos más importantes, debemos analizarla bajo el esquema que nos habíamos trazado en la introducción, es decir, analizaremos primero el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus límites, para después analizar las consecuencias jurídicas de la inobservancia de los deberes matrimoniales.

IV. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS PLANTEADAS POR LA SUPREMA CORTE

a) *El derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus límites.* Según la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada por el Pleno en el amparo directo (AD6/2008,¹ el derecho al libre desarrollo de la personalidad “es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado” (AD6/2008, p. 86). Esto es, este derecho en específico protege la libertad de que toda persona debe gozar para trazar sus metas personales, según su propio criterio; y ejecutarlas, a fin

¹ El asunto se refiere, en el fondo, a un juicio relativo a la anotación del acta de nacimiento de una persona por “reassignación sexual”.

de desarrollarse plenamente como persona. El desarrollo de este derecho es relativamente reciente, ya que la mayoría de las sentencias que lo abordan son posteriores a 2009.

El tratamiento de este derecho ha sido desarrollado por la propia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de la Nación, y ha señalado en repetidas ocasiones que “su función es salvaguardar la ‘esfera personal’ que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas... este derecho es especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad” (Tesis 1ª./J. 4/2019 (10ª), 2019). Más adelante, la misma tesis de jurisprudencia señala que este derecho tiene una dimensión interna y una externa. La primera “da cobertura a una genérica ‘libertad de acción’ que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad”, mientras que en la externa “el derecho protege una ‘esfera de privacidad’ del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal”. Este derecho ha sido aplicado a muy diferentes supuestos, tales como el consumo lúdico de la marihuana (véase por ejemplo, en la Primera Sala el AR237/2014 resuelto el 4 de noviembre de 2015, entre muchos otros), la anotación del acta de nacimiento por “reassegnación sexual” (véase la sentencia dictada por el Pleno en el AD6/2008 que arriba citamos) o bien, la procedencia de la solicitud del divorcio solicitado por uno solo de los cónyuges sin expresión ni acreditación de ninguna causal, a que se refiere, entre otras, la sentencia dictada en el ADR917/2009, resuelto por la Primera Sala el 23 de septiembre de 2009. Precisamente, tratando de enfocar este tema del derecho al libre desarrollo de la personalidad a las relaciones familiares, es que debemos ahora analizar la éste último tema y tomaremos como base la sentencia citada en último término.

Señala esta sentencia en el considerando cuarto que:

...comúnmente la familia se funda en el matrimonio que una mediante la doble vinculación afectiva y jurídica a los consortes que, en principio garantiza la estabilidad de la unión conyugal y en la que voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de ésta, que es un contrato que regula no solamente cuestiones económicas sino que también constituye la base de la familia y es fuente

de derechos y deberes morales, y por tanto, es de interés público y social (ADR917/2009, p. 26).

En específico, referente a la disolución del vínculo conyugal señala que:

...el divorcio es solo el reconocimiento del Estado de una situación de hecho respecto de la desvinculación de los cónyuges cuya voluntad de no permanecer unidos legalmente debe respetarse ...es evidente que la creación del divorcio sin causales no atenta contra la sociedad sino por el contrario el Estado en su afán de protegerla trata de evitar conflicto en la disolución del vínculo matrimonial a través de una cuestión declarativa (ADR 917/2009, p. 29).

De manera que con el divorcio sin causa “se respeta el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no se desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está supeditada a explicación alguna sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado” (ADR917/2009, p. 39). Procede así entonces:

cuando la relación humana a que éste dio lugar, ya se hubiese roto definitivamente en la realidad o cuando en virtud del rompimiento de los lazos afectivos, las relaciones matrimoniales dejaron de tener alguna significación para los cónyuges ...el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, por ello el derecho a tramitar la disolución del vínculo matrimonial, no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna (ADR 917/2009, p. 43).

Debemos entonces cuestionarnos qué es lo que significa aquí entonces el libre desarrollo de la personalidad. Consideramos que se traduce en este caso, en que el cónyuge no está obligado a mantenerse casado, es decir, no está obligado a mantenerse vinculado mediante el matrimonio cuando ya no es su voluntad, esto es, que es libre de definir su vida, conforme a su criterio personal, sin tener que demostrar ante el juez una causal suficiente para disolver el vínculo matrimonial, cuando ya no quiera permanecer en él.

Independientemente de los comentarios y objeciones que nos merezca lo anterior, los cuales excederían el tema central del presente artículo, tenemos que, ante una desvinculación personal entre los cónyuges, ante la desaparición de aquellos sentimientos que los llevaron a contraer matrimonio, puede uno solo de ellos, en atención al derecho al libre desarrollo de la personalidad, solicitar al juez la declaración de disolución del vínculo matrimonial.

Así las cosas, estimamos que existe una contradicción entre estos criterios que ha venido sosteniendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación con lo señalado por la Primera Sala en la sentencia dictada en el ADR183/2017 relativa al tema de la (no) procedencia de indemnización por daño moral derivado de la infidelidad conyugal que hemos señalado líneas arriba.

En efecto, en primer lugar debemos precisar que nuestro máximo tribunal ha dicho en jurisprudencia firme, que este derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, sino que encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público (Tesis 1ª/J. 6/2019 (10ª), 2019) y nos parece que la infidelidad sexual no debe estar amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad precisamente por atentar contra derechos de tercero —en específico, del derecho a la dignidad personal del otro cónyuge— y compromete igualmente el orden público, en particular la concepción monogámica del matrimonio en nuestro orden jurídico mexicano.

Debemos cuestionarnos aquí la razón por la cual el régimen monogámico y por lo tanto la fidelidad conyugal, que es una consecuencia ineludible de él son aspectos de orden público (Manuel F. Chávez, 2003, p. 145). Nos dice Antonio de Ibarrola que el régimen monogámico “establece entre ellos – los cónyuges – una solidaridad completa y asegura la igualdad fundamental a que la mujer tiene derecho lo mismo que el hombre” (2011, p. 205). Esto es, podemos considerar que el régimen monogámico establecido por el orden jurídico mexicano es de orden público por varias razones.

En primer lugar, porque, tutela la dignidad de los cónyuges en absoluta igualdad de deberes y derechos. En contraste con una sociedad considerada como “patriarcal” o “machista”, donde la mujer es “cosificada” al grado de considerársele solamente como un objeto de placer y gestación de hijos; la fidelidad viene a ser una protección que tiende a considerar

su dignidad, pues establece la obligación de ambos cónyuges de guardarse mutuo respeto y exclusividad en el plano sexual, reconociéndose así entre los cónyuges la dignidad humana de que todos los seres humanos son sujetos, evitando su “cosificación” como meros objetos de satisfacción sexual y reproductiva. Esto es, el matrimonio monogámico y la fidelidad sexual tiene al reconocimiento de la igualdad entre ambos cónyuges y de su dignidad humana.

En segundo lugar, porque previene el contagio de enfermedades de transmisión sexual al evitar el contacto con terceras personas. En una sociedad como la contemporánea, donde existen múltiples enfermedades de transmisión sexual, el deber de fidelidad sexual custodia a los cónyuges de esta posibilidad, y su incumplimiento expone, en particular al otro cónyuge, a ser contagiado en caso de que el infiel eventualmente llegase a contraer algún padecimiento.

Finalmente, son de orden público la monogamia y la fidelidad sexual porque representa el respeto a la palabra dada al momento de contraer matrimonio y a la buena fe que debe regir las relaciones sociales. En efecto, la configuración del actual régimen matrimonial establecido por el derecho mexicano es partidario de la monogamia, por lo que aquellas personas que manifiestan su deseo de contraer el vínculo matrimonial, tienen la confianza en que será respetada esa exclusividad sexual, por lo que quien la vulnera, debe ser responsable de los daños que eso ocasione. Dicho en otras palabras, al Estado de interesa el respeto a la “palabra dada”, el respeto a la buena fe las expectativas legítimamente creadas al momento de la celebración del matrimonio, debiendo en consecuencia indemnizarse los daños causados por aquellos casos en los que éstas sean vulneradas.

Estos aspectos son totalmente ignorados por la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, si el cónyuge que comete la infidelidad sexual considera que el desarrollo de su personalidad le requiere mantener contacto sexual con terceras personas, está en libertad —según la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte, que arriba hemos reseñado— de acudir ante un tribunal y solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pero esto es muy diferente a respetar, en aras de esa misma libertad, el incumplimiento de los deberes matrimoniales que están vigentes.

Sostener entonces que por el libre desarrollo de la personalidad los cónyuges están en libertad de unirse sexualmente con quien consideren necesario, sería prácticamente negarle al otro cónyuge el derecho a la dignidad personal que le corresponde debido a ese mismo vínculo conyugal existente. Si no existe ya un vínculo afectivo entre ambos, entonces siguiendo la propia doctrina jurisprudencial, está en posibilidades de pedir al juez la disolución de dicho vínculo y no simplemente de manera unilateral vulnerar esos deberes derivados del matrimonio monogámico.

Por otro lado, de igual forma no nos parece que la infidelidad sexual debe estar amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que contraría con ello el modelo de matrimonio monogámico que establece el orden jurídico mexicano y el cual, por definición, es de orden público e interés social. De esta forma, si uno de los cónyuges ya no tiene los sentimientos que lo llevaron a contraer el matrimonio puede, según la propia Suprema Corte, pedir la disolución del vínculo matrimonial, pero de ninguna manera puede justificarse la inobservancia de los deberes matrimoniales impuestos por el derecho mexicano. Dicho en otras palabras, si uno de los cónyuges considera que la monogamia es un impedimento para el libre desarrollo de la personalidad, está en toda libertad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pero no puede, al amparo de ese mismo derecho, estar unido en matrimonio y mantener contacto sexual con personas diversas de su cónyuge, pues ello atenta contra el modelo matrimonial monogámico existente en nuestro sistema jurídico nacional.

b) *Las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de los deberes matrimoniales.* Para analizar el tema bajo esta perspectiva, debemos señalar primeramente que el deber de fidelidad no está sustentado en “el vínculo afectivo y los valores morales con que se vive la relación matrimonial” como lo señala la sentencia del ADR183/2017 de la Primera Sala, sino por un lado en el propio ordenamiento jurídico y, en el fondo, en la propia dignidad de la persona y la monogamia matrimonial. El matrimonio, según señala la propia sentencia en el párrafo 80, es concebido como

la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en la que se han de procurar respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable, informada y de común acuerdo, y estableciéndose la obligación de contribuir mutuamente a los fines del matri-

monio, lo que permite sostener que la fidelidad sexual puede estimarse como un deber entendido en la relación matrimonial, pues sin duda se trata de un comportamiento esperado por y entre los cónyuges, ligado a la idea de respeto mutuo que la ley impone a la vida matrimonial (ADR 183/2017, p. 80).

Lo que lleva a decir que “el deber de fidelidad sexual en el matrimonio es un deber jurídico de carácter personalísimo y de contenido esencialmente moral...” (ADR 183/2017, p. 85). Centrándonos en la primera parte de la frase, es que se formulan los siguientes comentarios.

Lo anterior significa que la fidelidad es un deber impuesto a los cónyuges por el propio ordenamiento jurídico, que deriva de la propia institución matrimonial, de su esencia en general y en particular de respeto mutuo que se deben los esposos, es decir, de su dignidad personal.

En primer lugar, debe resaltarse que, al ser un deber jurídico impuesto por la propia ley en la institución matrimonial, la fidelidad sexual no es algo que esté sujeto a la libertad de los cónyuges. Es decir, es de sobra conocido que el matrimonio —lo dice la propia sentencia— no es un contrato en pleno sentido de la palabra, puesto que, aunque es indispensable el consentimiento libre de ambos cónyuges para su celebración, también lo es que hay muchos aspectos de la vida y relación matrimonial que no quedan sujetos a la libertad contractual de los contrayentes, como someterlo a plazo o a condición suspensiva o resolutoria, por ejemplo.

Desde esta óptica, nos parece que el deber de fidelidad, contrario a lo que sostiene la sentencia, es una obligación de los cónyuges que emana de la propia ley y por ello, se sustrae a la propia libertad, y, por tanto, se trata de un deber jurídico absoluto, de manera que no existe ningún supuesto en el que su observancia pueda dispensarse, inclusive bajo el mutuo acuerdo. Por eso, parece inexacto el señalamiento del origen del deber de fidelidad en el vínculo afectivo y los valores morales, ya que si bien es cierto también encuentran su fundamento en ellos, se encuentran fundamentados en la propia ley y no se señala ningún supuesto en que sea excusable su observancia, inclusive, aunque la relación esté en crisis —como lo señala la sentencia— o, en definitiva, se trate de una relación rumbo al fracaso.

Entonces, nos parece muy cuestionable de la sentencia, que los deberes jurídicos y, con mayor razón, los éticos, no dependen de la situación anímica del sujeto, es decir, no es válido ni jurídica ni éticamente decir

que el hecho de que la relación matrimonial esté pasando por un mal momento, sea causa que influya sobre la observancia de la norma y sobre el reproche ético y jurídico por su inobservancia.

Esto es, la infidelidad sexual de uno de los cónyuges será un acto ilícito civilmente hablando, aunque la relación esté desgastada. De manera que no existe precepto legal o ético alguno que nos diga lo contrario, por lo que debe observarse en todo momento en que exista el vínculo matrimonial. Diferente punto es el hecho, que quizá la sentencia en forma implícita confunde, es que en una relación desgastada o erosionada el daño (afectación personal) será menor, pero sin duda eso se refiere a otro elemento de la responsabilidad, pero la ilicitud del hecho generador existirá.

Ahora bien, siguiendo la misma línea de ideas, tenemos dos puntos adicionales: que no hay justificación para la infidelidad y que el infiel está transgrediendo un deber jurídico y, en consecuencia, causa por ello un daño.

¿Existe entonces alguna justificación en el caso de infidelidad? Consideramos que no. La propia sentencia dice que no se puede justificar, pues actúa libremente y sin presión.

Debemos señalar que el “reproche objetivo” de la conducta no se puede atenuar, considerando el único remedio la disolución del vínculo y no el resarcimiento económico. Nos parece sumamente cuestionable el hecho de que la sentencia hable de que la única consecuencia sea la disolución del vínculo matrimonial, y no la reparación del daño causado.

Hay que partir de la idea de que son dos cosas diferentes “la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales, que se propone simplemente reparar el daño injusto, y el divorcio como proceso dirigido a regular una ruptura matrimonial” (Hernán Corral, 2017, p. 128). En efecto, tanto teóricamente como en la práctica, es evidente que se refiere a dos aspectos muy diferentes, sin razón alguna para ser confundidos.

La responsabilidad civil contractual es definida por el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, como “Deber de reparar los daños y perjuicios que recae sobre la persona que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriere en dolo, negligencia o morosidad, o que de cualquier modo contraviniera el tenor de aquellas” (<https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-civil-contractual>), es decir, se trata de una obligación de indemnización, de reparación, sin hacer mención alguna de la subsistencia o no del vínculo contractual. Por su parte, el divorcio es definido por el mismo dicciona-

rio como la “disolución del vínculo matrimonial por voluntad de ambos cónyuges o de uno de ellos”, es decir, no se habla de reparación alguna, sino solamente de poner fin a la unión matrimonial, sin hacer pronunciamiento sobre la indemnización o no. De esta forma, puede darse el derecho a recibir una indemnización sin afectar el vínculo matrimonial y a la inversa, disolverse el vínculo matrimonial sin hacer señalamiento alguno de reparaciones.

A mayor abundamiento, es interesante el señalamiento que hace David Vargas de que:

...existen obligaciones en las cuales tampoco es posible perseguir su cumplimiento forzosamente y nadie discute ni niega su carácter obligacional o le niega la posibilidad de demandar la acción de indemnización de perjuicios frente a su incumplimiento, así por ejemplo se observa en todas las obligaciones de hacer *intuitu personae*, donde la persona del deudor ha sido relevante para contratar, como sucede en el contrato de mandato respecto de las obligaciones del mandante y mandatario, o en el contrato de sociedad... En todos estos casos, como se observa, la imposibilidad de perseguir el cumplimiento forzosamente se produce desde el inicio de la obligación, haciendo improcedente desde dicho instante cualquier demanda de cumplimiento por equivalencia, pero este hecho no niega ni impide el ejercicio de la acción indemnizatoria, como contrariamente lo sostiene Hernández Paulsen para los deberes conyugales según hemos expuesto... (2015, p. 68).

A mayor abundamiento, según se dejó anotado líneas arriba que la actual tendencia de la Suprema Corte es en el sentido de admitir la disolución del vínculo matrimonial sin que exista causa justificada que lo motive, sino solamente mediando la petición de uno de los cónyuges, no podemos entonces decir que el divorcio es una consecuencia de la infidelidad, sino que el divorcio será entonces solo un efecto del deseo de uno de los cónyuges, no del desamor, ni de alguna alteración grave de la convivencia conyugal.

Así también, suponiendo que el divorcio sea una “consecuencia” de la infidelidad conyugal, eso no le priva de tener “otros” efectos, como pudieran ser la indemnización de los daños causados entre los cónyuges por actos o hechos sucedidos vigente la relación conyugal. Esto es, si un hecho jurídico tiene ciertas consecuencias jurídicas, no le impide que tenga otras de diferente orden que también puedan derivar de él. Lo único que está

prohibido por la Constitución federal es imponer dos veces una pena por el mismo delito, pero eso no aplica al presente caso, pues no es un delito ni la responsabilidad civil ni la disolución del vínculo matrimonial son penas o sanciones.

Podemos tomar una analogía con los contratos. El artículo 2107 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que: “La responsabilidad de que se trata en este Título —que se denomina precisamente ‘Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones’—, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios”. Esto es, en el caso de incumplimiento (como puede considerarse en la infidelidad sexual, un incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio), procede la rescisión (equivalente en cuando a efectos jurídicos al divorcio causal o culpable) y adicionalmente, es totalmente posible la indemnización por daños y perjuicios.

La razón de esto es que son consecuencias jurídicas de diferente naturaleza: uno tiene a liberar del vínculo existente y el otro a indemnizar el daño causado.

En efecto, el divorcio civil elimina (rompe) el vínculo matrimonial, con los efectos del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, dejando a los cónyuges en aptitud de volver a contraer nuevas nupcias. Sin embargo, la responsabilidad civil tiene a indemnizar el daño causado, según el artículo 2104 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como anotamos líneas arriba, la sentencia, en forma expresa, reconoce que es un deber jurídico entre los cónyuges la fidelidad, y añade que

su contenido es de naturaleza moral y está sustentado, primero en el vínculo sentimental y afectivo que se presupone entre la pareja, pues en la actualidad más que en cualquier otro tiempo pasado, la razón imperante para que dos personas decidan contraer matrimonio es el sentimiento de amor, el cariño, la admiración y el respeto por el otro, el que los impulsa a prodigarse la consideración de exclusividad sexual (ADR 183/2017, p. 98).

Tenemos así que no existe razón jurídica para no imponer una responsabilidad civil relativa a la indemnización de los daños causados por la inobservancia de los deberes conyugales, en particular, el de fidelidad sexual.

V. CONCLUSIONES

El tema relativo a la reclamación de indemnización de daños derivados del divorcio es uno de los más polémicos dentro de la responsabilidad civil, pues influyen muchos aspectos que en los últimos años han sido replanteados por la jurisprudencia.

En México, la Suprema Corte de Justicia abordó el tema en el ADR183/2017, del 21 de noviembre de 2018, y se rechazó la pretensión indemnizatoria derivada de la infidelidad conyugal, basándose principalmente en dos aspectos: por un lado, la fidelidad sexual es una obligación de índole moral y personal, que no puede ser susceptible de generar una indemnización pecuniaria; y por otra, la conducta sexual de los cónyuges está amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual.

Un análisis detallado de ambos temas nos lleva a considerar que la infidelidad sexual no debe estar amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues atenta contra el orden público —el matrimonio monogámico— y los derechos de terceros —la dignidad personal del otro cónyuge—. Asimismo, el hecho de que el deber de fidelidad sea una obligación de índole moral, no significa que no pueda atribuírsele responsabilidad civil a los daños que cause.

Esto es, el matrimonio y las características que se desprenden del sistema, son una institución de orden público, incluyendo el tema de la monogamia, por lo que si uno de los cónyuges, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es infiel al otro, realiza un acto ilícito.

Asimismo, el cónyuge infiel atenta contra la dignidad personal del otro cónyuge.

Finalmente, la infidelidad, aunque es una obligación moral, también es un deber jurídico, el cual tiene consecuencias de derecho que no se agotan con el divorcio, sino que deben ser consideradas en el caso de una responsabilidad civil.

Por ello, consideramos incorrecta la conclusión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que en el caso sí se dio un hecho ilícito, un daño y una relación de causalidad, que constituyen los elementos de la responsabilidad civil, por lo que debió de condenar al cónyuge infiel a pagar una indemnización por el daño moral causado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARBERO, Omar U. (1977). *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Astrea.
- BORJA SORIANO, Manuel (2000). *Teoría general de las obligaciones* (17a. ed.). Porrúa.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel (2003). *La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales* (5a. ed.). Porrúa.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Civitas.
- ROSA XOCHITIOTZI, Carlos de la y Márquez Rojas, Velia Fernanda (2020). *Derecho de daños. Responsabilidad extracontractual*. Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- LA Rocca, Delia (2006). *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*. Giuffrè.
- MEDINA, Graciela (2002). *Daños en el derecho de familia*. Rubinzal-Culzoni.
- MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo (2021). *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*. Tirant lo Blanch.
- PATTI, Salvatore (1984). *Famiglia e responsabilità civile*. Giuffrè.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael (1998). *Derecho civil mexicano, t. II: Derecho de familia*. Porrúa.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson.
- ROCA, Encarna (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En José Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (pp. 533-566), Madrid: Dykinson.
- CORRAL, Hernán (2017). Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia. *Revista Ius et Praxis*, 23(2), pp. 121-146.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2016). Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 27, pp. 95-139.
- MARTÍN-CASALS, Miguel y RIBOT, Jordi (2011). Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*. LXIV (II), pp. 503-561.

- PÉREZ, Adrián (2004). Crisis Matrimoniales e Indemnización por daño moral. *Revista Jurídica de Catalunya* CIII(1), pp. 163-171
- RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (2000). Comentario a la sentencia del 30 de julio de 1999. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 153-164.
- ROMERO, Aurelia (2000). ¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil? *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, pp. 544-549.
- VARGAS, David (2015). Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), pp. 57-100.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- ADR917/2009. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 23/09/2009. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108797>.
- ADR183/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 21/11/2018. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=209630>.
- AD6/2008. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 06/01/2009. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190>.
- Tesis 1ª/J. 4/2019 (10ª) (2019) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019357>.
- Tesis 1ª/J. 6/2019 (10ª) (2019). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019359>.
- IBARROLA, Antonio de (2011). *Derecho de familia* (5a. ed.). Porrúa.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2015). *Derecho y persona* (5a. ed.). Astrea.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel (2015). *Obligaciones civiles* (6a. ed.). Oxford University Press.

LA SEGURIDAD PÚBLICA MEXICANA Y SU ALTERNATIVA EN LA VERTIENTE NO ESTATAL DEL JUICIO DEMOCRÁTICO *LATO SENSU**

MEXICAN PUBLIC SECURITY AND ITS ALTERNATIVE IN THE NON-STATE ASPECT OF THE LATO SENSU DEMOCRATIC TRIAL

Joaquín ORDÓÑEZ**

RESUMEN: Aunque México es un Estado democrático en el que constitucionalmente se prevé que la seguridad pública es una función estatal, los problemas en ese rubro han sido preocupantes, por lo que en este artículo se plantea la necesidad y la posibilidad de que tal problema sea afrontado desde la postura ciudadana y no exclusivamente desde la gubernamental. Lo anterior con la finalidad de evidenciar que el juicio democrático *lato sensu* (JDLS) en su vertiente no estatal es una alternativa de solución, ya que en la investigación que hizo posible este trabajo se encontró que el ciudadano es el ente soberano y principal actor en un Estado democrático y esto indica que tiene la posibilidad de intervenir y participar para ayudar a la solución del fenómeno mencionado, lo cual se puede convertir incluso en un deber

ABSTRACT: Although Mexico is a democratic State in which, constitutionally, it is foreseen that public security is a state function, the problems in this area have been worrisome, so this article raises the need and the possibility that such a problem be addressed from the citizen's position and not exclusively from the governmental one. The foregoing in order to show that the *lato sensu* democratic trial in its non-state aspect is an alternative solution, since in the research that made this work possible it was found that the citizen is the sovereign entity and main actor in a democratic state and this indicates that it has the possibility to intervene and participate to help solve the aforementioned phenomenon, which can even become a civic duty when the State has failed or has been deficient in fulfilling that public

* Recibido el 27 de abril de 2021; aceptado el 30 de agosto de 2021.

Artículo de investigación derivado del proyecto de investigación sin financiamiento de la Universidad Autónoma del Estado de México, con número de registro 4914/2019SF, titulado "El juicio democrático *lato sensu* (JDLS) no estatal como contraste a los límites constitucionales para la justicia: una alternativa para la seguridad pública en México".

** ORCID: 0000-0002-6447-7188. Universidad Autónoma del Estado de México, Facultad de Derecho. Correo electrónico: joaquin.o@me.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV,
núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 705-731.

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

cívico cuando el Estado ha incumplido o ha sido deficiente en el cumplimiento de esa función pública. El análisis y desarrollo se realizó bajo el método de estudio de casos con análisis e interpretación de estadísticas sobre el problema en México sin omitir el método jurídico respecto a la normatividad atinente.

Palabras clave: juicio democrático, seguridad pública, democracia.

function. The analysis and development were carried out under the case study method with analysis and interpretation of statistics on the problem in Mexico without omitting the legal method with respect to the relevant regulations.

Key words: democratic judgment, public safety, democracy.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La vertiente no estatal del JDLs*. III. *La seguridad pública: una apología para el JDLs no estatal*. IV. *El JDLs no estatal: una alternativa para la seguridad pública en México*. V. *Conclusión*. VI. *Fuentes de información*.

I. INTRODUCCIÓN

La inseguridad pública en México es un problema que urge abatir, ya que los intentos gubernamentales que se han hecho para solucionar el problema no han logrado su objetivo y en ocasiones incluso se han alejado más de él,¹ por lo que tal vez sea tiempo de que ese fenómeno sea atacado desde la posición del ciudadano (original poseedor de la soberanía) y no sola o preponderantemente desde la gubernamental. Sin embargo, existe un obstáculo difícil de superar (aunque no imposible), ya que el ciudadano mexicano se ha caracterizado por su apatía y desinterés en los asuntos públicos o estatales, lo cual va desde un abstencionismo electoral preocupante hasta su silencio

¹ De acuerdo con algunos medios de información, "...el despliegue de más elementos de la Guardia Nacional por todo el país no se traducirá en la disminución de la criminalidad (...) la pacificación en México se ve lejos, y muestra de ello es que en los últimos tres meses se registraron 11,373 homicidios. En los primeros ocho meses del gobierno de Andrés Manuel López Obrador suman ya 30,137 asesinatos (...) si bien hay más de 50,000 elementos de la Guardia Nacional en tareas de seguridad, este nuevo cuerpo sigue sin existir, porque en los hechos operan de la misma forma que lo hicieron los últimos años..." (Arista, 2019). No obstante, hay quien considera que: "El sector privado del país afirmó que es muy poco el tiempo para juzgar los logros de la Guardia Nacional, sin embargo, consideró que es necesario que el gobierno federal establezca un plazo para entregar resultados..." (Aún es temprano para juzgar logros de la Guardia Nacional: CCE, 2019).

o inacción ante injusticias sociales o frente a la actuación ineficaz de los órganos estatales. A pesar de que existen mecanismos de impugnación, tanto jurisdiccionales como políticos e incluso sociales, una gran parte de los ciudadanos no los ejercen para reclamar o quejarse sobre los problemas de la sociedad. El problema tal vez tenga un origen más profundo y relacionado con el pueblo: la falta de acción o de participación de los ciudadanos cuyo efecto se puede interpretar como una injustificada tolerancia respecto a la ineficacia del Estado y de sus órganos. Ante las injusticias o frente a la falta de cumplimiento de las tareas que son inherentes y obligatorias para los órganos y dependencias de gobierno, la inacción o la ausencia de una acción de queja ciudadana o de cualquier otra manifestación o expresión de reclamo o incluso de repudio, tiene el devastador efecto del conformismo.

El juicio democrático se puede explicar desde dos perspectivas, la primera referida a un sentido restringido: “juicio democrático *stricto sensu*” (JDSS), y la segunda en un sentido amplio: “juicio democrático *lato sensu*” (JDLS). El primero se refiere a la actividad jurisdiccional de los órganos de gobierno ex profeso, tales como los tribunales electorales, mientras que el segundo de ellos se refiere a la actividad de aquellos juzgadores que emiten una resolución jurisdiccional en casos donde, sin ser exclusivamente el objeto de la jurisdicción “... los hechos y las hipótesis planteadas y relacionadas con los hechos probados, afectan de forma indirecta a la democracia, ya sea a través de la afectación individual de sus principios o de alguno de sus elementos esenciales” (Joaquín Ordóñez, 2016, p. 247).

Ahora bien, el JDLS está relacionado a esa actividad del Estado, pero también puede estarlo exclusivamente a la del ciudadano, en cuyo caso se le denomina “no estatal”, es decir, por virtud del JDLS no estatal el ciudadano puede y debe intervenir y participar de manera activa en la solución de los problemas de la sociedad, incluso cuando existen atribuciones específicas del Estado, por ejemplo, aquellas cuyo objetivo es precisamente la seguridad pública, aunque la condición para lo anterior es que el aparato estatal no consiga ese objetivo de manera eficaz. Los ciudadanos deben exigir que los órganos de gobierno cumplan con sus funciones y deben hacerlo (en primer término) aplicando los instrumentos constitucionales y legales con los que cuentan (por ejemplo, ejerciendo la libertad de expresión), pero también (en segundo término) deben hacerlo erigiéndose en vigilantes directos del bien público (en este caso, concretamente, de la seguridad pública), de tal manera que el JDLS no estatal representa,

en general, una posibilidad de que esa problemática (consistente en la falta de cumplimiento de las tareas y funciones gubernamentales respecto a la seguridad pública)² sea solucionada o, al menos, aminorada. Lo anterior en virtud de que el JDLS posibilita que el ciudadano intervenga activa y legítimamente en los asuntos de carácter público y, en consecuencia, de que se provoque un cambio en la comunidad en la que vive, pero también en la actuación de los órganos de Estado. El ciudadano debe ser un ente involucrado con la actuación del gobierno, del Estado y de la sociedad en la que está inmerso, pues no solamente debe ser un sujeto cuya función se limite a legitimar sin conocer ni cuestionar a las autoridades, sino que debe ser su principal cuestionador y vigilante. De esta manera, la cuestión que anima este artículo es la siguiente: ¿el JDLS no estatal constituye una alternativa para la seguridad pública en México? Por ello, el objetivo de este trabajo es analizar, desde el punto de vista teórico y bajo una metodología documental, si el JDLS no estatal constituye una alternativa para la seguridad pública en México, lo cual es una hipótesis viable al planteamiento inicial del problema, ya que con la aplicación y ejercicio de ese JDLS no estatal los ciudadanos podrán aplicar su derecho fundamental de autoprotección como una alternativa viable y un instrumento eficaz y funcional para ayudar a la solución de la inseguridad pública en México.

II. LA VERTIENTE NO ESTATAL DEL JDLS

La seguridad pública está relacionada con los principios y valores de la democracia, como la libertad, la igualdad, la fraternidad, etcétera, los cuales contienen los postulados suficientes y necesarios para sustentar al juicio democrático con relación también a la actuación de la ciudadanía. En una sociedad en la que prevalece la democracia y sus principios (al menos desde el punto de vista formal), existen también, como parte inherente a la mis-

² Esto puede ser visto desde dos vertientes: a) la primera, que consiste en que el ciudadano sea un vigilante o supervisor de la actividad gubernamental respecto a la seguridad pública, lo cual puede ser logrado mediante el uso de los instrumentos constitucionales y legales de los que se dispone, y b) la segunda, que consiste en que el ciudadano sea un vigilante o supervisor de la seguridad pública de manera directa, lo cual puede ser logrado mediante la práctica del JDLS en su vertiente no estatal.

ma, determinados límites o cotos que la configuran y que establecen los mínimos para la toma de decisiones, estableciendo también los parámetros decisionales que no pueden ser incluidos por estar vedados o prohibidos dentro de esos límites, debido a su naturaleza jurídica (Joaquín Ordóñez, 2014). Por ello, también la observación ciudadana debe ser un referente para la democratización de cualquier Estado que se jacte de estar involucrado en esa forma de gobierno (Joaquín Ordóñez *et al.*, 2015), ya que la participación ciudadana es muy importante para las actividades públicas y para la actividad gubernamental, es decir, la ciudadanía erigida en una suerte de órgano regulador, lo cual puede ser instrumentado por la observación de los ciudadanos para vigilar, supervisar y, eventualmente, castigar las deficiencias en ese sentido, todo lo cual es el comienzo del sustento para el JDLS, ya que tal observación se convierte (bajo un determinado proceso de análisis y aplicación ciudadana de los principios de la democracia) en un potencial juicio democrático desde una vertiente no estatal. Ahora bien, la democracia no es ni debe ser un concepto inamovible, ya que dependemos de las características de las sociedades en las cuales se pretenda aplicar, y también existe una cierta dependencia del momento histórico en el que esto se hace:

La democracia debe ser suficientemente flexible, para adecuarse a las distintas realidades sociales, en el tiempo y en el espacio. No puede servir la misma fórmula de gobierno para un país con un nivel cultural medio de cierta altura y otro de nivel bajo, ni podría ser igual en la Grecia que en las complejas ciudades del presente... (M. Seara Vázquez, 1978, p. 23).

De esa manera, es importante ampliar la concepción meramente instrumental que se tiene de la democracia y considerarla desde un punto de vista más sustantivo:

El juicio democrático debe ser considerado como aquella actividad fundada en los principios de la democracia y no como aquella ejecutada por la decisión de la mayoría (de las masas o del pueblo) ni como un acto fundado en el supuesto derecho de todos —o de la mayoría— de acceder a la emisión de decisiones de carácter jurisdiccional. Lo anterior significa que para poder transitar hacia una concepción del juicio democrático se debe tener en cuenta no solamente esa conceptualización de lo democrático que goza de

una mayor notoriedad, sino también otras vertientes: las que consideran a la democracia como un sistema de vida... (Joaquín Ordóñez, 2017, p. 1632).

La definición de “democracia” no tiene (ni debe tener) una sola vertiente, ya que se trata de un concepto multívoco, de tal manera que también se ha considerado que una sociedad es democrática en la medida en la que sus integrantes gozan de la oportunidad de participar en la definición de las políticas públicas (N. Chomsky, 2004), y en la medida en la que esto sea posible y practicable, será también la dimensión o la efectividad de la democracia y sus principios en un Estado. Así, el JDLS tiene como característica principal que no está restringido a solamente la aplicación de mecanismos o instrumentos electorales (lo cual correspondería a un JDSS), mismos que tiene como principal función la conformación de la estructura gubernamental incluidos los ciudadanos que ocupan o que deben ocupar los cargos públicos. Tampoco es exclusivo de aquellos procesos llevados a cabo por los órganos jurisdiccionales en cualquiera otra de las materias del derecho diferentes a la electoral, sino que “pueden ser actos o conductas realizadas por los demás ciudadanos en los que se sancione (por medio del JDLS) la actuación y conducta de otros ciudadanos que no sea acorde con la democracia...” (J. Ordóñez y A. Guadarrama, 2018, p. 55). Ahora bien, el análisis gramatical (M. Bovero, 2002) acerca del vocablo “democracia”, obliga a tomar conciencia del impacto que tiene ese concepto desde el punto de vista de un verbo, es decir, de la acción que implica, de tal manera que tal término refiere a la reconstrucción del funcionamiento típico y de la función propia de la forma de gobierno democrática, por lo que:

...la democracia es la igualdad entre todos los destinatarios de las decisiones políticas en el Derecho y poder de contribuir a la formación de las decisiones mismas y es también la libertad individual como la capacidad subjetiva y como la oportunidad objetiva de decisión racional autónoma del ser humano en materia política, tal como una autonomía que subsiste cuando el individuo no sufre condicionamientos tales que determinen desde el exterior a su voluntad, volviéndola heterónoma... (Joaquín Ordóñez, 2014, p. 57).

Lo anterior se complementa con la definición “oficial” en México, para lo que debemos remitirnos a la Constitución Política donde se considera a la democracia: “...no solamente como una estructura jurídica y un

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 705-731.

régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo...” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917). De lo anterior se desprenden los tres significados importantes (al menos desde la perspectiva jurídica) para la definición de la democracia: 1. Es una estructura jurídica; 2. Es un régimen político, y 3. Es, además, un sistema de vida. Esa triple conceptualización es comprensible desde el momento en el que se sabe imposible la aplicación real y práctica en la realidad social de todo lo que el concepto “democracia” implica —incluidas sus características, principios y valores— sin la estructura formal a la que tal definición constitucional apela y la cual constituye el continente en el que se pueden depositar esos otros conceptos implicados, pero tampoco serían posibles sin la congruente (y hasta cierto punto voluntaria) aplicación de tales principios y características vaciados formalmente: la democracia y sus principios serían solamente un cúmulo de buenos deseos relacionados con la conducta de las personas si no representara conductas y acciones reales y concretas en la rutina diaria de las personas en sociedad y en el Estado.

Por eso, en otra definición de “democracia” y su esencia, consiste en hacer realidad la protección de los derechos ciudadanos en caso de abuso de los gobernantes (L. Rubio, 1998), pero también en caso de abuso de los demás ciudadanos,³ ya que la esencia de la democracia obliga a repensar la prelación entre una defensa frente a los gobernantes o una defensa frente a las demás personas, sin olvidar que los ciudadanos tienen, como seres humanos, un derecho primigenio: la capacidad y la calidad de los mecanismos con los que cuente para hacer efectiva su autoprotección. En este punto es importante destacar que el sistema jurídico mexicano, si bien está diseñado con el objetivo de proteger a los ciudadanos en contra de esos abusos de las demás personas, no ha sido suficiente, lo que lleva a considerar que las leyes, normas y preceptos (sobre todo aquellos de carácter fundamental como los derechos humanos), no son suficientes para garantizar ese objetivo:

...ha sido también reconocido que históricamente los derechos humanos, así como los derechos en general, no son una regla que se haya seguido o respe-

³ Aquí me refiero específicamente al fenómeno de abuso que infringe las normas jurídicas en detrimento de las personas y que, al final, redundará en la inseguridad pública.

tado por el simple hecho de ser positivizada en algunos reglamentos o incluso en la propia Constitución; por ello, la vigencia y aplicación de los derechos fundamentales no se cumplen con la sola inclusión de sus fundamentos en la máxima norma jurídica estatal, sino que se requiere de toda una estructura que signifique la real y efectiva aplicación de los mismos... (Joaquín Ordóñez, 2014, p. 54).

En este punto también debe tenerse presente que “...una sociedad segura es aquella que cuenta con un equilibrio razonable (o “razonabilizado”) entre los límites ciudadanos y los límites estatales (...) [y que] la tensión entre los límites estatales y los límites ciudadanos está controlada y medida de acuerdo con los propios límites fundamentales del ser humano y determinados por su propia razón” (J. Ordóñez y E. Uribe, 2020, p. 267). Así, en una sociedad en la que formalmente se cuenta con estructuras gubernamentales de carácter democrático y con instrumentos acordes a la democracia, resulta insuficiente que tal formalidad (que debe derivar de esa razonabilidad) esté cabalmente establecida en las expresiones deónticas codificadas en las normas, ya que es indispensable otro elemento para que el contenido de esas normas que establecen parámetros democráticos sea una realidad: la aceptación, conocimiento y aplicación de los propios ciudadanos:

La gente necesita estar equipada con conocimiento de cómo las doctrinas democráticas pueden ser justificadas. No se puede esperar que se mantengan leales a los ideales democráticos a través de todos los disgustos y desilusiones de la vida sin un profundo y sólido conocimiento de hecho de las potencialidades de los seres humanos para relaciones interpersonales productivas (...) el carácter democrático se distingue por la capacidad de respetarse uno mismo y respetar a otros... (M. F. Böhmer, 1999, pp. 83-86).

Esa capacidad de, primero, respetarse uno mismo y, segundo, respetar a otros, es quizá el elemento sustantivo más importante en la aplicación de una democracia, en conjunto se trata de un interés común donde no solamente importa la individualidad de las personas ni de los ciudadanos, por lo que la doctrina ha reconocido dos elementos para el ideal democrático:

El primero significa no sólo puntos más numerosos y más variados de interés participados en común, sino también el reconocimiento de los intereses mutuos como un factor del control social. El segundo significa no sólo una interacción más libre entre los grupos sociales (...) sino también un cambio en los hábitos sociales; su reajuste continuo afrontando las nuevas situaciones producidas por el intercambio variado... (J. Dewey, 1998, p. 81).

Las experiencias personales de cada individuo se unen a las de los demás para conformar una gran masa de experiencias que puede trascender a la mera opinión o a la particularidad de las preferencias personales; se trata de una comunicación efectiva entre los ciudadanos como entes integrantes de un Estado, con el único objetivo de alcanzar una sociedad democrática:

...una sociedad indeseable es aquella que pone barreras interna y externamente al libre intercambio y comunicación de la experiencia. Una sociedad es democrática en la medida en que facilita la participación en sus bienes de todos sus miembros en condiciones iguales y que asegura el reajuste flexible de sus instituciones mediante la interacción de las diferentes formas de vida asociada. Tal sociedad debe tener un tipo de educación que dé a los individuos un interés personal en las relaciones, el control social y los hábitos espirituales que produzcan los cambios sociales sin introducir el desorden... (J. Dewey, 1998, p. 81).

En ese contexto democrático de comunicación de las experiencias individuales pueden surgir controversias como consecuencia de la interacción entre las personas (y también entre estas y las entidades públicas), es decir, problemas de seguridad pública, y cuando la solución a esos problemas recae en un ente estatal que no cumple con tal función, es necesario que el ciudadano democrático haga uso de su soberanía y lleve a cabo acciones suficientes para restablecer la seguridad pública, es decir, aplicar la vertiente no estatal del JDLS.

III. LA SEGURIDAD PÚBLICA: UNA APOLOGÍA PARA EL JDLS NO ESTATAL

Los principios y valores de la democracia dan sustento a la seguridad pública y también al deber que por mandato constitucional tienen los órganos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 705-731.

estatales de garantizarla, por ello es necesario robustecer la interpretación que se realiza a los preceptos legales, constitucionales y convencionales, para respetar los parámetros fundamentales y generar legitimidad, sobre todo tratándose de los juicios democráticos en sentido amplio realizados por los órganos jurisdiccionales mexicanos, que cuentan con atribuciones específicas para ello; tal interpretación puede ser entendida como “prodemocrática” (Joaquín Ordóñez, 2016). Todo ello en conjunto lleva a determinar la importancia que tiene la democracia y la participación ciudadana en un Estado constitucional y el contraste existente entre la representación y la participación directa y deliberativa del ciudadano que, a su vez, lleva a concluir que la consecuencia de la escasa participación ciudadana (misma que puede constituir un factor provocador de la inseguridad) es la rudimentaria organización de la sociedad civil para exigir e impulsar al Estado en su responsabilidad y función de procurar y concretar la seguridad, y que el instrumento democrático de participación deliberativa es un sustento que urge implementar y practicar en un Estado que se jacte de ser constitucional y democrático (Joaquín Ordóñez, 2016). En ese sentido, es importante tomar en cuenta lo que algunos instrumentos de carácter internacional establecen al respecto, por ejemplo:

Artículo 32, párrafo 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática... (Organización de los Estados Americanos, 1969).

De lo anterior se desprenden dos ideas importantes, la primera de ellas hace alusión a esa carga moral que todas las personas tenemos respecto a la comunidad en la que vivimos, ya que la obligación (incluso natural) de mantener en buen estado dicha comunidad recae precisamente en las personas que la integran y no en otras; lo anterior parece ser obvio, sin embargo, la conducta hostil y contraria a este precepto moral ha acrecido que las personas sean individualistas y que solamente les importe conseguir el bienestar personal aún en detrimento del de los demás, lo cual redundará en ilícitos y crímenes (muchos de ellos generadores de la inseguridad pública). La segunda idea importante es que en una sociedad democrática los derechos personales no pueden ser ilimitados, ya que esto

llevaría al individualismo de la primera idea, sino que, por el contrario, se deben respetar los derechos y la seguridad de los demás con la finalidad de aportar al bien común:

La seguridad pública es, pues, un servicio que debe ser otorgado por el Estado con la finalidad de que la población goce de tranquilidad y pueda tener una vida exenta de todos aquellos riesgos que lesionan o que potencialmente podrían lesionar su integridad física, moral, económica, jurídica... (J. Ordóñez, 2019, p. 100).

En México, el noveno párrafo del artículo 21 de la Constitución Política dice que:

La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social... (Secretaría de Gobernación, 2016).

Lo anterior denota la importancia que tiene la seguridad pública como elemento teleológico de una sociedad estatal, al ser incluido como un precepto de rango constitucional en el que explícitamente se establece que se trata de una función estatal, es decir, que no le deja la carga de su cumplimiento a la ciudadanía precisamente porque el Estado es un complejo aparato que dispone de una multiplicidad de recursos que en su conjunto (y con una adecuada administración) pueden mantener el orden público y la paz social, es decir, puede lograr la seguridad pública. Sin embargo, el problema que precisamente da pauta para proponer el JDLS es que sigue habiendo problemas apremiantes de inseguridad, luego entonces, el Estado no ha cumplido a cabalidad con esa función constitucional.

La seguridad pública también se define como una cualidad con la que cuentan los espacios públicos y privados que se caracteriza por la ausencia de amenazas que socaven o supriman los bienes y derechos de las personas y, por el contrario, existen condiciones propicias para la convivencia pacífica y para el desarrollo individual y colectivo de la sociedad (Sergio García, 2002). El término “seguridad” refiere a una circunstancia libre y exenta de riesgos y de peligros, ya que no existen fallas de ningún tipo ni motivo alguno por el que se dude de sus cualidades y en consecuen-

cia genera certeza y confianza. La “seguridad pública” refiere a la situación o circunstancia exenta de riesgo, libre de todo peligro y que ofrece confianza a la ciudadanía para su libre y adecuado desarrollo. Al faltar lo anterior es normal y hasta predecible que los integrantes de la población eleven un reclamo a las autoridades estatales, plenamente justificado, ya que uno de los objetivos del Estado (y de sus órganos) es precisamente lograr el libre y adecuado desarrollo de su población. Pero el reclamo puede ocurrir no solamente en contra o hacia las autoridades, sino que también puede ser dirigido a los demás miembros de la población que son responsables de desajustar circunstancias libres de riesgo y de peligro y que, por tanto, generan desconfianza, de tal manera que se constituye en un reclamo legítimo sustentado en el deseo de llevar una vida adecuada, en lo que incide el concepto de seguridad humana: “...nos gustaría desenvolvernos más despreocupadamente de lo que normalmente podemos permitirnos. Nos gustaría no tener que preocuparnos por nuestra salud ni por la posibilidad de perder nuestro puesto de trabajo...” (J. Rodríguez, 2005). El humano desea reducir los sufrimientos y angustias para llevar una vida plena y para salvaguardar su dignidad, por ello, la seguridad humana es una idea más profunda que refiere a la posibilidad de un adecuado ambiente de salud y de trabajo, alimentos sanos y, también, no delincuencia, y todo ello produce confianza en el ciudadano. Al respecto, internacionalmente se considera que “...el sentimiento de inseguridad se debe más a las preocupaciones acerca de la vida cotidiana que al temor de un cataclismo en el mundo. La seguridad en el empleo (...) ingreso (...) salud (...) medio ambiente (...) respecto del delito: son éstas las preocupaciones (...) acerca de la seguridad humana...” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1994).

Una de las cosas que los ciudadanos esperamos que sea satisfecho por el aparato estatal y gubernamental en el que nos encontramos es la seguridad, en sus diferentes vertientes (física, alimentaria, económica, educativa, etcétera), pero especialmente la pública, es decir, aquella que prevé la solución del fenómeno de la delincuencia, ya que todos esos aspectos de la seguridad le dan al ciudadano la posibilidad de tener una vida digna, tanto en el presente como en el futuro. Se espera que la acción estatal erradique (o al menos disminuya hasta un grado en el que sea controlable y soportable) la inseguridad o las condiciones negativas que atentan contra la seguridad. Al respecto, la falla del Estado con relación a ese primordial

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 705-731.

objetivo ha sido motivo de diversas críticas y consultas que han puesto bajo análisis tal fenómeno, incluso en el ámbito mediático.⁴ La seguridad pública en México es un concepto que no ha sido adecuadamente cumplido, basta solamente mencionar la estadística existente en la que las tasas de incidencia delictiva de ocurrencia no han disminuido, es decir, la cantidad de eventos individuales de victimización delictiva que fueron efectivamente reportados, por cada cien mil habitantes: a) 2010, 30535 eventos, b) 2011, 29200 eventos, c) 2012, 35139 eventos, d) 2013, 41563 eventos, e) 2014, 41655 eventos, f) 2015, 35497 eventos, g) 2016, 37017 eventos, h) 2017, 39369 eventos, e i) 2018, 37807 eventos (*Incidencia delictiva*, 2017).

Se considera que Afganistán, Siria y México son los países más peligrosos del mundo para la prensa (*Afganistán, Siria y México son los países más peligrosos en el mundo para la prensa*, 2018), pero existen muchos otros ejemplos sobre el fenómeno de inseguridad pública en México que son un indudable indicativo de la ineficacia del aparato estatal en ese rubro, los cuales no se incluyen en este capítulo por razones de espacio, solamente es pertinente referir las razones de las víctimas para no denunciar delitos ante las autoridades, de lo cual destaca que dichas causas son atribuibles a la autoridad en un porcentaje mayor: pérdida de tiempo: 31.7%, desconfianza en la autoridad: 17.4%, trámites largos y difíciles: 8.9% y actitud hostil de la autoridad: 4.3% (Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública [ENVIPE] 2019). Asimismo, es inevitable recordar los casos de violación a los derechos humanos ocurridos desde principios de los años noventa en los feminicidios de Ciudad Juárez, Chihuahua o el caso de los estudiantes desaparecidos de Ayotzinapa por los hechos ocurridos los días 26 y 27 de septiembre de 2014 en Iguala, Guerrero, o más recientemente, la masacre a la familia LeBarón ocurrida el 4 de noviembre de 2019 (*La narración de la masacre a los LeBarón*, 2019), solamente por citar algunos ejemplos. Por ello, considerando la intensidad de la violencia y de los conflictos, México está catalogado como el único

⁴ Un ejemplo de esto es el programa de noticias “88.9 Noticias”, transmitido por radio en frecuencia modulada, en un horario de las 06:00 a las 10:00 horas, de fecha 6 de octubre, (A. Villalvazo e I. Manero, 2015), en el que se realizó un sondeo al público respecto a los siguientes aspectos: a) cantidad de dinero invertido en seguridad, alarma, caseta de policía, vigilancia vecinal, remodelación de puertas o ventanas, etcétera; b) obligatoriedad del Estado de garantizar la seguridad de sus habitantes; y c) sujeto en quien recae el deber de pagar la seguridad: el Estado o la ciudadanía.

país de América en un nivel de intensidad denominado “guerra”,⁵ clasificación que comparte solamente en el ámbito mundial con países como Afganistán, Siria, Libia, Yemen, Egipto y Turquía (Heidelberg Institute for International Conflict Research [HIIK], 2019). Ante ese panorama en el que se presenta un fenómeno de inseguridad surge la pregunta acerca de la eficacia del Estado para llevar a cabo esa importante labor, y la respuesta es que no ha podido cumplir con esos objetivos, por ello es necesario reconsiderar las posibilidades que tiene el ciudadano como miembro integrante de un Estado y como original detentador de la soberanía, con la finalidad de que intervenga para la solución del problema, lo cual implica hacer a un lado la actitud pasiva y conformista que no abona a la solución del fenómeno de la inseguridad. En consecuencia, el ciudadano debe ser un ente participativo:

...el poder que poseen los ciudadanos agrupados en ciudadanía estriba en que el gobierno debe pasar por el tamiz de su autorización, vigilancia y sanción... el ciudadano no debe ser un ente pasivo y conformista respecto a la estructura funcional del gobierno estatal en el que se encuentra involucrado; no debe ser solamente un ser vivo que acepta y asume la actividad, conducta y efectos de las funciones del gobierno y toda su estructura, sino que debe ser un humano con todas las características inherentes a él: pensamiento, raciocinio, crítica, juicio, decisión... (J. Ordóñez *et al.*, 2015, pp. 138-139).

Hay ejemplos en los que la ciudadanía ha tomado en sus manos algunas acciones necesarias para comenzar a erradicar el problema y, en gran parte, ha realizado determinadas acciones tendentes a la impartición de justicia (L. F. Guerrero, 2008, p. 75), lo que ha desembocado en un problema de gobernabilidad que pone de relieve otra circunstancia de suma importancia: la posibilidad de que la ciudadanía participe para resolver problemas de seguridad pública. Formalmente, como se ha visto, el Estado es el encargado de que la seguridad pública sea una realidad, pero la realidad contrasta con esa formalidad, por lo que se debe considerar

⁵ “Counting a total of 57, the number of conflicts in Americas region remained constant in comparison to the year before. However, in 2018, 36 conflicts were fought violently, which mark a decrease of three compared to 2017. The only war in the Americas region continued [Mexico (drug cartels)], while HIIK observed five limited wars – one less than in 2017...” (Heidelberg Institute for International Conflict Research (HIIK), 2019, p. 100).

la posibilidad de que esa responsabilidad estatal inadecuadamente cumplida sea (en ciertas ocasiones) relevada o, al menos, coadyuvada por la ciudadanía. Aquí es donde la participación ciudadana —llevada al extremo necesario para ello— se erige en un elemento de suma importancia para lograr el objetivo de la seguridad pública.

IV. EL JDLS NO ESTATAL: UNA ALTERNATIVA PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

Es entonces cuando debemos retomar ese elemento integrante del Estado, el pueblo y los seres humanos que lo conforman, quienes son los detentadores de la soberanía y en quienes recae parte de la responsabilidad de legitimar los gobiernos. Tal función nos remite forzosamente a la teoría del contrato social, por el cual todas las personas de una sociedad tienen la obligación de mantener el orden de la propia sociedad y de procurar el mayor beneficio recíproco de sus integrantes:

Por el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político: se trata ahora de darle movimiento y voluntad por medio de la ley, pues el acto primitivo por medio del cual este cuerpo se forma y se une, no determina nada de lo que debe hacer para asegurar su conservación (...) Lo que es bueno y conforme al orden, lo es por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas (...) sin duda existe una justicia universal emanada de la razón, pero esta, para ser admitida entre nosotros, debe ser recíproca... (J. J. Rousseau, 2004, p. 25).

Esa reciprocidad que da sustento a la razón necesaria para la existencia del cuerpo político solamente puede realizarse mediante la participación de las personas que conforman a la misma sociedad, lo cual también está sustentado por el pacto social que se suscribe al momento de insertarse en la sociedad. No es posible que dicho pacto se cumpla sin la participación de las personas ni es posible que ese pacto, por sí solo, asegure la conservación del cuerpo político (que aquí se interpreta como la sociedad o como el Estado), por lo que se requiere que los ciudadanos tomen parte en los asuntos propios de ese ente estatal. Lo anterior significa que hay una codependencia entre la formalidad que sustenta el pacto social y la participación de los ciudadanos que son parte de dicho pacto,

ya que uno sin el otro no podría llevarse a cabo el objetivo de sostener al cuerpo político: “La existencia de instituciones sin participación supone el riesgo de meros aparatos legales formales carentes de vida. La participación sin instituciones supone el riesgo de una simple protesta en el vacío...” (G. Beliz, 2012, p. 22). Por ello, el derecho debe ser considerado como un instrumento diseñado por el ser humano que tiene como una de sus principales finalidades la resolución de las controversias que surgen como consecuencia de la interacción de las personas y como un producto de la acción social (M. Weber, 2005, p. 18), pero no solamente eso, como ya se mencionó, el derecho se manifiesta en cualquier situación o circunstancia en la que esté involucrado el ser humano en su interacción con las demás personas. Así, un régimen democrático debe caracterizarse por contener determinados elementos que lo hacen calificarlo como una democracia consolidada (o en consolidación), en el que debe haber: “...reglas que delimiten concretamente los alcances de los instrumentos de seguridad pública, así como los mecanismos y medios indispensables para hacerlas efectivas y para que exista al menos la garantía de que esas reglas de seguridad se van a respetar y van a ser una realidad...” (Joaquín Ordóñez, 2016, p. 13).

Una adecuada participación ciudadana implica, en primer término, que el ciudadano tenga conocimiento de las circunstancias y situaciones por las que atraviesa la sociedad en la que está involucrado y, desde luego, también el Estado y sus órganos, y la manera más básica e incipiente de poder obtener ese conocimiento es mediante la observación:

...la observación no es solamente adquirir el conocimiento o la información acerca de la actividad gubernamental, por parte de un ente pasivo e inerte que no procesa la información o que a pesar de procesarla no la utiliza para el beneficio de la colectividad; no es sólo eso, sino que implica un ciclo en el que de inicio se obtiene la información y al final del mismo se produce criterio público y, lo que es mejor, se dan decisiones públicas que afectan a toda la comunidad beneficiándola... (Joaquín Ordóñez *et al.*, 2015, p. 158).

De tal manera que con la observación ciudadana se puede empezar a conocer la situación política y social de un Estado y se puede también empezar a gestar en la mente de las personas la o las posibles soluciones para la problemática presentada. Con la aplicación real de las caracterís-

ticas de la democracia es posible fortalecer la seguridad pública, ya que las instituciones democráticas contrarrestan la cultura antidemocrática de la violencia, es decir, practicando la democracia y respetando la legalidad, la legitimidad y la constitucionalidad, como un mecanismo para resolver las diferencias que potencialmente pueden desencadenar en violencia, pero es indispensable que todo ello se efectúe junto con la participación que es un elemento rival de las causas que generan la violencia (Joaquín Ordóñez, 2016, pp. 13-14). De la observación y posterior conocimiento que da pauta a la participación razonada de la ciudadanía para poder sostener el cuerpo político surge el concepto de deliberación, por el cual los ciudadanos procesan la información obtenida y obtienen conclusiones razonadas acerca de lo que es necesario para resolver los problemas de la comunidad:

La noción de democracia deliberativa está enraizada en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación tienen lugar a través de la argumentación y del razonamiento público entre ciudadanos iguales. En tal orden los ciudadanos comparten el compromiso de resolver los problemas de elección colectiva mediante el razonamiento público... (J. Habermas, 2005, p. 381).

Una ausencia en la actividad de la deliberación representa una apatía generalizada en la población y puede causar desconocimiento de las situaciones y circunstancias por las que una comunidad atraviesa, con la consecuencia de que los problemas que deben ser resueltos por el Estado (y que no resuelve) se siguen quedando sin ser conocidos ni resueltos al menos por los ciudadanos:

...la escasa participación y deliberación democrática es causante de la abundante inseguridad pública, al extremo de que esa inseguridad ha provocado el malestar de la sociedad civil (...) y ha traído como consecuencia un efecto de participación enfocada y concentrada en esos aspectos: En el seno de la sociedad civil se ha producido un cambio que se expresa no sólo en la exteriorización de la sensación de malestar por la pérdida del bienestar general, sino también en el fortalecimiento de los nuevos movimientos sociales ante el debilitamiento y retroceso del Estado para atender la demanda social... (E. Bin, 2005, p. 22).

En la observación y deliberación (en general en la participación) interviene la voluntad de las personas que en conjunto conforman la voluntad general, la cual puede ser contrastante con las acciones de los órganos del Estado y, en ocasiones extremosas, con la legislación estructural de esos órganos, pero también puede haber una pugna entre las mayorías y las minorías en un régimen democrático en el que el principio de mayoría es el que debe operar:

...la voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la porción más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por consiguiente, puede desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier abuso de Poder [...] y en especulación política se incluye ya la ‘tiranía de la mayoría’ entre los males contra los cuales debe ponerse en guardia la sociedad... (J. S. Mill, 1859, p. 59).

Contra la posible tiranía de la mayoría (como lo expresa el autor citado) procede, o al menos debería proceder, la regulación jurídica de un Estado y la actuación de quienes detentan el poder público (apoyados, desde luego, en las funciones con las que cuentan por mandato legal o constitucional). En el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de obligaciones políticos la participación ciudadana es fundamental, ya que significa que el ciudadano toma parte en esos asuntos y también comparte su punto de vista y su experiencia al respecto (por medio de la deliberación) y eso implica un acto social. Por ello, la participación ciudadana fortalece al Estado democrático y controla el ejercicio del poder, pero se requiere de la voluntad de participar. Es necesario un acto intencional, no forzado ni coaccionado, y esto trae como consecuencia que los ciudadanos sean ejercitadores del poder (Joaquín Ordóñez, 2016) y surge el otro elemento indispensable en una democracia que es la libertad:

El sujeto integra identidad y técnicas, construyéndose como actor capaz de modificar su medio ambiente y de hacer de sus experiencias de vida pruebas de su libertad. El sujeto (...) es un trabajo, jamás acabado, jamás logrado, para unir lo que tiende a separarse. En la medida que el sujeto se crea el actor social está centrado en sí mismo y ya no en la sociedad; es definido por su libertad y ya no por sus roles. El sujeto es un principio moral en ruptura con la moral del deber que asocia la virtud con el cumplimiento de un rol social.

El individuo se convierte en sujeto, no cuando se identifica con la voluntad general y cuando es el héroe de una comunidad, sino, al contrario, cuando se libera de las normas sociales del deber de Estado... (A. Touraine, 2004).

Esa libertad de las personas que es esencial en una democracia da la pauta para que los integrantes del pueblo regulen a la propia sociedad, mediante la voluntad, la representación, la deliberación y, en general, la participación, lo que le da (o le debería de dar a un hipotético pueblo que actúa conforme a estos parámetros) el poder de sostener al cuerpo político también sustentado en la soberanía. Existe la hipótesis de que el Estado o país con un mayor índice de democracia es aquel cuya ciudadanía en su mayor parte —y población en general— ha perfeccionado lo que él llama el “arte” de seguir en común el objeto de sus deseos, para lo cual se requiere de asociarse, que también es un arte que se desarrolla entre los ciudadanos y que se debe perfeccionar en la misma proporción en que la igualdad de condiciones se perfecciona o aumenta (A. Tocqueville, 1998).

Ahora bien, ante los fenómenos de inseguridad que en los países en desarrollo han sido en gran parte consecuencia de una ineficiente actuación de su sector gubernamental, la ciudadanía ha tenido que tomar el problema en sus manos como una respuesta que se traduce en una reacción social casi esperada ante la serie de daños a los que se enfrentan sin que el aparato estatal haya podido darles una solución satisfactoria. Como consecuencia, se han llevado a cabo organizaciones ciudadanas para intervenir activamente en el diseño de las políticas públicas. Por ejemplo, el foro “La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”, convocado por el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del entonces Distrito Federal en 2007. Pero además de lo anterior, tratando de establecer relaciones más estrechas entre los ciudadanos y los sectores del gobierno encargados de la seguridad pública, por ejemplo, la organización “Colonia segura” de Naucalpan, Estado de México, “Barrio seguro” en Chile y “Comunidades justas y seguras” de las universidades de Toronto y Rosario (J. L. Arce, 2008), pero también los sistemas de vigilancia privada, las redes de autoprotección y de vigilancia vecinal, organismos no gubernamentales como “México unido contra la delincuencia”, los grupos de autodefensa de Michoacán (*Autodefensas en México se extienden*, 2013), o aquellos casos en los que la ciudadanía se ha

hecho justicia por propia mano, como el “Grupo élite antirratas” que en octubre de 2016 amputó las manos a siete presuntos ladrones de Tlaquepaque, en Jalisco (*Amputan las manos a siete ladrones en México*, 2016), o el apodado “Vengador anónimo”, caso en el que cuatro hombres fueron asesinados por un viajero en el autobús que había asaltado en noviembre de 2016 (*Asesinados en La Marquesa asaltaban con frecuencia: transportistas*, 2016). Estas y otras acciones demuestran que la ciudadanía está empezando a tomar acciones de participación (tal vez extremosas, pero participación al fin) en las que la deliberación de la comunidad y el ejercicio de su libertad los han llevado a tomar decisiones que tienen como finalidad colmar los faltantes o ineficiencias de los órganos del Estado en cuanto a su función de garantizar la seguridad pública:

Primero tomaron las armas, luego impusieron un ‘toque de queda’ y ahora la guardia ciudadana surgida desde hace un mes (...) decide confrontar directamente a la delincuencia ante la indolencia gubernamental. ‘Ya estábamos hartos de los asesinatos, secuestros y extorsiones que realizaba La Familia, el grupo que controlaba Apaxtla, pero ahora ya estamos más tranquilos’, expresa un miembro de las autodefensas (...). Al respecto, el alcalde perredista de Apaxtla de Castrejón, Efraín Peña Damasio, dijo que no se trata de un movimiento armado, más bien es, dice, la muestra del ‘hartazgo ciudadano’ ante la omisión del Gobierno federal y estatal que desestimó los llamados de auxilio lanzados desde el año pasado, cuando el edil asumió el cargo en medio de una grave crisis de inseguridad y violencia... (E. Flores, 2013).

Incluso algunos funcionarios públicos e integrantes del propio gobierno han reconocido, aunque de manera tácita, la ineficacia del Estado en el cumplimiento del mandato constitucional de garantizar la seguridad pública, por ejemplo, Miguel Ángel Osorio Chong dijo que “Al final cada quien se encargará de lo que le corresponde: el Estado mexicano se hará responsable totalmente de la seguridad (...) el problema de inseguridad se ha reducido en setenta por ciento...” (E. Martínez, 2014), pero para otros la debilidad del gobierno ha sido evidente: “2015 fue un año particularmente difícil para Guerrero. Hubo un gobierno estatal interino, extraordinariamente débil. El vacío de autoridad propició que se profundizaran los conflictos entre distintos grupos criminales y otros grupos armados...” (E. Guerrero, 2016). Asimismo, el fenómeno de la inseguridad se da no solamente por la comisión de delitos como el homicidio, robo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 705-731.

o secuestro (entre muchos otros), sino también por medio de las extorsiones en las que interviene una promesa de proporcionar “seguridad” para que los pobladores no sufran de esos delitos, claro, a cambio de cantidades económicas: “Afuera de las ciudades las mafias extorsionan a empresarios de los sectores ganadero, agricultura y minería, principalmente, quienes en varios casos han optado por financiar ‘grupos de autodefensa’ para proteger a sus familias y su patrimonio...” (E. Guerrero, 2016). Ante esto, la sociedad civil (la ciudadanía) comenzó a organizarse para resolver el problema que tenían y lo hicieron tomando las armas y constituyendo grupos de “autodefensa”, pero estos no fueron causados solamente por el fenómeno de la delincuencia y de la extorsión que traía aparejada, sino también como una respuesta o reacción a la escasa o en ocasiones nula presencia del aparato estatal:

...“grupos de autodefensa”, no solamente fueron una respuesta a las actividades delictivas de organizaciones criminales que afectaron los intereses de empresarios rurales (agricultores, ganaderos y mineros), sino la consecuencia natural de la escasa presencia que tiene el Estado mexicano en amplias franjas del país (...). Para finales del 2014 los grupos de autodefensa en Michoacán tenían operaciones en treinta y tres municipios —56% del territorio estatal—, mientras que en Guerrero estos grupos operaban en cincuenta y tres municipios —57% del territorio estatal—... (E. Guerrero, 2016).

Ante la ineficacia del Estado ocurre el fenómeno de la sustitución de ese Estado en algunas de sus funciones que constitucionalmente tiene asignadas, como la seguridad pública, y ese acto de sustitución lo ejecuta el pueblo en su carácter de elemento integrante del mismo Estado, y lo hace ejerciendo su poder para tomar decisiones de carácter público y por virtud de la soberanía que le corresponde, con base en la deliberación y en la razón como componentes de la democracia y de sus principios y valores, todo ello con la finalidad de repeler o contrarrestar los daños sufridos por la delincuencia. Los rasgos principales de ese fenómeno son: a) los ciudadanos de una comunidad se agrupan para ejecutar labores de seguridad pública y sustituyen a las autoridades estatales en ese aspecto; 2) esos grupos cuentan con el apoyo o consenso de la comunidad y reciben el respaldo para su funcionamiento, y 3) además existe un reconocimiento formal o informal, tácito o expreso, de las autoridades estatales

(E. Guerrero, 2016). Así, la participación y la seguridad pública son dos elementos que están íntimamente ligados uno del otro:

La participación y la seguridad pública son elementos que no pueden estar separados, ya que se colma el vacío provocado por la inactividad o ineficacia de las gestiones gubernamentales y por sus políticas públicas insuficientes, gracias a una transición entre la población inerte, aletargada, y la ciudadanía activa, crítica, participativa, evaluadora y tomadora de decisiones públicas... (Joaquín Ordóñez, 2016, p. 23).

Por ello, ante los problemas de inseguridad pública es necesario replantear la actuación e intervención de la ciudadanía, ya que sus acciones tienen un impacto relevante en el resultado de las políticas públicas implementadas y en la aplicación de la normas y de las reglas gubernamentales destinadas a regular ese fenómeno, de tal manera que la necesidad de replantear esa participación lleva primero a la revisión de la intensidad con la que la participación ciudadana se relaciona con el fenómeno de la inseguridad pública concluyendo que la participación civil es indispensable para una eficaz toma de decisiones en ese ámbito, pero no solamente eso, ya que, como se expuso, el pueblo se ha organizado para resolver el problema de la inseguridad y lo ha hecho con acciones directas que no constituyen otra cosa más que una real y concreta sustitución del Estado en cuanto a esas funciones, es decir, estamos ante un fenómeno en el que el juicio democrático en sentido amplio ha sido ya ejercido por la ciudadanía con efectos reales y palpables de solución. Estos hechos concretos de la realidad social mexicana aunados al aspecto teórico del poder público (soberano) que poseen los ciudadanos conducen a una conclusión: que el JDLS en su vertiente no estatal es una real alternativa para la seguridad pública en México.

V. CONCLUSIÓN

La seguridad pública tiene su justificación en los derechos que los principios y valores de la democracia generan en una sociedad, así como del deber que por mandato constitucional tienen los órganos estatales de garantizarla. Ante las circunstancias apremiantes en las que se encuentra la seguridad pública en México (la cual se considera que se encuentra en un nivel

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 705-731.

de “guerra”), urge implementar acciones alternativas a las que tradicionalmente se han implementado o a las que constitucionalmente están establecidas y es necesario empezar a darle mayor importancia a la actuación de la ciudadanía, ya sea interviniendo en las políticas públicas que indirectamente podrían resolver el problema de la inseguridad o interviniendo de manera directa y concreta en el fenómeno, lo cual podría solucionar el problema con una mayor eficacia. Ya ha ocurrido el fenómeno consistente en la sustitución del Estado en algunas de sus funciones que constitucionalmente tiene asignadas (seguridad pública) por parte de la población de ese Estado quien en ejercicio de su poder (soberanía) tomó la decisión razonada y deliberada (democrática) de repeler o contrarrestar los daños recibidos por la delincuencia, por lo tanto, una alternativa viable para mejorar la seguridad pública en México es la aplicación del JDLS en su vertiente no estatal, ya que implica la participación de la ciudadanía, no solamente respecto a la actividad gubernamental relacionada con esa seguridad, sino que también lo hace de manera directa en la comunidad en la que está involucrada y, al final, los ciudadanos al ejercer su derecho fundamental de autoprotección podrían coadyuvar eficazmente en la solución de esos problemas.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- Afganistán, Siria y México son los países más peligrosos en el mundo para la prensa. (2018, diciembre 18). *América Economía*. <https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/afganistan-siria-y-mexico-son-los-paises-mas-peligrosos-en-el-mundo-para>.
- Amputan las manos a siete ladrones en México. (2016, octubre 18). *EL MUNDO*. <https://www.elmundo.es/internacional/2016/10/18/58061152468aeb4138b4644.html>.
- ARCE AGUILAR, J. L. (2008). Colonia segura, una experiencia local: La política pública como estrategia en materia de seguridad. En L. González Plascencia, *Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad, estudios en materia de seguridad ciudadana en México*. Porrúa.
- ARISTA, L. (2019, septiembre 1). #PrimerInforme: La Guardia Nacional cumple dos meses y tiene escasos resultados. *ADNPolítico*. <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/09/01/primerinforme-la-guardia-nacional-cumple-dos-meses-y-tiene-escasos-resultados>.

- Asesinados en La Marquesa asaltaban con frecuencia: Transportistas. (2016, noviembre 1). Excélsior. <https://www.excelsior.com.mx/comunidad/2016/11/01/1125583>.
- Aún es temprano para juzgar logros de la Guardia Nacional: CCE. (2019, noviembre 6). Vivo Noticias. http://www.vivonoticias.mx/notas/nota.php?id_n=10251.
- Autodefensas en México se extienden: Controlan 28 municipios de Michoacán.* (2013, diciembre 29). Univision. <https://www.univision.com/noticias/noticias-de-mexico/autodefensas-en-mexico-se-extienden-controlan-28-municipios-de-michoacan>.
- BELIZ, G. (2012). *Gobernar la seguridad ciudadana en América Latina y el Caribe: Amenazas, desafíos y nudos estratégicos de gestión*. Inter-American Development Bank, Publications. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Gobernar-la-seguridad-ciudadana-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Amenazas-desaf%C3%ADos-y-nudos-estrat%C3%A9gicos-de-gesti%C3%B3n.pdf>.
- BIN, E. (2005). Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la democracia participativa. *Democracia participativa, una utopía en marcha. Reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño* (pp. 21-24). Ediciones Cooperativas. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep.pdf>.
- BÖHMER, M. F. (ed.). (1999). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Gedisa.
- BOVERO, M. (2002). Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, 16, 21-38. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcn3068>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).
- CHOMSKY, N. (2004). *Secretos, mentiras y democracia*. Siglo XXI.
- DEWEY, J. (1998). *Democracia y educación: Una introducción a la filosofía de la educación*. Morata.
- Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019.* (2019). Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf
- FLORES CONTRERAS, E. (2013, noviembre 29). *Autodefensas desplazan a la autoridad y asumen seguridad en Apaxtla, Guerrero*. Proceso. <https://www.pro>

- ceso.com.mx/nacional/2013/11/29/autodefensas-desplazan-la-autoridad-asu-men-seguridad-en-apaxtla-guerrero-126451.html*.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2002). En torno a la seguridad pública —desarrollo penal y evolución del delito—. *Los desafíos de la seguridad pública en México* (p. 10). Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Procuraduría General de la República. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/10.pdf>.
- GUERRERO AGRIPINO, L. F. (ed.). (2008). *Consideraciones sobre la reforma del Estado Mexicano. La agenda urgente y algunos temas pendientes* (Primera). Universidad de Guanajuato. <http://luisfelipeguerreroagripino.org/pdf/libros/coordinadorautor/considersistemajusticia.pdf>.
- GUERRERO GUTIÉRREZ, E. (2016, enero 1). La inseguridad 2013-2015. *Nexos*. <https://www.nexos.com.mx/?p=27269>
- HABERMAS, J. (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Heidelberg Institute for International Conflict Research (HIIC). (2019). Disputes, non-violent crises. Violent crises, limited wars, wars. *Conflict Barometer 2019*, 28, 185. https://hiik.de/wp-content/uploads/2020/08/ConflictBarometer_2019_4.pdf
- Incidencia delictiva*. (2017). Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI); Instituto Nacional de Estadística y Geografía. INEGI. <https://www.inegi.org.mx/temas/incidencia/>.
- La narración de la masacre a los LeBarón*. (2019, noviembre 5). Proceso. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2019/11/5/la-narracion-de-la-masacre-los-lebaron-233824.html>.
- MARTÍNEZ ELORRIAGA, E. (2014, febrero 19). *La Jornada: En Michoacán la inseguridad se redujo 70%: Osorio Chong*. La Jornada. Política. <https://www.jornada.com.mx/2014/02/19/politica/014n1pol>.
- MILL, J. S. (1859). *Sobre la libertad*. Alianza Editorial.
- ORDÓÑEZ, J. (2017). Hacia una concepción del juicio democrático lato sensu y del juzgador democrático en México desde la teoría del coto vedado. *Revista de Direito da Cidade*, 9(4). <https://doi.org/10.12957/rdc.2017.29772>.
- ORDÓÑEZ, J. (2019). Participación ciudadana y acción gubernamental: Una curva de indiferencia para la seguridad pública en México. *Espiral Estudios sobre Estado y sociedad*, 26(76), pp. 97-132. <https://doi.org/10.32870/ees.v26i76.6791>.

- ORDÓÑEZ, J. y GUADARRAMA, A. (2018). Algunos conceptos iusnaturalistas clásicos que podrían fundamentar la existencia y funcionamiento del juicio democrático lato sensu (JDLS) en su vertiente no jurisdiccional. *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, 12, pp. 53-76. <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/98856/29%20Algunos%20conceptos%20iusnaturalistas%20clásicos%20%28In%20Jure%29%28feb-2019%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- ORDÓÑEZ, J., y URIBE ARZATE, E. (2020). Maleabilidad del coto vedado en la participación ciudadana frente a la inseguridad pública. Los casos de México y Colombia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(157), pp. 243-270. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.157.15231>.
- ORDÓÑEZ SEDEÑO, J., URIBE ARZATE, E., y FLORES MARTÍNEZ, A. (2015). La observación ciudadana. Orientaciones hacia una meta democratizadora en México. *Jurídicas CUC*, 11(1), pp. 135-159. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.11.1.2015.6>.
- ORDÓÑEZ SEDEÑO, Joaquín (2014). La ética de la responsabilidad y el coto vedado de la democracia como manifestación de los derechos humanos en la actividad política. *Revista Dignitas* (24), pp. 51-74. <https://www.codhem.org.mx/LocalUser/codhem.org/difus/dignitas/dignitas24.pdf>.
- ORDÓÑEZ SEDEÑO, Joaquín (2016). Legalidad, legitimidad, constitucionalidad y convencionalidad del juicio democrático en México: una causa de disrupción jurídica. *Revista de Direito da Cidade*, 8(1). <https://doi.org/10.12957/rdc.2016.20051>.
- ORDÓÑEZ SEDEÑO, Joaquín (2016). Democracia y participación del ciudadano: Un sustento urgente del estado constitucional y de la seguridad pública en México. *Revista de Antropología Experimental*, 16, 9-25. <https://doi.org/10.17561/rae.v0i16.2642>.
- Organización de los Estados Americanos (1969, noviembre 7). Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32). Tratados Multilaterales. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (1994). *El informe sobre el desarrollo humano 1994*. Anuario de Relaciones Internacionales, año 1995. https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/A95/A2ECDO_C3.html.

- RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J. (2005). La noción de “seguridad humana”: Sus virtudes y sus peligros. *Polis. Revista Latinoamericana*, 11, Article 11. <http://journals.openedition.org/polis/5805>.
- ROUSSEAU, J. J. (2004). *El contrato social*. Porrúa.
- RUBIO, L. (1998). *La democracia verdadera: Información ciudadana y política pública*. Cal y Arena.
- SEARA VÁZQUEZ, M. (1978). *La sociedad democrática*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Secretaría de Gobernación. (2016, enero 29). *Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5424043&fecha=29/01/2016.
- TOCQUEVILLE, A. de (1998). *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.
- TOURAINÉ, A. (2004). *¿Qué es la democracia?* Fondo de Cultura Económica.
- VILLALVAZO, A. y MANERO, I. (2015, octubre 6). 88.9 Noticias. Información que sirve. Tráfico y clima cada 15 minutos. *Panorama informativo*.
- WEBER, M. (2005). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica.

LA LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO ESPAÑOL: AGENTES INTERVINIENTES, DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y LA ESPECIAL POSICIÓN DEL REGULADOR. RETOS A LOS QUE SE ENFRENTA COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS PROVOCADA POR LA COVID-19*

*THE LIBERALIZATION OF THE SPANISH ELECTRICITY MARKET:
INTERVENING AGENTS, DISTRIBUTION OF COMPETENCES
AND THE SPECIAL POSITION OF THE REGULATOR. CHALLENGES
FACING AS A RESULT OF THE CRISIS CAUSED BY COVID-19*

Casto PÉREZ DE ARÉVALO TRILLO-FIGUEROA**

RESUMEN: Con motivo de la reforma energética constitucional promulgada por el Ejecutivo en México, el 20 de diciembre de 2013 y por el que se desarrolla un sistema eléctrico nacional impulsado conjuntamente por la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y los particulares, todo ello bajo la dirección del Estado,¹ además de la alta complejidad de este sector, junto con la amplia cantidad de agentes implicados y el profundo impacto que tiene en la sociedad y la

ABSTRACT: On the occasion of the constitutional energy reform promulgated by the Executive in Mexico, on December 20, 2013 and by which a national electrical system is developed jointly promoted by the Federal Electricity Commission (CFE) and individuals, all under the direction of the State, in addition to the high complexity of this sector, together with the large number of agents involved and the profound impact it has on society and industry, it is of great

* Recibido el 20 de mayo de 2021; aceptado el 11 de agosto de 2021.

** ORCID: 0000-0002-5539-5519. Abogado, máster en Derecho de las Administraciones Públicas. Correo electrónico: castopeartri@gmail.com.

¹ Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, reforma *DOF*, 21 de diciembre de 2013: “Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica”.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

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

industria, resulta de gran interés estudiar cómo se ha producido este desarrollo en España, ya que ambos Países compartían una situación inicial similar, pues contaban con una gestión 100% pública y la reforma ha tratado de abrir diferentes subsectores dentro del tramo eléctrico, susceptibles todos ellos, de funcionar como sistema de mercados regulados en un ámbito de competencia. Además de esto y dada la dramática situación que se está viviendo a nivel mundial con la crisis sanitaria de la Covid-19, se está abocando a un decrecimiento económico generalizado en todos los sectores estratégicos a nivel global. El mercado eléctrico español no es ajeno a todo esto y también se está viendo afectado, debido a disrupciones y trastornos que se están sucediendo y que pueden alterar el correcto funcionamiento del sistema, o incluso provocar un desplome financiero en las empresas y los mercados de valores, además de agrandar, más si cabe, la fractura social ya existente, al dificultar gravemente que muchos hogares españoles puedan hacer frente a los gastos derivados de la factura energética.

Palabras clave: sector eléctrico, regulación, reforma energética.

interest to study how this development has occurred in Spain, since both Countries shared a similar initial situation, since they had a 100% public management and the reform has tried to open different subsectors within the electrical section, all of which are susceptible to function as a system of regulated markets in an area of competition. In addition to this and given the dramatic situation that is being experienced worldwide with the Covid-19 health crisis, leading to a global economic decline. The Spanish electricity market is no stranger to all this and is also being affected, due to disruptions and upheavals that are happening and that can alter the proper functioning of the system, or even cause a financial collapse in companies and the stock markets, in addition to widening, even more if possible, the already existing social fracture, by seriously making it difficult for many Spanish households to meet the expenses derived from the energy bill.

Keywords: electric sector, regulation, energy reform.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La apertura a la competencia por parte de los mercados.* III. *Situación actual del mercado eléctrico y el aumento de la pobreza energética como consecuencia del Covid-19.* IV. *El organismo regulador de la energía: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, se produjo un paradigma en la conformación del mercado eléctrico en España, pues se pasaba de la completa publicación a la liberalización del mismo,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

esto será como consecuencia de una legislación de corte liberal emanada de la Unión Europea (UE) y que determinó que el resto de Estados miembros siguieran la misma senda, aunque huelga decir que países de fuera de la UE, también se han terminado decantando por este modelo abierto a la competencia, tales como México, numerosas naciones de Iberoamérica e incluso Estados Unidos.

Varias son las voces discordantes con este sistema establecido y reclaman una vuelta a la publicación del servicio que pudiera garantizar su prestación, con costos asequibles para toda la sociedad, sin embargo, pese a que existen deficiencias que deben subsanarse en el actual modelo, lo cierto es que una competencia plena en la oferta de electricidad, basándose en la eficiencia, terminará favoreciendo la bajada de precios, sin dejar de asegurar el suministro y lograr así una sostenibilidad energética y climática (F. García-Moreno, 2019, p. 142).

La consecución de estos objetivos ha de ser prioritaria, pero la irrupción de la COVID-19 está ocasionando una crisis multidimensional que afecta a todos los estratos de la sociedad, con grandes pérdidas humanas y económicas. El sector eléctrico, también se ha visto afectado por esta nefasta situación y muchos son los efectos perniciosos que se están originando, el más preocupante es el conocido como “pobreza energética”, por la que millones de hogares españoles se ven incapaces de sufragar los servicios mínimos que pueden satisfacer sus necesidades básicas, o que, aun pudiendo afrontar los gastos de la factura energética, necesitan destinar una parte excesiva de sus emolumentos para poder costearlos. Esta situación ya se daba antes de la pandemia, pero, por desgracia, se ha incrementado exponencialmente en el último año como consecuencia de la escasez de ingresos económicos en gran parte de la sociedad española, en donde el paro está alcanzando unas cifras inasumibles para el Estado y es que según los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, son 4.008.789 los españoles que se encuentran en situación de desempleo,² a todo esto, se le une el elevado precio de la electricidad,

² El 2 de marzo de 2021, el Ministerio de Trabajo y Economía Social hizo públicos los datos de la encuesta de población activa, en la que efectivamente, se encuentran sin trabajo, 4.008.789 españoles. Si ya de por sí la cifra asusta, hay que decir que no es del todo exacta, ya que no se incluyen en ella a los trabajadores que se encuentran en suspensión de empleo o reducción horaria, como consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), puesto que la definición de paro registrado no los cuenta como

lo que convierte al recibo de la luz en uno de los más caros de Europa.³ Varios son los factores que han desencadenado esta situación, tales como: el déficit estructural de tarifa, la volatilidad del mercado spot o la excesiva carga de impuestos y peajes⁴ en la parte regulada de la factura, pero fundamentalmente, el foco del problema reside en una ineficiente regulación por parte del legislador, muchas veces más preocupado en una planificación cortoplacista sin una visión estratégica a medio y largo plazo que no ha logrado la estabilidad regulatoria, tan necesaria en el sector (J. Calvo, 2020, p. 1).

II. LA APERTURA A LA COMPETENCIA POR PARTE DE LOS MERCADOS

Mediante el Acta de Adhesión del 12 de junio de 1985, España ingresó en la Comunidad Económica Europea —en la actualidad la UE— por lo que desde entonces y al igual que el resto de los Estados miembros, queda supeditada al principio de primacía del derecho europeo, quien detenta un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros. El principio de primacía es válido para todos los actos europeos de aplicación obligatoria, tiene, por tanto, carácter absoluto. Por este motivo, ninguno de los Estados miembros puede emplear una norma nacional que pueda resultar contraria al derecho europeo, ya sea derecho primario o derecho derivado.

Este principio de primacía quedó consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante la sentencia Costa contra la eléctrica italiana del 15 de julio de 1964.⁵

desempleados, en cualquier caso, no dejan de ser personas que no están desarrollando su actividad profesional y que no reciben un salario como contraprestación.

³ El pasado 8 de enero de 2021, el precio medio diario de la electricidad a través del “pool” se fija en 94,99 €/MWh y alcanza un máximo de 114,89 €/MWh, el segundo más alto de toda la historia, el primero se produjo en 2010 cuando se marcaron 145 €/MWh.

⁴ Tales como el denominado impuesto a la electricidad o el impuesto sobre el valor añadido (IVA) que grava al 21%. El Impuesto especial de la electricidad, con la reforma introducida por la Ley 28/2014, del 27 de noviembre, dejó de configurarse como un impuesto sobre la fabricación para pasar a ser un impuesto que grava el suministro de energía eléctrica para consumo o su consumo por los productores de aquella electricidad generada por ellos mismos.

⁵ “Considerando que la primacía del derecho comunitario está confirmada por el ar-

En los años noventa del pasado siglo, se produce una inclinación hacia la globalización por parte del sector energético, especialmente en los países de Europa Central y Oriental y de la Comunidad de Estados Independientes, lo que llevó a la firma del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio, por el que las principales economías se posicionaron en favor de la liberalización del comercio. Esto llevó a que las políticas de mercado se replantearan las llamadas economías de escala (M. A. Soriano, 1999, p. 390) y las nuevas posibilidades de explotarla al producirse una separación vertical en las diversas etapas del proceso productivo, lo que aumentaba las opciones de competencia y facilitaba el acceso a la industria de las empresas de menor tamaño (Javier Campos y Antonio Estache, 1999, p. 402),⁶ por estos motivos se publica la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en cuyo considerando 2 abogaba por un mercado de la electricidad competitivo, siendo un paso fundamental para la consecución del mercado interior de la energía⁷ y para lograrlo, se apostó por la liberalización del servicio, hecho éste, que obligó a modificar los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para adaptarlos a la nueva normativa.

1. *Liberalización de los mercados en Europa e Hispanoamérica*

En Europa, países como Italia, Francia, Inglaterra, Alemania o la misma España, los comienzos de la actividad eléctrica fueron llevados a cabo

título 189, a cuyo tenor los reglamentos tienen fuerza «obligatoria» y son «directamente» aplicables en cada Estado miembro». Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1964.

⁶ Contrarias a esta opinión se muestran María Teresa García-Alvarez y Blanca Moreno (2016, p. 556), al afirmar que: “la liberalización en la industria eléctrica no tiene por qué conllevar necesariamente el desarrollo de precios competitivos en el mercado de la electricidad”, esta idea la fundamentan en ciertos problemas existentes en toda privatización, como las asimetrías de información, los costos de transacción, problemas de agencia y la interacción estratégica de varios agentes, como consumidores, empresas, reguladores y gobiernos, que es complicado de gestionar, pudiendo dar lugar a contratos incompletos.

⁷ El artículo 8.A del Acta Única añadió al Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE), lo siguiente: “La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un periodo que terminará el 31 de diciembre de 1992”. BOE núm. 158, del 3 de julio de 1987.

por empresas privadas, en una época en la que se desarrollaban las ideas de la economía política clásica de Smith, Malthus y Ricardo, los Estados apenas intervenían en esta primera fase, puesto que primaban los ya mencionados derechos de libertad económica y de empresa, hasta que se fue haciendo necesaria la participación institucional que impulsara la creación de grandes infraestructuras y favoreciera la actividad empresarial. En Reino Unido surgieron PowerGen, National Power y Nuclear Electric, las tres compañías creadas a partir de la división de la Central Electricity Generating Board (CEGB), la empresa pública que generaba más del 90% de la energía eléctrica que se consumía en Inglaterra y Gales, antes de que se iniciase la liberalización (J. López, 2000, p. 132).

En Francia, también comenzaron políticas de nacionalización de las empresas, así, en 1946 se nacionalizaron el gas y la electricidad (Alain Beltrán, 1996, p. 46). Cabe indicar que el precio de la energía en este país, respecto a Alemania ha sido tradicionalmente más bajo, esta situación se ha acrecentado por la decisión de Alemania de hacer recaer sobre los consumidores no intensivos en electricidad una parte importante de los costes de su sistema eléctrico y de la transición energética (Energiewende), con la intención de mantener la competitividad de las empresas intensivas en electricidad de gran tamaño (Macarena Larrea y Guillermo Rebollo, 2019, p. 65).

Italia en 1962 consumó la nacionalización con la creación de ENEL (Ente Nazionale per l'Energia Elettrica). Entre 1933 y 1950, la principal fuente de energía era la hidroeléctrica. La construcción de plantas alimentadas con combustibles a base de petróleo y sus derivados, comienza con dicha nacionalización de 1962 y con las numerosas inversiones de ENEL (Giuseppe Ferrari, 2014, p. 148). Por otro lado, se justifica esta intervención basándose en que el sector eléctrico es de carácter sistémico y “global”, tal y como se refleja en una amplia y articulada serie de áreas materiales o subsistémicas de intervención pública (Giuseppe de Vergottini, 1988, p. 107). Por el contrario, en Estados Unidos se prefirió continuar la actividad energética en manos privadas, centrándose en la regulación de la industria.

En lo que respecta a Hispanoamérica: en Argentina se creó en 1919 la que en su momento fue la mayor inversión belga-alemana en el extranjero, la “Compañía Alemana Transatlántica de Electricidad” (CATE), posteriormente, se decidió nombrar al español de origen catalán, D. Francesc

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

Cambó como presidente de la novedosa “Compañía Hispano Argentina de Electricidad” (CHADE) (Corte Caballero, 2017, p. 136), también existiría la “Compañía Ítalo Argentina de Electricidad” (CIAE) y entre 1958 y 1991 operó también la empresa estatal “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires” (SEGBA). A finales de la década de 1980 y principios de los noventa, el Estado argentino carecía de posibilidades ni medios para financiar inversiones, por lo que se decide privatizar el sector (A. E. Devoto, 1996, p. 61).

En Chile, en 1904, un grupo de empresarios, ingenieros y abogados fundan la “Compañía General de Electricidad”, con sede en Santiago y cuyo objeto era adquirir la “Compañía de Fuerza y Alumbrado Eléctrico de San Bernardo”, y de las compañías de similar nombre de Rancagua y Temuco para su explotación (R. Millar 2007, p. 170). En la década de 1930 nace la “Compañía Chilena de Electricidad” (Chilectra), siendo una empresa privada, hasta que, en 1944, se crea la estatal “Empresa Nacional de Electricidad” (ENDESA) (A. Olivares, 2012, p. 2-8). En 1970 se nacionaliza Chilectra y seguirá siendo una compañía pública hasta que se concreta su privatización en 1986-1987, mientras que la de ENDESA se realiza en 1989 (R. León, 1997, p. 13).

En México los inicios del sistema eléctrico se remontan también a finales del siglo XIX, siendo el gobierno el que daba concesiones a inversionistas privados para construir y operar redes de electricidad para proveer del servicio a la industria (textil y minería) y a las grandes ciudades. Este sistema sólo era rentable en áreas industrializadas y de alta densidad de población (F. García-Moreno, 2019, p. 72), por lo que las áreas poblacionales con bajos recursos y las zonas rurales quedaban al margen de la electrificación, ya que al no existir una autoridad que exigiera el cumplimiento de los contratos, los inversionistas actuaban movidos por sus intereses económicos. Con esta situación, se decide publicar el servicio en 1926, creándose el Código Nacional Eléctrico, que cambió la Constitución (V. G. Carreón y M. Grunstein, 2014, p. 9). En 1937, el gobierno del presidente Lázaro Cárdenas creó la Comisión Federal de Electricidad (CFE), con ello, la generación de energía de eléctrica pasó a ser del Estado (L. J. Ramos y M. Montenegro, 2012, p. 103). Finalmente, se nacionalizó la industria eléctrica mediante el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1960: “Corresponde exclusivamente a la nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga

por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines” (J. Ovalle, 2007, p. 189).

En Perú se pasó de un modelo de empresa única verticalmente integrada, en el cual el Estado era el único propietario de un *holding* que aglomeraba las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, en favor de un modelo de fomento de la inversión privada y regulación económica a cargo de agencias reguladoras estatales (P. A. Okumura, 2015, p. 262). El modelo establecido en Perú tiene sus antecedentes más próximos en el modelo chileno, el cual a su vez sigue al modelo argentino, quien tiene como referencia al modelo británico (R. Santibáñez, 1998, p. 111).⁸

2. *La transición regulatoria en España*

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se establece en su artículo 149.1.13a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y en el artículo 149.22a, los principios competenciales en materia de energía entre el Estado y las comunidades autónomas, correspondiendo al primero la autorización de aquellas instalaciones eléctricas cuyo aprovechamiento afecte a dos o más comunidades, o el transporte de energía exceda de su ámbito territorial.

En 1984 se aprueba la Ley 49/1984, del 26 de diciembre, sobre explotación unificada del sistema eléctrico nacional, con la que se nacionaliza la red de alta tensión⁹ y se define a la explotación unificada como servicio público de titularidad estatal. En esta época, se produce un grave deterioro financiero de las empresas, debido a grandes cargas en las cuentas de resultados, lo que las dejó en una complicada situación patrimonial

⁸ Hay que decir que en el Perú también existen movimientos en contra de la privatización del sector eléctrico con motivo de los altos precios de la electricidad y es que antes que se hiciera la privatización del sector eléctrico, se liberalizaron los precios, es decir, se permitió que los precios de electricidad subieran M. C. Vásquez (2006, p. 15).

⁹ Real Decreto 91/1985 por el que se constituyó Red Eléctrica de España, S.A. (REE).

(P. Rivero, 1993, p. 133), por lo que se puso en marcha un saneamiento de empresas mediante un sistema de compensaciones.

Con la finalidad de lograr el mantenimiento del equilibrio económico y financiero de las empresas que componen el sector, a finales de 1987 se aprueba el Real Decreto 1538/1987, del 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio, mediante un sistema de ingresos y costes estándares, pero teniendo en cuenta el principio de recuperación de las inversiones en activos fijos a lo largo de su vida útil y que se conoce como “marco legal estable”.¹⁰ Finalmente, las necesidades financieras no consiguieron ser cubiertas, ya que había ciertas deficiencias del sistema, como la ausencia de un organismo regulador independiente del gobierno central o la falta de incentivos a la propagación de la capacidad de generación y distribución (C. Rodríguez, 2002, p. 431), que impidieron conseguir el objetivo para el que se había creado, ya que las necesidades financieras de las empresas no se pudieron cubrir, provocando un desequilibrio que desembocó en una insolvencia del sistema (A. Cisneros, 2000).

En este periodo se produce el cambio en la política energética europea, que supone pasar de un sistema intervenido a un sistema de mercado regulado (Costa Campi, 2016, p. 149), sin embargo, en España se aprueba la Ley 40/1994, del 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN). que tuvo un recorrido muy corto y en la que se definía al Sistema Eléctrico Nacional como un: “conjunto de todas las actividades necesarias que confluyen en el suministro de energía eléctrica y que, por esa confluencia, sólo pueden ser desarrolladas de modo armónico y coordinado, auténtica sustancia y objeto de la planificación eléctrica”. Se califica como servicio público esencial de titularidad estatal a la explotación unificada del sistema eléctrico, cuya gestión corresponde a una sociedad mercantil: Red Eléctrica Española (REE) con capital mayoritario de participación pública directa e indirecta. En esta norma se alumbra un guiño a la concurrencia y la competitividad en la implantación de nuevas instalaciones eléctricas al reconocer la existencia de un sis-

¹⁰ Este marco legal estable se apoyaba en un sistema en el que la retribución a las empresas no se realizaba según los costes reales en los que se incurría, sino por unos costes estándar que habían sido calculados anteriormente por el regulador de manera análoga para todas las empresas (E. Grifell y L. Blazquez, 2004. pp. 1-46).

tema integrado y otro independiente caracterizado por la libertad de instalación y operación económica, y que solamente puede ser restringido por la preservación de los derechos de terceros, además de, por las limitaciones técnicas inherentes a la propia naturaleza de la industria eléctrica. Por último, añadir que, mediante esta ley se crea la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, como ente regulador del sistema y que tendrá como objeto velar por la objetividad y transparencia del funcionamiento del sistema eléctrico nacional.

Como ya se ha advertido, el 19 de diciembre de 1996, se publica la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, lo que obligó a cambiar drásticamente el enfoque que hasta ahora venía teniendo el mercado eléctrico, para dejar de ser un servicio público y convertirse en un servicio económico de interés general, según el concepto establecido en el artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.¹¹ Se trata de un concepto por el que los Estados miembros se comprometen a limitar su capacidad de actuación en la economía, así como la novación de derechos especiales o representativos para las empresas (C. F. Molina, 1999, p. 126).

Con el gobierno del Partido Popular se aprobó la Ley 54/1997, del 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en cuya exposición de motivos se indica que persigue el triple objetivo de garantizar el suministro, así como la calidad del mismo, todo ello al menor coste posible y sin olvidar la protección del medioambiente, para ello, el Estado no se reserva para sí, ninguna de las actividades del abastecimiento eléctrico, por lo que deja de ser un servicio público de titularidad estatal y se sustituye por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes dentro del territorio nacional. Las funciones que hasta ahora venían siendo ejercidas por el Estado, las asumen ahora dos sociedades mercantiles y privadas, las cuales se encargarán de la gestión técnica y económica del sistema.

¹¹ Art. 90.2: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado en especial las normas sobre la competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho de derecho el cumplimiento de la misión específica en ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOUE), del 31 de agosto de 1992, N^o C 224/30.

Mediante esta norma se desintegraron verticalmente las diferentes actividades, quedando solamente en régimen de monopolio natural: el transporte y la distribución, quedando, a partir de ahora, en libre competencia: la generación y la comercialización.

Con esta ley se consiguieron alcanzar muchos de los objetivos para los que había sido creada, principalmente la apertura a la liberalización que ha supuesto un paradigma en la legislación eléctrica, no obstante, resultó insuficiente de cara a evitar el déficit de tarifa, o para lograr la plena composición del mercado interior de la electricidad, más que por la propia ley en sí, por la insuficiente aplicación de la legislación procedente de la Unión Europea y así se recoge en el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento SEC(2008) 460.¹²

Con la intención de consolidar un mercado interior completamente integrado,¹³ se deroga la Directiva de 1996 y se publica la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, la transposición de la misma se realizó con la ley 17/2007, del 4 de julio, del Sector Eléctrico, con esta norma se modifica la actividad de distribución, se incluyen explícitamente las obligaciones de información y publicidad de cuentas de las empresas, se realiza una diferenciación en la red de transporte,¹⁴ se crea una unidad orgánica específica encar-

¹² En dicho informe se indica que todos los problemas existentes (insuficiente aplicación de la legislación comunitaria, regulación efectiva por parte de los reguladores, falta de independencia de los gestores de redes, evolución de los precios, estructuras de mercado muy concentradas...) tienen dos características en común: un gran impacto que dificulta el desarrollo de un mercado interior del gas y la electricidad que funcione eficazmente y un marco jurídico vigente que no permite resolver el problema.

¹³ La UE ha podido comprobar las ventajas que supone la completa implementación de un mercado interior de la electricidad (S. Muñoz, 2009).

¹⁴ Diferenciándose entre transporte primario (constituido por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 380 kV y aquellas otras instalaciones de interconexión internacional y, en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos españoles insulares y extrapeninsulares) y secundario (por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 220 kV no incluidas en el párrafo anterior y por aquellas otras instalaciones de tensiones nominales inferiores a 220 kV, que cumplan funciones de transporte).

gada de desarrollar las funciones de operador del sistema y gestor de las redes de transporte¹⁵ y se crea la Oficina de Cambios de Suministrador.

Tras la publicación de las comunicaciones: “Una política energética para Europa” y “Perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad”¹⁶ por parte de la UE, se dará paso al conocido como “tercer paquete energético”, concretándose en la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.¹⁷ La transposición de esta Directiva 2009/72/CE se realizará con la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

III. SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO ELÉCTRICO Y EL AUMENTO DE LA POBREZA ENERGÉTICA COMO CONSECUENCIA DEL COVID-19

En el preámbulo de la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico se define al suministro de energía eléctrica como un servicio de interés económico general¹⁸ para cuya ordenación se diferencian las actividades realizadas en régimen de monopolio natural (gestión económica y técnica,

¹⁵ Red Eléctrica de España, S. A (REE), que mediante la Ley 17/2007 se convierte en el transportista único y operador del sistema eléctrico español (TSO).

¹⁶ Idéntica política en lo que respecta al medio ambiente, se ha llevado a cabo, también a impulso de la Unión Europea, en relación con el desarrollo urbano, lográndose resultados muy esperanzadores, como precisa F. García-Moreno Rodríguez (2018): “La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus Estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España”.

¹⁷ La Unión Europea pretende conseguir un auténtico mercado interior de la energía que esté integrado y pueda ser competitivo, para garantizar el suministro y beneficiar al comercio transfronterizo, con una mayor presencia de las energías renovables y siempre respetando el medioambiente, en este caso, mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

¹⁸ Este concepto de servicio económico de interés general, está vinculado al derecho de la UE y es por medio de las diversas maneras en las que interviene la administración pública, por las que se integra en la actividad económica, operando en el sector energético, ya no como titular del servicio, sino como regulador del mismo, al haberse consumado la liberalización, pero amparándose siempre en los intereses generales de los usuarios, en condiciones de calidad, regularidad y accesibilidad, con el objetivo de lograr la avenencia en los ámbitos económico, social y territorial (I. González, 2018).

transporte y distribución) de las realizadas en régimen de mercado (producción, comercialización, intercambios intracomunitarios e internacionales y gestión de carga del sistema).

Esta ley no aporta grandes innovaciones respecto de su antecesora la Ley 54/1997, pero por diversos motivos,¹⁹ entre los que destaca el déficit de tarifa²⁰ (diferencia resultante de la recaudación conseguida mediante los peajes, cargos, además de otros ingresos del sistema y los costes reales que los citados ingresos tienen que retribuir, cumplidamente acreditados por las empresas beneficiarias de tales ingresos (A. J. Sánchez, 2020, p. 23), el legislador consideró oportuno realizar una nueva norma actualizada y que consiguiera integrar, si no toda, al menos gran parte de la abultada y sobre todo, dispersa normativa que hay sobre el sector, sin embargo, no puede decirse que a día de hoy se haya conseguido dicho objetivo, pues la legislación eléctrica sigue siendo muy extensa, además de complicada de interpretar y ejecutar.

1. *Agentes intervinientes: productores, transportista, distribuidores, operador del mercado, operador del sistema, MIBEL, REE, comercializadores*

Como ya se ha indicado, la Ley 24/2013 no supone grandes cambios respecto a sus antecesoras Ley 54/1997 y Ley 17/2007, aunque se trate de un sector liberalizado, lo cierto es que corresponde al gobierno y a las administraciones públicas la regulación y el control de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica (establecer la regulación básica, la planificación eléctrica, el régimen retributivo y fijar la asignación de aquellas actividades que tengan una retribución regulada, determinar, en el ámbito de su competencia, las medidas necesarias para garantizar el suministro y la sostenibilidad económica y financiera del sistema)

¹⁹ Siguiendo la exposición de motivos de la ley, estos motivos serían: “el alto nivel de inversión en redes de transporte y distribución, la elevada penetración de las tecnologías de generación eléctrica renovables, la evolución del mercado mayorista de electricidad con la aparición de nuevos agentes y el aumento de la complejidad de las ofertas, y la aparición de un exceso de capacidad de centrales térmicas de ciclo combinado de gas”.

²⁰ La deuda financiera pasó de 1.164 M€ en 2004 a alcanzar un máximo de 28.771 M€ en 2013. En menos de una década, el sistema eléctrico español multiplicó su nivel de endeudamiento por veinticinco, siendo en 2013 la deuda superior en un 30% a los costes de acceso de dicho año (I. Bahío, 2019, p. 199).

no obstante, pasaremos a describir los agentes intervinientes, así como las funciones que desempeñan, tanto las liberalizadas, como las que no están, para tener una visión general acerca del funcionamiento del mercado eléctrico en España.

Productores: personas físicas o jurídicas, se les reconoce la libre iniciativa empresarial. Transforman la energía primaria en electricidad y la vierten al sistema a cambio de una contraprestación económica, concurriendo en régimen de competencia. Se encargan de construir, operar y mantener las instalaciones de producción, aplicando las normas de seguridad, reglamentos técnicos y de homologación o certificación de las instalaciones e instrumentos que establezca la administración competente, cumpliendo siempre con las condiciones medioambientales exigibles.

Transportista: se trata de una sociedad mercantil Red Eléctrica Española (REE)²¹ a la que se le encomienda construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte. Hay una ausencia total de competencia, ya que se trata de un monopolio natural al producir un coste menor de abastecimiento. Será el responsable del desarrollo, ampliación y mantenimiento de la red de transporte, bajo criterios homogéneos coherentes, de mínimo coste y garantizando la no discriminación entre usuarios o categorías de usuarios. Deberá ejecutar y cumplir las instrucciones del operador del sistema, además de las decisiones adoptadas por la Administración Pública competente, prestando el servicio de transporte de forma regular y continua con los niveles de calidad que se determinen reglamentariamente.

Distribuidores: aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución. Prestan el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen reglamentariamente por el gobierno, previa audiencia de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla. Deberán presentar a esas mismas instituciones, antes del 1o. de mayo de cada año, sus planes de inversiones anuales y plurianuales, para lo que deberán acompañarse de informe favorable de las respectivas administraciones si pretenden contar con su aprobación.

²¹ La Ley 17/2007, del 4 de julio, confirmó la condición de Red Eléctrica como transportista único de la red de transporte en régimen de exclusividad.

Comercializadores: aquellas sociedades mercantiles, o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que disponen de acceso a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional, realizando el pago de la energía que adquieren. Contratan y abonan el peaje de acceso, así como los precios y cargos que correspondan, a las redes de transporte y distribución, posteriormente cobrarán las tarifas contratadas con el consumidor final. El bono social será asumido por las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o si no forman parte de ningún grupo societario, por las propias sociedades que así lo hagan. Deben comunicar el inicio y el cese de su actividad y acompañarla de la declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente para el ejercicio de la actividad, ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Consumidores: personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo y para la prestación de servicios de recarga energética de vehículos. Los consumidores contratan la energía a través de los comercializadores, pero también pueden adquirirla directamente en el mercado de producción, sin intermediarios, este tipo de consumidores se denominan consumidores directos en mercado, en este caso, deberán estar conectados con el productor a través de una línea directa y también en los casos que reglamentariamente se establezcan para la aplicación de las modalidades de suministro con autoconsumo,²² además, deberán realizar el contrato de acceso a las redes directamente con el distribuidor al que están conectadas sus instalaciones o con el distribuidor de la zona en caso de estar conectado a la red de transporte. Los contratos deberán contener una serie de formalidades, tales como: identidad y dirección de la empresa, duración del contrato, procedimiento de resolución de conflictos, nivel de calidad mínimo, etcétera. Existe un tipo de consumidores, denominados “vulnerables” y que serán aquellos que cumplan con las

²² Mediante el Real Decreto 244/2019 se han reconocido diversas maneras de autoconsumo: Bajo todas las modalidades previstas, el autoconsumo puede ser individual o colectivo, esto es, pudiendo haber un único consumidor asociado a la instalación de producción o varios. Además, existen distintas modalidades de autoconsumo a las que acogerse: autoconsumo sin excedentes, autoconsumo con excedentes acogido a compensación, autoconsumo con excedentes y sin compensación (A. Baena y V. Sanz, 2019).

características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. Con anterioridad a la Ley 24/2013 la normativa sobre los derechos de los consumidores era dispersa, obsoleta e incompleta, pero finalmente, con esta norma, se ha conseguido corregir (A. Estoa, 2014, p. 385).

Operador del mercado: sociedad mercantil que tiene atribuida en régimen de exclusividad la gestión económica del sistema. Es el operador del mercado ibérico el polo español (OMIE), quien a su vez está integrado en el mercado ibérico de la energía eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa (MIBEL),²³ resultado de un proceso de integración de ambos sistemas eléctricos²⁴ y que está formado por el conjunto de los mercados organizados y no organizados en los que se realizan transacciones o contratos de energía eléctrica y en los que se negocian instrumentos financieros que toman como referencia dicha energía, así como por otros que sean acordados por las partes, fue creado en Santiago de Compostela el 1o. de octubre de 2004.

Operador del sistema: sociedad mercantil cuya principal misión es garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico, organizando el sistema de producción y transporte, para lo cual, deberá coordinarse con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL) bajo los principios de transparencia, objetividad, independencia y eficiencia económica. El operador del sistema es también el gestor de la red de transporte. Se encarga en todo momento de que la electricidad que se produce en las plantas de generación sea transportada en tiempo real hasta las redes de distribución con las condiciones de calidad exigidas en la normativa vigente (A. Leiva, 2019, p. 115).

Vistos la composición y funcionamiento del mercado, con las funciones definidas de cada uno de los agentes participantes, pasaremos a describir su situación actual y la incidencia que sobre el mismo, ha tenido la pandemia de la COVID-19.

²³ Convenio Internacional relativo a la Constitución de un de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa, artículo 3: “La creación de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica implica el reconocimiento por las Partes de un único mercado de la electricidad, en el cual todos los agentes tendrán igualdad de derechos y obligaciones”.

²⁴ Operador del mercado ibérico de la electricidad - polo español (OMIE), Operador del mercado ibérico de la electricidad – polo portugués (OMIP).

2. *El problema de la pobreza energética y la amenaza del Covid-19*

El pilar europeo de derechos sociales, proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 17 de noviembre de 2017, establece 20 principios y derechos encaminados a promover el bienestar y el desarrollo sostenible de Europa,²⁵ e incluye a la energía como un servicio esencial, por lo que si se diera el caso de que una persona no pudiera acceder al mismo, el Estado miembro debe prestar todo el apoyo necesario para que pueda utilizarlo.

En la Recomendación (UE) 2020/1563 de la Comisión del 14 de octubre de 2020²⁶ sobre la pobreza energética, incide en que paliar esta lacra aporta muchos beneficios, como un menor gasto en salud, una reducción de la contaminación atmosférica, una comodidad y un bienestar mayores y una mejora de los presupuestos de los hogares. Termina asegurando que estos beneficios impulsarían directamente el crecimiento económico y la prosperidad en la Unión Europea. También se indica en dicho cuerpo normativo, que aunque se trate de un concepto clave que ha quedado consolidado en el paquete legislativo titulado “Energía limpia para todos los europeos”, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, no existe una definición normalizada sobre el mismo y añade que serán los Estados miembros quienes deben desarrollar sus propios criterios en función de su contexto nacional

²⁵ “Basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”.

²⁶ Realiza una pequeña descripción del concepto e indica en número aproximado, los millones de europeos que se encuentran en esta situación: “La pobreza energética es la situación en la que los hogares no pueden acceder a los servicios energéticos esenciales. Los europeos que no pudieron permitirse calentar adecuadamente sus hogares en 2018 fueron casi 34 millones, por lo que la pobreza energética es un reto importante para la Unión”. También se indica en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, por la que se incide en que una buena planificación a través de los planes nacionales de energía, podrá impulsar la transición ecológica y promover la recuperación económica, aparte de esto, vuelve a cargar contra la pobreza energética afirmando que: “La reducción de las facturas de energía, el alivio de la pobreza energética y, a largo plazo, la mejora de la salud pública y un estilo de vida confortable, pueden contribuir a que la sociedad sea más resiliente ante las posibles crisis futuras”. Bruselas, 17.9.2020 COM (2020) 564 final.

y deberán llevar a cabo las políticas necesarias para atajar el problema, especialmente las relacionadas con los planes nacionales de energía y clima y con las estrategias de renovación a largo plazo.

Por este motivo, el gobierno de España publicó en los primeros meses del *estado de alarma* una serie de normas para intentar paliar los efectos ocasionados por la COVID-19, con el objetivo de contribuir a evitar un impacto económico prolongado más allá de la crisis sanitaria, como el Real Decreto-ley 8/2020, del 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19,²⁷ en el que se recogen diversas pautas para garantizar el suministro de energía eléctrica, los productos derivados del petróleo y el gas natural, obligando a los suministradores de energía, a que durante el mes siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley no puedan suspender el suministro a aquellos consumidores en los que concurra la condición de consumidor vulnerable, vulnerable severo o en riesgo de exclusión social.²⁸ También se prorroga de forma automática hasta el 30 de septiembre de 2020 la vigencia del bono social²⁹ para aquellos beneficiarios del mismo a los que les venza con anterioridad a dicha fecha.

Real Decreto-ley 11/2020, del 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, por el que se aclara el concepto de “gastos

²⁷ Posteriormente, el 25 de marzo, se publica la Corrección de errores del Real Decreto-ley 8/2020, del 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

²⁸ Las figuras del consumidor vulnerable y del consumidor en riesgo de exclusión social, vienen definidas en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 897/2017, del 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

²⁹ El consumidor vulnerable podrá beneficiarse de un descuento en su factura denominado bono social. El bono social será un descuento sobre el precio voluntario para el pequeño consumidor, calculado según lo dispuesto en el Real Decreto 216/2014, del 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, que será aplicado en la factura del consumidor. El precio resultante de dicho descuento será la tarifa de último recurso, con un precio resultante de aplicar un descuento del 25% en todos los términos que componen el PVPC. En el caso del consumidor vulnerable severo, el descuento será del 40%.

y suministros básicos”³⁰ a efectos de la definición del umbral de vulnerabilidad, incluyendo en este concepto los gastos asociados a suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente y de los servicios de telecomunicación fija y móvil. Debido a las medidas de confinamiento y restricción de la movilidad, el suministro de electricidad adquiere una naturaleza esencial. La acreditación de vulnerabilidad se adapta a las dificultades derivadas del estado de alarma, mediante la presentación de una declaración responsable.³¹ Se amplía el colectivo de potenciales perceptores del bono social de electricidad, también se indica que mientras esté en vigor el estado de alarma, no podrá suspenderse el suministro a consumidores domésticos en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores, previendo mecanismos de flexibilización de las condiciones de la contratación de electricidad, de modo que dichos contratos se puedan adaptar a las nuevas pautas de consumo. En el caso de encontrarse en una situación en la que no se pueda hacer frente al pago de la factura de electricidad, gas natural y determinados productos derivados del petróleo, se ha establecido un mecanismo de suspensión del pago de dicha factura, por parte del titular del contrato al comercializador de electricidad. Para suavizar la carga financiera que supone esta medida sobre las comercializadoras y los distribuidores de electricidad y gas natural, se habilita a todas estas empresas a acceder a la línea de avales establecida en el artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020, del 17 de marzo, o cualquier otra línea de avales que se habilite con este fin específico.

Real Decreto-ley 15/2020, del 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en este texto se habilita al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía³² (IDAE),

³⁰ Se entenderá por “gastos y suministros básicos” el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario.

³¹ Los supuestos de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 requerirán la concurrencia conjunta de una serie de requisitos enumerados en el artículo 5.

³² Es un organismo público adscrito a la Secretaría de Estado de Energía. Tiene personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como auto-

a conceder aplazamientos de las cuotas de los préstamos concedidos en sus programas de subvenciones o ayudas reembolsables, extendiendo así a los créditos del IDAE la posibilidad de aplazamiento de cuotas ya aprobadas en reales decreto-leyes anteriores para los créditos de la Secretaría General de Industria, quedan excluidas como beneficiarias de estas medidas, las administraciones y entidades públicas tanto del sector público estatal, como autonómico y local, así como sus organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes.

Pese a estos intentos por contener la pobreza energética y tratar de dotar de estabilidad económica, además de la fiabilidad y garantía de suministro, por medio de esta serie de intervenciones regulatorias, lo cierto es que muchas de estas medidas han sido objeto de posteriores revisiones y modificaciones en normas posteriores, lo que ha desencadenado en una situación de inseguridad jurídica, consiguiendo que en bastantes escenarios se diera un resultado contrario al que se pretendía obtener inicialmente (M. J. Reyes, 2020, p. 570). En junio se publica el Real Decreto-ley 23/2020, del 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, en el que no se habla de *pobreza energética*, pero en el que el gobierno se habilita a establecer otro marco retributivo, alternativo al régimen retributivo específico,³³ en lo que parece ser una vuelta a la intervención estatal directa en el sector. Posteriormente, se promulga el Real Decreto-ley 34/2020, del 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, en donde se reconoce que con motivo del COVID-19 se ha producido una reducción de los ingresos regulados del sistema eléctrico³⁴ y, por tanto, se justifica la necesi-

mía de gestión para el cumplimiento de sus fines. El del 14 de abril de 2020, publica la Resolución del 6 de abril de 2020 del Consejo de Administración, por la que se regulan las condiciones y el procedimiento para solicitar la concesión de moratorias en el pago de cuotas con vencimiento en 2020 de préstamos formalizados al amparo de los programas de ayudas convocados y gestionados por IDEA.

³³ Textualmente prosigue el texto aclarando la finalidad con la que se ha realizado esta reserva: “Se habilita al Gobierno a establecer otro marco retributivo, alternativo al régimen retributivo específico, al objeto de favorecer la previsibilidad y estabilidad en los ingresos y financiación de las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable”.

³⁴ Así también se recoge en el informe “COVID-19 and the Energy Transition”, de julio de 2020 del Oxford Institute for Energy Studies, cuando afirma que los efectos completos

dad de incrementar el límite máximo de las transferencias al sistema eléctrico provenientes de los ingresos de las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

El 16 de diciembre de 2020, se aprueba el anteproyecto de Ley por el que se crea el Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico (FNSSE) con un triple objetivo: evitar subidas en el precio de la electricidad, dar señales claras de electrificación de la economía y aportar sostenibilidad y equilibrio al sistema, permitiendo la movilización de las inversiones necesarias en los próximos años (FNSSE, 2020, p. 1). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su informe del 27 de enero de 2021, considera que este fondo es necesario para mantener el equilibrio del sistema eléctrico y evitar mayores subidas en el recibo de la electricidad.³⁵

Queda claro que el sector eléctrico está pasando por una etapa sustancial, en términos de estabilidad y desarrollo, en la que, con motivo de la pandemia, se han acrecentado determinados problemas y disensiones sociales, por lo que será necesario revertir la situación y dotar al sector de una regulación segura y eficaz, concediéndole un protagonismo notable a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo regulador de la energía.

IV. EL ORGANISMO REGULADOR DE LA ENERGÍA: LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Hasta llegar a la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, varios han sido los entes que han regulado el sector eléctrico, siendo el último la Comisión Nacional de la Energía.

de estas medidas se sintieron en las semanas siguientes, empujando aún más la demanda de electricidad, con una caída del consumo diario de al menos un 15% en las principales economías mundiales como Francia, India, Italia, España, Reino Unido y EE. UU.: “The full effects of these measures were felt in the following weeks, pushing electricity demand further down, with daily consumption dropping by at least 15 per cent in major global economies such as France, India, Italy, Spain, the United Kingdom, and the US west coast”. “Covid-19 and the Energy Transition”, *Oxford Institute for energy studies*, julio 2020, p. 33.

³⁵ “Este sistema proporciona una señal de precio de energía más adecuada que la del modelo vigente y garantiza la sostenibilidad del sistema eléctrico, elementos necesarios para la descarbonización de la economía”. IPN/CNMC/050/20

1. *La Comisión Nacional de la Energía: organización y funciones*

Antes de empezar el estudio de dicho ente regulador, hay que mencionar, su precedente en el tiempo, esto es, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, creada mediante la Ley 40/1994, del 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN). Su configuración no duraría mucho, pues con la Ley 54/1997, del 27 de noviembre del Sector Eléctrico (LSE) se modificó y pasó a denominarse Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, hasta que finalmente, con la promulgación de la Ley 34/1998, del 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, pasaría a denominarse Comisión Nacional de la Energía, así se recogía en la disposición adicional undécima (posteriormente derogada por la letra b) de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), cuyos apartados contenían todo lo relativo a su naturaleza y composición, órganos de asesoramiento y funciones. Dentro del mismo texto legal, concretamente en la disposición adicional duodécima, se establecía su régimen de financiación y un año más tarde, se desarrollaron sus competencias mediante el Real Decreto 1339/1999, del 31 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía, que sufrió varias modificaciones (Serrano 2009).

Respecto a su organización, la CNE disponía de un Consejo de Administración, compuesto por un presidente, que ostentaba su representación legal y por ocho vocales, además de un secretario con voz, pero sin voto (M. Serrano, 2010).

Como órganos de asesoramiento, existían dos consejos consultivos, presididos ambos por el presidente de la CNE: Consejo Consultivo de Electricidad y Consejo Consultivo de Hidrocarburos.

Disponía también de varias direcciones, dependientes todas del Consejo: Dirección de Gerencia, de Energía Eléctrica, de Hidrocarburos, de Regulación y Competencia, de Inspección, Liquidaciones y Compensaciones y de Mercados derivados de la Energía. Existe también otra dirección dependiente de la Secretaría del Consejo: la Dirección del Servicio Jurídico.

La CNE se revestía de amplias funciones, actuando como órgano consultivo en materia energética tanto de la administración general del Estado como de las comunidades autónomas (I. del Guayo, 2009).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

Pero también tenía competencias o funciones en materias de propuesta o informe, ejecutivas, normativas, sancionadoras, de defensa de la competencia, de resolución de conflictos, de supervisión e inspección y de liquidación.

2. *El nuevo modelo de organismo regulador en España: Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

Desde 2011 la creación de organismos reguladores ha venido siendo prolija, por este motivo el legislador realizó dos anteproyectos de ley de reforma de organismos supervisores, aprobados en Consejo de Ministros, con fechas del 28 de febrero de 2012 y 26 de julio de 2012 respectivamente, con la intención de reducirlos en número y crear un “sistema de supervisión multisectorial”.

En opinión del legislador, este número de reguladores es excesivamente elevado, por eso, todos ellos desaparecen para integrar la CNMC, con el objetivo de ahorro económico y de personal, además de aumentar su independencia.

El 13 de septiembre de 2012, el Consejo de Estado emitió su dictamen no vinculante respecto del segundo de los anteproyectos, al que se adjuntó la preceptiva memoria de impacto normativo para que posteriormente, el gobierno presentara el 19 de octubre de 2012, el Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOCG Congreso de Diputados, serie A, número 28 – 1, pp. 1-40).

Superado este proceso, el resultado ha sido, tras muchas vicisitudes y culminar el plázet legislativo, la publicación, el 5 de junio de 2013, en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), la Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como su Estatuto Orgánico concebido por Real Decreto 657/2013, publicado en el BOE, del 30 de agosto. Más tarde se publicará, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013, el Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

A. *Aspectos generales*

En cuanto a la estructura de la ley, esta se compone de exposición de motivos, treinta y nueve artículos agrupados en cinco capítulos, diecio-

cho disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, once disposiciones finales y un anexo. Con la intención de adecuarla a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación con las ya mencionadas directivas 2009/72/CE (LCEur2009\1200) y 2009/73/CE (LCEur 2009\1201) del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, ha sido objeto de numerosas modificaciones a través del Real Decreto-ley núm. 1/2019, del 11 de enero, aunque dicho Real Decreto-ley también modifica a la Ley 34/1998, del 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; y la Ley 18/2014, del 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

En la parte expositiva se explica la creación de diversos organismos reguladores con motivo de la Ley 2/2011, pero si se hace necesario detenerse en los motivos que se alegan para haber realizado esta ley y reformado el sistema hasta ahora conocido y es que lo que el legislador busca a través de la misma, es la certeza de que en todos los sectores de la actividad económica pueda darse la seguridad jurídica y la confianza institucional, evitando el mantenimiento de autoridades estancas que no consiguen adaptarse a los cambios tecnológicos o económicos. Si a todo esto añadimos el hecho de que ciertos organismos reguladores comparten rasgos generales comunes, como pueden ser la autonomía funcional, atribución de potestades públicas, o la organización y funcionamiento, ha desembocado en que la CNMC asuma las funciones de supervisión de los siguientes organismos independientes: Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal.

Asume también las funciones de los organismos creados en 2011 a partir de la LES, como son: Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y la Comisión Nacional del Juego. Quedan fuera de su ámbito de aplicación, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y el Consejo de Seguridad Nuclear, así como las actividades reguladas por la ley del juego, que serán supervisadas por la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que sustituye a la Comisión Nacional del Juego (A. I. Mendoza, 2013).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

No hay duda de que las aspiraciones de la CNMC resultan cuando menos ambiciosas al incorporar estos organismos reguladores, pero no se puede objetar el hecho de que se manifiesta acorde con las pretensiones del legislador basadas en la reducción de costes.

Continuando con el preámbulo de la Ley 3/2013, se recurre al derecho comparado para asegurar que se detecta una tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades ligadas a un sector, o con sectores que posean una estrecha relación, pasando de un modelo unisectorial, a un modelo de convergencia orgánica, realizando una equiparación al modelo utilizado en Holanda, donde se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de la competencia (Juan Ignacio Ruiz, 2013).

Respecto a estas afirmaciones realizadas en la ley, corresponde hacer una serie de aclaraciones y es que, basándonos en el dictamen del Consejo de Estado, para crear el presente organismo, aparte del modelo unisectorial (empleado en países como Francia, Italia o Inglaterra), se han utilizado los siguientes modelos de “regulador convergente” y de “regulador multisectorial” (Dictamen del Consejo de Estado 870/2012, p. 26):

— Regulador convergente: asignando a un solo regulador la supervisión de sectores relacionados, como sucede en el Reino Unido, donde se han creado las entidades OFCOM (Office of Communications), que regula los sectores de las comunicaciones electrónicas, postal y audiovisual, y OFGEM (Office of the Gas and Electricity Markets), que supervisa los sectores de gas y electricidad. En Francia se sigue el mismo modelo regulador para el mercado postal y el de las comunicaciones electrónicas, ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes).

— Regulador multisectorial: se unen en un solo regulador todos los sectores regulados de las industrias en red. Este sistema se utiliza en Alemania, la Bundesnetzagentur (BNetzA) compuesta por las autoridades regulatorias de correos, telecomunicaciones, gas, energía y ferrocarril.

En ambos modelos, la autoridad de la competencia es independiente de los reguladores convergentes o multisectoriales, según sea el caso, por lo que este tipo de modelo sólo ha sido previsto en los Países Bajos, en donde se crea la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM).

No resulta del todo exacto declarar que en el ámbito internacional y más concretamente, en la Unión Europea se está evolucionando hacia los modelos de organización multisectorial en los que quedan integrados los organismos encargados de la Defensa de la Competencia, pues solamente existe el caso del ejemplo holandés.³⁶

La normativa europea mediante la Directiva 2009/72/CE, exige la existencia de organismos reguladores independientes y ofrece una detallada regulación acerca del régimen jurídico de las denominadas “Autoridades Reguladoras Nacionales”, indicando en su artículo 35 de designación e independencia de las autoridades reguladoras que “cada Estado miembro designará una única autoridad reguladora nacional a escala nacional”. La Ley reconoce sin tapujos que las competencias en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea, justificando en ello la creación de la CNMC.

El segundo apartado de la parte expositiva describe el contenido de la ley, dedicándose el capítulo I a su naturaleza y régimen jurídico, ocupando los cuatro primeros artículos.

En el capítulo II se estudiarán las funciones de la CNMC, en su artículo 5 enumera las de carácter general y en los artículos siguientes, concretamente los comprendidos entre el 6 al 11 incluido, establece las funciones de supervisión y control de los diferentes sectores que regula, siendo estos: mercado de comunicaciones electrónicas, sector eléctrico y sector del gas natural, mercado postal, comunicación audiovisual, tarifas aeroportuarias y sector ferroviario. Finaliza este capítulo con el extenso artículo 12, en donde se recogen las funciones de resolución de conflictos en cada uno de los sectores citados.

El capítulo III abarca los artículos 13 al 26 y se encarga de la organización y funcionamiento de la CNMC, entre los que podemos destacar la composición, funcionamiento y funciones de los órganos de gobierno (presidente y consejo) que comprendería los artículos 13 al 22. En el artículo 23 se recogen las causas de cese en el ejercicio del cargo y en el 24 la obligación de informar y garantías para la actuación imparcial. El artículo 25 se encarga de los órganos de dirección, enumerando las cuatro

³⁶ Un ejemplo de estudio de los diferentes sistemas regulatorios empleados en los países de la UE con los que pretende compararse la CNMC, como son el caso de Alemania o los Países Bajos, podemos encontrarlo en el artículo de P. Navarro (2012).

direcciones de instrucción: Competencia, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Dirección de Energía y Dirección de Transportes y del Sector Postal. Concluye este capítulo con el artículo 26, referente al Estatuto Orgánico y Reglamento de Funcionamiento Interno, correspondiendo al gobierno la aprobación mediante real decreto del primero y al pleno del Consejo la aprobación del segundo.

El capítulo IV se encarga del régimen de actuación y potestades, englobando aquí en los artículos 27 al 30 una serie de potestades de la CNMC y su forma de ejercicio: facultades de inspección, requerimientos de información, deber de secreto y acceso a los registros estatales, potestad sancionadora y una cierta potestad normativa expresada en circulares, circulares informativas y comunicaciones de la CNMC. En los artículos 31 al 36 se analizan diversas materias: régimen jurídico del personal, régimen de contratación que estará a lo dispuesto en la legislación sobre contratación del sector público, régimen económico-financiero y patrimonial, presupuesto, régimen de contabilidad y control económico y financiero, asistencia jurídica y recursos contra los actos, las decisiones y las resoluciones de la CNMC.

Para finalizar, el capítulo V se encarga de la transparencia y responsabilidad, en un intento por parte de la Ley de ensalzar estos principios que debieran ser el alma mater de todo organismo regulador. En el artículo 37 se regula la obligada publicidad de las actuaciones de la CNMC, salvados los aspectos confidenciales y los relativos a la protección de datos personales. Los artículos 38 y 39 se encargarán del control parlamentario y la constitución y ejercicio efectivo de las funciones de la CNMC.

Respecto a las disposiciones, aparte de las ya citadas: disposición derogatoria y disposiciones finales por las que se realizaban diversas modificaciones normativas, no se puede dejar de abordar uno de los temas más polémicos que han surgido respecto a la CNMC y es la devolución a los ministerios de ciertas competencias regulatorias consideradas como no esenciales o de índole administrativa (R. Allende, 2013),³⁷ enumeradas en las disposiciones adicionales séptima a duodécima.

Abundando en la asunción de estas competencias por parte de los Ministerios, el legislador ha insistido en que se trata de funciones que ve-

³⁷ Mostrando una posición escéptica al respecto.

nían ejerciendo los organismos reguladores y cuyo desempeño no requiere de una especial independencia.

B. *Naturaleza y régimen jurídico*

La CNMC es un organismo público con personalidad jurídica propia. Es independiente del gobierno, sin perjuicio de su relación con los ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos 5 a 12 de la Ley. El artículo 2 la define como un organismo dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Para el cumplimiento de sus fines y en el desarrollo de su actividad actuará con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del gobierno, de las administraciones públicas, así como de los agentes del mercado y de cualquier interés empresarial o comercial. Continuando con el principio de independencia en el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, señala la ley que ni el personal ni los miembros de los órganos de la CNMC podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada, se añade, además, como novedad, respecto a su antecesora la CNC, que estará sometida al control parlamentario y judicial.

Se regirá por lo dispuesto en la Ley 3/2013, la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión, por la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, del 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, del 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico.³⁸

³⁸ Hay que decir que pese a que la Ley 3/2013 ha sido actualizada en diversos puntos, no lo ha hecho en este apartado y es que se remite a leyes derogadas que ya no están en vigor, ya que la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha sido derogada por la disposición derogatoria única.2.a) de la Ley 39/2015, del 1o. de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 6/1997, del 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

La sede principal de la CNMC estará en Madrid, aunque se pueden prever otras sedes.

C. Organización

En lo referente a su organización la CNMC ejercerá sus funciones por medio de los siguientes órganos de gobierno, dirección y resto de personal de la CNMC:

Órganos de gobierno. El presidente es el principal órgano de la CNMC y al igual que sucedía en la CNC, ejerce funciones de dirección y representación de la Comisión, además de las que le corresponden por presidir el Consejo. Podrá ser sustituido en caso de vacante, ausencia o enfermedad por el vicepresidente.

El Consejo: es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje, así como de la de resolución de conflictos previstas en la ley. Está integrado por diez miembros (presidente, vicepresidente, y 8 consejeros), nombrados a propuesta del ministro de Economía, con el requisito indispensable de que sean personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión. Para optar al cargo, se les exige una comparecencia previa ante la correspondiente Comisión del Congreso de los Diputados, una vez realizada, para ser admitidos, necesitan que el Congreso no vete su nombramiento, precisando el acuerdo por mayoría absoluta. Dicha comparecencia resulta un avance de cara a conseguir una mayor autonomía o independencia.

Los miembros del Consejo han de ejercer su función con dedicación exclusiva y tienen la consideración de altos cargos de la administración general del Estado, por lo que están sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecido en la Ley 5/2006, del 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la administración general del Estado. Tampoco pueden asumir funciones ejecutivas o de dirección que correspondan al personal directivo de la Comisión, a todo esto, hay que añadir, que durante los dos

ha sido derogada por la Disposición derogatoria única Derogación normativa de la Ley 40/2015, del 10 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La no actualización y por tanto, la remisión a estas leyes ya derogadas genera inseguridad jurídica.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

años posteriores a su cese, el presidente, el vicepresidente y los consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada que pueda estar relacionada con los sectores regulados o con la actividad de la CNMC.

A las reuniones del Consejo podrá asistir, con voz pero sin voto, el personal directivo de la Comisión y cualquier integrante del personal no directivo que determine el presidente, pero en ningún caso, podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno, ni los altos cargos de las administraciones públicas.

El Consejo actuará en pleno y en salas. La convocatoria de las salas se hará por parte de su presidente, por propia iniciativa o a petición de, al menos, la mitad de los consejeros y quedarán válidamente constituidas con la asistencia de su presidente, o persona que le sustituya, el secretario del Consejo y un mínimo de dos consejeros.

El Consejo ejercerá funciones de carácter resolutorio, consultivo, de promoción de competencia y arbitraje, así como las de resolución de conflictos (art. 20).

Respecto al cese de sus miembros, se encuentra regulado en el artículo 23 de la ley, resultando prácticamente idéntico al artículo 16 de la Ley de Economía Sostenible.

Desde luego el legislador ha desaprovechado una ocasión de oro, para reformar este conflictivo punto, que deja en entredicho la independencia de este organismo, pues el Ejecutivo sigue teniendo plena disposición para poder remover a cualquiera de los miembros del Consejo, en caso de no seguir las pautas indicadas en su política económica, bajo la excusa del “incumplimiento de las obligaciones”, pudiendo resultar su apreciación de todo punto subjetiva.

El Consejo también dispondrá de un secretario, elegido a propuesta del presidente, según se recoge en el artículo 16.2 de la ley y en el artículo 9 del Estatuto Orgánico y será secretario del pleno y de las salas. De la Secretaría del Consejo dependerá una vicesecretaría que tendrá rango de subdirección.

Órganos de dirección. La CNMC dispone de cuatro direcciones de instrucción (Competencia, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Energía, Transportes y del Sector Postal), así como las señaladas en el artículo 25, además de las que les pudiera delegar el Consejo, a excepción de las funciones de desarrollo normativo y de resolución y dictamen, en definitiva, comprenden todo el capítulo II dedicado a las funcio-

nes de la CNMC integrando los artículos 5 al 12 y que podemos dividir en cuatro grupos (J. Gómez, 2013):

- Funciones *ex post*: es decir, de defensa de la competencia, en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Funciones *ex ante*: aquellas funciones de supervisión y control de los mercados regulados.
- Funciones de arbitraje: cuestiones sometidas a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.
- Funciones de promoción: tanto de la investigación en materia de competencia y sectores regulados y consultivas, relativas al mantenimiento de la competencia.
- La CNMC dispone también de tres órganos que dependen directamente de Presidencia:
- Secretaría General, compuesta a su vez por tres subdirecciones: Recursos Humanos y Gestión Económica y Patrimonial, Estadísticas y Recursos Documentales y Sistemas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- Departamento de Promoción de la Competencia, también integrado por tres Subdirecciones: Estudios e Informes, Ayudas públicas e informes de proyectos normativos, Análisis económico.
- Departamento de Control Interno.

Por último, la CNMC, dispone de asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento, representación y defensa en juicio. Corresponde al Servicio Jurídico del Estado, concretamente a la Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico.

Los actos y decisiones de los órganos de la Comisión que sean diferentes al presidente y el Consejo, podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, del 26 de noviembre.³⁹

Los actos y resoluciones del presidente, del Consejo ya sea en Pleno o en Salas, pondrán fin a la vía administrativa, sin ser posible la opción del recurso potestativo de reposición y tendrán que ser recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa.

³⁹ Continúa con la remisión a una norma derogada.

Del resto de actos dictados a los que les son de aplicación la Ley 15/2007, sólo podrán ser objeto de recurso los que hacen referencia al artículo 47.

La CNMC guarda una serie de potestades y formas de actuación, engloban el capítulo IV y son facultades de: inspección, requerimiento de información, potestad sancionadora y potestad para dictar circulares.

Personal de la CNMC. Puede ser funcionario, laboral, eventual y directivo, así se establece en el artículo 31 de la ley y en los artículos 32-40 del Estatuto Orgánico.

El personal funcionario se regirá por las normas reguladoras de la función pública aplicables al personal funcionario de la administración general del Estado, por su parte, el personal laboral se regirá por el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y por la Ley 17/2007 en lo que le resulte de aplicación.

La provisión de puestos tanto del personal funcionario, como del personal laboral, se llevará a cabo con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública, con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Gozarán de la condición de personal directivo los directores de instrucción y el secretario del Consejo, pero también tendrán esta consideración: el titular del Departamento de Promoción de la Competencia y los subdirectores que de él dependan, el jefe de la Asesoría Jurídica, el vicesecretario del Consejo, el secretario general y los subdirectores que de él dependan, el titular del departamento de Control Interno y los subdirectores de las direcciones de instrucción.

Transparencia y responsabilidad

Integran estos principios el capítulo V de la ley, que comprende los artículos 37 al 39. El primer principio mencionado, esto es, la transparencia, se lleva a cabo mediante la publicidad de las actuaciones, por el que la CNMC hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, en el artículo 37 se establecen aquellos documentos que tienen la obligación de ser publicados.

Para vigilar el correcto funcionamiento de todo el entramado organizativo que constituye dicho ente regulador, la CNMC cuenta con un órgano de control interno que basándose en los principios de imparcialidad y objetividad, tratará de evitar la producción de conflictos de intereses.

Mucho hemos hablado ya acerca de la independencia de los organismos reguladores, siendo una de las notas características que las diferencian del resto de Administraciones Públicas con la intención de debilitar la capacidad de intervención por parte del Gobierno, pero recordemos que esta independencia ha de ser también respecto de otras instituciones públicas, así como de ciertos grupos sociales. Entre los intentos que realiza la Ley de la CNMC para intentar preservar este principio (no olvidemos que deja bastante que desear en otros puntos respecto al tema en cuestión), se establece en el último artículo, esto es el 39, un control parlamentario consistente en la comparecencia, al menos anual, del presidente de la CNMC ante la Comisión del Congreso de los Diputados, con el objetivo de exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro. Junto con el presidente, podrán comparecer, a petición de la Cámara, uno o varios miembros del Consejo. Aparte de la comparecencia anual, el presidente deberá comparecer ante la Comisión del Congreso o del Senado a petición de éstas en los términos establecidos en los reglamentos.⁴⁰

V. CONCLUSIONES

Primera. Vista la corriente liberalizatoria de los mercados eléctricos en el ámbito internacional, en los que se pretende fomentar la competencia dentro de las actividades liberalizadas entre los diferentes sujetos participantes, con el objetivo de poder rebajar los precios y aumentar la eficiencia energética, descargando a los respectivos Estados de la prestación del servicio, pero sin desentenderse de su obligación como observador y sobre todo, como regulador del mismo, garantizando así, su correcto funcionamiento a través de los mecanismos legales e institucionales pertinentes, que aseguren el alcance del suministro a toda la población en condiciones

⁴⁰ Una de las prioridades del tercer paquete energético de la Unión Europea era el fortalecimiento de los poderes de las autoridades reguladoras nacionales, sobre el particular M. Bacigalupo (2009).

de igualdad de acceso, no se entiende una regresión en el concepto de “servicio económico de interés general” —como actualmente se recoge en la Ley 24/2013 del sector eléctrico— hacia el de “servicio público”, en lo que supondría una publicación del sector, volviendo a ser el Estado quien se hiciera cargo de los activos físicos y financieros de las empresas, además de establecer las tasas, peajes, impuestos y precios de la electricidad, lo que dejaría al mercado a merced de los intereses y las decisiones políticas de los respectivos gobiernos de turno.

Segunda. Si se pretende conseguir una sostenibilidad climática y energética a largo plazo, se deben acometer reformas estructurales, basadas en una modernización de la economía que pueda resolver las deficiencias existentes en el funcionamiento del sistema —como las sobrerretribuciones que reciben en el mercado mayorista determinadas tecnologías, la necesidad de potenciar el desarrollo del autoconsumo o aumentar la capacidad de interconexión con el resto de Europa— y fomente inversiones en I+D en sectores relacionados con la energía limpia con criterios de transición justa.

Tercera. Para los clientes con menos recursos la Ley recoge la figura del consumidor vulnerable como beneficiario del bono social, esta figura se ha desarrollado reglamentariamente, por medio del Real Decreto-ley 15/2018, del 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, pero debido a la pandemia de la COVID-19, se ha publicado el Real Decreto-ley 30/2020, del 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, que ha establecido como nuevo colectivo con derecho a la percepción del bono social a las personas en desempleo, ERTE o reducción de jornada, llegando hasta los 1.267.128 los hogares que disfrutaban de este descuento, según recoge el último “Boletín de indicadores eléctricos” de enero de 2021 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por lo que se puede comprobar como la pobreza energética está aumentando y pese a que extender los beneficiarios del bono social puede ayudar a minimizar las consecuencias, lo cierto es que no deja de ser una medida provisional y escasa.

Cuarta. El precio de la electricidad en España sigue siendo uno de los más altos de toda la Unión Europea, muchos son los factores, tales como: los peajes e impuestos en la parte regulada de la factura y que son fijados con cierta arbitrariedad política y electoral por parte de la administración, el aumento de los derechos de emisión de CO₂ y del precio

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 733-770.

del gas, o la alta volatilidad del mercado *spot*. Se trata de problemas perfectamente identificables y cuya solución reside en una regulación eficaz por parte del legislador.

Quinta. La creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a partir de la integración de seis organismos—Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria— la han convertido en un “súper regulador”, pero debiera tener una actuación fundamental a la hora de diseñar una correcta planificación a medio y largo plazo que pueda revertir muchos de los problemas que ya tenía el mercado eléctrico y que se han venido acrecentando con la llegada de la pandemia, para lo cual, necesitará gozar de una mayor independencia y poder de decisión en la resolución de conflictos o la capacidad normativa y no quedar en una posición secundaria, condicionada por las decisiones que desde el gobierno se toman.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE SALAZAR, R. (2013). Pistoletazo de salida a la creación de la CNMC (Comentario a la Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, pp. 4-5.
- BACIGALUPO SAGGESEE, M. (2009). La Unión Europea y las autoridades reguladoras de la energía. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, p. 186.
- BAENA, A. y SANZ, V. (2019). Autoconsumo: claves para una nueva era de generación distribuida. *Cuadernos de Energía-Club Español de la Energía*, 61, pp. 64-67.
- BAHÍO SANTOYO, I. (2019). El equilibrio financiero de los sectores eléctrico y gasista. *Presupuesto y gasto público*, 97, p. 199.
- BELTRÁN, A. (1996). París y la electrificación de Francia. *Revista de Historia Industrial*, 9, p. 46.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2020). El impuesto especial sobre la electricidad. Evolución normativa y cuestiones conflictivas (I). *Quincena Fiscal Aranzadi*, 13, p. 1.
- CARREÓN RODRÍGUEZ, V. G. y GRUNSTEIN, M. (2014). Comisión Federal de Electricidad: la no empresa de clase mundial. *Hacia una crea-*

- ción de una verdadera empresa productiva del Estado. *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 7(13), p. 9.
- CISNEROS RUIZ, A. J. (2000). La situación financiera del sector eléctrico español durante el marco legal estable (1988-1996). *Técnica Contable*, 622 (52), pp. 745-772.
- CORTE CABALLERO, G. D. (2017). El fin de la Primera Guerra Mundial: neo-colonización europea en Argentina a través de una compañía de electricidad. *Revista Latinoamericana de Historia*, 6 (17), p. 136.
- COSTA CAMPI, M. T. (2016). Evolución del sector eléctrico español (1975-2015). *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 889-890, p. 149.
- GUAYO CASTELLA, I del (2009). Organismo de regulación y supervisión de la Energía: La Comisión Nacional de Energía. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros, vol. 1, Organismos reguladores*. La Ley, pp. 83-98.
- DEVOTO, A. E. (1996). La regulación de los servicios públicos y el caso de la electricidad. *Colección Pontificia Universidad Católica Argentina*, 4, p. 61.
- ESTACHE, A. y CAMPOS, J. (1999). Privatización y regulación de infraestructuras: los casos de la electricidad y el agua. *Colegio de Economistas de Madrid*, 80, p. 402.
- ESTOA PÉREZ, A. (2014). Novedades en la protección de consumidores de electricidad. *Revista de Administración Pública*, 193, p. 385.
- FRANCO FERRARI, G. (2014). Estado de derecho, Estado autonómico y energías renovables en Italia. *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, 2, p. 148.
- GARCÍA-ALVAREZ, M. T. y MORENO, B. (2016). La liberalización en la industria eléctrica española, el reto de lograr precios competitivos para los hogares. *Gestión y Política Pública*, 25(2), p. 556.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F (2018). La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus Estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 323, pp. 19-77.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. 2019). La necesaria densificación de las ciudades guiada por la regeneración y la renovación urbana para lograr su resurgir efectivo y sostenible. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 327, p. 72.

- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. (2019). Las claves imperturbables del que debiera ser el futuro y deseable derecho urbanístico español a la luz de su brillante pasado y convulso presente. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 330-331, p. 142.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2018). La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material. *Servicios de interés general y protección de los usuarios: educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas*, Dykinson, pp. 25-27.
- GRIFELL I TATJÉ, E y BLÁZQUEZ Gómez, L (2004). Regulación de la Distribución Eléctrica en España: Análisis Económico de una Década, 1987-1997. *Documents de Treball (Universitat Autònoma de Barcelona. Departament d'Economia de l'Empresa)*, 1, pp. 1-46.
- JACOBS, J. (1973). *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península.
- LARREA BASTERRA, M. y REBOLLO DE GARAY, G. (2019). Precios de la energía y competitividad industrial. Los casos de Alemania y Francia. *Orkestra-Instituto Vasco de Competitividad*, p. 65
- LEIVA LÓPEZ, A. (2019). La regulación de la gestión técnica del sistema eléctrico. *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, p. 115.
- LEÓN CANO, R. (1997). La regulación del sector eléctrico en Chile. *Lecturas de Economía*, 46, p. 13.
- LÓPEZ MILLA, J. (2000). La reforma del mercado eléctrico en Reino Unido. Lecciones para el caso español. *Economía Industrial*, 334, p. 132.
- MENDOZA LOSANA, A. I. (2013). La nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*, p. 4.
- MILLAR CARVACHO, R. (2007). CGE, Compañía General de Electricidad, Cien Años de Energía en Chile 2005. *Historia Universidad Católica de Chile*, vol. 1(40), p. 170.
- MOLINA DEL POZO, C. F. (1999). Los servicios de interés general en el derecho Comunitario: Especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam. *Cuadernos europeos de Deusto*, 21, p. 126.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009). Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia. *Derecho de la Regulación tomo I*, Iustel, pp. 30-40.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2012). La reforma de los organismos reguladores en España. *Actualidad Administrativa*, 12, tomo 2, pp. 1486 y ss.
- OKUMURA SUZUKI, P. A. (2015). El mercado mayorista de electricidad en Perú. *THEMIS: Revista de Derecho*, 68, p. 262.

- OLIVARES GALLARDO, A. (2012). Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39, pp. 2-8.
- OVALLE FAVELA, J. (2007). La nacionalización de las industrias petrolera y eléctrica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 118, p. 189.
- RAMOS GUTIÉRREZ, L. J. y MONTENEGRO FRAGOSO, M. (2012). Las centrales hidroeléctricas en México: pasado, presente y futuro. *Tecnología y ciencias del agua*, vol. 3(2), p. 103.
- REYES LÓPEZ, M. J. (2020). Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, p. 570.
- RIVERO TORRE, P. (1993). El sector eléctrico español en el entorno europeo. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2, p. 133.
- RODRÍGUEZ MONROY, C. (2002). Evolución histórica reciente y situación actual del sector eléctrico español. *Cuadernos de economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, 25(70), p. 431.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio (2013). La reforma institucional del derecho de la competencia español. *Diario La Ley*, 8002, pp. 1-2.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. (2020). Orígenes y evolución del derecho eléctrico en España. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, 6, p. 23.
- SANTIBÁÑEZ, R. (1998). Mercado eléctrico peruano: principios y mecanismos de operación y sistema de precios. *THEMIS: Revista de Derecho*, 37, p. 111.
- SERRANO GONZÁLEZ, M. (2010). *Derecho de la regulación económica*, vol. 3, t.1, Iustel, pp. 79-124.
- SERRANO GONZÁLEZ, M. (2009). La Comisión Nacional de Energía. *Tratado de regulación del sector eléctrico*, vol.1. Aranzadi, pp. 267-287.
- SORIANO PAOLA, M. A. (1999). La nueva situación de competencia en el sector del carbón. *Revista de Gestión Pública y Privada*, 4, p. 390.
- VÁSQUEZ CALLO, M. C. (2006). La situación del servicio de electricidad en el Perú. Análisis y reflexiones. Entrevista a Alfredo Dammert Lira. *Derecho y Sociedad*, 26, p. 15.
- Vergottini, G. de. (1988). Energía nuclear y protección de la seguridad en Italia: aspectos jurídicos e institucionales. *Revista Vasca de Administración Pública*, 21, p. 107.

LA FIGURA DE LA “CONDENA ALTERNATIVA” (WAHLFESTSTELLUNG): UN ESTUDIO INTRODUCTORIO DESDE LA DISCUSIÓN ALEMANA*

THE LEGAL ENTITY OF THE “ALTERNATIVE CONVICTION” (WAHLFESTSTELLUNG): AN INTRODUCTORY STUDY BASED ON GERMAN DOCTRINE

Italo REYES ROMERO**

RESUMEN: El artículo presenta y explica la figura de la “condena alternativa” (*Wahlfeststellung*) de habitual aplicación en el derecho penal alemán, pero sin reconocimiento en el contexto latinoamericano, y que ha suscitado una interesante discusión dogmática en los últimos años. Una condena alternativa se presenta cuando el tribunal no puede comprobar de manera inequívoca la comisión de un delito determinado, pero al mismo tiempo está seguro de que algún delito ha sido cometido. Junto a la revisión de los presupuestos y criterios de admisibilidad de la figura, se expone detalladamente la discusión sobre su eventual inconstitucionalidad por infracción de los principios de legalidad y culpabilidad y los argumentos que sostienen la jurisprudencia y la doctrina en su favor.

Palabras clave: condena alternativa, *Wahlfeststellung*, equiparabilidad, postpendencia, relación escalonada.

ABSTRACT: This work introduces and explains the legal entity of the “alternative conviction” (*Wahlfeststellung*), which is commonly applied in the German criminal law, but unknown in the Latin American context, and has sparked an interesting discussion in recent years. An alternative conviction exists when the court cannot prove clearly the commission of a specific crime, but at the same time is certain that a crime has been committed. In addition to the review of the conditions and admissibility criteria of this concept, it will be presented the discussion about its potential unconstitutionality due to infraction of the legality and culpability in detail, and the arguments that the courts and authors propose in its favor.

Key words: alternative conviction, *Wahlfeststellung*, comparability, post-pendency, staggered relationship.

* Recibido: el 30 de abril de 2021; aprobado el 22 de septiembre de 2021.

** ORCID: 0000-0003-2198-3803. Abogado, Universidad de Chile; máster en derecho (LL.M.), Universidad de Bonn; doctorando en Derecho Penal, Universidad de Bonn; becario DAAD. Contacto: italoreyesromero@gmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Grupos de casos de alternatividad*. III. *Presupuestos generales de la condena alternativa*. IV. *Condena alternativa propia*. V. *Discusión sobre la constitucionalidad de la condena alternativa propia*. VI. *Reflexión final*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Una premisa básica del derecho procesal penal es que, para condenar, el juez tiene que estar convencido de la ocurrencia del hecho penal y de la correspondiente responsabilidad del sujeto (Benedikt Linder, 2017, pp. 312 y ss.).¹ Si no logra tal convicción, pues tiene dudas relevantes al respecto, no puede condenar. A partir del principio *in dubio pro reo* se deriva que el juez debe basar su condena en circunstancias que estén probadas. Sin embargo, en determinados casos, es posible que la convicción del juez verse sobre circunstancias alternativas que permitirían, bajo ciertos presupuestos, una condena. Este heterogéneo espectro de casos se discute en la tradición alemana bajo el rótulo de “condena alternativa” (*Wahlfeststellung*).²

Caso 1. A sorprendido con cosas que fueron objeto de un reciente hurto. Luego de la rendición de las pruebas, el tribunal está convencido que o bien A hurtó las cosas o A las compró al ladrón.

En el caso 1, no es posible saber si el sujeto ha cometido un hurto o una receptación,³ pero dado las circunstancias de ejecución del hecho, el tribunal no tiene dudas de que uno de los delitos ha sido realizado, simplemente no sabe cuál. Lo interesante que es no ha sido probado, más allá de toda duda razonable, qué delito ha cometido el imputado, porque ello

¹ El estándar específico de convicción es diferente en distintos ordenamientos jurídicos. En Chile, por ejemplo, el juez debe estar convencido “más allá de toda duda razonable” (párrafo 340 del Código Procesal Penal, CPP en adelante).

² La expresión *Wahlfeststellung* ha sido traducida de diversas formas en el ámbito hispanoamericano. Algunos se orientan por la función de la figura, pero dejando de lado la facilidad de uso, y traducen por “subsunción alternativa de la condena” (por ejemplo Alejandra Verde, 2016) o “determinación optativa o alternativa del hecho”. Sin embargo, junto con Ramón Ragues (2018, p. 4), entiendo que es preferible un término claro de fácil empleo que dé cuenta en general del tópico a discutir, es decir, que la decisión del juez se basa en la *alternatividad* de situaciones. Por ello, se ha preferido traducir por “condena alternativa”.

³ En términos generales, pues la redacción cambia dependiendo del sistema jurídico, la receptación sanciona a quien compra, vende o comercializa una cosa hurtada o robada.

implica determinar con precisión los hechos que satisfacen el tipo respectivo. En otras palabras, a pesar de que existen dudas relevantes, la condena parece no ser problemática porque se basa en la consideración de hechos y delitos alternativos: o cometió hurto, o cometió receptación. Por lo tanto, la condena no se basa en hechos y delitos determinados con precisión, sino en su consideración alternativa.

En lo que sigue, se pretende presentar y discutir la figura de la “condena alternativa” desde la discusión alemana con el objetivo de mostrar las ventajas y desventajas de su eventual aplicación en el ámbito hispanoamericano. Debido a este enfoque primordialmente expositivo, no se tomará postura en forma definitiva al respecto, lo que quedará reservado para un artículo de futura publicación.

Así, en primer lugar, se presentarán las constelaciones de casos que están vinculados con la temática general de la alternatividad, en especial la condena alternativa propia e impropia. Luego, se plantearán los presupuestos básicos de toda condena alternativa, de manera de identificar aquellas situaciones que no constituyen una condena alternativa, pero que igualmente son analizadas en este ámbito, a saber, la pospendencia y la relación de escala. En un cuarto apartado, se analizará con mayor detalle la condena alternativa propia como preludeo de la discusión reciente: tanto su conceptualización y principios en juego, como su desarrollo histórico y criterios específicos de admisibilidad son necesarios para comprender el alcance de la figura. Luego, se expondrá la muy interesante discusión reciente que obligó a cada Sala Penal del Tribunal Federal Alemán (TFA) a pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la condena alternativa propia. Para terminar, se planteará brevemente una reflexión final.

II. GRUPOS DE CASOS DE ALTERNATIVIDAD

Se reconocen dos casos de condena alternativa, las cuales se diferencian en la forma en que puede tener lugar la alternatividad que fundamenta la decisión del juez. Además, existe un tercer caso de alternatividad que no forma parte de los casos de condena alternativa.

a) *Condena alternativa impropia*. La condena alternativa impropia presupone una (mera) *alternatividad de hechos* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr,

2020, p. 21 y Helmut Satzger, 2019, p. 70),⁴ en el sentido que el tribunal no puede determinar con seguridad cuál de dos (o más) acciones ha realizado el tipo, pero está fuera de dudas que el tipo ha sido realizado por una de ellas. También se denominan casos de *condena alternativa de la misma especie*, pues sólo entra en consideración un (mismo) tipo penal. Un ejemplo de esto es el siguiente caso: Caso 2:⁵ El testigo afirma ante el tribunal de primera instancia que la víctima se encontraba el día X en el lugar A. Empero, ante el tribunal de segunda instancia, el testigo ahora afirma que la víctima se encontraba el día X en el lugar B.

Aquí se desconoce cuál de las dos afirmaciones resulta falsa, pero tomando en cuenta ambos hechos, es evidente que el testigo ha mentido (ya sea en primera o en segunda instancia) y que, por lo tanto, se realiza el delito de falso testimonio. Por ello, la discusión versa únicamente sobre la realización del delito de falso testimonio: el imputado o bien mintió ante el tribunal de primera instancia, o bien mintió ante el tribunal de segunda instancia. En estos casos, el tribunal puede condenar basado en el quebrantamiento seguro de la correspondiente norma (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020 y Alejandra Verde, 2016, p. 5).⁶

b) *Condena alternativa propia*. Implica (además) una *alternatividad de tipos penales*, ya que el tribunal no puede determinar con seguridad cuál de dos (o más) delitos diferentes tiene lugar, pero está convencido de que uno de ellos ha sido realizado, lo que conduce necesariamente a la exclusión del otro (Helmut Satzger, 2019, 71 y Kristian Kühn, 2017, p. 938).⁷ También se denominan casos de *condena alternativa de distinta especie*, pues involucra a varios tipos diferentes. En este caso, la doctrina dominante sostiene que se debe condenar alternativamente por ambos delitos a la pena inferior. El típico ejemplo de condena alternativa propia se observa en el caso 1, es decir, entre el hurto y la receptación.⁸

⁴ En el mismo sentido, Denis Basak (2020); Albin Eser y Bernd Hecker (2014); Helmut Frister (2017); Kyriakos Kotsoglou (2017, p. 201); Ali Norouzi (2008, pp. 18 y ss.).

⁵ Sobre el mismo ejemplo, véase Roland Schmitz (2020); Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020); Alexander Baur (2018, pp. 569 y ss.).

⁶ También Kristian Kühn (2017, pp. 936 y ss.). Sobre la admisibilidad no problemática de la condena alternativa impropia, véase Georg Freund (2013, pp. 46 y ss.).

⁷ En el mismo sentido, Alejandra Verde (2016, p. 4) y Kyriakos Kotsoglou (2017, p. 201).

⁸ A modo de ejemplo, también se podría observar una condena alternativa propia en el siguiente caso: A es sorprendido con un florero de gran valor, sin embargo, no puede

En este caso, el tribunal no está seguro si el sujeto ha cometido un hurto o una receptación, pero dado las circunstancias del hecho, sabe que uno de ellos ha sido realizado, lo cual excluye la comisión del otro: si cometió hurto, no cometió receptación; si cometió receptación, no cometió hurto. De tal forma, el tribunal puede condenarlo por *hurto o receptación*. Sobre la base del *in dubio pro reo*, se le aplicará la pena menor entre los dos delitos. Es decir, A será condenado por hurto o receptación a la pena de la receptación. Los casos de condena alternativa propia tienen mayores exigencias para su configuración, las cuales serán revisadas en el apartado IV.

c) *Alternatividad jurídica*. Se presenta cuando existen varias interpretaciones jurídico-penales de un mismo hecho, de manera que existe una discusión sobre la adecuada subsunción del hecho en una determinada norma. Por ejemplo, puede ser dudoso si la acción del sujeto —que se encuentra probada— se subsume como hurto por engaño o simplemente como estafa. *La alternatividad jurídica no constituye una forma de condena alternativa* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 63), pues la discusión únicamente versa sobre la correcta aplicación del derecho, de manera que no existen dudas procesales del tribunal sobre los hechos que justificarían acudir a la figura de la condena alternativa. Por ello, aquí el tribunal condenará de manera inequívoca, no de manera alternativa.

III. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA CONDENA ALTERNATIVA

Tanto la condena alternativa propia como la impropia comparten ciertos presupuestos materiales⁹ generales, cuya falta de satisfacción conduce

probarse en juicio si A engañó a la trabajadora doméstica para que ella se lo entregara haciéndose pasar por un pariente del dueño de casa (estafa) o si A lo sustrajo al ingresar furtivamente a la casa cuando la empleada doméstica fue a consultar al dueño de casa sobre el asunto (hurto). Aceptar o rechazar en este caso una condena alternativa propia depende de si se entienden satisfechos (o no) los elementos específicos de la figura; véase caso 4, inciso d.

⁹ La doctrina reconoce, además, una serie de presupuestos procesales que posibilitan que el juez llegue legítimamente a una condena alternativa: a) agotamiento de los medios de prueba; b) competencia del tribunal por todos los hechos; y c) todos los hechos deben plantearse en la acusación de la fiscalía. *Cfr.* Albin Eser y Bernd Hecker (2014, pp. 53 y ss.); Alexander Baur (2018, p. 572); Ali Norouzi (2008, pp. 115 y ss.). En caso de que uno

a grupos de casos que también se analizan dentro de esta temática, a saber, la *pospendencia* y la relación escalonada. La condena alternativa propia plantea requisitos adicionales que serán revisados en el siguiente apartado.

a) *Imposibilidad de una condena inequívoca*. Evidentemente el presupuesto básico de una condena alternativa es que, a partir de los medios de prueba ofrecidos en juicio, no sea posible determinar con suficiente certeza la realización de un tipo delictivo. Sólo cuando tal condena inequívoca resulta excluida en los hechos, es posible discutir la posibilidad de una condena alternativa (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 78).

b) *Todas las situaciones de hecho bajo consideración deben ser punibles*. Si una de las posibilidades en análisis conduce a la impunidad del sujeto, entonces se debe absolver, pues el principio *in dubio pro reo* se impone a la eventual condena alternativa (Benedikt Linder, 2017, p. 314; Alejandra Verde, 2016, p. 9; Markus Wagner, 2014, p. 438)

c) *Ninguna de las situaciones de hecho bajo consideración debe estar probada con seguridad*. Si una de las posibilidades en análisis ha sido determinada fuera de dudas en el juicio y existe un vínculo temporal entre ellas, entonces no se da un caso de condena alternativa, sino un caso de *pospendencia* o *prependencia*.

En los casos de *pospendencia*, el tribunal está seguro de la ocurrencia de un determinado delito, pero tiene dudas sobre un hecho previo que está vinculado al delito probado.¹⁰

Caso 3. A es sorprendido vendiendo cosas hurtadas. No se puede determinar si, además, A participó del hurto respectivo.

Este caso es diferente al de la condena alternativa propia, porque aquí el tribunal sabe con certeza que A ha cometido un delito de receptación, pues fue sorprendido vendiendo las cosas hurtadas. Ahora bien, la pregunta por la posible intervención de A en el hurto previo como coautor, tiene relevancia a nivel de concursos, pues la venta de cosas hurtadas (esto es, el objeto de la receptación) es un hecho posterior copenado al hurto.¹¹

de los hechos no figure en la acusación, se plantea la posibilidad de una “acusación tardía” (*Nachtragsanklage*), la que empero requiere la aquiescencia del imputado. Respecto de las dificultades asociadas, véase Thomas Schröder (2008, pp. 707 y ss.); Karl Kröpil (1988, pp. 1189 y ss.).

¹⁰ Cfr. Joachim Hruschka (1971, pp. 1393 y ss.) y Alejandra Verde (2016, p. 7).

¹¹ Fundamental Jan Joerden (1988, pp. 848 y ss.), también Christian Richter (1994, p. 131) y Kristian Kühl (2017, p. 938).

Sin embargo, el tribunal no está convencido de la ocurrencia del hurto, por lo cual solamente puede condenar, de manera inequívoca, por el delito respecto del cual está convencido fuera de dudas, esto es, por la receptación.

La disputa doctrinaria en la pospendencia no se encuentra en los casos en que el segundo delito tiene relevancia a efectos de concursos, sino cuando el segundo delito tiene relevancia típica (*cf.* Helmut Satzger, 2019, pp. 75 y ss.).

Caso 4. A es sorprendido vendiendo un reloj de N, quien hace momentos fue obligado por unos asaltantes encapuchados a entregárselo. Sin embargo, no puede determinarse con certeza si A ha participado también en el hecho previo

Aquí está probado que A ha cometido el delito de receptación, pero no su participación en el robo previo. A diferencia del caso anterior, la venta del objeto robado no constituye un hecho posterior copenado del robo (Jan Joerden, 1988, pp. 847 y ss.). Y el tipo de la receptación exige que un “otro” sea el que haya obtenido la cosa de modo antijurídico, de manera que la eventual satisfacción del robo bloquearía la responsabilidad por la receptación. Debido a ello, se sostiene que la única forma para condenar es recurrir a los criterios de la condena alternativa propia (Denis Basak, 2020, p. 33 y Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 91).¹²

Los casos de *prependencia* son el reverso de la pospendencia: existe seguridad sobre un delito, pero dudas sobre un hecho posterior vinculado. Por ejemplo, es seguro que el sujeto ha proporcionado un arma a quien ha cometido un homicidio (complicidad al homicidio), pero no se sabe con certeza si también ha participado del homicidio como coautor. Aquí sólo puede condenarse por el delito previo inequívocamente probado, es decir, por la complicidad al homicidio (Roland Schmitz, 2020, p. 43).

d) *Alternatividad exclusiva entre las situaciones de hecho*. Para fundamentar una condena alternativa, el tribunal debe estar convencido de que se configura una relación de exclusión alternativa entre los hechos. Es decir, si entran en consideración los hechos A y B, no sólo es necesario que el

¹² En el mismo sentido, Tobias Ceffinato (2014, p. 658). Al respecto Jan Joerden (1988, p. 849); Christian Richter (1994, pp. 132 y ss.). En contra de la condena alternativa Wilfried Küper (1976, pp. 79 y ss.), quien plantea que aún en estos casos puede condenarse inequívocamente en base a pospendencia. Crítico al respecto Jan Joerden (1988, pp. 850 y ss.).

tribunal esté convencido de que se realiza o bien A o bien B, sino también de que si concurre A, no concurre B, y si concurre B, no concurre A.

Esto no es el caso cuando se observa una *relación escalonada* (*Stufenverhältnis*) entre los hechos bajo consideración (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, pp. 80 y ss.; Tobias Ceffinato, 2014, pp. 656 y ss.).¹³ Se observa una relación escalonada cuando uno de los hechos ya se encuentra incluido en el otro, de manera que no existe una exclusión entre ellos. En estos casos, el tribunal puede condenar en virtud del *in dubio pro reo* inequívocamente por la ley menos grave.

La doctrina y la jurisprudencia reconocen dos formas de relación escalonada. Por un lado, una *relación escalonada lógica* concurre cuando existen dos situaciones de hecho que pueden subsumirse sobre tipos que se encuentran en una relación de menor a mayor, es decir, cuando un tipo se encuentra completamente incluido en el otro, de manera que la realización de este implica lógicamente la realización del primero. Según la opinión dominante, existe una relación lógica, por ejemplo, entre tipos calificados y tipos básicos, entre la consumación y la tentativa, entre un delito de omisión impropia y la omisión de socorro, entre otros (Roland Schmitz, 2020, p. 25; Helmut Frister, 2017, pp. 30 y ss.; Ali Norouzi, 2008, pp. 19 y ss.).

Por otro lado, una *relación escalonada normativa* presupone que el injusto de uno de los delitos se encuentra completamente abarcado por el injusto del otro (Roland Schmitz, 2020, p. 35; Helmut Frister, 2017, pp. 42 y ss.; Jürgen Fuchs, 1967, pp. 739 y ss.). A diferencia de la relación escalonada lógica, aquí el criterio es valorativo, pues toma en cuenta el injusto de cada tipo. Ejemplos de una relación escalonada normativa son el dolo y la imprudencia, la coautoría y la complicidad, así como la inducción y complicidad (Ali Norouzi, 2008, pp. 19 y ss.; Jürgen Baumann, 1983, pp. 116 y ss.).¹⁴

¹³ Hruschka diferencia lógicamente entre los casos de relación escalonada y los casos de condena alternativa en el sentido que la relación escalonada implica que la realización de un determinado tipo penal, debido a la valoración jurídica de las situaciones dudosas, es cierta. Aquí no se puede hablar entonces de alternatividad (Joachim Hruschka, 1970, pp. 641 y ss.; 1983, p. 180; 1967, p. 266; nota al pie 4).

¹⁴ Sobre la autoría y complicidad véase Jürgen Fuchs (1967, pp. 739 y ss.). Sobre inducción y complicidad véase Jürgen Baumann (1983, pp. 115 y ss.); también Joachim Hruschka (1983, pp. 179 y ss.). Sobre dolo e imprudencia véase Ernst Heinitz (1952, p.

Caso 5. A mata a B, marido de su amante S. El tribunal está convencido de que o bien S ha determinado a A a matar a B, o bien S ha apoyado a A, quien ya estaba decidido al hecho, pero no está convencido de cuál de las dos situaciones ocurrió.

Aquí el tribunal duda entre una inducción o una complicidad (síquica) de S, pues no puede determinar con certeza si A, al momento de la acción de S, ya estaba decidido o no a cometer el homicidio. Por lo tanto, decide condenar a S por inducción o complicidad a la pena de la complicidad. No obstante, no entra en consideración una condena alternativa, porque inducción y complicidad se encuentran en una relación escalonada normativa, ya que el injusto de la complicidad síquica se encuentra incluido en la inducción (TFA 1982, pp. 115 y ss.).

La discusión sobre los casos de relación escalonada encuentra similitudes con la temática del concurso aparente, en tanto el criterio de la especialidad se correspondería con una relación escalonada lógica y el criterio de la consunción con una relación escalonada normativa. Empero, ambos temas apuntan a cuestiones diferentes, porque mientras la pregunta por los concursos presupone la efectiva satisfacción de dos o más delitos, la pregunta por la relación escalonada parte de la base de una incertidumbre en la determinación de las situaciones de hecho, lo que conduce a que solamente se justifique una condena por el delito menos grave. Sin embargo, como no existe una relación de exclusión entre ambos delitos, no se satisfacen los presupuestos de una condena alternativa.

IV. CONDENA ALTERNATIVA PROPIA

a) *Concepto*. Desde el punto de vista de principios jurídico-penales, la figura de una condena alternativa propia¹⁵ es sumamente problemática. Aquí concurren diferentes tipos delictivos de manera excluyente, sin que se pueda determinar con seguridad cuál de ellos se ve realizado. Por lo tanto, la eventual condena se basa en una alternatividad de hechos y de delitos,

102; Karl-Heinz Nüse, 1953, pp. 36 y ss.). Sobre una temprana diferenciación entre los casos de condena alternativa y del caso en que se duda entre dolo o imprudencia, véase Ernst Heinitz (1957, pp. 127 y ss.).

¹⁵ En lo que sigue, si se habla únicamente de “condena alternativa”, se está haciendo referencia a la “condena alternativa propia”.

sin que ninguno de ellos haya sido determinado de una forma que satisfaga los estándares de convicción. Una aplicación rigurosa del principio *in dubio pro reo* obligaría la absolución, a pesar de que existe certeza en que el sujeto ha cometido alguno de los delitos (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 132).

Debido a la confrontación con el principio de legalidad y culpabilidad, la opinión dominante solamente acepta una condena alternativa propia *en forma limitada*. De ahí que se exija, adicionalmente a los presupuestos ya mencionados, una similitud entre los delitos bajo consideración (Helmut Satzger, 2019, pp. 86 y ss.; Helmut Frister, 2017, pp. 54 y ss.). En otras palabras, en estos casos, la condena presupone que los delitos sean parecidos, de forma que se evite un reproche considerablemente diferente por un delito que el sujeto posiblemente no cometió. Para evaluar tal similitud, la jurisprudencia utiliza el criterio de la “equiparabilidad ética-jurídica y psicológica”, mientras la doctrina se orienta por el criterio de la “identidad del núcleo del injusto”.

b) *Colisión de principios*. La condena alternativa propia se caracteriza por una incerteza probatoria respecto de cada hecho individualmente considerado, pero una certeza respecto de que uno de ellos tiene lugar. Esta situación implica una tensión entre principios fundamentales (*Spannungsverhältnis*),¹⁶ cuya solución ha llevado a una aceptación restringida de estos casos.

Según la opinión mayoritaria, se plantea un conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia para el caso concreto (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, pp. 64 y ss.; Alexander Baur, 2018, pp. 571 y ss.).¹⁷ En la discusión alemana, la comprensión de la seguridad jurídica se aleja de la idea de estabilidad jurídica que se sostiene en el ámbito hispanoamericano. Más bien, *el principio de seguridad jurídica* se deriva tanto del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y del *in dubio pro reo* al plantear que una condena presupone que un *determinado* hecho esté probado en juicio y, por lo tanto, que las dudas en la satisfacción de algún

¹⁶ Sobre este concepto se refieren Roland Schmitz (2020, p. 13); Helmut Satzger (2019, p. 80); Denis Basak (2020, p. 28); Albin Eser y Bernd Hecker (2014, p. 57); Tobias Ceffinato (2014, p. 656).

¹⁷ También Alejandra Verde (2016, pp. 18 y ss.); Günther Deubner (1962, p. 21). Cfr. Helmut Frister (2017, pp. 76 y ss.); Benedikt Linder (2017, p. 315); Denis Basak (2020, p. 28); Karl-Heinz Nüse (1953, pp. 34 y ss.).

elemento típico deben llevar a la absolución (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 64; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 9; Alejandra Verde, 2016, p. 19; Heiner Alwart, 1992, pp. 563 y ss.). En virtud de este principio, el destinatario de la norma puede estar seguro de que únicamente será condenado cuando el tribunal, por medio del examen de las pruebas, esté convencido que ha cometido un delito determinado. Si el principio de legalidad prohíbe la aplicación de una pena por un delito que no estuviera suficientemente definido en la ley con anterioridad a su comisión, el principio de seguridad jurídica concretiza el postulado en el ámbito procesal: no se puede condenar a menos que esté probado que se cometió un delito definido en la ley

Por el otro lado, *el principio de justicia para el caso concreto* se deriva tanto del principio de justicia material como del principio del Estado de derecho y señala que resulta injusto no condenar a alguien que es culpable por un delito (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 64; Alejandra Verde, 2016, p. 19, *cf.* Heiner Alwart, pp. 563 y ss.). Partiendo de la base de consideraciones de prevención especial y particularmente de prevención general, es inapropiado absolver a un sujeto cuando se tiene conocimiento de que ha cometido un delito, pues la sociedad puede llegar a perder la confianza en el seguimiento de las reglas al notar que quien las infringe no recibe el castigo correspondiente (Jürgen Wolter, 2013, p. 277; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 10). Como en los casos de condena alternativa propia se sabe que el sujeto ha cometido un delito (simplemente no puede determinarse cuál), el principio de justicia para el caso concreto forzaría una condena como una reacción frente a su culpabilidad por el hecho.

Mientras una aplicación irrestricta del principio de seguridad jurídica llevaría a la inadmisibilidad total de la condena alternativa impropia, una aplicación irrestricta del principio de justicia para el caso concreto implicaría una aceptación de cualquier caso. De ahí que la opinión mayoritaria asuma una postura intermedia utilizando ciertos criterios para diferenciar casos aceptables y casos no aceptables (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 67). Se pretende, por consiguiente, encontrar un punto medio entre ambos principios al reconocer que es cierto que el tribunal debe estar convencido de la comisión de un determinado delito, pero que al mismo tiempo existen necesidades político-criminales legítimas que demandan la condena del sujeto.

c) *Desarrollo histórico*. La discusión sobre la admisibilidad de la condena alternativa ya tenía lugar en la segunda mitad del siglo XIX, pero la jurisprudencia solamente aceptaba los casos de condena alternativa impropia, es decir, cuando la alternatividad aludía al mismo tipo delictivo (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 31 y ss.; Markus Wagner, 2014, p. 439). Hasta que en 1934 el Tribunal del Reino —el máximo órgano judicial de la época— aceptó un caso de condena alternativa propia entre receptación y hurto señalando explícitamente que la condena alternativa no debía aceptarse en términos generales, pero debía hacerse una excepción en este caso pues una absolucón, en atención a las circunstancias de hecho, era inaceptable (Erol Pohlreich, 2016, pp. 681 y ss.).¹⁸

Un año más tarde, la admisibilidad de la condena alternativa recibió por única vez reconocimiento legal expreso. Se agregó un artículo 2b al código penal alemán¹⁹ que indicaba: “2b. Si está claro que alguien ha infringido una de varias leyes penales, pero una determinación de los hechos sólo es posible de forma alternativa, entonces el autor debe ser condenado por la ley menos intensa”.

De esta forma, se aceptaban los casos de condena alternativa de manera ilimitada, es decir, sin exigir ningún requisito adicional a la alternatividad típica. Independiente de los delitos que entraran en consideración alternativamente, debía condenarse por el delito más leve. Esto implicó que la excepcionalidad de la sentencia de 1934 fuera revocada y que la jurisprudencia comenzara a aceptar la condena alternativa sin restricciones. Célebremente, por ejemplo, en 1935 —a pesar de que no fuera aplicable aún la nueva regulación, pero como expresión manifiesta de su influencia— se aceptó una condena alternativa entre estafa y tentativa de aborto, esto es, entre delitos que carecen completamente de vínculo alguno (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 38; Erol Pohlreich, 2016, p. 685; Eike Hippel, 1963, p. 1534).

No obstante, después del término de la Segunda Guerra Mundial, en 1946, el comité de control aliado derogó el párrafo 2b al entenderlo

¹⁸ Se refiere a ello con detalles la Segunda Sala del TFA (2014, p. 153). También en la doctrina Roland Schmitz (2020, p. 2); Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020, p. 35); Helmut Frister (2017, p. 4).

¹⁹ Además se agregó una norma de similares características al Código Procesal Penal (párrafo 267b), la cual profundizaba temas procesales. *Cfr.* Carl-Friedrich Stuckenberg (2014, pp. 464 y ss.); Markus Wagner (2014, p. 440).

como típico derecho nacionalsocialista (*cf.* Helmut Frister, 2017, p. 6). A partir de esa fecha, la condena alternativa ya no se encuentra reconocida en la ley y su conceptualización se deriva únicamente de un desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

Sin embargo, el TFA no consideró la derogación de la regla como un argumento definitivo contra la condena alternativa, planteando que el reconocimiento previo al nacionalsocialismo implicaba una compatibilidad de la figura con los principios fundamentales del derecho penal y comenzó a extender paulatinamente su ámbito de aplicación (Ali Norouzi, 2016, p. 488). Eso sí, la admisibilidad de la condena alternativa propia ya no era ilimitada, sino que dependía del criterio de la “equiparabilidad ética-jurídica y psicológica” entre los delitos en cuestión, criterio que había sido propuesto por *Kohlrausch* como límite al párrafo 2b (*cf.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 40; Erol Pohlreich, 2016, pp. 685 y ss. Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 465). En otras palabras, se utilizó un criterio originalmente diseñado para restringir una admisibilidad ilimitada ahora para fundamentar una condena basada en consideraciones puramente alternativas.

Durante el siglo XX, la jurisprudencia y la doctrina fueron enriqueciendo paulatinamente el estudio general de la condena alternativa, distinguiéndola de los casos de “relación escalonada” y “pospendencia”, así como desarrollando una casuística de reconocimiento cierto de condena alternativa entre determinados delitos, en especial, delitos contra la propiedad y el patrimonio (Roland Schmitz, 2020, p. 4; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 41). Asimismo, un sector de la doctrina ha solicitado que el legislador debe pronunciarse sobre el tema reconociendo explícitamente la figura (Jürgen Wolter, 2013, pp. 279 y ss.; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, pp. 471 y ss.),²⁰ cuestión que las numerosas reformas al código penal no han tomado en cuenta. Esto es utilizado como argumento por los defensores de la condena alternativa en el sentido que el legislador no cree necesaria una regulación porque el desarrollo jurisprudencial es apropiado.²¹

²⁰ Críticamente Benedikt Linder (2017, p. 32); Georg Freund (2013, pp. 55 y ss.); Markus Wagner (2014, pp. 442 y ss.).

²¹ Por ejemplo, en la Primera Sala TFA (2014, p. 309) o en Pleno TFA (2017, pp. 27 y ss.).

La admisibilidad restringida de la condena alternativa fue la opinión completamente dominante en la jurisprudencia y en la doctrina hasta 2014, momento en el cual la Segunda Sala del TFA se pronunció en contra de la condena alternativa propia por inconstitucional y solicitó que las demás salas se pronunciasen sobre su ulterior aplicación. Las cuatro restantes salas se pronunciaron en favor de la figura y el Pleno del Tribunal en 2017 zanjó la discusión señalando que la condena alternativa no era inconstitucional (Helmut Satzger, 2019, pp. 91 y ss.). Evidentemente esto revivió la discusión dogmática al respecto con numerosos autores pronunciándose en favor o en contra de la condena alternativa, lo que será revisado en el siguiente apartado.

d) *Criterios de admisibilidad.* A diferencia de la condena alternativa impropia, la condena alternativa propia involucra diferentes delitos que, individualmente, no han podido ser probados de manera suficiente, pero que, alternativamente, es seguro que uno de ellos tiene lugar. Dado que existe la posibilidad de que el sujeto no haya cometido uno de los delitos, se exige una similitud entre los tipos bajo consideración, para evitar un reproche considerablemente diferente por un delito no cometido (Roland Schmitz, 2020, p. 56; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 132 y ss.; Kristian Kühn, 2017, p. 939).²² Esta similitud se concreta en los criterios de “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” y en la “identidad de núcleo del injusto”.

aa) *Equiparabilidad ético-jurídica y psicológica.* Este criterio, utilizado casi unánimemente en la jurisprudencia, no considera suficiente que los delitos sean similares desde un punto de vista jurídico-social, sino que también deben serlo desde un punto de vista personal para el autor. Por una parte, la *equiparabilidad ético-jurídica* radica en que los delitos en relación de alternatividad abarquen, según un sentimiento de justicia general, una valoración social de igual o similar entidad.²³ En especial, el presupuesto básico es que los bienes jurídicos protegidos sean iguales o, al menos, sumamente parecidos. Esto acontece, por ejemplo, entre delitos que afecten la propiedad y el patrimonio, pues ambos aluden a bienes disponibles de carác-

²² En el mismo sentido, Helmut Frister (2017, pp. 54 y ss.) Alexander Baur (2018, pp. 572 y ss.). Críticamente Joachim Hruschka (1967, p. 267).

²³ Respecto a la eventual equiparabilidad de un caso de condena alternativa entre hurto agravado, receptación y apropiación, Günther Deubner (1962, p. 22).

ter económico; o entre delitos que afecten la administración de justicia. Por otra parte, la *equiparabilidad psicológica* exige una relación mental razonablemente similar del autor con los comportamientos bajo análisis (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 145; Roland Schmitz, 2020, p. 59)

Según la jurisprudencia, se satisface este criterio entre los siguientes delitos (*cf.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 146): hurto y receptación (caso típico y más numeroso); hurto en banda y receptación en banda; hurto, receptación y apropiación; hurto y apropiación; hurto y frustración del derecho de prenda; apropiación y estafa; apropiación y administración desleal; receptación y estafa; estafa y administración desleal; entre otros. Por el contrario, se rechaza la condena alternativa al negarse el criterio de equiparabilidad en los siguientes delitos (*cf.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 147): homicidio doloso y participación en lesiones corporales; hurto y extorsión; hurto y estafa; robo y receptación; robo y apropiación; estafa y evasión de impuestos; estafa y falsificación de documentos; amenazas e injurias; entre otros.

En caso de delitos compuestos que afecten a varios bienes jurídicos simultáneamente es posible “descomponer” el delito y fundamentar la condena alternativa únicamente respecto de la “sección típica” con la que se puede establecer equiparabilidad con el otro hecho punible. Por ejemplo, dado que el robo se compone de coacción y hurto, afecta tanto la libertad como la propiedad, de manera que falta una equiparabilidad respecto de una receptación, pues esta carece de relación con el bien jurídico de libertad. Empero, es posible descomponer el robo y utilizar el hurto para establecer una condena alternativa con la receptación, ya que entre ellos existe una similitud típica suficiente.

Desde la doctrina, el criterio jurisprudencial de la equiparabilidad ha sido sumamente criticado por su indeterminación y falta de contenido. A la postre, el criterio descansaría en una cierta comparabilidad de contenidos de injusto bajo un “sentido de justicia” que no logra ser definido con precisión mediante la especificación ético-jurídica y psicológica (Herbert Tröndle, 1974, pp. 133 y ss. y Ali Norouzi, 2008, pp. 113 y ss.; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 148; Erol Pohlreich, 2016, pp. 702 y ss.; Alejandra Verde, 2016, pp. 16 y ss.; Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 73). Otros indican que el criterio lleva a resultados no deseados excluyendo la condena alternativa entre delitos suficientemente similares (Deubner 1962, pp. 22 y ss.; Deubner, 1967, p. 738; Günther Deub-

ner, 1962, pp. 22 y ss.; Günther Deubner, 1967, p. 738). El punto es que el criterio es tan difuso y sin posibilidad de crítica razonable que al final la aceptación de la condena alternativa depende simplemente del arbitrio del juez, lo cual resultaría inaceptable en un Estado de derecho democrático (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, p. 166; Volker Haas, 2016, p. 194).

bb) Identidad del núcleo del injusto. Debido a los numerosos reparos contra el criterio de la jurisprudencia, la doctrina ha pretendido fundamentar un criterio más preciso que se refiera a elementos del delito verificables, de manera de evitar la mera arbitrariedad judicial. Así, “la identidad del núcleo del injusto” apunta a una equivalencia en la afectación de ese bien jurídico o clases de bienes jurídicos habitualmente comparables (Günther Deubner, 1967, p. 738; Herbert Tröndle, 1974, p. 133; Ali Norrouzi, 2008, p. 114; *cf.* Roland Schmitz, 2020, p. 61; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 151 y ss.; Erol Pohlreich, 2016, pp. 704 y ss.) o, más concretamente, a que las normas de comportamiento quebrantadas apunten a la misma dirección (Tobias Ceffinato, 2014, p. 662). Una versión más subjetiva del criterio se refiere al disvalor de la acción y a la motivación del autor, pues el problema de la condena alternativa está en reprochar (personalmente) un delito que eventualmente no ha sido cometido, de manera que si las acciones típicas son subjetivamente equiparables, entonces el problema se disolvería (*cf.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 153 y ss.).

No obstante, las críticas se mantienen desde dos puntos de vista. Por un lado, una identidad del núcleo del injusto tampoco ofrece un criterio preciso y claro, sino que también recurre fundamentalmente a una similitud indeterminable entre los delitos. Es cierto que se basa en ideas más definidas en la dogmática penal (clases de bien jurídico, formas de menoscabo, disvalor de la acción), pero debido a la variabilidad de opiniones al respecto no se logra ofrecer una suficiente claridad (Erol Pohlreich, 2016, pp. 704 y ss.).²⁴ Por otro lado, este criterio termina extendiendo los casos de condena alternativa, pues al tratar de enfocarse en las formas de ataque al bien jurídico o en clases de bienes jurídicos similares, acepta una condena alternativa allí donde el criterio de la jurisprudencia lo rechazaría (por

²⁴ Para un resumen de las opiniones, véase Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020, pp. 150 y ss.).

ejemplo, entre hurto y estafa o extorsión y estafa) (Roland Schmitz, 2020, p. 63). De ahí que no logra superarse la problemática de delimitación entre casos admisibles e inadmisibles de condena alternativa.

V. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDENA ALTERNATIVA PROPIA

Como se planteaba más arriba, el TFA mantuvo una jurisprudencia permisiva de la condena alternativa basada en el criterio de la equiparabilidad ético-jurídica y psicológica hasta el 2014, momento en el cual la Segunda Sala se pronunció por su inconstitucionalidad. En lo que sigue, se revisarán los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios en contra de la condena alternativa (bajo a), luego se expondrán los argumentos en favor, haciendo especial énfasis en la respuesta del Pleno del Tribunal y en las recientes opiniones de la doctrina (inciso b).

1. *En contra de la condena alternativa*

a) *La opinión de la Segunda Sala.* Debido a que no pudo ser determinado con certeza si el imputado cometió hurto o receptación, el Tribunal Regional lo condenó alternativamente por hurto o receptación a la pena más leve, asumiendo la posición dominante de la jurisprudencia. Ante ello, la Segunda Sala del TFA consideró necesario analizar la constitucionalidad de la condena alternativa (propia) atendiendo a que no existiría un delito determinado y que, por lo tanto, la aplicación de una pena sobrepasaría los límites del principio de legalidad.²⁵

i) En primer lugar, la Segunda Sala indica que la figura jurídica de la condena alternativa es una creación jurisprudencial que carece de reconocimiento legal enfatizando que la opinión tradicional del TFA se basa en el criterio de la equiparabilidad ético-jurídico y psicológica entre los delitos en cuestión (c. 5 ss.). En ese sentido, el reconocimiento de la *condena alternativa debe entenderse como una excepción* a la regla procesal penal básica de que cada delito debe estar suficientemente determinado para funda-

²⁵ Segunda Sala TFA (2014, pp. 152 y ss.). En lo sucesivo se indicará simplemente el considerando respectivo entre paréntesis.

mentar una condena. Sin embargo, la aplicación cada vez más extendida de la figura ha desdibujado esta relación de regla general-excepción, lo que justifica una consideración más detenida.

ii) Las limitaciones del principio de legalidad, reconocido en la Constitución Alemana (art. 103 II), se aplican exclusivamente a los presupuestos materiales de la punibilidad, no así a las reglas procesales correspondientes. De ahí que la Segunda Sala sostenga que la condena alternativa no hace referencia sólo a una regulación procesal —como afirman los partidarios de la figura— sino que *tiene un carácter jurídico-penal material* (c. 23; Karl Kröpil, 2015, pp. 119 y ss.), por lo cual debe respetar completamente los límites impuestos por el principio de legalidad. Este punto es fundamental para la argumentación de la Sala, pues asumir un carácter puramente adjetivo de la condena alternativa implica que los reparos por legalidad quedan fuera de lugar.

Para fundamentarlo la Segunda Sala diferencia entre un derecho procesal penal y un derecho penal material: mientras el primero concierne a los presupuestos para la persecución de delitos dentro del proceso, así como su tipo y forma de ejecución, el segundo abarca la totalidad de las normas jurídicas que definen determinadas acciones como lesivas para la vida en sociedad, cuya violación significa la imposición de una pena (c. 24). Así, la condena alternativa no constituiría solamente una regla de decisión que forma parte del derecho procesal (como el *in dubio pro reo*), ya que incorpora una tercera opción a la prototípica disyunción entre condena y absolución cuando existe una alternatividad exclusiva, a saber, la condena por ambos delitos de manera alternativa.

En este sentido, la condena alternativa no conllevaría la aplicación de unas de las normas jurídico-penales bajo consideración, sino un enjuiciamiento en virtud de un núcleo de injusto común. La única forma de explicar esta condena es, por tanto, recurrir a un “delito tronco” (*Rumpfstatbestand*) que abarque ambos tipos en disputa. Esto implicaría, en la práctica, que la condena se basa en una *tercera norma no escrita en la ley*, la cual fusionaría elementos de las normas que no pueden ser aplicadas por falta de certeza procesal (c. 26; *cf.* Helmut Frister, 2017, p. 75a; Karl Kröpil, 2015, pp. 120 y ss.). La jurisprudencia trata de subsanar este problema acudiendo al criterio de la equiparabilidad ética-jurídica y psicológica, como una forma de relacionar las normas jurídicas que, en la práctica, no tienen aplicación, es decir, de llenar el vacío normativo de la tercera

norma no escrita. Así, ya el mero recurso a este criterio confirmaría el carácter material de la condena alternativa, pues una figura puramente procesal no requeriría un criterio de delimitación (c. 28).

iii) El principio de legalidad establecido en la Constitución no reconoce límites que permitan la excepción desarrollada por la jurisprudencia. A este respecto, resulta indiferente que una eventual condena alternativa pueda basarse en argumentos de justicia material, pues el principio constitucional simplemente no podría ser restringido mediante una creación jurisprudencial (c. 31 y ss.). De tal forma, a partir de una adecuada interpretación del principio de legalidad, la colisión de principios que justificaría una aceptación restringida de la condena alternativa no llega ni siquiera a entrar en consideración. En definitiva, la condena basada solamente en consideraciones alternativas implicaría una *infracción evidente contra el principio de legalidad*, pues pretende hacer una excepción donde es inaceptable hacerla.

iv) En último término, la Segunda Sala también alude al *principio de culpabilidad*, pues la ley no sólo define bajo qué presupuestos se debe imponer una pena, sino también según cuáles principios rectores debe determinarse la pena dentro del marco señalado por la ley. De ahí que una pena específica conforme a la culpabilidad del autor no podría deducirse de una comparación general entre los marcos penales de normas alternativas, pues siempre debe tenerse presente el determinado comportamiento ejecutado y correspondiente culpabilidad por él (c. 35). En otras palabras, si no puede determinarse qué injusto fue cometido y qué norma es pertinente, entonces la determinación de la pena carece de cualquier punto de referencia para su concretización, lo cual vulneraría el principio de culpabilidad (también Markus Wagner, 2014, p. 442; críticamente al respecto Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 470).

b) *La doctrina reciente en contra de la condena alternativa*. Recogiendo los reparos planteados por la Segunda Sala, una tendencia doctrinaria reciente bastante extendida ha asumido con fuerza un rechazo a la condena alternativa basándose en los siguientes argumentos.²⁶

²⁶ Adicionalmente a los argumentos generales a explicar, también pueden observarse argumentos que apuntan directamente a la descripción típica de determinados delitos; sobre el hurto y la receptación véase Kyriakos Kotsoglou (2015, pp. 349 y ss.; 2017, pp. 206 y ss.).

i) En virtud de una justificación de prevención general positiva, la pena es la reacción por un comportamiento incorrecto desde un punto de vista jurídico-penal, mediante la cual la sociedad en su conjunto declara que la infracción de la norma por parte del sujeto no tiene validez general y se puede seguir confiando en el ordenamiento jurídico. Empero, la conducta antijurídica del autor está dirigida concretamente a una norma determinada que pone en entredicho: la comisión de un hurto no implica una afectación de la prohibición del homicidio o de la receptación, sino únicamente un cuestionamiento de la validez de la prohibición del hurto. De la misma forma, la respuesta institucional mediante una pena también debe ser igual de precisa (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, pp. 164 y ss. Georg Freund, 2013, pp. 39 y ss.).²⁷ La pena contra un hurto expresa que la sociedad no acepta el específico comportamiento de sustracción con ánimo de apropiación. *El veredicto de culpabilidad* (y las consecuencias adicionales derivadas) *debe ser lo suficientemente preciso* para que el significado, también preciso, de la conducta antijurídica del sujeto quede neutralizado.

De tal manera, si el sujeto comete un hurto, pero es hecho responsable por parte de la sociedad por infringir la prohibición de la receptación, entonces se refuerza una norma que no ha sido atacada ni puesta en entredicho por su conducta (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, p. 165). Lo decisivo es confirmar la vigencia de la norma específica que fue quebrantada por el sujeto; una consideración abstracta de un ataque en contra del ordenamiento jurídico en general es demasiado impreciso para entender adecuadamente el significado de la conducta antijurídica. De ahí que la fundamentación de la pena ya implica una determinación inequívoca de los hechos por los cuales se debe hacer responsable al sujeto, lo que se opone directamente a una condena basada en la mera alteratividad de leyes penales.

Este argumento se basa en la importancia del veredicto de culpabilidad como acto comunicativo principal en la reacción institucional contra un comportamiento antijurídico (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015b, p. 717; Volker Haas, 2016, pp. 192 y ss.). Como veremos, los defensores de la condena alternativa critican que es la imposición de la pena (y no el

²⁷ En el mismo sentido Helmut Frister (2017, p. 81). Cfr. Sören Lichtenthäler (2018, pp. 186 y ss.).

mero veredicto de culpabilidad) la que se opone comunicativamente a la puesta en entredicho del ordenamiento por parte del autor.

ii) Una de las principales discusiones sobre la condena alternativa está en su caracterización como regla procesal, que la haría inmune a los problemas de constitucionalidad, o como regla material (o mixta), que la somete a los límites del principio de legalidad. Recogiendo la crítica de la Segunda Sala, los autores contrarios a su admisibilidad sostienen que *no puede asumirse un carácter puramente procesal de la condena alternativa*.

El carácter meramente procesal de la condena alternativa se basaría en el hecho de que, desde un punto de vista material, no existen dudas en que el sujeto ha cometido efectivamente uno de los delitos en cuestión de manera alternativa (Jürgen Wolter, 2013, p. 274). Por lo tanto, la norma jurídico-penal que entra en consideración estaría completamente determinada dentro de los límites del principio de legalidad. Por ejemplo, en el ejemplo prototípico, tanto el tipo del hurto como el tipo de la receptación cumplen con los estándares del mandato de determinación. El problema es que la condena alternativa no trata simplemente sobre una pregunta de prueba, pues fuerza la condena del sujeto en circunstancias en que normalmente se plantearía su absolución (Markus Wagner, 2014, p. 441; Volker Haas, 2016, p. 191; Kyriakos Kotsoglou, 2015, pp. 360 y ss.). Dado que esta figura es la que fundamenta la posibilidad de la condena al sujeto cuando se cumplen con sus presupuestos, entonces evidentemente no se trata de una regla meramente procesal.

Una buena comparación al respecto es el *in dubio pro reo*, el cual indiscutiblemente tiene un carácter (meramente) procesal: este principio ordena la absolución cuando no se puede determinar, más allá de una duda razonable, la realización de un tipo. De tal manera, el *in dubio pro reo* viene a completar la regla establecida por el artículo 103 II de la Constitución alemana, que establece que un hecho sólo puede ser castigado —es decir, sólo se puede *condenar*— cuando la punibilidad fue determinada por la ley (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, p. 169). En otras palabras, la inseguridad sobre los hechos tiene que ser interpretada en favor del imputado y, por lo tanto, se le debe absolver. Por consiguiente, el *in dubio pro reo* es sólo una regla de decisión procesal, porque no interviene en la valoración de los hechos por parte del tribunal, simplemente manda absolver en caso de dudas. Por el contrario, en la condena alternativa, no están

satisfechos los presupuestos para imponer una pena, pues no puede formularse un veredicto de culpabilidad de forma inequívoca.

De tal forma, y en el sentido de la argumentación de la Segunda Sala, la condena alternativa estaría ligada necesariamente a una “tercera norma” ajena a los delitos en cuestión que justifique materialmente la condena (Markus Wagner, 2014, pp. 441 y ss.; Sören Lichtenthäler, 2018, p. 184; Alejandra Verde, 2016, pp. 20 y ss.). Esta nueva norma de sanción establecería que, aun cuando no se logre determinar con claridad la culpabilidad de un sujeto por un delito, su estatus por defecto (inocente) sería revertido si se cumplen los requisitos de la figura, en especial el criterio de equiparabilidad (Kyriakos Kotsoglou, 2015, pp. 361 y ss.). Si no se cumplen tales requisitos, entonces el estatus por defecto se mantiene incólume y la condena es inalcanzable siendo forzosa la absolución.

Por supuesto, el argumento alcanza su punto decisivo al hacer notar que esta “tercera norma” carece de reconocimiento legal y, por ello, usarla como fundamento de una condena infringe el principio de tipicidad: al igual que la pena no puede basarse en la costumbre jurídica, tampoco puede hacerlo en creaciones jurisprudenciales.

iii) Recurrir a una tercera norma no reconocida en la ley para justificar la condena alternativa también constituiría una infracción del principio de *división de poderes*. El legislador es el encargado de determinar no sólo si un determinado comportamiento está prohibido, sino también todas los presupuestos que permiten la imposición de una pena. Eso se concreta naturalmente en el principio de tipicidad. Por consiguiente, la aplicación de una regla jurisprudencial que fundamenta la pena implica también un reemplazo de la función del legislador (Benedikt Linder, 2017, p. 318; Georg Freund, 2013, p. 43).

Incluso el criterio de equiparabilidad que condiciona la aplicación de la condena alternativa es, en este sentido, problemático, porque la evaluación de la desaprobación social por la comisión de un delito no dependería de factores determinados por el legislador, sino únicamente por el desarrollo jurisprudencial de la figura.²⁸ Que este criterio sea tan incierto

²⁸ Por ejemplo, el legislador ha indicado expresamente que el hurto violento o la extorsión violenta “se castigan igual que un robo” (párrafos 252 y 255), lo cual debe entenderse como una comparación del injusto de los delitos entregada por el legislador. *Cf.* Benedikt Linder (2017, p. 318).

—en el sentido de una “fórmula vacía”— conduce en la práctica a que el juez cumpla la función de legislador al establecer los presupuestos de la imposición de una pena.

iv) No sólo el principio de tipicidad sino también el *mandato de determinación* estaría afectado por la admisibilidad de la condena alternativa. Una de las funciones del principio de legalidad (en la llamada función de orientación) es asegurar que el ciudadano pueda pronosticar con relativa certeza la imposición de una pena al cometer un determinado delito. De tal forma, puede adaptar libremente su comportamiento en pos del seguimiento de la norma, lo que justifica un reproche personal cuando actúa en contra de ella (Erol Pohlreich, 2016, pp. 688 y ss.; Georg Freund, 2013, pp. 41 y ss.). Pero si no está determinado qué resulta prohibido o permitido, entonces el sujeto carece del criterio para orientar su conducta y, por lo tanto, no se le puede exigir que se comporte conforme a derecho.

Por un lado, y de manera evidente, esto implica que los criterios a utilizar por el juez tienen que ser lo suficientemente precisos para permitir un pronóstico razonable del resultado. Así, dejar la decisión al arbitrio del juez infringe el mandato de determinación, pues ya no es posible determinar qué casos serán aceptados y qué casos serán rechazados al aplicar el criterio. Esto es lo que sucedería con el criterio jurisprudencial de “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” que define los casos admisibles de condena alternativa (Ali Norouzi, 2008, pp. 490 y ss.; Erol Pohlreich, 2016, pp. 705 y ss.).

Pero, por otro lado, el mandato de determinación también conlleva lagunas de punibilidad en donde la mera referencia a la justicia material demandaría un castigo. Pues exigir un cierto grado de determinación de los tipos para castigar implica que algunos casos reprochables desde un punto de vista de justicia van a quedar fuera del ámbito aceptado por el principio. Es decir, el mandato de determinación se caracteriza ya por un equilibrio entre justicia material y formal con el objetivo de que la ley sirva de orientación al ciudadano (Benedikt Linder, 2017, pp. 316 y ss.). Los límites propios de un Estado de derecho encierran la posibilidad de que algunas injusticias queden sin castigo.

De tal forma, puede ser cierto que los casos de condena alternativa demandarían la imposición de una pena desde el punto de vista de justicia para el caso concreto, empero ello no puede conducir a fundamentar una condena. El principio de legalidad funciona aquí como un lími-

te que establece las condiciones de legitimidad en que ese “sentimiento de justicia material” tiene que concretarse institucionalmente.

Las lagunas de punibilidad por exigencias del Estado de derecho no son desconocidas en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la prescripción de la acción penal o las infracciones del debido proceso que conducen a una imposibilidad de utilizar ciertos medios de prueba conllevan una no satisfacción de la justicia material, pero que está justificada (Benedikt Linder, 2017, p. 317; Markus Wagner, 2014, p. 442). De ahí que la absolución en casos de condena alternativa no tendría que ser sorprendente; es simplemente un resultado de los límites del *ius puniendi*.

v) Además, se ha planteado que el reconocimiento de la figura de condena alternativa podría conducir a una afectación del *principio de investigación*, el cual señala que el tribunal debe utilizar todos los medios de prueba necesarios para averiguar la verdad de los hechos (párrafo 244 II del CPP). A pesar de que unos de los presupuestos de la condena alternativa es el agotamiento de los medios de prueba, su admisibilidad conlleva dos peligros. Por un lado, parece evidente que, ya teniendo probada la alternatividad de hechos y delitos, el tribunal pueda verse tentado a omitir cualquier otro medio de prueba, pues ya está asegurada una condena (Benedikt Linder, 2017, p. 320).²⁹ Este efecto colateral en la práctica sería sumamente perjudicial para la finalidad procesal de averiguación de la verdad material, pues el incentivo estaría puesto simplemente en que el tribunal probara solamente lo necesario para una condena alternativa.

Por el otro lado, una condena alternativa presupone necesariamente un mayor riesgo de error del tribunal al decidir el caso concreto (Erol Pohlreich, 2016, pp. 694 y ss.). Dado que la condena alternativa supone una determinación no inequívoca de los hechos, ya que basta que se pruebe que uno de varios delitos ha sido cometido, la probabilidad de que el juez se equivoque al revisar la prueba y condene a un inocente se incrementa sustancialmente. Los criterios jurisprudenciales de similitud entre los delitos pretenden mantener a raya este riesgo, pero el incremento del peligro de error no puede ser negado.

²⁹ Al respecto Erol Pohlreich (2016, p. 696) plantea que la condena alternativa pueda ser usada indebidamente como medio para “un trato poco estricto o indulgente de los medios de prueba”.

vi) A pesar de que no está regulada expresamente en la Constitución Alemana, la *presunción de inocencia* ha sido entendida unánimemente como consecuencia del principio básico del Estado de derecho (Constitución, art. 20) y se encuentra recogida en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6 II). La presunción de inocencia rige mientras no haya sido probada la realización antijurídica y culpable de todos los elementos de un determinado tipo (y otros presupuestos de punibilidad), de tal forma que el conocimiento de que el sujeto ha cometido *algún* delito no logra todavía revertirla (Volker Haas, 2016, p. 194).

En ese sentido, los detractores de la condena alternativa sostienen que la figura conllevaría una pena únicamente basada en una sospecha y que, por tanto, infringiría la presunción de inocencia (Volker Haas, 2016, pp. 194 y ss.; Erol Pohlreich, 2016, p. 707; Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, pp. 165 y ss.).³⁰ Pues la constatación de que un sujeto ha cometido (alternativamente) uno de dos delitos implica la mera constatación de una sospecha. No hay certeza de que el sujeto haya en efecto realizado el delito A o que haya realizado el delito B, sólo se asume que ha cometido uno de ellos bajo una consideración general de los hechos.

Ahora bien, la búsqueda de similitud entre los delitos para justificar la condena alternativa no constituye un motivo suficiente para refutar la presunción de inocencia. Ya que no se ha probado que el sujeto ha cometido un *determinado* delito, entonces debe seguir suponiéndose que no es culpable y, por lo tanto, no puede fundarse una condena (Volker Haas, 2016, p. 194; Erol Pohlreich, 2016, p. 709). Una condena significaría aquí que se castiga simplemente la sospecha de que el sujeto ha cometido un *determinado* delito, lo cual es inaceptable en un Estado de derecho.

En ciertas ocasiones, se acepta una restricción de la presunción de inocencia, pero tal excepción tiene que estar regulada explícitamente en la ley como símbolo inequívoco de que el legislador tomó en cuenta la sospecha (Erol Pohlreich, 2016, p. 709).³¹ Sin embargo, el desarrollo meramente jurisprudencial de la condena alternativa impide fundamentar aquí

³⁰ En este sentido también Kyriakos Kotsoglou (2015, pp. 352 y ss.; 2017, p. 210) plantea que una solución a los problemas de constitucionalidad de la condena alternativa sería la aceptación de una “presunción de culpabilidad”.

³¹ Pohlreich indica que el Tribunal Constitucional alemán aceptó una limitación a la presunción de inocencia en casos en que la ley obligaba al juez a realizar una valoración de la situación basada en una sospecha (párrafo 153 II del CPP).

una excepción legítima de la presunción de inocencia. Las penas por sospecha no pueden ser aceptadas y los casos de condena alternativa parecen ser un ejemplo de ellas.

2. *En favor de la condena alternativa*

a) *La opinión de las demás Salas y del Pleno.* Como respuesta a la opinión de la Segunda Sala, el resto de las Salas debió pronunciarse sobre la admisibilidad de la condena alternativa y, finalmente, en 2017 el Pleno del Tribunal zanjó la discusión al respecto rechazando el alegato de inconstitucionalidad.³² Para ello, se basaron en los siguientes argumentos:

i) En primer lugar, se afirma categóricamente *el carácter procesal de la regulación de la condena alternativa* entendiéndola únicamente como una regla de decisión procesal, de manera que no quedaría limitada por el principio de legalidad.³³ Aquí no se determina qué es lo que se castiga, sino simplemente en qué manera tiene que reaccionar procesalmente el tribunal ante la satisfacción de los presupuestos respectivos: en sentido figurado, se argumenta que la condena alternativa no tiene que ver con el “si” (=si un delito tiene lugar), sino con el “cómo” (=cómo se decide en este caso).³⁴ A este respecto, se la vincula directamente con el *in dubio pro reo* planteando una excepción a su aplicación cuando concurren situaciones de hecho alternativas

ii) El argumento continúa enfatizando que la condena alternativa *no implica recurrir a una tercera norma no escrita*, pues los tipos penales bajo consideración fueron establecidos por el legislador de manera suficientemente precisa. Por lo tanto, en estos casos, el que decide sobre el comportamiento punible es el legislador, nunca el juez, quien solo aplica lo indicado en la

³² Véase un análisis de esta sentencia en Hans Kudlich (2017, pp. 870 y ss.); Alexander Baur (2018, pp. 570 y ss.). Sobre la relevancia procesal de esta sentencia Markus Wagner (2014, pp. 437 y ss.).

³³ Primera Sala del TFA (2014, p. 308); Tercera Sala del TFA (2014, p. 39); Cuarta Sala del TFA (2014, p. 41); Quinta Sala del TFA (2014, p. 307); Pleno del TFA (2017, p. 14). En contra Kyriakos Kotsoglou (2015, pp. 359 y ss.).

³⁴ Tercera Sala del TFA (2014, p. 39).

ley.³⁵ El presupuesto básico de la condena alternativa es que, al considerar la totalidad de la situación, un tipo penal necesariamente resulta satisfecho en su totalidad. De ello el tribunal está convencido, de manera que no decide condenar por una conducta cuyo castigo no esté previsto con anterioridad por el legislador.

De ahí que la garantía que emana del principio de legalidad de que *el ciudadano pueda prever el castigo* al momento de ejecutar la conducta no se vea afectada.³⁶ Pues el sujeto sabe qué conductas están prohibidas por el legislador, por lo que sabe qué conductas debe omitir para actuar conforme a derecho. En el ejemplo típico, el sujeto sabe con certeza que el hurto y la receptación están prohibidas, por lo que puede prever un castigo en caso de que infrinja alguna de esas normas con su comportamiento. La condena alternativa, por lo tanto, no “sorprende” al sujeto, sino simplemente confirma la idea de que la realización de los delitos en cuestión conduce a la imposición de una pena.

Asimismo, la condena alternativa tampoco implicaría recurrir a un tipo global o más amplio que abarque las normas bajo consideración, cuestión que infringiría la prohibición de analogía, pues este carece de reconocimiento legal. Más bien, la condena alternativa castiga efectivamente el quebrantamiento de una de las normas indicadas, pero dado que no se logra probar qué delito específico se ve realizado, se recurre a una valoración alternativa de las circunstancias.³⁷ Y, por consiguiente, *tampoco se infringe la presunción de inocencia*, porque aquí es completamente seguro que el imputado ha cometido uno de los delitos, lo que en ningún caso puede entenderse como una pena por mera sospecha:³⁸ aquí hay seguridad respecto de la realización de uno de los delitos.

iii) Ante el pronunciamiento de la Segunda Sala, también emitió su opinión el Ministerio Público solicitando la admisibilidad de la condena alternativa, pero planteando que una limitación en base a la “equiparabilidad ético-normativa y psicológica” resultaría inadecuada. En la práctica, por lo tanto, el Ministerio Público pretendía volver al momento

³⁵ Primera Sala del TFA (2014, p. 309); Cuarta Sala del TFA (2014, p. 40); Pleno del TFA (2017, p. 18).

³⁶ Primera Sala del TFA (2014, pp. 309 y ss.); Cuarta Sala del TFA 2014, p. 40; Pleno TFA (2017, p. 19).

³⁷ Cuarta Sala del TFA (2014, p. 40).

³⁸ Pleno del TFA (2017, p. 22); Tercera Sala del TFA (2014, p. 40).

en que la condena alternativa estuvo regulada explícitamente en la ley sin restricción alguna. Sin entrar en demasiados detalles, el Pleno del TFA indicó explícitamente que *el criterio de la equiparabilidad aplicado por la jurisprudencia debe ser mantenido*.³⁹ Lo decisivo es la valoración jurídico-social y el vínculo interno del sujeto respecto de los delitos en cuestión.

En todo caso, se enfatizó que este criterio no opera como fundamento, sino únicamente como un límite a la admisibilidad de la condena alternativa.⁴⁰ Ello implica que se establece un límite de carácter material a una figura procesal, lo cual no resultaría contradictorio ni inadecuado, pues el límite va en beneficio del imputado.

iv) Solamente el Pleno del Tribunal —es decir, ninguna de las salas por separado— argumenta en la línea del principio de justicia para el caso concreto. La absolución del imputado en virtud de la aplicación estricta del *in dubio pro reo* sería simplemente incompatible con los mandatos irrenunciables de la justicia, ya que con seguridad no tiene lugar una conducta conforme a derecho del imputado.⁴¹ Este punto es importante, pues aquí se encuentra el fundamento de la figura: en este caso, *absolver es injusto*.

v) Finalmente, se plantea que la condena alternativa puede apoyarse en una *aceptación tácita del legislador* que se observa al analizar las últimas reformas al código penal. En primer lugar, se insiste en que el reconocimiento legal de la condena alternativa en 1934 no encierra un ideario nacionalsocialista.⁴² El Tribunal del Reino ya había aceptado previamente la figura y, además, existen otros ordenamientos jurídicos que también hacen el mismo reconocimiento legal, de manera que no puede aceptarse un origen nazi que mancharía el fundamento de la figura.

A partir de la derogación del párrafo 2b, el legislador ha permitido el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la condena alternativa, teniendo numerosas oportunidades para regularla o limitarla explícitamente. De ello se puede interpretar una aceptación tácita por su parte acerca del fundamento y límites de la condena alternativa. A este respecto, el Ple-

³⁹ Pleno del TFA (2017, p. 34).

⁴⁰ Primera Sala del TFA (2014, p. 308); Tercera Sala del TFA (2014, pp. 39 y ss.); Pleno del TFA (2017, p. 21). En contra, Kyriakos Kotsoglou (2015, p. 364).

⁴¹ Pleno del TFA (2017, p. 24). En el mismo sentido, Ramón Ragues (2018, p. 31); Alexander Baur (2018, pp. 571 y ss.).

⁴² Primera Sala del TFA (2014, p. 309); Pleno del TFA (2017, p. 26). En el mismo sentido, Carl-Friedrich Stuckenberg (2014, pp. 465 y ss.); Karl-Heinz Nüse (1953, p. 41).

no del Tribunal ejemplifica que en la regulación relativamente reciente de la apropiación (párrafo 246) como del lavado de dinero (párrafo 261), ambas de 1998, el legislador no se ha manifestado en contra de la condena alternativa, a pesar de que ha tomado en consideración una eventual pospendencia.⁴³ Aquí no puede encontrarse una voluntad contraria del legislador a la figura, lo que apoya su admisibilidad.

b) *La opinión “tradicional” en la doctrina.* Es posible identificar dos corrientes doctrinarias que abogan por la admisibilidad de la condena alternativa. La primera postura desarrolla los argumentos enunciados por la jurisprudencia; la segunda asume algunas ideas de la posición contraria reinterpretando ciertos principios para llegar a una opinión de admisibilidad.

i) La postura que denominaré “tradicional”, pues se alinea con los argumentos aceptados históricamente y que ha sido defendida últimamente por *Stuckenberg*, parte de la base de que la condena alternativa hace referencia a una *regla procesal de decisión*. Este tipo de reglas de decisión cumplen con la función de vincular una determinada averiguación procesal con una consecuencia jurídica procesal (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 462; Jürgen Wolter, 2013, pp. 273 y ss.). Una aplicación fundamental de las reglas de decisión se observa en el caso de que, luego de agotarse los medios de prueba, no pueda establecerse inequívocamente la situación de hecho, de manera que reglas de decisión no escritas indiquen lo que el tribunal debe realizar. Por ejemplo, si las variantes satisfacen la misma ley penal, se da un caso de condena alternativa impropia que justifica una condena inequívoca, o si los hechos satisfacen diferentes tipos penales que se encuentran en relación escalonada, entonces debe condenarse por la pena menos intensa (*in dubio mitius*). Si los hechos satisfacen varios tipos penales de manera alternativa, entonces se abre la posibilidad de una condena alternativa propia.

Por tanto, es cierto que la condena alternativa vincula una determinada situación procesal con una determinada decisión, pero esa es precisamente la función de una regla procesal de decisión. Todas las normas del derecho procesal cumplen la tarea de posibilitar una consecuencia jurídica cuando se satisfacen los presupuestos de un tipo material (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 468; el mismo, 2015, p. 716). De ahí que el

⁴³ Pleno del TFA (2017, pp. 27 y ss.).

reclamo de que la condena alternativa decide la situación no puede ser un argumento en favor de su carácter material.

Asimismo, plantear que el criterio de “equiparabilidad ético-normativa y psicológica” es material y que, por lo tanto, la condena alternativa también lo sería, es un argumento equivocado. El derecho procesal realiza valoraciones mediante criterios materiales, pero evidentemente ello no niega su carácter procesal (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 470).⁴⁴ No es posible exigir una delimitación absoluta entre derecho material y procesal, pues sus funciones están interconectadas en aras de determinar una conducta antijurídica e imponer un castigo.

ii) Un importante argumento de los opositores a la condena alternativa radica en que el veredicto de culpabilidad debe ser preciso y, por lo tanto, referirse a un delito determinado, pues solo de esa manera se expresa comunicativamente el reproche contra el sujeto y se confirma la vigencia de la norma quebrantada.⁴⁵ Sin embargo, los partidarios de la figura plantean que el presupuesto del argumento es erróneo: la pena —no el veredicto de culpabilidad— constituye la reacción estatal en contra de la conducta antijurídica del sujeto. Por el contrario, *el veredicto de culpabilidad* es simplemente la confirmación de que el sujeto ha realizado una conducta contraria al ordenamiento y, por consiguiente, *no forma parte de la pena estatal* (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 714).⁴⁶ La respuesta que expresa la reprobación de la sociedad por la conducta se encuentra únicamente en el castigo, no en el veredicto de culpabilidad.

Esto se puede observar analizando la posición lógica del veredicto de culpabilidad en un silogismo que muestre la necesidad de una pena: la premisa mayor indica que la comisión de un delito X conlleva una pena Y (ambos indicados en la ley); la premisa menor es la determinación de que

⁴⁴ Aquí Stuckenberg indica otras figuras procesales que también utilizan criterios de aplicación materiales, a saber: la determinación de competencia de un tribunal (párrafos 1 y ss. del CPP), la realización de un nuevo juicio en favor del condenado (párrafos 359 y ss. del CPP) o el sobreesimiento por delitos de bagatela (párrafo 153 del CPP). También Carl-Friedrich Stuckenberg (2017, p. 816). En el mismo sentido Jürgen Wolter (2013, pp. 273 y ss.).

⁴⁵ Véase sección bb.i) del apartado anterior.

⁴⁶ En favor de la condena alternativa, pero en contra de esta idea, Jan Schuhr (2014, p. 439). En contra de esta idea y en contra de la condena alternativa, Volker Haas (2016, pp. 192 y ss.).

un sujeto ha cometido el delito X; y la conclusión es la imposición de la pena Y al sujeto (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 714). El veredicto de culpabilidad se enmarca en la premisa menor, esto es, enuncia que el sujeto ha cometido el delito indicado en la premisa mayor. De ahí que el veredicto de culpabilidad no puede ser la pena, pues cumple una función diferente. Decir que alguien cometió un delito no significa castigarlo, sino sentar las bases para ese castigo.

Por consiguiente, de acuerdo con el principio de legalidad, la pena debe ser determinada; sería inadmisibles condenar a una privación de libertad de un año o de tres años. Sin embargo, el veredicto de culpabilidad no requiere referirse únicamente a un delito determinado (Tobias Ceffinato, 2014, p. 663), pues no constituye pena. Entonces, no existiría problema en que la condena se base en una alternatividad de hechos y delitos.

iii) Respecto de la objeción de la “tercera norma no escrita”, los partidarios de la condena alternativa —junto a la jurisprudencia— plantean que en estos casos no se crea una nueva norma, sino que simplemente se aplican las leyes en cuestión de manera alternativa (Tobias Ceffinato, 2014, p. 664; Karl-Heinz Nüse, 1953, p. 38). Si lo relevante es que el ciudadano pueda prever adecuadamente la amenaza de pena al momento de ejecutar la conducta, entonces debe hacerse evidente que la imposición de una *condena alternativa en ningún caso* va a implicar la imposición de una consecuencia jurídica que *resulta imprevisible al sujeto* (Ramón Ragues, 2018, pp. 25 y ss.; Jan Schuhr, 2014, p. 440).

Pensemos en un caso de condena alternativa entre hurto y receptación, en donde se desconoce si el sujeto sustrajo la cosa o simplemente la compró al ladrón, por lo que se condena por hurto o receptación y se impone la pena (menos intensa) de la receptación. Aquí existen entonces sólo dos posibilidades: o bien el tribunal “acierta” y aplica al sujeto la pena del delito cometido, ya que este efectivamente compró una cosa robada; o bien el tribunal “se equivoca” (es decir, el sujeto efectivamente sustrajo la cosa) y condena por el delito menos grave no cometido. Sin embargo, el hecho efectivamente cometido, por un lado, es materialmente similar respecto del cual se condena (criterio de equiparabilidad) y, por otro, abarca necesariamente una pena más intensa, de manera que el sujeto no pue-

de alegar que la pena concreta le resultaba imprevisible (Ramón Ragues, 2018, p. 26).⁴⁷

Bajo esta comprensión, la condena alternativa tampoco afecta la prohibición de analogía (Tobias Ceffinato, 2014, pp. 663 y ss.; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 470, Jan Schuhr, 2014, p. 439), ni constituye una condena por sospecha (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 716; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2017, p. 816; Jürgen Wolter, 2013, pp. 276 y ss.) que puede conducir un derecho penal de autor (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 715):⁴⁸ en ningún caso se crea una nueva norma no reconocida en la ley, sino que simplemente se aplican (de manera alternativa) normas dictadas legítimamente por el legislador.

c) *La opinión “lógica”*. i) La posición que denominaré “lógica”,⁴⁹ y que es defendida por *Schuhr*, asume un punto de partida diferente. A diferencia de la posición tradicional, la admisibilidad de la condena alternativa no es una pregunta de ponderación entre diversos principios, sino una pregunta por el alcance de los principio de legalidad e *in dubio pro reo* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 9). Por ello, de forma similar que la posición contraria a la condena alternativa, la referencia a la justicia del caso concreto no es relevante, pues el principio de legalidad rige absolutamente, sin que se pueda reconocer un conflicto con la justicia material que justifique una ponderación o búsqueda de un término medio. Asimismo, tam-

⁴⁷ Aquí Ramón Ragues, plantea que sería problemático si el sujeto desconoce la norma efectivamente aplicada, pero indica que ello debería resolverse en sede de error de prohibición y que no afectaría la validez de la condena alternativa.

⁴⁸ Algunos autores (como Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, pp. 165, 169 y ss.) indican que la aplicación de la condena alternativa implica un castigo no por una conducta del sujeto, sino directamente a su persona. Stuckenberg considera que la utilización de la idea de “derecho penal de autor” está completamente fuera de lugar, pues aquí el tribunal está convencido que el sujeto (con su comportamiento) ha cometido o bien el delito X o bien el delito Y.

⁴⁹ Tempranamente Hruschka también intentó analizar los casos de condena alternativa a partir de una lógica normativa. Fundamental al respecto Joachim Hruschka (1979, pp. 638 y ss.), en donde analiza todas las posibilidades lógicas de ocurrencia y no-ocurrencia de dos situaciones de hecho; Joachim Hruschka (1967, pp. 265 y ss.), en donde identifica las constelaciones a discutir bajo el término general de “condena alternativa”, y Joachim Hruschka (1982, pp. 321 y ss.) en donde diferencia y fundamenta la condena alternativa propia e impropia. En un sentido similar Jan Joerden (1984, pp. 252 y ss.). Un intento también en este sentido en Sören Lichtenthäler (2016, pp. 182 y ss.).

poco sería problemático otorgar a la condena alternativa un carácter material (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2014, p. 19c).

En primer lugar, al momento de analizar la condena alternativa, es necesario diferenciar entre el ámbito de las normas de comportamiento y el de las normas de sanción. En el marco de las *normas de comportamiento*, la condena alternativa alude a la concurrencia de dos o más prohibiciones o mandatos.⁵⁰ Que se prohíban dos conductas en un determinado ordenamiento puede ser reformulado lógicamente como una prohibición (combinada) de ambas conductas (Jan Schuhr, 2014, p. 437). Es decir, A está prohibido y B está prohibido es igual a que A y B están prohibidos. Esta prohibición (combinada) se verá infringida cuando un sujeto realice alguna de las dos conductas (A o B). De ahí que una conjunción lógica de prohibiciones (prohibición 1 y prohibición 2) se corresponde con una disyunción lógica de formas de conducta (conducta A o conducta B) (Jan Schuhr, 2014, p. 437, *cf.* Volker Haas, 2016, p. 191). Dado que esta reformulación no afecta el contenido de las prohibiciones, en ningún caso se ve afectado el principio de legalidad.

Una condena alternativa implica que se ha cometido, sin lugar a duda, uno de dos delitos, pero no se sabe cuál de ellos. En esta situación resulta pertinente, por lo tanto, una prohibición combinada de ambos comportamientos, pues —independiente de que no se sepa cuál de los delitos ha sido efectivamente cometido— es posible indicar con seguridad que la prohibición combinada ha sido infringida por el autor. Esto no resultaría problemático desde el principio de legalidad, pues aquí no existe una creación jurisprudencial de una norma jurídico-penal, sino una aplicación elemental de lógica normativa para la creación de una norma combinada (Jan Schuhr, 2014, p. 438; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 14).

Ahora bien, en el ámbito de las *normas de sanción*, se determina si la infracción de una norma de comportamiento conlleva una amenaza de pena, lo cual implica la consideración de elementos adicionales (por ejemplo, en los delitos con condición objetiva de punibilidad). Según Schuhr, resulta admisible trasladar la argumentación en el marco de las normas de comportamiento al de las normas de sanción: si debe castigarse la comisión del delito A cuando ella ha sido comprobada de manera inequí-

⁵⁰ Para efectos de simplicidad en la argumentación, asumiremos que solamente concurren dos prohibiciones.

voca y debe castigarse la comisión del delito B cuando también ha sido probada, entonces también debe castigarse cuando el delito A o el delito B han sido cometidos y el delito A o el delito B son comprobables inequívocamente (Jan Schuhr, 2014, p. 438; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 14a).⁵¹ Por lo tanto, si se cumple el presupuesto de que el tribunal está convencido de que el sujeto ha cometido uno de los dos delitos, entonces no hay impedimentos para la condena alternativa desde el punto de vista del principio de legalidad

ii) Respecto de las críticas de la Segunda Sala y de la doctrina reciente contra la condena alternativa, *Schuhr* plantea que tal opinión parte de la base de una comprensión diversa de los tipos penales que se aleja de la idea de que la ley contiene normas de sanción cuya realización presupone una infracción imputable y culpable de una norma de comportamiento. Por el contrario, tal posición asumiría un concepto material del injusto, en el sentido que lo relevante no es la infracción de una norma de comportamiento, sino la *realización de un injusto determinado por la ley* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 15a).⁵² Bajo esta comprensión, el legislador construiría clases o formas de injusto delimitados en uno o varios delitos, por ejemplo, el injusto del hurto o de la estafa. El presupuesto de la pena estaría entonces no en la lesión imputable de un deber (por infracción de la norma de comportamiento), sino en la realización de esa clase de injusto señalada en la ley. De tal modo, la formación de conexiones lógicas disyuntivas entre normas resultaría inadmisibles, porque la ley declararía algo diferente con cada tipo penal, de manera que su combinación afectaría la valoración que ha hecho el legislador respecto de cada injusto.

Sin embargo, esta aproximación a la labor del legislador no es convincente: este no crea injustos determinados, sino que simplemente castiga ciertos comportamientos cuando ellos son realizados de manera imputable. La referencia al injusto es siempre indirecta, pues las normas de sanción hablan de comportamientos, no de un injusto en abstracto (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 17a y ss.). De tal manera, recurrir a nor-

⁵¹ En contra Volker Haas (2016, pp. 191 y ss.); Sören Lichtenthäler (2016, pp. 184 y ss.).

⁵² Un ejemplo de lo planteado por Schuhr se encuentra en Helmut Frister (2017, 85 y ss.).

mas de comportamiento es una mejor interpretación de la labor que realiza el legislador al tipificar conductas.

iii) No obstante, que la condena alternativa sea admisible, no quiere decir inmediatamente que sea necesaria o que pueda aplicarse sin condiciones. Respecto de la necesidad de que un comportamiento deba ser probado, *Schuhr* sostiene que, a partir del principio de legalidad, solamente se deriva la condición de que *el hecho por el que se condena* tenga que estar probado (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 18). Por lo tanto, no se requeriría que esté probado cada uno de los delitos en cuestión, lo cual resulta compatible con la condena alternativa.

Una condición de prueba específica a cada delito resulta posible, pero implica una serie de preguntas problemáticas respecto de la forma de tipificación de conductas existente en la ley. Determinar qué significa el mismo tipo, respecto del cual la condena alternativa (impropia) estaría permitida, es sumamente complejo ya en la actual legislación; numerosos artículos del código penal alemán hacen referencia a conductas completamente diferentes entre sí. Por ejemplo, tanto el cohecho activo como pasivo conformarían un mismo delito cuando se refiere a privados pues ambos están regulados en la misma disposición (párrafo 299), pero ¿qué pasa con el cohecho en el ámbito público al estar regulado el pasivo en el párrafo 331 y el activo en el párrafo 333? ¿Deben entenderse como tipos diferentes, respecto de los cuales la condena alternativa sería inadmisibile?⁵³ El punto es que una supuesta diferenciación precisa entre delitos que justificaría una exigencia de prueba inequívoca de cada uno de ellos no existe en la ley. En ese sentido, parece recomendable prescindir de tal condición por su especificidad y más bien enfocarse en la condena.

Ahora bien, *Schuhr* ha planteado recientemente que la figura de la condena alternativa debe interpretarse de forma más restringida de lo que permitiría su comprensión teórica y constitucional en atención a dos argumentos (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 19 y ss.):⁵⁴ en primer lugar, la pena efectivamente conlleva una declaración sobre el hecho y sobre la valoración del injusto cometido que se le reprocha al sujeto. De tal manera, esa valoración debe ser tomada en cuenta al momento de im-

⁵³ Otros ejemplos en Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020, 18a.).

⁵⁴ Aquí Schuhr modera su opinión respecto de lo planteado previamente en Jan Schuhr, 2014, pp. 438 y ss.

poner una pena. Y en segundo lugar, es necesario recurrir a una cierta clasificación de formas de delitos (o de injusto) para determinar concretamente la pena. Por consiguiente, resulta razonable exigir como requisito de la condena alternativa que los deberes infringidos por el sujeto, que sus motivaciones o modos de pensar y que las modalidades de comportamiento sean *similares*. De ahí que un presupuesto de comparabilidad puede ser previsto como límite en el ámbito de las normas de sanción.

iv) En definitiva, esta posición “lógica” pretende poner de relieve que las zonas grises en la aplicación del derecho penal son inevitables. El legislador castiga ciertos comportamientos, cuya concreción dentro del proceso penal conlleva necesariamente dificultades de prueba que pueden ser resueltas adecuadamente —esto es, sin infracción de principios fundamentales— por la figura de la condena alternativa (Jan Schuhr, 2014, p. 440). Extender el principio de legalidad a cualquier forma de incertidumbre constituye una hipertrofia que trae consigo resultados insatisfactorios (Ramón Ragues, 2018, p. 28; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, pp. 470 y ss.). Lo decisivo es establecer adecuadamente sus límites para entender con claridad aquellas construcciones que quedan fuera de ellos. Y de acuerdo con los argumentos presentados, la condena alternativa no sería uno de esos casos

VI. REFLEXIÓN FINAL

No es mi intención definir aquí la discusión determinando si la condena alternativa es o no inconstitucional; más interesante resulta haber expuesto los principales argumentos que se enfrentan actualmente en la discusión alemana. No obstante, para terminar, me interesa enfatizar dos argumentos generales.

En primer lugar, el desarrollo de la figura de la condena alternativa radica en la jurisprudencia y en la doctrina, no en el legislador. Tribunales y autores se percataron de un problema que aparecía comúnmente en la práctica, esto es, que no siempre puede probarse más allá de toda duda la comisión de un determinado delito y, en virtud de una construcción normativa en sí misma coherente, definieron que una condena podía ser posible bajo ciertas condiciones de alternatividad. Más allá de las atendibles objeciones de legalidad en contra de la figura, debe reconocerse

la iniciativa de estos actores jurídico-penales para enfrentar un problema práctico manifiesto. Esto se opone a la tradición de nuestros ordenamientos latinoamericanos en donde el legislador pareciera ser un ente divino que define todo el contenido jurídico y, por lo tanto, tribunales son sólo máquinas de aplicación del derecho y la doctrina sólo cumple una función de exégesis de las normas legales. Muy por el contrario, el estudio y aplicación del derecho implican una tarea interpretativa adicional al enfrentar la ley a la realidad y notar numerosos problemas imposibles de prever por el legislador y que deben ser resueltos. En ningún caso, se está abogando por un activismo judicial exacerbado, sino que es necesario reconocer la importante labor que desempeña la jurisprudencia y la doctrina al momento de interpretar el derecho.

En segundo lugar, ya reconociendo la importancia de esta labor interpretativa, es necesario enfatizar que ella debe desarrollarse necesariamente respetando los límites establecidos por la Constitución y las leyes. Aquí es donde la discusión expuesta sobre la condena alternativa resulta relevante. Jurisprudencia y doctrina tienen vedado establecer ponderaciones respecto de principios que no toleran excepción. El principio de legalidad establece los límites del *ius puniendi* estatal y, por lo tanto, no puede verse restringido simplemente mediante una incierta búsqueda de justicia material. En ese sentido, resulta sumamente interesante el fundamento “lógico” de la condena alternativa, porque se enfoca en las diferentes normas jurídico-penales para justificar una prohibición combinada que no infringe el principio de legalidad, pero que permite resolver el problema práctico sin tener que recurrir a ideas difíciles de sostener (como que las reglas de la condena alternativa *solamente* tendrían carácter procesal). Decisivo es respetar los límites legales y constitucionales, pero también que ello no conduzca a un bloqueo del desarrollo de conceptos jurídico-penales por parte de los actores cercanos a la resolución concreta de casos, ya que son ellos los que le dan dinamismo al derecho penal.

VII. REFERENCIAS

ALWART, Heiner (1992). Darf ein Angeklagter aus Mangel an Beweisen verurteilt werden? *Goltdammer's Archiv*, pp. 545-568.

- BASAK, Denis (2020). § 1. En MATT y RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2a. ed.), München: Verlag Franz Vahlen.
- BAUMANN, Jürgen (1983). Anmerkung zum BGH Urteil. *Juristenzeitung*, pp. 115-117.
- BAUR, Alexander (2018). Die ungleichartige Wahlfeststellung nach der Entscheidung des Grossen Strafsenats. *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 568-574.
- CEFFINATO, Tobias (2014). Das Institut der Wahlfeststellung du seine verfassungsmäßige Zulässigkeit. *Juristische Ausbildung*, pp. 655-665.
- DANNECKER, Gerhard y SCHUHR, Jan (2020). Anhang zu § 1. En CIRENER, Gabriele *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. I (13a. ed.), Berlin: De Gruyter.
- DEUBNER, Günther (1962). Die Grenzen der Wahlfeststellung. *Juristische Schulung*, pp. 21-24.
- DEUBNER, Günther (1967). Anmerkung zum BGH Urteil. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 738-739.
- ESER, Albin y HECKER, Bernd (2014). § 1. En SCHÖNKE y SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (29a. ed.), München: Beck.
- FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke (2015a). Verfassungswidrigkeit des wahldeutigen Schuldspruchs. *Juristenzeitung*, pp. 164-170.
- FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke (2015b). Zum Streit um die gesetzesalternative (sogenannte „echte“) Wahlfeststellung. *Juristenzeitung*, pp. 716-718.
- FREUND, Georg (2013). Nicht ,entweder – oder, sondern ,weder – noch‘!. En ZÖLLER, Mark (ed.), *Festschrift für Jürgen Jürgen Wolter*, Berlin: Duncker & Humblot.
- FRISTER, Helmut (2017). Nachbemerkung zu § 2. En KINDHÄUSER, Neuman y Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, t. (5a. ed.), Baden-Baden: Nomos.
- FUCHS, Jürgen (1967). Anmerkung zum BGH Urteil. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 739-740.
- HAAS, Volker (2016). Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung anlässlich des Vorlagebeschlusses des 2. Senats vom März letzten Jahres. *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, pp. 190-196.
- HEINITZ, Ernst (1952). Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozess. *Juristenzeitung*, pp. 100-103.

- HEINITZ, Ernst (1957). Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz in dubio pro reo. *Juristische Rundschau*, pp. 126-129.
- HIPPEL, Eike (1963). Zum Problem der Wahlfeststellung. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1533-1535.
- HRUSCHKA, Joachim (1967). Zum Problem der Wahlfeststellungen. *Monatsschrift für deutsches Recht*, pp. 265-269.
- HRUSCHKA, Joachim (1970). Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse im Strafprozess. *Juristenzeitung*, pp. 637-642.
- HRUSCHKA, Joachim (1971). Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und sachlicher Begünstigung?. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1392-1394.
- HRUSCHKA, Joachim (1982). Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellung. *Juristische Schulung*, pp. 317-324.
- HRUSCHKA, Joachim (1983). Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe. *Juristische Rundschau*, pp. 177-181.
- JOERDEN, Jan (1984). Die Verdoppelung – ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts. *Goldammer's Archiv*, pp. 249-263.
- JOERDEN, Jan (1988). Postpendenz- und Präpendenzfeststellungen im Strafverfahren“. *Juristenzeitung*, pp. 847-853.
- KOTSOGLU, Kyriakos (2015). Über die Wahlfeststellung als Zombie-Norm. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 334-369.
- KOTSOGLU, Kyriakos (2017). Strafe ohne Schuld? Zur Problematik der Wahlfeststellung. En KUHLI, Milan y ASHOLT, Martin (eds.), *Strafbergündung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, Baden-Baden: Nomos.
- KRÖPIL, Karl (2015). Die Entwicklung der echten Wahlfeststellung in der Rechtsprechung und ihr bevorstehendes Ende. *Juristische Rundschau*, pp. 116-121.
- KÜHL, Kristian (2017). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (8a. ed.). Franz Vahlen Verlag.
- KUDLICH, Hans (2017). Also doch: Es bleibt bei der Wahlfeststellung. *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 870-872.
- KÜPER, Wilfried (1976). Probleme der Postpendenzfeststellung im Strafverfahren. En WARDA *et al.* (eds.), *Festschrift für Richard Lange*, Berlin: Walter de Gruyter.

- LICHTENTHÄLER, Sören (2018). Die Konsequenzen der Normentheorie für das Konstrukt der echten Wahlfeststellung“. En Anne y Wagner, Markus (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Schneider, Baden-Baden: Nomos.
- LINDER, Benedikt (2017). Die Zukunft der Wahlfeststellung“. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6, pp. 311-323.
- NOROUZI, Ali (2008). Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpendenz. *Juristische Schulung*: 17-21, 113-116.
- NOROUZI, Ali (2016). Der Bundesgerichtshof als Akteur der Kriminalpolitik –oder: Warum es (noch) Wahlfeststellungen gibt. En Tiedemann, Klaus *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos.
- NÜSE, Karl-Heinitz (1953). Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen. *Goldammer's Archiv*, pp. 33-44.
- POHLREICH, Erol (2016). Die Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit dem Grundgesetz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 676-712.
- RAGUES, Ramon (2018). Las condenas alternativas y su discutida legitimidad. *Estudios penales y criminológicos* (vol. XXXVIII), pp. 1-35.
- RICHTER, Christian (1994). Die Postpendenzfeststellung. *Juristische Ausbildung*, pp. 130-135.
- SATZGER, Helmut (2019). § 1. En SATZGER, y SCHLUCKEBIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (4a. ed.), Köln: Carl Heymanns Verlag.
- SCHMITZ, Roland (2020). Anhang zu § 1. En HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I (4a. ed.), München: Beck.
- SCHRÖDER, Thomas (2008). Aus der Praxis: Die in der Hauptverhandlung festgestellte Wahlfeststellung – die Sicht der Verteidigung. *Juristische Schulung*, pp. 707-709.
- SCHUHR, Jan (2014). Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzmäßigkeitsprinzip. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 437-440.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2014). Zur Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 461-472.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2015). Zum Streit um die echte Wahlfeststellung. *Juristenzeitung*, pp. 714-716.

- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2017). Anmerkung zum BGH Urteil. *Strafverteidiger*, pp. 815-818.
- TRÖNDLE, Herbert (1974). Zur Begründung der Wahlfeststellung. *Juristische Rundschau*, pp. 133-135
- VERDE, Alejandra (2016). Subsunción alternativa en la condena (Wahlfeststellung). *InDret*, pp. 1-30.
- WAGNER, Markus (2014). Entscheidungsbesprechung. *Zeitschrift für das Juristische Studium*, pp. 436-443.
- WOLTER, Jürgen (2013). Strafbemessung bei alternativen Gesetzesverletzungen und Entscheidungsnormen. *Goltdammer's Archiv*, pp. 271-287.

Jurisprudencia

- 4 StR 480/82 (1982). Tribunal Federal alemán. *Juristenzeitung*, pp. 115-116.
- 1 ARs 14/14 (2014). Primera Sala del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2014, pp. 308-309.
- 2 StR 495/12 (2014). Segunda Sala del Tribunal Federal alemán. *Juristische Rundschau* 2015, pp. 152-157.
- 3 AR 13/14 (2014). Tercera Sala del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2015, pp. 39-40.
- 4 ARs 12/14 (2014). Cuarta Sala del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2015, pp. 40-41.
- GSSSt 1/17 (2014). Quinta Sala Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2014, pp. 307-308.
- 5 ARs 39/14 (2017). Pleno del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, pp. 2842-2846. También en *Strafverteidiger* (2017), pp. 811-815.

LA INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN EN DERECHO ALEMÁN*

THE INTERPRETATION IN CONFORMITY WITH THE CONSTITUTION IN GERMAN LAW

Víctor Manuel ROJAS AMANDI**

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la naturaleza y el ámbito material de validez del principio de interpretación conforme con la Constitución en Alemania. Esta figura jurisprudencial, cuyo fundamento jurídico se encuentra o, en la presunción de constitucionalidad de leyes o, en la unidad y construcción escalonada del orden jurídico o, en el principio de conservación de la norma —*favor legis*—, constituye una forma de control normativo que permite salvaguardar la validez de la norma secundaria que en alguna de sus posibles interpretaciones pudiera colidir con un mandato constitucional, al descalificar la validez de sólo alguna de sus posibles interpretaciones. Con esto se permite evitar que con motivo de la anulación de la norma secundaria se produzca una laguna en el orden jurídico que deba ser colmada mediante el desarrollo judicial del derecho, lo que en cierta forma falsearía la división de poderes.

ABSTRACT: This article analyzes the nature and material scope of validity of the principle of interpretation in conformity with the Constitution in Germany. This jurisprudential figure, whose legal basis is found either in the presumption of the constitutionality of statutes or in the unit and gradual construction of the legal order, or even in the principle of conservation of the norm, *favor legis*, constitutes a form of normative control that allows the safeguarding of the validity of a secondary norm that, in some of its possible interpretations, could collide with a constitutional mandate by disqualifying the validity of only some of such possible interpretations. With this, it is possible to avoid the fact that, due to an annulment of the secondary rule, there might be a gap in the legal order that must be filled through the judicial development of the law, which, in a certain way, could distort the division of powers.

* Recibido el 22 de abril de 2021; aceptado el 9 de agosto de 2021.

** ORCID: 0000-0003-0130-704X. Profesor de tiempo de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Correo electrónico: rojasamandi@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

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

Palabras clave: interpretación conforme con la Constitución, control normativo, unidad escalonada del orden jurídico, principio de conservación de la norma *favor legis*, presunción de constitucionalidad de las leyes.

Keywords: interpretation in conformity with the Constitution, normative control, unit and gradual construction of the legal order, principle of conservation of the norm, *favor legis*, presumption of the constitutionality of statutes.

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Presupuestos y límites de la interpretación conforme con la Constitución.* III. *Diferencia entre la interpretación conforme con la Constitución y la interpretación orientada por la Constitución.* IV. *El fundamento teórico de la interpretación conforme con la Constitución.* V. *La competencia judicial en materia de interpretación conforme.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Según el principio de interpretación conforme con la Constitución, cuando existen varias alternativas interpretativas de una norma secundaria, dentro de las cuales, una por lo menos, es compatible con la Constitución y otra, al menos, es incompatible con alguna de las disposiciones de ésta, se debe preferir la que resulte conforme con la Constitución (Lothar Kuhlen, 2006, p. 1; BVerfGE 41, 65, p. 86; 64, 229, p. 242; 69, 1, p. 55; 74, 297, pp. 299, 345, 347; 88, 203, p. 331).

En Alemania, en 1883 el Tribunal Imperial negó la posibilidad, para el caso en que la interpretación de una disposición legal admitiera varias alternativas, de eliminar alguna de ellas por atentar en contra de lo previsto por algún dispositivo constitucional. Con ello se negó la existencia de una obligación judicial para valorar y descartar resultados interpretativos que pudieran entrar en colisión con los mandatos constitucionales (RGZ 9, 232, pp. 234 y ss.).

El antecedente directo de lo que hoy día se conoce en Alemania como la interpretación conforme con la Constitución, lo encontramos en la idea del régimen nacionalsocialista que postulaba que el fundamento de la interpretación de todas las fuentes del derecho lo era la ideología nacionalsocialista, tal y como se encontraba expresada en el programa del partido y en los discursos del Führer (Bernd Rüthers, 2012, p. 91; Georg Dahm, 1936, p. 123). Durante esta época, los jueces quedaron obligados a garantizar que todo el derecho alemán estuviera impregnado por el espíri-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

tu nacionalsocialista y que toda interpretación fuera una interpretación en el sentido del nacionalsocialismo (Carl Schmitt, 1934, p. 717), esto es, los jueces de hecho aplicaban el principio de interpretación conforme a la ideología nacionalsocialista.

En la Constitución provisional de Austria, del 1o. de mayo de 1945, se incluyó una disposición que bien puede valer como el precedente directo de la actual interpretación conforme con la Constitución: el artículo 1, párrafo 2. Según esta disposición, todas las disposiciones jurídicas deben ser diseñadas de conformidad con los principios de una República democrática e interpretadas en el sentido de estos principios fundamentales.¹

En la República Federal de Alemania, la primera sentencia en la que se decidió un caso con fundamento en la interpretación conforme a la Constitución, la emitió el Tribunal Constitucional de Baviera el 13 de febrero de 1952 (BayVGHE 5, 19, p. 29). En esta decisión se determinó que el artículo 12 del Reglamento 115 para la Ejecución de la Ley de Vivienda, del 6 de diciembre de 1946, era conforme con la Constitución (VolkerHaak, 1963, p. 198; Wassilos Skourius, 1973, p. 98; Wolf-Dieter Eckardt, 1964, p. 40). La verdadera razón que se adujo para el efecto, lo fue el principio de la unidad del orden jurídico (Hans Kelsen, 2008, p. 119; Hans Kelsen, 1960, p. 338; Hans Kelsen, 1958, p. 330; Herbert Hart, 1970, p. 309). Según el Tribunal, el sistema jurídico de un Estado forma una unidad que se concreta en la Constitución como una norma de superior jerarquía. Por lo mismo, sólo puede ser legítima la interpretación de una disposición legal cuando su resultado sea consistente con los dispositivos de la Constitución (Harlad Bogs, 1966, p. 22; Konrad Hesse, 1999, p. 81, BayVGHE 5, 19, p. 29; 5, 41, p. 53; 10, 101, p. 113).

En el ámbito federal, el principio de interpretación conforme se estableció, tal y como se le conoce hoy en día, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1953 (BVerfG 2, 266, p. 282). Dicho Tribunal, sostuvo que se parte de la presunción de constitucionalidad de la ley y que, en caso de duda y de ser posible, se debe llevar a cabo una interpretación de la ley conforme con la Constitución.

¹ Tal disposición establece textualmente: “Alle Rechtsvorschriften sind im Einklang mit den Grundsätzen der Staatsform einer demokratischen Republik zu gestalten und im Sinne dieser massgebenden Grunsätzen auszulegen” —“Todas las disposiciones legales deben diseñarse de acuerdo con los principios de la forma de gobierno de una república democrática e interpretarse de acuerdo con estos principios fundamentales”—.

En razón de que no existe una obligación ni en la Constitución, ni en la ley, el Tribunal Constitucional de Alemania motivó su decisión en una presunción de constitucionalidad de las leyes, la que exige, en caso de duda, una interpretación conforme de aquellas con los contenidos constitucionales (BVerfG 2, 266, p. 282; 8, 210, p. 220; 9, 338, p. 350). Fue hasta 1970, con la reforma al artículo 79 de la Ley del Tribunal Constitucional en la que se reconoció la competencia para revisar sentencias que se motiven en interpretaciones que resulten incompatibles con la Constitución. Sin embargo, todavía hoy, no existe en Alemania una regulación especial que establezca los presupuestos y límites de la interpretación conforme.

En el presente artículo nos proponemos analizar, tanto desde un punto de vista doctrinal, como jurisprudencial, el estatus actual del principio de interpretación conforme en Alemania. Después de esta introducción, en el capítulo dos estudiaremos los presupuestos y límites de la interpretación conforme con la Constitución. En el capítulo tres, se abordará la distinción entre la interpretación conforme con la Constitución y la interpretación orientada por la Constitución. El fundamento jurídico de la interpretación conforme con la Constitución será objeto del cuarto capítulo. El capítulo cinco, estará dedicado a las competencias judiciales en materia de interpretación conforme. Finalmente, en el capítulo seis, se llevará a cabo una reflexión conclusiva sobre los resultados más importantes de este artículo.

II. PRESUPUESTOS Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN

Una interpretación conforme supone tres presupuestos (Lothar Kuhlen, 2006, p. 1; BVerfGE 41, 65, p. 86; 64, 229, p. 242; 69, 1, p. 55; 74, 297, pp. 299, 345, 347; 88, 203, p. 331). En primer lugar, la norma secundaria a ser interpretada debe admitir diversos resultados interpretativos. Cuando el sentido del texto en que se expresa una disposición jurídica, haciendo uso de los métodos gramatical, sistemático, teleológico e histórico, no se puede interpretar unívocamente, se habrá cumplido este presupuesto. De esta forma, mientras más concreta resulta la formulación del texto normativo, será también menor la posibilidad para que el tribunal lleve a cabo una interpretación conforme. Por el contrario, cuando el contenido

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

normativo de una determinada disposición sea de textura abierta, permita la discrecionalidad del intérprete o, utilice cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados, se le abre al intérprete una amplia posibilidad para efectuar una interpretación conforme.

En segundo lugar, por lo menos, alguno de los resultados interpretativos que permite la disposición debe resultar violatorio de lo dispuesto por alguna norma constitucional. Así, cuando todas las variables interpretativas que permite una disposición secundaria resultan consistentes con los mandatos constitucionales, se descarta una interpretación conforme (Helmut Michel, 1961, p. 277). Esto, en razón que la función de la interpretación conforme se limita a eliminar resultados interpretativos de normas secundarias que pudieran resultar violatorios de lo dispuesto por alguna norma constitucional. De esta forma, resulta claro que la interpretación conforme se limita a la solución de concurrencias normativas entre normas constitucionales y normas secundarias que pudieran admitir diversas versiones, alguna de las cuales debería ser consistente y otra contraria al texto constitucional (Wassilos Skourius, 1973, p. 104). La interpretación conforme con la Constitución tiene como consecuencia la eliminación del resultado interpretativo que pudiera resultar violatorio de la Constitución. En cambio, la interpretación conforme con la Constitución no tiene como propósito la elección entre diversas interpretaciones de disposiciones secundarias que resultarían igualmente consistentes con las normas constitucionales. Para ello habría que recurrir a otras herramientas de aplicación normativa, tales como el principio *pro homine* o el de la interpretación orientada por la Constitución.

En tercer lugar, por lo menos, alguna de las alternativas interpretativas de la disposición debe resultar conforme o compatible con lo previsto en la normativa constitucional. La interpretación conforme con la Constitución sólo tiene como propósito descartar aquellos resultados interpretativos que resultan incompatibles con la Constitución. Su función negativa representa un caso de una nulidad parcial de una norma secundaria (Wassilos Skourius, 1973, p. 108; Andreas Voskuhle, 2000, p. 198; Wolfgang Löwer, 2005, p. 111; Steffen Detterbeck, 1995, p. 376; Herbert Bethge, 2020, p. 258 y 261; Reiner Pietzner, 2010, p. 183; Reinhold Zippelius, 1976, p. 111), la que se manifiesta al descartar que la norma se aplique con un sentido que atente en contra de un mandato constitucional (Wassilos Skourius, 1973, p. 108). La declaración parcial de nulidad cualitati-

va significa la eliminación de una determinada interpretación de normas constitucional (Wassilos Skourius, 1973, p. 109). Así, en la interpretación conforme con la Constitución se ejecuta un proceso de control normativo que funciona en una doble vía. Por una parte, descarta un resultado interpretativo que pudiera resultar inconstitucional constitucional (Wassilos Skourius, 1973, p. 110). Por el otro, deja intocada la validez formal de norma (Wassilos Skourius, 1973 p. 113; Herbert Bethge, 2020, p. 79).

III. DIFERENCIA ENTRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA POR LA CONSTITUCIÓN

El efecto que irradia la Constitución sobre todas las normas secundarias del sistema jurídico puede ser de dos formas. Desde la decisión *Licht* del Tribunal Constitucional de Alemania, del 15 de enero de 1958, en la jurisprudencia alemana existe el criterio de que los derechos humanos constituyen un ordenamiento de valores (*[Wertordnung]* Udo Di Fabio, 2004, p. 6; Reinhold Zippelius, 1976, p. 109; Carl Schmitt, 2011, p. 37; BVerfGE 7, 198, p. 207). El concepto de ordenamiento de valores trata de definir una red de relaciones de contenido entre las normas constitucionales, las que asimismo forman los principios más importantes del sistema jurídico. Hoy día, existe la idea que los valores de la Constitución irradian sus efectos en todo el ordenamiento jurídico, tanto en las normas que regulan relaciones entre particulares y la autoridad, como en aquellas que regulan relaciones estrictamente privadas entre simples particulares (Hans Karl Nipperdey, 1961, p. 14). De esta manera, la Constitución influye la comprensión de las disposiciones secundarias. La relación que existe entre la Constitución y las normas jurídicas secundarias es la más conocida e importante de las relaciones materiales entre normas. La subordinación de las leyes frente a la Constitución no sólo les impone a las primeras una limitación de contenido, sino que las cimienta sobre los valores que incorpora la Constitución y les imprime un sentido constitucional. La unidad del orden jurídico significa que todas las normas del sistema jurídico deberán ser interpretadas y aplicadas en consonancia con las normas supremas de la Constitución (Konrad Hesse, 1999, p. 2; Klaus Stern, 1994, p. 90; Helmut Simon, 1974, p. 86). En este punto, es dónde se distingue una interpretación orientada

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

por la Constitución, de una interpretación conforme con la Constitución (Helmut Simon, 1974, p. 86; Klaus Stern, 1994, p. 4; Klaus Schlaich y Stephen Koriath, 2010, p. 448; Herbert Bethge, 2020, p. 31; Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 143). En el marco de una interpretación orientada por la Constitución, el aplicador del derecho debe observar el significado que adquiere la Constitución para el sistema jurídico (Klaus Stern, 1994, p. 4). Al mismo le corresponde la función de, en la decisión sobre casos concretos, interpretar las normas secundarias aplicables, de tal manera que permitan realizar de manera óptima los ideales y valores que inspiran a la Constitución (Helmut Simon, 1974, p. 87). En cambio, la interpretación conforme con la Constitución es un instrumento de control normativo específico con que cuentan los tribunales para garantizar que la interpretación normativa no lleve a un resultado que pueda violentar la Constitución (Klaus Stern, 1994, p. 4). Con esto se pretende evitar de manera preventiva la posibilidad de una nulidad normativa (Helmut Simon, 1974, p. 86).

La diferencia entre, por una parte, la interpretación orientada por la Constitución y, por la otra, la interpretación conforme a la Constitución radica en que, en el primer caso, se trata de un principio que aplica cuando se ejecutan los métodos de la interpretación sistemática y teleológica, para garantizar la realización de los valores más profundos del sistema jurídico y expresados en la Constitución. En cambio, en el caso de la interpretación conforme se trata sólo de una herramienta para descartar los resultados interpretativos obtenidos haciendo uso de los métodos de interpretación tradicionales. Los fines de ambos ejercicios intelectuales marcan una diferencia que no permite que sean confundidos.

En la interpretación orientada por la Constitución deben ser considerados los valores básicos de la Constitución (Klaus Schlaich y Stephen Koriath, 2010, p. 448). Se trata de la consideración de aquello a lo que también se le ha denominado efecto de irradiación o interpretación dirigida por los derechos humanos (BVerGE 99, 185, p. 1969). La Constitución aparece aquí como un medio hermenéutico junto a otros elementos a ser tomados en cuenta en la interpretación (Wassilos Skourius, 1973, p. 115). La interpretación orientada por la Constitución contribuye al fin de posibilitar una relación directa entre la Constitución y las disposiciones jurídicas secundarias. Como tal, permite que las normas secundarias se interpreten en consonancia con los valores fundamentales de la Constitución.

Por su parte, la interpretación conforme con la Constitución no es, en sentido propio, un tipo de canon o método de interpretación y no puede ser calificada como un caso especial de la interpretación orientada por la Constitución (Andreas Vosskuhle, 2000, p. 180; Christian Seiler, 2000, p. 33; Klaus Schlaich y Stephen Koriath, 2010, p. 444). Cuando se lleva a cabo la interpretación conforme ya ha concluido el proceso de interpretación normativa, por lo que la misma ya no está en posibilidad de influir o determinar el sentido que puede atribuirse a una norma (Helmut Simon, 1974, p. 89; Dieter Birk, 1990, p. 303; Joachim Schmidt-Salzer, 1969, p. 98). Con la interpretación conforme no se trata propiamente de una interpretación jurídica, sino de un medio de control de normas que funciona con la aplicación de una regla de preferencia (Karl August Bettermann, 1986, p. 22). En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania implícitamente se confirma esto, aunque sólo se menciona expresamente en pocos casos (Wassilos Skourius, 1973, p. 108).

La interpretación conforme con la Constitución aplica hasta en tanto el proceso de interpretación, propiamente dicho, ya ha concluido. La interpretación conforme no puede tener ni lugar ni jerarquía dentro de los métodos o cánones de interpretación, puesto que no es ni un método, ni un criterio que se utilice para interpretar normas, esto es, no sirve ni para indagar el sentido normativo de una disposición, ni para atribuir un significado al texto de la ley. No es, como en ocasiones se afirma, un caso especial o criterio del canon de interpretación sistemática (Harlad Bogs, 1966, p. 610; Bernd Rùthers, 2007, p. 763) o, del método de interpretación teleológica (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 154).

Terminológicamente, resulta desafortunado hablar de interpretación en el caso de la interpretación conforme con la Constitución, puesto que con ésta se trata de un instrumento de control normativo y no de un medio para indagar el sentido que cabe atribuir a una disposición normativa (Klaus Schlaich y Stephen Koriath, 2010, p. 448; Wassilos Skourius, 1973, p. 113). En el sentido técnico de la palabra, sólo la interpretación orientada por la Constitución sería una interpretación. Quizá la confusión se ha originado en razón que algunos tribunales y autores utilizan como sinónimos, por una parte, el proceso general de aplicación de la ley y, por la otra, la interpretación de las disposiciones normativas (Christian Fischer, 2007, p. 38 y 40; Karl Larenz, 1991, p. 348; Karl Larenz y Claus-Wilhelm Canaris, 1995, p. 168, BVerfGE 96, 375, pp. 393 y ss).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

Con el concepto de interpretación orientada por la Constitución, se describe la influencia que ejercen los conceptos o disposiciones constitucionales sobre el sentido del texto de una norma secundaria (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 150). El resultado de ésta consiste en alcanzar, dentro de las posibilidades objetivas del texto y subjetivas del intérprete, la interpretación más conforme con el texto constitucional. Con esto se descartaría la aplicación de una interpretación conforme con la Constitución propiamente hablando. Es por esto, por lo que los métodos de interpretación no resultan relevantes para establecer las fronteras entre ambos tipos de ejercicios intelectuales (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 154). Éstos sólo definen los presupuestos de la interpretación conforme con la Constitución (BVerfGE 59, 336, p. 350).

IV. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN

No obstante que la interpretación conforme con la Constitución ha sido reconocida tanto por la doctrina (Max Geis, 1992, p. 1026), como por la jurisprudencia alemana, poco se ha escrito sobre su fundamentación jurídica (Clemens Höpfner, 2008, p. 186). En la praxis de los tribunales se suelen identificar tres argumentos de justificación jurídica: la presunción de constitucionalidad de las leyes; la unidad y construcción escalonada del orden jurídico, y el principio de la conservación de la norma —*favor legis*— (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 154).

1. *La presunción de constitucionalidad de las leyes*

El Tribunal Constitucional de Alemania ha expresado que existe una presunción de la constitucionalidad de las leyes, la que lleva implícito el principio según el cual, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la ley, en primer lugar, se debe intentar llevar a cabo una interpretación conforme con la Constitución (Max Imboden, 1961, p. 139; Edouard Campiche, 1978, p. 11, BVerfGE 2, 266, p. 282; 8, 210 p. 220 y 9, 338, p. 350). Por lo mismo, se concluye que una ley no puede ser anulada cuando puede ser interpretada de manera consistente con la Constitución (Bern

Bender, 1959, p. 446; Klaus Stern, 1994, p. 90; Reinhold Zippelius, 1976, p. 111; Wolf-Dieter Eckardt, 1964, p. 40; BVerfGE 2, 266, p. 282).

Esta fundamentación ha recibido fuertes críticas en la literatura (Harlad Bogs, 1966, p. 21; Joachim Burmeister, 1966, p. 102; Edouard Campiche, 1978, p. 9; Ulrich Häfelin, 1961, p. 243; Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 147; Detlef Göldner, 1969, p. 45; Johannes Hager, 1983, p. 10; Wassilos Skourius, 1973, p. 98; Andreas Vosskuhle, 2000, p. 182.). En primer lugar, se aduce que, en razón de un cada vez más elevado número de normas inconstitucionales, no existe base empírica para sostener la presunción de constitucionalidad (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 147; Karl August Bettermann, 1986, p. 25; Andreas Vosskuhle, 2000, p. 182; Edouard Campiche, 1978, p. 9). Se asegura que dicha presunción es deficiente (Sascha Kneip, 2006, p. 273),² puesto que las normas sobre el control normativo judicial previstas en los artículos 93 y 100 de la Constitución de Alemania y por los artículos 78 y 82 de la Ley del Tribunal Constitucional, fundamentan, más bien, la desconfianza respecto a la constitucionalidad de los actos del Legislativo y del Ejecutivo (Joachim Burmeister, 1966, p. 107; Karl August Bettermann, 1986, p. 25).

De esta forma, el Tribunal Constitucional de Alemania argumenta con base en la voluntad del legislador, cuando estima que el fundamento de validez jurídico de la interpretación conforme se encuentra en la presunción de constitucionalidad de las leyes (Sabine Wesser, 2001, p. 477; Ralf Schenke, 2007, p. 54).

2. La unidad y construcción escalonada del orden jurídico

La unidad del orden jurídico se encuentra organizada con base en una construcción escalonada de normas ubicadas en diferentes niveles de validez normativa. Con base en esta idea, el Tribunal Constitucional de Alemania, desde su decisión en el caso *Lüht* (BVerfGE 7, p. 198), ha sostenido que la ideología de la Constitución determina el entendimiento del contenido de todas las normas del sistema jurídico.³ Esta co-

² En Alemania, desde 1997 se ha incrementado sustancialmente el número de las leyes federales anuladas por considerarse incompatibles con la Constitución.

³ También en la argumentación del Tribunal Constitucional de Baviera se encuentra esta idea fundamental (BayVGHE 5, 19, p. 29).

nexión de contenido debe ser considerada por los tribunales en el ámbito del instrumentario que utilizan para tomar sus decisiones y, en especial, en la solución de concurrencias normativas, así como en la labor del desarrollo del derecho para colmar las lagunas legales. Así, la Constitución, cumple una función de desarrollo y de establecimiento de los contornos y proporciones de las normas del derecho secundario (Joachim Burmeister, 1966, p. 26 y 88) esto es, aquella le marca una directriz de contenido mínimo (Günter Dürig, 1954, p. 525; BVerfGE 7, 198, p. 206). De este instrumento de adaptación se sirven tanto el legislador, como los tribunales, para armonizar las normas secundarias con aquellas de la Constitución (Justus Wilhelm Hedemann, 1933, p. 58). En concreto, las normas sobre derechos humanos valen como principios objetivos también en el derecho privado, sobre todo en el marco de la concretización de normas generales y de conceptos jurídicos indeterminados (Günter Hager, 2006, p. 770; Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1992, p. 171). Sin embargo, este fundamento se refiere a la aplicación del método de interpretación sistemático, por lo que la conexión de contenido normativo para este propósito no sirve para la fundamentación del método de interpretación conforme, el que aplica hasta en tanto ya se ha concluido con el ejercicio de la interpretación propiamente dicho. Sin embargo, Häfelin (1961) ve a la interpretación conforme como un criterio complementario de los métodos o cánones de interpretación jurídica (Ulrich Häfelin, 1961, p. 242 y 244).

La construcción escalonada del orden jurídico esconde otro aspecto, el que en la doctrina se utiliza con frecuencia para fundamentar el principio de interpretación conforme. Nos referimos al efecto derogador que tienen las normas de superior nivel respecto de las normas de menor jerarquía normativa que prevean contenidos contrarios a las de aquellas. Así, las normas de menor fuerza jurídica resultan aplicables sólo cuando sean consistentes con lo previsto en aquellas que detentan superior jerarquía normativa. Esta relación derogatoria se muestra, de manera formal, en el acto de anulación de una norma que no resulta compatible con lo previsto por otra norma que detenta una fuerza jurídica superior en términos de lo previsto por el artículo 100, fracción 1, de la Constitución de Alemania y los artículos 78 y 82 de la Ley del Tribunal Constitucional de Alemania. Esta misma relación derogatoria tiene lugar, de manera informal, mediante la aplicación de la interpretación conforme. Ésta, tiene como efecto eliminar las posibilidades interpretativas que conducirían

a una violación de los dispositivos constitucionales (Harlad Bogs, 1966, p. 147; BayVGH 5, 19, p. 29).

Aquí se muestra el componente negativo (Lothar Kuhlen, 2006, p. 9) de la interpretación conforme, puesto que ésta ayuda a la superación de conflictos normativos mediante la eliminación de aquellos resultados interpretativos que pudieran resultar atentatorios de lo dispuesto por una disposición constitucional y, de esta forma, puede contribuir a la construcción permanente de la unidad del orden jurídico (Detlef Göldner, 1969, p. 52). Los casos de concurrencias entre normas situadas en diferentes niveles de la jerarquía normativa son una auténtica colisión de normas. Cuando en esta concurrencia normativa, la norma de superior jerarquía lo sea una norma de la Constitución y la norma de inferior jerarquía admitiera diferentes interpretaciones jurídicas, alguna de las cuales fuera inconsistente con lo previsto por aquella, se presentarían los presupuestos de una interpretación conforme. Esto significa que la interpretación conforme es un instrumento para eliminar las concurrencias normativas entre normas ubicadas en diferentes niveles jerárquicos. Como tal, ella contribuye al objetivo de la producción de un orden jurídico unitario y, en la medida de lo posible, libre de contradicciones. El ideal de la unidad del orden jurídico es, por el contrario, un presupuesto necesario de toda interpretación conforme, incluida la interpretación conforme con la Constitución. Esto es así, puesto que si no fuera posible derogar una norma cuyo contenido colida con lo previsto en una norma de superior jerarquía normativa, la superioridad de validez normativa no tendría sentido alguno. De esta forma, la idea de la unidad del orden jurídico resulta esencial para la fundamentación de la interpretación conforme con la Constitución (Lothar Kuhlen, 2006, p. 4; Klaus Röhl, 2001, p. 610).

La interpretación conforme con la Constitución permite una solución que sólo elimina alguno o algunos de los resultados interpretativos que quepa atribuir a una norma o conjunto de normas, esto es, permite prevenir una auténtica colisión de normas y sus nefastas consecuencias.

La conexión de derogación que existe entre normas ubicadas en diferentes niveles de validez jurídica es una condición necesaria, pero no suficiente de la interpretación conforme con la Constitución. La unidad del orden jurídico prohíbe la interpretación contraria a lo que mandan los dispositivos constitucionales, pero no manda aplicar la interpretación

conforme con la Constitución (Wassilos Skourius, 2006, p. 101). Ésta requiere de una fundamentación adicional.

3. *El principio de la conservación de la norma* —favor legis—

Cuando el contenido de una norma secundaria resulta inconsistente con lo dispuesto por alguna norma constitucional, se debe intentar superar la contradicción. En este caso, la nulidad de una norma debería aplicar sólo cuando no exista otra posibilidad jurídicamente viable. Según el principio del mantenimiento o conservación de la norma —*favor legis*—, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición jurídica sólo puede ser aceptada cuando resulte necesaria para hacer prevalecer la jerarquía y validez de la Constitución frente a una ley (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 152; Wassilos Skourius, 1973, p. 107).

El principio *favor legis* se ha utilizado como una justificación convincente, tanto en la literatura (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, 148; Claus-Wilhelm Canaris, 2006, p. 41; Helmut Simon, 1994, p. 1641, Jörn Lüdemann, 2004, p. 29; Andreas Vosskuhle, 2000, p. 183; Ulrich Häfelin, 1961, p. 242; Johannes Hager, 1983, p. 17; Reinhold Zippelius, 1976, p. 110), como en las primeras decisiones en la materia del Tribunal Constitucional de Alemania (BVerfG 86, 288, p. 320; 90, 263, p. 275 y 110, 226, p. 267). Para el caso en que una norma admita dos o más interpretaciones, una de las cuales resulte inconsistente con lo dispuesto por algún dispositivo de la Constitución, en tanto que otra sea compatible con el mismo, en interés de la conservación de la norma, se debe preferir la versión interpretativa que resulte compatible con la norma constitucional y no la que conduzca a la nulidad de la norma secundaria. La declaración de una violación contra la Constitución sólo debe ser aceptada cuando resulte necesaria para hacer prevalecer la validez de su jerarquía suprema (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 152). La nulidad de la norma sólo debe aplicar como *ultima ratio* y sólo cuando la interpretación conforme fracase (Harlad Bogs, 1966, p. 33; Jörn Lüdemann, 2004, p. 30, BVerfGE 68, 337, p. 344; 85, 329 pp. 333 y ss.). Aquí se muestra el componente positivo (Lothar Kuhlen, 2006, p. 5) de la interpretación conforme, al permitir la conservación de la norma secundaria (Detlef Göldner, 1969, p. 44; Claus-Wilhelm Canaris, 2006, p. 42; Hans Paul Prümmer, 1977, p. 93)

en respeto al principio que exige el mantenimiento de la norma (Jörn Lüdemann, 2004, p. 29).

La competencia para reformar la norma es una potestad exclusiva de la legislatura. Si la efectuaran los tribunales, invadirían las competencias de aquella (Friederich Müller y Ralph Christensen, 2002, p. 105; Joachim Burmeister, 1966, p. 83; Karl August Bettermann, 1986, p. 46). La nulidad de una norma implica una competencia legislativa de carácter negativo (Johannes Hager, 1983, p. 17). Un uso regular de la competencia judicial para anular leyes, además de provocar múltiples lagunas legales, llevaría a que los tribunales potenciaran sus competencias para desarrollar el derecho y disminuyeran sus competencias propias de aplicación normativa. Todavía más grave sería el que los tribunales invadieran de manera ilegítima las competencias de la legislatura y, en uso de sus facultades para interpretar de manera conforme, burlaran la voluntad del legislador para darle un significado a la norma diferente a su texto, contexto, objeto motivo o fin o, a su génesis (Konrad Hesse, 1999, p. 83).

Sin embargo, cuando se observan y cumplen los presupuestos bajo los que resulta válida una interpretación conforme, bien pueden surgir preocupaciones en contra del principio *favor legis* (Klaus Stern, 1958, p. 1435; Volker Haak, 1963, p. 269). La competencia para aplicar la interpretación conforme con la Constitución de la que son titulares los jueces, no fundamenta una competencia para mejorar o alterar el contenido normativo de las normas (Horst Ehmke, 1963, p. 75). Esto resulta obvio desde el punto de vista de los métodos o cánones de interpretación, mismos que deben respetar los principios de división de poderes, de legalidad y del principio democrático (BVerfGE 1, 197; 2, 124 pp. 129 y ss.; 63, 131 p. 141; 86, 71, p. 77; 90, 263, p. 275). La interpretación conforme sólo procede cuando la voluntad de legislador no ha quedado plasmada en el texto de la ley de manera clara.

Se puede decir que el peligro de falsear la ley existe en cada ejercicio interpretativo, puesto que son pocas las normas claras y que sólo admiten un único sentido. En favor de la obligación de una interpretación conforme existen varios argumentos de peso. Si se abusa de la declaración de nulidad de normas que se encuentran en riesgo de inconstitucionalidad, surgirían diversas lagunas en el orden jurídico. Éstas deberían ser colmadas por el juez, con la consecuencia que proliferaría la creación del derecho judicial (Bernd Rüthers, 1996, p. 24; Bernd Rüthers, 2004, p. 9). Cuan-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

do el juez interpreta la norma secundaria conforme a la Constitución, se satisfacen los requisitos propios de un Estado de derecho. En efecto, de esta forma, la preeminencia que establece el artículo 20, fracción 3 de la Constitución de Alemania de la legislación frente a la jurisprudencia queda garantizada y se elimina la posibilidad que la jurisprudencia invada las competencias de la legislación (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 151; Claus-Wilhelm Canaris, 2006, p. 43). Así, la interpretación conforme con la Constitución fortalece la división de poderes, puesto que limita la facultad de emisión de normas por parte de los tribunales. Esto también contribuye a la seguridad jurídica (Detlef Göldner, 1969, p. 45; Wassilos Skourius, 1973, p. 106), puesto que fortalece la confianza en la validez del derecho codificado. Con esto, la previsibilidad sobre la decisión de los tribunales permanece vigente y la legislación se protege frente a una necesidad urgente de regulaciones *ad hoc*, las que se requerirían si se declararan frecuentemente la nulidad de normas en razón de su inconstitucionalidad. No resulta convincente el argumento según el cual mediante la interpretación conforme con la Constitución se preservaría la legislación frente a las correcciones marginales de la norma, toda vez que éstas son necesarias para adaptar los textos a las nuevas realidades, siempre y cuando, no vayan en contra del objeto, motivo y fin de la norma (Andreas Vosskuhle, 2000, p. 183). Mediante la preservación de la norma, se optimiza el trabajo del legislador, al no requerirse modificaciones excesivas para dar respuesta a nuevos casos (Klaus Stern, 1994, p. 90; Klaus Schlaich y Stephen Koriath, 2010, p.451).

V. LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN CONFORME

El Tribunal Constitucional de Alemania es la autoridad judicial competente para examinar la constitucionalidad de los actos públicos (Karl August Bettermann, 1986, p. 33; Andreas Vosskuhle, 2000, p. 198, BVerfGE 2, 105, p. 110; 2, 181, p. 193). Por esto, resulta problemático establecer si los tribunales comunes tienen competencia para aplicar la interpretación conforme. Respecto al componente negativo de la interpretación conforme, esto es, a la eliminación de las propuestas interpretativas que puedan colidir con lo que manda la Constitución, es innegable que, en términos de los

establecido por el artículo 100, fracción 1 de la Constitución de Alemania, sólo el Tribunal Constitucional tiene facultades para ello. Otra cosa sucede con la aplicación e interpretación de las normas secundarias y la consideración de los valores constitucionales en el derecho común, puesto que, en este caso, si se trata de competencias de los tribunales comunes (BVerfGE 3, 213, p. 219; 13, 318, p. 325; 40, 88, p. 94; 89, 214, p. 230).

También la competencia del Tribunal Constitucional para llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución podría ser cuestionada, puesto que implica la interpretación de las normas secundarias, cuya competencia exclusiva corresponde a los tribunales comunes (Karl August Bettermann, 1986, p. 33; Andreas Vosskuhle, 2000, p. 198; BVerfGE 1, 418, p. 420; 18, 85, p. 92; 87, 48, p. 63). En términos estrictos, sólo en casos de violaciones de normas constitucionales, el Tribunal Constitucional tiene competencia para intervenir (BVerfGE, 1, 418, p. 420; 2, 336, p. 339; 18, 85 p. 92). Esto, plantea varias preguntas: 1. ¿puede el Tribunal Constitucional interpretar una disposición secundaria, cuya interpretación es competencia de los tribunales comunes, conforme con la Constitución?; 2. ¿los tribunales comunes deben declarar como constitucional una norma cuando la misma pueda ser interpretada de manera conforme con la Constitución?; 3. ¿debe el Tribunal Constitucional confirmar y seguir una interpretación conforme que han aceptado los tribunales comunes o, puede adoptar una interpretación conforme propia?

1. *La competencia de los tribunales comunes en materia de interpretación conforme*

Según el criterio del Tribunal Constitucional (BVerfGE 68, 337, p. 344; 78, 1, p. 5; 78, 20, p. 24), así como el de la doctrina (Harlad Bogs, 1966, p. 28, 32; Wolf-Dieter Eckardt, 1964, p. 42 y 55; Volker Haak, 1963, p. 247; Max Imboden, 1961, p. 143; Hartmut Maurer, 2021, p. 25; Klaus Schlaich y Stephen Koriath, 2010, p. 441; Helmut Simon, 1974, p. 87; Klaus Stern, 1994, p. 8), los tribunales comunes y cualquier órgano de aplicación del derecho queda obligado a aplicar la interpretación conforme. Debido a que en el derecho alemán todos los órganos del Estado quedan obligados de manera directa por la Constitución, no existe un monopolio del Tribunal Constitucional para aplicar la interpretación conforme (Helmut Simon, 1974, p. 87). En Alemania, se considera que la interpretación

conforme es una regla general de hermenéutica jurídica que pertenece a las herramientas de aplicación normativa que debe aplicar cualquier juez (Harlad Bogs, 1966, p. 32). Cuando una norma es susceptible de ser interpretada de manera conforme con la Constitución, en términos de lo dispuesto por el artículo 100, fracción 1, de la Constitución de Alemania, ya no procede una demanda por control de normas (Herbert Bethge, 2020, p. 260; Harlad Bogs, 1966, p. 33; Jörn Lüdemann, 2004, p. 30; Hans Jarass y Bodo Pieroth, 2007, p. 100; Helmut Simon, 1974, p. 88; Andreas Vosskuhle, 2000, p. 199; Roth, 1998, p. 565; BVerfGE, 68, 337, p. 344; 70, 134 p. 137; 80, 68, p. 72; 85, 329, p. 333; 87, 114, p. 133). Esto implica que se ha establecido una primacía de la interpretación conforme con la Constitución frente al control de normas. Así, los tribunales comunes son los primeros destinatarios de la obligación para aplicar la interpretación conforme a la Constitución. Éstos tienen la obligación de eliminar los resultados interpretativos que pudieran resultar incompatibles con los mandatos constitucionales, lo que implica una excepción al monopolio del Tribunal Constitucional para anular normas inconstitucionales (Harlad Bogs, 1966, p. 33). De esta forma, el Tribunal Constitucional sólo puede aplicar la interpretación conforme cuando el tribunal común haya sido del criterio que ha resultado imposible aplicar la interpretación conforme, en razón que la norma en cuestión resulta plenamente inconstitucional (BVerfGE, 68, 337, p. 344).

En la doctrina, esta posición ha recibido críticas. La interpretación conforme significa una corrección de la voluntad del legislador mediante una declaración parcial de nulidad (Andreas Vosskuhle, 2000, p. 184; Wassilos Skourius, 1973, p. 108; Klaus Stern, 1994, p. 4). Esta es una competencia de excepción, la que en términos del artículo 100, fracción 1 de la Constitución de Alemania, le queda reservada al Tribunal Constitucional (Andreas Vosskuhle, 2000, p. 184; Joachim Burmeister, 1966, p. 120; Klaus Stern, 1994, p. 90; Fritz Ossenbühl, 1988, p. 14 y 18). El monopolio de la nulidad normativa del Tribunal Constitucional de Alemania, según su propia jurisprudencia, debe evitar, por una parte, mediante un criterio obligatorio de aplicación general, la inseguridad jurídica que se provocaría por los criterios divergentes de los tribunales comunes (BVerfGE 54, 47, p. 51); por otra parte, debe asegurar la autoridad del legislador sobre la jurisprudencia (BVerfGE 1, 184 p. 197; 2, 124, p. 129; 63, 131, p. 141; 86, 71, p. 77; 90, 263, p. 275). De esta manera, el Tribunal Constitu-

cional debe impedir que cada tribunal común pueda anular la voluntad del legislador al negarse aplicar las leyes que éste haya emitido (BVerfGE 1, p. 197; 2, 124, p. 129; 40, 88, p. 94; 89, 214, p. 230). En principio, el tribunal común sólo violaría el artículo 100, fracción I de la Constitución, cuando el resultado interpretativo descartado corresponda de mejor forma con la letra, contexto, objeto, motivo o fin o, génesis de la norma secundaria, frente al resultado interpretativo que se haya seleccionado mediante la interpretación conforme. Así, el tribunal común incumple su obligación de respeto a la ley a cambio de respetar la letra, contexto, objeto, motivo o fin de la Constitución (Karl August Bettermann, 1986, p. 31; Wassilos Skourius, 1973, p. 113.). De esta forma, el artículo 100, fracción I de la Constitución pretende proteger al constituyente frente a cualquier forma de desobediencia judicial, y no sólo frente a una desobediencia total, sino también frente a una desobediencia parcial; no sólo frente a modificaciones abiertas, sino también frente a modificaciones encubiertas, de las que a menudo se trata en los casos de interpretación conforme (Karl August Bettermann, 1986, p. 31). A este respecto, cabe señalar que se han manifestado preocupaciones en contra de este tipo de “mega competencia” de los jueces comunes que obtienen mediante su obligación de ejecutar la interpretación conforme y de llevar a cabo el desarrollo del derecho común; facultades éstas con las que se atenta en contra de los objetivos de las reglas sociales emitidas por el legislador democrático y legítimo (Karl August Bettermann, 1986, p. 32).

La interpretación conforme con la Constitución, en su función negativa, lleva a la eliminación de un resultado interpretativo y a una casación parcial de la norma (Claus-Wilhelm Canaris, 2004, p. 145; BVerfGE 59, 336, p. 350). Una decisión obligatoria sobre la constitucionalidad de una ley, es de acuerdo al artículo 100, fracción I de la Constitución de Alemania, una facultad reservada al Tribunal Constitucional. Si, por el contrario, tal y como lo exige en su jurisprudencia éste, cualquier juez tiene la facultad para determinar si una norma resulta conforme con la Constitución, esto conduce a una pérdida de autoridad del legislador, puesto que el juzgador bien puede inobservar la ley, por lo menos, según alguna de sus posibles versiones interpretativas.

Por el contrario, no le puede ser objetado a la interpretación conforme con la Constitución que no deba atentar contra la autoridad del legislador, toda vez que no existe norma alguna que prohíba inaplicar una versión

normativa cuando la misma se encuentre en contra de lo que establece la Constitución (Jörg Neuner, 2005, p. 128; Hans-Joachim Koch y Helmut Rüsman, 1982, p. 268). La obligación de respeto a la ley a cargo de los jueces, no se limita a los casos en que el texto de las normas y sus objetivos sean claros y no admitan lugar a dudas. La misma también existe cuando los términos son confusos y poco claros o, los objetivos nos son fácilmente identificables. Cuando el tribunal no obedece los mandamientos de la ley, incumple sus obligaciones de respeto a la misma y a la división de poderes. Un control de constitucionalidad ilimitado a cargo de los jueces comunes significaría una invasión de las competencias constitucionales y legales de control normativo del Tribunal Constitucional.

Tampoco resulta convincente la fundamentación de la interpretación conforme con la Constitución en la obligatoriedad de todos los órganos del Estado de observar la Constitución (Jörg Neuner, 2005, p. 128; Hans Joachim Koch y Helmut Rüsman, 1982, p. 128). Esto, en razón que a diferencia del Tribunal Constitucional que queda obligado por la Constitución, los tribunales comunes, en términos de lo dispuesto por el artículo 20, fracción 3 y 97, fracción 1, de la Constitución de Alemania, sólo quedan obligados por la ley y por el derecho. Sin embargo, los mismos si están obligados a examinar la compatibilidad de la ley con la Constitución. Cuando se corrobora que una norma secundaria es inconstitucional, dichos tribunales deben suspender el procedimiento y solicitarle al Tribunal Constitucional que se pronuncie al respecto con una decisión sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma obligatoria (Hans Jarass y Bodo Pieroth, 2007, p. 100). La obligatoriedad de la Constitución para los tribunales comunes fundamenta una obligación para solicitar el inicio de un procedimiento de control concreto de normas, en términos de lo previsto por el artículo 100, fracción I de la Constitución (Joachim Burmeister, 1966 p. 26; Karl August Bettermann, 1986, p. 31; Fritz Ossenbühl, 1988, p. 18).

2. *La competencia del Tribunal Constitucional en materia de interpretación conforme con la Constitución*

Una invasión de las competencias del Tribunal Constitucional sobre control de normas podría ser evitada, si se le reservara al mismo la facul-

tad exclusiva de la interpretación conforme. La praxis del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de las normas secundarias de conformidad con la Constitución (BVerfGE, 19, 342, p. 352; 21, 73, pp. 85 y ss.; 26, 265, p. 278); 33, 23, p. 34; 41, 65, pp. 82 y ss.; 51, 304, p. 313; 59, 336, p. 350; 70, 35, p. 57) resulta problemática. Esto en razón que regularmente el Tribunal Constitución no sólo decide sobre la constitucionalidad de una norma, sino también sobre la interpretación correcta de la misma (BVerfGE, 54, p. 277; 59, p. 336). Todavía no queda claro si la interpretación conforme que lleva a cabo el Tribunal Constitucional es también obligatoria para los tribunales inferiores y vale para los mismos como la única interpretación conforme válida (Herbert Bethge, 2020, p. 276; Karl Renner, 2005, p. 31) o, si, por el contrario, la obligación sólo se limita a la confirmación que la interpretación de la norma secundaria es constitucional, esto es, que no se trata de la interpretación la constitucional, sino la de la norma secundaria como tal (Thomas Oppermann, 1973, p. 435; Klaus Schlaichy Stephen Koriath, 2010, p. 445). En la praxis, el Tribunal Constitucional vincula, regularmente, la interpretación conforme con una interpretación autónoma de la norma secundaria y establece como obligatorio este resultado interpretativo como derecho válido (BVerfGE, 19, 342, p. 352; 21, 73, p. 85; 23, 265, p. 278; 33, 23, p. 34; 41, 65, p. 82; 59, 336, p. 350; 70, 35, p. 57).

En la literatura jurídica se ha criticado fuertemente la referida praxis (Karl August Bettermann, 1986, p. 33; Wassilos Skourius, 1973, p. 107; Ekkehard Schumann, 1983, p. 47 y 83; Joachim Burmeister, 1966, p. 110), en razón que el Tribunal Constitucional de Alemania se extralimita en las competencias que constitucionalmente le han sido atribuidas por la Constitución y en perjuicio, sobre todo, de los tribunales de última instancia, los que en términos de lo previsto por el artículo 95 de la Constitución, no son inferiores respecto de aquél (Karl August Bettermann, 1986, p. 33). De esta forma, se piensa que el Tribunal Constitucional no debería ejecutar competencias que le corresponden a los tribunales comunes (Gerhard Robbers, 1998, p. 937). A éstos les queda reservada la interpretación y aplicación de las normas de derecho secundario (Karl August Bettermann, 1986, p. 110). El Tribunal Constitucional sólo detenta competencia para interpretar las normas secundarias por cuanto hace a su constitucionalidad, más no en cuanto a su sentido propio (Karl August Bettermann, 1986, p. 33; Ekkehard Schumann, 1983, p. 48). Asimismo,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

el Tribunal Constitucional puede anular la jurisprudencia de los tribunales comunes, exclusivamente por cuanto hace a su constitucionalidad, sin embargo, carece de competencia para sustituirla por una propia (Karl August Bettermann, 1986, p. 34). El argumento del Tribunal Constitucional según el cual sólo se examina la constitucionalidad de una ley, cuando la misma ya ha sido interpretada por el juez común de manera correcta, resulta menos convincente, en razón que la revisión de la interpretación no es competencia de dicha instancia.

Finalmente, también puede decidirse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una norma con la Constitución con base en la interpretación del tribunal que propone la causa (Karl August Bettermann, 1986, p. 35). En el caso de un control abstracto de normas, en los términos previstos por el artículo 93, fracción 1, numeral 2 de la Constitución de Alemania, el Tribunal Constitucional debe renunciar a efectuar una interpretación propia, cuando existe una jurisprudencia firme del tribunal superior común sobre la aplicación de la norma en cuestión (Karl August Bettermann, 1986, p. 36). Cuando la interpretación de la norma resulta controvertida o, la norma desde hace tiempo no es aplicada, el Tribunal Constitucional debe controlar el resultado interpretativo, aunque asimismo se debe evitar establecer una interpretación como oficial y definitiva (Karl August Bettermann, 1986, p. 37). De esta forma, el Tribunal Constitucional sólo tiene competencia para establecer una interpretación propia, en el caso que exista una única interpretación que sea conforme con la Constitución (Karl August Bettermann, 1986, p. 38).

El Tribunal Constitucional ha tratado de refutar las críticas que se han hecho valer en el sentido que se extralimita en sus competencias e invade las de los tribunales comunes. Una invasión de las competencias de los tribunales comunes mediante la ejecución de una interpretación propia de las disposiciones legales a examinar realmente no existe. En efecto, el Tribunal Constitucional no puede revisar la interpretación de los tribunales comunes, puesto que no es ninguna corte de apelación o de revisión. Una revisión, como tal, sólo tiene lugar cuando la interpretación es incorrecta ya que le ha sido atribuido un sentido que es en sí mismo inconstitucional (BVerfGE 3, 213, pp. 219 y ss.). Con fundamento en una interpretación incorrecta de la norma secundaria, el Tribunal Constitucional no puede examinar su constitucionalidad. En ese caso, el Tribunal debe interpretarla de manera independiente, sin quedar obligado por la

jurisprudencia del tribunal común de superior instancia o, por el criterio del tribunal que plantea la cuestión (Helmut Simon, 1994, p. 1651; Hans Spanner, 1966, p. 522; Christian Starck, 1992, p. 199; BVerfGE 2, 105, p. 110; 2, 181, p. 193; 7, 45, p. 50; 8, 210, p. 217; 10, 340, p. 345; 17, 155, pp. 163 y ss.; 22, 28, p. 30; 25, 371, p. 390; 30, 129, p. 139; 35, 263, p. 277; 51, 304, p. 313). Si el Tribunal Constitucional queda obligado a respetar la interpretación del tribunal común que plantea la cuestión, es en razón que el mismo la puede aceptar como una interpretación válida (BVerfGE 7, 45, p. 50). Cuando el Tribunal detecta que la interpretación es inconstitucional o, cuando esto resulta dudoso, debe analizar la situación con base en las normas comunes (BVerfGE 10, 340, p. 345; 25, 371, p. 390). Se trata de una cuestión previa de tipo no constitucional, sin cuya decisión no se podría resolver el problema constitucional de la violación de derechos humanos (BVerfGE 2, 105, p. 110). La aceptación de una obligación del Tribunal Constitucional en este sentido es sólo la parte visible de la pretensión de declarar ilícito el acto judicial de la interpretación o aplicación de la norma secundaria, lo que procesalmente sería lo mismo que la derogación del artículo 1, numeral 3 de la Constitución (Bern Bender, 1991, p. 194), la que precisa que los derechos fundamentales previstos en la Constitución obligan de manera inmediata al legislador, al ejecutivo y al judicial.

La obligación del Tribunal Constitucional de respetar la interpretación de los tribunales comunes

La Corte Federal —*Bundesgerichtshof*—, la Corte Administrativa —*Verwaltungsgerichtshof*—, el Tribunal de Finanzas —*Bundesfinanzhof*—, la Corte Federal del Trabajo —*Bundesarbeitsgericht*— y la Corte Federal Social —*Bundessozialgericht*—, son tribunales de última instancia, los que, en términos de lo previsto por el artículo 95 de la Constitución, detentan la competencia exclusiva para interpretar las normas secundarias de su especialidad. Sin embargo, en la literatura se da cuenta que, desde hace tiempo, el Tribunal Constitucional se ha convertido en una super instancia de revisión —*Superrevisionsinstanz*— (Günter Dürig, 1954, p. 515). Fueron dos las decisiones con las que se dio inicio a esta tendencia: la *Elfes-Urteil* (BVerfGE 6, 32, pp. 36 y 41) y la *Lüht-Urteil* (BVerfGE 7, 198, p. 205)

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

A partir de esta última decisión, el Tribunal Constitucional debe analizar si el tribunal común ha considerado en su decisión el ámbito y efecto de los derechos humanos en el derecho civil (BVerfGE 7, 198, p. 206).

En el marco de sus competencias, el Tribunal Constitucional se limita a resolver la cuestión de si los tribunales comunes en el examen de conformidad constitucional han escogido alguna de las alternativas interpretativas que resultan consistentes con la Constitución y si la norma secundaria se deja subsumir bajo el supuesto previsto en una norma constitucional (Joachim Burmeister, 1966, p. 108).

Entre los tribunales superiores comunes y el Tribunal Constitucional existe una relación de cooperación, la que fundamenta una responsabilidad común en materia de interpretación conforme con la Constitución. De esta forma, la interpretación conforme que lleva a cabo el Tribunal Constitucional debe coincidir con la que llevan a cabo los tribunales comunes de última instancia (Ekkehard Schumann, 1983, p. 76).

B. La competencia del Tribunal Constitucional para interpretar de manera obligatoria el derecho común

La cuestión central del tema de competencias sobre la interpretación conforme consiste en saber si el Tribunal Constitucional les puede imponer como obligatoria a los tribunales comunes una determinada interpretación conforme. Aquí se puede diferenciar la cuestión sobre si la interpretación del Tribunal Constitucional es la única que resultaría compatible con la Constitución o, si sería posible encontrar otras posibles interpretaciones conformes con la Constitución.

Cuando el Tribunal Constitucional estima que es correcta la apreciación de los tribunales comunes respecto a que sólo existe una posibilidad interpretativa que resulte conforme con la Constitución, no existirá conflicto de competencias. Las otras posibilidades interpretativas que resulten inconstitucionales las podrá anular el Tribunal Constitucional.

Cuando el tribunal superior de la correspondiente materia sostiene que son varias las alternativas interpretativas que resultan conformes con la Constitución, no es claro si el Tribunal Constitucional tiene competencia para determinar de manera obligatoria si debe adoptarse sólo una de esas posibles interpretaciones como conforme con la Constitución

o, si se debería limitar sólo a anular las interpretaciones que pudiesen resultar inconstitucionales. Se acepta que los tribunales comunes están obligados a respetar la interpretación que haya elegido el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se excede en sus competencias cuando, de entre varias interpretaciones, todas ellas consistentes con la Constitución, escoge una sola como obligatoria, puesto que una elección entre alternativas interpretativas igualmente constitucionales competencialmente les correspondería a los tribunales comunes.

El Tribunal Constitucional se tiene que limitar a declarar cuáles son las alternativas interpretativas que resultan violatorias de la Constitución y a corroborar que la norma secundaria puede ser interpretada de manera conforme con la Constitución, más no a imponerles de manera obligatoria a los tribunales comunes una determinada interpretación.

Cuando el Tribunal Constitucional, en el marco de una interpretación conforme de una norma secundaria, se pronuncia por la inconstitucionalidad de una determinada interpretación de dicha norma, ningún otro tribunal podría sostener que dicha interpretación es conforme con la Constitución. En términos de lo previsto en el artículo 31, fracción 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, todos los tribunales se encuentran obligados a acatar el veredicto de inconstitucionalidad que declare el Tribunal Constitucional. Por el contrario, los tribunales comunes no quedan obligados a acatar como una única interpretación obligatoria aquella interpretación de la norma secundaria que el Tribunal Constitucional haya declarado conforme. Los tribunales comunes no se encuentran legalmente impedidos para adoptar cualquier otra interpretación, siempre y cuando la misma resulte consistente con lo previsto en la Constitución.

VI. CONCLUSIONES

En Alemania, la interpretación conforme tiene una larga historia, cuyos orígenes se remontan al régimen nacional-socialista, siendo hasta 1953 en que adquiere su actual versión, sin que hasta la fecha exista una regulación legal que establezca los presupuestos y límites de su ejercicio. Esta institución jurisprudencial, la que funciona de manera paralela a la garantía de anulabilidad de las normas secundarias que contradigan los mandatos constitucionales, constituye una forma de control normativo que permite

salvaguardar la validez de la norma secundaria, al descalificar la validez de sólo alguna de sus posibles interpretaciones: las que no resulten conforme con lo dispuesto por alguno de los dispositivos previstos en la Constitución. Esto permite evitar que con motivo de la anulación de la norma secundaria se produzca una laguna en el orden jurídico que deba ser colmada en vía del desarrollo judicial del derecho, lo que en cierta forma falsea la división de poderes. Si, en cambio, las normas secundarias se pueden interpretar a la luz de los principios esenciales de la Constitución, se salva su validez y con ello el respeto a las reglas que ha puesto en vigor la soberanía popular.

En el derecho alemán, se distingue entre, por una parte, el principio de interpretación orientada por la Constitución, el que permite optimizar el ejercicio de interpretación sistemática y teleológica de la norma secundaria, para garantizar que como resultado del mismo se realicen los ideales y valores que inspiran a la Constitución y; por la otra, el principio de interpretación conforme con la Constitución que aplica como una herramienta de control normativo hasta en tanto se cuenta ya con varios resultados interpretativos y que permite elegir aquel que resulte conforme con lo dispuesto por las normas constitucionales.

En la jurisprudencia alemana encontramos tres fundamentos jurídicos de la interpretación conforme: la presunción de constitucionalidad de leyes; la unidad y construcción escalonada del orden jurídico y; el principio de conservación de la norma *favor legis*.

El tema que más se discute en la doctrina alemana sobre la interpretación conforme es el relativo a la competencia para llevarla a cabo. El problema de fondo radica en el hecho que mientras el Tribunal Constitucional es el competente para interpretar las normas de la Constitución, los tribunales comunes son los facultados para interpretar las normas secundarias. Sin embargo, la interpretación conforme implica una interpretación de la Constitución por los tribunales comunes y, en su caso, una interpretación de las normas secundarias por el Tribunal Constitucional. Esta interferencia de atribuciones ha dado lugar a fuertes críticas de la doctrina a la jurisprudencia que regula este instrumento de control normativo.

VII. REFERENCIAS

- BENDER, B. (1959). Inhalt und Grenzen des Gebot der verfassungskonformen Gesetzesauslegung. *Montatsschrift für Deutsches Recht*, 13(6), pp. 441-447.
- BETHGE, H. (2020). 31. En MAUNZ, T., SCHMIDT-BLEIBTREU, B., KLEIN, F. y BETHGE, H. (coords.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (60a. ed., vol. I), (pp. 258-261). München: C.H. Beck.
- BETTERMANN, K. A. (1986). *Die verfassungskonforme Auslegung*. C.F. Müller.
- BIRK, D. (1990). Verfassungskonforme Auslegung im Steuerrecht. En Dieter Birk (coord.), *Steuer und Wirtschaft* (pp. 300-324), Heidelberg: C. F. Müller.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1992). *Staat und Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (2a. ed.). Suhrkamp.
- BOGS, H. (1966). *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. Kohlhammer.
- BURMEISTER, J. (1966). *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*. F. Vahlen.
- CAMPICHE, E. (1978). *Die verfassungskonforme Auslegung*. Schulthess.
- CANARIS, C. W. (2004). Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre. En HONSELL, H., ZÄCH, R., HASENBÖHLER, F. (coords.), *Festschrift für Ernst A. Kramer*, pp. 141-159. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- CANARIS, C. W. (2006). Gesamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Auslegung. En Claus Wilhelm Canaris (coord.) *Wirtschaft in offene Verwaltung, Festschrift für Reiner Schmidt* (pp. 41-60). München: C.H. Beck.
- DAHM, G., ECKHARDT, K. A., HÖHN, R., RITTERBUSCH, P. & Siebert, W.; (1936). Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters. *Deutsche Rechtswissenschaft I*.
- DETTBECK, S. (1995). *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*. J. C. B. Mohr, Paul Siebeck.
- DÜRIG, G. (1954). Freizügigkeit. En NEUMANN, F., NIPPERDEY, H. K., SCHEUNER, U. (coords.), *Die Grundrechte* (vol. 2) (pp. 507-534). Berlin: Duncker & Humblot.

- ECKARDT, W. D. (1964). *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*. Duncker & Humblot.
- EHMKE, H. (1963). *Prinzipien der Verfassungsinterpretation. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*.
- DI Fabio, U. (2004). Grundrechte als Werterordnung. *Juristenzeitung*, 59(1), pp. 1-8.
- FISCHER, C. (2007). *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*. Mohr Siebeck.
- GEIS, M. (1992). Die “Eilversammlung” als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung - Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 11, pp. 1025-1030.
- GÖLDNER, D. (1969). *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*. Duncker & Humblot.
- HAAK, V. (1963). *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*. Roehrscheid.
- HAGER, J. (1983). *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*. Beck'sche.
- HAGER, G. (2006). Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung. *Juristische Schulung* 9, pp. 769-774.
- HART, H. L. A. (1970). Kelsen's doctrine of the Unity of Law. En Munitz, M. & Kiefer, H. (coords.), *Ethics and Social Justice* (pp. 208-270). Albany NY: State University of New York Press.
- HÄFELIN, U. (1961). Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen. En Huber, H. (coord.), *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag* (pp. 241-260). Berna: Stämpfli.
- HEDEMANN, J. W. (1933). *Die Flucht in die Generalklauseln*. Mohr Siebeck.
- HESSE, K. (1999). *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (vigésima edición). C. F. Müller.
- HÖPFNER, C. (2008). *Die systemkonforme Auslegung: Zur Auflösung einseitiger, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*. Mohr Siebeck.
- IMBODEN, M. (1961). Normenkontrolle und Norminterpretation. En *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag* (pp. 133-161). Staat und Recht.
- JARASS, H. y PIEROTH, B. (2007). *Grundgesetz* (9a. ed.). C.H. Beck.

- KELSEN, H. (1958). Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 19, pp. 234-248. http://zaoerv.de/19_1958/19_1958_1_3_a_234_248.pdf.
- KELSEN, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2a. ed.). Verlag Österreich.
- KELSEN, H. (2008). *Reine Rechtslehre*. Mohr Siebeck (original publicado en 1934).
- KNEIP, S. (2006). Demokratieimmanente Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. En BECKER, M. y ZIMMERLING, R. (coords.), *Politik und Recht, (PVS-Sonderheft 36/2006)* (pp. 259-281). Berlín: Verlag für Sozialwissenschaften.
- KOCH, H. J y RÜSMANN, H. (1982). *Juristische Begründungslehre*. C. H. Beck.
- KUHLEN, L. (2006). *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*. C. F. Müller
- LARENZ, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (6a. ed.). Springer Verlag.
- LARENZ, K. y CANARIS, C. W. (1995). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3a. ed.). Springer Verlag.
- LÖWER, W. (2005), Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts. En ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P. (coords.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III (3a. ed.). Heidelberg: C. F. Müller.
- LÜDEMANN, J. (2004). Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen. *Juristische Schulung*, pp. 27-30.
- MAURER, H. (2021). *Staatsrecht I* (7a. ed.). C. H. Beck.
- MICHEL, H. (1961). Die verfassungskonforme Auslegung. *Juristische Schulung* (1), pp. 274-281.
- MÜLLER, F. y CHRISTENSEN, R. (2002). *Juristische Methodik*, vol. I (8a. ed.). Duncker & Humblot.
- NEUNER, J. (2005). *Rechtsfindung contra legem* (2a. ed.). C. H. Beck.
- NIPPERDEY, H. K. (1961). *Grundrechte und Privatrecht*. Sherpe.
- OPPERMANN, T. (1973). Praktische Konsequenzen der Entscheidung des BVerfGs zur Wissenschaftsfreiheit. *Juristen Zeitung*, pp. 433-441.
- OSSENBUHL, F. (1988). *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*. Bouvier.
- PRÜMM, H. P. (1977). *Verfassung und Methodik*. Duncker & Humblot.
- RENNERT, K. (1992). § 31. En UMBACH, D. y CLEMENS, T. (coords.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (pp. 530-564). Heidelberg: C. F. Müller.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 813-842.

- ROBBERS, G. (1998). Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 935-941.
- ROTH, W. (1998). Die verfassungsgerichtliche Überprüfung verfassungskonformer Auslegung im Wege abstrakter Normenkontroll. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrechts* 6, pp. 563-567.
- RÖHL, K. F. (2001). *Allgemeine Rechtslehre* (2a. ed.). C. Heymann.
- RÜTHERS, B. (1996). *Beschäftigungskrise und Arbeitrecht*. Stiftung Marktwirtschaft.
- RÜTHERS, B. (2004). Die Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an Gesetz und Recht. En *125 Jahre Oberlandesgericht Stuttgart, Die Justiz, Sonderausgabe Amtsblattes des Justizministerium Baden- Württemberg* (pp. 7-13). Stuttgart: Neckar Verlag.
- RÜTHERS, B. (2007). *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts* (3a. ed.). C. H. Beck.
- RÜTHERS, B. (2012). *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (7a. ed.). Mohr Siebeck.
- SCHENKE, R. P. (2007). *Die Rechtsfindung im Steuerrecht*. Mohr Siebeck.
- SCHLAICH, K. y Koriath, S. (2010). *Das Bundesverfassungsgericht* (11a. ed.), C. H. Beck.
- SCHMITT, C. (1934, marzo). Nationalsozialismus und Rechtsstaat. *Juristische Wochenschrift* 63, 12-13, pp. 713-718.
- SCHMITT, C. (2011). *Die Tyrannei der Werte – Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*. Duncker & Humblot.
- SCHMIDT-ASSMAN, E. y PIETZNER, R. (1997). *Verwaltungsgerichtsordnung*. C. H. Beck.
- SCHMIDT-SALZER, J. (1969). Vorkonstitutionelle Gesetze, verfassungskonforme Auslegung und unbestimmte ungeschriebene Rechtsbegriffe. *Die Öffentliche Verwaltung*, pp. 97-106.
- SCHUMANN, E. (1983). *Budesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess*. Heymann.
- SEILER, C. (2000). *Auslegung als Normkonkretisierung*. Müller.
- SIMON, H. (1974). Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1974, pp. 85-99.
- SIMON, H. (1994). Verfassungsgerichtsbarkeit. En BENDER, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H. J., *Handbuch des Verfassungsrechts* (2a. ed.) (pp. 1637-1680). Berlin: Walter de Gruyter.

- SKOURIUS, W. (1973). *Teilnichtigkeit von Gestzen*. Duncker & Humblot.
- SPANNER, H. (1966). Die Verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Recht* 91, pp. 503-530.
- STARCK, C. (1992). Die Verfassungaueslegung. En Isensee, J. & Kirchhof, P. (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, pp. 189-230. C. F. Müller.
- STERN, K. (1958). Interpretation eine existenzielle Aufgabe de Jurisprudenz. *Neue Juristische Wochenschrift* 37, pp. 1435-1436.
- STERN, K. (1994). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (vol. I y III). C. H. Beck.
- VOSSKUHLE, A. (2000). Theorie und Praxis der verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichten. *Archiv des öffentlicheh Rechts* 125(2), pp. 177-201.
- WESSER, S. (2001). Sittenwidrige Bürgschaftsverträge – Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gem. 79 II BVerfGG analog? *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 475-479.
- ZIPPELIUS, R. (1976). Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen. En STARCK, C., DRAHT, M. y FRIESENHAHN, E. (coords.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (pp. 108-124). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Tribunal Constitucional de Bavaria. https://www.bayern.verfassungsgerichts.hof.de/bayverfgh/rechtsprechung/ausgewaehlte_entscheidungen.php.
- Tribunal Constitucional Alemán. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html.