

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 162

Nueva Serie Año LIV Número 162 Septiembre-Diciembre 2021

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año LIV, número 162, septiembre-diciembre de 2020, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: *bmdc.ijj@unam.mx*. Editora responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2015-060912252900-203. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Margarita García Castillo

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Elaboración y maquetación en HTML: Ignacio Trujillo Guerrero

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Director y editor

Raúl Márquez Romero

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero

Wendy V. Rocha Cacho

Comité Editorial

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

Comité Científico

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

Comité Asesor

Jorge Carlos Adame Goddard (México); María Mercedes Albornoz (México); César Astudillo (México); Manuel Becerra Ramírez (México); Ingrid Brena Sesma (México); Leticia Bonifaz Alfonso (México); José Antonio Caballero Juárez (México); Miguel Carbonell (México); Gabriel Cavazos Villanueva (México); Enrique Cáceres Nieto (México); Francisco Contreras Vaca (México); Alexei Julio Estrada (Colombia); Jorge Fernández Ruíz (México); Eduardo Ferrer MacGregor (México); Imer B. Flores (México); Sandy Gaines (Estados Unidos); David Gantz (Estados Unidos); María del Refugio González (México); Leticia García Villalunga (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); 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: 10 de julio de 2022

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)

EL FIN DE LA CONSTITUCIÓN AUTORITARIA DE PINOCHET*

THE END OF PINOCHET'S AUTHORITARIAN CONSTITUTION

Jaime CÁRDENAS GRACIA**

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.16981](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.16981)

Resumen:

En este ensayo damos cuenta de la Convención Constitucional Chilena en curso que pondrá fin a la Constitución neoliberal y autoritaria de Pinochet. Sostenemos que el diseño institucional de 1980 y sus reformas de 1989 y 2005 prohicieron movimientos sociales que desembocaron en el proceso constituyente que vive el país sudamericano porque esa estructura jurídica formuló y materializó los fundamentos del neoliberalismo y del autoritarismo. Consideramos que cuando las Constituciones se conciben desde parámetros de desigualdad social y de reducción del pluralismo político, las derivas concluyen en procesos constituyentes originarios para transformar el *statu quo*.

Palabras Clave:

Chile, nueva Constitución, neoliberalismo y autoritarismo.

Abstract:

In this essay we give an account on the Chilean Constitutional Convention in progress that will put an end to the neoliberal and authoritarian Constitution of Pinochet. We maintain that the institutional design of 1980 and its reforms of 1989 and 2005 fostered social movements that led to the constituent process that South American country is experiencing because that legal structure formulated and materialized the foundations of neoliberalism and authoritarianism. We consider that when the Constitutions are conceived from parameters of social inequality and reduction of political pluralism, the drifts conclude not without difficulties in constituent process to transform the statu quo.

Keywords:

Chile, New Constitution, neoliberalism and authoritarianism.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El neoliberalismo en la Constitución chilena vigente.* III. *Los candados autoritarios previstos en la Constitución para impedir o limitar la expresión de las mayorías.* IV. *El elitismo y conservadurismo chileno en su pasado histórico—constitucional.* V. *Los déficits democráticos de la Constitución chilena de 1980 y sus reformas.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso constituyente que ahora existe en Chile fue producto de reclamos persistentes de la sociedad —clases medias y empobrecidas— a los gobiernos de ese país posteriores a la salida de Pinochet del poder. Esas reivindicaciones han querido poner un límite y revertir los efectos nocivos del modelo neoliberal impuesto en la dictadura, los que producen desigualdad, pobreza y exclusión, y que impiden la satisfacción y garantía plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Las revueltas sociales de octubre de 2019 —causa inmediata de la Convención Constitucional en curso— estuvieron motivadas por las exigencias de un amplio abanico de la sociedad chilena a favor de un cambio profundo que debía modificar el modelo de mercado hipercapitalista para dar paso a una economía de carácter social que garantice, entre otros, los derechos a la educación, salud, seguridad social, vivienda y trabajo, y que, además, transforme las estructuras políticas y jurídicas que han beneficiado a las élites a fin de democratizar las instituciones y el orden jurídico chileno (Rafael Croda, 2021, pp. 58 y 59).

Constitucionalmente, y a pesar de las numerosas reformas que a la ley fundamental de Chile se han realizado desde 1989, el diseño y el uso de la maquinaria del poder estatal ha sustraído a la sociedad, que no forma parte de la élite, del poder político estatal. El sistema constitucional chileno fue pensado por los redactores de la Constitución de 1980 y por los autores de la mayoría de sus reformas para que no se modificara el *statu quo* (Francisco Zúñiga, 2014, pp. 3 y 4). En Chile después de Pinochet han gobernado, más o menos alternativamente, la centro derecha y la centro izquierda, pero no existe una diferencia sustancial entre ellos, pues las instituciones constitucionales no permiten introducir virajes profundos a la situación económica y de poder político establecida (Jaime Guzmán E., 1979, pp. 13-23).

En algunos sectores existía la convicción de que no era muy relevante qué partido gobernara, porque las normas e instituciones de la Constitución de 1980 conferían el control del Estado a los intereses de siempre, y porque la existencia de las instituciones contramayoritarias previstas en el texto constitucional bloqueaban cualquier esfuerzo hacia el desarrollo democrático y la consolidación del Estado constitucional y democrático de derecho. Los partidos gobernantes abusaron de los quorums y procedimientos hiper calificados que establecía anteriormente la Constitución para impedir reformas de importancia, y con el respaldo de las instituciones contramayoritarias —no emanadas directamente de la voluntad popular y profundamente elitistas— como el Banco Central y el Tribunal Constitucional, detuvieron a través de los mecanismos de control financiero y constitucional, las reivindicaciones sociales para conservar y mantener las reglas e instituciones existentes.

La Constitución chilena de 1980, antes de las reformas de 2019, era un texto de extrema rigidez para efectos de reforma. Se caracterizaba porque para reformarla se necesitaban: *a)* las dos terceras partes de los legisladores de ambas cámaras, *b)* además el sistema electoral entonces vigente y llamado binominal sobrerrepresentaba a los partidos tradicionales, principalmente y de manera artificial a la segunda fuerza —para las elecciones legislativas en 2017 ya no se aplicó—, *c)* el Tribunal

Constitucional funcionaba como una tercera Cámara revisando el procedimiento de cualquier reforma constitucional, y *d*) hubo hasta la reforma constitucional de 2005 senadores vitalicios y designados. Estos elementos normativos y políticos otorgaban un poder de veto a los partidos del *statu quo* frente a las mayorías sociales y políticas. Ese sistema se ha calificado con razón como sesgado hacia las élites (Michael Alvertus y Víctor Menaldo, 2018), y también, por esas variables, se estimó que Chile era una democracia semisoberana (Carlos, Huneeus, 2016).

Durante 2005 se realizó una importante reforma constitucional para eliminar algunos enclaves autoritarios como la vigencia de senadores vitalicios y designados, además de remover paulatinamente el sistema electoral binacional, y reducir la influencia de los militares en los asuntos civiles. Esas modificaciones constitucionales fueron concertadas y pactadas por la centro derecha y la centro izquierda, se trató de reformas de élite, sin el concurso de los ciudadanos (Rodrigo Espinoza T., 2021, pp. 215-245).

A partir de 2006 arrecia la demanda social para que se reconozcan los derechos económicos y sociales en la Constitución. El Estado chileno desde 1975 había asumido el modelo neoliberal y durante todos estos años ha sido refractario al reconocimiento constitucional de los derechos sociales como derechos humanos. En 2006 los estudiantes de las secundarias chilenas, mediante masivas protestas, lograron deslegitimar la ley orgánica en materia de educación que promovía procesos privatizadores en ese ámbito.

En 2011, los estudiantes universitarios exigieron mediante fuertes protestas la universalización del derecho a la educación superior, y pidieron la constitucionalización de ese derecho. A las protestas y reclamos de los estudiantes se fueron sumando otras reivindicaciones sociales: reforma al sistema de pensiones privatizado, el indispensable reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, la asunción constitucional de los derechos al medio ambiente, y la inclusión en la ley fundamental de los derechos de las minorías sexuales. Ninguna de las anteriores pretensiones tuvo éxito, pues no se plasmaron en el texto constitucional. Por lo que de manera evidente resultó, para todos los sectores que protestaban, que la salida a los conflictos y a los enfrentamientos pasaba por la aprobación de una nueva Constitución.

El gobierno de Michelle Bachelet, en su segundo periodo presidencial de 2014 a 2018, se comprometió a iniciar un proceso constituyente. La propuesta de la entonces presidenta provocó un gran debate en el país, pero sus esfuerzos fracasaron porque sus iniciativas de reforma constitucional no obtuvieron las dos terceras partes de los integrantes de las cámaras del Congreso. El procedimiento de reforma constitucional vigente en ese entonces demostraba una vez más que era un valladar para la transformación política y constitucional de ese país (Francisco Zúñiga, 2014, p. 161).

Los contratiempos del gobierno de Bachelet, encaminados a reformar la Constitución o a convocar a un Congreso constituyente, acicatearon los ánimos de amplios sectores que querían una nueva Constitución porque la vigente les parecía autoritaria y muy alejada de las necesidades sociales de Chile. La demanda por una nueva Constitución cobró fuerza, otra vez en 2019, cuando en octubre de ese año los estudiantes protestaron contra las alzas en las tarifas del metro de Santiago. El gobierno de Sebastián Piñera reprimió con violencia las inconformidades, y la ciudadanía en

respuesta a la coacción gubernamental, de manera pacífica salió a protestar en todas las calles de las ciudades importantes del país. Los reclamos exigían cambios profundos al sistema político y económico.

El gobierno de Sebastián Piñera endureció la represión después de algunos incidentes violentos y decretó el toque de queda a nivel nacional. La torpeza política del gobierno propició que más de un millón y medio de manifestantes saliera nuevamente a las calles de Santiago para proponer una nueva Constitución, la que, para los ciudadanos en protesta, debía modificar las variables políticas y económicas más retardatarias del régimen heredado por la dictadura de Pinochet.

Después de esa gran manifestación se sucedieron más protestas públicas, tanto violentas como no violentas, en donde ocurrieron hechos violatorios a los derechos humanos perpetrados por los Carabineros, el cuerpo de seguridad pública chileno. El 15 de noviembre de 2019 se firmó el “Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución”, firmado por los principales líderes de los partidos políticos en Chile y por dirigentes de las movilizaciones sociales, entre otros, Gabriel Boric. A consecuencia de ello, se aprobaron las reformas a la Constitución de 1980 que regulan los instrumentos y mecanismos ciudadanos e institucionales para convocar a una Convención Constitucional y aprobar una nueva Constitución.¹

En esa reforma se reguló la celebración de un plebiscito nacional para iniciar el proceso constituyente. Según el precepto, el presidente de la República tuvo la obligación de convocar el plebiscito —se celebró el 25 de octubre de 2020—, en el cual, los ciudadanos dispusieron de dos cédulas de votación, en la primera se preguntó a los ciudadanos si deseaban una nueva Constitución, y en la segunda se cuestionó a los ciudadanos si la Constitución debía ser aprobada por una Convención mixta constitucional —que se integraría en partes iguales por constituyentes electos para ese efecto y por legisladores en ejercicio— o por una Convención Constitucional integrada exclusivamente por constituyentes elegidos democráticamente. La norma señaló que, si la ciudadanía votaba por una nueva Constitución, la elección democrática de los miembros de la Convención Mixta Constitucional o de la Convención Constitucional se realizaría, como ocurrió, los días 15 y 16 de mayo de 2021.

El 4 de julio de 2021 se instaló la Convención Constitucional, la que tiene un plazo de nueve meses para elaborar el nuevo texto constitucional —se puede prorrogar la Convención tres meses adicionales—. La integración de la Convención Constitucional ha resultado de una gran sorpresa electoral, pues además de su composición respetuosa de la igualdad de género, los 155 convencionales constitucionales en su mayoría no provienen de los partidos tradicionales, sino de movimientos sociales, pueblos originarios y de candidaturas independientes. Existen grandes expectativas en Chile y en América Latina sobre lo que podrá realizar la Convención a favor del constitucionalismo democrático por su conformación atípica.

En este ensayo explicamos por qué la Constitución chilena vigente —de 1980 y sus principales reformas de 1989 y de 2005— es un ordenamiento neoliberal y autoritario, pues protege la propiedad y las libertades económicas por encima de otros derechos y porque fue emanada de una dictadura producto del golpe militar de 1973 en contra de la democracia chilena y del presidente Salvador

Allende. Sostenemos que esas características neoliberales y autoritarias de la Constitución de Pinochet son las que han prohiado en los últimos años movimientos sociales en Chile que han desembocado en la convocatoria, previo plebiscito, de la Convención Constitucional.

Nuestra tesis es que, hoy en día, una Constitución neoliberal y autoritaria se vuelve contra las élites que la aprueban, y es históricamente insostenible. Los momentos de los constituyentes originarios no surgen por azar, sino que son consecuencia de procesos históricos en donde es muy importante conocer al menos dos cosas: 1) quiénes son los sujetos constituyentes, y 2) cuál es la ideología constitucional que se pretende realizar en el proceso constituyente.

En términos teóricos y generales el sujeto constituyente es el pueblo, que tiene un poder absoluto e ilimitado, que a través de su poder define instrumentos y procedimientos —convenciones constitucionales o constituyentes— (Jaime Cárdenas Gracia, 2020, pp. 773 y ss.) y aprueba la Constitución, hecho lo cual, el poder constituyente originario concluye para dar paso a los poderes derivados. Hoy en día, otras teorías como la de Antonio Negri (1994), sostienen que el constituyente originario nunca desaparece y puede manifestarse en cualquier momento para transformar o cambiar el *statu quo*.

Las concepciones teóricas sobre el sujeto constituyente —el pueblo— y las características en las que se expresa el constituyente originario se materializan y vehiculan históricamente, ya sea por medio de un líder que conduce el proceso, o a través de un partido o de varios partidos que impulsan el proceso mediante acuerdos, o por medio de movimientos sociales que canalizan las reivindicaciones populares. En la historia de los procesos constituyentes, un líder puede ser determinante en la conducción del constituyente y de la propia Constitución —tal fue el caso de Charles de Gaulle y la Constitución francesa de 1958—, o los acuerdos entre los partidos dominantes o relevantes pueden encausar y definir los contenidos de la Constitución —es el ejemplo de la Constitución Española de 1978 y las notas distintivas de su proceso de transición a la democracia—, o pueden ser los movimientos sociales los que articulen el proceso constituyente, tal como parece ser el ejemplo de la Convención Constitucional Chilena de 2021-2022.

La naturaleza del sujeto constituyente determina el curso del proceso constituyente y los contenidos de la Constitución (Albert Noguera Fernández, 2017, pp. 15-151). Cuando un líder carismático o revolucionario inicia el proceso, las condiciones del proceso constituyente y los contenidos de la Constitución quedan principalmente definidos por él, ya sea para perpetuarlo en el poder o en el mejor de los casos, para imponer su visión de las relaciones políticas y económicas en el texto constitucional —eso fue lo que ocurrió con la Constitución mexicana de 1917, en donde las ideas presidencialistas, nacionalistas y liberales de Venustiano Carranza, y en esa época de los obregonistas aliados, se impusieron en gran medida por encima y con pocas concesiones a otros grupos revolucionarios como los zapatistas, anarquistas y villistas que pretendían cambios sociales y económicos más radicales.

Si los sujetos constituyentes son partidos políticos que pactan el proceso y la Constitución, encontraremos, como en España de 1978, una Constitución de instituciones representativas de la institucionalidad partidista, pero no de la sociedad, de concentración de poder en los partidos —el

Estado de partidos—, de escaso poder para la sociedad civil o a instancias intermedias de la sociedad para definir las principales políticas públicas, y con fuertes mecanismos de democracia representativa e instituciones contramayoritarias —divorcio gobernante *vs.* gobernado— que quedan al margen de control ciudadano, más allá de los procesos electorales ordinarios.²

Cuando los sujetos constituyentes son los movimientos sociales, como ahora ocurre en el proceso constituyente chileno 2021-2022, las posibilidades del proceso y los contenidos de la Constitución se abren a otros horizontes, por ejemplo, a las múltiples modalidades de la democracia —directa, deliberativa, participativa, indígena—; al reconocimiento de derechos humanos y mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad que ponen el acento en los DESCAs, en los derechos de la naturaleza y de los animales; a determinar límites a los organismos supranacionales cuando éstos no surgen de la soberanía popular y pretenden realizar políticas neocoloniales; al empoderamiento de las mujeres, la diversidad sexual y los pueblos originarios; a formas de organización económica y social basadas en el autogestión comunitaria y social para decidir empresarios y trabajadores el futuro de las empresas y el reparto equitativo de los beneficios y la plusvalía; al establecimiento de límites a la concentración de la riqueza; a la incorporación de una fiscalidad progresiva y a una presupuestación centrada en la distribución de la riqueza; en el fortalecimiento de áreas estratégicas de la economía que no pueden ser privatizadas; y, en general a la conformación de una sala de máquinas constitucional que tenga fuertes vínculos con la sociedad, lo que entre otras cosas implica el fin de los órganos contramayoritarios (Roberto Gargarella, 2008, pp. 249-262) como hoy los conocemos. El sujeto constituyente que resulta de la agregación de luchas y movimientos sociales tiene un carácter antiindividualista, que le permite a las personas y grupos sociales a asociarse y disociarse de múltiples maneras y en donde la soberanía se expresa de manera plural, heterogénea y diversa, sin que un grupo o sector pretenda representarla toda o sentirse dueña de ella (Albert Noguera Fernández, 2017, pp. 15-151).

La ideología constitucional implica la opción orientadora de la Constitución. En el pasado esas orientaciones cuando eran democráticas fueron las liberales, las socialdemócratas, y hoy en día son, entre otras, las neoconstitucionales, las que se encuentran inspiradas en el constitucionalismo popular y en el crítico (Albert Noguera Fernández, 2019).³ La Constitución de Pinochet no corresponde a ninguna de las anteriores categorías. Es una Constitución neoliberal porque prescinde de los derechos sociales y de la igualdad, reduce el papel del Estado en la economía a través del principio de subsidiariedad, fortalece la propiedad y las libertades económicas por encima de otros derechos sociales y económicos, los que no están reconocidos y/o garantizados por el Estado en la ley fundamental y/o en la realidad. La Constitución de 1980 es una Constitución autoritaria porque emanó de un golpe de Estado, en donde la Junta Militar asumió para sí el carácter de poder constituyente, porque contiene numerosos enclaves y candados que imposibilitan el juego democrático en condiciones de pluralismo político y de igualdad de oportunidades entre los contendientes. Fue una Constitución, como dijo uno de sus ideólogos, destinada a mantener en el tiempo el *statu quo* de la dictadura, ya que las instituciones constitucionales previstas en ella no permiten introducir virajes profundos a la situación económica y de poder político establecida, tal como exponemos en este ensayo (Jaime Guzmán E., 1979, pp. 13-23).

II. EL NEOLIBERALISMO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE

El neoliberalismo en Chile tiene su origen en el convenio firmado por la Escuela de Economía de la Universidad Católica de Chile con la Universidad de Chicago en 1955, para que estudiantes chilenos estudiaran su doctorado en la escuela de Milton Friedman (los Chicago Boys). Después del golpe de Estado de 1973 ese grupo de estudiantes de economía y derecho trasladaron y convirtieron su formación neoliberal en hegemónica, al grado de ser Chile el primer país de América Latina en abrazar abiertamente la doctrina neoliberal, razón que explica la longevidad de la dictadura y de sus secuelas. En 1975 se dio el primer proceso de reformas neoliberales en Chile. Esas reformas estuvieron centradas en severos recortes presupuestarios, establecimiento de un régimen de libre comercio, desregulación de las actividades financieras, y privatización de empresas públicas. Más tarde, en 1978, se impulsaron las siete modernizaciones en los sistemas educacional, de pensiones, laboral, de salud, desarrollo agrícola, en la administración pública y en el sistema judicial. Esas modernizaciones se articularon en los principios, no de interés general o colectivo, sino en los principios de elección racional y cálculo de la utilidad marginal por encima de cualesquier otro principio económico o constitucional (Simón Ramírez, 2021, pp. 82-121).

Con la Constitución vigente de 1980, para algunos una Constitución “hayekiana” (Friedrich A. Hayek, 1985 y Marcos Roitman Rosenmann, 2021),⁴ de corte autoritario neoliberal (Carlos Huneeus, 2016), se inspiró en tres principios: 1) preponderancia del sector económico privado por encima del sector público y social; 2) la coordinación de los agentes privados en el marco del mercado y no del Estado, y 3) el reconocimiento del principio de subsidiariedad que limita y subordina la actividad económica del Estado en la economía al papel de los sectores privados. En materia laboral se promovió un mercado precario y flexible, que prohíbe la sindicalización por rama, y que reduce los derechos laborales y limita la seguridad social. El constitucionalismo chileno denomina a ese orden neoliberal “orden público económico” que privilegia a los grandes intereses económicos, nacionales y transnacionales, por encima de los gobernados (Pablo Contreras V. y Domingo Lovera P., 2020, p. 33). Las consecuencias de ese constitucionalismo han sido “...comunidades dañadas por la contaminación; la explotación despiadada de los recursos forestales, marítimos y mineros; huelgas de trabajadores precarizados, sin derechos laborales efectivos y mal pagados; movilizaciones de estudiantes y familias agobiadas por endeudamiento agiotista a manos de la banca; repulsa generalizada del fracasado sistema de pensiones individualista y explotador...” (Aldo Anfossi, 2021).

La importante reforma de 2005 a la Constitución de 1980 modificó aspectos inaceptables del modelo político autoritario de Chile como la existencia de senadores vitalicios y designados, pero no tocó al modelo económico neoliberal institucionalizado en la Constitución de 1980. La Constitución económica neoliberal de Chile de 1980 se apoya en cuatro basamentos: el estatuto del derecho de propiedad, el principio de subsidiariedad, el Estado empresario, y el modo como son considerados los derechos fundamentales.

El derecho de propiedad en Chile es un super o hiperderecho que debe tener fines sociales, aunque éstos están subordinados a ella. El derecho de propiedad se ha extendido a las patentes, los cargos públicos, la honra, entre otros. Se protege de tal manera la propiedad que la expropiación se

encuentra constitucionalizada con tal nivel de detalle que se dificulta y no se alienta, aunque fines públicos y sociales importantes estén en juego.

La Constitución asegura el derecho a la propiedad en sus diferentes especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (artículo 19, numeral 24 de la Constitución), sólo la ley determina el modo de adquirir, usar y gozar de la propiedad y disponer de ella, así como las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. La función social puede actualizarse cuando lo exijan los intereses de la nación, la seguridad nacional, la salubridad pública y la conservación de patrimonio ambiental. El titular de la propiedad sólo puede ser privado de ella o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio por una ley general o especial —no por un decreto expropiatorio como existe en México— que autorice la expropiación por causa de utilidad pública e interés nacional calificada necesariamente por el legislador. El expropiado tiene derecho a la indemnización previa, en efectivo y al contado, y el Estado no puede tomar posesión del bien si no ha satisfecho el respectivo pago indemnizatorio (Humberto Noguera A., 2005, p. 59).

Como en muchos países de América Latina, el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inviolable e imprescriptible sobre todas las minas, y puede entregar en concesión de exploración o explotación a los particulares, lo que debe regularse en una ley aprobada por cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. Las reglas aplicables a la concesión son las que regulan en general el derecho de propiedad. Los hidrocarburos líquidos y gaseosos pueden ser objeto de explotación por el Estado y éste puede otorgar contratos a particulares para la explotación de esos recursos, los que se regirán por el derecho administrativo. El derecho de acceso al agua es susceptible de apropiación particular.

En cuanto al principio de subsidiariedad,⁵ éste se ha interpretado como una limitación a la actividad económica del Estado (artículo 10, inciso 3, de la Constitución de 1980). Éste interviene en la economía cuando el sector privado no lo hace. El principio de subsidiariedad expresa que en Chile existe un Estado abstencionista, en donde se ha entregado a los particulares —nacionales y extranjeros— todas las actividades incluyendo áreas como la educación, la vivienda, la sanidad, seguridad social, el transporte. Se piensa que cualquier esfera de la vida puede ser asumida por la iniciativa económica privada, y cualquier materia pública queda sometida al mercado y a los participantes en él. El principio de subsidiariedad tiene una dimensión positiva y otra negativa. Desde la perspectiva positiva, la subsidiariedad consiste en que los cuerpos intermedios que se ubican entre las personas y el Estado realicen plenamente sus funciones que por su naturaleza están llamados a cumplir, a menos que esa entidad inferior no las realice o las ejecute imperfectamente. Para que intervenga el Estado se deben satisfacer dos requisitos: que existan necesidades que los individuos aisladamente no puedan solucionar y que exista capacidad del Estado para satisfacerlas, delegando las personas en él parte de su libertad o autonomía, el cual actúa en pro del bien común. De esa suerte el Estado participa en la economía mínimamente para la realización material e igualitaria de las personas, en ámbitos como la salud, la educación, la seguridad social, entre otras.

El Estado empresario en Chile significa que el Estado puede ejercer alguna actividad económica siempre y cuando una ley de quórum calificado lo autorice. Una vez que esa actividad económica es

autorizada por la ley, las actividades del Estado en el mercado no se rigen por el derecho público sino por el derecho privado, como si el Estado fuere un competidor privado más. El artículo 19, numeral 21, de la Constitución chilena señala que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio así lo autoriza y además en tal caso, sus actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, que es también de quórum calificado (Humberto Nogueira A., 2005, pp. 72 y 73).

El último basamento del modelo neoliberal en la Constitución de Chile consiste en priorizar la propiedad y las libertades económicas por encima de los derechos sociales. Esa jerarquización de la propiedad y de la libertad económica por encima de los derechos sociales se ha realizado fundamentalmente mediante la interpretación constitucional. Los derechos sociales además se han ordenado hermenéuticamente como bienes de orden económico dispuestos en el mercado bajo las reglas de éste (salud privada que funciona como entidades aseguradoras, las escuelas privadas que se les reconoce autonomía constitucional, la libertad de trabajo ligada a la libertad de empresa y los fondos de pensiones que se rigen por las reglas del mercado) (Pamela Figueroa R. y Tomás Jordán D., 2020, p. 24).

En Chile hay un repliegue de la actividad prestacional estatal, que se reduce a cubrir ciertos mínimos muy básicos y en condiciones muy precarias, lo que viene acompañado del fortalecimiento de las prestaciones privadas que proveen esos derechos —incluso con financiamiento de recursos públicos—, generando con ello condiciones de concentración de la riqueza en pocas empresas. Las cotizaciones de los gobernados para satisfacer esos derechos sociales se destinan a la especulación financiera a través de instituciones privadas, sin que se tengan por propósito garantizar los derechos a la seguridad social (Jaime Bassa, 2020, p. 68).

Como señala Claudia Heiss, la Constitución de 1980 y sus numerosas reformas, ha jugado un papel determinante en el deterioro de la capacidad de la política para responder a las demandas ciudadanas, pues al preservar un modelo económico altamente desigual y excluyente, ha contribuido a agudizar el conflicto social. Con el marco constitucional vigente, el Estado chileno no puede garantizar la paz social por no ser capaz de responder a las demandas sociales que exigen diversos grupos y movimientos sociales (Claudia Heiss, 2020, pp. 13-14). Al ser una Constitución oligárquica no es capaz de ver y atender las necesidades sociales, tales como las de los estudiantes y sus reivindicaciones para profundizar y ampliar el derecho a la educación, o la de sectores de trabajadores que reclaman más prestaciones sociales, derecho de huelga y participación en la conducción y ganancias de las empresas, o de la población en general que demanda servicios de salud públicos que en Chile son satisfechos a través de empresas privadas de atención médica y seguridad social.

Además, la Constitución económica neoliberal chilena de 1980 se respaldó con la fuerza, con la generación de un Estado policíaco—militar propio de una dictadura autoritaria (Jaime Cárdenas Gracia, 2016 y 2017),⁶ basado en la doctrina de la seguridad nacional ideada desde los centros militares y de inteligencia de los Estados Unidos. En el Chile de Pinochet se continuó con la tradición

de los golpes de Estado en América Latina de los años sesenta del siglo XX. Bajo las indicaciones de la OEA (Organización de Estados Americanos) y el TIAR (Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca), la doctrina de seguridad nacional diseñada por el gobierno estadounidense, las oligarquías latinoamericanas, y las fuerzas armadas, se consolidó una dictadura fundada en los homicidios y en la tortura de los militantes de izquierda (Marcos Roitman R., 2021).

La Comisión encargada de la elaboración del texto constitucional de 1980 —Comisión Ortúzar— recogió los planteamientos militaristas de Pinochet que han sido resumidos por Carlos Huneeus y que consistieron en lo siguiente: Primero. Las Fuerzas Armadas no volverían a sus cuarteles una vez que terminaran su participación en el gobierno, sino que mantendrían su presencia en el sistema político como un “poder de seguridad” garante de la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad y los grandes y permanentes objetivos de la nación. Segundo, se impondrá un pluralismo limitado con proscripción legal de la difusión y acción de las doctrinas, grupos y personas de inspiración totalitaria, lo que significaría prohibición de ideas políticas y censura. Tercero. El sistema sería de fuerte presidencialismo más que de frenos y contrapesos que limitaran el ejercicio del poder por parte del Ejecutivo. Cuarto. El Congreso Nacional no se constituiría únicamente a partir del sufragio universal, sino que tendría una “composición mixta” con senadores designados por el presidente y otros por derecho propio en función del cargo —algunos serían representantes de las fuerzas armadas— y, por último, la representación política debía prescindir al máximo de los partidos políticos (Carlos Huneeus, 2016).

El carácter militarista de la Constitución de 1980 ha permanecido durante los años de vigencia de ese texto constitucional, aunque con las reformas constitucionales de 1989 y 2005 lo fueron atenuando, pero nunca totalmente erradicado. La participación política de las fuerzas armadas se manifestaba con su presencia mayoritaria en el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) que tutelaba el sistema constitucional y entre otras cosas designaba inicialmente senadores y miembros del Tribunal Constitucional. La reforma constitucional de 1989 igualó el número de integrantes civiles y militares en el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) incorporando al Contralor General de la República, y se limitaron sus amplias atribuciones para hacer presente su opinión al presidente de la República, al Congreso Nacional y al Tribunal Constitucional. Se redujo también el número de senadores representantes de las fuerzas armadas.

La reforma de 2005 dio un paso adelante en la democratización de las relaciones cívico—militares. Se incorporó al presidente de la Cámara de Diputados en el Consejo de Seguridad Nacional, con lo que los integrantes civiles pasaron a tener mayoría en esa instancia. Se eliminó la inamovilidad de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y del director general de Carabineros, que podían ser llamados a retiro por el presidente de la República. Se derogaron los senadores vitalicios y los designados, y las fuerzas armadas perdieron el privilegio de proponer integrantes al Tribunal Constitucional. La COSENA sólo podía sesionar a convocatoria del presidente de la República, sus funciones pasaron a ser de asesoría, y se eliminó el papel de las fuerzas armadas como garantes del orden institucional. En materia de estados de excepción se incrementó el papel del Congreso para aprobar y renovar su declaratoria y el rol de los tribunales de justicia para sancionar las acciones

tomadas por el ejecutivo durante su ejercicio. También se amplió la autoridad de la Corte Suprema sobre los tribunales militares en tiempos de guerra.

Las reformas constitucionales de 1989 y 2005 fortalecieron un sistema político y de partidos denominado de la Concertación, el que tampoco modificó sustancialmente el *statu quo* económico neoliberal, ni erradicó los candados constitucionales que mantienen los privilegios de las élites chilenas. La Concertación estuvo compuesta por la Democracia Cristiana, el Partido Socialista, el Partido por la Democracia y el Partido Radical. La rigidez de la Constitución por medio de las disposiciones híper mayoritarias incentivó la formación de una democracia de consenso elitista entre los principales bloques políticos del país. Fue un esquema de poder basado en pactos de las élites de los partidos con exclusión de los ciudadanos (Rodrigo Espinoza Troncoso, 2021, p. 237). Los cambios constitucionales de 1989 y de 2005 fueron decididos desde arriba, a puertas cerradas, por grupos pequeños, sin existir deliberación amplia y profunda sobre los temas (Aldo Anfossi, 2021).

La “concertación” es en parte la causa del surgimiento de los movimientos sociales en Chile en los últimos años. Los partidos políticos tradicionales chilenos no tuvieron la capacidad de encauzar las demandas ciudadanas. La capacidad de representación política de los partidos, como se ha visto en los procesos electorales de 2020 y 2021 que dieron origen a la Convención Constitucional, ha sufrido un grave deterioro al grado de ser sustituidos por movimientos sociales y candidaturas independientes. En Chile los partidos ya no suscitan emoción política alguna y no aparecen ante la ciudadanía como una forma efectiva de transmisión de ideas, valores e intereses que conecten al gobernado con el gobernante. La distancia entre ciudadanos y líderes políticos partidistas ha aumentado. Todo esto se ha debido a los enclaves institucionales que los chilenos llaman cerrojos y nosotros candados, que comentaremos a continuación, y que petrificaron la vida política y constitucional de Chile a favor de unos cuantos, permitiendo que el descontento se expresara mediante movilizaciones sociales recurrentes que se realizaron al margen de la vida institucional—partidaria, y que culminaron inevitablemente con un nuevo Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, que es el fundamento político de la Convención Constitucional (Claudia Heiss, 2020, pp. 109-112).

III. LOS CANDADOS AUTORITARIOS PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN PARA IMPEDIR O LIMITAR LA EXPRESIÓN DE LAS MAYORÍAS

La doctrina constitucional chilena ha señalado que la Constitución de Chile de 1980 y sus reformas, contiene una serie de arreglos institucionales que funcionan como “candados o cerrojos” que han impedido que la Constitución se ponga al servicio de las mayorías, de la oposición no dominante, y que, en cambio, se haya diseñado para fortalecer el *statu quo* y los intereses de los sectores tradicionales que habían apoyado y respaldado el golpe en contra de Salvador Allende y su proyecto (Fernando Atria, 2013). La Constitución chilena emanada del régimen de Pinochet no es una Constitución democrática. Es una Constitución autoritaria porque no existieron en ese régimen y aún en años posteriores condiciones de pluripartidismo y pluralismo político ni situaciones similares de igualdad entre todas las fuerzas políticas; los derechos fundamentales, sobre todo los económicos, sociales, culturales y ambientales, no contaron con las garantías administrativas, legislativas o

jurisdiccionales para ser exigibles y justiciables; además de que el Estado de derecho chileno, presenta hoy en día innumerables déficits que hacen imposible el encuentro y simbiosis del texto constitucional y la realidad socioeconómica y política en ese país para conseguir estadios plenamente democráticos y consecuentes con los derechos constitucionales y convencionales de una nación occidental (Juan Linz, 1975).

Entre los “candados o cerrojos” autoritarios a los que alude la doctrina constitucional chilena podemos mencionar a los siguientes: 1) las leyes orgánicas constitucionales que exigen híper mayorías para ser aprobadas; 2) el establecimiento del sistema electoral binominal —vigente hasta 2017— que sobrerrepresenta a las dos fuerzas mayoritarias y subrepresenta a las demás; 3) el control preventivo de constitucionalidad del que dispone el Tribunal Constitucional para revisar proyectos de ley no aprobados en el Congreso y 4) los quórums de reforma constitucional que hacen improbable la reforma constitucional para dotar de sentidos sociales, alejados del *statu quo*, a las reformas constitucionales.

En cuanto al primero de los “candados o cerrojos” podemos decir que las leyes orgánicas constitucionales chilenas rompen el principio democrático de la mayoría. Son leyes sobre materias fundamentales que, para su aprobación, modificación o derogación, exigen la aprobación de 4/7 partes de los diputados y senadores en ejercicio, además de ser objeto de control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, y los ordenamientos no pueden ser materia de delegación de facultades legislativas —reserva absoluta de ley—. Se han utilizado en Chile como barreras para evitar que ciertos derechos fundamentales o procedimientos democráticos sean ampliados o profundizados en beneficio de concepciones que no son las que pertenecen al *statu quo* —los sectores conservadores se reservan un derecho de veto sobre materias que consideran trascendentales para el mantenimiento del modelo neoliberal—. Entre estas leyes se encuentran las siguientes: la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la Ley General de Educación —la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 19.11 de la Constitución chilena exige una ley orgánica constitucional—, la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones y Servicio Electoral, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

El segundo candado tiene relación con el sistema electoral chileno que estuvo en vigor hasta 2017 y que se conoce como sistema electoral binominal. Es un sistema que sobrerrepresentó a las fuerzas mayoritaria chilenas, subrepresentado a las demás. En los hechos este sistema llegó a conferir igual número de representantes a las coaliciones de centro derecha y centro izquierda, pero fundamentalmente benefició a la derecha (Fernando Atria, 2017). Con ello el centro derecha tenía un poder de veto para impedir que ninguna iniciativa legal de izquierda o social avanzara en el Congreso. El sistema binominal implicaba un artificio jurídico para obstaculizar que los votos coincidieran con

los escaños despreciando los principios de soberanía popular y los representativos. La regulación de este sistema se contenía en el artículo 109 bis de la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios, que decía:

En el caso de elecciones de Parlamentarios, el Tribunal proclamará elegidos Senadores y Diputados a los dos candidatos de una misma lista, cuando ésta alcanzare el mayor número de sufragios y tuviere un total de votos que excediere el doble de los que alcanzare la lista o nómina que le siguiere en número de sufragios.

Si ninguna lista obtuviera los dos cargos, elegirá un cargo de cada una de las listas o nóminas que obtengan las dos más altas mayorías de votos totales de la lista o nómina, debiendo el Tribunal proclamar elegidos Senadores o Diputados a aquellos candidatos que dentro de cada lista o nómina, hubieran obtenido las más altas mayorías.

Si el segundo cargo por llenar correspondiere con igual derecho a dos o más listas o nóminas, el Tribunal proclamará electo al candidato que hubiera reunido la mayor cantidad de preferencias individuales.

El sistema electoral binominal más la existencia de las leyes orgánicas constitucionales eran valladares imposibles de franquear para las fuerzas progresistas. Éstas carecían de herramientas jurídicas e institucionales para romper con una estructura fuertemente trabada, que estaba organizada y diseñada para limitar transformaciones sociales y políticas. Se constitucionalizaba y legalizaba el poder de los sectores conservadores sobre los progresistas, y mediante estrategias jurídicas se restringía el desarrollo y las conquistas de las fuerzas políticas y sociales que estaban a favor del cambio.

Un tercer mecanismo que actúa como candado o cerrojo es la intervención, en ocasiones obligatoria, del Tribunal Constitucional de Chile. Como hemos dicho, este tribunal tiene facultades de control preventivo —antes de que un proyecto sea ley— y actúa en la vida chilena como una tercera Cámara legislativa. En ocasiones, en el caso de las leyes orgánicas constitucionales, su intervención es obligatoria. En otras, la legitimación procesal activa para que intervenga antes de la aprobación de la ley no exige mayorías legislativas amplias, por lo que actúa como una instancia moderadora que suele contener cambios jurídicos progresistas. El Tribunal Constitucional es una instancia conservadora por el papel de revisión permanente del ordenamiento —antes y después de que las leyes sean aprobadas— y por el mecanismo de designación de sus ministros, pues éstos son personas vinculadas a los dos partidos que han controlado el Congreso y la vida política de la nación. Sus diez ministros son designados de la siguiente manera: tres son designados por el presidente de la República, cuatro por el Senado —dos directamente por el voto de los dos tercios de los miembros del Senado en ejercicio y dos con el mismo quórum, pero son propuestos por la Cámara de Diputados—, y la Corte Suprema designa tres ministros, mediante votación secreta en sesión especial convocada para ese efecto.

El cuarto candado o cerrojo está constituido por las hipermayorías exigidas para cambiar la Constitución, lo que hizo que la Constitución no estuviese en manos de los ciudadanos sino de las élites políticas. Así, dependiendo del capítulo de la Constitución, el quórum para reformar la Constitución será de 2/3 o 3/5 partes de los legisladores en ejercicio. Las modificaciones constitucionales aprobadas hasta los acontecimientos sociales de 2019 fueron sólo aquéllas que los

partidos de las derechas o moderados quisieron y que no estaban dispuestas a vetar. Los cuatros candados o cerrojos mencionados durante décadas mantuvieron el *statu quo* constitucional y político, hasta que la movilización social de 2019 obligó a transformar mediante una reforma a la Constitución de 1980 a fin de instalar una Convención Constitucional, actualmente en funciones, y encargada de elaborar una nueva Constitución que seguramente modificará todos los mecanismos, herramientas y artificios jurídico—constitucionales que favorecieron a las clases dominantes de ese país del cono sur.

IV. EL ELITISMO Y CONSERVADURISMO CHILENO EN SU PASADO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

La desigualdad jurídica y material es la característica fundamental del constitucionalismo latinoamericano desde la independencia de las naciones latinoamericanas. Chile no es la excepción. La organización desigual del poder —social, política, económica— prevista en las Constituciones y en las leyes ha afectado a algunos grupos más que a otros: mujeres, indígenas, afrodescendientes, campesinos, obreros, entre otros. Las salas de máquinas de las Constituciones fueron ideadas y diseñadas para privilegiar a las élites por encima de las grandes mayorías de la población (Roberto Gargarella, 2014, p. 11). Se ha preferido siempre la estabilidad sobre la democracia y el orden público sobre la participación social.

Los chilenos proclamaron su independencia el 12 de febrero de 1818. Durante los primeros años de ese periodo hasta el año de 1833 se sucedieron distintas cartas constitucionales preocupadas por el control de la nueva nación, el orden público y los poderes del Ejecutivo. Bernardo O’Higgins fue designado en 1818, Director Supremo de Chile y con el respaldo de las fuerzas armadas sometió los reclamos de las provincias chilenas. O’Higgins abandona el poder en 1823 y ese año se aprueba una Constitución que declaraba la unidad de Chile —nada de federalismo—, que establecía que la soberanía residía en la nación, no en el pueblo, y disponía que esa soberanía se ejercía a través de los representantes, además de que se mantenía la figura del director supremo, y de manera paternalista se incluía un código moral que debían seguir obligatoriamente los ciudadanos.

En 1828 se aprobó otra Constitución que mantenía el centralismo y que contaba con algunos elementos liberales. Sin embargo, a ella se opusieron los conservadores y con el apoyo de las fuerzas armadas se le puso fin. Las características constitucionales de este tiempo son el militarismo, la propuesta de gobiernos fuertes con ejecutivos respaldados por importantes poderes públicos —la división de poderes era ilusoria—, el centralismo político en Santiago y en contra de las provincias, y la lucha entre conservadores (pipiolos) y liberales (pelucones) que mantenían diferencias ideológicas de matiz, pero no de trascendencia.

La Constitución de 1833 que tuvo vigencia durante el siglo XIX chileno fue una Constitución autoritaria, caracterizada por constitucionalizar los estados de excepción, la dictadura comisarial, un énfasis en la unidad e indivisibilidad de la nación —nada de ensayos federales—, reducción del Poder Legislativo y concentración despótica del poder en el Ejecutivo, voto censitario, y un Senado para representar a las élites locales. Esta Constitución estuvo en vigor, sin cambio alguno, durante 38 años. En 1871 se modifica la Constitución para otorgar más poderes al Congreso en materia de fiscalización.

En 1891 el Congreso chileno rechazó la aprobación del presupuesto y el presidente Balmaceda declaró la prórroga del presupuesto del año anterior. A consecuencia de esos y otros hechos se produjo una guerra civil en donde terminó imponiéndose al final el poder del presidente, con el apoyo de las fuerzas armadas, sobre el Congreso, aunque en 1893 se modificó la Constitución de 1833 para conferir algunas facultades al Congreso —la llamada parlamentarización chilena—. Entre esas competencias estaban: la facultad de insistencia del Congreso frente al veto presidencial y algunas competencias fiscalizadoras del Congreso sobre el Ejecutivo. La “parlamentarización” implicó también una manera distinta de interpretación de la Constitución para que los ministros de los diversos gabinetes rindieran cuentas ante el Senado y la Cámara de Diputados (Humberto Nogueira A., 2005, pp. 18 y 19).

El siguiente texto constitucional, previo al vigente de 1980, fue el de 1925. Se trató de una Constitución discutida y redactada por una comisión designada al efecto e impuesta mediante un plebiscito irregular, carente de cualquier garantía democrática. Otra vez una Constitución elitista, que estableció grandes poderes al presidente de la República, incluyendo la intervención de éste en el proceso legislativo, el control financiero y administrativo de la nación. Al Poder Judicial se le dieron facultades para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal. De manera novedosa se introdujo el principio de la función social de la propiedad.⁷ El voto se limitó a los varones mayores de 21 años —las mujeres accederían al voto hasta 1949 y de manera universal hasta 1970—, y fue una Constitución que permitió el uso profuso de los estados de excepción que limitaron en muchas ocasiones los derechos humanos que había reconocido su texto. Con fundamento en la Constitución se prohibieron los partidos “antisistema” como el Partido Comunista Chileno en 1948. En 1967 se produjo la reforma agraria que no logró en los hechos redistribuir ampliamente la propiedad y que para algunos juristas chilenos significó la caída en desgracia por animosidad de la derecha en contra del presidente Eduardo Frei Montalva (Democracia Cristiana) que la había propuesto y el consiguiente éxito electoral de Salvador Allende como una revancha en las elecciones presidenciales de 1970 (Pablo Contreras V. y Domingo Lovera P., 2020, p. 28). Paradójicamente, años después Eduardo Frei Montalva y Patricio Aylwin de la Democracia Cristiana, respaldaron el golpe de Estado en contra de Salvador Allende. Se argumentó con el apoyo de la Contraloría General que en ese momento estaba en manos de la Democracia Cristiana que el decreto que conformaba tres áreas de la economía: social, pública y privada, era parcialmente inconstitucional, y que con ese ordenamiento Allende imponía un esquema ideológico y programático que la mayoría del país rechazaba.

Al presidente Salvador Allende se le impuso, tan conservadora era la clase política chilena y tanto miedo suscitaba el programa político socialista de la Unidad Popular, el Estatuto de Garantías Constitucionales (ley 19.398 aprobada en diciembre de 1970 y publicada en 1971) que ponía el acento en los derechos civiles y políticos, protección especial para los partidos y para las empresas de comunicación social. El programa de Allende significó la nacionalización del cobre y la implementación de la reforma agraria. La derecha chilena acusó al gobierno de Allende de intervenir “indebidamente” en la economía y de echar mano de preceptos legales vigentes, pero no aplicados hasta entonces, para cumplir sus objetivos populares y sociales. El desenlace como se sabe fue el golpe

de Estado de 1973 realizado por las fuerzas armadas de Chile, con la complicidad de los partidos de la derecha de ese país y del gobierno de los Estados Unidos.

La Junta Militar que tomó el poder señaló que el gobierno de Salvador Allende había violado las garantías constitucionales, disolvió al Congreso y a los partidos de izquierda. Además de iniciar en contra de los derechos fundamentales la persecución y el exterminio en contra de todos los opositores. La Junta Militar manifestó jurídicamente que asumía el Poder Ejecutivo, el Legislativo y para escándalo democrático el Poder Constituyente.

En ejercicio del poder constituyente espurio, la Junta Militar creó la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución o Comisión Ortúzar en honor a su presidente. Los integrantes de la Comisión fueron abogados designados por la Junta Militar, que entre 1973 y 1978 elaboraron el texto que daría lugar a la Constitución de 1980, hoy vigente. Las sesiones de la Comisión Ortúzar fueron secretas y sin deliberación pública. El borrador final fue aprobado por los integrantes de la Junta Militar. La Constitución de 1980 fue sometida a un plebiscito controlado por el gobierno militar. Se ratificó con la votación del 65.71% de los electores. Los propósitos político—constitucionales de la Constitución de 1980 fueron: 1) ratificar a Pinochet por ocho años más en el poder; 2) petrificar la dictadura mediante el papel otorgado a las fuerzas armadas como garantes del orden constitucional e institucional (Consejo de Seguridad Nacional o COSENA) y revertir cualquier política social y democrática acaecida durante el gobierno de Salvador Allende o en gobiernos previos y 3) consolidar el modelo neoliberal mediante las cláusulas económicas que la doctrina chilena denomina “Orden Público Económico” u OPE.

De la Constitución de la dictadura de 1980 y de sus reformas posteriores de 1989 y 2005 no podía surgir una democracia auténtica, sino una democracia tutelada primero por las fuerzas armadas y el gobierno de los Estados Unidos, y después una democracia artificial y limitada por los partidos de la Concertación que actuaban bajo el paraguas de los principios neoliberales. Como ha señalado un crítico del neoliberalismo y de las democracias de baja intensidad que éste prohija,

...la democracia es una amenaza potencial para el funcionamiento del orden del mercado. Por tanto, hace falta establecer salvaguardias frente a su potencial nocivo... El peligro de la democracia es que legitima las exigencias de redistribución. Las leyes surgen de manera espontánea, no se construyen. Las sentencias de jueces y académicos son preferibles a la legislación creada por los parlamentos... El derecho debe garantizar la previsibilidad como guía para la futura acción humana. De manera específica, debe proteger el papel de los precios en la transmisión del conocimiento sobre el futuro... Las instituciones internacionales deberían actuar como mecanismo para proteger y fomentar la competencia, sin ofrecer espacios donde la gente pueda formular reivindicaciones...La soberanía del consumidor prevalece sobre la soberanía nacional. La distinción público/privado es más importante que la distinción extranjero/nacional. El orden económico mundial depende del derecho de propiedad frente a la extralimitación del derecho de los estados” (Quinn Slobodian, 2021, pp. 408 y ss.).

V. LOS DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y SUS REFORMAS

Muchos son los déficits de la Constitución chilena de 1980 y de sus reformas. Aquí nos referimos exclusivamente a algunos, lo que no quiere decir que nuestro listado sea exhaustivo. En general la

concepción de la Constitución de Chile se basa en los valores de una dictadura impuesta por las fuerzas armadas, en donde la Junta Militar encabezada por Pinochet asumió para sí el poder constituyente originario, y diseñó la Constitución para satisfacer los intereses de las fuerzas armadas y de las clases oligárquicas de ese país. En los términos de la clasificación de Karl Loewenstein podemos hablar de una Constitución semántica (Karl Loewenstein, 1983, pp. 216-221), pero no normativa, porque fue instrumentalizada por los grupos en el poder, y en las palabras de Juan Linz, de una Constitución autoritaria porque existieron en Chile las condiciones para la conformación de un Estado policíaco—militar; el modelo económico previsto en la Constitución no estimuló ni favoreció la redistribución de la riqueza; el pluralismo político se limitó, y los partidos no estaban en condiciones similares de igualdad; las elecciones fueron controladas por la dictadura; los derechos humanos, fundamentalmente los económicos, sociales y culturales no contaron con las condiciones administrativas, legislativas o jurisdiccionales para ser exigibles y justiciables; y, la realidad se encontraba totalmente desvinculada de los escasos valores positivos del texto constitucional (Juan Linz, 1975, pp. 175-411).

Sin ser exhaustivos, nos vamos a referir a algunos elementos de esa Constitución autoritaria, entre ellos el de la soberanía nunca popular y con escasos mecanismos de democracia directa y comunitaria; un Tribunal Constitucional que funcionó como una tercera cámara legislativa para detener cualquier intento de modificación al *statu quo*; un pluralismo político limitado para erradicar a los partidos que se consideraban terroristas; un catálogo de derechos humanos comprometido con el derecho de propiedad y las libertades económicas, pero no con los derechos económicos, sociales y culturales; un hiperpresidencialismo con escasos mecanismos congresuales para controlar el Poder Ejecutivo; un Poder Judicial dominado en sus variables administrativas por el Poder Ejecutivo; órganos constitucionales autónomos que son reproducción y extensión de las élites gobernantes, y una débil descentralización política y administrativa.

1. La soberanía

La Constitución chilena en su artículo 50. atribuye a la nación y no al pueblo la titularidad de la soberanía. La soberanía se ejerce por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece, aunque éstas no hayan sido electas democráticamente (órganos constitucionales autónomos, tribunales de justicia y Tribunal Constitucional). El pueblo expresa la soberanía en las elecciones y mediante plebiscitos —las modalidades democráticas se contraen a la democracia representativa y a los plebiscitos, y no se contemplan otros medios de democracia directa y deliberativos como la revocación de mandato, las consultas ciudadanas, los cabildos abiertos, la iniciativa legislativa popular, el presupuesto participativo, entre otros, tampoco existe mención alguna a la democracia comunitaria (la de los pueblos originarios). En cuanto al plebiscito, éste existe exclusivamente y con condiciones para las reformas constitucionales y en el ámbito de los municipios para la aprobación de inversiones y planes de desarrollo comunales.

De acuerdo con el artículo 50. de la Constitución de 1980, la soberanía tiene como límites los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, lo que en Chile ha generado debates sobre los derechos humanos implícitos no contenidos en la Constitución y en los tratados, así como la

jerarquía de los acuerdos internacionales respecto a la Constitución. El Tribunal Constitucional chileno ha conferido una jerarquía superior a la Constitución sobre los tratados. Evidentemente, Chile se adscribe a las posturas neoconstitucionales que entienden a los derechos humanos como el “coto vedado” o las “cartas de triunfo”, lo que impide la deliberación democrática soberana sobre los derechos. Como he manifestado en otros trabajos (Jaime Cárdenas Gracia, 2020), los derechos humanos deben ser deliberados ampliamente en la sociedad y no ser el producto impositivo de las Constituciones, tratados o tribunales. Una buena experiencia es tomar en cuenta las cláusulas *notwithstanding* y *override* del derecho canadiense para que los tribunales constitucionales o cortes supremas no tengan la última palabra en la definición de los derechos, sino que lo hagan con el concurso del Congreso o de la propia sociedad. Se trata de propiciar una democracia deliberativa que hoy no tenemos. Este punto es tan importante como el método de elección popular y ciudadano de los ministros y magistrados de los tribunales constitucionales (Federico de Montalvo J., 2012, pp. 387-409). Hay que entender, como dice Dominique Rousseau (2019), que la Constitución y los derechos humanos los crea el pueblo mediante una continua deliberación.

Uno de los mayores problemas de la soberanía popular y de la democracia hoy en día es haber conferido a los tribunales constitucionales —instancias contramayoritarias, no electas directamente por los ciudadanos— el poder de definir qué es y qué no es un derecho humano. Esas instancias elitistas son las que limitan y acotan a la soberanía popular definiendo derechos —alcance y profundidad de ellos— que no siempre orientan sus decisiones a los intereses y necesidades de los más excluidos y marginados de nuestras sociedades, sino por el contrario, las dirigen a proteger los intereses de las minorías sociales extractivistas y neoliberales. Los tribunales constitucionales significan el abandono de las nociones democráticas en las Constituciones, por lo que autores chilenos como Fernando Atria estiman con razón que el neoconstitucionalismo es en realidad un anti constitucionalismo democrático (2016, p. 262), que en Chile, de manera perversa utiliza al Tribunal Constitucional como una tercera Cámara legislativa, mediante el control preventivo que ejerce, para detener cambios importantes para la transformación del modelo económico o para garantizar los derechos económicos, sociales, y culturales.

2. El terrorismo

El artículo 90. de la Constitución indica que el terrorismo en cualquiera de sus formas es contrario a los derechos humanos. Los delitos de terrorismo serán considerados comunes y no políticos, y en caso de indulto, la pena de muerte se puede conmutar por el presidio perpetuo. Esta norma tiene su origen en los años más duros de la dictadura de Pinochet y su finalidad era considerar terroristas a todos aquellos grupos y partidos de izquierda que lucharan en contra de la dictadura. Es una regla de pluralismo ideológico limitado que busca excluir de la vida social y política a los responsables de “terrorismo” para marginar a muchos sujetos de la comunidad política. La gravedad de la disposición es tal que cuando dice que los delitos terroristas serán considerados siempre comunes y no políticos se busca impedir la aplicación del artículo 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece “...que en ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos...”. La restricción al indulto presidencial nos habla del poder de las fuerzas armadas y de los sectores más conservadores de la sociedad chilena que

nos hacen pensar que el anticomunismo ha pasado a formar parte de la idiosincrasia del chileno de clase media y también de las clases populares (Marcos Roitman R., 2021).

Además, el artículo 19.15 de la Constitución Chilena dice:

La Constitución chilena garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad... Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad... no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar por cargos públicos...

La norma recoge tramposamente la doctrina de la llamada democracia militante alemana, pero no con un propósito democrático como en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en su artículo 21, sino de persecución y hostigamiento a las fuerzas políticas de izquierda que el régimen chileno ha considerado totalitarias o violentas.

3. Los derechos fundamentales

El catálogo de derechos fundamentales de la Constitución chilena en vigor tiene un antecedente en el Acta Constitucional número 3 denominada “De los derechos y deberes constitucionales”, que se basó en las siguientes premisas: 1) un modelo ideológicamente iusnaturalista que los entendía como previos al orden jurídico y al Estado; 2) un sistema autoritario de límites a los derechos porque nadie podía invocar derechos que el Acta no reconociera, sobre todo para atentar contra la integridad o funcionamiento del Estado o del régimen constituido; 3) derechos negativos o de defensa para impedir obligaciones prestacionales del Estado, es decir, para olvidarse o ningunear a los derechos sociales, y 4) ampliación de libertades de carácter económico como derechos humanos, y restricciones al poder del Estado para expropiar bienes (Pablo Contreras V. y Domingo Lovera P., 2020, pp. 72-73).

La lista de los derechos fundamentales ha sufrido cambios con las reformas a la Constitución de 1980. El catálogo actual de derechos fundamentales en la Constitución contiene la mayoría de los derechos civiles y políticos, algunos derechos sociales, y se omiten, en una nación con importante población indígena, derechos colectivos a favor de los pueblos originarios o protecciones reforzadas para grupos desventajados. Una reivindicación de la oposición chilena es que en la próxima Constitución se recoja la fórmula constitucional del “Estado constitucional social y democrático de Derecho” porque ahora estiman que lo que existe es un “Estado subsidiario”, que deja a las fuerzas del mercado la garantía siempre precaria de los derechos económicos, sociales y culturales.

De los derechos civiles y políticos destacan las libertades de naturaleza económica. Entre ellas: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, la prohibición de la discriminación arbitraria en materia económica, la libertad de adquisición de dominio, el derecho a la propiedad privada, los derechos de autor y de propiedad industrial. Derechos que sumados al principio de subsidiariedad conforman el orden público económico neoliberal de la Constitución (Arturo Fermeandois, 2006).

En materia de derechos sociales, la Constitución no reconoce expresamente el derecho de huelga y sólo establece una prohibición de la huelga respecto de ciertos trabajadores. En su texto, a pesar de estar previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no se reconocen expresamente el derecho al trabajo o el derecho a la vivienda. El único derecho social que en Chile ha tenido en los últimos años una expansión prestacional gratuita es el derecho a la educación debido en gran parte a las movilizaciones sociales de los estudiantes. Los demás derechos, como el derecho a la protección de la salud o el derecho a la seguridad social confían su satisfacción a los mecanismos del mercado.

Resulta interesante que en Chile se reconozca desde el texto original el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y que se haya establecido una regla especial de la acción de protección para que sea garantizado por la vía judicial ese derecho. En 2018 se reformó la Constitución para reconocer el derecho a la protección de datos personales y a la autodeterminación informativa.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos, éstas están conformadas por la acción de protección (artículo 20) y la acción de amparo (artículo 21). El Tribunal Constitucional interviene, además del control preventivo que ejerce —obligatorio y facultativo—, a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales (artículo 93.6) y la acción de inconstitucionalidad de preceptos legales (artículo 93.7).

La acción de protección equivale al juicio de amparo que existe en muchos países de América Latina. Se tramita por las cortes de apelación y es posible impugnar sus sentencias ante la Corte Suprema. La acción de protección protege taxativamente derechos civiles y políticos y de libertad económica pero no derechos sociales, salvo el deber del Estado de conceder trato igualitario en materia de prestaciones sociales y el derecho a vivir en un medio ambiente sano, por lo que en esa parte, la Constitución chilena en vigor, es contraria al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que obliga a tutelar a las personas mediante recursos efectivos respecto a la violación o afectación de cualquier derecho fundamental. Con la acción de protección se han privatizado derechos sobre bienes incorpóreos. Por el contrario, el amparo o hábeas corpus es un mecanismo que tiene por objeto la protección y tutela de la libertad personal y de la seguridad individual, que se tramita ante los magistrados penales que prevé la ley.

El control preventivo de constitucionalidad de la ley que ejerce el Tribunal Constitucional ha sido fuertemente criticado en Chile porque constituye una extensión del trámite legislativo, en donde el Tribunal Constitucional opera como una tercera cámara legislativa. La función preventiva de constitucionalidad constituye un cerrojo o candado frente a las decisiones de la mayoría democrática y ha tenido por fin custodiar el proyecto político, económico y social de la Constitución de 1980 y sus reformas a favor de las minorías parlamentarias.

Respecto al control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalamos que es un control concreto, promovido por las partes, en donde el Tribunal Constitucional examina si la aplicación posible de uno de los diversos significados de un precepto legal produce un resultado contrario a la Constitución. En cambio, en la acción de inconstitucionalidad de preceptos legales, puede realizarse

de oficio o impulsada por el ejercicio de la acción pública, siempre y cuando ya se haya decidido la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en un asunto previo. Mediante este mecanismo se juzga la constitucionalidad del enunciado en cualquiera de sus posibles significados y con independencia de un caso particular —control abstracto—, y para que se pueda expulsar del ordenamiento una norma con efectos *erga omnes* y sin alcance retroactivo, la cuestión debe resolverse por la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes del Tribunal Constitucional en ejercicio.

En general el funcionamiento del Tribunal Constitucional chileno deja mucho que desear, pues como lo apunta Claudia Heiss, es un instrumento de protección de intereses privados para obstaculizar decisiones democráticas. Distintos asuntos ilustran ese aserto: en materia de derechos de los consumidores, de garantía al derecho de salud, su negativa a declarar el agua como un bien nacional de uso público, sus decisiones contrarias a los pueblos originarios, sus resoluciones para impedir reducir el poder del presidente de la República, entre otras (Claudia Heiss, 2020, 88-90).

4. Poder presidencial, otros poderes y órganos

El presidente chileno, al igual que otros de América Latina concentra importantes poderes. Posee facultades legislativas autónomas, puede emplear decretos con fuerza de ley, es jefe de Estado, jefe de gobierno y de la administración, conduce las relaciones internacionales, tiene competencias de protección frente amenazas internas y externas, declara la guerra con aprobación del Congreso, es jefe de las fuerzas armadas, tiene atribuciones en la determinación de los estados de excepción, está facultado para nombrar autoridades, conduce la política fiscal, puede otorgar gracias, solicitar consultas a otras autoridades, puede decretar pagos no autorizados por la ley, designa con aprobación del Senado al contralor general de la República, a los consejeros del Banco Central, a los magistrados y fiscales de la Corte Suprema, elige a tres integrantes del Tribunal Constitucional, designa al fiscal nacional, y a los integrantes del Consejo Directivo del Servicio Electoral. Además, el Congreso Nacional no puede aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos, y sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos. Tiene facultades de iniciativa constitucional y legal, poderes de veto, e importantes facultades reglamentarias, entre otras muchas competencias constitucionales y legales (Pablo Marshall y Fernando Muñoz, 2016).

Con motivo de la Convención Constitucional se discute en Chile la verdadera fuerza del presidente chileno. Así se dice, que de nada sirven esas enormes facultades formales, si los presidentes no cuentan con las mayorías legislativas suficientes en las cámaras para poder gobernar (Scott Mainwaring y Matthew Shugart, 2002, p. 17). También se señala que muchas de sus competencias se ven matizadas por las facultades del Tribunal Constitucional y de los demás órganos constitucionales autónomos. No obstante, cuando el presidente chileno tiene una mayoría legislativa a su favor, se transforma en un actor constitucional fundamental que puede limitar el pluralismo político, concentrar el poder en beneficio propio o de los intereses que lo respaldan, e impedir que el sistema político se abra a la ciudadanía, tanto en la participación como en el control, supervisión y vigilancia de ésta al poder. En esas condiciones, el presidente chileno se vuelve el controlador y manipulador de la sala de máquinas de la Constitución (Roberto Gargarella, 2014) y pone en riesgo la

realización de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución y de los principios y procedimientos democráticos, cuando éstos existen en el texto constitucional.

En estos meses de la Convención Constitucional, la transformación del sistema presidencial chileno por uno parlamentario estará nuevamente sobre la mesa (Arturo Valenzuela, 1990), al igual que la introducción de un sistema semiparlamentario o semipresidencial (Francisco Zúñiga y Kamel Cazor A., 2021). Respecto a este último, se propone un presidente de la República, jefe de Estado, y un primer ministro o jefe de gobierno, que sería el jefe del gobierno, de la administración central y descentralizada, civil, militar y policial. El jefe de Estado tendría legitimidad democrática directa y el jefe de gobierno una legitimidad indirecta dependiente de la relación de confianza derivada de la mayoría de la Cámara de Diputados. El esquema que se propone implica separar las funciones hoy concentradas en el presidente de la República. El jefe de Estado podría ser una magistratura con re—elección inmediata y tener las siguientes facultades: *a)* nombrar al primer ministro o jefe de gobierno previa consulta con los líderes de los diferentes partidos; *b)* remover al primer ministro en sus funciones; *c)* disolver la Cámara de Diputados y convocar inmediatamente a elecciones parlamentarias que se realizarán en un plazo no inferior a 60 ni mayor a 90 días en caso de conflictos políticos graves; *d)* dirigir mensajes al Congreso Nacional o a la ciudadanía; *e)* promulgar las leyes y ordenar su publicación en el *Diario Oficial*; *f)* representar al Estado en el exterior y acreditar embajadores con acuerdo del Senado a proposición del primer ministro; *g)* disponer y remover a los jefes de las fuerzas armadas; *h)* disponer de las fuerzas armadas en los términos de la Constitución y la ley; *i)* realizar los nombramientos de los órganos constitucionales autónomos con la aprobación de la mayoría absoluta de los senadores; *j)* disponer de potestad administrativa para el funcionamiento de los servicios dependientes de la presidencia de la República; *k)* nombrar y remover a los funcionarios que determine la ley como de su exclusiva confianza; *l)* declarar o prorrogar los estados de excepción con previa autorización del Congreso, y *m)* declarar la guerra, previa autorización de la ley.

Entre las atribuciones de la Jefatura de Gobierno y de la Administración se proponen las siguientes competencias: *a)* la conducción del gobierno, del gobierno interior, la guarda de la seguridad pública, extranjería y orden público; *b)* designar y remover a los mandos de las policías y ejercer su mando político estratégico; *c)* conducir las relaciones internacionales, celebrar tratados, así como disponer su promulgación y ratificación; *d)* proponer los nombres para ministro de Estado y conformación del gabinete; *e)* dirigir la administración del Estado y disponer con el auxilio del servicio civil, el nombramiento de jefaturas de alta dirección política; *f)* ejercer la potestad reglamentaria de ejecución; *g)* ejercer el presupuesto público, y *h)* ejercer las atribuciones legislativas directas y las atribuciones constituyentes.

Más allá de lo que ocurra en la Convención Constitucional con la permanencia o sustitución del sistema presidencial, lo cierto es que toda la parte orgánica de la Constitución chilena merece revisión. El Congreso, por ejemplo, no tiene facultades de control sólidas respecto al ejecutivo y sus poderes para participar en la definición de la orientación política del Estado son muy débiles. Es un Congreso, como muchos de América Latina, que tiene un poder reducido en comparación con el que goza el Poder Ejecutivo. En la historia constitucional chilena, desde 1833 y con especial fuerza en la

Constitución de 1925 y en la vigente de 1980, el presidente ha venido aumentando constantemente su poder a costa principalmente del Congreso, y por eso la oposición ha exigido fortalecer las instituciones de control político como las interpelaciones parlamentarias, las comisiones investigadoras, y ampliar la órbita de la acusación constitucional en los juicios políticos (Francisco Zúñiga, 2014, p. 50).

En Chile no se cuenta con un Consejo de la Judicatura, y los nombramientos de muchos funcionarios judiciales pasan por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En el caso de nombramientos de los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema, interviene la Corte, el presidente de la República y el Senado. En el resto de los nombramientos judiciales no interviene el Senado, sino solamente el Poder Judicial y el presidente de la República. Se trata por tanto de un poder judicial subordinado, y dependiente del ejecutivo chileno, al menos en sus aspectos administrativos los que obviamente tienen repercusiones sobre la independencia judicial.

Respecto al Tribunal Constitucional y los órganos constitucionales autónomos, su creación e introducción en Chile ha obedecido a las políticas neoliberales. Son órganos sin legitimidad democrática de origen, de carácter tecnocrático, instancias contramayoritarias que no se deben a las exigencias y necesidades populares. No tienen por propósito garantizar la libre participación política dentro de procesos democráticos, abiertos y deliberativos, sino fines institucionales que son compatibles con los intereses del *statu quo* que en muchas ocasiones son opuestos a las necesidades ciudadanas (Jaime, Bassa, 2020, p. 180).

El Estado chileno es además un Estado central, lo que exige la conformación de un Estado regional, en donde las provincias tengan un peso político constitucional independiente y autónomo en la elección de todas sus autoridades y en su funcionamiento respecto de las autoridades del gobierno central para lo cual se requieren competencias específicas para las provincias al igual que mecanismos de coordinación con el gobierno central respecto a las atribuciones que sean concurrentes. Las regiones o provincias deben ser consideradas poderes públicos y no corporaciones autónomas de derecho público. Las competencias de las regiones deberían estar contempladas en la Constitución y no en ley orgánica como sucede ahora. Su legitimidad, al igual que la de las autoridades del Estado, debe provenir directamente del pueblo, sin la intermediación y mediación de las autoridades centrales. Deberían contar con suficientes competencias para atender las necesidades básicas de las poblaciones, en materia de salud, educación, gestión del agua, y vivienda.

VI. CONCLUSIONES

La Convención Constitucional chilena 2021-2022 tiene por delante una gran tarea. Su labor es esperanzadora para la región porque el sujeto constituyente es el pueblo y los movimientos sociales que de manera mayoritaria se expresan en la Convención. Los líderes carismáticos y los partidos políticos no tienen relevancia en la discusión, deliberación y aprobación de la Constitución.

En cuanto a las ideologías constitucionales de la Convención, éstas están por manifestarse, pero podemos señalar que en términos generales alejadas de los intereses oligárquicos de Chile. Hoy en ese país, el discurso a favor de la paridad de género, de los pueblos originarios, de los derechos de la

naturaleza, y de los animales está presente. También se significan las propuestas en torno a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y sus mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad. Se proponen modalidades alternativas a la democracia representativa, tales como la democracia directa, deliberativa y comunitaria. Se insisten en una nueva sala de máquinas que sustituya al viejo presidencialismo y centralismo chileno. En general se busca poner fin a la era neoliberal y autoritaria que fue propiciada por la dictadura de Pinochet, y que aquí hemos explicado.

En particular, existe especial atención para revertir los cerrojos o candados que generaron el mantenimiento del *statu quo* neoliberal y autoritario y que algunos aún están vigentes, tales como: leyes orgánicas constitucionales que exigen hipermayorías para ser aprobadas; establecimiento del sistema electoral binominal —vigente hasta 2017— que sobrerrepresentó a las dos fuerzas mayoritarias y subrepresentó a las demás; el control preventivo de constitucionalidad del que dispone el Tribunal Constitucional para revisar proyectos de ley no aprobados en el Congreso, y los quórums de reforma constitucional que hacían improbable la reforma constitucional para dotar de sentidos sociales, alejados del *statu quo*, a las reformas constitucionales. También se tiene mucha claridad sobre la indebida prevalencia del derecho de propiedad y de las libertades económicas sobre los demás derechos fundamentales, y se sabe que el principio de subsidiariedad ha impedido que el Estado sea el rector y el motor de la economía chilena.

Sobre las fuerzas armadas existe la convicción de que no deben tener la preponderancia que tuvieron durante la dictadura, y que Chile no debe ser un Estado policíaco—militar. Se sabe que la democracia de partidos —la concertación— es insuficiente porque tiende a oligarquizar la vida política y crear un Estado de partidos. En general, se espera mucho de los movimientos sociales y de los mecanismos de democracia participativa y de control ciudadano.

En cuanto a la sala de máquinas de la Constitución o parte orgánica, se le da la relevancia debida. Algunos juristas de ese país están conscientes que de nada sirve contar con un catálogo amplio de derechos fundamentales si éstos no cuentan con mecanismos sólidos de exigibilidad y justiciabilidad (Francisco Zúñiga, 2014), o si la organización de las instituciones promueve la concentración del poder en pocas manos, por eso se demanda: la revisión de categorías como la de soberanía popular, la discusión en torno a la concepción política amigo—enemigo centrada en la definición jurídica de terrorismo, el fin del hiperpresidencialismo chileno, la descentralización política en la regiones, y se exige una revisión del Tribunal Constitucional y de los órganos constitucionales autónomos para reducir sus principales características contramayoritarias.

Es probable que también en Chile, por la influencia de convencionales constituyentes como Fernando Atria (2016), se reflexione y debata sobre el modelo ideológico del Estado Constitucional. Nosotros estimamos que el neoconstitucionalismo tiene fisuras porque se trata de una construcción jurídica que desea el noble sueño de la realización de los derechos humanos, pero que se enfrenta a la amarga pesadilla de la realidad, pues algunos de esos derechos —los de igualdad— no pueden ser realizados sin trastocar el modelo capitalista de dominación. Sus planteamientos desconfían de las posibilidades de una democracia radical, de la importancia de un nuevo diseño de las instituciones, no se atiende al modelo de dominación vigente —el neoliberal globalizador—, se ve por encima del

hombro a las concepciones comunitarias y multiculturalistas, e ingenuamente se piensa que el concepto de democracia constitucional es para salvaguardar los derechos de los débiles, cuando en realidad con él, protegen los derechos de los poderosos, que son la minoría en las naciones y en el planeta. Es una concepción profundamente elitista, oligárquica y antidemocrática, porque confía a grupos tecnocráticos de expertos en derechos humanos la determinación y el alcance de estos. En fin, la ideología del Estado constitucional no toca el nervio de los modelos de dominación capitalista neoliberal y globalizadores vigentes, pero tristemente les brindan un servicio de legitimación jurídica para mantener la ilusión de que a través del derecho son posibles las transformaciones (Jaime Cárdenas Gracia, 2017, pp. 164 y 165).

VII. REFERENCIAS

- Anfossi, Aldo (2021). “Haciendo camino al andar. Chile, en el duro tránsito de salir del individualismo neoliberal para intentar un país inclusivo”, *La Jornada*, México, Perfil, 13 de septiembre.
- Atria, Fernando *et al.* (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Lom Ediciones.
- Atria, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Lom Ediciones.
- Atria, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Bassa, Jaim. (2020). *Chile decide. Por una nueva Constitución*. Planeta.
- Cárdenas Gracia, Jaime (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. UNAM.
- Cárdenas Gracia, Jaime (2016). *El modelo jurídico del neoliberalismo*. Flores.UNAM.
- Cárdenas Gracia, Jaime (2020). *Manual de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch.
- Contreras Vásquez, Pablo y Lovera Parmo, Domingo (2020). *La Constitución de Chile*. Tirant lo Blanch.
- Cabo Martín, Carlos de (2017). *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde las perspectivas del constitucionalismo crítico*. Trotta.
- Cabo Martín, Carlos de (2014). *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Trotta.
- Montalvo Jääskeläinen, Federico de (2012). Las cláusulas notwithstanding y override del constitucionalismo canadiense. *Teoría y realidad constitucional*, (30).
- Espinoza Troncoso, Rodrigo (2021). Flexibilidad constitucional y democracia: una revisión crítica de la teoría liberal. Explorando la experiencia de Uruguay, Venezuela y Chile. *Revista de Estudios Políticos*, (191).
- Fernandois, Arturo (2006). *Derecho Constitucional Económico*. Ediciones UC.
- Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Tomás (Eds.) (2020). *7 propuestas para la nueva Constitución de Chile*. Universidad de Santiago de Chile.
- Gargarella, Roberto (2008). El nacimiento del constitucionalismo popular. En Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional* (t. I). Abeledo Perrot.
- Gargarella, Roberto (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810—2010)*, Buenos Aires, Katz Editores.

- Guzmán Errázuriz, Jaime (1979). El camino político. *Revista Realidad*. (7).
- Hayek, Friedrich A. (1985). *Derecho, legislación y Libertad (2a. ed.)*. Unión Editorial, 3 vols.
- Heiss, Claudia. (2020). *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*. Penguin Random House.
- Huneus, Carlos. (2016). *El régimen de Pinochet*. Taurus.
- Kramer, Larry D. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. (Paola Bergallo, trad.) Marcial Pons.
- Linz, Juan J. (1975). Totalitarian and Authoritarian Regimes. En Fred I. Greenstein, y Nelson W. Polsby (Eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3: *Macropolitical Theory*, Adison-Wesley Publishing Company.
- Loewenstein, Karl (1983). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew Soberg (2002). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Paidós.
- Marshall, Pablo y Muñoz, Fernando (2016). *Derecho Constitucional. El sistema de gobierno y sus órganos*. Derecho Austral.
- Negri, Antonio (1994). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Libertarias-Prodhufi.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005). *Chile. Constituciones Iberoamericanas*. UNAM.
- Noguera Fernández, Albert (2017). *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*. Trotta.
- Noguera Fernández, Albert (2019). *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. Trotta.
- Ramírez, Simón (2021). Constitución chilena y gubernamentalidad neoliberal”. *Derecho y Crítica Social*, 5(1-2).
- Roitman Rosenmann, Marcos (2021, 23 de septiembre). El golpe de Estado en Chile: las piezas del puzle. *La Jornada*.
- Rousseau, Dominique (2019). *Radicalizar la democracia. Propuestas para una refundación*. Universidad Externado de Colombia.
- Salazar Ugarte, Pedro (2007). *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica de España.
- Slobodian, Quinn (2021). *Globalistas. El fin de los imperios y el nacimiento del neoliberalismo*. Capitán Swing.
- Valenzuela, Arturo (1990). Partidos políticos y crisis presidencial en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario. En *Encuentros hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Universidad Católica de Chile.
- Waldron, Jeremy (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press.
- Zúñiga Urbina, Francisco y Cazor Aliste, Kamel (2021). *Régimen político: régimen semipresidencial. Algunas claves del debate constituyente*. Santiago, mimeo.
- Zúñiga Urbina, Francisco (2014). *Nueva Constitución: reforma y poder constituyente en Chile*. UNAM.

Notas

* Recibido el 20 de septiembre de 2021; aceptado el 16 de marzo de 2022.

** ORCID: [0000-001-7566-2429](https://orcid.org/0000-001-7566-2429). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Correo electrónico: jaicardenas@aol.com

1 La reforma se contiene en la Ley número 21.200 publicada en el *Diario Oficial* de Chile de 24 de diciembre de 2019 —artículos 130 a 143—. En el *Diario Oficial* de 26 de marzo de 2020 se publicó el nuevo calendario electoral para la elección de los integrantes de la Convención Constituyente.

2 Desde mi punto de vista, una democracia representativa tradicional, sin mecanismos complementarios de democracia directa, deliberativa y comunitaria, tiene hoy en día, los siguientes inconvenientes: alienta el modelo neoliberal que genera profunda desigualdad, exclusión y neocolonialismo; los diseños institucionales se emplean para favorecer a las élites económicas y políticas; existen profundas limitaciones a la democracia participativa, deliberativa y comunitaria; los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no suelen contar con garantías efectivas de protección; se estimula una gran corrupción en las élites económicas y políticas; la soberanía interna es vapuleada por intereses geopolíticos; los medios de comunicación transmiten el discurso de las clases dominantes; existen dificultades agravadas para la resistencia civil en contra del orden establecido, y hay una producción de sociedades sin destino, sin futuro.

3 Igualmente ver a: Carlos de Cabo Martín (2017); Carlos de Cabo Martín (2014); Roberto Gargarella (2008, pp. 249- 262); Larry D. Kramer (2011); Pedro Salazar Ugarte (2007); Jeremy Waldron (1999).

4 Marcos Roitman dice que cuando Friedrich Hayek visitó Chile en 1977 señaló que prefería un dictador liberal antes que un gobierno democrático sin liberalismo.

5 El principio de subsidiariedad fue incluido por primera vez en la “Carta Encíclica Cuadragesimo Anno” de la Iglesia Católica, publicada en 1931. Deriva de la obra de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) y a su vez del pensamiento de Aristóteles. Se le conoce como principio de “solidaridad entre desiguales”. En Chile ha implicado que, al individuo, a la familia, a las organizaciones de la sociedad, les corresponde en primera instancia la atención de necesidades individuales y colectivas. Si estas instancias sociales carecen de la capacidad para hacerlo, es entonces el Estado el que debe intervenir para resolverlas. El principio de subsidiariedad entraña que el Estado no es el primero de los garantes de los derechos fundamentales, principalmente de los económicos, sociales, culturales y ambientales.

6 El Estado policiaco-militar es una construcción teórica que explica la constante militarización en el mundo, sobre todo, aunque no exclusivamente, en regímenes no democráticos. Este tipo de Estado es una faceta del análisis geopolítico del Estado neoliberal. Se ha incrementado inmensamente el poder de los ejércitos y policías para tutelar el modelo económico del Estado neoliberal y proteger sus vastos intereses supranacionales que tienen relación desde la reproducción constante del capital hasta la actuación en contra de la inmigración ilegal. Las grandes potencias, como los Estados Unidos, se asumen responsables del proceso para mantener condiciones aceptables de reproducción del capitalismo contemporáneo en beneficio de las grandes empresas transnacionales, y para apuntalar sus áreas de influencia en la lucha por la hegemonía mundial. Por eso, países de América Latina han recibido el impacto de esta concepción geopolítica —sobre todo porque constituimos la frontera sur de los Estados Unidos— y, sin importar nuestras estructuras políticas formales o las necesidades domésticas, el modelo del Estado policiaco-militar se impone y, los gobiernos cómplices lo reciben con agrado y sin oponerse, para no agraviar a la potencia. Sin embargo, es tan nociva esta nueva estructuración del Estado que, en los propios Estados Unidos, la violencia policiaca militar ha provocado en muchas ciudades reacciones contrarias y de oposición por parte de la sociedad civil.

7 El último párrafo del artículo 10 de la Constitución de 1925 decía: “El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

IMPACTO DE LA PANDEMIA COVID-19 EN LAS MUJERES COLOMBIANAS A LA LUZ DEL QUINTO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AGENDA 2030: 2020-2021*

IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON WOMEN IN LIGHT OF THE FIFTH SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOAL OF THE 2030 AGENDA

Margarita CÁRDENAS POVEDA**

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17067](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17067)

Resumen:

En el 2015, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Agenda 2030 compuesta por 17 objetivos (ODS) y 169 metas como un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. El ODS 5 pretende lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud anunció que la nueva enfermedad ocasionada por el virus SARS-CoV-2 que corresponde al COVID-19, puede caracterizarse como una pandemia. Se estima que, a nivel mundial, al menos tres millones de personas fallecieron por el virus en 2020. Esta crisis ha exacerbado las desigualdades ya existentes entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, familiar, profesional, de salud, de acceso a tecnología, educación, etcétera, lo cual refleja que la disparidad de género distribuye de forma desproporcional las responsabilidades y retribuye económicamente tan solo algunas de las actividades realizadas por las mujeres y niñas. El presente artículo a través de una metodología evaluativa muestra a partir de un enfoque de género, el nivel de coherencia de algunas de las medidas más importantes expedidas por el gobierno colombiano para conjurar la crisis en relación con el ODS 5. Se concluye que

Abstract:

In 2015, the 2030 Agenda composed of 17 goals ("SDGs") and 169 targets was adopted by the United Nations General Assembly as a plan of action for people, planet and prosperity. SDG 5 aims to achieve gender equality and empower all women and girls. On March 11, 2020, the World Health Organization announced that the new disease caused by SARS-CoV-2 virus which corresponds to COVID-19 may be characterized as a pandemic. Globally, it is estimated that at least three million people died from the virus in 2020. This crisis has exacerbated the already existing inequalities between men and women in the areas of work, family, professional, health, access to technology, education, etc., which reflects that gender disparity disproportionately distributes responsibilities and economically rewards only some of the activities performed by women and girls. This article uses an evaluative methodology to show, from a gender perspective, the level of coherence of some of the most important measures issued by the Colombian government to avert the crisis in relation to SDG 5. It is concluded that these measures are insufficient and inconsistent with the content and scope of SDG 5 and its targets, even though theoretically this regulation aims to print gender equality and

estas resultan ser insuficientes y poco coherentes con el contenido y alcance del ODS 5 y sus metas, aun cuando teóricamente en esta regulación se pretende imprimir la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas, en la práctica, estas tienen poco desarrollo y materialización.

Palabras Clave:

COVID-19, igualdad de género, mujeres, regulación colombiana, desarrollo sostenible, derechos humanos.

the empowerment of women and girls, in practice, these have poor development and materialization.

Keywords:

COVID-19, gender equality, women, colombian regulation, sustainable development, human rights.

SUMARIO: I. Introducción. II. Objetivo de Desarrollo Sostenible 5: Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas. III. Impacto de la pandemia provocada por el COVID-19 en las mujeres y en el cumplimiento del ODS 5. IV. Contenido y alcance de las medidas expedidas por el Gobierno de Colombia y su coherencia con el ODS 5. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la pandemia provocada por el COVID-19, la implementación de la Agenda 2030 con sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas es un reto para cualquier país respetuoso de los derechos humanos, comprometido con la erradicación de la pobreza y la protección del planeta en el que habitan los seres humanos.

Los ODS son reflejo de una gran ambición mundial por conseguir hacer realidad los derechos humanos, la igualdad entre géneros, la protección al medio ambiente, el uso sostenible de los recursos naturales, la educación universal, entre otros. Su carácter integrado e indivisible conjuga la dimensión económica, social y ambiental del desarrollo sostenible (Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU], 2015).

Cada país debe enfrentar de manera diferente los retos que supone el cumplimiento de los ODS, en especial los países en vía de desarrollo que han sido azotados por olas constantes de violencia, como el caso colombiano. Por lo mismo, eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y niñas le dará mejores oportunidades a la mitad de la población mundial y logrará la protección universal de los derechos humanos.

La justificación de esta investigación recae en la necesidad de identificar, específicamente en el marco de la pandemia del COVID-19, la coherencia de las medidas expedidas por el gobierno colombiano para conjurar la crisis, con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 5 (ODS 5), que pretende lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas. Lo cual permitirá reconocer las fortalezas y debilidades del ordenamiento jurídico colombiano en materia de igualdad de género y comprender por qué el virus afecta en mayor o menor medida a la población femenina en Colombia.

El objetivo de esta investigación es determinar si las medidas expedidas por el gobierno colombiano en el marco de la pandemia son coherentes con el ODS 5 y, por lo tanto, si reconocen el impacto diferenciado en las mujeres. Para cumplirlo se proponen los siguientes objetivos específicos: en primer lugar, establecer el contenido y alcance del ODS 5; en segundo lugar, identificar el impacto de la pandemia del COVID-19 en las mujeres y en el nivel de cumplimiento del ODS 5, y finalmente, establecer el contenido y coherencia de las medidas expedidas por el gobierno colombiano para conjurar la crisis con el ODS 5.

El desarrollo y presentación de resultados de esta investigación se hará bajo una metodología evaluativa. A través de esta, se busca comprobar si ciertas medidas se ajustan a determinados parámetros, en este caso, se evaluará la idoneidad y coherencia de las medidas expedidas por el gobierno colombiano para conjurar la crisis provocada por el COVID-19, con los postulados de desarrollo sostenible del ODS 5 que busca alcanzar la igualdad de género y empoderamiento de las mujeres y niñas en todos los aspectos de sus vidas.

El presente artículo está dividido en cuatro secciones: las primeras tres desarrollarán respectivamente los objetivos específicos mencionados y, por último, se expondrán las conclusiones.

II. OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 5: LOGRAR LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EMPODERAR A TODAS LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

En septiembre de 2015, la Agenda 2030 que establece los objetivos de desarrollo sostenible fue aprobada por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 70/1 de la Asamblea General. Esta agenda pretende alcanzar el desarrollo y la sostenibilidad a escala mundial, en coherencia con enfoques previos, como los Objetivos de Desarrollo del Milenio que en teoría debían ser alcanzados en el año 2015.

Una de las características más atractivas de la Agenda 2030 fue su proceso de creación participativo, lo cual permitió que su apropiación fuera universal y que existiera un compromiso mundial para su cumplimiento (Graham Long, 2015). El carácter global de los objetivos permite abarcar valores de múltiples grupos y esto fortalece la necesidad de su cumplimiento, puesto que involucra retos universales como el cambio climático, la paz, el agua, la igualdad de género, la pobreza, etcétera (Kalterina Shulla *et al.*, 2021).

Sin embargo, esta universalidad trae consigo desafíos y limitaciones en cuanto a su flexibilidad, ya que es necesario adaptar los ODS a contextos locales que varían de un lugar a otro, pues para que el desarrollo sea propio y no sea percibido como una imposición internacional, la agenda debe implementarse en términos nacionales y locales, según corresponda (Kalterina Shulla *et al.*, 2021).

Esta nueva agenda está compuesta por 17 ODS y 169 metas conexas de carácter integrado e indivisible. La consecución de la igualdad entre los géneros y empoderamiento de las mujeres es un pilar fundamental y decisivo para el progreso de todos los ODS y sus correspondientes metas (AGNU, 2015). En palabras de la Asamblea General:

No es posible realizar todo el potencial humano y alcanzar el desarrollo sostenible si se sigue negando a la mitad de la humanidad el pleno disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades. Las mujeres y las niñas deben tener igual acceso a una educación de calidad, a los recursos económicos y a la participación política, así como las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles (AGNU, 2015, p. 7).

Este objetivo pretende eliminar cualquier forma de discriminación y violencia contra las mujeres y niñas, así como aumentar las inversiones destinadas a eliminar la disparidad entre géneros y fortalecer la participación y empoderamiento de las mujeres en el plano mundial, regional y nacional (AGNU, 2015).

Hacen parte de las metas que buscan dar cumplimiento a este objetivo: *i)* poner fin a cualquier forma de discriminación contra las mujeres en todo el mundo; *ii)* eliminar las formas de violencia contra las mujeres en el ámbito público y privado, así como las prácticas nocivas que atenten contra su vida y dignidad humana; *iii)* reconocer y valorar los trabajos no remunerados desempeñados por las mujeres mediante servicios públicos, políticas de protección social, infraestructura y con la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar; *iv)* asegurar que las mujeres accedan a atención en salud sexual y reproductiva así como a sus derechos reproductivos, y *v)* emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de acceso a recursos económicos, a la propiedad, tierra, servicios financieros, herencia y recursos naturales (AGNU, 2015).

En cifras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (s.f.) a nivel mundial, por cada dólar que gana un hombre, la mujer recibe 77 centavos haciendo el mismo trabajo; sólo el 13% de las mujeres son propietarias de tierras; 750 millones de mujeres y niñas en todo el mundo se casaron antes de los 18 años, y sólo el 24% de los parlamentarios nacionales eran mujeres para noviembre de 2018.

III. IMPACTO DE LA PANDEMIA PROVOCADA POR EL COVID-19 EN LAS MUJERES Y EN EL CUMPLIMIENTO DEL ODS 5

En esta época de crisis ocasionada por la pandemia del COVID-19, las mujeres y los hombres se ven afectados de manera diferente. De acuerdo con el informe técnico del Fondo de la Población de las Naciones Unidas (UNFPA, por sus siglas en inglés) (2020a), las pandemias exacerban las desigualdades ya existentes en la sociedad entre hombres y mujeres, así como también la discriminación contra grupos marginados.

Según este mismo informe, es más probable que las mujeres no tengan espacio de participación representativo en la toma de decisiones relacionadas con el manejo de la pandemia y, por lo tanto, muchas de sus necesidades no sean satisfechas adecuadamente. Por ejemplo, gracias al brote del virus del Zika, las diferencias entre hombres y mujeres en la toma de decisiones se tradujeron en la imposibilidad de éstas de tener autonomía en sus decisiones sexuales y reproductivas, sumado a la falta de acceso a servicios básicos de salud y la escasez de recursos económicos para desplazarse a las instalaciones médicas tanto para ellas como para sus familias (UNFPA, 2020a).

Con el brote de ébola en África occidental, el papel de las mujeres como cuidadoras primarias de sus hijos y como trabajadoras en el sector de salud, las expuso desproporcionadamente al contagio (Miriam Nkangu *et al.*, 2017) e inclinó la balanza en su contra. Este es un ejemplo clave de cómo las mujeres se ven afectadas de manera diferencial durante situaciones de crisis por desempeñar un rol protagónico que paradójicamente es poco reconocido.

En el marco de la pandemia del COVID-19 la situación no ha sido distinta, el impacto económico y social es mayor para las mujeres. Ellas representan aproximadamente el 70% de los trabajadores del sector sanitario, lo cual trae consigo una mayor exposición al virus (Clare Wenhen *et al.*, 2020).

Según el Instituto de Salud Global de Barcelona (2020) “existe un claro desequilibrio de roles de liderazgo en la respuesta en la pandemia. Un ejemplo es el Comité de Emergencia de la Organización Mundial de la Salud para COVID-19, que cuenta con un 24% de representación femenina” (p. 3). Dicha cifra refleja el bajo nivel de participación en la toma de decisiones globales.

El 18 de marzo de 2020, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicó un informe sobre el impacto y las políticas necesarias para mitigar los efectos en el ámbito laboral durante la pandemia. Según este informe, las mujeres son particularmente vulnerables y no están adecuadamente representadas en los sectores más afectados, como en las profesiones que deben hacer frente a la pandemia, por ejemplo, las enfermeras, parteras y personal de salud comunitaria.

Se estima que el 58.6% de las mujeres empleadas trabajan en el sector de los servicios a comparación del 45.5% de los hombres. Además, las mujeres no tienen acceso a la protección social y soportan una carga desproporcionada en la economía de los cuidados, como en el caso del cierre de los colegios o sistemas de atención de sus hijos (OIT, 2020).

En cualquier caso, el impacto de la pandemia no puede medirse únicamente en términos económicos. Las mujeres y niñas tienen necesidades especiales y menos posibilidades de acceder a servicios de salud, medicinas, vacunas, protección reproductiva y materna, etcétera (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2020). Además de ser trabajadoras de salud de primera línea, también son la mayoría del personal de servicio de los centros sanitarios que realizan actividades de limpieza y lavandería, y por lo tanto tienen más probabilidades de estar expuestas al virus (ONU, 2020).

Mundialmente, en algunas zonas, las mujeres no tienen el mismo acceso a equipos de protección personal que los hombres, ya que no cuentan con el tamaño adecuado para las medidas de su cuerpo y, además, en la mayoría de las ocasiones las mujeres no se ven reflejadas en la toma de decisiones para contener el virus (ONU, 2020).

En lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, según el Fondo de Población de las Naciones Unidas (2020b), en Latinoamérica, por ejemplo, la pandemia está afectando el acceso a anticonceptivos modernos y podría ocasionar retrocesos “sobre los avances para poner fin a la necesidad insatisfecha de planificación para 2030 en la región” (p. 14).

En ese mismo sentido, el desvío de atención y recursos que deberían estar destinados a la atención de salud materna, prevención de violencia de género y para la protección de los derechos de las mujeres y niñas, podría aumentar la mortalidad y morbilidad maternas, y tasas de VIH (UNFPA, 2020b).

Los roles de género también se han visto afectados en tiempo de confinamiento, por ejemplo, en la primera ola de la pandemia las mujeres se vieron obligadas a dedicar más horas que los hombres en trabajos no remunerados económicamente. Esta crisis global ha puesto al descubierto una realidad que había pasado desapercibida: el mantenimiento de la economía y las vidas cotidianas dependen del “trabajo invisible” y no remunerado económicamente de las mujeres. Por ejemplo, los niños fuera de los colegios, los adultos mayores en sus casas y personas enfermas dependen del cuidado de la mujer, por lo que la demanda de este trabajo ha aumentado exponencialmente (ONU, 2020).

En este contexto, se han profundizado las desigualdades ya existentes en la división del trabajo y estas trabajadoras “invisibles” están sometidas a una mayor presión cada día, y, sin embargo, no se tienen en

cuenta en la respuesta económica por parte de los Estados (ONU, 2020).

Según datos recientes del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés) (2020), las niñas y adolescentes mujeres dedican más tiempo en tareas domésticas durante la pandemia en comparación con los niños y adolescentes hombres. Lo anterior no sólo genera que millones de niñas se retiren de sus colegios antes de culminar sus estudios —especialmente si viven en condiciones de pobreza—, sino que a su vez disminuyen las posibilidades de su regreso posterior a la crisis provocada por la pandemia (ONU, 2020).

En este mismo sentido, el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE, por sus siglas en inglés)(2021a) estudió el impacto socioeconómico del COVID-19 en materia de igualdad de género y de acuerdo con sus cifras, *i)* las mujeres dedican 12.6 horas semanales frente a 7.8 horas de los hombres en el cuidado y educación de sus hijos o nietos; *ii)* 4.5 horas semanales de una mujer son destinadas al cuidado de personas mayores o con discapacidad mientras que son 2.8 para los hombres, y *iii)* la cocina y las tareas domésticas implican 18.6 horas a la semana para las mujeres, 6 horas más que las que emplea un hombre en esta misma labor.

El cierre de las instituciones educativas y las dedicadas al cuidado de los niños incrementaron las horas de trabajo no remunerado para las mujeres, ellas dedican alrededor de 23 horas semanales en el cuidado de los hijos frente a las 19 horas que emplean los hombres (EIGE, 2021b). Las mujeres de la Unión Europea, según este mismo estudio, deben apoyar a sus hijos con su educación virtual y están insatisfechas con esta modalidad, más que los hombres. En Portugal, el 77.5% de las mujeres ayudaron a sus hijos en este aspecto frente al 41.3% de los hombres (EIGE, 2021a).

El 9 de abril de 2020, la ONU publicó un informe político sobre el impacto de la pandemia del COVID-19 en las mujeres. De acuerdo con su estudio, la situación para ellas en países en vía de desarrollo es mucho más complicada que en cualquier otro lugar del mundo. El 70% de las mujeres están vinculadas a la economía informal y la mayoría de las veces dependen del espacio público y las interacciones sociales, las cuales están siendo restringidas por los gobiernos locales para contener la propagación de la pandemia (ONU, 2020).

La necesidad de equilibrar la vida familiar y laboral afecta gravemente el bienestar de las mujeres. Según una encuesta de IPSOS realizada en marzo de 2020, el 32% de las mujeres estadounidenses afirmaron sufrir ansiedad e insomnio como consecuencia del COVID-19 frente al 24% de los hombres, resultados similares se dieron en Reino Unido, China y Hong Kong.

1. ODS 5 en Colombia durante la pandemia del COVID-19

El caso de Colombia no es diferente, en el país las mujeres dedican al trabajo doméstico semanalmente 50.6 horas, mientras que los hombres sólo 23.9 en promedio durante ese mismo tiempo (ONU Mujeres, 2020a). En ese mismo sentido, 3 de cada 10 mujeres colombianas a partir de los 15 años no tienen un ingreso propio, por el contrario, sólo 1 de cada 10 hombres en ese mismo rango de edad dependen económicamente de alguien más y en cuanto a pobreza respecta, por cada 100 hombres pobres hay 118 mujeres en esa misma condición (ONU Mujeres, 2020a).

Sólo el 53% de las mujeres en Colombia están vinculadas formalmente, trabajan en segmentos de baja productividad, empleos temporales, tiempo parcial o informalmente, lo cual se convierte en un impedimento para acceder a modalidades de trabajo virtual (ONU Mujeres, 2020a).

Ahora bien, la violencia contra las mujeres y niñas también ha aumentado como consecuencia del confinamiento, pues en la mayoría de los casos las ha obligado a convivir permanentemente con quienes las maltratan, pues más tiempo de convivencia equivale al aumento de conflictos alrededor de cuestiones domésticas, lo cual también genera una percepción de impunidad e inseguridad provocada por el agresor (Miguel Lorente, 2020).

En Colombia, el contexto de aislamiento en el marco de la pandemia aumenta el riesgo de violencia intrafamiliar y violencia sexual, explotación sexual, riesgo de trata de personas, violencia cibernética y pone en peligro a las mujeres lideresas y defensoras de derechos humanos (ONU Mujeres, 2020a).

Colombia está enmarcada dentro de un contexto azotado especialmente por la violencia, por lo que la pandemia pone a las mujeres y niñas en situaciones de riesgo mucho más complejas. Las restricciones a los movimientos de la policía, autoridades públicas o personal médico llevan al vacío a las disposiciones legales y constitucionales que protegen los derechos humanos, lo cual se traduce en el aumento de violencia sexual, de género, asesinatos, afectaciones a la salud de las mujeres,¹ entre otros (ONU, 2020). La Organización de las Naciones Unidas (2020) espera que la recuperación después de la pandemia se traduzca en una ampliación de los derechos y participación de las mujeres en los asuntos públicos.

La OIT (2021) en un informe destinado al estudio del impacto del COVID-19 en las mujeres trabajadoras en Colombia concluyó, entre otros aspectos, que

La crisis causada por la pandemia ha tenido un impacto desproporcionado en el empleo femenino, al experimentar una contracción anual de 1,8 millones de puestos de trabajo —equivalentes a una reducción del 19,6 por ciento— al mes de mayo de 2020, cifra muy superior a la disminución de 1,0 millones del empleo masculino que, en términos relativos, se contrajo en un 8,1 por ciento. Se constata, igualmente, que tanto las ocupaciones como las actividades económicas intensivas en trabajo femenino sufrieron de manera más severa el efecto de la crisis, mientras que el aumento inusitado de la población inactiva se concentró principalmente en las mujeres. Los resultados de este estudio advierten que el efecto global de los tres primeros meses del confinamiento en el mercado de trabajo en Colombia fue equivalente a la destrucción de los empleos femeninos generados en el país durante los últimos 11 años (OIT, 2021, p. 18)

Otro aspecto relevante tiene que ver con el funcionamiento de los hogares colombianos, desde una perspectiva de género, durante la pandemia en el año 2020, específicamente en lo relacionado con la inactividad laboral, al respecto este mismo informe de la OIT, estableció también que

El mayor aumento de población inactiva se dio en la población con edades entre 25 y 54 años; mientras que las mujeres registraron un incremento de 707 mil personas, los hombres reportaron un aumento de 191 mil personas. En términos relativos, la tasa de inactividad laboral para el trimestre julio-septiembre aumentó del 50,5 por ciento en 2019 al 56,0 por ciento en 2020, mientras que entre los hombres lo hizo del 26,6 por ciento al 29,0 por ciento en igual período. Por grupos etarios, las tasas de inactividad laboral resultan estructuralmente más altas para las mujeres que para los hombres. En el caso de la población con edades entre 25 a 54 años, la tasa de inactividad entre las mujeres aumentó en 6,2 pp durante el período analizado, para ubicarse en el 37,7 por ciento a julio-septiembre de 2020, frente a un aumento de 1,4 pp en el caso de los hombres, para ubicarse en el 6,1 por ciento en igual lapso. Ello revela que las mujeres en plena edad laboral productiva —esto es, entre los 25 y los 54 años— registran tasas de inactividad laboral que son 6,5 veces más altas que entre los hombres (OIT, 2021, p. 21)

En ese mismo sentido, el aumento de la población inactiva, de acuerdo con la OIT (2021) revela un hecho preocupante desde una perspectiva de género:

Si se considera que por cada hombre que pasó a la inactividad laboral durante el último año hay 2,5 mujeres que pasaron a esta situación. A ello se suma que, para el período julio-septiembre de 2020, tan solo un 13,3 por ciento de los hombres inactivos se dedicaba como actividad principal a oficios del hogar, frente a un 63,9 por ciento en el caso de las mujeres, lo cual muestra la asimetría sustancial en la distribución del trabajo doméstico no remunerado en desmedro de las mujeres. Las mismas cifras para este período también revelan que un 51,2 por ciento de los hombres laboralmente inactivos se dedicaban principalmente a actividades de estudio, frente a un 24,9 por ciento en el caso de las mujeres inactivas (véase gráfico 3b). En otras palabras, mientras que los hombres en la inactividad laboral se dedican en su mayoría a educarse o a otras actividades, las mujeres en esta condición se dedican primordialmente a las tareas del hogar (p. 23).

2. Impacto del COVID-19 desde una perspectiva global

En lo que respecta al cumplimiento del ODS 5, el UNFPA en conjunto con Avenir Health, la Universidad Johns Hopkins y la Universidad de Victoria, en la nota técnica provisional (2020c), expusieron la forma en que la pandemia puede socavar gravemente los avances obtenidos con los ODS. Al respecto, establecieron puntualmente la repercusión del COVID-19 en la eliminación de: *i)* las necesidades de planificación familiar; *ii)* violencia de género; *iii)* mutilación genital femenina y matrimonio infantil.

Sobre esta nota técnica es importante mencionar algunos puntos. En primer lugar, desde el 2020 ya se estimaba que, por cada tres meses de confinamiento, habría hasta dos millones de mujeres sin acceso a métodos anticonceptivos modernos; así como el aumento de embarazos no deseados, de forma proporcional al confinamiento y las interrupciones de la prestación de los servicios de salud (UNFPA, 2020c).

La Organización de las Naciones Unidas dedicada a promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, también conocida como ONU Mujeres, en julio de 2020 publicó un informe sobre el impacto socioeconómico de la pandemia en el cumplimiento de los ODS. De acuerdo con este estudio, cualquier tipo de crisis tiende a exacerbar las desigualdades de género contra las mujeres y niñas, y puntualmente el COVID-19 pone en peligro el avance de la mujer en los ODS 1 sobre la erradicación de la pobreza, ODS 4 educación de calidad, ODS 5 igualdad de género y empoderamiento de la mujer y ODS 8 sobre el trabajo decente y crecimiento económico (ONU Mujeres, 2020b).

La brecha de acceso a la tecnología entre hombres y mujeres durante la pandemia continúa siendo un común denominador. Casi 3600 millones de personas, equivalente a la mitad de la población mundial, permanece desconectada, la mayoría de ellas en los países menos desarrollados (ONU Mujeres, 2020b).

Por ejemplo, en Bangladesh y Pakistán, las encuestas de evaluación rápida muestran que las mujeres y niñas tienen menos probabilidades que los hombres de tener un celular y tienen menos acceso a Internet, y tampoco acceden en la misma medida a información sobre cómo prevenir el contagio de COVID-19 (ONU Mujeres, 2020b).

Ahora bien, como se mencionó anteriormente haciendo referencia al caso colombiano, a nivel global 50 millones de mujeres entre 25 y 34 años viven en extrema pobreza con menos de 1.90 dólares al día frente a 40 millones de hombres, y la crisis está agravando esta situación (ONU Mujeres, 2020b).

Según este mismo estudio, mientras que antes de la pandemia, los hombres representaban la mayoría de los trabajadores en el sector de manufactura y la mayoría de las mujeres que trabajaban en este mismo sector tenían un empleo vulnerable y por lo tanto más probabilidades de no tener condiciones de trabajo decentes, ahora, a diferencia de los hombres, tienen más probabilidades de perder su empleo o reducir sustancialmente sus ingresos (ONU Mujeres, 2020b).

Teniendo en cuenta este marco de referencia se puede concluir que el impacto de la pandemia no es igual entre mujeres y hombres, se procederá a estudiar puntualmente el caso colombiano en coherencia con las medidas gubernamentales tomadas en medio de la crisis con el ODS 5.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS EXPEDIDAS POR EL GOBIERNO DE COLOMBIA Y SU COHERENCIA CON EL ODS 5

El 13 de octubre con la Directiva 11 de 2020, el presidente de la República de Colombia reconoció el impacto económico sobredimensionado del COVID-19 en las mujeres, afirmando que, a raíz de la pandemia, ellas se han visto especialmente afectadas en términos laborales y de acceso a oportunidades económicas, también en la mayor responsabilidad que recae sobre sus hombros por el cuidado de la familia y el acompañamiento de sus hijos en la educación virtual.

En ese orden de ideas, según esta directiva, es indispensable revertir el empobrecimiento de las mujeres colombianas especialmente las que viven en zonas rurales y son madres cabeza de hogar, para lo cual se debe implementar una estrategia que dinamice la generación de empleo y empoderamiento económico de las mujeres (Directiva Presidencial [DP] núm. 11, 2020).

En la Directiva en cuestión, el presidente impartió instrucciones relacionadas con cuatro compromisos: *i)* con la generación de empleo; *ii)* con el crecimiento limpio y sostenible; *iii)* con los más pobres y vulnerables de la sociedad; *iv)* con el campo y la paz con legalidad.

Por ejemplo, sobre el primer punto, incentivó al Ministerio del Trabajo a crear un programa que estimule la contratación de las mujeres en los diferentes sectores de la economía, regiones y grupo etario, y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le solicitó incluir en el Plan de Reactivación Económica del sector, un programa que permita la formalización y financiación de emprendimientos dirigidos por mujeres. Además, exhortó a todas las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que conformen el Presupuesto General de la Nación a que identifiquen asignaciones que tengan como finalidad la equidad para la mujer, en virtud del artículo 221 de la Ley 1955 de 2019 (DP núm. 11, 2020).

Respecto al segundo compromiso, se le solicitó al Ministerio de Minas y Energías implementar un programa que promueva la empleabilidad de las mujeres dentro de proyectos de energías renovables y en el sector de hidrocarburos y minería, y al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible la implementación de un programa que genere empleo y permita la concreción de emprendimientos femeninos en la siembra de 180 millones de árboles (DP núm. 11, 2020).

Para proteger a las madres cabeza de familia y mujeres rurales, instó al Departamento Nacional de Planeación a que adelantara acciones que depurasen de los listados e incluyeran en ellos a estas mujeres, dentro del Programa de Ingreso Solidario, teniendo en cuenta su rol en la economía del cuidado; y al

Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la inclusión de 50000 mujeres en el programa de formación de programadores y programadoras (DP núm. 11, 2020).

Finalmente, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural junto con la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, quedaron como responsables del diseño y ejecución de un programa que promueva la formalización y empleabilidad de mujeres rurales; además la Consejería Presidencial para la Estabilización y Consolidación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República debe priorizar el apoyo a iniciativas de proyectos liderados por mujeres como pilar de la reactivación económica del país (DP núm. 11, 2020).

De lo anterior, es posible concluir que el gobierno colombiano reconoce el impacto diferenciado de la pandemia en las mujeres y niñas, y teóricamente propone políticas y estrategias que promueven su inclusión en diferentes sectores de la economía, y además resulta evidente que la inclusión de la mujer en el ámbito laboral es indispensable y necesario. En ese sentido, según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para el trimestre enero-marzo de este año, la tasa de desempleo de las mujeres fue del 21.0% y de los hombres fue del 12.0% (DANE, 2021a)

Ahora bien, como se mencionó previamente, el presente artículo tiene como objetivo estudiar el panorama general regulatorio en el marco de la pandemia del COVID-19 en Colombia en lo relacionado con la mujer y su coherencia con el ODS número 5.

Desde que se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional en marzo de 2020 con el Decreto 417, la rama ejecutiva de orden nacional ha expedido un gran número de medidas para atender la emergencia del COVID-19. Según cifras publicadas en abril de este año, en Colombia durante el 2020 la pobreza monetaria fue 42.5% y la pobreza monetaria extrema fue 15.1% en el total nacional (DANE, 2021b).

1. Medidas tomadas por la Rama Ejecutiva a nivel nacional

A nivel nacional, el gobierno ha clasificado y orientado las medidas para conjurar la crisis de acuerdo con los siguientes criterios: adulto mayor, aeropuertos, agricultura, aislamiento preventivo, aislamiento selectivo, ayuda social, banca, cancillería, ciencia, cultura, deporte, economía, educación, empleo, Fiscalía General de la Nación, fronteras, fuerzas militares, justicia, migrantes, niñez, orden público, gasolina, pymes, salud, servicios públicos, toque de queda, transporte, turismo, vacunación y vivienda.² Sin embargo, dentro de estos grupos o criterios no existe ninguno específicamente orientado para mitigar los efectos de la crisis en mujeres y niñas colombianas.

En un principio, de manera puntual solo dos de estas medidas hacen referencia explícita a las mujeres en el marco de la pandemia: la Directiva Presidencial 11 de 2020 “compromiso por Colombia-Medidas para atender el grave impacto económico del COVID-19 sobre las mujeres” estudiada previamente, y el Decreto 810 de 2020 que “crea un patrimonio autónomo que servirá de vehículo para promover, financiar y apoyar el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres en Colombia, establece cómo obtendrá y administrará sus recursos y los programas en los cuales podrá invertirlos”.

Este último decreto toma en consideración que el COVID-19 en las mujeres, así como las medidas para mitigarlo tienen un impacto diferenciado para ellas y supone mayores efectos negativos para las mujeres

que para los hombres. También tiene en cuenta que la pandemia acelera la transformación digital de la economía, razón por la que habrá espacio para nuevos emprendimientos, y lo más importante, reconoce la brecha aun existente en el acceso a la tecnología entre hombres y mujeres colombianos. Entonces, con el Decreto 810 el gobierno decidió crear un patrimonio autónomo para la financiación, inversión y asistencia técnica del emprendimiento, formalización y fortalecimiento empresarial de las mujeres en Colombia.

Por otro lado, con el Decreto 518 de 2020 se creó el Programa de Ingreso Solidario (PIS) para atender las necesidades de los hogares colombianos en situación de pobreza y vulnerabilidad en el marco de la pandemia y con la Resolución 1093 de 2020 del Departamento Nacional de Planeación, se establecieron los lineamientos para determinar sus beneficiarios y su manual operativo. Este decreto fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-174 de 2020, no obstante, ha sido objeto de fuertes críticas.

Según el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, también conocido como Dejusticia, el PIS estaría excluyendo a mujeres en condiciones críticas de pobreza. Al analizar el diseño e implementación de este programa se identificaron algunas fallas críticas en cuanto a los criterios de escogencia de beneficiarios, ya que estos no son claros ni tampoco públicos, situación que ha generado controversias e insatisfacción con la implementación del programa, especialmente para las mujeres (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [Dejusticia], 2020).

Además, según Dejusticia, existen barreras de acceso relacionadas con el Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios de ayudas sociales (SISBEN) ya que no es claro el puntaje que se requiere para ser beneficiario y tampoco se permite actualizar este fácilmente (Dejusticia, 2020).

Lo anterior, llevó a que un grupo de mujeres con el apoyo de Dejusticia presentaran una tutela en la que solicitan al gobierno colombiano su inclusión en el PIS y de esa forma se garanticen sus derechos a la salud, mínimo vital, vivienda, seguridad social, información e igualdad; además le pidieron al juez ordenar al gobierno publicar los criterios de selección para acceder al PIS.

Este grupo de mujeres manifiestan que comparten una característica material común al encontrarse en una situación de vulnerabilidad socioeconómica grave. Del texto de la tutela se desprende la idea de que ellas:

Están a cargo de personas que necesitan atención médica prioritaria, de personas adultas mayores que tienen por ello alto riesgo de contagio de COVID-19, que no contamos con niveles de educación adecuados, y que estamos en este momento desempleadas o con trabajos ocasionales que no nos generan ingresos suficientes.

Dada la falta de información sobre cómo se realiza la selección de beneficiarias del programa, y de las múltiples barreras para su registro en las bases de datos a las que el DNP acude para realizar la selección, el funcionamiento del programa es a simple vista discriminatorio. Actualmente, las accionantes no somos consideradas para poder recibir las transferencias monetarias. Sin embargo, todas hacemos parte de un grupo de mujeres cabeza de hogar, y no contamos con un trabajo estable. Somos además 1) migrantes con estatus migratorio regular con PEP, o 2) trabajadoras domésticas. Ya sea que contemos o no con un puntaje de SISBÉN III menor a 30, —ya sea porque no estamos registradas en el SISBÉN, o porque nuestro puntaje es mayor—, todas nos enfrentamos a condiciones de vulnerabilidad socioeconómica extrema (Dejusticia, 2020, p. 57)

De esta manera, es posible concluir que el PIS como programa de ayuda social creado para atender las necesidades de los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad en Colombia durante la pandemia del COVID-19, carece de un enfoque coherente con el ODS 5, pues a pesar de que beneficie a más de 3 millones

de hogares en todos los municipios del país, no es incluyente con todas las mujeres en condición de vulnerabilidad que necesitan de esta ayuda del gobierno para sobrevivir durante la pandemia.

2. Medidas locales relacionadas con las mujeres y niñas

Ahora bien, a nivel local, la Secretaría Distrital de la Mujer tomó una serie de medidas para proteger a las mujeres en Bogotá durante la pandemia, específicamente en la cuarentena. Con el Decreto 093 de 2020, la alcaldesa mayor de Bogotá a través de esta secretaría estableció mecanismos para fortalecer los canales de comunicación telefónica y virtual para prevenir y mitigar la violencia contra las mujeres o cualquier otra vulneración a sus derechos y orientarlas jurídica, social y psicosocialmente (Decreto 093, 2020, artículo 17).

Puntualmente ordenó el funcionamiento gratuito y permanente de la “Línea Púrpura Distrital: Mujeres que escuchan Mujeres” y también de las “Casas Refugio” durante 24 horas del día, siete días de la semana (Decreto 093, 2020, artículo 18), además de ofrecer atención domiciliaria en cualquier parte de Bogotá para mujeres víctimas de violencia, así como atención a mujeres en situación de prostitución con alojamientos temporales, apoyos económicos y ayudas alimenticias. En ese mismo sentido, la Secretaría Distrital de la Mujer estableció alianzas con supermercados y farmacias para que las mujeres víctimas de violencia puedan solicitar ayuda en estos establecimientos (Secretaría Distrital de la Mujer, 2020).

Por otro lado, como se mencionó en el acápite anterior, la pandemia ha generado distintas problemáticas sociales y económicas alrededor del mundo, situación que también ha traído un impacto negativo en la educación de los niños, niñas y adolescentes colombianos, lo cual se evidencia en los cierres de las instituciones educativas —tanto oficiales como no oficiales—, junto a las pérdidas laborales de los padres de los cuales estos dependen económicamente, lo cual hace que el acceso a la educación se dificulte.

A lo anterior se le suma la falta de oportunidades de uso de herramientas digitales de los niños, niñas y adolescentes, especialmente de áreas rurales y de bajos recursos, junto a la pérdida de un ingreso fijo por parte de los padres, lo que ha alterado la forma de acceso a recursos y que obliga a los menores a dejar sus estudios para poder conseguir dinero y mantener el hogar (Organización de los Estados Americanos, 2021).

Aun con esto, las estrategias de educación virtual han sido pocas, ya que no se han generado intervenciones que mitiguen la inequidad preexistente frente al acceso a recursos como la Internet o dispositivos tecnológicos y, por lo tanto, se incrementan las brechas educativas especialmente entre niñas y niños.

Según las cifras de ProBogotá (2021), alrededor de 34,934 estudiantes desertaron de sus estudios durante la pandemia y el 68.4% de este número corresponde a mujeres, por lo que es posible afirmar que efectivamente existe una afectación diferencial de la pandemia en términos de educación para las mujeres.

Sin embargo, no existen disposiciones específicas por parte del gobierno nacional colombiano para disminuir este impacto entre niños y niñas en el acceso a la educación, y que, por lo mismo, ante esta situación alarmante no se han realizado cambios o incentivos para que especialmente las niñas puedan continuar con sus estudios académicos. Lo anterior, demuestra que las medidas expedidas en tiempo de pandemia por parte del gobierno no cumplen con las metas del ODS 5 que busca erradicar cualquier forma de discriminación o vulnerabilidad contra la mujer.

Por otro lado, uno de los escenarios en los que se limita el protagonismo de las mujeres y en el que no gozan de las mismas oportunidades que los hombres, es en el acceso a la tecnología. Es importante mencionar que la Constitución Política de 1991 reconoce la igualdad entre los hombres y las mujeres, y que particularmente tiene una protección especial de estas en los artículos 40, 42, 43 y 53. Cada uno de estos pretende fijar dentro de la Carta Política los ejes esenciales del papel de la mujer en el ordenamiento jurídico colombiano y por medio de la ratificación de distintos acuerdos internacionales se ha pretendido proteger los derechos de las mujeres y prohibir cualquier práctica o tratamiento discriminatorio en contra de ellas (Corte Constitucional de Colombia, C-203 del 2019).

3.

Lo anterior es relevante para comprender que las mujeres están protegidas teóricamente en el ámbito constitucional e internacional, sin embargo, esto no se evidencia en todos los espacios sociales, especialmente en los cuales existe una mayoría predominantemente masculina. En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha sido promotora en la promoción y respeto del lugar que merece la mujer dentro de la sociedad, por ejemplo, en la sentencia C-203 de 2019 reconoció la necesidad de contrarrestar el androcentrismo y la exaltación de los valores masculinos para reconocer las circunstancias que comprometen al Estado a mitigar y erradicar la discriminación por razón de género.

Ahora bien, como se mencionó previamente, el presidente Iván Duque en su Directiva Presidencial número 11, impartió la instrucción de promover desde el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la participación de las mujeres en el programa “Misión TIC 2022” en el cual se procuraría otorgar 50,000 cupos para mujeres en la formación de 100,000 programadores. Esto si bien se pretende realizar en el año 2022 y no en tiempo de la emergencia sanitaria es un avance para el reconocimiento de la igualdad de género y la lucha en contra de la discriminación.

Está claro que la Internet es una herramienta crucial en la actualidad y que por medio de esta se garantiza el ejercicio de otros derechos (Corte Constitucional de Colombia, T-030 del 2020) y no se ha evidenciado en las medidas adoptadas por el gobierno la preferencia al acceso a la tecnología por parte de las niñas para que estas puedan asistir de manera virtual al colegio, lo que puede estar relacionado con la deserción de las mismas de las actividades escolares en el año 2020. Por su parte, tampoco existen medidas diferenciales frente al acceso a la tecnología para las mujeres trabajadoras, con el fin de que estas puedan usar la Internet para realizar sus actividades laborales.

4. Economía, salud, familia y mujeres durante la pandemia

La coherencia de las medidas tomadas por el gobierno colombiano en el marco de la pandemia con el ODS 5 no debe ser evaluada únicamente en términos económicos. La salud es una de las esferas más importantes de la vida de cualquier ser humano y especialmente de la mujer, ya que ellas tienen necesidades especiales, por ejemplo, en lo relacionado con sus derechos sexuales y reproductivos.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2020) ha advertido los riesgos que la pandemia puede ocasionar en el ejercicio de estos derechos por parte de las mujeres, pues esta ha incrementado las brechas existentes entre los hombres y mujeres en dimensiones distintas, por ejemplo, en la autonomía y libertad de elección de las mujeres frente temas relacionados con su salud sexual.

Según cifras del Instituto Nacional de Salud, en Colombia durante 2020 se produjeron 409 muertes maternas tempranas, 100 más de las previstas para ese mismo año. UNFPA Colombia (2021) asegura que se trata de una cifra alarmante y que es innegable que la pandemia causó efectos adversos para la salud materna, no solo por la falta de acceso a servicios de salud y reproductiva, sino porque las mujeres dejaron de solicitar estos servicios por temor al contagio o falta de recursos económicos como consecuencia de las restricciones del confinamiento.

En un estudio solidario de la organización privada colombiana sin ánimo de lucro ProFamilia (2020) durante la pandemia, debido a las medidas tomadas por el gobierno, el acceso a servicios de salud en general y salud sexual y reproductiva limitaron seriamente su continuidad, regularidad y acceso, pues en últimas los recursos para estos servicios se están destinando a otros, lo cual pone en riesgo la vida y salud de las mujeres y niñas.

Según este mismo estudio, durante la primera cuarentena del año 2020, las principales necesidades entre las mujeres fueron consultas ginecológicas y acceso a métodos anticonceptivos, y dentro de las razones más comunes para no poder acceder a estos servicios está la suspensión de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y la falta de dinero para pagarlos (ProFamilia, 2020).

Lo anterior, permite concluir que el COVID-19 ha sido un obstáculo para que las mujeres accedan a servicios de salud que atiendan sus necesidades especiales y, por lo tanto, su atención integral debe priorizarse en la respuesta a la pandemia y no pueden suspenderse servicios esenciales que protejan su salud dentro de la nueva organización del sistema de salud colombiano para atender la crisis (ProFamilia, 2020).

No obstante, dentro de las medidas tomadas por el gobierno colombiano para conjurar la crisis, son casi inexistentes las disposiciones orientadas a proteger la salud de la mujer. Por ejemplo, con el Decreto 538 de 2020 se adoptaron medidas para el sector de la salud y garantizar la prestación de sus servicios en el marco de la pandemia, sin embargo, ninguna disposición es coherente con el ODS 5, pues se trata de una regulación general sin mayor enfoque de género ni respaldo al impacto diferenciado que tiene la pandemia en las mujeres.

Finalmente, resulta importante analizar las disposiciones del Decreto 109 de 2021 en virtud del cual se adoptó el Plan Nacional de Vacunación (PNV) contra el COVID-19 y las disposiciones relacionadas con el mismo. El PNV tiene por objetivo establecer los criterios de priorización, fases y ruta de aplicación de la vacuna. Los principios orientadores del Plan son la solidaridad, eficiencia, beneficencia, prevalencia del interés general, transparencia, progresividad, equidad, justicia social y distributiva, acceso y accesibilidad, igualdad y enfoque diferencial (Decreto 538, 2020).

Sobre estos dos últimos principios vale la pena mencionar que las acciones dentro del PNV deben estar ajustadas a las características particulares de las personas o grupos poblacionales y deben conferir un trato igual a los iguales y un trato distinto a las personas que no están en las mismas condiciones (Decreto 538, 2020).

De acuerdo con el Decreto 466 de 2021, el PNV se divide en dos fases y cinco etapas. La primera fase está integrada por tres etapas buscando reducir la morbilidad grave y la mortalidad específica por COVID-19. Hacen parte de la primera etapa las personas de 80 años o mayores, el personal de salud, talento

humano en salud y servicios generales en instituciones de salud. La segunda etapa está compuesta por la población entre los 60 y 79 años y el talento humano que desarrolla actividades en servicios de salud de cualquier complejidad o en establecimientos de sanidad de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

A la fecha, junio de 2021, Colombia se encuentra en la tercera etapa de vacunación. En esta última se vacunará de forma progresiva a los habitantes del territorio nacional que tengan un riesgo moderado de presentar un cuadro grave y morir de COVID-19 o un riesgo moderado de exposición al virus, a los cuidadores de la población de especial protección, Fuerzas Militares y a la Policía Nacional (Decreto 466, 2021)

En este punto, teniendo en cuenta el objetivo de la presente investigación, se debe resaltar que hacen parte de la tercera etapa las madres comunitarias vinculadas a servicios de primera infancia identificados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y los cuidadores institucionales de niños, niñas y adolescentes del ICBF. Así como los cuidadores primarios de personas en situación de discapacidad y adultos mayores con dependencia permanente de atención domiciliaria. Si bien sobre estos últimos dos grupos poblacionales no se hace referencia explícita a las mujeres que desempeñen esas labores, es posible concluir, teniendo en cuenta el marco estadístico presentado en el acápite anterior, que un gran porcentaje de mujeres colombianas se beneficiarán de la vacuna dentro de esta etapa.

En la cuarta etapa se vacunará a los habitantes del territorio colombiano que vivan en contextos en los que se dificulte guardar el distanciamiento físico, por ejemplo, población privada de la libertad, personal de custodia de esta población, habitantes de calle, entre otros. Finalmente, en la última etapa se vacunará a la población de 16 años que no se encuentre en las etapas anteriores y se mantendrá el orden iniciando con los adultos de 30 a 39 años hasta llegar a los jóvenes adolescentes.

Siendo así, el marco general regulatorio expedido en tiempo de pandemia por el gobierno colombiano en sus distintos niveles no es coherente con el ODS 5 debido a que a pesar de que incluye a la mujer y trata de reconocerle su lugar dentro de la sociedad, estas medidas resultan ser insuficientes pues dejan de lado gran parte de las metas que tiene este objetivo, como lo son: mejorar el uso de la tecnología para promover el empoderamiento y acceso a las mujeres, emprender reformas que le den igualdad de derechos en términos sociales, económicos, de propiedad, recursos naturales y financieros, así como garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

V. CONCLUSIONES

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible resultan ser un lenguaje común y universal para todos los Estados que han decidido comprometerse con su cumplimiento, la Agenda 2030 permitirá unir esfuerzos nacionales que involucran a los países más grandes y a los más pequeños también, y los resultados de todos contribuirán en mayor o menor medida al cumplimiento satisfactorio de cada uno de los ODS y de sus metas.

Hoy, seis años después del inicio de su implementación, no solo los Estados que hacen parte de esta agenda sino el mundo entero está enfrentando una de las crisis sanitarias más graves de las últimas décadas. El COVID-19 se convirtió en una responsabilidad común para los gobiernos actuales y a diferencia del límite temporal que tienen los ODS, pues se espera que su cumplimiento se lleve a cabo en el año 2030, este virus continúa propagándose y no hay una fecha cercana que dé certeza de cuándo será su fin.

Pese a los esfuerzos mundiales por inmunizar a la población con las vacunas existentes, los retos aún persisten y uno de los más importantes consiste en lograr la igualdad de género y empoderamiento de todas las mujeres y niñas. El COVID-19 ha tenido un impacto diferenciado entre hombres y mujeres, y es evidente que no existe una sola nación en el mundo que no tenga presencia femenina o que no la necesite.

El trabajo invisible que a diario ellas realizan resulta ser la base de la economía actual y por lo tanto es necesario que los gobiernos den una respuesta concreta y respetuosa de los derechos humanos para esta situación. El acceso a oportunidades laborales decentes, educación, salud y tecnología para las mujeres debe estar en la cima de las prioridades de todos los Estados, pues las medidas para mitigar la crisis no pueden impactar negativamente a los sectores más vulnerables de la población, como lo son las mujeres y niñas.

El caso colombiano no resulta diferente al de cualquier otro país y, sin embargo, no es ejemplar. Las medidas expedidas por el gobierno de Colombia en el marco de la pandemia son en su mayoría generales y carecen de un enfoque apropiado y coherente con el ODS 5, lo cual en últimas limita su cumplimiento. Si bien a nivel local, especialmente en la capital del país, se han implementado directrices y políticas de protección y asistencia a mujeres y niñas, a nivel nacional la regulación es insuficiente.

En materia de asistencia social, el Programa de Ingreso Solidario representa un gran avance que debe ser reconocido y valorado, pues ha contribuido a paliar los efectos económicos en las familias más pobres, sin embargo, tiene serias fallas que han sido criticadas por la población civil excluida y que podrían evitarse incluyendo un enfoque de género, pluralista e igualitario, que se alejara de los procedimientos meramente formales y al contrario, que materializara los postulados constitucionales, ampliando su espectro de aplicación para aquellas personas, especialmente mujeres, que más lo necesitan.

La brecha de acceso a la educación y a la tecnología por parte de las mujeres es un fenómeno mundial y en Colombia está especialmente presente. Las estrategias del gobierno colombiano para mitigar esta situación son escasas y, por el contrario, las cifras actuales reflejan que miles de niños y niñas han dejado sus estudios y no hay garantías para que la situación mejore. Sin duda esto no solo pone en riesgo los avances en el cumplimiento del ODS 5 sino también del ODS 4 que pretende alcanzar educación universal para todos.

En materia de salud, pocas son las medidas orientadas a la protección de sus derechos sexuales y reproductivos, y en lo que respecta al Plan Nacional de Vacunación, si bien cada fase con sus correspondientes etapas responde a un sistema orientado a reducir la mortalidad y la incidencia de casos graves hasta alcanzar la inmunidad del rebaño, no cuenta con medidas específicas que reconozcan a las mujeres como sujetos de especial protección ni tampoco tiene en cuenta, en todos los casos, sus condiciones laborales, familiares y de salud.

Por último, es necesario resaltar que, si existen esfuerzos por parte del gobierno colombiano para involucrar a la mujer dentro de sus políticas y que al menos teóricamente están presentes en algunas directivas y decretos, sin embargo, estos ideales son insuficientes si no se llevan a la práctica y no se crean regulaciones que permitan la materialización del ODS 5 dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

VI. REFERENCIAS

- Asamblea General de Naciones Unidas [AGNU] (2015) Resolución 70/1 de la Asamblea General Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.A/RES/70/1. https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [Dejusticia] (22 de octubre 2020) El Programa Ingreso Solidario estaría excluyendo a mujeres en condiciones críticas de pobreza. <https://www.dejusticia.org/el-programa-ingreso-solidario-estaria-excluyendo-a-mujeres-en-condiciones-criticas-de-pobreza/>
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [Dejusticia] (16 de octubre 2020) *Acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad alimentaria y la igualdad de mujeres que no hacen parte del Programa Ingreso Solidario.* https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/10/TUTELA_Programa_Ingreso_Solidario.pdf
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2020) Los riesgos de la pandemia de COVID-29 para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46483/S2000906_es.pdf
- Constitución Política de Colombia 1991. 20 de julio de 1991. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-174-2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 11 de junio de 2020)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-203-2019 (M.P. Cristina Parto Schlesinger, 15 de mayo de 2019)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-030-2020 (Diana Fajardo Rivera, 29 de enero de 2020)
- Decreto 109 de 2021 [Presidencia de la República de Colombia] Por el cual se adopta el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID - 19 y se dictan otras disposiciones. 29 de enero de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=157252>
- Decreto 417 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el territorio Nacional. 17 de marzo de 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110334>
- Decreto 466 de 2021 [Presidencia de la República de Colombia] Por el cual se modifica el Artículo 7 del Decreto 109 de 2021, modificado por el Decreto 0404 de 2021 y se dictan otras disposiciones. 8 de mayo de 2021. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20466%20DEL%208%20DE%20MAYO%20DE%20>
- Decreto 518 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia] Por el cual se crea el Programa Ingreso Solidario para atender las necesidades de los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad en todo el territorio nacional, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 4 de abril de 2020. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039043>
- Decreto 538 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia] Por el cual se adoptan medidas en el sector salud, para contener y mitigar la pandemia de COVID-19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 12 de abril de 2020. https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/docs/decretos/minsalud/204_DECRETO_538_2020.pdf
- Decreto 810 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia] Por el cual se crea el patrimonio autónomo para el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres, con el fin de mitigar los efectos de la Emergencia Social, Económica y Ecológica. 4 de junio de 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=127601>
- Decreto 903 de 2020 [Alcaldía de Bogotá] Por el cual se adoptan medidas adicionales y complementarias con ocasión de la declaratoria de calamidad pública, efectuadas mediante Decreto Distrital 087 del 2020. 26 de marzo de 2020. https://www.dadep.gov.co/sites/default/files/marco-legal/decreto_093_de_2020_alcaldia_mayor_de_bogota_d.c_.pdf

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE] (2021a) Mercado Laboral según sexo. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE] (2021b) Pobreza monetaria 2020. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-monetaria>
- Directiva 11 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia] Compromiso por Colombia- Medidas para atender el grave impacto económico del COVID-10 sobre las mujeres. 13 de octubre de 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=143248>
- El Espectador (23 de mayo de 2021). Paro Nacional: bebé intubada murió en ambulancia por bloqueos en el Valle. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/judicial/paro-nacional-bebe-intubada-murio-en-ambulancia-por-bloqueos-en-el-valle/>
- Fondo de la Población de las Naciones Unidas [UNFPA] (2020a) COVID-19: Un enfoque de género-Proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover la igualdad de género. https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_A_Gender_Lens_Guidance_Note.docx_en-US_es-MX.pdf
- Fondo de la Población de las Naciones Unidas [UNFPA] (2020b) El impacto de COVID-19 en el acceso a los anticonceptivos en América Latina y el Caribe. https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/informe_tecnico_impacto_del_covid_19_en_el_acceso_a_los_anticonceptivos_en_alc_1.pdf
- Fondo de la Población de las Naciones Unidas [UNFPA] (2020c) Repercusión de la pandemia de COVID-19 en la planificación familiar y la eliminación de la violencia de género, la mutilación genital femenina y el matrimonio infantil. https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_impact_brief_for_UNFPA_23_April_2020_ES.pdf
- Fondo de la Población de las Naciones Unidas Colombia [UNFPA Colombia] (2021) Un gran número de las muertes maternas son evitables. <https://colombia.unfpa.org/es/news/en-2020-se-produjeron-409-muertes-maternas-tempranas-en-colombia>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] (2020). *A New Era for Girls: Taking stock of 25 years progress*. [https://www.unicef.org/colombia/media/3451/file/A%20new%20era%20for%20girls:%20Taking%20stock%20of%2025%](https://www.unicef.org/colombia/media/3451/file/A%20new%20era%20for%20girls:%20Taking%20stock%20of%2025%20years%20progress.pdf)
- Instituto de Salud Global de Barcelona (2020) ¿Qué sabemos del impacto de género en la pandemia de la COVID-19?. <https://www.isglobal.org/-/que-sabemos-del-impacto-de-genero-en-la-pandemia-de-la-covid-19->
- Instituto Europeo para la Igualdad de Género [IEGE] (2021a). *Gender equality and the socio-economic impact of the COVID-19 pandemic*. <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-and-socio-economic-impact-covid-19-pandemic>
- Instituto Europeo para la Igualdad de Género [IEGE] (2021b). *Gender inequalities in care and consequences for the labour market*, Publications Office of the European Union. <https://eige.europa.eu/publications/gender-inequalities-care-and-consequences-labour-market>
- Instituto Nacional de Salud (2020). *Semana Epidemiológica 52 de 2020*. https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2020_Boletin_epidemiologico_semana_53.pdf
- IPSOS (2020). *More suffering from under exercising, anxiety than other health concerns due to COVID-19: Poll*. <https://www.ipsos.com/en-us/news-polls/more-suffering-underexercising-anxiety-other-health-concerns-duccovid-19-poll>.
- Long, Graham (2015). The idea of universality in the sustainable development goals. *Ethics Int Af. Cambridge University Press*, 29(2), 203-22. <https://doi.org/10.1017/S0892679415000076>
- Lorente, Miguel (2020). *Confinamiento y violencia*. <https://miguelorenteautopsia.wordpress.com/2020/03/16/confinamiento-y-violencia/>

- Nkangu, M., Olatunde, O., Yaya, S. (2017). The perspective of gender on the Ebola virus using a risk management and population health framework: a scoping review. *Infectious Diseases of Poverty*, 6(1), 135. doi:10.1186/s40249-017-0346-7.
- ONU Mujeres (2020a). *Dimensiones de género en la crisis del COVID-19 en Colombia: Impactos e implicaciones son diferentes para mujeres y hombres*. <https://nacionesunidas.org.co/noticias/actualidad-colombia/dimensiones-de-genero-en-la-crisis-del-covid-19-en-colombia-impactos-e-implicaciones-son-diferentes-para-mujeres-y-hombres/>
- ONU Mujeres (2020b). *Spotlight on gender, COVID-19 and the SDGs: will the pandemic derail hard-won progress on gender equality?*. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/spotlight-on-gender-covid-19-and-the-sdgs-en.pdf?la=en&vs=5013>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2020). *Policy Brief: The impact of COVID-19 on Women*. http://www.ugogentilini.net/wp-content/uploads/2020/04/Country-social-protection-COVID-responses_April3-1.pdf
- Organización de los Estados Americanos (2021). *¿Cómo promover el acceso universal a internet durante la pandemia de COVID-19?* http://www.oas.org/es/cidh/sacroi_covid19/documentos/03_guias_practicas_internet_esp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2020). *COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2021) El impacto de la COVID-19 en las mujeres trabajadoras de Colombia, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_774770.pdf
- ProBogota (27 de enero de 2021). *Resultados de la encuesta “Educación en Bogotá y Covid-19”*. <https://www.probogota.org/post/presentaci%C3%B3n-de-resultados-y-lanzamiento-de-la-encuesta-educaci%C3%B3n-en-bogot%C3%A1-y-covid-19>
- ProFamilia (5 de junio 2020). *Informe 4. Salud sexual y salud reproductiva desatendidas durante la cuarentena en Colombia*. <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2020/06/Informe4-Saludsexualysaludreproductivadesatendidasdurantelacuarentena-ProfamiliaColombia.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (s.f.). *Objetivo 5: Igualdad de Género*. <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-5-gender-equality.html>
- Resolución 1093 de 2020 [Departamento Nacional de Planeación] Por la cual se establecen los beneficiarios del Programa Ingreso Solidario y se adopta el Manual Operativo “Programa Ingreso Solidario” (6 de abril de 2021). https://ingresosolidario.prosperidadsocial.gov.co/documentos/Resolucion_109.pdf
- Secretaria Distrital de la Mujer (5 de mayo de 2020). *La secretaria distrital de la mujer frente a COVID-19*. https://www.cideu.org/wp-content/uploads/Secmujer-Bogota-Red-Ibero_mayo.pdf
- Shulla, K., Voigt, B., Cibian, S., Scandone, G., Martinez, E., Nelkovski, F., Salehi, P. (2021). *Effects of COVID-19 on the Sustainable Development Goals (SDGs)*. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s43621-021-00026-x.pdf>
- Wenhen, C., Smith, J. y Morgan, R. (2020). Gender and COVID-19 Working Group. COVID-19: the gendered impacts of the outbreak. *The Lancet*, 395(10227), 846-848. doi:10.1016/ S0140-6736(20)30526-2

Notas

* Recibido el 11 de junio de 2021; aceptado el 16 de marzo de 2022.

** ORCID: 0000-0001-9922-6429. Doctora en Sociología Jurídica; exmagistrada auxiliar Consejo de Estado. Correo electrónico: mcardenas@ucatolica.edu.co

1 Estos son los grupos en los que se dividen las acciones tomadas por el Gobierno colombiano en: <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/acciones-del-gobierno.html>

2 Ver. *El Espectador* (2021). Paro Nacional: bebé intubada murió en ambulancia por bloqueos en el Valle. <https://www.elespectador.com/judicial/paro-nacional-bebe-intubada-murio-en-ambulancia-por-bloqueos-en-el-valle/>

TRIBUNALES DE DROGAS EN CHILE ¿COMPLEMENTO O ALTERNATIVA AL PUNITIVISMO?*

DRUG COURTS IN CHILE. A COMPLEMENT OR AN ALTERNATIVE TO PUNITIVISM?

Silvio CUNEO NASH**

Paula MEDINA GONZÁLEZ***

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ij.24484873e.2021.162.17068](https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2021.162.17068)

Resumen:

Este trabajo es un estudio crítico sobre los tribunales de drogas (TD) en Chile. Para esto, se analiza el contexto normativo en el que nacen dentro de la legislación penal en materia de tráfico ilícito de estupefacientes. Sin perjuicio de valorar la existencia de tratamientos contra las drogas, cuestionamos que los TD sean una alternativa al encarcelamiento. Más bien, se trata de un aumento de la red punitiva que sirve de complemento al punitivismo extremo en la legislación penal sobre drogas. Asimismo, por los requisitos de elegibilidad establecidos en los TD chilenos, se

Abstract:

This paper is a critical study of the Drug Courts in Chile. To this end, it analyses the regulatory context in which they were created within the criminal legislation on illicit drug trafficking. Without prejudice to the existence of drug treatment, it is questioned whether drug courts are an alternative to incarceration. Rather, they are an increase in the punitive net that complements the extreme punitiveness of criminal drug legislation. Furthermore, the eligibility requirements established in Chile's drug courts prevent the possibility of treatment for many people who might need it, since in

impide la posibilidad de un tratamiento para muchas personas que podrían requerirlo, toda vez que en la forma actual los TD combinan y confunden criterios de salud pública con nociones de peligrosidad. En las conclusiones recomendamos la mantención y el aumento presupuestario de los tratamientos contra las drogas. No obstante, sugerimos la separación de las valoraciones o imputaciones jurídico-penales de los criterios de salud pública. Asimismo, como política pública en materia penal sobre drogas, recomendamos la despenalización de conductas y la disminución de sanciones para construir un camino real descarcelatorio y respetuoso de la dignidad humana.

Palabras Clave:

tribunales de drogas, tratamiento contra las drogas, voluntariedad, guerra contra las drogas, prevención especial positiva.

their current structure, drug courts combine and confuse public health criteria with notions of dangerousness. In the conclusions it is recommended the maintenance and budgetary increase of drug treatment. However, it is suggested the separation of criminal law assessments or charges from public health criteria. Likewise, as a public policy in criminal matters on drugs, it is recommended the decriminalisation of behaviours and the reduction of penalties in order to build a real path that is decriminalising and respectful of human dignity.

Keywords:

Drug Courts, drug treatment, voluntariness, War on Drugs, special positive prevention.

SUMARIO: I. Introducción. II. Tratamiento y pena. III. Aceptación de responsabilidad y necesidad de tratamiento. IV. Los TD en el contexto de la guerra contra las drogas. V. Génesis de los TD en Chile (la curiosa alianza). VI. Funcionamiento de los TD en Chile. VII. Conclusiones y propuestas. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este estudio es analizar críticamente los tribunales de drogas (TD), en especial en Chile. Los TD, lejos de ser una institución de larga tradición nacional, surgen como una arista más en la imposición de regímenes hegemónicos que, en materia de leyes penales de control de estupefacientes, reproducen políticas

criminales estadounidenses. Son estas políticas, y específicamente la guerra contra las drogas, las principales causas del encarcelamiento masivo de personas modestas y el aumento del encarcelamiento femenino (Michelle Alexander, 2012; Carmen Antony, 2002).

Sin perjuicio de un análisis crítico que surge de una fundada desconfianza en la intervención, por parte de Estados Unidos, en las políticas criminales latinoamericanas, tras haber conversado con diversos intervinientes de los TD (juezas, fiscales, defensores(as), duplas psicosociales y, especialmente, usuarios y usuarias) rescataremos la idea del tratamiento en sí y analizaremos su potencialidad de suavizar la respuesta penal. Sin embargo, la escasísima posibilidad que tienen los(as) imputados(as) de acceder a estos tratamientos en Chile, ya que deben cumplir con los requisitos de la suspensión condicional del procedimiento (SCP),¹ hace que se prefiera a candidatos(as) que en general no presentan un alto compromiso delictivo, lo que muchas veces coincide con un consumo menos problemático de drogas. En cierto sentido, los filtros de los TD pueden ser muy útiles para mostrar niveles exitosos de los mismos en comparación con los(as) imputados(as) que no cumplen los requisitos. El problema de esto, como siempre, es que al mezclar criterios de salud pública con justicia penal, no se atiende a la necesidad de todos los(as) usuarios(as) de un tratamiento desde una perspectiva médica, sino más bien, con base en consideraciones neopositivistas basadas en criterios de peligrosidad.

Pese a las críticas que se evidenciarán a lo largo de este trabajo, en las conclusiones recomendamos la mantención, e incluso el aumento presupuestario y, para casos concretos, de los tratamientos contra las drogas (con o sin forma de TTD). No obstante, lejos de conservar las actuales restricciones de ingreso, sugerimos ampliar los tratamientos para personas que, por su problema de adicción, lo requieran, sin importar un posible elevado compromiso delictivo e incluso para personas condenadas. Recomendamos también la separación de las valoraciones o imputaciones jurídico-penales de los criterios de salud pública. Así, si bien el consumo problemático de drogas puede ser considerado, a la hora de ejercer justicia penal, como un elemento que repercute en la menor reprochabilidad, creemos que no resulta conveniente combinar criterios de salud pública con criterios de justicia penal.

Por otra parte, nos parece pertinente indagar sobre las reales funciones que pueden ocultar los TD y, en general, la creación de nuevas instituciones jurídicas. En este sentido, se podría preguntar si además de los TD, ¿vamos a tener tribunales penales para femicidios?, ¿otros para medio ambiente?, ¿otros para delitos económicos? El problema que podría suscitarse es que si cada uno de estos tribunales no tuviese suficiente trabajo, como toda burocracia, se lo va a inventar porque ninguna burocracia se suicida. Por otra parte, esos tribunales que requieren “especialidad”, sólo pueden funcionar —dado los recursos financieros que involucran— en las grandes ciudades y no en las pequeñas, generando situaciones de desigualdad en su acceso. Además, a medida que vamos subiendo en las instancias judiciales hay menos especialización, o sea, que se requiere “especialización” en la primera instancia, y no en las superiores que revisan lo que éstas deciden. Así, hasta llegar a la Corte Suprema, donde unos poquísimos se supone que saben de todo.

II. TRATAMIENTO Y PENA

La idea de las penas-tratamiento se vincula con la prevención especial, teoría que supuso un giro antropológico del derecho punitivo. Dicha teoría encuentra su raíz en el positivismo penal lombrosiano y en ella subyace la noción de tratamiento clínico, apreciándose al condenado(a) como un ser de humanidad deficiente, objeto de curación, tanto de sus carencias como de sus comportamientos.

El tratamiento necesita *per se* la individualización del penado(a), vinculándose necesariamente a un derecho penal de autor, emparentado este con una concepción totalitaria de la sociedad. Dicha individualización se utilizará en miras de modificar comportamiento y valores del individuo penado, permitiendo castigar a personas por lo que son y no por lo que hacen, dando cabida a juzgar con base en prejuicios y estereotipos personales de índole racial, de extracción socioeconómica, de estilo de vida, de orden ideológico y/o político.

El derecho penal se centra, para la prevención especial, en la idea de peligrosidad, de la que el delito no es sino una manifestación o síntoma y la pena un medio, o mejor, un remedio, entre otros, de defensa social. Al individuo peligroso se le aplica la pena-tratamiento, que tendrá por finalidad la transformación de este sujeto desviado en uno no peligroso para la sociedad. Por ende, será la peligrosidad el criterio para determinar qué pena y por cuánto tiempo la requiere el(la)

condenado(a). Es decir, la prevención especial supone una indeterminación de la punición.

En estas doctrinas suelen utilizarse los nombres de reeducación, resocialización, readaptación, reincorporación o reinserción social, que “con su sofisticada apariencia de altruismo y filantropía, constituye el peligro más temible y refinado de nuestros días en el ámbito de lo penal para la libertad y la dignidad del hombre” (Manuel Rivacoba, 2012, p. 44).

Dichos propósitos, la mayoría de las veces son sólo declamaciones que nada tienen que ver con la realidad, toda vez que pensar que una cárcel pueda ser rehabilitadora sólo evidencia el desconocimiento de lo que pasa dentro de sus paredes. Además, resulta inapropiada la utilización de los prefijos “re” (rehabilitar, reeducar, reinsertar, etcétera), puesto que, por una parte, existen personas que cometen delitos perfectamente educadas (en la política y en el mundo empresarial, por ejemplo) y, por otra parte, la mayoría de los(as) condenados(as) a prisión han crecido en sectores marginales y carentes de reales alternativas de educación o habilitación social, por ende, resulta paradójal que puedan ser “re” educados o “re” habilitados. Más bien estos conceptos aluden a una intervención que pretende adecuar a estas personas a una determinada “forma de ser”, respetuosa del orden social/legal imperante. Lo cual es aún más contradictorio, dado que con ese fin se somete a las personas a un “orden carcelario” que está muy lejos de dicho orden social/legal ideal, ya que se caracteriza por la “inobservancia generalizada de la ley”.² Otra cuestión que prácticamente no se considera por quienes apoyan estas teorías, es el costo y los medios necesarios que se necesitarían para aplicar realmente penas rehabilitadoras. En los hechos, la prisión, pese a sus elevadísimos costos, no sólo no logra brindar las herramientas necesarias para esa pretendida rehabilitación, sino que incluso aumenta los factores criminógenos de quienes sufren el encierro. Por lo mismo, convendría preguntar a la misma sociedad que pretende rehabilitar a sus condenados aquello de que cada sociedad tiene los delincuentes que se merece, o sea, los que es capaz de producir, y si acaso no será esa sociedad la que haya de ser resocializada y con qué títulos y aptitud puede pretender entonces resocializar a los individuos (Manuel Rivacoba, 2012, pp. 44 y ss.; 1995; 1993).

Con la aparición de trabajos de campo desde los años cuarenta de la pasada centuria,³ la prevención especial positiva, no pudiendo mantener una desconexión

total con la realidad, cambia su perspectiva original y abandona una visión puramente centrada en la necesidad de tratamiento clínico del sujeto infractor de ley, para centrarse en carencias de tipo social que motivarían o explicarían el comportamiento delictivo.

Estas nuevas concepciones rehabilitadoras ocuparon un sitio primordial en el sistema penal estadounidense hasta los años setenta del siglo pasado (David Garland, 2005), toda vez que podrían presentar múltiples ventajas en comparación con una retribución que no pretendía cumplir ningún fin social. Sin embargo, el debilitamiento del Estado social supuso una transformación del sistema penal dejando atrás el ideal rehabilitador. Esta mutación vino acompañada de la adopción de regímenes neoliberales, en los cuales la desregulación social, el incremento de la precariedad salarial y de la desestabilidad laboral fueron de la mano con el auge del Estado punitivo o autoritario que se desentiende de los fines rehabilitadores (Loïc Wacquant, 2000a; 2000b).

Beckett y Western arguyen que el gasto social y el gasto en el sistema penal están inversamente relacionados, pues son formas de manejar los sectores excluidos del mercado laboral, y esta relación se demuestra empíricamente a partir de 1995 en Estados Unidos (Elena Larrauri, 2009). El sistema neoliberal que profesa la desregulación económica genera una sobrerregulación penal. Las consecuencias creadas por el desmantelamiento del Estado social, principalmente la inseguridad material en las clases más bajas, produce una sobreinversión carcelaria como instrumento de opresión y de control social.

Para Garland (1999; 2005), el sistema penal propio del Estado de bienestar (*penal welfare complex*) no ve en el delito una amoralidad del autor, sino una manifestación de un problema social que sería resultado de una sociedad industrial, clasista y desigual (David Garland, 1999). Este sistema de castigos welfarista busca, más que reprochar el actuar individual de quien perpetra un delito, la corrección del delincuente, entregándole herramientas tendientes a reinsertarlo socialmente. La idea misma de resocialización encierra la de tratamiento, la que con el avance del siglo XX va adquiriendo mayor científicidad y contribuye a desarrollar un lenguaje penal. “Es el caso de los *reformatorios*, institutos y asociaciones correccionales, terapias, terapeutas y guardianes de prisión” (Diego Zysman, 2012, p. 231). Tanto el ideal rehabilitador, como su necesaria consecuencia de penas indeterminadas,

tuvieron gran extensión y fuerza en Estados Unidos, no así en Europa continental (Diego Zysman, 2013).

El welfarismo se caracterizaba por tener una confianza enorme en los operadores del sistema penal a quienes se consideraba especialistas en políticas tendientes a la rehabilitación de los condenados. Por lo mismo, dichos operadores tenían amplísimas facultades para determinar el tipo de condenas, clasificar a los(as) condenados(as), evaluar la posibilidad de una liberación anticipada, ver la necesidad de una supervisión más o menos intensa, etcétera. La opinión de los(as) operadores(as) expertos(as) del sistema penal llegaba a ser más decisiva que la autoridad judicial. El tipo de condena y beneficios de los(as) condenados(as) estaban en manos de funcionarios(as) de la *probation*,⁴ trabajadores(as) sociales, psicólogos(as), psiquiatras, educadores(as) y reformadores(as) sociales, etcétera (David Garland, 2005).

En el contexto del welfarismo primaba la opinión de aquellos sectores liberales que entendían que el castigo era menos útil que el tratamiento; que la prisión era contraproducente y que la pena de muerte era irracional, contra la opinión conservadora que se refería al poder disuasivo de las condenas duras y a la necesidad de penas privativas de libertad más prolongadas y de la pena de muerte (David Garland, 2005). Este Estado de bienestar y las pretensiones de rehabilitar a los delincuentes se basaban en un discurso conocedor de las desigualdades sociales que entendía que las verdaderas causas de la delincuencia se encontraban en un contexto social, especialmente en las carencias que sufrían los sectores más vulnerables.

Con el desmoronamiento del Estado de bienestar y la pérdida de seguridad laboral nace una nueva pobreza consecuencia del desempleo masivo y de amplios sectores que oscilan entre la precariedad laboral y el trabajo ilegal (muchas veces constitutivo de delito). Con la pérdida de la estabilidad se eleva la inseguridad y el “riesgo” cobra un papel primordial. Este ya no será erradicable y, por ende, habrá que buscar mecanismos de gestión que minimicen o distribuyan sus efectos (José Brandariz, 2014). En el ámbito penal, se deja de lado la idea de una corresponsabilidad social en la gestación del delito (co-culpabilidad), para centrarse primordialmente en la culpa individual. Ahora la prevención (real o ideal) ya no buscará la transformación del infractor, sino que se concentrará en hacer menos “rentable” el delito para su autor, al que se supone capaz de una elección racional.

Obviamente este desmantelamiento del ideal de rehabilitación no vino de la nada. Las políticas penales que buscaban la rehabilitación o resocialización siempre tuvieron detractores. Los sectores más conservadores y reaccionarios constantemente plantearon que la cárcel debía cumplir la función de castigar y no de rehabilitar, puesto que, si en nuestra sociedad existen sujetos honestos e inocentes, por una parte, y malvados y deshonestos, por otra, la prisión debía servir para proteger a los primeros de los segundos, encerrando a estos últimos dentro de cuatro paredes por el mayor tiempo posible (James Wilson, 1983). Con la llegada al poder de Margaret Thatcher⁵ en el Reino Unido (1979) y de Ronald Reagan (1981) en los Estados Unidos se produjo un decisivo viraje que desarticuló el estado intervencionista y las políticas welfaristas, dando paso a una legislación criminal más dura alejada de ideas correccionalistas. Estas corrientes conservadoras (realismo de derecha), críticas con el ideal de rehabilitación, se identifican con la idea de “ley y orden” y con la “criminología del otro” (Diego Zysman, 2012).

A partir de los años sesenta surgen también críticas de sectores más progresistas. Estas se basan en la ineficacia de los tratamientos que pretendían la reinserción de los condenados y que terminaban otorgando legitimidad a la cárcel la que, como institución total —sostienen— produce efectos nefastos en quien la sufre. Asimismo, entendían que las penas indeterminadas encubren un sistema de injusticia total que castiga más duramente a los sectores más vulnerables de la sociedad, especialmente a los pobres y a los negros. Lo que esta crítica buscaba era limitar la discrecionalidad y denunciar la hipocresía que envuelve el paradigma “correccional”. Así, la reprobación del “ideal de rehabilitación” comenzó rápidamente a expandirse en los circuitos académicos estadounidenses, esencialmente porque la propia fundamentación de la rehabilitación evidenciaba una contradicción insalvable, ya que las respuestas rehabilitadoras inevitablemente fracasarían en el intento de llegar a sus causas profundas, porque intervienen después de la producción del daño. Es decir, responden a consecuencias más que a causas (Silvio Cuneo, 2019; David Garland, 2005; John Monahan, 2003).

Lo anterior no significa, como tendremos oportunidad de ver más adelante, que nos opongamos a la existencia de tratamientos en general y tratamientos contra las drogas en particular. Más bien, todo lo contrario. Creemos que dichos tratamientos son profundamente necesarios y que las ventajas que pueden obtenerse de ellos son invaluable. Sin embargo, creemos que la mezcla de la justicia penal y el sistema de

salud tiene consecuencias complejas. Entre otras, que la eficacia de estos tratamientos usualmente termina siendo evaluada más en función de la no reincidencia delictiva y de los menores costos que supone en comparación a la pena privativa de libertad, que en relación con la mejora de los indicadores de salud física y mental de las personas que acceden a ellos (Fundación Paz Ciudadana, 2018). En síntesis, nos parece peligroso unir o confundir criterios jurídico-penales, que no deberían prescindir de la culpabilidad como reprochabilidad, con aquellos de orden clínico que deben fundarse en la necesidad individual del tratamiento. En el mismo sentido, lúcidas son las palabras de Morris, para quien: “[l]a injusticia y la ineficiencia invariablemente fluyen de toda mezcla de la ley penal y los poderes de salud mental del Estado. Cada una es suficiente por sí misma para alcanzar un balance justo entre libertad y autoridad; cada una tiene su propio interés en electores potenciales; cuando se mezclan, sólo se suma la posibilidad de injusticia” (John Monahan, 2003, p. 237).

III. ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y NECESIDAD DE TRATAMIENTO

Examinamos anteriormente cómo las teorías rehabilitadoras y los tratamientos que ellas propugnan, con independencia de las intenciones de quienes las apoyen, buscan modificar formas de vida, hábitos y costumbres. Por muy altruistas que quieran parecer, este cambio de comportamientos no lo elige el(la) imputado(a) de manera libre, toda vez que no se puede hablar de libertad cuando la alternativa al tratamiento consiste en la respuesta penal.

Los tratamientos contra las adicciones de drogas muchas veces no son completamente voluntarios, toda vez que quienes siguen un tratamiento suelen haber sido fuertemente presionados para su ingreso. Sin embargo, resulta muy distinto cuando la aceptación de este es consecuencia de presiones por parte de los padres, parejas, otros familiares o amigos(as),⁶ que cuando dicha presión viene ejercida por el Estado, donde la aceptación al tratamiento responde al temor hacia una respuesta penal y, eventualmente, al encarcelamiento.

Sabemos que la cárcel es altamente riesgosa para la seguridad personal. Los estudios sobre violencia intracarcelaria confirman la opinión de Elías Neumann, que a las cárceles latinoamericanas “no se va a cumplir un castigo, sino a ser castigado

diaria y continuamente” (Elías Neuman, 2006, p. 54). Bajo una amenaza penal resulta al menos cuestionable hablar de voluntariedad en la aceptación del tratamiento.⁷

Por otra parte, la falta de acceso a tratamientos para el consumo problemático de drogas resulta especialmente grave en Estados Unidos. Según un estudio de 2016, habría casi siete millones y medio de personas con problemas de dependencia de drogas ilícitas y sólo un 28% reciben tratamiento (Social Science Research Council [SSRC], 2019), lo que genera un resultado perverso, toda vez que la manera más simple y barata de acceder a un tratamiento es justamente el tribunal de drogas (Physicians For Human Rights, 2017), lo que fomentaría aceptar responsabilidad penal, esto es, renunciar a derechos fundamentales —como la presunción de inocencia— para poder tratar una adicción (Douglas Marlowe y William Meyer, 2011).

Si bien muchas veces la aceptación de participar de los tratamientos de drogas no supone una alternativa a la cárcel (en los TD chilenos, por ejemplo), la creencia o desconocimiento hace que sea precisamente el temor al encarcelamiento lo que motive la aceptación de la participación en dichos tribunales en un elevado número de participantes. Por lo mismo, la voluntariedad en la participación de los TD no es tal.⁸ Un estudio realizado en Chile en 2011 demostró que muchos participantes de los TD lo hacían sin tener claridad de que por sus delitos no arriesgaban pena de cárcel y que la aceptación del tratamiento muchas veces se basaba en la errónea idea de que de esta forma evitaban el encarcelamiento (Diego Piñol *et al.*, 2011).

Asimismo, el espíritu disciplinador de los TD, muestra a un Estado que se entromete en las vidas de los(as) infractores(as), ejerciendo presiones tendientes a normalizar los comportamientos a través de la imposición de cánones morales (Michael Foucault, 2002). Refiriéndose a esta concepción paternalista, Isaiah Berlin plantea que lo que el Estado desdeñosamente hace es referirse a un(a) infractor(a) de la siguiente manera: “Si no se disciplina a sí mismo, debo hacerlo por usted; y no puede quejarse de la falta de alimentación, porque el hecho de que esté en la corte es evidencia que, como un niño, un salvaje, un idiota, no estás maduro para la autodirección” (citado en Eric Miller, 2009, p. 132).

La situación de los TD resulta diferente según el contexto. Así, en varios estados de Estados Unidos, la única forma de ingresar a los TD es en calidad de

condenado(a), lo que, como vimos, puede impulsar a un(a) infractor(a) a aceptar responsabilidad. En Chile la situación es diferente ya que los TD operan sólo respecto de imputados(as) que aceptan una suspensión condicional del procedimiento, lo que no supone una condena penal. Si bien, resulta positivo que no sea necesaria una condena para acceder a los TD, puesto que así no se estimula la aceptación de una condena, esta es también una limitación, toda vez que el criterio para el ingreso a un tratamiento debiera ser la necesidad médica del mismo y no consideraciones jurídicas como la presencia o no de antecedentes penales. Por lo mismo, debieran existir posibilidades de TD tanto para imputados(as), como condenados(as) e incluso reincidentes.

En Estados Unidos, la agrupación Médicos por los Derechos Humanos (Physicians for Human Rights) denuncian que el fracaso de los TD se debe a que proveen tratamientos para quienes no necesariamente los necesitan, lo que, a su vez, deja sin vacantes a pacientes que sí necesitan de dichos tratamientos. Por lo mismo, los Médicos por los Derechos Humanos de manera crítica se refieren a los TD con la consigna “ni justicia ni tratamiento”, toda vez que con este sistema no se consigue ninguno de dichos fines (Ibán de Rementería, Eduardo Sepúlveda y Juan Barra, 2018; Physicians For Human Rights, 2017).

Para Miller, la combinación de criterios de justicia penal con aquellos médicos del tratamiento, esencialmente incompatibles, impide el cumplimiento de fines en ambos sentidos. La terapia, en otras palabras, ignora el pantano bélico y político que estructura la situación de quien comete un delito en favor de un modelo personalizado, exhortivo, de persuasión individualizada (Eric Miller, 2009). En sentido similar, Nolan nos advierte que la índole médica del tratamiento contra las drogas puede recomendar, sin importar el delito, un régimen de tratamiento prolongado, invasivo y potencialmente arduo (James Nolan, 2003).

IV. LOS TD EN EL CONTEXTO DE LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS

La implementación de la guerra contra las drogas, primero en Estados Unidos y luego en América Latina, ha sido social y racialmente selectiva. En Estados Unidos “nada ha contribuido más al internamiento sistemático y masivo de la gente de color en Estados Unidos que la Guerra contra las Drogas” (Michelle Alexander, 2012, p.

12).⁹ El origen de esta política criminal no tiene tanto que ver con evidencia científica que pueda respaldar su eficacia, sino más bien, con decisiones populistas que dieron gran rédito electoral a sus impulsores. Como estrategia bélica centrada en los barrios pobres hace fácil las condenas de los involucrados, pero resulta sumamente ineficiente en su lucha contra el tráfico de drogas, puesto que al encerrar a pequeños(as) vendedores(as) (o consumidores) éstos rápidamente son sustituidos por otros(as) debido a la enorme demanda de drogas ilegales.¹⁰

En 1971 el presidente Nixon declaró la guerra contra las drogas, anunciando la necesidad de restaurar la denominada política de ley y orden (Jonathan Simon, 2011, p. 10), declarando que la droga era una “maldición moderna de la juventud estadounidense” (Ted Galen, 2003, p. 11). Al poco andar, la guerra contra las drogas se impuso en América Latina, primero en los países productores de cocaína, como Bolivia, Perú y Colombia, luego en el resto del continente con normas desproporcionadamente punitivistas, contrarias a los principios liberales del derecho penal (Silvio Cuneo y Nicolás Oxman, 2021).¹¹

Los efectos obtenidos no han sido, como ya hemos señalado, la disminución de las conductas de tráfico, pero sí el encarcelamiento de los últimos eslabones en la cadena de tráfico y de drogodependientes.¹² Resulta paradójico que una legislación que busca justificarse en la protección de la salud pública tenga efectos que van en la dirección contraria. Muchas veces pequeños tráficores se enmarcan en actividades propias de los consumidores adictos, especialmente aquellos que tienen problemas para financiarse la adicción. Sin embargo, las propias leyes presumen el tráfico a quien posea o transporte droga, invirtiendo la carga probatoria y vulnerando la presunción de inocencia.

Usualmente en la actividad política, y en la legislación de modelos de políticas criminales, resulta más importante mostrarse como preocupados que ocuparse debidamente de los problemas. De ahí que se legisle sin pensar en los efectos reales de la propia legislación. Seguramente nadie reconocería expresamente a la hora de votar una ley de control de estupefacientes, que espera que esta aumente el encarcelamiento de la pobreza y que, en cambio, se mantenga la impunidad generalizada respecto de quienes se enriquecen de la actividad del tráfico. Tampoco pareciera que los impulsores de la política criminal se hagan cargo de los efectos

nefastos que genera el encierro, entre otros, el nivel de consumo de drogas, la violencia intracarcelaria y los índices de reincidencia.¹³

Un tema especialmente sensible de los efectos de esta guerra es el encarcelamiento femenino (Meda Chesney-Lind, 2003; Iñaki Rivera, 2009, p. 264). La selectividad en las mujeres reclusas opera al encerrar muy especialmente a un grupo vulnerable que en su mayoría comparte tres características: son mujeres sin poder ni influencias, generalmente encarceladas por delitos vinculados al tráfico de drogas; han vivido en la pobreza, y en una elevada proporción pertenecen a grupos étnicos minoritarios (Pat Carlen, citado en Iñaki Rivera, 2009, p. 264).

Para Antony, las limitaciones derivadas de la maternidad impiden a las mujeres conseguir o conservar sus trabajos, lo que explica porqué algunas veces deciden participar en actividades de tráfico de drogas (Carmen Antony, 2002, p. 512). Por la propia condición desfavorecida que sufren las mujeres, lo normal es que su actividad en el tráfico corresponda a tareas subalternas y de gran visibilidad (María Luisa Maqueda, 2014, p. 247), lo que las hace sustituibles y fácilmente apresables.

En este contexto de punitivismo sin respeto por principios básicos como la proporcionalidad, la presunción de inocencia y el respeto por libertades fundamentales, en la legislación sobre tráfico ilícito de estupefacientes, resulta curioso que el legislador, de nuevo imponiendo políticas criminales estadounidenses, plantee un camino supuestamente alternativo como la existencia de tribunales de drogas para un insignificante número de casos en relación con el alto número de personas procesadas y encarceladas por la guerra contra las drogas.¹⁴ Su implementación y funcionamiento será lo que abordaremos a continuación.

V. GÉNESIS DE LOS TD EN CHILE (LA CURIOSA ALIANZA)

Antes de analizar la génesis de los TD en Chile, quisiéramos plantear varias interrogantes con la pura finalidad de cuestionar las intenciones declaradas por los impulsores de los TD y sugerir posibles justificaciones no declaradas a la hora de su implementación.

Resulta difícil entender qué es lo que se pretende con la instalación de los TD en Chile. Como ya venimos señalando, se trata, de nuevo, de imposiciones de

sistemas nacidos en Estados Unidos. Los TD puede que cumplan principalmente el rol simbólico de mostrar que no sólo se trata de castigar sino también de acoger y proteger a autores(as) de delitos con problemas de dependencia a las drogas. Aun cuando se trate, principalmente por el filtro de elegibilidad, de una posibilidad muy reducida y cuya implementación sea excesivamente onerosa, de lo que se trata es de mostrar un lado amable en la legislación antidrogas.¹⁵

Para Jonathan Simon (2011), los TD, más que una alternativa al encarcelamiento, han logrado expandir el control judicial adaptándose a una nueva métrica de “gobernar a través del crimen” y la estrategia de responsabilización. Para David Garland se trata de una característica asociada con la nueva penología en la que los tribunales participan en asociaciones público-privadas con varios proveedores de tratamiento y fuentes de fondos (David Garland, 2005).

Todas las cuestiones planteadas precedentemente buscan cuestionar la realidad de las intenciones expresadas por los promotores de los TD en Chile. Así como nadie debiera confiar en las buenas intenciones de la participación estadounidense en la gestación de leyes de control de estupefacientes en América Latina, tampoco a nivel nacional debiéramos ser ingenuos al constatar que la intervención de la Fundación Paz Ciudadana (FPC) tenga un rol tan esencial en la creación de políticas públicas en materia criminal y de control de drogas en particular. En efecto, los TD en Chile nacen en 2004, en un proyecto piloto en Valparaíso con la participación de la Embajada de Estados Unidos y la FPC (SSRC, 2019).¹⁶ Resulta imposible no vincular la participación en este acuerdo entre la FPC y el gobierno de los Estados Unidos, con el rol que jugaron *El Mercurio* y la CIA en el golpe de Estado en Chile en 1973.¹⁷

Para concluir este apartado, y sin querer poner en tela de juicio los TD sólo por sus promotores, nos genera dudas por qué en la elaboración del Convenio que crea los TD en Chile firman organismos públicos cuya participación nos parece justificada, junto a dos entes (la Embajada de los Estados Unidos y la FPC) que arrastran grandes manchas de su pasado.

VI. FUNCIONAMIENTO DE LOS TD EN CHILE

Ante todo, valoramos positivamente que los TD en Chile, a diferencia de lo que ocurre en muchos estados en Estados Unidos, no requieren de la aceptación de responsabilidad o de una condena previa, lo que evita que un(a) imputado(a) se vea

presionado(a) a aceptar responsabilidad para poder beneficiarse con un tratamiento. Sin embargo, y por razones que ya hemos señalado, es posible que condenados(as) e imputados(as) que no hayan podido acceder a los TD sean los que más necesiten un tratamiento.

Por otra parte, un problema de origen de los TD es la dificultad de establecer un vínculo entre la comisión del delito y el consumo de drogas. Si bien existe evidencia que demuestra la asociación entre ambas variables (Alex Stevens, Mike Trace y Dave Bewley-Taylor, 2005), subsisten dudas respecto a cómo interpretar dicha asociación. Algunos modelos señalan que la droga *causa* la conducta delictiva o viceversa. Otros indican que tanto el consumo de drogas como el delito, son el resultado de otros factores subyacentes como la pobreza y la exclusión social. Y también se ha planteado que en realidad es una relación espuria, es decir, simplemente coexisten, pero no hay una relación de causalidad. También es evidente que hay muchas personas que consumen drogas y no delinquen y existen otras que delinquen sin haber consumido nunca drogas (Paul Goldstein, 1985).

Pero más allá de lo que puedan demostrar los estudios en general sobre la relación entre ambas variables, otra cosa es demostrar en un sujeto en particular el cómo ha operado dicha relación al momento de cometer un delito. Esto reviste gran complejidad forense y tiene implicaciones en la forma en que se juzgue dicha conducta, dado que, “si bien la mayoría de los adictos son responsables penalmente de las conductas delictivas cometidas relacionadas con la adicción, la adicción puede en algunos casos socavar la libertad de la persona para controlar su conducta”.¹⁸ Este tipo de consideraciones son parte de las que se ponen en juego para decidir la pertinencia de la derivación a un TD, y es lo que hace que se requiera de profesionales especializados en la materia.

En Chile no existen tribunales de drogas “especializados”, sino que funcionan como un programa dentro de la justicia común en los Juzgados de Garantía¹⁹ a través de una forma especial de salida alternativa, la cual es la suspensión condicional del procedimiento, que sólo es posible aplicar a infractores sin antecedentes penales, ni suspensiones condicionales pendientes, respecto de delitos con una pena que no supere los tres años de prisión. Es decir, los requisitos de elegibilidad hacen que un número muy reducido de imputados(as) puedan acceder a los TD.

Los TD en Chile incluyen a un(a) juez(a), quien cumple el rol primordial, un(a) fiscal del Ministerio Público, un(a) abogado(a) defensor(a), un equipo psico-social y un coordinador a cargo del programa (Lorena Rebolledo, 2010). Es el(la) fiscal o el(la) defensor(a) quien detecta al posible candidato. Luego, eventualmente, un(a) psiquiatra realiza una evaluación sobre el consumo problemático de drogas y su nexos con el delito investigado. Más tarde, el/la fiscal junto a la dupla psico-social y el/la defensor(a) discuten un plan donde se analiza tanto el posible tratamiento como el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad del/la paciente. Lo que se discute en dicha reunión será clave para la determinación de las condiciones en la audiencia en la que se declarará la suspensión condicional del procedimiento. Tras la audiencia de suspensión condicional, el(la) participante recibe un plan de tratamiento que otorgará un centro público o privado. Dicho centro proporciona información a la dupla psico-social y mensualmente se realizan audiencias, presididas por un(a) juez(a), para analizar el tratamiento y determinar nuevas metas. Concluido el programa, se realiza una audiencia final (Diego Piñol *et al.*, 2011, p. 76).

La elegibilidad de los candidatos se reserva exclusivamente para autores(as) primerizos de delitos de baja lesividad, dejando fuera posiblemente a quienes más requieren de un tratamiento contra las drogas. Esto sucede, precisamente, porque la elegibilidad de los(as) candidatos(as) a tratamiento no responde solo a criterios clínicos, sino también, y como filtro inicial, a requisitos vinculados con la peligrosidad. Así, por una parte, el perfil de las personas que participan de los TD resulta incoherente con quienes realmente necesitan seguir dichos tratamientos y, por otra parte, el perfil de los participantes no es el más idóneo en relación con los propósitos de los TD (Diego Piñol *et al.*, 2011, p. 57). Es en este punto donde queda en evidencia uno de los principales problemas de combinar criterios de justicia penal con aquellos de salud.

En definitiva, se trata de un sistema costoso que, a lo sumo, consigue modestos resultados y que no necesariamente se dirige a quienes más requieren tratamiento desde una perspectiva de salud. Por ende, “es válido preguntarse cuanto aporta efectivamente a la reducción de la reincidencia y cuan real es la vinculación droga-delito cuando los casos abordados corresponden a delitos menores cometidos por personas carentes de habitualidad delictiva” (Diego Piñol *et al.*, 2011, p. 33).

Sin perjuicio de que es posible que los usuarios del TTD sí requieran de dicho tratamiento, desde un punto de vista clínico, el problema se genera al establecer filtros que dejan fuera a otras personas que también lo necesitan. Desde una perspectiva de política pública de salud, todo el que lo requiera (y *quiera*) debiera tener acceso a esos tratamientos,²⁰ y si se trata de priorizar (con base en recursos limitados), esa priorización debiera ser también basada en criterios de salud (gravedad del consumo, riesgo vital, otros problemas de salud concomitantes, historia de adherencia, etcétera) y no en consideraciones de peligrosidad. Por otra parte, pensar que se podría identificar (independiente de la gravedad del delito y/o pena) a aquellos en que se demuestre una relación positiva entre el consumo de droga y la comisión del delito, es absurdo, porque no solo esta relación es muy discutida, sino porque la causalidad delictiva es un asunto demasiado complejo como para poder determinarla sólo con base en la variable consumo de drogas.

Según los datos que recopila el Informe Regional del PNUD (2013), la vinculación entre el consumo de drogas y el crimen es más bien marginal. Por ejemplo, allí se señala que “el consumo tiende a ser alto entre quienes han cometido delitos, pero no puede afirmarse que la comisión de delitos sea alta entre quienes consumen drogas” (PNUD, 2013, p. 51).²¹

Otro problema del tratamiento es que no brinda asistencia a los participantes para encontrar empleo ni capacitarlos. Muchos de los participantes están en situación de vulnerabilidad social y carecen de redes de apoyo (Diego Piñol *et al.*, 2011, p. 92). Pensar que sólo con base en el tratamiento de drogas se puede reducir la reincidencia es no comprender la complejidad psicosocial que rodea a la mayor parte de los consumidores de drogas.

Si bien es cierto que los objetivos de los TD en Chile de disminuir el consumo de drogas y la reincidencia son más bien modestos, no por eso dejan de ser importantes. Incluso cuando el tratamiento sirva para rehabilitar a una sola persona, podemos sostener que habrá valido la pena.²² Sin embargo, desde un punto de vista de la salud pública, el acceso a tratamientos para el consumo problemático de drogas debiera ser un derecho universal y garantizado por el Estado, y no mediado por criterios de priorización o focalización con base en el costo que representan.

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Si bien los TTD se han promovido como una alternativa al encarcelamiento y una política pública que reduciría el hacinamiento carcelario y, al mismo tiempo, trataría a consumidores de drogas más como pacientes que como infractores, lo cierto es que más que una real alternativa al encarcelamiento, se han mostrado como un complemento del mismo.

Tampoco resulta adecuado, por la propia formación que reciben, que quienes dirijan dichos tratamientos sean jueces(as) y que se les otorguen amplias facultades a fiscales del Ministerio Público. Pues ni jueces(as) ni fiscales tienen las herramientas necesarias para cumplir dicha tarea. Sin poner en duda que muchas veces participan con gran motivación y preocupación sincera por los pacientes, las decisiones relevantes y la dirección de dichos tratamientos deberían competir a profesionales de la salud con conocimientos específicos en temas de adicción a las drogas. Además, ceñir los tratamientos a plazos jurídicos puede llevar a tener que poner fin a los tratamientos antes de lo recomendable o extenderlos más allá de lo necesario.

Los TD en su versión estadounidense no son una alternativa al encarcelamiento, toda vez que los acusados y acusadas siguen inmersos en procedimientos penales mientras dure el tratamiento, pudiendo, en no pocos casos, permanecer encarcelados por más tiempo del que les correspondería si hubieran elegido el proceso penal ordinario. Por otra parte, los TD pueden incrementar la red punitiva al exigir la declaración de culpabilidad como condición para acceder a estos (SSRC, 2019, p. 45).

En la versión chilena, los TD no pueden ser un instrumento eficaz contra el encarcelamiento. Su aporte es mínimo sin tener un real impacto en la política criminal y su existencia resulta más bien útil y funcional a quienes implementan políticas públicas queriendo mostrar una faceta humana dentro de un sistema cruel que fomenta el encarcelamiento masivo, aumentando particularmente el encierro de mujeres. Además, los elevados costos que suponen los TD hacen de este un sistema ineficiente en relación con sus resultados (SSRC, 2019, pp. 2 y 3), dado el bajo número de ingresos a los TTD, no los justifican como una política pública (Diego Piñol *et al.*, 2011, p. 120).²³

Todo intento de alternativa al encarcelamiento masivo no se encuentra ni en la creación de penas “alternativas” ni en la creación de una justicia terapéutica, sino

más bien en la descriminalización de conductas. Por ejemplo, despenalizando el consumo y la posesión de algunas drogas, o la flexibilización en la sanción de conductas y la comprensión de que muchas veces la venta de drogas es constitutiva de una actividad vinculada al propio consumo, necesaria para poder financiarlo. Varios estudios concluyen que el problema del consumo no debe ser considerado delito (Catalina Pérez, 2012). Sin embargo, en Chile, en virtud de la presunción de responsabilidad penal que conlleva la Ley núm. 20.000 de control de estupefacientes, el consumo se considera también una actividad de tráfico, toda vez que la posesión de droga se presume que es para el tráfico, recayendo en el/la imputado(a) la necesidad de acreditar su consumo personal y próximo en el tiempo, el que, en todo caso, también es sancionado por el derecho penal como una falta. Además, insistimos, cuando el(la) consumidor(a) de drogas no tiene una situación económica que le permita solventar su adicción, la venta de droga, en muchos casos, debe considerarse como una acción propia de la adicción y no como una actividad de tráfico. Lo contrario conlleva que más que protegerse el bien jurídico “salud pública”, se termine sancionando precisamente a las principales víctimas de las drogas. Y, dada la esencia selectiva del derecho penal, la legislación será más dura con quienes sean más vulnerables y permisivas con quienes gozan de una mejor situación económica.

Como propuesta quisiéramos plantear, en primer término, que no es conveniente confundir criterios de justicia con aquellos de salud pública. Esto no significa que no deban buscarse ambos propósitos (realizar la justicia y proteger la salud pública), pero siguiendo los caminos más idóneos para la obtención de cada uno de los objetivos. Asimismo, en la evaluación e implementación de políticas públicas, deben considerarse instrumentos internacionales como la Agenda 2030 (particularmente en lo que dice relación con salud y bienestar basado en los principios de: *a*) universalidad, *b*) integración, y *c*) que nadie quede atrás), las 100 Reglas de Brasilia que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, y todos los demás instrumentos internacionales que sean pertinentes tanto los que buscan asegurar un tratamiento de salud universal como aquéllos tendientes a garantizar el respeto de la dignidad de todas las personas sometidas a procesos penales o condenadas.

Nuestra propuesta, a grandes rasgos, recomienda menos castigos y más tratamientos, pero ambos objetivos deben buscarse por cuerdas separadas. Deben aumentarse los tratamientos contra las drogas, pero éstos no deben depender de un juicio penal ni deben ofrecerse como una alternativa al mismo.²⁴ Para concluir, quisiéramos sintetizar nuestra propuesta en tres puntos centrales:

1. *Despenalizar conductas*

Se deben despenalizar conductas de consumo y de tráfico, especialmente cuando éstas puedan consistir en una actividad accesoria del mismo consumo.

Este primer punto pertenece a una teoría más global que busca la despenalización de diversos delitos y la búsqueda de respuestas no penales para situaciones de menor lesividad. Asimismo, se espera que para los delitos la pena de encarcelamiento se reserve sólo para aquellos comportamientos que supongan una enorme lesividad para los bienes jurídicos protegidos, priorizando otro tipo de sanciones cuando sea posible. El encarcelamiento masivo y el hacinamiento no son una fatalidad natural. Son el resultado de políticas equivocadas que, con sesgos sociales y muchas veces raciales, encierran masivamente a seres humanos en condiciones indignas sin obtener, con esto, una disminución de los niveles de delitos, más bien, generando conductas criminógenas en las personas encarceladas. Por lo mismo, múltiples son las alternativas que pueden implementarse para disminuir el encarcelamiento masivo y, con esto, construir una sociedad más humana (Iñaki Rivera, 2018 y 2009; Silvio Cuneo, 2018 y 2017).

Los problemas vinculados al consumo de drogas, incluido el de la venta por parte de consumidores, debe ser tratado como un problema de salud pública, con criterios de salud pública, atendiendo a necesidades específicas relativas al género, la edad, la cultura, etnia, las carencias de los pacientes, etcétera.²⁵

Tratándose de delitos perpetrados por menores con consumo problemático de drogas, debe evitarse la intervención penal por los efectos estigmatizantes que genera (Elena Larrauri, 1992), y deben derivarse a tratamientos de drogas fuera del sistema penal.

2. *Disminuir las sanciones*

Proponemos modificaciones radicales tendientes a establecer un sistema de penas menos duro, especialmente para aquellas conductas vinculadas al consumo y venta de drogas. Se deben desmitificar los mitos de la guerra contra las drogas como una solución al problema del tráfico. Para esto bien podría observarse cómo en Estados Unidos los efectos de dicha guerra no han sido la disminución del tráfico o del consumo y sí, en cambio, el aumento del encarcelamiento que no se ha mostrado eficiente como herramienta tendiente a disminuir los delitos ni los índices de violencia.

3. Aumentar la oferta de tratamientos contra las drogas

Se debe aumentar la oferta de tratamientos contra las drogas para quien lo necesite sin utilizarlos como supuestas alternativas al sistema penal. Sin perjuicio de esto, puede ser la justicia penal un espacio idóneo para detectar problemas de consumo de drogas, tratándose tanto de imputados(as) como condenados(as) e incluso víctimas. No debe utilizarse, en caso alguno, el consumo problemático de drogas como criterio para la agravación de pena o un impedimento para obtener beneficios penitenciarios. De manera subrepticia, muchas veces el consumo problemático de drogas se traduce en una mala calificación a la hora de obtener la libertad condicional u otros beneficios penitenciarios. Los tratamientos de drogas deben ser un derecho de quien los necesite, considerados una prestación esencial de salud y un derecho social, y el criterio de ingreso no puede ser otro que la necesidad del tratamiento, según un enfoque de salud pública, y no el cumplimiento de requisitos de elegibilidad que se relacionen con una pura baja peligrosidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2013). Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. Nueva York.
https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human_development/informe-regionalde-desarrollo-humano2013-2014-.html

Notas

* Recibido: 1 de octubre de 2021; aceptado: 26 de abril de 2022. Este trabajo se inscribe en el proyecto “Tribunales de Drogas. ¿Complemento o alternativa al punitivismo? Análisis crítico y propuestas de mejora para Chile”, patrocinado por la Universidad Central de Chile, Proyecto I+D, CIP 2021013, concurso 2021 y su investigador responsable es el doctor Silvio Cuneo.

** ORCID: [0000-0003-1072-745X](https://orcid.org/0000-0003-1072-745X). Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona y Università degli Studi di Trento, Italia. Docente e Investigador de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: silvio.cuneo@uccentral.cl

*** ORCID: [0000-0001-8356-3025](https://orcid.org/0000-0001-8356-3025). Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales. Docente e Investigadora de la Universidad Central de Chile. Correo

electrónico: pmedinag@ucentral.cl

1 En Chile, la Suspensión Condicional del Procedimiento es una salida alternativa que está regulada en los artículos 237 al 240 y 245 y 246 del Código procesal penal. Implica la interrupción de la pretensión punitiva del Estado durante el proceso, ocasionando la suspensión de este, a cambio de la aceptación voluntaria por parte del imputado(a) de ciertas condiciones que importan la afectación de algunos de sus derechos por un periodo de tiempo. Los requisitos formales de procedencia de la SCP (artículo 237, inciso segundo) son: a) que la pena que se pueda imponer al imputado en caso de condena no exceda de tres años de privación de libertad; y b) que el imputado no haya sido condenado previamente por crimen o simple delito.

2 Al respecto, Bovino (2004) señala que suele afirmarse que la cárcel es un espacio “sin ley” y que esto puede significar al menos dos cosas, que se trata de un ámbito no regulado por la ley o bien, que se trata de un ámbito de inobservancia generalizada de la ley. El autor se inclina por la segunda.

3 Los pioneros análisis pertenecen a Donald Clemmer (1958) y su concepto de prisionización. Posteriormente destacan los trabajos de Erving Goffman (1992; 1968). Luego los de Mario Gozzano (1971) y más recientemente los de Daniel Goin (2000) y de Alison Liebling y Shadd Maruna (2005).

4 Para nosotros, libertad condicional. Esta tiene lugar cuando a un condenado se le permite cumplir su pena en libertad en condiciones determinadas.

5 Margaret Thatcher, tras ser elegida, encabezó una campaña para reintroducir la pena de muerte y endurecer las sanciones penales.

6 López (2009) ilustra sobre lo que puede ser un aspecto diferenciador entre ambos tipos de presiones. Cuando la persona está sometida a la presión de familiares, esto no cierra la dimensión de la elección por parte del sujeto, siempre y cuando desde el espacio terapéutico se ofrezca la posibilidad de abordar esta tensión. El proceso de acompañamiento supone permitir que el paciente tome la responsabilidad sobre su posición subjetiva en relación a su consumo de sustancias, lo que requiere un tiempo de decantación y diálogo al interior del sistema. Así, el sujeto podrá escoger cualquiera de las alternativas que se le presentan, incluyendo la desestimación de la demanda proveniente de los terceros significativos.

7 Existe contundente evidencia que señala la importancia de la motivación intrínseca (hacer algo porque es valorado en sí mismo y no por motivaciones o presiones externas) en relación a este tipo de tratamientos, ya que está asociada con una mejora en la participación en el cambio de comportamiento, el desempeño, la salud y el bienestar (Edward Deci y Richard Ryan, 2008). En esa línea, la teoría de la autodeterminación propone que la motivación intrínseca se facilita cuando los contextos sociales apoyan la necesidad de autonomía de las personas considerando su perspectiva, minimizando los controles externos y proporcionando oportunidades para ejercer la elección (Cameron Wild, John Cunningham y Richard Ryan, 2006). Algunos autores señalan que, en el mejor de los casos, dicha volutariedad podría construirse como parte del proceso, pero siempre dependiendo de la forma en que este se lleva a cabo (David Wexler y Michael King, 2012).

8 Esta falta de voluntariedad es comparable con la justicia negociada en la que se fuerza a los(as) imputados(as) a aceptar responsabilidad para así no arriesgar penas excesivamente severas. Langben establece una vinculación entre este tipo de acuerdos que suponen la renuncia a un juicio contradictorio y la tortura medieval: “En los Estados Unidos del siglo XX hemos duplicado la principal experiencia del procedimiento penal de la Europa Medieval: hemos abandonado un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones. Forzamos al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad. Para asegurarnos, nuestros medios son mucho más considerados; no usamos el potro, la bota española, ni otros instrumentos de tormento para dañar las piernas. Pero como los europeos de hace siglos que sí utilizaban estas máquinas, hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional de juicio previo” (citado en: Diego Zysman, 2012, p. 223).

9 En el mismo sentido, Tonry (1995) entiende que el aumento del encarcelamiento masivo de negros es consecuencia directa de las políticas de “Guerra a las Drogas” impulsadas primeramente por Ronald Reagan y ampliadas por sus sucesores. Para Alexander, “desde el principio la guerra contra las drogas tenía poco que ver con la preocupación pública con los estupefacientes y más que ver con la preocupación pública con el tema de la raza”. Para esta autora el encarcelamiento masivo es un sistema de control racial que no resulta incompatible con las sensibilidades actuales por su invisibilidad. La premisa gatopardesca formulada por Giuseppe Tomasi de Lampedusa nos ayuda a comprender la segregación racial estadounidense: *que todo cambie, para que todo siga igual*. Primero fue la esclavitud, luego la era de la segregación y hoy es el régimen penal el que subrepticamente mantiene el sistema de castas raciales en la sociedad estadounidense. Que el racismo no sea explícito no significa que no exista. Los argumentos y las racionalizaciones de la discriminación y exclusión racial han mutado, pero los resultados han sido prácticamente los mismos (Michelle Alexander, 2012, p. 86). Sobre la Guerra contra las Drogas, fundamental resulta la lectura de Rosa del Olmo, 2018 y Rosa del Olmo, 1990).

10 Sobre la sustitución de traficantes, véase: Robert MAcCoun y Peter Reuter, 2001.

11 Sobre la guerra contra las drogas en Estados Unidos, además de la bibliografía citada, pueden consultarse los documentales: *Enmienda XIII*, de 2016, dirigido por Ava DuVernay y *Crack: Cocaine, Corruption & Conspiracy*, de 2020, dirigido por Stanley Nelson. Ambos se encuentran disponibles en Netflix y Youtube.

12 Muy ligado con la rentabilidad electoral que otorga el punitivismo en materia de legislación contra las drogas, la figura de “el narco” sirve para justificar la imposición de políticas públicas ineficientes. En general, el delito de narcotráfico en la parte final de la cadena resulta exageradamente llamativo y bullicioso. A diferencia de otros delitos en los que los autores buscan pasar desapercibidos, no es extraño que en el delito de narcotráfico se dispare al aire e incluso se tiren fuegos artificiales con distintos simbolismos. De esta forma, los delitos de narcotráfico generan una visibilidad enorme lo que se traduce en que muchas personas, especialmente quienes conviven con “narcos” se sienten, con razón, cansadas e intimidadas. Sin embargo, la persecución de los sujetos sustituibles hace que el tráfico no decaiga, haciendo más peligroso todo y convirtiendo al tráfico mismo en una actividad mucho más letal que las propias drogas. Así, la Guerra contra las

Drogas, más que solucionar problemas de políticas públicas, genera más violencia y las sanciones drásticas que se aplican en virtud de estas leyes no merman la actividad, puesto que la fila de espera de candidatos al negocio del tráfico parece infinita. Sobre el particular, ilustrativa es la columna de Lucía Dammert (2020) que invita a cambiar el foco de la persecución penal en delitos de tráfico ilícito de estupefacientes.

13 En Chile, los estudios que han medido el nivel de consumo de drogas por parte de la población penal, buscan en su mayoría determinar las probabilidades de riesgo delictual que traen consigo las drogas. Para ello, indagan, por ejemplo, si los(as) condenados(as) consumieron drogas el mismo día que cometieron el delito; o bien, intentan determinar la prevalencia del consumo durante la vida de los sujetos previo al ingreso a la cárcel (Eduardo Valenzuela y Pilar Larroulet, 2020; Javiera Cáceres, 2010; CONACE, 2007). Por el contrario, son escasos los estudios chilenos que han examinado el nivel de consumo dentro de las unidades penales. Entre estos, Mauricio Sánchez y Diego Piñol (2015), afirman que un 20.5% del total de personas encuestadas privadas de libertad en Chile, declararon haber consumido drogas o alcohol durante el último mes de encierro (siendo la Marihuana la sustancia con mayor nivel de prevalencia), cifras considerablemente mayores que las que reportó el estudio en las muestras de países como Argentina, Perú, Brasil y México. A nivel comparado, en cambio, existe amplia evidencia respecto al impacto de la cárcel en el consumo de drogas, en la iniciación a nuevas drogas y en una serie de dinámicas y delitos asociados al tráfico y la corrupción dentro de prisión (Ben Crewe, 2005; Annabel Boys *et al.*, 2002).

14 Según la Fiscalía Nacional (2020), solo en el año pasado, hubo 29,010 imputados por la Ley de drogas por parte del Ministerio Público, de los cuales, 7.691 tuvieron sentencias condenatorias (26%) y 1,330 (4.6%) fueron objeto de una suspensión condicional del procedimiento.

15 Conversamos con dos juezas de TTD en Chile y ambas coinciden en que, si bien se obtienen buenos resultados en casos puntuales, el programa resulta sumamente incompleto y ambas preferirían que los tratamientos se llevaran por organismos médicos dirigidos por profesionales con conocimientos técnicos sobre problemas vinculados con la adicción.

16 En 1992, esto es en los inicios de la nueva democracia, bajo la presidencia de Agustín Edwards, nació una institución sin fines de lucro, llamada Paz Ciudadana. Edwards fue un poderoso empresario y periodista, propietario de El Mercurio Sociedad Anónima y tuvo un rol fundamental en el derrocamiento del gobierno del presidente Salvador Allende. De la desclasificación de cables secretos en 2014 por Estados Unidos se ha comprobado que Edwards fue financiado por la CIA para colaborar con la creación de un ambiente que desestabilizara la democracia y el gobierno constitucional. De este modo, el empresario facilitó el montaje de un clima tendiente a justificar el golpe de Estado. Uno de los informes desclasificados se refiere a la Acción encubierta (de Estados Unidos) en Chile 1963-1973 y reconoce que: Además de financiar a los partidos políticos... el comité cuarenta aprobó grandes sumas para sostener a los medios de oposición y para mantener así una campaña de oposición implacable. La CIA gastó un millón y medio de dólares para apoyar a El Mercurio, el principal periódico del país y el canal más importante de propaganda contra Allende. Tras conocer el oscuro pasado del presidente y fundador de Paz Ciudadana, genera escalofríos ver cómo de nuevo participa junto a los Estados Unidos (antes la CIA, ahora la embajada) para definir el futuro de chilenos y chilenas. Un análisis completo sobre los primeros años de la FPC véase en: Marcela Ramos y Juan Guzmán, 2000.

17 Llama también la atención el celo que en sus inicios tuvo dicha Fundación en la estigmatización del delincuente como un estereotipo de joven pobre y de baja cultura con rasgos *lombrosianos*. Bien podría dicha agrupación dedicarse al estudio de otros delitos más complejos que por la propia experiencia de sus miembros debieran conocer, como Carlos Delano (empresario condenado por fraude al fisco), Bernardino Piñera (sacerdote acusado de abusos sexuales), Enrique Montero (exsubsecretario en dictadura), etcétera. Con el paso de los años la Fundación se fue arropando de estudiosos para ocultar su esencia de plataforma comunicacional al servicio de intereses empresariales, para travestirse de un centro de estudios de la delincuencia (algo parecido pasa en EE. UU. con el *Manhattan Institute*, las doctrinas de las *Broken Windows*, etcétera). De alguna manera, este vínculo de marginalidad y delincuencia resulta funcional para que sus propios miembros desvíen la atención de crímenes millonarios. No es coincidencia que en los altos puestos directivos de la fundación figuren poderosos políticos que han ostentado importantes cargos en los gobiernos de los últimos 30 años como la exministra Javiera Blanco, el exparlamentario y ministro Alberto Espina, el expresidente Ricardo Lagos, entre otros.

18 Es necesario diferenciar entre la persona drogadicta (intoxicación, abstinencia, adicción) que delinque como resultado directo de los efectos de la droga (supuesto farmacológico) o por su ausencia (delincuencia funcional) del delincuente-drogadicto, que con frecuencia presenta como causa subyacente un trastorno antisocial o narcisista, así como un historial delictivo, en el que el consumo de drogas es un hecho incidental (Enrique Esbec, 2005; Enrique Echeburúa y Javier Fernández-Montalvo, 2007).

19 En Chile, los Juzgados de Garantía son Tribunales penales creados por la Reforma procesal penal del año 2000.

20 En 2018, respecto a los adultos entre 18 y 64 años de edad, sólo se logró otorgar tratamiento efectivo a 66.986 (10%) de la población total chilena que declaró tener un consumo problemático de alcohol y otras drogas. En 2019, 649.160 personas declararon consumo problemático de alcohol y otras drogas, sin embargo, durante el año 2020 se atendió un total de 28,300 personas en programas de tratamiento a nivel nacional (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2021).

21 En este sentido, el PNUD también aporta datos sobre un estudio de metaanálisis que consideró a más de 30 estudios a nivel mundial y que concluye que la probabilidad de cometer un delito y de reincidir efectivamente es mayor cuando se asocia al consumo de diversas drogas, no obstante, este tipo de análisis no toma en cuenta el entorno de riesgo que caracteriza este tipo de mercados ilegales, las vulnerabilidades propias de esta población, y la falta de mecanismos de protección y asistencia a personas que consumen drogas por parte del Estado (PNUD, 2013, p. 51).

22 Entrevistado un usuario que egresó con éxito del TTD de Viña del Mar, nos cuenta que valora mucho la oportunidad que tuvo y, más que el TTD en sí, la posibilidad de poder recibir una terapia psicológica. El usuario tenía un problema de

adicción a la marihuana. Posiblemente, según sus propias palabras, él no requería un tratamiento para su adicción. Sin embargo, el TTD le permitió tener apoyo psicológico lo que representó para él una posibilidad de comprender muchas cosas y de refuerzo positivo. Cuando le preguntamos sobre qué piensa él de los requisitos de elegibilidad señala estar de acuerdo porque “si bien se ayuda a quienes menos ayuda necesitan, se ayuda a quienes tienen más chance de tener un tratamiento exitoso”. Asimismo, nos señala, que “un adicto más complicado no podría salir de las drogas tan fácilmente”. En conclusión, entiende el usuario que está bien diseñado el TTD porque se prioriza modificar lo que es posible de modificar.

23 Diversos estudios han demostrado que otro tipo de tratamientos contra las drogas resultan más eficaces que los TTD, véase: Stephanie Lee *et al.*, 2012; Eric Sevigny, Brian Fuleihan y Frank Ferdik, 2013.

24 Interesante resulta lo señalado por Miller, quien propone incorporar un jurado a los TD. De esta manera, entiende Miller, se reemplaza la relación entre, por una parte, un juez y, por otra, un ofensor-consumidor y la comunidad, por un sistema con participación democrática de la comunidad con el ofensor que debe rehabilitarse. Además, de esta forma, para Miller se podría contribuir en un empoderamiento de la participación comunitaria (Eric Miller, 2009, pp. 135 y 136; Archon Fung, 2005). Sobre los costos excesivos, por sobre la justicia tradicional, véase: Tamar Meekins, 2007, pp. 75-126; y 2006, pp. 1-55.

25 Fundamental resulta establecer políticas penales que se traduzcan en la reducción del encarcelamiento de mujeres madres que están a cargo de sus hijos e hijas, toda vez que, en Chile, por regla general, son mujeres las que cuidan a los(as) hijos(as) y el encarcelamiento supone el encierro o el abandono de los menores. También podría contemplarse dicha excepción tratándose de padres que estén al cuidado de sus hijos e hijas.

TIEMPO DE TRABAJO EN CONTEXTOS DIGITALIZADOS: ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA*

WORKING TIME IN DIGITISED CONTEXTS: THE SPANISH EXPERIENCE

Francisca FERNÁNDEZ PROL**

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.160.17069](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.160.17069)

Resumen:

De nuevo, habida cuenta el impacto de las nuevas tecnologías y su recurso prominente en tiempo de pandemia, el tiempo de trabajo se halla en el centro del debate. Los nuevos trabajadores —digitalizados y permanentemente conectados— precisan de renovadas herramientas, analizadas en el marco del presente estudio, para la contención de su tiempo de trabajo y para la salvaguarda de su tiempo de descanso. Tales son, por un lado, las normas clásicas, españolas y europeas, relativas a jornadas máximas y descansos mínimos, precisamente objeto de reciente reinterpretación por el TJUE. En clave exclusivamente interna, destacan dos

Abstract:

Again, given the impact of new technologies and his massive resource in times of pandemic, working time is at the center of the debate. The new workers — digitalized and permanently connected— require renewed tools, analyzed in this study, to contain their working time and to safeguard their rest time. Such are, on the one hand, the classic Spanish and European rules, relating to maximum working hours and minimum breaks, precisely the object of recent reinterpretation by the Court of Justice of the European Union. In exclusively Spanish terms, two recently implemented instruments stand out: the registration of the working day and, as a specific

instrumentos de reciente implementación: el registro de jornada y, a modo de específica respuesta al nuevo entorno telemático, el derecho a la desconexión digital.

Palabras Clave:

tiempo de trabajo, digitalización de las relaciones de trabajo, derecho a la desconexión digital.

response to the new telematic environment, the right to digital disconnection.

Keywords:

working time, digitization of work relationships, right to digital disconnection.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo*. III. *Los instrumentos para la contención del tiempo de trabajo y la salvaguarda del tiempo de descanso: ponderación crítica en contextos*

I. INTRODUCCIÓN

Pese a constituir una temática clásica —ya objeto de exhaustiva atención al tiempo del surgimiento mismo del derecho laboral—, el tiempo de trabajo está de nuevo, hoy por hoy, en el centro del debate. La polémica resurge y se recrudece a medida que se consume —alcanzando todos los sectores y actividades— el proceso de digitalización de la economía. La irrupción de las nuevas tecnologías —señaladamente, en el campo de la información y la comunicación— impacta en el mercado de trabajo —lastrando profesiones tradicionales y generando nuevos empleos—, en los métodos de organización —aportando flexibilidad espacial y temporal— y en los hábitos de consumo —ávido de una respuesta inmediata, también el consumidor contribuye a la generación de nuevas formas de trabajar—. Y si bien la realidad generada es sumamente poliédrica —además de las impactantes plataformas digitales, cabría referir, entre muchos otros, el teletrabajo o *e-work*—, las repercusiones, en términos cuantitativos y así mismo cualitativos, en el factor tiempo son apreciables en cualesquiera nuevos modos de prestación de servicios.

Los nuevos trabajadores —digitalizados y permanentemente conectados— precisan, pues, de herramientas eficaces para la contención de su tiempo de trabajo y para la salvaguarda de su tiempo de descanso. En juego se hallan, en efecto, derechos de máxima relevancia: el derecho a la seguridad y salud, los derechos a la conciliación, corresponsabilidad e igualdad entre hombres y mujeres, y también

derechos de carácter económico —al quebrantar la prolongación de jornada o la invasión de tiempos de descanso el equilibrio del contrato de trabajo—.

Entre aquellas herramientas, sin duda, deben referirse las normas clásicas en materia de jornada máxima o descansos mínimos —señaladamente en su reinterpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE)—, pero también aportaciones más recientes, como el registro de jornada o el nuevo derecho a la desconexión digital, respuesta específica o *ad hoc*, a la concreta problemática planteada. Por ello, tras una breve reseña del impacto desplegado por las nuevas tecnologías en el tiempo de trabajo y así mismo de aquellos otros instrumentos susceptibles de contribuir a su atenuación, el estudio se centrará en la reforma operada por Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre,¹ por la que se reconoce, en el derecho español —*ex* artículos 20 bis ET² y 88.1 de la citada Ley Orgánica—, el derecho de trabajadores y empleados públicos a la desconexión digital.

II. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y TIEMPO DE TRABAJO

La digitalización de la economía opera una profunda transformación del entero tejido productivo y, consecuentemente, de las relaciones de trabajo: así, al acometer las máquinas tareas hasta el momento desempeñadas por trabajadores —con la correlativa destrucción de empleo—, generando nuevas ocupaciones —con la consiguiente creación de puestos de trabajo—, o erigiéndose las nuevas tecnologías en eficientes herramientas de trabajo (Cruz Villalón, 2017, 14). Así sucede, de manera singular, con las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Estas, en efecto, permiten trabajar a cualquier hora y desde cualquier lugar, dando respuesta, prácticamente en tiempo real, a una demanda de bienes y servicios, también por obra de las TIC, cada día más exigente. Las TIC, por consiguiente, despliegan su potencial en ambos extremos de la cadena productiva: en mercados y consumidores —dando cauce, sin límite horario, a su demanda— y en productores —a su vez compelidos a proporcionar una respuesta inmediata, señaladamente mediante una reorganización de sus métodos de trabajo, ahora necesariamente digitalizados—.

En el orden laboral, tal digitalización implica cambios sustanciales en los tiempos de trabajo (Casas Baamonde, 2017, 5). Desde una perspectiva cuantitativa, ello puede traducirse en una prolongación de la jornada —bien en el centro de trabajo, bien a distancia— o, a la inversa, en un recorte de la misma o en su

fragmentación —las nuevas tecnologías no sólo permiten un cómputo muy riguroso del tiempo de trabajo efectivo a los que puede ceñirse la jornada de trabajo, también redundan en ocasiones en la asunción por el consumidor de tareas tradicionalmente confiadas a trabajadores por cuenta ajena—. Por otro lado, desde una óptica cualitativa, los nuevos tiempos de trabajo acostumbran a alcanzar periodos, diarios o semanales, tradicionalmente dedicados al descanso —tardes, noches, fines de semana e incluso festivos—.

La flexibilidad —temporal y espacial— propiciada por las nuevas tecnologías, sin duda, genera notables beneficios. En primer término, en clave empresarial, al facilitar el contacto y atención permanente con mercado y clientes —mejorando, singularmente en términos temporales, su capacidad de respuesta— o al propiciar la incorporación de activos —también trabajadores— geográficamente dispersos, inclusive más allá de las fronteras de cada Estado. Y también desde la perspectiva del trabajador, el recurso a las nuevas tecnologías puede redundar en una mejora de sus condiciones de prestación de servicios, propiciando la acomodación de horarios laborales a la atención de otras obligaciones, personales y familiares, o, de optarse por alguna modalidad de trabajo *on line*, acercando trabajo y familia —con la consiguiente reducción del tiempo invertido en desplazamientos y, de nuevo, la referida armonización de las facetas profesionales y de cuidado—. No en vano, el teletrabajo o *e-work* acostumbra a configurarse como una modalidad de trabajo flexible óptima para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Fernández Prol, 2019, 575). Así sucede en el ámbito europeo —ya en el Acuerdo Marco de 2002³ y, más recientemente, en la Directiva 2019/1158—,⁴ pero también en la ley española —al referir el artículo 34.8 del ET, tras la reforma operada por Real Decreto—Ley 6/2019,⁵ el derecho de las personas trabajadoras a solicitar adaptaciones en la forma de prestación de servicios, “incluida la prestación de su trabajo a distancia”, “para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”—.

El recurso a las TIC en el marco laboral genera, con todo, notables riesgos, señaladamente de confusión y superposición de tiempos de trabajo y de descanso. Pues, además de nuevos métodos de organización de los tiempos de trabajo —ya referidos—, las nuevas tecnologías propician, aún en el marco de jornadas tradicionales —que, formalmente, permanecen—, intromisiones del poder empresarial de dirección en los tiempos de descanso. Aún fuera del centro de trabajo, empleador, clientes y otros operadores pueden, vía TIC, requerir la intervención del

trabajador, al que se exige de este modo estar permanentemente informado de las vicisitudes afectantes a la empresa y presto a su atención. Las TIC alumbran, pues, una nueva suerte de dependencia —telemática— que se proyecta más allá de la presencia física del trabajador en la empresa, invadiendo descansos, diarios y semanales, y vacaciones. Lejos de conformar una herramienta para la conciliación y corresponsabilidad, las TIC se erigen entonces en obstáculo a cualquier género de armonización de tareas profesionales, de cuidado y personales —lo que, en el marco interno, ya ha suscitado la respuesta del legislador—. ⁶

Pero no sólo los derechos de conciliación, con el consiguiente impacto en términos de corresponsabilidad entre sexos e igualdad entre hombres y mujeres, resultan afectados. De la efectiva limitación del tiempo de trabajo y de la preservación de tiempos de descanso de calidad, penden, así mismo, la seguridad y salud de los trabajadores, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):

Las diferentes disposiciones que [la] Directiva [2003/88/CE] contiene en materia de duración máxima del trabajo y de tiempo mínimo de descanso constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y salud (entre otras, STJCE del 1o. de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas y STJUE del 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco).

La hiperconexión, por consiguiente, se erige en potente riesgo laboral —de naturaleza, singularmente, psicosocial—, generador de gravísimas patologías.

Y debe repararse, finalmente, en el impacto económico del alargamiento de tiempo de trabajo, que, en última instancia, propicia un uso inadecuado de las TIC. La puesta a disposición del trabajador más allá de la jornada pactada —con una restricción variable de su libertad para disfrutar de su tiempo de no trabajo y sin reconocimiento alguno, ni como hora complementaria, ni como hora extraordinaria — conduce a una devaluación de sus condiciones de trabajo: implica, a la postre, trabajar más por lo mismo o, dicho de modo, trabajar más barato. Las TIC, generadoras de trabajadores hiperconectados, rompen el equilibrio o conmutatividad del contrato laboral, propician el surgimiento de empleos de peor calidad y ejercen una presión a la baja de las condiciones de trabajo.

En clave española, conviene destacar que las nuevas tecnologías operan en un contexto, por obra del legislador, ya dotado de múltiples y poderosas herramientas de flexibilización del tiempo de trabajo: así, vía particulares modalidades contractuales —es el caso del contrato de tiempo parcial (artículo 12 del ET)—, pero también, así mismo en el marco de contratos a tiempo completo, mediante la distribución irregular de la jornada —habida cuenta la propia configuración anual de la jornada máxima, así como las alternativas de pacto, convencional o de empresa, en la materia o, incluso, hasta el máximo del 10 por 100 de la jornada pactada, de decisión unilateral del empresario (artículo 34 del ET)—.

III. LOS INSTRUMENTOS PARA LA CONTENCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LA SALVAGUARDA DEL TIEMPO DE DESCANSO: PONDERACIÓN CRÍTICA EN CONTEXTOS DIGITALIZADOS

Limitar el tiempo de trabajo y garantizar un descanso mínimo conforman objetivos clásicos de nuestra disciplina, tal vez determinantes de su surgimiento mismo. Objetivos, por cierto, erigidos, conforme al artículo 40.2 de la Constitución Española, en “principios rectores de la política social y económica”, encomendando la carta magna a los poderes públicos “garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral [y] las vacaciones retribuidas”.⁷ Por ello, las nucleares disposiciones en la materia se revelan, aún en contextos digitalizados y pese a la pervivencia de elementos en ocasiones disfuncionales, de suma utilidad, señaladamente, como se verá, habida cuenta la reinterpretación operada por los tribunales.

De plena aplicación resultan, pues, las reglas que fijan jornadas máximas —diariamente o en virtud de otros módulos de cómputo (artículo 34 del ET)—, descansos mínimos —intra o inter-jornadas o semanales—, así como vacaciones (artículo 38 del ET), o por las que se regula el régimen de prolongación del tiempo de trabajo vía horas extraordinarias (artículo 35 del ET). Pues tal normativa alcanza asimismo a trabajadores digitalizados, que prestan sus servicios, total o parcialmente, valiéndose de TIC, ya sean, pues, teletrabajadores en sentido estricto —en los términos señalados por la Ley 10/2021, del 9 de julio, de trabajo a distancia—,⁸ ya sean trabajadores presenciales que, de modo accesorio o secundario, efectúen tareas *on line*. Sentada la premisa, las dificultades surgen a la hora de la aplicación práctica de la citada normativa —toda vez que, fuera de la empresa, el control de la

limitación de la jornada y del disfrute de descansos se torna menos efectivo— y, más aún, en el terreno de la identificación de tiempos de trabajo y de no trabajo.

En el derecho español, en efecto, la delimitación entre uno y otro se asienta en el criterio de cómputo señalado por el artículo 34.5 del ET, a cuyo tenor “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Aún con matices, por consiguiente, la norma española vincula tiempo de trabajo y presencia física del trabajador en la empresa —incluso, en su concreto puesto de trabajo—, una concepción, que, sin duda, casa mal con la deslocalización propiciada por las nuevas tecnologías. Pues, hoy por hoy, como es obvio, muchos trabajadores tienen a su alcance, vía telemática, todas las herramientas para un desarrollo óptimo de su prestación de servicios, desde cualquier lugar y a cualquier hora. La jornada, por tanto, puede iniciarse antes de que el trabajador se halle “en su puesto de trabajo” y/o prolongarse una vez abandonado aquél. El criterio de cómputo —o, tal vez, el concepto mismo de “puesto de trabajo”— precisa, por ello, de una revisión o, a falta de intervención legislativa, de una reinterpretación.

Reinterpretación, a la luz del nuevo contexto tecnológico, que parece haberse iniciado ya en el ámbito europeo, alcanzando los conceptos, “de Derecho de la UE” (SSTCE del 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y del 10. de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas), de “tiempo de trabajo” — textualmente, “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones”— y de “periodo de descanso” —literalmente, “todo periodo que no sea tiempo de trabajo”—, ambos recogidos en el artículo 20. de la Directiva 2003/88/CE. Conceptos, como es sabido, complementarios, que fundamentan una construcción estrictamente binaria del tiempo, que o bien es de trabajo, o bien es de descanso (STJUE del 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco, así como STJCE del 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger). Por lo que todos los modos de prestación de servicios —con o sin realización efectiva de tareas, en el centro de trabajo o fuera del mismo— deben reconducirse a una u otra categoría.

De la evolución de la jurisprudencia europea en la materia dan cuenta los pronunciamientos —ya clásicos— en torno a la configuración de las guardias de presencia como tiempo de trabajo —relegando a un papel secundario la exigencia de efectivo desempeño de funciones (SSTJCE del 3 de octubre de 2000, asunto C-

303/98, SIMAP, del 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y del 10. de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas)—, pero también, más recientemente, operando una reinterpretación del elemento locativo, precisamente en contextos marcados por la introducción al proceso de prestación de servicios de nuevas tecnologías. Tal como sucedió en el denominado *Asunto Tyco* (STJUE del 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14), que, como se recordará, trae causa de un nuevo modo de organización del trabajo fruto de la implementación de una aplicación informática, a disposición del trabajador vía teléfono móvil y a través del cual el empleador ejerce su poder de dirección, señaladamente asignando a cada trabajador la ruta diaria a realizar. Cerradas las oficinas locales, a las que, por consiguiente, los trabajadores ya no se desplazan diariamente —al vincularse todos telemáticamente a una única sede central—, el tiempo de desplazamiento desde su domicilio hasta el lugar de la primera intervención —y, a la inversa, desde el lugar de atención del último cliente hasta su residencia— se estima tiempo de trabajo. De modo que ante la desaparición del centro de trabajo fijo y ejercitado a distancia el poder de dirección, como consecuencia del recurso a nuevas tecnologías, pierde virtualidad la exigencia de presencia física en el puesto de trabajo, o este último, tal vez, es objeto de reformulación en clave expansiva.

Otro supuesto, el *Asunto Matzak* (STJUE del 21 de febrero de 2018, Asunto C-518/15), sustenta tal línea de tendencia: pues, al configurar una guardia de localización como tiempo de trabajo —y no, conforme a su doctrina clásica, como tiempo de descanso— nuevamente el Tribunal Europeo matiza la relevancia del elemento locativo. En dicho supuesto, la especial configuración de la guardia de localización —al imponer al trabajador hallarse en su puesto de trabajo en tan solo “8 minutos en condiciones de tráfico fluido”— conlleva, en efecto, excepcionalmente, su calificación como tiempo de trabajo. Si bien, como expresamente se destaca, pervive la construcción jurisprudencial determinante, con carácter general, de la calificación de la guardia de localización como periodo de descanso, el matiz introducido es de suma relevancia. Pues, frente al elemento locativo —ahora desplazado—, gana protagonismo un criterio nuevo, el cual es el grado de restricción de la libertad del trabajador para atender, al tiempo de la guardia de localización, a “intereses personales y sociales”. Por consiguiente, no todas las guardias de localización pueden ya situarse extramuros de la jornada de trabajo. No caben ya, dicho de otro modo, soluciones homogéneas, sino que procederá distinguir entre guardias de localización compatibles con la atención por parte del trabajador de obligaciones personales y/o

familiares —supuesto en que se configurarían como tiempo de descanso— y guardias de localización, en cambio, eminentemente restrictivas —por consiguiente, calificadas como tiempo de trabajo—.

Pero más allá del debate relativo a las guardias de localización —y, en su día, también del suscitado por las guardias de presencia— debe repararse en el criterio identificativo ahora destacado por el Tribunal a efectos de deslinde entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso: tal es el grado de limitación de la libertad del trabajador para determinar en qué, cómo y dónde disfruta de su tiempo de descanso, resultando, en cambio, intrascendente tanto la presencia efectiva en el lugar de trabajo, como la efectiva prestación de servicios (Lahera Forteza, 2018, p. 2). En palabras del Tribunal Supremo español, analizando precisamente la doctrina del TJUE, “cuando la persona no es libre para elegir su ubicación o actividad, sino que está a disposición de la empresa surge una importante presunción de que estamos ante tiempo de trabajo” (STS del 19 de noviembre de 2019, rec. núm. 1249/2017).

Como es de entender, en contextos digitalizados y en el caso de trabajadores sujetos, vía telemática, a una elevadísima disponibilidad, el criterio identificativo resulta de suma utilidad. Cualquiera que sea el lugar y con independencia de la efectiva prestación de servicios, de obligarse el trabajador a mantenerse conectado y a responder a eventuales requerimientos empresariales —estando pues sujeto al poder de dirección— cabría la calificación del tiempo en que pervivan tales obligaciones como tiempo de trabajo. Lo determinante no son ya ni la presencia física del trabajador en el centro de trabajo —el ya referido elemento locativo—, ni el efectivo desarrollo de tareas —el elemento funcional—, sino la situación de puesta a disposición del trabajador y el correlativo grado de restricción de su libertad para disponer de su tiempo de no trabajo —para atender a responsabilidades familiares o personales o para descansar—. En el marco de una lógica binaria, tiempo de trabajo *versus* tiempo de descanso —desde nuestra perspectiva, en modo alguno prescindible—, tal criterio, más elástico, resulta más acorde a la nueva realidad, contribuyendo de manera decisiva a la contención del tiempo de trabajo y a la salvaguarda de los tiempos de descanso.

Y a tales efectos, precisamente, al margen de la regulación en materia de tiempo de trabajo propiamente dicha, surgieron, asimismo, en el derecho español, instrumentos de carácter complementario: tales son el derecho a la desconexión digital —a continuación, objeto de un análisis más detallado— y el registro de

jornada. Pues, si bien este último no responde específicamente a la problemática surgida de la digitalización de la economía —zanjando un debate interno en materia de control de tiempo de trabajo, particularmente de horas extraordinarias (SSTS de 23 de marzo de 2017 —*caso Bankia*, Rec. Casación núm. 81/2016—, de 20 de abril de 2017 —*caso Abanca*, Rec. Casación núm. 116/2016— y de 20 de diciembre de 2017 —*caso Sabadell*, Rec. núm. 206/2016—)—, conforma un novedoso y destacado instrumento de control del tiempo de trabajo: pues, tras la reforma operada por Real Decreto-Ley 8/2019, del 8 de marzo, el artículo 34.9 del ET impone, hoy por hoy, la obligación empresarial de garantizar “el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. Una obligación, según puntualiza el TJUE, de implementación de un sistema “objetivo, fiable y accesible” de cómputo de la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, cuyo fundamento se halla en el deber general, de Estados miembros y empresarios, de velar por la seguridad y salud de los trabajadores, así como, correlativamente, en el “derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal” (Fundamentos Jurídicos 62, así como 30 y 32, de la STJUE del 14 de mayo de 2019).

La obligación de registro es, pues, universal, desde una perspectiva objetiva y asimismo subjetiva: alcanza, al margen de especialidades ex artículo 34.7 del ET, a cualquier sector y modo de prestación de prestación de servicios —inclusive *on line* o a distancia— y a cualquier trabajador —teletrabajador en sentido estricto (artículo 14 de la Ley 10/2021) o sujeto, tras una jornada presencial, a cualquier género de cláusula, formal o no, de disponibilidad vía telemática (De las Heras García, 2017, p. 66; Sierra Benítez, 2017, p. 92)—. Tal es una consecuencia obligada de la sujeción de todo trabajador —también de aquellos, total o parcialmente, deslocalizados— a la normativa legal, mínima e indisponible, en materia de tiempo de trabajo, cuyo cumplimiento precisamente pretende garantizar el registro de jornada (SAN de 4 de diciembre de 2015, rec. núm. 301/2015; Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; Iguartúa Miró, 2019, p. 131).

Pero las disfunciones —señaladamente, en el terreno de la implementación práctica de la medida— son perceptibles, asimismo, tal vez más nítidamente aún, en el caso de trabajadores que desempeñan toda o parte de su actividad fuera de las instalaciones de la empresa, mediante TIC. Pues, también respecto de estos últimos,

ya se opte por mecanismos de registro manuales más o menos sofisticados — consignación en hojas o libros de registro o inserción de datos en plataformas informáticas— o por registros automatizados —de encendido y apagado del equipo informático o de entrada y salida en la aplicación correspondiente—, caben prácticas fraudulentas, por ejemplo, compeliendo al trabajador a consignar datos no acordes a los tiempos efectivos de prestación de servicios o falsificando el empleador los horarios de inicio y finalización de la jornada de trabajo. Y la virtualidad de la medida queda más comprometida aún en el caso de trabajadores presenciales cuya disponibilidad y correlativa prestación de servicios *on line* comienzan ya finalizada la jornada pactada y, por consiguiente, efectuada la salida de la empresa —por cierto, ya debidamente consignada en el correspondiente registro de jornada—. Ante una disponibilidad no pactada o informal, desplegada extramuros de las condiciones laborales explícitas, el registro de jornada resulta, dicho de otro modo, inocuo. Por ello precisamente, para garantizar la desvinculación, inclusive telemática, del trabajador ya en tiempo de descanso, surge el derecho a la desconexión digital.

IV. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN DERECHO ESPAÑOL

Mientras el registro de jornada se erige en herramienta para la limitación y control del tiempo de trabajo, el derecho a la desconexión digital persigue la protección, cuantitativa y cualitativa, del tiempo de descanso. Toda vez que las nuevas tecnologías facilitan las intromisiones —*on line* o telemáticas— del empleador, de clientes u otros agentes vinculados al trabajo por cuenta ajena, el legislador español, siguiendo tal vez la senda del derecho francés (Cialti, 2017, p. 163), ha procurado blindar los descansos de los trabajadores, señalando que estos, al igual que los empleados públicos, “tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar” —artículo 88.1 de la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales, norma por la que también se introduce el artículo 20 bis ET—. ⁹

La plasmación legal es cuando menos llamativa. Desde una perspectiva formal, debe destacarse el marco elegido: la citada Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Lo que, de entrada, implica una

especial vinculación del derecho a la desconexión digital con la intimidad, personal y familiar, del trabajador. Vinculación también palpable en el reconocimiento operado ex artículo 20 bis del ET, que, bajo la rúbrica “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”, procede a un reconocimiento imbricado de los derechos “a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales”, así como “frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización”, y a la desconexión digital. La construcción, como se verá, omite, explícitamente al menos, otros importantes enfoques, señaladamente de carácter preventivo. Y ello pese a conformar los nuevos artículos 88 LO 3/2018 y 20 bis del ET, normas, entre otras virtualidades, de tiempo de trabajo, a su vez, como es sabido, con importantes implicaciones en el ámbito de la prevención. De modo que, tal vez, hubiese sido más conveniente otra ubicación sistemática: así, en las normas relativas a jornada y descansos o a prevención de riesgos laborales, o en ambas.

Y es que desde una perspectiva material, sin restar relevancia a la reforma operada, resulta forzoso señalar que esta no introduce, en puridad, un derecho nuevo, sino un mecanismo de garantía de derechos, por el contrario, clásicos: en primer término, del derecho al descanso (Molina Navarrete, 2017, pp. 249 y 281; Vallecillo Gámez, 2017, p. 167; Blázquez Agudo, 2019, p. 9), pero también del derecho a la intimidad personal y familiar y de los derechos de conciliación y corresponsabilidad entre sexos —todos ellos de notable dimensión constitucional—. El engarce, sin duda, debe subrayarse: el denominado derecho a la desconexión digital procura salvaguardar, desde una óptica cuantitativa y asimismo cualitativa, los descansos del trabajador, recesos necesarios para preservar su seguridad y salud y tiempos en que este desarrolla su vida personal y familiar —de ahí la conexión con el derecho a la intimidad— y atiende a sus obligaciones de cuidado —por ello, precisamente, el impacto en términos de conciliación y corresponsabilidad—.

Una ponderación práctica de la reforma —pese al escaso tiempo transcurrido—, por otro lado, pone de manifiesto lagunas notables. Así, en primer término, en lo relativo a su contenido mismo. De la norma se infiere una pluralidad de manifestaciones prácticas del derecho a la desconexión digital: no en vano, el precepto —artículo 88.2 LO 3/2018— alude textualmente a las “modalidades de ejercicio” del derecho a la desconexión digital, atendiendo “a la naturaleza y objeto de la relación laboral”. Modalidades cuya concreción se encomienda a la negociación colectiva o, en su defecto, al correspondiente acuerdo de empresa, o, a falta de

ambos, a la política interna elaborada por el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, a su vez comprensiva de dos extremos, de nuevo las referidas “modalidades de ejercicio”, así como las “acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas” —artículo 88.3 LO 3/2018—. Tal configuración abierta parece razonable, pues sin duda ha de atenderse a las peculiaridades del sector, de la empresa o incluso del concreto modo de organización del trabajo, adaptando el derecho a la desconexión digital a tales circunstancias. Por lo que también se estima adecuada la remisión del legislador a la negociación colectiva, sectorial o de empresa (Ushakova, 2016, p. 9; Taléns Visconti, 2018, p. 10), instrumento, a nuestro entender, idóneo, por su versatilidad, para acometer tal adaptación. Pese a todo, se echa en falta una concreción legal del derecho, que, con carácter subsidiario, dé respuesta a aquellos supuestos en que ni el convenio colectivo ni un acuerdo de empresa acometan su definición. Incluso una enumeración, aún abierta y de carácter orientativo, de posibles materializaciones del derecho a la desconexión digital habría resultado de suma utilidad, para los negociadores o, en su caso, para el empresario —como se ha visto, conminado a la elaboración de una “política interna”—. De modo que el legislador español parece exigir un resultado —la desconexión digital del trabajador en tiempo de descanso—, pero no impone, ni sugiere, cauces para alcanzar el mismo (Iguartúa Miró, 2019a, p. 66). La norma interna, por consiguiente, no prevé deber empresarial alguno, ni configurado negativamente —por ejemplo, de abstención de remisión de comunicaciones al trabajador ya finalizada la jornada laboral—, ni positivamente —así, obligando al empresario a implementar mecanismos de interrupción automática de la conexión durante el descanso—.

Y también desde una perspectiva subjetiva deben destacarse las limitaciones de la norma. Sin duda, deben valorarse positivamente tanto el reconocimiento universal del derecho —del que son titulares tanto trabajadores del sector privado como empleados públicos—, como las referencias expresas a colectivos particularmente expuestos —“trabajadores que ocupan puestos directivos” y “supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas” (ambas referencias se hallan en el artículo 88.3 LO 3/2018). Pues, concurren en ambos casos circunstancias determinantes de una mayor conectividad: en el primer caso —directivos—, habida cuenta el cariz de las responsabilidades asumidas, en el segundo —teletrabajadores o *e-workers*— dada la confusión de tiempos de trabajo y de

descanso propiciada por la elevada autonomía y flexibilidad —señaladamente horaria— característica del trabajo a distancia, así como por el recurso continuado, en su modalidad tecnológica, a las TIC. Y ello también halló respuesta en la nueva Ley de Trabajo a Distancia, a cuyo tenor “Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo” (artículo 18 de la Ley 10/2021). Con todo, otros colectivos tal vez merezcan, así mismo, una atención especial, por el momento no proporcionada por el legislador interno. Tal es el caso, en primer término, de los trabajadores a tiempo parcial, al albur, a efectos de realización de horas complementarias y de realización voluntaria, de un llamamiento empresarial sin duda precisado de una regulación más exhaustiva, entre otras razones para evitar la conexión constante de dicho colectivo (Iguartúa Miró, 2019a, p. 69). Y debe referirse, así mismo, la difícil —o imposible— implementación del derecho en el caso de trabajadores —temporales, de plataformas digitales o falsos autónomos— para los que la conectividad se erige en condición para la contratación y, por consiguiente, el derecho a la desconexión en una “quimera” (Molina Navarrete, 2017, p. 282).

Si bien la hiperconexión genera riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (Informe “Transformation numérique et vie au travail”, 2015, p. 35; Dictamen “Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo”, 2017, Recomendación núm. 10), la reforma de 2018 carece de un enfoque preventivo. El artículo 88.3 LO 3/2018, en efecto, sólo alude al “riesgo de fatiga informática”, que, según señala, las acciones de formación y sensibilización del personal, integradas en la política empresarial interna, deberán evitar. Además de nimia, la referencia apenas da cuenta de una singular y secundaria dimensión de la problemática: la norma sólo parece referir el impacto sobre la salud desplegado por el recurso por un tiempo muy prolongado —o constante a lo largo de la jornada— de dispositivos electrónicos. Y por ello, precisamente, aboga por la implementación de medidas que conduzcan a un “uso razonable de las herramientas tecnológicas”, objetivo sin duda loable y necesario, pero insuficiente. Pues el riesgo para la salud procede en mayor medida de otra circunstancia: la proyección del poder empresarial de dirección, vía telemática, ya finalizada la jornada laboral, en los tiempos de descanso del trabajador —de este modo, mermados y de peor calidad—. Toda vez que las nuevas tecnologías facilitan la comunicación empresa-trabajador y posibilitan así mismo que este último realice sus tareas desde cualquier lugar y a cualquier hora, muchos empleados se ven

compelidos a dar respuesta a requerimientos profesionales —procedan estos del empleador o de otros agentes (clientes, proveedores...)— ya fuera de las instalaciones de la empresa —en el caso de trabajadores presenciales— y en horario no laboral. Las TIC, por consiguiente, propician la conexión constante de los trabajadores —una suerte de dependencia telemática—, con la que, a menudo, la empresa pretende dar respuesta —a falta de reconocimiento del correspondiente tiempo de trabajo, de modo fraudulento— a una demanda de bienes y servicios, también por obra de las nuevas tecnologías, ávida de respuestas en tiempo real, esto es, a cualquier hora. Las TIC, por tanto, operan, a un tiempo, a modo de motor de cambio del mercado y, así mismo, como vehículo de un poder de dirección que se extiende más allá de los límites —temporales— del contrato de trabajo. Extralimitación que implica una devaluación —o precarización— de las condiciones de trabajo —en último término, implica trabajar más por lo mismo y, por tanto, por menos—, pero también un factor de riesgo —psicosocial— para la salud de los trabajadores. Riesgo que, a falta de respuesta legislativa específica, deberá prevenirse conforme al marco legal vigente —al que remite, de hecho, la reciente Ley de trabajo a distancia (artículo 15 de la Ley 10/2021—. Rigen, pues, en esta materia, entre otros, los deberes empresariales de garantía de la seguridad y la salud de los trabajadores “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” —artículo 14.2 de la Ley 31/1995, del 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)—, de implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos —artículo 16 LPRL—, así como de formación “teórica y práctica, suficiente y adecuada”, de los trabajadores —artículo 19 LPRL—. Se vislumbran, con todo, dificultades de adaptación del citado marco general —en su día ideado para sectores y sistemas de trabajo más tradicionales—, resultando, por otro lado, las escasas intervenciones relativas a los riesgos derivados del manejo de dispositivos informáticos muy obsoletas (Iguartúa Miró, 2019d, p. 75). Tal es el caso del Real Decreto 488/1997, del 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, que, por otro lado, atiende exclusivamente al manejo de equipos informáticos durante la jornada laboral, omitiendo, pues, la conexión finalizado el tiempo de trabajo. Por otro lado, un enfoque preventivo por parte del legislador sin duda impulsaría, así mismo, un correlativo tratamiento convencional desde la óptica de la prevención.

La plasmación legal expresa del denominado derecho a la desconexión digital, aún garantía de derechos clásicos ya objeto de reconocimiento al máximo nivel, debe

acogerse favorablemente. Pues, si bien puede, en puridad, entenderse prescindible — todo trabajador tiene derecho a la limitación de su jornada y al disfrute de descansos — la intervención legislativa arroja luz sobre una problemática de suma trascendencia, contribuye a la actualización de la normativa tradicional — señaladamente en materia de tiempo de trabajo— e impulsa el papel de la negociación colectiva (Rodríguez Fernández, 2018, p. 32). A esta ha de corresponder, en efecto, la identificación de aquellas concretas medidas a implementar para prevenir la conectividad constante del trabajador. Lástima, con todo, que el legislador interno no oriente a los negociadores, señalando posibles alternativas —un deber empresarial de abstención de remisión de comunicaciones, de implementación de sistemas de interrupción de las mismas respecto de los trabajadores que no se hallen en tiempo de trabajo o de reenvío de estas a empleados en horario laboral, entre otras—, por lo demás, en defecto de pacto, de aplicación subsidiaria.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La revolución digital es fuente de progreso y bienestar, pero plantea, así mismo, numerosos retos: así, en el campo laboral, entre otras muchas implicaciones, a efectos de delimitación de los tiempos de trabajo y de no trabajo. Al derecho del trabajo corresponde, pues, al igual que al tiempo de otras revoluciones tecnológicas, una labor de acompañamiento del proceso de digitalización de la economía, velando por la preservación de los derechos, particularmente de descanso, de los trabajadores.

A tal efecto, debe reivindicarse la rigurosa aplicación, también en entornos digitalizados, de las herramientas para la contención de la jornada de trabajo y la salvaguarda de tiempos de descanso de calidad, inmunes a injerencias empresariales, inclusive *on line*. Ya sean estas, herramientas clásicas, en modo alguno prescindibles —jornada máxima, limitación de horas extraordinarias, descansos mínimos y vacaciones anuales retribuidas— o más modernas —registro de jornada y derecho a la desconexión digital—. Mientras las primeras deben ser objeto de reinterpretación —prescindiendo, a la luz del nuevo entorno digitalizado, de concepciones de tiempo de trabajo fundadas en el elemento locativo—, las segundas deben contribuir de modo efectivo, respectivamente, a la limitación de la jornada de trabajo y a la protección de periodos de descanso. Para lo primero, han de arbitrarse mecanismos eficaces de consignación de los horarios precisos de inicio y finalización del tiempo de trabajo,

inclusive en el caso de trabajadores que, mediante TIC, presten servicios total o parcialmente deslocalizados. Para lo segundo, debe garantizarse, durante el tiempo de no trabajo, la total desvinculación, física y telemática, del empleado del entorno empresarial: el trabajador, en tiempo de descanso, ha de gozar de total libertad para disponer del mismo, atendiendo, según su criterio, a responsabilidades familiares o personales.

Desde una perspectiva estrictamente teórica, pues, la articulación —la imbricación, incluso— de las herramientas ideadas parece óptima. El derecho español limita el tiempo de trabajo y señala descansos mínimos y prevé, complementariamente, instrumentos prácticos para controlar el primero —el registro de jornada— y para garantizar los segundos, prestando especial atención al impacto de las nuevas tecnologías —el derecho a la desconexión digital—. Pese a todo, ni lo uno ni lo otro parece alcanzarse. Debe apuntarse, en dicho sentido, que la regulación interna en materia de tiempo de trabajo se halla en gran medida matizada —cuando no minada— por numerosas concesiones a la flexibilidad temporal pro empresa, resultando menos generosa —y desde luego nada proporcional— en el reconocimiento de modelos flexibles de prestaciones de servicios que atiendan también a las necesidades de conciliación de los trabajadores. Y deben referirse asimismo las dificultades planteadas por la aplicación práctica de las herramientas complementarias de reciente implementación. En una sociedad digitalizada e hiperconectada, diluidas las fronteras entre tiempo de trabajo y de no trabajo, efectuar un registro riguroso de la jornada y aislar al trabajador en periodo de descanso de su entorno profesional no son tareas sencillas. Para acometerlas con éxito, han de involucrarse, además del legislador, empleadores, trabajadores y negociadores. Y para llevarlas a buen puerto, aunque resulte paradójico, las nuevas tecnologías pueden resultar de suma utilidad. Estas, en efecto, al tiempo que generan la distorsión, pueden así mismo contribuir a solventar la misma: permiten, por un lado, un cómputo muy preciso del tiempo y de la carga de trabajo desarrollados y al igual que conectan al trabajador, también permiten una desconexión efectiva.

VI. REFERENCIAS

- Blázquez Agudo, Eva María (2019). Novedades laborales en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos. *Revista de Trabajo y Derecho*, 50.
- Casas Baamonde, María Emilia (2017). Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar. *Revista Jurídica de la*

- Cialti, Pierre Henri (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?. *Temas Laborales*, 137.
- Cruz Villalón, Jesús (2017). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas Laborales*, 138.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia) (2017/C 434/05), DOUE de 15 de diciembre de 2017, recomendación núm. 10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017AE1866>
- Fernández Prol, Francisca (2019). Teletrabajo en clave de género: ¿herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación?. En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la AEDTSS, Comunicaciones*. MTMSS.
- Goerlich Peset, José María (2021). La regulación del trabajo a distancia: una reflexión general. En Rodríguez Piñero-Royo, Miguel y Todolí Signes, Adrián (Coords.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Aranzadi.
- Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>
- Heras García, Aránzazu de las (2016). *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*. CEF.
- Heras García, Aránzazu de las (2017). Control de la jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 42.
- Iguartúa Miró, María Teresa (2019a). El derecho a la desconexión digital en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 432.
- Iguartúa Miró, María Teresa (2019b). La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019. *Temas Laborales*, 147.
- Informe “Transformation numérique et vie au travail” (2015). Elaborado por B. Mettling. <https://www.vie—publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>
- Lahera Forteza, Jesús (2018). Tiempo de trabajo efectivo europeo. *Trabajo y Derecho*, 43-44.
- Lousada Arochena, F. y Ron Latas, R. P. (2015). Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español. En Lourdes Mella Méndez (Ed.) y Alicia Villalva Sánchez (Coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Aranzadi.

- Martín-Pozuelo López, Ángeles (2020). Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo. En Tomás Sala Franco (Coord.). *El teletrabajo*. Tirant Lo Blanch.
- Mella Méndez, Lourdes (2017). Configuración general del trabajo a distancia en el Derecho Español. En Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*. Wolters Kluwers.
- Molina Navarrete, Cristóbal (2017). Jornada laboral y tecnologías de la información: la “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales*, 138.
- Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y Thibault Aranda, Javier (2021). *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Poquet Catalá, Raquel (2021). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*, Aranzadi.
- Rodríguez Fernández, María Luz (2018). Sindicalismo y negociación colectiva 4.0. *Temas Laborales*, 144.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. CES Andalucía.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena (2017). Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos. En Lourdes Mella Méndez (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*. Wolters Kluwers.
- Taléns Visconti, Eduardo Enrique (2018). La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Información Laboral*, 4.
- Thibault Aranda, Javier (2001). *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral* (2a ed.). CES.
- Ushakova, Tania (2016). De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192.
- Vallecillo Gámez, María Rosa (2017). El derecho a la desconexión: ¿“novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 408

Notas

* Recibido el 13 de septiembre de 2021; aceptado el 12 de noviembre de 2021.

Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto DER2017-83488-C4-3-R “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER. La investigación, no publicada, conforma el desarrollo de la comunicación presentada en el marco del XIII Congreso Europeo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “El trabajo en la era digital”, 5-7 de mayo de 2021.

** ORCID: [0000—0003—4668—4017](https://orcid.org/0000-0003-4668-4017). Investigadora (profesora titular) del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo (España). Correo electrónico: franfernandez@uvigo.es

1 Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).

3 Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo del 16 de julio de 2002, en que el teletrabajo es concebido por los interlocutores sociales como medio para que los trabajadores puedan “reconciliar vida profesional y vida social” y gozar de una “mayor autonomía en la realización de sus tareas”.

4 Así se deduce de los artículos 3.1.f) y 9 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

5 Real Decreto—Ley 6/2019, del 1o. de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

6 Así, en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, al referir, expresamente, que “Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad” (artículo 4.5).

7 En términos similares, también el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE señala que “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas”.

8 En derecho español, conforme a la norma citada, son teletrabajadores aquellos que, en un periodo de referencia de tres meses, presten un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo, bien en su domicilio, bien en el lugar libremente designado, mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (arts. 1o. y 2o. de la Ley 10/2021). Sobre el concepto de teletrabajo puede consultarse: Goerlich Peset, 2021, p. 29; Poquet Catalá, 2021, p. 16; Martín-Pozuelo López, 2020, p. 17; Mella Méndez, 2017, p. 32; De las Heras García, 2016, 29; Lousada Arochena y Ron Latas, 2015, 31; Sierra Benítez, 2011, 29; Thibault Aranda, 2001, p. 23; Pérez de los Cobos Orihuel y Thibault Aranda, p. 2001.

9 A cuyo tenor, a su vez, “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

LOS ALCANCES DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

THE SCOPE OF SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Linda Alexandra RUÍZ URREA**

Iran GUERRERO ANDRADE***

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17070](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17070)

Resumen:

El artículo analiza la jurisprudencia emitida por el Comité de Derechos Humanos y la Corte IDH en temáticas asociadas con la diversidad sexual. Particularmente, se efectúa un examen de los casos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género que han sido de conocimiento de ambas instancias internacionales. Se concluye que, si bien los criterios jurisprudenciales —expresados en los respectivos casos— representan un avance formal importante en materia de reconocimiento de los derechos humanos, porque los propios casos son referentes que generan relativas transformaciones judiciales y simbólicas, ciertamente aumentan los desafíos de cara a generar cambios sociales transformadores para los grupos de la diversidad sexual, quienes continúan soportando múltiples

Abstract:

This chapter analyzes the case law issued by the Human Rights Committee and the Inter-American Court on issues associated with sexual diversity. In particular, cases related to sexual orientation and gender identity that have been known to both international bodies were examined. It is concluded that although the case law criteria expressed in the respective cases represent an important formal advance regarding the recognition of human rights—as the cases themselves are referents that generate relative judicial and symbolic transformations—they certainly increase the challenges for the generation of transformative social changes for groups of sexual diversity, who continue to bear multiple discriminations in daily practice.

Keywords:

discriminaciones en la práctica cotidiana.

Human rights, gender identity, sexual orientation, Inter-American Court of Human Rights, Human Rights Committee and case law.

Palabras Clave:

Orientación sexual, identidad, género, jurisprudencia, derechos humanos.

SUMARIO: I. Introducción. II. La igualdad ante la ley: un principio inconcluso para la diversidad sexual. III. La limitada protección de la igualdad y no discriminación: los casos sobre orientación sexual e identidad de género en las comunicaciones del Comité de Derechos Humanos. IV. La robusta protección a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos sobre la orientación sexual e identidad de género. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Es probable que uno de los principios con más desarrollo y reconocimiento formal del liberalismo político sea el de la igualdad ante la ley. También es probable que ese principio, acuñado en el artículo 10. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, e incorporado tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sea de relativa efectividad si se analizan a detalle los procesos históricos contemporáneos. Al menos así lo demuestran las experiencias sobre el reconocimiento de los derechos de las mujeres, los indígenas y grupos diversos que han ejercido preferencias e identidades sexuales diferentes a las heteronormadas, quienes, indudablemente, han tenido que recurrir a distintas herramientas y mecanismos formales e informales para lograr la justiciabilidad del mencionado principio de igualdad ante la ley y hacer valer la no discriminación por motivos de género, raza y preferencias e identidades sexuales diversas.

Precisamente, en este artículo nos encargamos de examinar y reflexionar sobre los alcances formales que se han dado en torno al reconocimiento de los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación, en casos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género que han sido sometidos al Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Comité o CCPR por sus siglas en inglés) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La pregunta que guía el desarrollo del artículo es: ¿cómo se ha tutelado la igualdad ante la ley y no discriminación en litigios relacionados con la diversidad sexual en la jurisprudencia de ambos órganos internacionales? Al igual que desarrollar algunos de los principales argumentos usados en los casos, que han significado la ampliación o reconocimiento de los derechos, con el propósito de problematizar los alcances conquistados a partir de las comunicaciones emitidas por el Comité y las resoluciones de la Corte IDH.

En ese sentido, es importante dejar claro que, aunque las resoluciones o comunicaciones emitidas por los Comités de Naciones Unidas no se consideran propiamente como sentencias, por lo que el debate en torno a su obligatoriedad y fuerza —en términos jurisprudenciales— continúa abierto, las asumimos como “jurisprudenciales” porque en algunos casos, como se vio de manera reciente en México con las acciones urgentes en materia de desaparición forzada, se ha iniciado una tendencia que parece indicar que las comunicaciones eventualmente terminarán siendo “obligatorias” para los Estados que reconocen su competencia.

Nuestro argumento es que si bien los criterios jurisprudenciales —expresados en los respectivos casos— representan un avance formal importante en materia de reconocimiento de los derechos humanos, porque los propios casos son referentes que generan relativas transformaciones judiciales y simbólicas, y además se convierten en desarrollos jurisprudenciales que tienen fuerza de ley y son vinculatorios; lo cierto es que prevalecen desafíos sustantivos de cara a generar cambios sociales transformadores para los grupos de la diversidad sexual, quienes continúan soportando múltiples discriminaciones en la práctica cotidiana. De ahí que sea necesario seguir repensando cómo los casos que han sido presentados y que se resolvieron de forma favorable se traducirán eficazmente en cambios sociales significativos para los grupos con orientaciones e identidades sexuales diversas.

La estrategia y delimitación metodológica que seleccionamos es realizar un análisis casuístico a partir del desarrollo jurisprudencial del Comité y de la Corte IDH. Esto significa que para la presentación examinamos los casos que se presentaron en ambos órganos internacionales, en tópicos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. La finalidad es reflexionar cómo se ha configurado la identidad ante la ley en casos asociados con la diversidad sexual.

Aun cuando sabemos que son distintas las variables que influyen en el desarrollo jurisprudencial, nuestro enfoque metodológico privilegia los argumentos que tanto el Comité como la Corte IDH aplicaron para resolver los casos que fueron de su conocimiento. La implicación de nuestra metodología es que, al ser casos presentados en sede internacional, fueron impulsados de alguna manera por una *estructura de sostén* que posibilitó la presentación de litigios y contribuyó a que se convirtieran en paradigmáticos, porque ampliaron, tutelaron y significaron transformaciones legales de orden nacional. Nuestro análisis aunque comparte la perspectiva de Epp (2013) en cuanto a que la *revolución de los derechos* fue el resultado de un proceso impulsado “desde abajo” y no desde las cortes, no presta atención a otras formas de activismo sociolegal que igualmente se desarrollan desde la sociedad civil y que han influido en el reconocimiento formal de los derechos, y sólo se concentra en los alcances formales que se han generado gracias a la jurisprudencia emitida tanto por el Comité como por la Corte IDH.

El contenido del artículo lo ordenamos de la siguiente manera. En el segundo apartado abordamos el desarrollo conceptual y algunos de los eventos más relevantes del movimiento de la diversidad sexual en la búsqueda del reconocimiento formal de sus derechos. En el tercero y

cuarto apartados, presentamos y examinamos los casos que resolvió el Comité y la Corte IDH en temáticas asociadas con grupos de diversidad sexual, respectivamente. Finalmente, desarrollamos algunas conclusiones a la luz del análisis de los casos.

II. LA IGUALDAD ANTE LA LEY: UN PRINCIPIO INCONCLUSO PARA LA DIVERSIDAD SEXUAL

Si bien uno de los aspectos que marcó la transición del periodo medieval al moderno fue la aparición formal de la igualdad ante la ley, esta no ha tenido la misma aplicación en la práctica para todas las personas. Las disputas sociales, políticas y legales que ha impulsado el activismo sociolegal por la visibilización y el respeto de los derechos de la diversidad sexual, así lo demuestran.

En efecto, aunque desde los siglos XVII y XVIII se dieron tres grandes movimientos revolucionarios que transformaron el mundo de las ideas —la Revolución inglesa, la Independencia estadounidense y la Revolución francesa— y generaron una ruptura con los regímenes anteriores basados en privilegios estamentarios, en la actualidad se continúa disputando el que posiblemente fue el principal legado de estos movimientos revolucionarios: la igualdad ante la ley.

Lo anterior resulta paradójico, sobre todo si se toma en cuenta que, desde su enunciación y reconocimiento, el derecho a la igualdad ha estado presente —al menos formalmente— en múltiples instrumentos legales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 precisamente acogió en su artículo 10. este derecho de la siguiente manera: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Como puede advertirse, el artículo acogió el sentido y alcance conceptual de las tres revoluciones señaladas que, en términos generales, establecieron la aplicación de las leyes sin excepción y por igual para todos los seres humanos. De ahí que el reconocimiento o ampliación de los derechos debe acompañar en igual proporción al resto de las personas.

Con independencia de que existen diversos criterios de interpretación en torno a la igualdad, y que sabemos que comúnmente se ha establecido que los jueces deben tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, los grupos que ejercen una identidad sexual diferente a las heteronormadas forman relaciones sentimentales no heterosexuales, como los grupos que se incluyen en las siglas LGBTI, no han tenido los mismo derechos que las personas heterosexuales, ni han gozado de la igualdad ante la ley. Por eso, estos grupos desde el siglo pasado han activado múltiples formas de protesta y activismo sociolegal para hacerse del reconocimiento de sus derechos en los tribunales.

De manera temprana, a mediados del siglo XIX se dieron los primeros antecedentes modernos del activismo gay cuando el médico húngaro Benkert solicitó al ministro de justicia de

la Federación Alemana del Norte, la eliminación del artículo del Código Penal que estipulaba como delito los actos homosexuales (Nina Chaparro y Soraya Estefan, 2011). A partir de ese momento, en la mayoría de los países se agudizó una persecución en contra de las personas homosexuales, agravada por los regímenes políticos que se experimentaron en Europa hasta mediados del siglo XX.

No obstante, la importancia de estos prolegómenos se dio en la década de los sesenta del siglo pasado en Estados Unidos de América, donde se gestaron una serie de protestas que fueron configurando el inicio del movimiento gay en la esfera pública y visibilizaron otras formas de ejercer la sexualidad. De los diferentes eventos que marcaron esa década, la narrativa dominante, de acuerdo con Felipe Caro (2020), señala que a partir de la oposición de grupos importantes de gays, lesbianas, latinos y activistas durante una redada policial en el afamado bar gay de Nueva York *Stonewall Inn*, se integró un movimiento social que buscó el reconocimiento de una identidad propia —la gay—, así como generar cambios legislativos para eliminar la discriminación social por motivos de preferencias sexuales.

Como puede suponerse, en ese periodo no existían antecedentes legislativos o judiciales que pudieran hacerse valer en los tribunales o en los ámbitos institucionales. De hecho, en diferentes contextos prevalecían legislaciones que tipificaban la homosexualidad o las prácticas homosexuales como delitos. Incluso, en el mismo ámbito de la salud el primer “Manual diagnóstico y estadístico para los trastornos mentales”, que fue publicado en 1952, el transexualismo se consideró un desvío sexual. La tendencia se extendió hasta finales del siglo XX, al estipular la homosexualidad como una enfermedad psiquiátrica en muchos países. Eso explica, en parte, el porqué el movimiento gay se concentró en visibilizar la homosexualidad y disputar en el espacio público la construcción social de los significados en torno a la edificación de la normalidad.

Por su parte, la trayectoria del movimiento gay en América Latina siguió en mayor o menor medida la misma ruta que en Estados Unidos. Y es que, como lo han expresado Jordi Díez *et al.* (2011), en las grandes ciudades de Latinoamérica los orígenes más relevantes de las movilizaciones gay por el reconocimiento de sus derechos, incluida, por supuesto, la igualdad, comenzaron primero en torno a la visibilización de la problemática gay en las décadas de 1970 y 1980. Después, como resultado de la propagación del VIH/sida y con los discursos de estigmatización que asociaron el contagio con la homosexualidad, la agenda se concentró primordialmente en atender las necesidades de poblaciones seropositivo y en reorientar los esfuerzos en brindar educación sexual para prevenir infecciones de transmisión sexual. Finalmente, en las últimas décadas se ha dado un viraje significativo que incluye la incorporación de nuevas categorías asociadas a la identidad, el establecimiento de las primeras organizaciones y colectivos, así como el uso del derecho y del litigio estratégico por parte de activistas para lograr el reconocimiento y protección de los derechos humanos tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano de Derechos Humanos.

El reconocimiento e incorporación en las legislaciones nacionales de algunos derechos, como el matrimonio igualitario, la pensión por viudez a parejas del mismo sexo, la modificación del nombre y del sexo en las actas del registro civil o el acceso gratuito a tratamientos hormonales para la transición de género, justamente son algunos de los ejemplos de los alcances formales que se han generado gracias a los diferentes procesos legales abiertos en sedes nacionales e internacionales.

Por ejemplo, en 2009, un juez en Argentina falló de manera progresista al señalar que la noción de matrimonio establecida en el Código Civil era inconstitucional, por lo que ordenó dar una licencia de matrimonio a una pareja del mismo sexo. Un año después, en el entonces Distrito Federal en México, entró en vigor en el Código Civil una figura que permitió la unión a parejas del mismo sexo. Por su parte, en Colombia, la Corte reconoció en 2011 que las parejas del mismo sexo son familia y están amparadas por la Constitución. En todas las experiencias, observamos como común denominador que el reconocimiento se logró gracias al impulso de activistas, académicos y organizaciones no gubernamentales que impulsaron y defendieron casos en los tribunales.

Lo anterior permite afirmar que la mayoría de las prerrogativas (incluida la igualdad ante la ley) que se han reconocido a los grupos de la diversidad sexual, han tenido que disputarse gradualmente tanto en los espacios sociales como en los judiciales. En ambos casos, el movimiento por la diversidad sexual se ha opuesto (y continúa haciéndolo) en gran parte del mundo a una violencia histórica institucional y social que ha estigmatizado, negado y, en muchos casos, criminalizado prácticas sexuales distintas a las socialmente aceptadas.

III. LA LIMITADA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: LOS CASOS SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS COMUNICACIONES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Después de presentar brevemente algunos de los eventos más importantes de la movilización sociolegal de la diversidad sexual en la búsqueda del reconocimiento de sus derechos; ahora pasamos a los casos que fueron resueltos por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en temas donde se abordó la protección de la orientación sexual y la identidad de género. Tras su revisión crítica, se observa un proceso relativamente limitado pero importante en la evolución de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, de manera particular en el establecimiento de parámetros protectores de los derechos humanos en casos donde se dio una vulneración por la orientación sexual o identidad de género de las víctimas.

Para identificar la evolución del desarrollo en los criterios y alcances del Comité que sirvieron de fundamento para la protección de la orientación sexual y la identidad de género, optamos por presentar las peticiones resueltas. El primer caso en torno a la orientación sexual fue el de *Nicholas Toonen vs. Australia*. La decisión se remonta a 1994, cuando Nicholas Toonen, ciudadano australiano y activista por la promoción de los derechos humanos de los homosexuales

en Tasmania, presentó una comunicación por considerar que dos disposiciones (artículos 122 y 123) del Código Penal de Tasmania, que tipificaban como delito diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluidos los actos sexuales consentidos en el ámbito privado entre hombres adultos homosexuales, violaban su derecho a la vida privada, la igualdad ante la ley y no discriminación sobre la base de su orientación sexual (Comité de Derechos Humanos, 1994).

En el caso, el Comité analizó dos elementos: el primero se refirió a si Toonen fue víctima de injerencia en su vida privada a la luz de los artículos 17, párrafo 1, y 20., párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el segundo elemento que estudió fue si se le discriminó en su derecho a la igual protección de la ley en desconocimiento del artículo 26 del PIDCP (CCPR, 1994, párr. 8.1). En lo relativo al primer elemento, se consideró que era incuestionable que las actividades sexuales consentidas —realizadas en el ámbito privado entre hombres adultos homosexuales— estaban comprendidas en el concepto de “vida privada”; de manera que Nicholas Toonen fue afectado por la vigencia de las leyes, objeto de impugnación, ya que representaban una injerencia continua y directa a su vida privada (Comité de Derechos Humanos, 1992, párr. 8.2). El Comité en su comunicación resaltó que debía evitarse la arbitrariedad en la injerencia a la vida privada cuando se trataba de aspectos que estaban previstos en la ley, indicando que de conformidad con la Observación General núm. 16 sobre el artículo 17, las injerencias a la vida privada no podían desconocer las disposiciones, objetivos y propósitos del PIDCP, debiendo cumplir el requisito de ser razonables; es decir, proporcionales al objetivo que se buscara y necesarias dadas las particularidades del caso (CCPR, 1994, párr. 4).

Otro aspecto del análisis del caso fue lo relacionado a las cuestiones morales. El Comité expresó que no pueden erigirse como un asunto exclusivo del orden interno de los Estados, y señaló que constituía un obstáculo para examinar las leyes que podrían violentar la vida privada de las personas al interior de los Estados. Por eso, el Estado de Australia fue hallado responsable de violar el artículo 17, párrafo 1, y el artículo 20., párrafo 1, del PIDCP, ya que las disposiciones del Código Penal de Tasmania no cumplían un criterio de razonabilidad (CCPR, 1994, párr. 8.6). En cuanto al segundo elemento, es decir, frente a si el Estado de Australia había vulnerado el derecho a la igualdad, sorprendentemente el Comité no consideró necesario examinar si hubo una discriminación a la luz del artículo 26 del PIDCP.

En 2003, el Comité se pronunció sobre el *Caso Edward Young vs. Australia*. Young fue víctima de discriminación por su orientación sexual, ya que el Estado de Australia le negó el derecho de pensión que tenía por haber convivido treinta y ocho años con el señor C. El argumento que utilizó el Estado para negar el derecho de pensión fue que se trataba de una pareja del mismo sexo y no cumplía con los requisitos que la ley exigía (vivir con otra persona del sexo opuesto) (CCPR, 2003, párr. 2.1).

En este caso, el Comité a la luz del artículo 26 de Pacto, consideró que la orientación sexual de Edwar Young fue la única razón en la que basó el Estado australiano para concluir que no podía acceder al derecho de pensión, evidenciándose que las leyes australianas relativas a las

prestaciones de pensión discriminaban a las parejas del mismo sexo. El Comité evocó que la prohibición de la discriminación del artículo 26 del PIDCP incluía la discriminación motivada por la orientación sexual. Sobre este punto se puntualizó que no toda distinción se adscribía a la discriminación prohibida por el PIDCP, pero esta debía estar fundada en criterios razonables y objetivos. Aquí el Estado no presentó ningún argumento que sirviera para demostrar que la distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permitía recibir prestaciones de pensión en virtud de la ley y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que, si se les concedían dichas prestaciones, fuese razonable y objetiva. Sobre esas razones, se resolvió que el Estado de Australia había desconocido el artículo 26 del PIDCP, al desestimar la solicitud de pensión de Edwar Young en razón a su orientación sexual (CCPR, 2003, párr. 10.4).

En tercer lugar, el Comité decidió en 2007 sobre el *Caso X vs. Colombia*, al igual que el anterior, el Estado colombiano le negó el otorgamiento de pensión al señor X, quien había sostenido una relación sentimental con el señor Y por veintidós años, de los cuales siete habían convivido. La negativa del Estado colombiano se basó en que la ley no permitía otorgar la sustitución de pensión entre personas del mismo sexo (CCPR, 2007, párr. 2.2).

Al igual que en el caso *vs. Australia*, el Comité determinó que el Estado colombiano había violado el artículo 26 del PIDCP, debido a la interpretación que realizaron los tribunales nacionales al aplicar la Ley 54 de 1990, ya que estimaron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía sólo a quienes formaban parte de una unión marital de hecho heterosexual. Además, de acuerdo con el Comité, el Estado no presentó ningún argumento para demostrar que la distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permitía recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se le concedían dichas prestaciones, era razonable y objetiva (CCPR, 2007, párr. 7.2).

Posteriormente, en una decisión del 2012, concretamente en *Fedotova vs. Federación de Rusia*, el Comité analizó los hechos en los cuales Irina Fedotova, mujer activista, lesbiana, fue condenada al pago de una multa por parte de las autoridades de Riazán. La multa se debió a una infracción administrativa por realizar actividades de propaganda homosexual entre menores de edad, con la publicación de carteles como “La homosexualidad es normal” y “Estoy orgullosa de mi homosexualidad” (CCPR, 2012, párrs. 2.1, 2.2, 2.3). El Comité analizó la violación al derecho a la libertad de expresión consignado en el artículo 19 y del derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 26 del PIDCP. Estipuló que las razones esgrimidas por el Estado para proteger la moral, la salud, los derechos y los intereses legítimos de los menores, no probaban que la limitación del derecho a la libertad de expresión, en cuanto a la propaganda de la homosexualidad frente a la propaganda que existía acerca de la heterosexualidad o de la sexualidad entre menores, cumpliera con criterios objetivos y razonables, como tampoco probaba la existencia de factores que justificaran la distinción que realizaban con la multa.

Para el Comité, Irina Fedotova ejerció el derecho a la libertad de expresión y en ningún momento promovió la práctica de actos sexuales entre menores ni mucho menos la promoción de

una orientación sexual concreta. Por lo tanto, en la comunicación del Comité, la Federación de Rusia violó el derecho a la libertad de expresión de Irina Fedotova, consignado en el artículo 19.2 del PIDCP y el derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual estipulado en el artículo 26 del mismo (CCPR, 2012, párr. 10.8).

El cuarto caso sometido fue a su vez el primero donde se abordó un asunto concerniente a la identidad de género. Se trató de *G. vs. Australia*, donde a una mujer trans que estaba casada con otra mujer, el Estado de Australia no le permitió realizar el cambio del sexo consignado en su partida de nacimiento (de masculino a femenino), ya que dicho trámite en virtud de la Ley de Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios de 1995, sólo lo podían hacer las personas que no estuvieran casadas. Por esta prohibición, a G., se le negó la expedición de una nueva partida de nacimiento, que iba a contener el sexo con el que ella se identificaba en ese momento (CCPR, 2017, párr. 2.3).

La determinación del Comité fue que la exigencia legal del Estado australiano de requerir no estar casada al momento de solicitar un cambio de sexo para la expedición de una partida de nacimiento constituyó una injerencia arbitraria a la vida privada, de conformidad con el artículo 17 del PIDCP; en razón de que la categoría “vida privada” hacía alusión a una esfera de la vida en la cual la persona podía expresar libremente su identidad, bien fuese en sus relaciones con los demás o sola. De ahí que la protección de la identidad de una persona incluía su identidad de género (CCPR, 2017, párr. 7.2).

De igual forma, G., como víctima, alegó que fue objeto de discriminación por motivos de su estado civil y/o condición de persona transgénero, según el contenido del artículo 26 del PIDCP. Sobre este punto, el Estado australiano argumentó que la diferenciación que realizaba entre personas casadas y no casadas que se habían sometido a un procedimiento quirúrgico de afirmación del sexo, y que luego requerían la corrección del sexo anotado en su partida de nacimiento, era una medida conforme a derecho para proteger el concepto de matrimonio, es decir, la unión entre un hombre y una mujer, decisión que se ajustaba a lo definido en el artículo 23 del PIDCP (CCPR, 2017, párr. 7.1).

El Comité determinó que la distinción realizada por el Estado de Australia, según lo señalado en el párrafo anterior, no cumplía con criterios de razonabilidad, objetividad y legitimidad en el fin perseguido. Por primera vez, el Comité en sus decisiones añadió que la prohibición de discriminación conforme al artículo 26 del PIDCP comprendía la motivada por el estado civil e identidad de género, incluyendo la condición de persona transgénero. Esta decisión constituyó un hito dentro de la jurisprudencia emitida por el Comité, ya que las anteriores decisiones que se han referenciado abordaron sólo la protección de la orientación sexual, pero a partir de 2017 y gracias a la sentencia *G. vs. Australia*, también se amplió la protección de la identidad de género como una categoría prohibida de discriminación según el artículo 26 del PIDCP.

En quinto lugar, en 2017 el Comité resolvió el caso *C. vs. Australia*, que fue un litigio en el cual la legislación australiana denegó el acceso al divorcio a las parejas del mismo sexo que contraían matrimonio legalmente en el extranjero, otorgándoles un trato discriminatorio frente a los matrimonios polígamos o en los que uno de los contrayentes no tenía la edad para contraer nupcias, que también se celebraban en el extranjero y a los cuales el Estado australiano les permitía acceder al divorcio en su país (CCPR, 2017, párr. 3.3). El caso se trató de C. y A., mujeres que se casaron en Canadá y que luego de años de convivencia decidieron separarse. C. no tuvo derecho de solicitar el divorcio en su país porque la ley de matrimonio de Australia no lo permitía.

En esta oportunidad, según el Comité el Estado de Australia debía probar que la diferencia de trato que otorgaba a las parejas del mismo sexo que se casaban legalmente en el extranjero, frente a las parejas heterosexuales que también contraían nupcias fuera de su territorio y que sí tenían derecho al divorcio, cumplía con criterios de razonabilidad, objetividad y persecución de un propósito legítimo. El Estado alegó que la diferencia de trato que dispensaba a las parejas del mismo sexo era legítima ya que la legislación en materia de divorcio solo se aplicaba a los matrimonios reconocidos como válidos en su país; era objetiva porque la prohibición estaba prevista en la ley, y razonable porque las excepciones aplicables a los matrimonios contraídos en el extranjero y no reconocidos en Australia estaban enunciados en la norma mediante la cual Australia reflejaba sus políticas. Frente a estas posiciones, el Comité determinó que los argumentos presentados por Australia no eran razonables, objetivos ni legítimos, y resaltó que el cumplimiento o la observancia de su legislación interna no constituía por sí sola un criterio objetivo. Por consiguiente, el Estado australiano había incurrido en una violación del artículo 26 del PIDCP, en la cual C. fue víctima de discriminación por su orientación sexual, ya que los motivos del Estado de negarle el acceso al divorcio, no se basaron en criterios razonables ni objetivos (CCPR, 2017, párr. 8.6).

Finalmente, en 2018 se presentó la petición de Kirill Nepomnyashchiy, quien se reconocía como gay y era un activista en favor de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, por haber cometido la infracción administrativa de difundir propaganda sobre la homosexualidad entre menores de edad en la entrada de una biblioteca con carteles que decían: “La homosexualidad es una forma saludable de sexualidad. ¡Los niños y los adultos deberían saberlo!” (CCPR, 2018, párrs. 2.1, 2.2, 2.3). Se determinó que la condena impuesta a Kirill Nepomnyashchiy constituía discriminación por motivos de orientación sexual, según lo dispuesto en el artículo 26 del PIDCP; dado que la ley que prohibía la “propaganda de la homosexualidad” a diferencia de la heterosexualidad o la sexualidad en general, hacía una distinción expresa sobre la base de la orientación sexual y la identidad de género, sin que existiesen criterios razonables ni objetivos para tal diferenciación (CCPR, 2018, párr. 7.5).

Una vez presentada la jurisprudencia del Comité, hay algunos aspectos que se desprenden de su examen y que nos interesa resaltar. En primer lugar, el Comité de Derechos Humanos ha dejado de forma bastante clara, según se puede extraer del análisis del caso *G. vs. Australia*, que

cuando los Estados realicen una diferenciación de trato en la cual esté involucrada la orientación sexual e identidad de género de las personas, tienen la obligación de probar que la diferenciación ejecutada responde a criterios razonables, objetivos y legítimos, de acuerdo con el fin que persigan.

En segundo lugar, el Comité igualmente ha dejado claro, de acuerdo con la sentencia *C. vs. Australia*, que la objetividad del fin perseguido con la diferencia de trato no se cumple con el simple hecho de que esté consagrada en la ley o que se alegue la observancia de la legislación interna. De ahí que los Estados deben tener presente que tanto la orientación sexual como la identidad de género son criterios prohibidos de discriminación y protegidos por el PIDCP. Lo cual obliga a que los Estados adopten medidas en sintonía con estas comunicaciones del Comité con la finalidad de modificar el derecho interno y adoptar criterios de derechos humanos.

Ahora, si bien el Comité ha resuelto algunos casos que pueden señalarse como alcances importantes en torno a la protección de la orientación sexual e identidad de género, lo cierto es que en países como México las instituciones de justicia continúan sin adoptar a cabalidad el derecho internacional, de ahí que se vuelva necesario que el Poder Judicial asuma en todos los niveles un compromiso que permita mejorar el goce y ejercicio de los derechos a la luz de estos importantes casos resueltos en el Sistema Universal. Al tiempo de adoptar medidas legislativas que contribuyan a garantizar la igualdad y no discriminación.

IV. LA ROBUSTA PROTECCIÓN A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN CASOS SOBRE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Luego de abordar los alcances del Comité de Derechos Humanos, en este apartado nos ocupamos de examinar las decisiones de la Corte IDH. Pero antes de abordarla es necesario señalar que los organismos internacionales en una interpretación y resignificación del derecho internacional de los derechos humanos, en lo relacionado al proceso de reconocimiento de la orientación sexual e identidad de género, han tenido que deslegitimar prácticas y leyes discriminatorias aplicadas con frecuencia por los Estados. Dichas leyes anulaban y violentaban el respeto a la libertad y a la dignidad del ser humano de autodeterminarse según su voluntad.

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte IDH, que a diferencia de las comunicaciones de los comités esta sí es obligatoria para los Estados que reconocen su competencia, su desarrollo, aunque progresivo en la defensa de la orientación sexual e identidad de género, es mucho menor en comparación con otras temáticas que han ocupado una mayor centralidad en América Latina. Hasta el día de hoy, existen cinco casos resueltos y una opinión consultiva.

Ahora, con independencia de esto, los casos contenciosos resueltos son verdaderas resoluciones paradigmáticas en el escenario latinoamericano. La primera se dio en la sentencia

Atala Riffo y niñas vs. Chile en 2012. El fondo versó por el alegado trato discriminatorio e injerencia arbitraria en la vida privada que sufrió Atala Riffo, en el contexto del proceso judicial donde se le privó de la custodia y cuidado personal de sus tres hijas.

Durante el proceso jurisdiccional realizado en Chile, los principales argumentos que se usaron para retirar la custodia de sus hijas a Atala fueron que la opción sexual asumida provocaba y provocaría afectaciones en el entorno psíquico y socioambiental de las niñas. Y aunque el sistema judicial chileno reconoció que no había ningún impedimento legal ni existían elementos que hicieran presumibles causales de inhabilidad legal, concedió la tuición al padre de las niñas. Los argumentos para retirar la tuición de las tres niñas fueron que al hacer explícita su orientación sexual y convivir en el mismo hogar que albergaba a sus hijas junto a su pareja, Atala alteró la normalidad de la rutina familiar y privilegió su bienestar personal e intereses, por encima del proceso de socialización y bienestar emocional de sus hijas (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 59).

En la resolución, la Corte IDH determinó que el proceso se concentró en la orientación sexual de Atala Riffo y en las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría haber generado en las tres niñas. En razón a estas circunstancias, el Juzgado de Menores sostuvo que la señora Atala privilegió sus intereses por encima del bienestar de sus hijas, y que en el marco de una sociedad heterosexuada y tradicional, el padre de las niñas les brindaría una mejor garantía para su interés superior (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 98). Consecuentemente, la Corte Suprema de Justicia de Chile al resolver el recurso de queja en contra de la decisión de primera instancia, que había decidido a favor de las pretensiones de la señora Atala Riffo, desestimó dicha decisión y emitió sentencia revocando la custodia de las niñas de su madre, con fundamento en lo siguiente:

i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores de edad, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores de edad respecto de la cual debían ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que podía producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y; iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 97).

Los argumentos que resaltó el Estado de Chile para fundamentar la no discriminación de la señora Atala Riffo por su orientación sexual, fue que para la fecha en la cual la Corte Suprema de Justicia de Chile emitió la sentencia de revocación de la custodia de la madre (mayo de 2004), no había consenso sobre que la orientación sexual era una categoría prohibida de discriminación (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 92). Al respecto, la Corte señaló que la falta de consenso no era justificación para el desconocimiento de los derechos humanos de las minorías

sexuales, como tampoco lo era para prolongar la discriminación histórica y estructural de la cual han sido víctimas. Por tal motivo, si un Estado negaba o restringía los derechos que le han sido reconocidos a las personas con fundamento en su orientación sexual, equivalía a una violación del artículo 1.1 de la Convención Americana (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 93).

La Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de Chile basándose en el trato discriminatorio dado a Atala Riffo, tanto en la decisión del Juzgado de Menores que determinó la custodia provisional de las niñas, como en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile que revocó de forma definitiva la custodia de las niñas respecto de la madre. Los elementos para decidir fueron los siguientes: 1) los argumentos que expuso la autoridad; 2) la conducta de la autoridad a lo largo del proceso; 3) el contexto en el cual se tomó la decisión, y 4) el lenguaje utilizado en la decisión (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 95). Así, en ambos pronunciamientos, la Corte observó que existía un nexo entre las resoluciones adoptadas y la orientación sexual de Atala Riffo, pues ambas autoridades le otorgaron toda la relevancia a que Atala Riffo convivía con su pareja, por eso se concluyó que la alegada protección del interés superior de las niñas mediante esas dos decisiones no probaban que fueran adecuadas para su amparo, ya que ambas autoridades judiciales no comprobaron que la convivencia con su pareja afectaría negativamente el interés superior de las niñas, sino que sus fundamentos fueron abstractos, estereotipados y discriminatorios. De esta forma, la Corte IDH señaló que el Estado había vulnerado el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 146).

Del *Caso Atala Riffo vs. Chile* es de destacar el alcance formal que la Corte IDH le dio a la protección de la orientación sexual, al significar que la expresión “otra condición social” del artículo 1.1 de Convención Americana englobaba cualquier criterio de discriminación que de forma expresa no hubiese quedado redactado en este (incluida la identidad de género), teniendo presente que las disposiciones normativas debían interpretarse desde el punto de vista más favorable a la persona y conforme evolucionaban los derechos humanos (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 85).

Un segundo aspecto por subrayar es que la Corte IDH expresara que, para determinar una diferenciación de trato en una decisión concreta, no se requería que la providencia en su integralidad se basara “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, bastaba probar que de forma clara o implícita la orientación sexual de la persona había influido en cierto punto para que las autoridades llegaran a tal conclusión.

Así mismo, el Estado de Chile no solamente resultó responsable de vulnerar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, también fue condenado por la vulneración del derecho a la vida privada (artículo 11.2) de Atala Riffo en relación con el artículo 1.1 de la Convención. A este respecto, la Corte IDH expresó que la orientación sexual era un elemento fundamental de la vida privada del individuo, como también era una parte esencial de la persona.

La segunda sentencia que emitió la Corte IDH es la de *Duque vs. Colombia*, de 2016. El asunto fue un caso de discriminación por motivos de orientación sexual, a raíz de la protección desigual de la ley colombiana frente al derecho de pensión cuando se trataba de parejas del mismo sexo. La petición ante la Comisión Interamericana fue presentada por Ángel Alberto Duque luego de que, tras la muerte de su compañero sentimental, se le negara el derecho a pensión por no cumplir con la calidad de beneficiario de acuerdo con la ley vigente en Colombia en materia de pensión de sobrevivencia. La negativa se debió a que no estaba contemplada en la legislación colombiana para la unión entre dos personas del mismo sexo (*Caso Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 70). Esta decisión fue confirmada por las instancias judiciales superiores a las cuales acudió el señor Duque en Colombia.

En este caso se realizó un análisis de la compatibilidad de la norma colombiana, relativa a los requisitos para acceder al derecho de pensión (Decreto 1889 de 1994, artículo 10) y la ley que regulaba las uniones maritales de hecho (artículo 10. Ley 54 de 1990), frente a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Antes de hacer dicho examen, la Corte precisó que la obligación general consignada en el artículo 1.1 hacía referencia al deber del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el derecho contenido en el artículo 24 de la Convención protegía el derecho a igual protección de la ley no solamente frente a los derechos contenidos en el tratado, sino que se extendía a todas las leyes del ordenamiento jurídico interno del Estado (*Caso Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 94).

Para determinar el carácter discriminatorio en una diferencia de trato, la Corte expresó que se debía analizar lo siguiente: 1) si el trato tenía una justificación objetiva y razonable, es decir, si perseguía un fin legítimo; 2) en caso que no existiese una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se perseguía, el Estado tenía la carga de probar a través de una fundamentación rigurosa y una argumentación exhaustiva el carácter objetivo y razonable de la restricción del derecho, no bastaba la simple citación de la ley para demostrarlo (*Caso Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 106). Estos criterios, que fueron aplicados en el *Caso Duque vs. Colombia*, permitieron concluir que la legislación colombiana que reglamentaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, así como el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, creaban una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales que conformaban una unión marital de hecho y aquellas parejas integradas por personas del mismo sexo que no podían constituir tal unión (*Caso Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 103).

Durante el desarrollo, el Estado colombiano no aportó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato dada entre las parejas heterosexuales que sí podían obtener la pensión de sobrevivencia y las parejas del mismo sexo que estaban excluidas de tal derecho, ni sobre por qué el hecho de recurrir a tal diferenciación era el único método para

alcanzar la finalidad de proteger una forma particular de familia, la conformada por la unión de un hombre y una mujer (*Caso Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 107).

De esta forma, se concluyó que el Estado colombiano no presentó una justificación objetiva y razonable que validara la existencia de la restricción en el acceso a la pensión por motivos de orientación sexual. En consecuencia, se determinó que la diferenciación creada en los artículos 10 de la Ley 54 de 1990 y 10 del Decreto 1889 de 1994, con base en la orientación sexual para poder acceder a la pensión de sobrevivencia, era discriminatoria. Por esas razones, se vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, al no habersele permitido a Ángel Alberto Duque el acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia instituida en la legislación colombiana (*Caso Duque vs. Colombia*, 2016, párrs. 124 y 138).

El tercer caso es el de *Flor Freire vs. Ecuador* de 2016. Los hechos que dieron lugar al conocimiento ocurrieron el 19 de noviembre de 2000, cuando varios funcionarios militares afirmaron haber visto al teniente Homero Flor Freire sosteniendo relaciones sexuales con otro soldado, al interior de su habitación ubicada en las instalaciones del Fuerte Militar Amazonas. Por esa razón, Flor Freire fue dado de baja de su cargo como funcionario militar de la Fuerza Terrestre ecuatoriana, con base en el Reglamento de Disciplina vigente para la época, el cual expresaba la sanción de separar del cargo a los funcionarios que realizaran actos sexuales con una persona de su mismo sexo, estuvieran o no en servicio (*Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párrs. 56 y 57).

La cuestión que se analizó se centró en determinar si hubo un trato desigual y discriminatorio contra Homero Flor Freire, en virtud de la confrontación realizada entre las normas del Reglamento de Disciplina Militar y de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, frente al derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana (*Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 113).

Las normas nacionales analizadas por la Corte IDH se referían a la sanción que recibían determinadas conductas previstas en diferentes artículos. El primer numeral fue el 117 del Reglamento de Disciplina Militar, que indicaba que los miembros de las fuerzas armadas que fueran sorprendidos en actos de homosexualidad dentro o fuera del servicio, de acuerdo con el artículo 87 literal (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, serían dados de baja. El segundo que se estudió fue el artículo 67 del también Reglamento de Disciplina Militar, el cual disponía que si los miembros de las fuerzas armadas realizaban actos sexuales ilegítimos al interior de los repartos militares, estos constituirían una falta atentatoria contra la moral. De ahí que tal conducta se sancionaba con un arresto de hasta diez días o con una suspensión de labores de diez a treinta días, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del mismo reglamento (*Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párrs. 60 y 61).

En la presentación de su testimonio ante la Corte IDH, Homero Flor Freire negó el suceso del acto sexual con el otro hombre, además expresó que no se identificaba como homosexual. Así,

el análisis se encaminó a esclarecer si existió discriminación en su contra durante el proceso de separación de las fuerzas armadas, motivada por la orientación sexual, fuera esta real o percibida. A raíz de esta particularidad, la Corte IDH advirtió que la orientación sexual real o percibida era protegida por la Convención Americana, aclarando que existían casos de discriminación por percepción, cuando una persona era discriminada por la apreciación o idea que otras tuvieran sobre su pertenencia a un grupo o sector social, sin que ello se ajustara con la realidad o el sentir de la víctima; de ahí que la persona era etiquetada por una particularidad y reducida a ella, conduciendo a un trato diferenciado por la imputación infundada de la cual era víctima (*Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 120).

Nuevamente se indicó que una diferencia de trato era discriminatoria si: 1) el Estado no formulaba una justificación objetiva y razonable de la restricción de un derecho, 2) el Estado no aportaba fundamentos rigurosos y sustentaba con argumentos exhaustivos las razones de la diferenciación de trato. Con base en estos motivos, la Corte IDH concluyó que el Estado de Ecuador no proporcionó una explicación sobre la finalidad de la diferencia de trato dada en el régimen militar a las relaciones homosexuales; al contrario, su argumentación se basó en la protección de la moral y el honor militar, que para la fecha en la cual los hechos sucedieron, no existía una obligación internacional de considerar la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación (*Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 124).

Luego de analizar los artículos del Reglamento de Disciplina Militar y de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, la Corte observó que se castigaba toda forma de expresión de la orientación sexual dentro y fuera del servicio, sancionándose la expresión de esta con la baja de las fuerzas militares. Por lo tanto, a juicio de la Corte IDH la segregación de las personas de las fuerzas armadas a causa de su orientación sexual real o percibida, manifestaba ser contraria a la Convención Americana; por ello, la sanción impuesta a Homero Flor Freire constituyó un acto discriminatorio, por la orientación sexual percibida y generó la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador, por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación reconocido en el artículo 24, en consonancia con el artículo 1.1 y 20. de la Convención Americana (*Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 140).

Es dable destacar del *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, que el Estado también fue hallado responsable de la violación del derecho a la honra y a la dignidad del señor Homero Flor Freire, pues la Corte IDH observó que la estima y valía propia de Flor Freire se vio afectada debido al contexto social en el cual se desenvolvía y a las circunstancias que dieron lugar a su baja de las fuerzas militares. Sobre el derecho a la honra, el Tribunal subrayó que es un derecho relacionado con el respeto con el cual toda persona debe ser tratada por los demás miembros de la sociedad, debido a la dignidad humana y del reconocimiento al valor intrínseco o esencial que tienen los seres humanos en su relación con la comunidad y frente a sí mismos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 11.1).

De las condenas emitidas por la Corte IDH, ha de subrayarse que el tribunal parte de dos criterios distintos para la determinación del carácter de discriminatorio por motivos de orientación sexual e identidad de género. Así, el criterio utilizado por la Corte IDH en la decisión *Atala Riffo vs. Chile*, se derivó del análisis de los argumentos de los tribunales chilenos, a partir de las conductas asumidas por las autoridades a lo largo de los procesos, del contexto en el cual se tomaron las decisiones y del lenguaje utilizado en las sentencias de los tribunales internos. En este fallo, la Corte IDH expresó que, para determinar el carácter discriminatorio de una decisión de autoridad, no se requería que la totalidad de la providencia se basara en la orientación sexual o identidad de género de las víctimas, bastaba probar que influyó en cierto punto para la adopción de la decisión.

El segundo criterio manejado por la Corte IDH en los casos *Duque vs. Colombia* y *Flor Freire vs. Ecuador*, se dio desde el análisis del carácter discriminatorio de las legislaciones internas, por ello el tribunal abordó el estudio de estos casos examinando si el trato dado en ambos ordenamientos tenía una justificación objetiva, razonable y perseguía un fin legítimo. Así mismo, la Corte IDH señaló que cuando los Estados restringen derechos tienen la carga de probar mediante una argumentación exhaustiva la razonabilidad y objetividad de las restricciones; enfatizando que, alegar la observancia de la legislación interna no cumple el requisito de la argumentación.

Por otro lado, en el Sistema Interamericano existen dos casos recientes con alcances fundamentales para la protección de personas LGBTI. El primero se trata de *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, en el que la Corte IDH conoció de la privación de la libertad ilegal, arbitraria y discriminatoria de la cual fue víctima Azul Rojas Marín el 25 de febrero de 2008, cuando por supuestos fines de identificación fue detenida por parte de agentes estatales (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 1). En esta sentencia se determinó que la detención fue realizada por motivos discriminatorios; como también desconociendo las causas y procedimientos establecidos en la legislación de Perú, además de que a Azul no le fueron informados las razones de su detención como tampoco existió registro de esta (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 133).

A través de esta sentencia, la Corte IDH utilizó por primera vez el término *violencia por prejuicio* para valorar que Azul Rojas Marín fue víctima de este tipo de violencia en tres momentos: 1) en la detención inicial; 2) en los hechos que ocurrieron mientras estuvo detenida en la Comisaria, y 3) en la falta de investigación efectiva (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 83). De acuerdo con la Corte IDH: “Las personas LGBT son víctimas de violencia por prejuicio debido a las percepciones negativas asociadas a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género; dado que, los agresores consideran tener la potestad de castigar a quienes desafían las normas de género” (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 92).

Se destaca en este caso la obligación que tienen los Estados de actuar con la debida diligencia en las cuestiones de tortura sexual, además la de investigar cuando se trata de hechos violentos, si las causas de dicha agresión obedecen a motivos discriminatorios. Por ello, los Estados están obligados a: 1) explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad; 2) recolectar y asegurar las pruebas; 3) emitir decisiones razonadas, imparciales y objetivas, sin que se omitan hechos sospechosos que puedan significar violencia motivada por discriminación; porque de lo contrario, la falta de investigación por parte de las autoridades de las posibles razones discriminatorias, constituirían una forma de discriminación y un claro desconocimiento del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 196).

Teniendo en cuenta lo anterior, más otros elementos que fueron objeto de análisis por parte de la Corte IDH, se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Perú por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida privada, a no ser sometida a tortura (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 167), a las garantías judiciales y a la protección judicial de Azul Rojas Marín, vinculada con las obligaciones de respeto y garantía de tales derechos sin discriminación alguna y de emitir las medidas de derechos interno que se consideren necesarias (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 219). Además, la Corte IDH encontró responsable al Estado de Perú por violar el derecho a la integridad personal de la madre de Azul Rojas Marín (*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, párr. 222).

Finalmente, el último caso contencioso, que por cierto fue resuelto de manera reciente (marzo de 2021), es un verdadero alcance en términos jurisprudenciales, ya que por primera vez en la historia de la Corte IDH, este organismo internacional condena a un Estado por la violación a los derechos humanos de una mujer trans, se trata del *Caso Vicky Hernández vs. Honduras*. En efecto, se trata del caso de una mujer transgénero, defensora de derechos humanos y trabajadora sexual, que fue asesinada en San Pedro Sula durante el toque de queda decretado el 28 de junio de 2009 en Honduras (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 1). En esta sentencia la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida, integridad personal, reconocimiento a la personalidad jurídica, libertad personal, privacidad, libertad de expresión y al nombre, derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrs. 101, 120, 125). Igualmente, la Corte IDH declaró que Honduras desconoció la obligación establecida en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en perjuicio de Vicky Hernández (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 133). Esta última sanción es considerada como un precedente histórico, dado que la Corte aplica por primera vez este tratado en el caso de una mujer trans.

El caso de Vicky Hernández se dio en un contexto generalizado de violencia, detenciones arbitrarias, homicidios y discriminación en contra de las personas LGBT en Honduras (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 89), aunado a la crisis social y política

derivado del golpe de Estado el 28 de junio de 2009. En este contexto, se produjeron violaciones a los derechos humanos por parte de agentes estatales, donde uno de los grupos más afectados fueron las mujeres trans que eran trabajadoras sexuales. Por otra parte, en este caso, la Corte IDH retoma lo expresado en la sentencia de Azul Rojas Marín con relación al concepto de *violencia por prejuicio*, pero refiriéndolo específicamente a la identidad y expresión de género, y al igual que en el caso de Azul, la Corte IDH declara responsable al Estado por desconocer el principio de debida diligencia y no investigar en un plazo razonable los hechos que originaron la muerte de Vicky Hernández (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 1).

Otro elemento que ha de rescatarse del caso de Vicky Hernández es su rol de defensora de derechos humanos y su participación en el Colectivo Unidad Color Rosa, puntos que han de destacarse porque de acuerdo con la Corte IDH, en los Estados recae

una obligación reforzada de investigar las afectaciones a los derechos de las defensoras y defensores de derechos humanos, como lo son los colectivos que defienden derechos de las personas LGBT y de las mujeres trans; más aún, cuando dichas violaciones a sus derechos se producen en el marco de un toque de queda en el cual la fuerza pública es la única autorizada a circular por las calles (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 98)

por lo cual, atañe a los Estados aplicar una perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de los casos de violencia en contra de las mujeres, término que también comprende a las mujeres trans, ya que en sus casos prima la tolerancia a la violencia y la impunidad (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 134).

En el *Caso Vicky Hernández vs. Honduras*, la Corte IDH declara la responsabilidad del Estado de violar el derecho a la identidad de género de Vicky, acto que se deriva por haber vulnerado su derecho a la vida por causa de expresar libremente su identidad (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 120). Igualmente, y como elemento diferenciador de esta sentencia, es necesario destacar el relacionamiento del caso con los artículos 7.a y 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; ya que el fallo hace reconocimiento de la identidad de género de las mujeres trans por medio de una interpretación evolutiva, al admitir que la protección en contra de la violencia basada en el género que desarrolla este tratado, también comprende a las mujeres trans (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 133).

Por último, es necesario distinguir algunas de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en el caso de Vicky Hernández, ya que ordena la creación de una beca educativa para las mujeres trans en Honduras (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 164). Esta reparación fue decretada teniendo en cuenta el contexto de discriminación que viven las mujeres trans en el país y que fue ampliamente desarrollado en la sentencia. Otras de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH y que buscan transformaciones estructurales a favor de las mujeres trans y de las demás personas LGBT en Honduras son las siguientes: 1) el Estado tiene la obligación de crear en un plazo de dos años un procedimiento para el reconocimiento de la

identidad de género de las personas trans en el país, con el fin de que su identidad de género autopercibida corresponda a lo escrito en sus documentos de identificación y registros públicos; por lo cual, la adopción de este procedimiento ha de hacerse conforme a lo expresado en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrs. 172, 173); 2) el Estado en el mismo plazo indicado en el numeral 1) deberá crear un protocolo de investigación y administración de justicia para ser aplicado en los procesos penales relacionados con casos de violencia donde las víctimas sean personas LGBT (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 176); 3) el Estado tiene el plazo de un año para diseñar e implementar un sistema de recopilación de datos y cifras asociadas a la violencia en contra de las personas LGBT (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párr. 179). Las anteriores reparaciones más las otras que están descritas en la sentencia, generan un precedente en el camino de superar la situación de desigualdad estructural en la que han vivido grupos en situación de desventaja en la sociedad y propicia a que las organizaciones de la sociedad civil generen mecanismos de monitoreo e incidencia para solicitarle al Estado el cumplimiento de este tipo de decisiones.

Además de los casos contenciosos, existe una opinión consultiva fundamental para la protección de algunos de los derechos humanos de las personas LGBTTI, la OC-24/17. En efecto, luego de algunas dudas del Estado de Costa Rica con relación al alcance de la prohibición de la discriminación por motivos de la orientación sexual e identidad de género, así como de otras cuestiones relacionadas con ambas temáticas. La Corte, en un esfuerzo importante, partió de señalar que con independencia de que la situación de las personas de esta población no es homogénea en el continente, en lo referente a la orientación e identidad de género señaló que la discriminación no sólo se contempla por la condición de homosexualidad, sino que, además, incluía la expresión y consecuencias en los proyectos de vida. Igualmente, marcó un alcance medular al considerar que el derecho a la identidad de género forma parte de los elementos que conforman la dignidad humana, por lo que enfatizó que este derecho tiene implicaciones de constituirse como un derecho autónomo que alimenta su núcleo de los derechos consagrados en instrumentos del derecho internacional como los contemplados por los Estados en sus ordenamientos internos.

En el mismo sentido, la Corte marcó un precedente medular para la protección de la identidad de género al señalar que este derecho resulta crucial para garantizar el goce en conjunto de los derechos humanos de las personas trans. Por eso concluyó que los procedimientos para el cambio de identidad deben llevarse a cabo con características mínimas, evitando que las personas deban cubrir requisitos complicados, discriminatorios o judiciales. En cambio, deben buscarse las mejores prácticas y estándares, tales como que los procesos se basen únicamente el consentimiento libre e informado, no se exijan certificados médicos de ningún tipo, ser procedimientos confidenciales y, en la medida de lo posible, aspirar a que sean expeditos y tender a la gratitud. Así, la Corte da un paso importante en la protección de las personas trans y deja el reto para los Estados de adoptar estos criterios jurisprudenciales en el derecho interno.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, se ha examinado y desarrollado el alcance jurisprudencial que se le ha otorgado a la orientación e identidad de género en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, representado por la Organización de las Naciones Unidas en el plano universal, concretamente por el Comité de Derechos Humanos y, por otro lado, por la Organización de los Estados Americanos que encabeza la Corte IDH. Luego del análisis de ambos sistemas, se evidencia un desarrollo un tanto similar, al pronunciarse tanto en uno como en otro sobre la protección de la orientación sexual y de las relaciones homosexuales consentidas, la tutela de los derechos de las parejas del mismo sexo en su vida privada y familiar, el amparo del derecho de pensión, la facultad de acceder al divorcio, la protección de la libertad de expresión de la sexualidad y, recientemente, la introducción de la categoría *violencia por prejuicio* ejercida en contra de personas con una orientación sexual diversa o que se identifican como personas trans con la finalidad de combatirla.

Al mismo tiempo, se observa que los alcances jurisprudenciales en torno a la orientación sexual e identidad de género han sido progresivos en ambos órganos, pero con un mayor alcance de la orientación sexual frente a la identidad de género, que proporcionalmente se ha resuelto en menor medida en las instancias internacionales. Sin embargo, se rescata, por ejemplo, que el Comité en el caso *G. vs. Australia* de 2017, tuteló por primera vez los derechos de una persona transgénero, señalando de forma expresa que la identidad de género era un motivo prohibido de discriminación a la luz del artículo 26 del PIDCP. Este alcance es particularmente medular, porque fue a partir de ese año que se empezó a observar la inclusión de la identidad de género en los argumentos empleados por el Comité para expresar su protección, como lo hizo en el caso *Kirill Nepomnyashchiy vs. Federación de Rusia* de 2018, donde se señaló que la identidad de género era un motivo prohibido de discriminación.

Respecto a las sentencias de la Corte IDH desarrolladas, ubicamos dos grandes momentos. Uno donde se ha tutelado de manera importante la orientación sexual y la no discriminación, y un segundo momento, donde la temática de la identidad de género se ha protegido, particularmente en lo relacionado con la violencia por prejuicios. Con independencia de estos momentos, desde la sentencia de *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, al igual que en la de *Flor Freire vs. Ecuador*, se expresó que la identidad de una persona estaba protegida dentro del derecho a la vida privada, honra y dignidad (artículo 11 de la Convención Americana), además de la protección concedida por los artículos 1.1 y 24 de la misma.

Por otra parte, han de destacarse elementos diferenciados y semejantes entre las sentencias de la Corte IDH; ya que, por un lado, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, se hizo un análisis del carácter discriminatorio de la interpretación realizada por los órganos judiciales chilenos en sus decisiones, mientras que en los casos *Duque vs. Colombia* y *Flor Freire vs. Ecuador*, se realizó un examen de congruencia entre las normas nacionales involucradas con la Convención Americana.

De igual manera, un elemento en común que tuvieron los casos *Flor Freire vs. Ecuador* y *Duque vs. Colombia* fue que en ambos la violación de los derechos humanos radicó en el carácter discriminatorio de las leyes del derecho interno de cada Estado (artículo 24 de la Convención Americana), las cuales incumplieron la obligación general de respeto y garantía del artículo 1.1 del estatuto. Pero, lo que diferencia a ambas decisiones es que, en el caso de *Duque vs. Colombia*, la discriminación por la orientación sexual de Ángel Alberto Duque se fundó en su orientación sexual real; mientras que en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*, la discriminación se sostuvo en la orientación sexual percibida por parte de las autoridades militares de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana. En este caso, la Corte IDH denotó que se protegía tanto la orientación sexual de quien se reconocía homosexual como de quienes no lo son, debido a que cualquier persona puede ser víctima de discriminación por la atribución de estereotipos.

Queremos resaltar que si tomamos como base la situación histórica que ha acompañado a los grupos de la diversidad sexual, nuestro estudio muestra que la protección de los derechos humanos de las personas debido a su orientación sexual e identidad de género ha experimentado un importante avance en términos de los alcances formales, particularmente en el Sistema Interamericano, ya que como sabemos, las resoluciones de la Corte son de carácter vinculante para los Estados. Así que, de esta forma, cada vez se cuenta con mayores elementos para solicitar la justiciabilidad y protección de los derechos humanos de las personas asociadas a la diversidad sexual. No obstante, una tarea pendiente en la región y en México, además de incorporar los criterios tanto del Comité como de la Corte en las legislaciones nacionales y en espacios judiciales por medio de reformas o políticas afirmativas, es la formulación y puesta en marcha de una política de corte transversal que involucre a múltiples actores y escenarios, que logre disminuir la violencia por prejuicio ejercida en razón de la orientación sexual o la identidad de género, ya que según las cifras de las propias organizaciones 3500 personas de la comunidad LGBTTI fueron asesinadas entre 2014 y 2020 en América Latina y el Caribe, mientras que casi 400 asesinatos ocurrieron en 2020 y al menos 209 en México según el Observatorio LGBT+.

Por esa razón, concluimos que si bien se han generado alcances importantes en materia jurisprudencial a nivel internacional que permiten vislumbrar avances sobre el tema, sumada a la creación en 2014 de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para generar cambios de mayor magnitud es fundamental formular políticas públicas integrales que sean aplicables en los espacios educativos, de salud y trabajo. La sensibilización y educación permanente en términos del género y diversidad son la clave para una real transformación social.

VI. REFERENCIAS

Caro, F. (2020). Más allá de Stonewall: El Movimiento de liberación homosexual de Colombia y las redes de activismo internacional, 1976-1989. *Historia Crítica* (75), 93-114. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-16172020000100093&script=sci_abstract&tlng=es

- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012). Corte IDH. Sentencia del 24 de febrero, fondo, reparaciones y costas. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú* (2020). Corte IDH. Sentencia del 12 de marzo de 2020, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_402_esp.pdf&clen=
- Caso Duque vs. Colombia* (2016). Corte IDH. Sentencia del 26 de febrero, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
- Caso Flor Freire vs. Ecuador* (2016). Corte IDH. Sentencia del 31 de agosto, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf
- Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras* (2021). Corte IDH. Sentencia del 26 de marzo de 2021, fondo, reparaciones y costas. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_422_esp.pdf&clen=12299
- Chaparro, N. y Estefan Vargas, S. (2011). Imágenes de la diversidad. El movimiento de liberación LGTB tras el velo del cine. *Culturales*, 7(14), 57-86. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-11912011000200004&lng=es&tlng=es
- Comité de Derechos Humanos (1994). Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/488/1992. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/702>
- Comité de Derechos Humanos (2003). Caso *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1076>
- Comité de Derechos Humanos (2007). Caso *X v. Colombia*, Communication No. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1338>
- Comité de Derechos Humanos (2012). Caso *Fedotova v. Federación de Rusia*, Communication No. 1932/2010, U.N. Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1272>
- Comité de Derechos Humanos (2017). Caso *C v. Australia*, Communication No. 2216/2012, U.N. Doc. CCPR/C/119/D/2216/2012. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2375>.
- Comité de Derechos Humanos (2017). Caso *G. v. Australia*, Communication No. 2172/2012, U.N. Doc. CCPR/C/119/D/2172/2012. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2220>
- Comité de Derechos Humanos (2018). Caso *Kirill Nepomnyashchiy v. Federación de Rusia*, Communication No. 2318/2013, U.N. Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2546>
- Díez, J. (2011). La trayectoria política del movimiento Lésbico-Gay en México. *Estudios Sociológicos*, XXIX (86), 678-712. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59823584010>.
- Díez, J. (2018). *La política del matrimonio gay en América Latina. Argentina, Chile y México*. Fondo de Cultura Económica.
- Epp, C. (2013). *La revolución de los derechos: Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Siglo XXI Editores.
- ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de*

diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171.
<https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html>

ONU: Comité de Derechos Humanos (CCPR), *Observación general No. 16 sobre el Artículo 17 (derecho a la intimidad)* CCPR/G/EC/6624, 32o. período de sesiones (1988),
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=es

Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). San José-Costa Rica*, 22 de noviembre de 1969, Serie sobre tratados, OEA, núm. 36,
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Notas

* Recibido el 13 de septiembre de 2021; aceptado el 12 de noviembre de 2021.

Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto DER2017-83488-C4-3-R “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER. La investigación, no publicada, conforma el desarrollo de la comunicación presentada en el marco del XIII Congreso Europeo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “El trabajo en la era digital”, 5-7 de mayo de 2021.

** ORCID: 0000-0002-5666-5082. Magíster (c) en Defensa de los Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Chiapas. Abogada de la Universidad Santo Tomás – sede Medellín. Correo electrónico: alexa.ruizu@gmail.com

*** ORCID: 0000-0002-4915-0216. Doctor en investigación en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México (Flacso-México). Profesor investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Correo electrónico: iran.guerrero@uaeh.edu.mx

1 El artículo 1o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala: “Los hombres han nacido, y continúan siendo libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública”; por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 1o., señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; finalmente, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin distinción a igual protección ante la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

2 La orientación sexual, en términos generales, se entiende como la capacidad de manifestar y expresar sus preferencias sexuales, sentir atracción emocional, física o romántica por una persona de otro género, del mismo o de más de uno. Es independiente del sexo biológico, de ahí que las personas heterosexuales tienen una orientación sexual hacia personas del género distinto, las personas gays o lesbianas tienen una orientación sexual hacia personas del mismo género, mientras que las personas bisexuales pueden tener una orientación sexual hacia personas del mismo género u otro. A nivel internacional, la ONU en 2008 precisamente emitió una declaración sobre la orientación sexual e identidad de género, donde se condenó la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y los prejuicios basados en la orientación sexual. Para quien tenga el interés en profundizar en torno a la temática, se puede consultar: Butler, J. (2021). *Deshacer el Género*. Paidós; Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad, vol 1, La voluntad del saber*. Siglo XXI; Lamas, M. (2005). *Orientación sexual, familia y democracia*. Nexos. <https://www.nexos.com.mx/?p=11717>

3 La identidad género, según lo recuperado por la ONU, “es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero.pdf>. Esto significa que, eventualmente, puede implicar la modificación de la apariencia o función corporal por medio de procedimientos médicos específicos, así como otras formas de manifestación del género, tales como la forma de vestir, comportarse, hablar, etcétera.

4 Con los años, la expresión se ha ido transformando. Sin embargo, usamos LGBTI por ser la utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

5 Artículo 11.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6 Véase <https://www.animalpolitico.com/2020/06/asesinatos-lgbt-crimenes-odio-observatorio/>; <https://elpais.com/sociedad/2021-06-28/nada-que-celebrar-colombia-mexico-y-honduras-registran-el-89-de-los-ataques-contra-las-personas-lgbti.html>.

ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN DEBATE ABIERTO EN EL DERECHO ARGENTINO*

ACCESS TO THE VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY BY PERSONS WITH DISABILITIES. AN OPEN DEBATE IN THE ARGENTINE LAW

Marisa HERRERA**

Martina SALITURI AMEZCUA***

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17071](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17071)

Resumen:

El presente artículo tiene como finalidad el estudio del ejercicio de los derechos reconocidos en la ley argentina 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo por personas con discapacidad. Para ello, se propone un abordaje jurídico a través del análisis sistémico de toda la normativa nacional involucrada, de diversos niveles jerárquicos, para su interpretación y aplicación armónica a la luz de los estándares de derechos humanos, que constituyen una perspectiva obligatoria en el ordenamiento argentino. De este modo, se detectan contradicciones jurídicas, principalmente entre la referida ley 27.610 y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, cuando se trata de personas absolutamente imposibilitadas de interactuar con el entorno y, por ende, de manifestar su voluntad para la práctica. Así, se busca visibilizar dicha contradicción y problematizarla hacia la compatibilización de la aplicación

Abstract:

The purpose of this paper is to study the exercise of the rights granted by Law No 27,610 of Access to the Voluntary Termination of Pregnancy by persons with disabilities. This paper suggests a legal approach, through a systemic analysis of all the domestic regulations involved, at different hierarchical levels, so as to assess their interpretation and application in compliance with the human rights standards, which prevail in the Argentine legal system. Legal contradictions arise between the abovementioned Law No 27,610 and the Argentine Civil and Commercial Code, mainly concerning persons with disabilities absolutely unable to interact with their environment, and thus unable to express their consent. This paper aims to cast light on this contradiction and pose it as a problem in pursuit of regulatory harmonization so as to prevent it from leading to either human

normativa, de modo que en los hechos no implique conculcaciones de derechos humanos ni fallas interpretativas. Lo expuesto se enmarca en la reciente sanción de la referida ley argentina que permite el aborto voluntario, constituyendo un hito histórico y jurídico no sólo para dicho país sino también para toda América Latina. En consecuencia, se busca en este artículo brindar aportes y respuestas a interrogantes aún abiertos que plantea, como desafíos, la incipiente aplicación de la ley argentina 27.610, con la convicción de que ello contribuya a la anticipación, prevención y resolución de conflictos jurídicos en la materia.

Palabras Clave:

interrupción voluntaria del embarazo, personas con discapacidades, derechos humanos, código civil y comercial.

rights violations or misinterpretations in practice. The framework of this paper is within the recent enactment of the abovementioned law which gives access to the voluntary termination of pregnancy. Hence, this has become a historical and legal milestone, not only in this country but in all Latin America. This paper aims to provide some contributions and answers to issues still open which are posed as challenges by the recent application of Law No 27,610 with the strong belief that this will contribute to the anticipation, prevention and resolution of legal conflicts in this field.

Keywords:

voluntary termination of pregnancy, persons with disabilities, human rights, civil and commercial code.

SUMARIO: I. Introducción: planteamiento del problema. II. Desarrollo. Desde el marco convencional y hasta los nudos más críticos del derecho argentino. III. Conclusión. Breves palabras de cierre. IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A fines de 2020, el derecho argentino ha sido protagonista de otro hito legislativo como lo es la sanción de la Ley núm. 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (conocida por sus siglas IVE), admitiendo la decisión libre e informada de la persona gestante hasta la semana 14 incluida sin tener que demostrar determinadas causales o exponer las razones de esta manifestación de voluntad. Se trata de una normativa que generó un fuerte, acalorado y profundo debate desde el 2018, año en el que un proyecto de similares características al efectivamente sancionado fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación el 14 de junio de 2018, pero que no logró los votos suficientes para su sanción definitiva por la Cámara de Senadores en agosto del mismo año.

Lo cierto es que el tema se instaló con fuerza gracias a la potencia y militancia del movimiento feminista que se fortaleció y consolidó al calor de esta demanda social, la cual fue receptada por el gobierno de Alberto Fernández y Cristina Fernández de Kirchner a tal punto que el proyecto efectivamente sancionado y que incentiva el presente ensayo fue presentado por el Poder Ejecutivo Nacional Argentino (2020) cuyo mensaje de elevación explicita que

Si el Congreso sanciona la ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, Argentina podrá empezar a desandar el camino de la amenaza penal y la desigualdad y recorrerá el de la justicia social y el ejercicio de derechos como respuestas más justas y democráticas para que todas las personas gestantes tengan los mismos cuidados y condiciones, cualquiera sea la provincia que habiten, su nivel socioeconómico y el subsistema de salud, público o privado, donde se atiendan. El envío de este proyecto es un hito que se suma a una historia de numerosas luchas para la conquista de este derecho.

Se trata de una ley que encierra dos grandes cuestiones: 1) introducir modificaciones al Código Penal para ampliar los casos de despenalización del aborto, básicamente, de los artículos 85 al 88 de la legislación penal y 2) diferentes normativas vinculadas con el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) cuya obligación y responsabilidad está en cabeza de los profesionales de la salud quienes se han resistido a cumplir con este tipo de decisiones personales, tal como lo ha demostrado la práctica en materia de interrupción legal del embarazo por causales previstas en ese mismo texto legal desde 1921.

De este modo, la normativa actual vigente desde los primeros días de 2021 establece dos grandes ámbitos en materia de aborto (Ley núm. 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo [Ley de IVE], 20/7/2021, art. 4):

1) Con plazo y sin causales: primeras 14 semanas.

2) Con causales y sin plazos: *a)* violación y *b)* peligro en la salud integral o la vida de la persona gestante.

Esta ley trae una gran cantidad de cuestiones hábiles para analizar en profundidad, máxime tratándose de una de las tantas cuentas pendientes en clave de géneros en la región, en la que aún priman miradas conservadoras y reduccionistas de las problemáticas que involucran a las mujeres y cuerpos feminizados a la luz del principio de igualdad y no discriminación en razón o por motivos de género. Aquí, antes de pasar a analizar la cuestión que nos convoca: el acceso a la IVE de las personas con discapacidad como parte de la noción amplia de “acceso a la justicia”, nos parece de interés destacar las tres siguientes consideraciones.

La primera gira en torno al ámbito de aplicación subjetivo, en particular, a los/as destinatarios/as de la ley, es decir, mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar de conformidad con el artículo 2 de la Ley 27.610. Ello responde a la lógica que impuso la Ley argentina núm. 26.743 de Identidad de Género que se centra o adopta como columna vertebral la noción de “identidad autopercibida”, siendo la voluntad la que habilita al cambio de identidad de género sin la necesidad de apelar a operación quirúrgica de “reasignación” o terapias hormonales previas; de allí que sea necesario involucrar o incorporar a los hombres trans que perfectamente pueden mantener la capacidad de gestar y a quienes también se debe reconocer el acceso a la IVE.

La segunda se refiere al lugar de relevancia que ocupa todo lo relativo al acceso a la IVE, de allí que el artículo 50. no sólo establece un plazo determinado para la realización de la práctica de 10 días corridos, sino también explicita cuáles son los principios sobre los que se edifica la atención pre, durante y post a la interrupción y son: 1) trato digno, 2) privacidad, 3) confidencialidad, 4) autonomía de la voluntad, 5) acceso a la información, 6) calidad (Ley de IVE, 20/7/2021, art. 5).

La tercera y última compromete el marco normativo constitucional-convencional, el cual es explicitado a los fines de que quede claro cuáles son los derechos humanos involucrados en el acceso a la IVE: los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias (Ley de IVE, 20/7/2021, art. 3). Se trata de un total de 17 derechos que se entrecruzan, repotencian y vinculan entre sí de conformidad con la interdependencia propia de los derechos humanos.

Estos son algunos de los cimientos sobre los que se edifica la Ley 27.610, la que se preocupa de manera precisa y especial por el consentimiento informado por parte de dos colectivos vulnerables: 1) las personas menores de edad y 2) las personas con discapacidad. En esta oportunidad nos dedicamos a los segundos, cuyo artículo 90. establece:

Si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho. Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Previo a analizar en profundidad esta disposición, resulta necesario aclarar qué dicen las dos normativas de la legislación civil que menciona y vincula el propio artículo 90. de la Ley 27.610.

Veamos, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyC), en el apartado referido a los “Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad” dispone que

Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances

de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (CCyC, 20/7/2021, art. 43).

Esta normativa, como es sabido, responde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se analiza en el próximo apartado y adopta el denominado “modelo social de la discapacidad” partiendo de la regla que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial” (CCyC, 20/7/2021, art. 31, inc. a), aunada a que “las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona” (CCyC, 20/7/2021, art. 31, inc. b).

Por su parte, el artículo 59 del Código Civil y Comercial se refiere al “Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud”, estableciéndose en su parte pertinente que

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente (CCyC, 20/7/2021, art. 59).

Con esta interacción normativa que propone el artículo 90. de la Ley 27.610, dedicado de manera particular al consentimiento informado de las personas con discapacidad en lo relativo al acceso a la IVE, se da comienzo al estudio de los aportes y tensiones que genera esta regulación.

II. DESARROLLO. DESDE EL MARCO CONVENCIONAL Y HASTA LOS NUDOS MÁS CRÍTICOS DEL DERECHO ARGENTINO

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) del 2006, aprobada en la Argentina por la Ley nacional núm. 26.378 en 2008, con jerarquía constitucional derivada por Ley nacional núm. 27.044 en 2014, consagra legislativamente el modelo social de discapacidad,¹ al receptor en su artículo 10. que el objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente y, principalmente al destacar que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, *al*

interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".² (CDPD, 20/7/2021, art. 1).

De este modo,

El enfoque social asume a la discapacidad como producida, mantenida o reafirmada colectivamente, desde la etiquetación negativa hasta la generación de obstáculos. En esta perspectiva, el problema no está en las personas, sino en las condiciones adversas y en los sistemas de discriminación improvisados e institucionalizados. La discapacidad, así, adquiere nuevos contenidos y perspectivas de análisis. Además de cuestionar las etiquetas, uno se pregunta: ¿quién las aplica?, ¿por qué?, ¿cómo?, ¿contra quién? y, sobre todo, ¿qué consecuencias tienen en la vida de las personas y en las relaciones que cotidianamente establecen? (Erick Gómez Tagle López y Dídimo Castillo Fernández, 2016).

En palabras de María Graciela Iglesias (2020), quien asevera de manera sintética y precisa que "El modelo social define a la discapacidad como una «construcción social» impuesta, plantea una visión de la misma como un colectivo sometido y propone un cambio sociopolítico de pleno reconocimiento de derechos" (p. 4).

En este marco general, la CDPD incluye en su articulado una referencia directa a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, veamos:

Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: ...Se respete el derecho de las personas con discapacidad *a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos*³ (CDPD, 20/7/2021, art. 23.1, b).

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, *incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población*⁴ (CDPD, 20/7/2021, art. 25).

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, intérprete último de la CDPD (Comité CDPD), en su Observación General (OG) núm. 3 sobre las Mujeres y las Niñas con Discapacidad (2016), ha sostenido que

Algunas formas de violencia, explotación y abuso pueden considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y una vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas cabe citar: el embarazo o la esterilización forzados o realizados bajo coerción, o involuntarios; todos los procedimientos y las intervenciones médicos realizados sin el

consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto (párr. 32).

También puede denegarse a las mujeres con discapacidad el acceso a la información y la comunicación, incluida una educación sexual integral, sobre la base de estereotipos nocivos que suponen que son asexuales y, por tanto, no necesitan esa información en igualdad de condiciones con las demás. Además, es posible que la información no esté disponible en formatos accesibles. La información sobre la salud sexual y reproductiva incluye datos sobre todos los aspectos pertinentes, entre ellos la salud materna, los anticonceptivos, la planificación familiar, las infecciones de transmisión sexual, la prevención del VIH, el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto, la infertilidad y las opciones de fecundidad, y el cáncer del sistema reproductor (párr. 40).

Advirtiéndose que “La restricción o supresión de la capacidad jurídica puede facilitar intervenciones forzadas, como la esterilización, el aborto, la anticoncepción, la mutilación genital femenina” (Comité CDPD, OG núm. 3, 2016, párr. 44). Por lo que

Los Estados partes deben combatir la discriminación múltiple, en particular mediante lo siguiente: a) La derogación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias que impiden que las mujeres con discapacidad disfruten de todos los derechos consagrados en la Convención... la prohibición de todas las formas de esterilización forzada, aborto forzado y control de la natalidad no consensuado (Comité CDPD, OG núm. 3, 2016, párr. 63).

Además, en la OG núm. 6 sobre la Igualdad y la No Discriminación, dicho Comité CDPD (2018) insistió sobre dos preocupaciones, las prácticas de esterilizaciones y abortos forzados y la denegación de acceso y atención respecto a sus derechos sexuales y reproductivos, señalando que

Las personas con deficiencias reales o percibidas han visto denegadas su dignidad, su integridad y su igualdad. Han sido y siguen siendo objeto de discriminación, incluso en formas brutales como la esterilización sistemática y las intervenciones médicas u hormonales que se practican por la fuerza o sin el consentimiento de la persona afectada (por ejemplo, la lobotomía y el tratamiento de Ashley), la administración forzada de medicamentos y electrochoques, el internamiento, el asesinato sistemático bajo la denominación de “eutanasia”, el aborto forzado y bajo coacción, la denegación de acceso a la atención de salud, la mutilación y el tráfico de órganos, en particular de personas con albinismo (párr. 7).

En virtud de los artículos 5 y 25 de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de prohibir y prevenir la denegación discriminatoria de servicios de salud a las personas con discapacidad y de proporcionar servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluidos los derechos en materia de salud sexual y reproductiva (párr. 66).

Por su parte, en la OG núm. 7 sobre La Participación de las Personas con Discapacidad, incluidos los Niños y las Niñas con Discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, el Comité CDPD (2018) también resaltó que

Las mujeres con discapacidad deberían poder participar en los procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones que repercutan de forma exclusiva o desproporcionada en ellas, y en los derechos de las mujeres y las políticas de igualdad de género en general, por ejemplo, las políticas sobre salud y derechos sexuales y reproductivos, y todas las formas de violencia de género contra la mujer (párr. 73)

Asimismo, el Comité se ha referido a la situación particular de la Argentina en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas en su octavo periodo de sesiones del año 2012. Al respecto, se ha manifestado que

El Comité lamenta que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad. Del mismo modo, expresa su preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado (Comité CDPD, 2012, párr. 31).

El Comité recomienda al Estado parte a que modifique el artículo 86 de su Código Penal, así como el artículo 3 de la Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención y tome medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible o esterilización(Comité CDPD, 2012, párr. 32).

En el plano nacional, cabe destacar que el modelo social de la discapacidad es reafirmado por la Ley Nacional núm. 26.657 de Salud Mental en 2010, al definir la salud mental en su artículo 30. en los siguientes términos:

En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio—económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (Ley 26.657, 20/7/2021, art. 3).

Este criterio es sostenido por el Código Civil y Comercial en la Sección 3ra. del Capítulo 2 del Libro Primero dedicado a las “Restricciones a la capacidad” y al proceso judicial que lo rodea.

La Ley 27.610 de IVE sigue los lineamientos planteados por el Comité, reforzando como regla que es la propia persona con discapacidad quien debe prestar el consentimiento para la práctica del aborto y la atención postaborto, habilitando los apoyos necesarios, si así lo requiere o la sentencia de restricción de la capacidad así lo indica.

Asimismo, y continuando en el marco del ejercicio de derechos sexuales y no reproductivos por personas con discapacidades, esta misma lógica es seguida por la reciente reforma de la Ley núm. 26.130 de Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (ligadura de trompas de falopio y vasectomía), en virtud de la Ley núm. 27.655 del 24 de diciembre de 2021. Al respecto, se establece expresamente que

Todas las personas con discapacidad, sin excepción, tienen derecho a brindar su consentimiento informado para acceder a intervenciones de contracepción quirúrgica, por sí mismas y en igualdad de condiciones con las demás personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º⁵ de la presente ley. En ningún caso se requiere autorización judicial. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir información sobre las prácticas reguladas en esta ley en medios y formatos accesibles y a solicitar sistemas de apoyo y ajustes razonables que les permitan consentir en forma autónoma. Deben adoptarse salvaguardas para evitar la sustitución en la toma de decisiones. Si se tratara de persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la misma no refiere al ejercicio del derecho que otorga la presente ley, ella debe prestar su

consentimiento informado sin ningún impedimento. Si la sentencia de restricción a la capacidad designa apoyo para el ejercicio del derecho previsto en la presente ley, el consentimiento informado debe ser prestado por la persona con discapacidad con la asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del Código Civil y Comercial (Ley núm. 26.130 modificada por ley núm. 27.655, 18/2/2022, art. 3).

De esta forma se observa la protección de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente a su autodeterminación, adoptándose las medidas necesarias para que puedan brindar su consentimiento informado, previo, libre y pleno (conf. Ley núm. 26.130, 18/2/2022, art. 4), de conformidad con los estándares de derechos humanos en la materia emanados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso I.V. vs. Bolivia* (2016). Aquí se ha sostenido respecto al derecho a autodeterminarse y a la autonomía de la persona como aspecto central del reconocimiento de la dignidad humana sobre decisiones relativas a la salud y el cuidado del propio cuerpo, que

la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia. En materia de salud, el suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna, debe realizarse de oficio, debido a que esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas en dicho ámbito (párr. 155).

Puntualizando expresamente, que

La salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos. La Corte ha considerado que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave [de] la autonomía y la libertad reproductiva” (Corte IDH, 2016, párr. 157).

Estos derechos humanos no pueden verse afectados o menoscabados por factores de vulnerabilidad, entre ellos especialmente las discapacidades (conf. Corte IDH, 2016, párr. 247), las cuales “no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento” (Corte IDH, 2016, párr. 185).

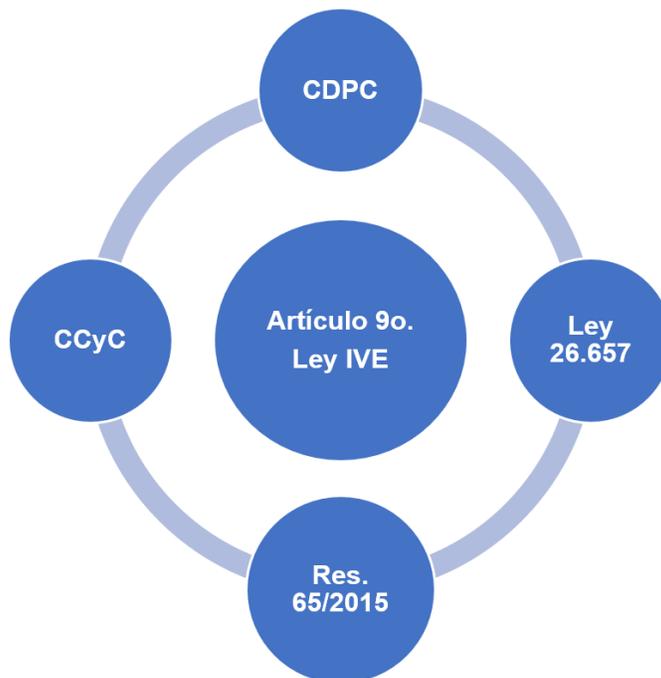
Ahora bien, el principio de igualdad y no discriminación en el campo de la discapacidad sintetizados desde la óptica internacional de los derechos humanos, no obsta advertir y considerar las situaciones especiales y excepcionales que pueden surgir cuando la mujer o persona gestante que debe consentir no puede hacerlo porque está imposibilitada de interactuar con el entorno, no pudiendo expresar o manifestar deseo o intención alguna pese a los apoyos brindados y la

salvaguardia ejercida. Conflicto este último que retomaremos y analizaremos en detalle en un apartado propio.

1. Ejercicio del derecho a la salud y personas con discapacidad

El artículo 9o. de la Ley de IVE se enmarca en el siguiente esquema legal (figura 1):

Figura 1. Esquema legal del artículo 9o. de la Ley de IVE



FUENTE: elaboración propia.

El ejercicio del derecho a la salud de las personas con discapacidad, en particular de los derechos sexuales y no reproductivos, ha sido uno de los temas de preocupación y ocupación por parte de la Resolución núm. 65/2015 de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Dada la importancia de esta normativa específica sobre la temática en estudio, clave como herramienta interpretativa para comprender en toda su extensión el cruce entre discapacidad y derechos sexuales y no reproductivos, se pasa a compartir los principales aportes. En consecuencia, el Ministerio de Salud (2015) ha sostenido que

dato que la accesibilidad (principalmente en el entorno físico y comunicacional) se torna un requisito para el ejercicio de derechos, la falta de ejecución de medidas específicas de adaptación en el sistema de salud, se torna una causal de discriminación por motivo de discapacidad. En este sentido los servicios de salud, están en la obligación de realizar esfuerzos para responder de forma adecuada a las necesidades funcionales, comunicacionales y de asistencia para la toma de decisiones, que requieran todas las/os usuaria/os de los servicios, especialmente si se trata de personas con cualquier tipo de discapacidad (Anexo I).

Asimismo, en lo que respecta a las reglas en materia de capacidad de las personas con discapacidad, el referido Ministerio (2015) destacó las siguientes consideraciones:

Si bien de acuerdo a los arts. 22, 23 y 31 del CCyC la capacidad para el ejercicio de los derechos corresponde a todas las personas por igual, siendo las limitaciones a la capacidad de carácter excepcional, persiste en la atención sanitaria una fuerte “presunción de incapacidad” de las personas con discapacidad (en adelante, PCD). Esto se basa en el viejo modelo de la sustitución de la voluntad, que implicaba, en muchos casos, que sean las/os “representantes legales” quienes tomen decisiones sanitarias en nombre de la persona titular del derecho (Anexo I).

En el caso de las prestaciones de salud sexual y salud reproductiva, las PCD enfrentan distintos tipos de barreras, tanto físicas como culturales, que se desprenden de esta “presunción de incapacidad”. Por esto es necesario reforzar la obligación de atención y prestación de los servicios sanitarios sin barreras o requerimientos especiales innecesarios e ilegales (Anexo I).

Se considera como medida necesaria que los materiales y documentos producidos desde los programas sobre derechos sexuales y derechos reproductivos mencionen a las personas con discapacidad como destinatarias de esos derechos en igualdad de condiciones que todas las personas. Adoptándose esta medida de carácter transitorio, dado que, aunque resulte redundante (ya que toda la población tiene los mismos derechos sexuales y reproductivos), es necesario visibilizar especialmente los derechos de este grupo de personas en este estado de la reflexión y de la implementación de los derechos de las personas con discapacidad (Anexo I).

Por otra parte, sobre la presunción de capacidad, el Ministerio de Salud (2015) sostuvo que

La restricción a la capacidad es excepcional y cobra vigencia estrictamente en los términos de la sentencia judicial que así lo declare. Esto implica que todas las personas que no han recibido una sentencia de restricción a la capacidad, específicamente relacionada con la toma de decisiones en materia de salud, deben ser tenidas por capaces en el sistema de salud. De tal suerte podrán consentir de forma autónoma, utilizando o no, un sistema de apoyo voluntario y de confianza en los términos que lo deseen (Anexo I).

La discapacidad funcional, intelectual, psicosocial, sensorial o cognitiva no implican en sí mismas una “incapacidad jurídica”, y mucho menos en situaciones relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos como lo es el derecho a la salud. Es por ello que en el sistema de salud se deben adoptar medidas tendientes a facilitar que las PCD puedan ejercer sus derechos de manera autónoma y recibir la atención sanitaria en los términos que les resulten más accesibles, aceptables y con la mejor calidad disponible. Las/os profesionales de la salud están en la obligación de tomar medidas necesarias para garantizar la accesibilidad, como se dijo, no solo física (por ejemplo, camillas, pasillos, escaleras, ascensores, diferentes tamaños de materiales para revisión, etc.) y comunicacional (por ejemplo, en cuanto al idioma, lenguaje sencillo, lengua de señas, sistema braille, forma de transmitir información, etc.), sino también en relación con el ejercicio de otros derechos como la privacidad, confidencialidad, dignidad, igualdad, etc. Es el caso de muchas personas con movilidad reducida, que muchas veces son obligadas a estar durante la consulta con parientes o familiares que faciliten el ingreso a la consulta o incluso la revisión médica, lo cual, especialmente en materia de salud sexual y reproductiva, puede resultar violatorio de los derechos a la privacidad y confidencialidad. Aún más común resulta esta situación cuando se trata de personas con discapacidad auditiva. En estos casos es muy importante que las personas que asisten a la consulta solamente estén presentes con el consentimiento de la PCD y se ofrezca en todo momento que le acompañe cualquier persona de su confianza o incluso se puede solicitar a los organismos de protección de derechos asistencia en caso de que la persona prefiera tener un/a acompañante que no pertenezca a su entorno (Anexo I).

En el caso de las PCD que tienen una declaración judicial previa que involucre específicamente cuestiones de salud, se debe contemplar que estas sentencias no son permanentes y deben ser revisadas periódicamente. De la misma forma es muy importante que se pregunte sobre los

términos de la declaración, ya que puede contener la designación de sistemas de apoyo (ver punto 3.4) para decisiones sanitarias en cuyo caso, debe implementarse el sistema en los términos de la sentencia respetando la capacidad de ejercicio de la persona. O bien, como sucede en la mayoría de los casos, la asistencia esté designada para asuntos civiles o comerciales y por tanto, en el marco de la atención de la salud, pueda diseñarse una estrategia diferente de apoyo o salvaguardia, en caso de ser necesario (Anexo I).

Específicamente sobre los ajustes razonables, señaló el citado Ministerio (2015) lo siguiente:

De acuerdo con la CPCD, por “Ajustes Razonables: se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” Convención de Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006; ley 26.378 y ley 27.044) (Anexo I).

Se reconoce, entonces, que los equipos de atención de la salud deben acomodar sus prácticas para asegurar la accesibilidad a través de ajustes razonables como: modificación de los espacios de consulta, adaptación del lenguaje y los materiales de información para que sean comprensibles, utilización de formas de comunicación accesibles, etc. Todo ello teniendo en cuenta la garantía y respeto del ejercicio de sus derechos como pacientes o usuarios/as de servicios de salud: privacidad, confidencialidad, información, consentimiento informado, no discriminación, y los demás derechos contemplados en el capítulo 4 de la ley 26.657 de Salud Mental, entre otros (Anexo I).

Mientras que, sobre el sistema de apoyos, el Ministerio de Salud (2015) puntualizó que

La implementación de un sistema de apoyos para la toma de decisiones y/o el ejercicio de otros derechos es, en sí mismo, un derecho de todas las personas. No se trata de un requisito para el ejercicio de los derechos y en ningún caso su implementación formal o informal puede suponer una barrera de acceso a las prestaciones requeridas. Las medidas de apoyo tienen como función promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El apoyo consiste en una asistencia para que la persona pueda recibir la información y decidir por sí misma.

Este derecho, de todas las personas, implica la posibilidad de elegir a una o más personas de confianza (ya sea dentro de la familia, la comunidad, el equipo de salud o las instituciones de protección de derechos) para que acompañen el proceso de toma de decisiones, en este caso sobre el cuidado del propio cuerpo.

La designación del sistema de apoyo puede ser judicial o administrativa (en el sistema de salud, por ejemplo). Se trata de un mecanismo que permite a la persona ejercer sus derechos personalmente. No es una forma de representación ni sustitución y por tanto es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardias adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por el/la titular del derecho (Anexo I).

En todos los casos donde una persona tiene apoyo designado judicialmente para actos relativos a su salud, quien toma las decisiones sobre el cuidado de su cuerpo es la persona. El apoyo nunca sustituye su decisión (Anexo I).

En caso de que la persona no tenga designación de apoyo con el objeto de asistencia en salud y la persona solicite acompañamiento, podrá nombrar a alguien de confianza para que le asista (Anexo I).

En los casos de personas sin restricciones a su capacidad de ejercicio, también tienen derecho a solicitar un sistema de apoyo (Anexo I).

Las terceras personas deben acompañar la decisión de la persona. En ningún caso existe la sustitución de voluntad con consentimiento (Anexo I).

El criterio para ser persona de apoyo no es otro más que la confianza y empatía. No se requiere título profesional de ningún tipo. Puede ser una persona allegada. La persona de apoyo puede ser una persona con discapacidad. Lo esencial es la elección y la aceptación por parte de la persona (Anexo I).

Estando en proceso de transición, actualmente no están regulados los modos de acceder a apoyos administrativos. En este sentido, el equipo de salud puede desarrollar un rol activo para que se ejerza este derecho ofreciendo alternativas posibles. El rol de los equipos de salud en estos momentos implica proponer/ ofrecer sistemas de apoyo y escuchar las propuestas para las personas que se acerquen a los servicios. Es importante no presuponer que la persona necesite ser acompañada, y consultar si está eligiendo la persona que la acompaña y no asumir que es el apoyo (Anexo I).

Los equipos interdisciplinarios de salud son fundamentales en la atención y pueden ser parte integrante del sistema de apoyo. Esto no implica confundir el apoyo con instancias de evaluación o la patologización/medicalización del abordaje (Anexo I).

También es fundamental contemplar que el personal de las instituciones donde las personas asisten no siempre vela por los derechos de estas personas. En estos sentidos, se considera prioritario reforzar la capacitación a los equipos de salud. Así como contemplar los mecanismos para resguardar el cumplimiento de los derechos de las personas (Anexo I).

Se deben contemplar salvaguardias, ya que se reconocen que puede haber abuso en la intervención de esas personas, por lo que se prevé un control que realizado por un organismo externo a los fines de velar para que se respete la voluntad de esa persona (Anexo I).

Por ejemplo, para que una mujer con discapacidad intelectual o psicosocial pueda tomar una decisión autónoma de practicar un aborto no punible, se requiere que preste consentimiento informado. El Estado debe garantizar que la mujer será oída y que su voluntad no será sustituida. Suponiendo que la mujer cuenta con un sistema de apoyos para la toma de decisiones, la salvaguardia sería un sistema de controles periódicos llevado a cabo por un órgano externo e independiente cuya función es controlar que el sistema de apoyos respete la voluntad de la mujer, por ejemplo, si hubiera conflicto de intereses. Las salvaguardias se definen caso por caso. Ese órgano externo, en el caso de aborto no punible, podría ser el Órgano Federal de Revisión de Salud Mental. En el contexto del fallo “F. A. L. s/medida autosatisfactiva” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se puede concluir que las salvaguardias no deberían provocar la judicialización del caso, ni transformarse en una nueva barrera (Anexo I).

Otro documento de importancia para profundizar sobre el consentimiento informado de las personas con discapacidad en los casos de interrupción del embarazo es el Protocolo Nacional para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo, en su última actualización. Al respecto, el Ministerio de Salud de la Nación (2021) le dedica especial atención a las personas que cuentan con apoyo o ajustes razonables, señalando que

Los ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para garantizar a las personas el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2). (p. 27)

Asimismo, citando la aludida Resolución 65/2015, el Ministerio (2021) en este Protocolo afirma que la firma podrá emitirse “en cualquier formato (braille, manuscrito, digital, audio, etcétera) o idioma. Lo central es que quede de manifiesto que la persona comprende la información y expresa su voluntad en tal sentido”(p. 27).

Asimismo, el Protocolo le dedica apartados específicos al tratamiento de la cuestión del consentimiento informado en los casos de personas con discapacidad. El Ministerio (2021) establece que

Según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) se consideran personas con discapacidad (PCD) a quienes tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Como fue reconocido por la CDPD y a ley 26.657 de Salud Mental, las PCD y las personas con padecimiento mental tienen la misma dignidad, autonomía y capacidad jurídica para decidir sobre su cuerpo que el resto de las personas. El servicio sanitario no debe actuar sin tener en cuenta o y/o sustituyendo la voluntad de las mujeres con discapacidad sino que, por el contrario y en primer lugar, debe proporcionarles los medios que aseguren su participación en todo acto y la adopción de una decisión personal y autónoma. Por principio general, la capacidad de todas las personas se presume, las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. La presunción de capacidad de todas las personas tiene que guiar la práctica del equipo de salud, tal como se desprende de los artículos 22 a 24 y 31.a del CCyC (p. 31).

Como se señaló, las PCD tienen derecho a solicitar y acceder a las interrupciones del embarazo reguladas en la Ley 27.610 por sí mismas, así como a negarse a que se les practique un aborto sin su consentimiento, en igualdad de condiciones que el resto de las personas con capacidad de gestar. Para esto, el personal de salud debe entregarles toda la información necesaria, de forma accesible y adecuada a sus particularidades, de manera que la persona pueda decidir con plena comprensión de las circunstancias. Esto implica el uso de medios y tecnologías adecuadas y flexibles (pp. 31—32).

Los equipos de salud deben adaptar sus prácticas para asegurar la accesibilidad a través de ajustes razonables (art. 2 de la CDPD) como: modificación de los espacios de consulta, las áreas administrativas y otros lugares, adaptación del lenguaje y los materiales de información para que sean comprensibles, utilización de formas y formatos de comunicación accesibles, entre otras (p. 32).

Respecto del consentimiento informado, se puede ofrecer a la persona con discapacidad que una o más personas de su confianza, ya sea de la familia, la comunidad, el equipo de salud o las instituciones de protección de derechos, le presten el apoyo necesario para tomar una decisión autónoma y brindar o no su consentimiento. Eso es lo que se conoce como sistema de apoyos (p. 32).

Además, en cuanto a las personas con sentencia judicial y vigente de restricción de la capacidad, el Ministerio (2021) en la elaboración del Protocolo observa que:

Es necesario insistir en que, en consonancia con la CDPD, el CCyC señala que la regla es la capacidad jurídica de las personas, es decir, se presume que las personas son capaces de tomar sus propias decisiones. Por ello, las restricciones judiciales a la capacidad son de carácter excepcional, y afectan solo los actos determinados expresamente en la sentencia, no son permanentes y deben ser revisadas periódicamente, al menos cada tres años. Una persona con este tipo de restricciones tiene derecho a tomar sus propias decisiones, pero debe hacerlo necesariamente con la asistencia de los apoyos designados en la sentencia y de acuerdo a los términos establecidos en ella (p. 33).

Por lo tanto, cuando una persona tiene una sentencia judicial vigente de restricción de la capacidad es muy importante que se pregunte sobre los términos de la sentencia, de forma que pueda conocerse si la limitación abarca las decisiones sobre la interrupción del embarazo y cuál es el sistema de apoyo designado para esos casos. De existir, esta información debe incluirse en la HC [historia clínica]. Sin embargo, la falta de la documentación no puede constituir una barrera para el acceso oportuno y adecuado a la IVE/ILE, de ello también se dejará constancia en la HC (p. 33).

En la mayoría de las sentencias, la asistencia está designada para asuntos civiles o comerciales no relacionados con la atención de la salud. Por lo tanto, la persona puede tomar su decisión en forma autónoma en igualdad de condiciones con el resto de las personas (p. 33).

Sobre esta base, pasamos a analizar en profundidad en el apartado siguiente los interrogantes aun abiertos con relación al consentimiento informado de las personas con discapacidad, especialmente las tensiones interpretativas que se generan en los supuestos de aquellas absolutamente imposibilitadas de interaccionar con el entorno.

2. Consentimiento informado de las personas con discapacidad

Veamos, la primera guía publicada que se refiere a la aplicación o práctica de la Ley de IVE, la Guía de Implementación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en la Provincia de Buenos Aires, sintetiza o traduce lo que el artículo 90. de la Ley 27.610 regula del siguiente modo:

El consentimiento en personas con discapacidad siempre es individual y brindado con autonomía por la persona que requiere la práctica. Quienes así lo necesiten pueden contar con una o más personas de su confianza (provenientes de la familia, comunidad, equipo de salud o instituciones de protección de derechos) para que presten apoyo para favorecer la toma de decisión autónoma. Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de su derecho. Es necesario que el sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que las decisiones sean tomadas por la persona titular del derecho y para que no existan abusos. Si existe una sentencia judicial de restricción de la capacidad que impide ejercer el derecho sobre su propio cuerpo o salud, o la persona es declarada incapaz, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o de una persona allegada. El personal de salud debe ofrecer ajustes razonables a la adaptación del lenguaje, adaptación de los materiales de información, la utilización de formas de comunicación accesibles con el fin de facilitar la comprensión de la persona con discapacidad. (Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, 2021, pp. 22-23)

Aquí se siguen, casi textualmente, los lineamientos que observa el artículo 90. de la Ley de IVE en análisis. Es claro que, bajo el régimen o sistema jurídico de apoyos, aquí no hay ninguna situación de sustitución sino de complementariedad por parte de quien o quienes ostentan el rol o

función de apoyos. Por lo tanto, en estos supuestos, es la propia persona embarazada quien presta el correspondiente consentimiento informado con la asistencia de la persona designada como apoyo que como bien se ha destacado anteriormente, el CCyC no sólo regula y recepta la figura de los apoyos, sino que, además, admite que estos sean plurales, múltiples o más de uno (CCyC, 20/7/2021, art. 43). En el caso de apoyos plurales, según las funciones que se le otorgue a cada uno, deberán prestar el correspondiente asentimiento aquel o aquellos que estén llamados a acompañar en lo que refiera al ejercicio del derecho a la salud.

Ahora bien, según surge de lo dispuesto en el artículo 90. de la Ley de IVE, las diversas soluciones para la validez del consentimiento informado que compromete a personas con discapacidad son las siguientes:

1) Persona con discapacidad con apoyo cuya sentencia no restringe derecho a la salud: plenamente capaz y presta consentimiento.

2) Persona con discapacidad con apoyo con sentencia que restringe derecho a la salud: consentimiento persona más asentimiento apoyo.

3) Persona con sentencia de incapacidad: consentimiento persona más asentimiento representante legal.

Como ya se ha esgrimido, es sabido que el sistema de apoyo no es de sustitución y ello es así porque como toda restricción del ejercicio de derechos es en protección de la persona, se trata de receptar figuras jurídicas que permitan adaptarse a los recursos de cada persona y, así, restringir lo menos posible la capacidad jurídica de una persona para que esté acorde y acompañe su desarrollo autónomo. Por lo tanto, si la sentencia de restricción a la capacidad jurídica no dice nada sobre el ejercicio del derecho a la salud, la persona es plenamente capaz y debe consentir la interrupción del embarazo sin la necesidad de que se vea complementado por ninguna otra voluntad. Por el contrario, si la sentencia de restricción a la capacidad involucra el ejercicio de actos médicos o que comprometen la salud, aquí la persona —que no tiene una sentencia de sustitución sino de restricción y complementariedad— debe prestar el correspondiente consentimiento informado adicionando el asentimiento por parte del apoyo. Hasta aquí ninguna disyuntiva.

El conflicto se suscita en los casos excepcionales de personas que tienen sentencia de incapacidad, porque como establece el Código Civil y Comercial:

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (CCyC, 20/7/2021, art. 32 última parte).

Aquí no habría complementariedad, sino sustitución en atención a la designación de un curador o curadora en su carácter de representante legal dada la situación de absoluta

imposibilidad, ya que la persona no puede prestar el correspondiente consentimiento informado. ¿Entonces? ¿Es posible solicitar un consentimiento a una persona que está imposibilitada de ello y, por eso mismo, es que se procedió en su protección a nombrar un curador/a? La Ley 27.610 exige igual el consentimiento a una persona imposibilitada de darlo, por lo cual, en la práctica y ante la veda o prohibición jurídica de conformidad con lo que expresa el artículo 90. en análisis complementado con la última parte del artículo 70. de la misma ley, no se podría admitir que el curador/a preste consentimiento en el marco de dicha representación legal al considerar que los derechos personalísimos son imposibles de ser sustituidos, pero tampoco podría ser la justicia, es decir, mediante autorización judicial porque, en definitiva, sería un tercero y como tal tampoco podría prestar dicho consentimiento en representación de la persona.

Veamos, el último apartado del referido artículo 90. dispone que

Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal (Ley de IVE, 20/7/2021, art. 9).

Por ende, aquí se estaría exigiendo un imposible, que alguien consienta cuando la propia normativa advierte que se trata del supuesto excepcional en el que la persona se encuentra imposibilitada de expresar su voluntad. Por lo tanto, no sólo no estaría dando solución al conflicto que se plantea, sino que, además, estaría imponiendo una obligación de imposible cumplimiento. Cabe recordar que para arribar a una sentencia de incapacidad se deben haber realizado diferentes evaluaciones interdisciplinarias en las que se concluye que la persona no puede interactuar con el afuera y, por lo tanto y entre otros actos, no podrá prestar el debido consentimiento. Por ello es que se procede a designar un curador/a como representante legal. Igual situación de exigencia imposible se configura también en los supuestos de intervenciones de contracepción quirúrgica, toda vez que —como hemos referido al inicio— la reciente reforma operada por Ley núm. 27.655 establece que en los casos de restricción judicial a la capacidad el consentimiento informado debe ser prestado por la persona con discapacidad con la asistencia prevista por el sistema de apoyos, sin regular la situación especial y excepcionalísima en la que se encuentran aquellas personas imposibilitadas de interactuar con el entorno y, por ende, de expresar su voluntad.

Al respecto, Agustina Palacios (2021) sostiene que

El supuesto que regula el artículo 59 del CCyCN establece que el consentimiento puede ser otorgado por quien ejerce la representación legal, como asimismo por 'el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente'. Este supuesto, entonces, supone varios requisitos que deben confluir: 1. Que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, 2. Que la persona no haya expresado dicha voluntad anticipadamente. 3. Que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal

grave para su vida o su salud. Para garantizar la igualdad de condiciones y la no discriminación por motivo de discapacidad, la existencia de ese riesgo cierto e inminente debe evaluarse en criterios objetivos y universales, aplicables a personas con o sin discapacidad. Sólo si estos tres requisitos se encuentran presentes, se puede obrar sin el consentimiento personal y expreso de la persona gestante y el consentimiento puede ser brindado por su representante o el de alguna de las personas mencionadas en el artículo 59. Incluso el CCyCN establece que en ausencia de las personas identificadas, el médico o la médica pueden prescindir del consentimiento, si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave para la vida o salud de la paciente. Recuérdese que «la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento». En este último supuesto evidentemente nos encontramos ante una situación extrema, en la cual pelagra la vida y la salud, y donde se aplican reglas generales del derecho que se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico. El requisito de la situación de emergencia y riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud de la persona gestante es ineludible para la realización de la práctica cuando no es posible identificar las preferencias ni la voluntad de la persona. La Ley entiende que la única excepción que cabe, entonces, es la de riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. Este supuesto claramente parece abarcar un universo más amplio que el de personas con sentencias de incapacidad, —como por ejemplo una persona cursando un embarazo que ha sufrido un accidente y se encuentra en coma, y que requiriese la práctica por el riesgo cierto e inminente para su vida o salud—. Entiendo importante destacar que en ambos supuestos —sentencias que restringen el ejercicio del derecho a la IVE como de incapacidad—, la Ley 27.610 establece que regirá la fórmula de asistencia y no de sustitución, al requerir que la persona deba “prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal”. La norma no expresa ni permite que el consentimiento sea de su representante legal, sino que debe ser de la propia persona. Y quien ejerza la representación legal deberá asistir. Y dicha función de asistencia claramente deberá realizarse de conformidad con los estándares del derecho internacional, el CCyCN e incluso las propias condiciones que impone la Ley comentada (pp. 153-154).

Concluyendo que

En cualquier caso, la lectura de la Ley bajo análisis se resume en que tanto de una persona gestante sin discapacidad, como de persona gestante con discapacidad, como de persona gestante con sentencia de capacidad restringida (se relacione o no con el ejercicio del derecho a la IVE) como de persona gestante con sentencia de incapacidad, la decisión debe ser de la persona, y si no es posible identificar la voluntad de la persona, no resulta posible realizar la práctica, con excepción de un riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud o cuando la actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave para la vida o salud de la paciente (Agustina Palacios, 2021, p. 154).

Aquí se advertirían algunas contradicciones, a nuestro entender, ello surge por la dificultad en comprender que el CCyC —siempre en protección de la persona— en casos excepcionales de personas con absoluta imposibilidad de interactuar con su entorno por ningún modo o vía de comunicación, mantiene el régimen de restricción total de la capacidad jurídica en cuanto al ejercicio de ciertos derechos en atención a una realidad fáctica: no tiene posibilidad alguna de prestar consentimiento alguno. No se trata de invisibilizar a la persona, sino de admitir en el plano civil, en lo relativo al ejercicio del derecho aquí en análisis, que la persona está imposibilitada de manifestar declaración de voluntad alguna y, justamente en su protección, se debe brindar alguna solución posible. Es decir, precisamente como a la persona con una discapacidad severa se le debe proteger de manera reforzada dada su situación de extrema

vulnerabilidad, el hecho de exigir que realice un imposible sería atentar contra dicha protección que es clave desde el obligado enfoque de derechos humanos. De allí que es dable afirmar que el artículo 90. de la Ley de IVE no sólo no brinda una solución a esta situación extrema, sino que lo que asevera al respecto la invisibiliza al no tenerse en cuenta la vulnerabilidad que observa y tratarla como si tuviera una discapacidad menor y que la cuestión se resolvería con la figura de un apoyo cuando se procedió a designar a un curador/a en atención a la gravedad que presenta y la protección reforzada que merece.

Veamos el siguiente caso. Una mujer en estado vegetativo es abusada por el enfermero del hospital en el que se encuentra internada. ¿Es posible sostener que como no puede prestar el consentimiento el embarazo no se puede interrumpir con la abierta violación de varios de los derechos que titulariza la mujer que se encuentra en una situación de tal extrema vulnerabilidad? ¿Impedir la interrupción del embarazo no sería considerar que las personas con discapacidad que no pueden de ninguna manera interactuar con el afuera tengan que continuar el embarazo que es fruto de una violación dada la imposibilidad de consentir mantener relaciones sexuales?

Sin lugar a duda, si la exigencia de un imposible como lo es que la persona preste el consentimiento deriva en los hechos, tal como lo asevera Palacios (2021), “en que si no es posible identificar la voluntad de la persona, no resulta posible realizar la práctica” (p. 154) con todas las consecuencias negativas que se deriva de ello, es evidente que tanto lo que expresa el aludido artículo 90. en su última parte como la interpretación a la que se arriba constituyen una abierta desprotección.

En otros términos, ¿cómo es posible hablar de asistencia y no de sustitución cuando la propia legislación civil —se reitera, en protección de la persona— admite la figura del curador/a que es de representación y no de asistencia, es decir, de carácter sustitutiva? Si se está en contra del régimen que establece el CCyC, se debería atacar este sistema jurídico, el que hasta el momento no ha sido tildado de inconstitucional o, en otras palabras, goza de buena salud constitucional. Por lo tanto, los casos extremos existen. Y son casos de profunda vulnerabilidad, porque para la persona que carece de posibilidad de interactuar con el entorno es evidente que ese embarazo es producto de una violación, con todo lo que ello significa. ¿Acaso, se puede sostener que se protege a la persona que se encuentra en esta situación si ante la imposibilidad de consentir no se admite la interrupción del embarazo? ¿Ello no implicaría sostener la idea de la “mujer envase” para que su hijo/a sea dado/a en adopción con la consecuente discriminación en que se incurriría respecto del resto de las mujeres que no se encuentran en estas condiciones y pueden, efectivamente, decidir la interrupción de su embarazo? ¿La protección no debería ser mayor —en este caso, acceder a la interrupción del embarazo— para las personas más vulnerables —aquellas que no pueden interactuar con su entorno y carecen de toda capacidad de discernimiento— sobre el resto de las mujeres y personas con capacidad de gestar que no se encuentran en esta situación extrema?

Por otra parte, Agustina Palacios (2021) termina afirmando que en estos casos: “la decisión debe ser de la persona, y si no es posible identificar la voluntad de la persona, no resulta posible realizar la práctica, con excepción de un riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud” (p. 154).

Concluir que la práctica no se puede realizar cuando es producto de una violación atenta contra varios de los derechos humanos involucrados y protegidos por la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por otro lado, la afirmación que esgrime esta autora no tendría en cuenta el concepto de “salud integral”, ya que admitir que la mujer sea un envase ante la imposibilidad de consentir y, por lo tanto, de llevar adelante la interrupción del embarazo, también encierra una clara gravedad a su salud en consonancia con la noción de salud integral. ¿Acaso, que una mujer violada que carece de voluntariedad para consentir el acto sexual como el embarazo, se vea ante la obligación de llevar la gestación a término no afecta a su salud integral?

Efectivizar y satisfacer derechos humanos obliga a revisar qué sucede en la práctica, es decir, si con una determinada postura teórica en el plano de la práctica ello conculca derechos, tal conclusión debería ser revisada. Esto es lo que surge de la mirada estrecha que adopta al respecto la Ley 27.610, entendiendo que toda situación de discapacidad admite siempre la posibilidad de consentir, y ello no es siempre así. En estos casos, se estaría ante los supuestos de violación, es decir, de abortos por causales los que, justamente, en atención a los derechos comprometidos — aborto admitido desde 1921— es evidente que debería estar disponible la interrupción en estos supuestos extremos, tanto para las personas con o sin discapacidad, tengan o no posibilidad de prestar el debido consentimiento informado. De lo contrario, las personas que no tienen posibilidad de interactuar con su entorno estarían en peor situación que el resto de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

¿Cómo se podría resolver este conflicto jurídico? Aceptándose que de conformidad con la ponderación o balance de derechos que están en juego, en estos supuestos excepcionalísimos se debe admitir el consentimiento por parte de un tercero, en este caso, del/la curador/a. De lo contrario, se debería establecer la intervención judicial a los fines de que el juez/la jueza que interviene en el proceso de restricción de la capacidad autorice la práctica. ¿Acaso, esto no encierra la aceptación, en definitiva, de que la voluntad de una persona puede ser suplida por un tercero, en este caso, la justicia? ¿Un juez/jueza conoce más a la persona que su propio representante legal que es elegido tras un proceso judicial para llevar adelante su rol por el vínculo, afecto y/o acercamiento que tiene a la persona y siempre para su protección? A esto se le debe adicionar el factor tiempo que insume toda intervención judicial, precisamente, un elemento vital en el campo de la interrupción del embarazo siendo que cada día que pasa es más perjudicial para la persona retrasar la práctica.

Finalmente, cabe considerar que el criterio interpretativo que proponemos en este trabajo es el seguido por el reciente Protocolo Nacional para la Atención Integral de las Personas con

Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo en su última actualización. Al respecto, el Ministerio de Salud de la Nación (2021) establece que

Si bien, en el CCyC sigue existiendo la posibilidad de que una persona sea judicialmente declarada incapaz y se le designe un curador/a para todos los asuntos, estas situaciones son consideradas excepcionalísimas. Estas decisiones también deben ser revisadas periódicamente y corresponden solo a personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato y el sistema de apoyos resulte ineficaz (art. 32, CCyC). Es el caso de una persona que se encuentra en coma. En estos casos excepcionalísimos en los cuales la persona no comprende la información recibida y/o se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad pese a que el equipo de salud ha implementado infructuosamente un conjunto diverso de ajustes razonables, sistemas de apoyo y/o estrategias para garantizar que participe en forma autónoma en el proceso de toma de decisiones, quien acompaña a la titular del derecho podrá firmar el consentimiento informado. Para ello, debe dejarse constancia en la HC de los ajustes razonables, sistemas de apoyo u otras estrategias implementadas para garantizar el ejercicio de la autonomía de la persona. Asimismo, se deben describir detalladamente las razones y/o circunstancias por las que se considera objetivamente que la persona no ha podido comprender la información entregada y por las que resultaron ineficaces las acciones implementadas. Estos casos excepcionalísimos no pueden llevar a la presunción de que la discapacidad afecta, per se, la aptitud de la persona para adoptar decisiones sobre su propio cuerpo (p. 34).

En este sentido, debemos reparar en que, no obstante la visibilización de estos casos excepcionalísimos y la posibilidad de la representación en el otorgamiento del consentimiento para la realización de la práctica, el protocolo nacional no es del todo claro. Sucede que se apela a un término demasiado amplio y coloquial como es “quien acompaña” (Ministerio de Salud de la Nación, 2021, p. 34), cuando desde el punto de vista jurídico la figura es la de curador o curadora siendo ésta la persona indicada para firmar el consentimiento informado en consonancia con las disposiciones del CCyC. Es decir, ¿quien acompaña es el curador/a o puede ser otra persona allegada o acompañante? ¿Se podría habilitar que otras personas ejerzan actos de representación más allá de quienes han sido designados judicialmente para ello en pos de la protección de la persona declarada incapaz? En este sentido, el sistema del CCyC es claro al establecer que el curador o curadora designados son quienes ejercen la representación teniendo como principal función cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud (CCyC, 20/7/2021, arts. 101, inc. c y 138).

En definitiva, aquí se dejan planteados estos interrogantes abiertos para seguir de cerca y observar qué sucede en el andar y transitar de la Ley 27.610. Es evidente que el principio rector en la materia es la voluntad, término al que se alude en el título de la propia ley. Ahora bien, ello no es óbice para advertir que, en supuestos excepcionalísimos, ese elemento puede estar ausente y en ese marco, la ley debe tenerlo en cuenta so pena de incurrir en un principio de igualdad formal que, en definitiva, afecta a la igualdad real. En los supuestos excepcionalísimos analizados, se afecta a las personas más vulnerables con todo lo que ello significa en clave o desde el obligado enfoque de derechos que siempre debe tener en cuenta sus implicaciones o efectos prácticos.

III. CONCLUSIÓN. BREVES PALABRAS DE CIERRE

La autonomía y libertad de las mujeres y personas gestantes y el consecuente derecho a decidir sobre sus cuerpos y, en este caso, de continuar o no un embarazo, constituía una de las grandes deudas pendientes de la democracia argentina con este colectivo aun vulnerable en atención a las desigualdades y discriminaciones persistentes en la sociedad. No por casualidad, la pandemia que está azotando al mundo ha colocado de resalto el aumento de la violencia de género, el agravamiento en materia de políticas de cuidados, las brechas de género existentes en el mercado laboral y la feminización de la pobreza que se ha visto extendida en este contexto excepcional invadido por el virus del COVID-19. En el Informe sobre la brecha de género global 2021, del Foro Económico Mundial, se advierte que en el último año se ralentizó el proceso de cierre de brechas de género global siendo que, si antes faltaban 99 años para que varones y mujeres estén en igualdad de condiciones, la pandemia ha hecho que este proceso lleve 135 años (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] y Ministerio de Economía de Argentina, 2021, p. 42).

El acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, como encierra un acto —valga la redundancia— voluntario, observa una mayor complejidad cuando se entrecruza con ciertas situaciones del campo de la salud mental. Ello es advertido por la Ley nacional argentina núm. 27.610. Ahora bien, en el presente artículo se pretendió ahondar sobre esta normativa, las soluciones que brinda y los interrogantes que genera a la luz de la obligada perspectiva de derechos humanos.

Es sabido que ser titular de derechos es diferente a ejercerlos; cómo se ejerce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo cuando se trata de mujeres y personas gestantes con discapacidad merece una atención propia, de allí que esta temática observa disyuntivas especiales o autónomas que deben ser analizadas desde el modelo social de la discapacidad, lo cual no significa que la ecuación sea sencilla porque, como acontece con las problemáticas sociales, las situaciones de vulnerabilidad pueden ser muy diversas y allí entra a jugar el interrogante acerca de qué tipo de particularidad o diversidad debe observarse para que la solución sea la misma a otras o, por el contrario, diferentes para que ninguna persona/situación pierda su identidad, su autonomía y su debida protección. Esta complejidad es la que atraviesa y moviliza el presente ensayo con la intención de seguir las sabias palabras del recordado Cortázar (1962), en *Historias de cronopios y de famas*, al decir: “Quisiera aclarar que estas cosas no las hacemos por diferenciarnos del resto del barrio. Tan sólo deseáramos modificar, gradualmente y sin vejar los sentimientos de nadie, las rutinas y las tradiciones” (p. 18).

IV. REFERENCIAS

Caso I.V. vs. Bolivia (2016). Corte IDH. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Amendolaro, Roxana, Laufer Cabrera, Mariano y Spinelli, Gabriela (2015). Salud mental y Código Civil argentino en el siglo XXI: cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación. De cómo

las prácticas modifican las visiones y las visiones las prácticas. *Revista de Derechos de Familia*, 69, 43, TR LALEY AR/DOC/4811/2015.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 20/7/2021.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000—239999/235975/texact.htm>

Cortázar, Julio (1962). *Historias de cronopios y de famas*. Alfaguara.

Gómez Tagle López, Erick y Castillo Fernández, Dídimo (2016). Sociología de la discapacidad. *Tlamehua*, 10(40). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870—69162016000200176

Iglesias, María Graciela (2020). La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad y el discurso jurídico “por motivo de discapacidad. En Pérez Gallardo, Leonardo y Pagano, María Luz (Coords.), *Discapacidad y Modelo Social. Enfoque desde la doctrina y la jurisprudencia* (pp. 4 y ss.) Erreius.

Ley nacional núm. 26.130 de Régimen para las intervenciones de contracepción quirurgica, modificada por ley nacional núm. 27.655. 18/2/2022. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000—119999/119260/texact.htm> y <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/255068/20211224>

Ley nacional núm. 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. 20/7/2021.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/346231/norma.htm>

Ministerio de Salud de la Nación (2015). Resolución núm. 65/2015, Anexo I. 20/7/2021.

Ministerio de Salud de la Nación (2021). Protocolo Nacional para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo. 20/7/2021.
https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2021-05/protocolo-IVE_ILE-2021-26-05-2021.pdf

Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires (2021). Guía de Implementación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en la Provincia de Buenos Aires. 20/7/2021.
<https://ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar/drive/archivos/guiaimplementacionive.pdf>

Muñoz Genestoux, Rosalía (2015). Capacidad jurídica, autonomía y derechos humanos. *Revista de Derechos de Familia*, 2015-III, 64.

Observación General núm. 3 *Las mujeres y las niñas con discapacidad* (2016). Comité DPCD. Del 25 de noviembre.
<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n—3—Art%C3%ADculo—6—mujeres—y—ni%C3%B1as.pdf>

Observación General núm. 6 *Igualdad y no discriminación* (2018). Comité DPCD. Del 26 de abril.
https://conf—dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CRPD/00_Observaciones%20generales%20CRPD.htm

Observación General núm. 7 *La participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención* (2018). Comité DPCD. Del 9 de noviembre.
<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-7-Articulo-4.3-Participaci%C3%B3n-sociedad-civil.pdf>

Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina (2012). Comité DPCD. Del 19 de octubre, aprobadas en su octavo período de sesiones.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=4&DocTypeID=5

Palacios, Agustina (2021). Interrupción voluntaria del embarazo y personas con discapacidad. *Revista de Derecho de Familia*, Edición Extraordinaria sobre Derecho y Realidad: primeros estudios de la ley de IVE y el “Plan mil días”, TR LALEY AR/DOC/200/2021.

Palacios, Agustina y Fernández, Silvia Eugenia e Iglesias, María Graciela (2020). *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*. La Ley Thomson Reuters.

Pérez Gallardo, Leonardo y Pagano, María Luz (2020). *Discapacidad y Modelo Social. Enfoque desde la doctrina y la jurisprudencia*. Erreius.

Pinto Kramer, Pilar María (2014). Aplicación Concreta del Modelo Social de la Discapacidad: Fondo y Forma. *Revista de Derecho de Familia*, IV, 236.

Poder Ejecutivo Nacional Argentino (2020). Expediente 011-PE-2020. 20/7/2021. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0011-PE-2020>

UNICEF y Ministerio de Economía de Argentina (2021). *Desafíos de las políticas públicas frente a las crisis de los cuidados. El impacto de la pandemia en los hogares con niñas, niños y adolescentes a cargo de mujeres*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/hogares_pandemia_final_29.04.pdf

Notas

* Recibido el 29 de julio de 2021; aceptado el 15 de marzo de 2022. ** ORCID: 0000-0002-3699-0996. Universidad de Buenos Aires / Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas / Universidad Nacional de Avellaneda. Argentina. Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com

*** ORCID: 0000-0003-2868-5497. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Argentina. Correo electrónico: msalituriamezcua@gmail.com

1 Sobre esta noción se recomienda compulsar entre otros: Leonardo Pérez Gallardo y María Luz Pagano, 2020; Agustina Palacios *et al.*, 2020; Rosalía Muñoz Genestoux, 2015; Roxana Amendolaro *et al.*, 2015; Pilar María Pinto Kramer, 2014.

2 Énfasis añadido.

3 Énfasis añadido.

4 Énfasis añadido.

5 Este artículo establece lo siguiente: Requisitos. Las prácticas médicas referidas en el artículo anterior están autorizadas para toda persona mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial. Para el ejercicio del derecho que otorga la presente ley, las personas tienen derecho a acceder a información objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible y actualizada, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 [de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud] (Ley Nro. 26.130 modificada por Ley núm. 27.655, 18/2/2022, art. 2).

RESIGNIFICAR LA JUSTICIA PENAL. UN ANÁLISIS ENTRE LA PRÁCTICA DE ECUADOR Y MÉXICO*

RESIGNIFY CRIMINAL JUSTICE. AN ANALYSIS BETWEEN THE PRACTICE OF ECUADOR AND MEXICO

Narda Beatriz BERNAL SÁNCHEZ**

Natalia LESCANO GALEAS***

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17072](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17072)

Resumen:

El presente trabajo se dirige en dos vías, por un lado muestra un análisis del alcance de la regulación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), por otro, se refiere a la importancia de la justicia restaurativa, en el ámbito de la justicia penal, a partir de una revisión doctrinaria, de derecho internacional y comparado, entre Ecuador y México, se destaca que México con la reforma constitucional de 2008, reguló el acceso a la justicia a través de los MASC e incorporó en la legislación aplicable a la materia la práctica de la mediación, conciliación y junta restaurativa. Ecuador, por otra parte, incorporó la conciliación en delitos considerados en su legislación como menores, la mediación en casos de adolescentes infractores; no obstante, el enfoque restaurativo es una tarea en proceso de incorporación. El reto por otorgar un significado diferente a la justicia penal continúa para ambos países.

Palabras Clave:

Abstract:

The present work shows an analysis of the motives, incorporation and scope of the regulation of the alternative mechanisms of conflict solution (hereinafter MASC) and Restorative Justice, in the criminal sphere. For this, a qualitative, doctrinal study of international and comparative law is carried out between the countries of Ecuador and Mexico. It is concluded that, Mexico regulated the access to justice through the MASC: arbitration, mediation and conciliation as a human right. Restorative justice is implemented through the restorative board and alternative methods. Ecuador, on the other hand, incorporated conciliation in minor offenses, mediation in cases of adolescent offenders; it does not contemplate restorative justice and the restorative approach has not been consolidated. The challenge to resignify criminal justice continues for both countries.

Keywords:

interrupción voluntaria del embarazo, personas con discapacidades, derechos humanos, código civil y comercial. *crime-punishment, criminal conflict, alternative mechanisms of resolution, and restorative justice.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El conflicto, los delitos y el castigo*. III. *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*. IV. *Justicia restaurativa*. V. *Alcances en Ecuador y México*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad es una muestra constante de las diversas formas que se han utilizado para la solución de conflictos, así, desde el uso de la fuerza hasta complejos sistemas conformados por instituciones, procesos, normas y sujetos del procedimiento se han construido sólidos sistemas de justicia utilizados en diversas materias.

Teniendo en cuenta que el presente artículo se enfoca en la materia penal, resulta importante hacer un breve recorrido histórico acerca de las etapas evolutivas del derecho en este ámbito, para tener un acercamiento a las formas que se han aplicado y dirigido tanto a las personas que han sido víctimas de una conducta considerada como delito, como a quienes las han realizado.

Algunas de las formas de solución de conflictos se enfocaron en lo que se ha denominado “las venganzas” ya sea privada, divina o pública, eran prioritariamente formas de castigar, la historia es una muestra de los excesos en la práctica del castigo; ahora bien, la palabra “venganza” en el reconocimiento de la acción de “vengar”, de usar la fuerza, de emplear violencia, incluso de experimentar satisfacción por el daño que se causa a través del acto de venganza, fueron esos excesos los que han generado la necesidad de evolucionar para llegar a los periodos de desarrollo humanitario y científico, considerando estos dos últimos momentos como etapas de la evolución del derecho penal (Miguel Cortés, 1992) esos dos momentos del derecho penal dan muestra de una serie de eventos en los que el ser humano ha procurado formas de solución a los conflictos que propicien el diálogo a través de la participación de las personas involucradas.

Así, este desarrollo evolutivo ha permitido identificar formas de solución de conflictos, que han sido denominadas como: autotutela, autocompositivas y heterocompositivas, en función de la toma de decisiones, al referirse a la autotutela, José Ovalle (2005) señala que es “imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno” (p. 8), en consecuencia, es una forma de intervención directa por parte de uno de los intervinientes, con la principal característica de ser unilateral en la decisión. Tratándose de la autocomposición se identifica la participación activa en la construcción de opciones de solución ubicando en este rubro a la conciliación y la mediación; en el caso de las formas heterocompositivas una de sus características esenciales es que la

solución surge por parte de una tercera persona reconociendo en estas formas al arbitraje y el juicio.

En América Latina, las formas autocompositivas como la mediación han tenido una aplicación práctica en diversos países, destacándose el avance en Argentina, Brasil, Colombia, México, entre otros, que han realizado esfuerzos significativos para incorporarla como práctica de la solución dialogada de los conflictos. En el caso de los Estados Unidos de América, se observan antecedentes importantes en la práctica tanto de la mediación y de la conciliación, en la materia laboral, administrativa y civil desde sus inicios y partir del año 1970, se observa una mayor aplicación en conflictos civiles en la comunidad.

Hay que mencionar que durante las dos últimas décadas Ecuador y México han realizado importantes reformas constitucionales encaminadas a la incorporación y aplicación de formas de solución de conflictos en los sistemas de justicia y la justicia restaurativa. Pero ¿para qué se incorporan? ¿Cómo se incorporan?

El presente trabajo investigativo constituye un esfuerzo por conocer el camino recorrido y el estado en el que se encuentra la evolución del derecho hacia la necesidad de resignificar la justicia penal. Para esto, en un primer momento, se exponen los fundamentos doctrinarios encaminados a responder la pregunta: ¿para qué se incorporan las formas autocompositivas y la justicia restaurativa en el ámbito penal? Seguidamente, se presentan las experiencias de los países de México y Ecuador, que han llevado adelante reformas constitucionales y legales, que permitan señalar ¿cómo se incorporan?, y poder determinar así el alcance de las regulaciones en la labor por resignificar la justicia.

II. DERECHO PENAL: EL CONFLICTO, LOS DELITOS Y EL CASTIGO

En este apartado se muestra un acercamiento al análisis de figuras importantes del derecho penal tales como el castigo y el delito, además se incorpora el análisis del conflicto pues cuando éste escala puede convertirse en conductas que están descritas en la ley como delitos, por tanto, es necesario incorporar el estudio del conflicto.

El uso de la palabra “penal” para hacer referencia a una materia del derecho obliga a la reflexión acerca de su origen etimológico, pues las palabras y sus significados contribuyen tanto a la interpretación semántica como teleológica para comprender los valores que deben estar implícitos en su construcción, así, la palabra “penal” deriva de la voz latina *poenalis* que se traduce como “relativo a la multa” sus raíces léxicas han dado origen a otras palabras tales como pena, punir o punibilidad, el sustantivo *poena* se consideraba un sinónimo de “multa” y el sufijo “-al” se interpreta como “relativo a”, por lo tanto, la palabra penal se puede entender en sentido literal como “relativo a la multa”.

En ese sentido, se ha diseñado un sistema construido para sancionar siendo evidente que descuida otros elementos esenciales que deben atenderse para dar sustento a la justicia, lo que ha originado en el devenir histórico del derecho penal, aportes de diversas personas que en su reflexión han escrito acerca del derecho de castigar o de la finalidad del castigo, entre otros puntos que permiten diversas reflexiones, así desde 1764 Beccaria argumentó acerca del origen de las penas, así como de la proporcionalidad de las mismas; ha contribuido con sus aportes desde el garantismo penal y el derecho penal mínimo, con una reflexiva pregunta: ¿por qué castigar? (Cesare Beccaria, 2015). De esta misma pregunta Ferrajoli plantea dos interrogantes más que se transcriben a continuación: ¿por qué existe la pena?, así como ¿por qué debe existir la pena? (Luigi Ferrajoli, 2006). Las posibles respuestas han dado pauta a reflexiones teóricas tanto causalista como finalista y permiten seguir en el análisis, desde una interpretación axiológica para justificar lo que aportan al Estado, seguridad, paz y el bienestar en las comunidades, en la práctica se han diseñado procedimientos, sistemas, normas, sujetos que se especializan en su labor para la práctica y justificación del castigo; ahora, desde la misma interpretación axiológica hay que plantearse: ¿qué le aporta a la víctima el sistema punitivo a través de la aplicación del castigo? Si proporcionar justicia a través de respuestas que de forma exclusiva son solo punitivas y retributivas, el camino sigue siendo para la obtención de venganza, dejando de lado las necesidades de las víctimas, la posibilidad de restaurar, además de dejar de lado uno de los aspectos significativos en la justicia restaurativa: la participación de la comunidad que sin duda permite la interdependencia contribuyendo al comunitarismo y con ello permitir un nuevo significado para la justicia penal.

Se justifica que al Estado le corresponde sancionar aquellas conductas que se han considerado en la ley como delitos, aplicando las penas o sanciones que constituyen a fin de cuentas formas de castigo; se observa que en la práctica la atención de las necesidades de las personas que han sido víctimas ha quedado en un segundo plano, debido a que

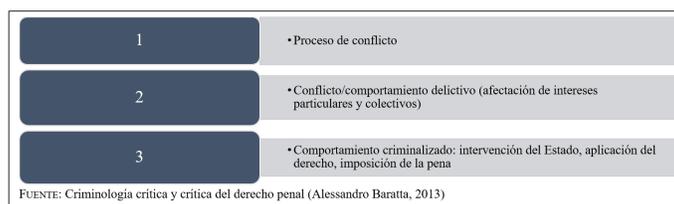
Durante siglos se ha negado en el derecho penal, la posibilidad de que las partes en pugna puedan resolver su situación. Lo que en buena medida responde a que el propio Estado, mediante el denominado proceso de expropiación del conflicto, no permitió la participación de los verdaderos protagonistas (Ulf Eiras, 2010, p. 24).

Es decir, al otorgarse como supuesto principal de la finalidad del derecho penal hacia la imposición de castigos, atender las necesidades de las víctimas no ha sido la prioridad, mucho menos permitirles un rol activo en el desarrollo del proceso, incluso la forma en la que se desarrollan los procesos son menos propensos para contribuir a la responsabilidad activa de las personas ofensoras.

Ahora, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones los delitos son más una consecuencia que una causa, es observable en la cotidianeidad que muchas conductas tuvieron un desarrollo previo, algo que desde los enfoques teóricos se denomina “la escalada del conflicto” de tal forma que en muchas ocasiones la conducta delictiva es sólo el resultado del proceso del conflicto, que al no tener un espacio previo donde pueda atenderse o gestionarse escala a tal nivel

que se convierte en una conducta criminalizada con la evidente sanción que la ley le atribuye. A manera de esquema se plantea lo siguiente:

Cuadro 1. Criminología del conflicto



En la imagen se observa que en la escalada del conflicto éste puede transformarse hasta convertirse en delito, una vez que la conducta es parte de un proceso de criminalización secundaria, el Estado a través de sus instituciones aplica el castigo, Alessandro Baratta (2013) comparte la interesante reflexión acerca de que “los delitos son parte de un proceso del conflicto, cuyas otras partes son el derecho y la pena”, en este sentido, aportó una visión esencial para determinar la relevancia de incorporar formas de solución de conflicto que no sean encaminadas de forma exclusiva a aplicar una pena.

En consecuencia, no toda conducta es desde un inicio una afectación a las normas penales, en la mayoría de las ocasiones puede ser un conflicto por diferencias en la atención de los intereses y necesidades de las personas, que inician y tienen un proceso de escalada, observando los resultados de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana del año 2017, se ubica que el 40% de la población de 18 años o más tuvo al menos un conflicto o enfrentamiento en su vida cotidiana durante los últimos tres meses; ese dato es interesante sobre todo cuando se relaciona con otro dato de la misma encuesta: el 50% de esos conflictos o enfrentamientos constituían “gritos, insultos, incluso violencia física”, lo anterior refleja que las personas en su cotidianidad tienen conflictos, es parte de la convivencia, en la escalada pueden iniciar con expresiones verbales y escalar a la violencia física, o a otras formas de daño (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, [INEGI], 2017).

Por lo tanto, las opciones que debe proporcionar el Estado en razón de sus funciones no deben limitarse a la materia penal, esta relación entre conflicto, delito y castigo trajo en consecuencia durante mucho tiempo que los sistemas formales del Estado crearan un mayor número de supuestos hipotéticos normativos (proceso de criminalización primaria) engrosando los códigos penales, incrementando el número de denuncias para atender, dejando de lado a las personas como verdaderas protagonistas del llamado drama penal, y, en consecuencia restándoles la posibilidad de asumir la responsabilidad activa en la solución del conflicto a través del diálogo, favoreciendo a través del derecho penal, una justicia retributiva, ocasionando a las personas involucradas sentimientos de frustración y angustia, también en muchos casos a las personas que operan el sistema de justicia (Howard Zehr, 2007). Las personas que han sido victimizadas experimentan procesos de revictimización desde el nivel primario y secundario, las personas

ofensoras no escapan a esa posibilidad pues son señaladas y estigmatizadas, viviendo procesos de victimización terciarios.

Lo mencionado lleva a considerar que el juzgamiento ni siquiera ha de ser considerado, cuando hay alternativas mejores para la gestión de un conflicto. Por consecuencia, se dirige la mirada hacia otras formas de solución de conflictos como espacios que permiten el abordaje a través del diálogo, para no dejarlo de forma exclusiva al sistema de control reactivo, a cargo de las instituciones que operan la justicia penal (José Moliné, 2009)

III. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Resulta interesante un acercamiento al análisis semántico de la denominación de las formas de solución de conflictos, como se han incorporado en las legislaciones y en consecuencia en los sistemas procesales, de manera especial en la materia penal por ser parte esencial en el presente artículo. Es frecuente que al referirse a las formas de solución de conflictos se mencione a la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, las dos últimas derivadas de la *compositio* o compensación, que mantenía como propósito que la persona agraviada pudiera recibir una cantidad de dinero evitando con ello “venganza privada” para no derramar sangre y causar daños mayores, incluso la composición se consideró, en cierta forma, un rescate del ofensor y su familia y una proporcionalidad entre el daño causado y el recibido.

Así, la autocomposición se ubica en las formas de solución de conflictos con la característica de que son las partes quienes deciden acorde a sus posibilidades y necesidades las opciones de solución del conflicto, sin que una tercera persona imponga la solución. Dentro de estas formas se ubican a la mediación y la conciliación, pues si bien participa una tercera persona, ésta conduce un proceso de diálogo sin obligarles a decidir las opciones de solución.

La historia muestra la adopción de formas pacíficas de solución a través del diálogo, Inmaculada García (2010) comparte una frase de Confucio en el siglo V a. C., “La litigación causaba resentimiento en los disputadores y les impedía cooperar entre sí. Por tanto, recomendaba que, en lugar de pleitear, encontrasen un *pacificador neutral* que les ayudase a alcanzar un acuerdo” (p. 22). En ese pasaje histórico se observan elementos importantes que hoy en día se consideran en la práctica de las formas autocompositivas, tales como la intervención de una tercera persona a quien denominó pacificador neutral, reconociendo además que el litigio puede producir en las personas resentimiento disminuyendo la posibilidad del trabajo colaborativo que es una característica en la mediación y la conciliación.

Dando un gran salto en la historia se observa que en 1970 se ubica el origen moderno de los mecanismos alternativos en los Estados Unidos de América, seguido por Canadá y Australia. En el caso de Estados Unidos de América se observa la implementación del Servicio de Relaciones de la Comunidad del Departamento de Justicia con mediadores para asistir a las partes en conflictos civiles en la comunidad. En la década de los noventa, la institucionalización de los mecanismos se

produce a través del Congreso de los Estados Unidos que obligó a todas las cortes federales a su implementación y uso (Egla Landero, 2014).

Para autores como Wendolyne Nava y Jorge Breceda (2017) de manera general indican que los mecanismos alternativos surgen por:

- a) la inevitable dilación en la solución del conflicto vía justicia ordinaria, ante la gran demanda existente y que no disminuye, ni aún con el incremento de jueces y tribunales;
- b) los altos costos de los asuntos legales y la tendencia a la contratación de servicios privados, ante la gran demanda de los consultorios gratuitos y el bajo pago de salarios para defensores;
- c) la creciente producción de normas jurídicas y la complejidad de la aplicación de las mismas, que disuaden a las partes en conflicto de reclamar ante los tribunales sus derechos (pp. 211-212).

En ese sentido retomando los aportes tanto de Ana Fierro (2010) así como de Wendolyne Nava y Jorge Breceda (2017) se destaca que las formas de solución de conflictos autocompositivas como la mediación y la conciliación, propician la responsabilidad activa de las personas, convirtiéndose en un sello distintivo, uno de los elementos de suma relevancia es considerarlas una forma de empoderamiento, esto contribuye a reforzar el planteamiento de Ulf Eiras (2010) quien ha referido que a las personas se les expropió su propio conflicto, así que, empoderarlas propicia la posibilidad de que se constituyan con el protagonismo que les corresponde para su solución. Esa expropiación del conflicto es lo que genera que la mayoría de los tribunales tengan una gran carga de trabajo con resultados que son poco satisfactorios.

Es así que, la concepción del derecho penal en los últimos años, ha experimentado cambios significativos mediante la implementación de las formas alternativas de solución de conflictos. Los cuales, incluyen: sistemas de negociación que permitan a las partes alcanzar una solución razonable por sí mismos; sistemas en los que se cuenta con la intervención de un tercero ajeno a la disputa, que auxiliando (mediación) o proponiendo (conciliación) coopera para que estas lleguen a un acuerdo por ellas mismas (Wendoyne Nava y Jorge Breceda, 2017). Cuyo objetivo primordial es complementar el sistema de justicia tradicional, convirtiéndose en una alternativa más para las personas que buscan solucionar sus conflictos.

Sin duda alguna, los mecanismos alternativos representan un desafío dentro del ámbito penal, pues constituyen la superación de la lógica del castigo, desde el entendimiento del fenómeno criminal como un conflicto, en el que se encuentran afectadas las partes de forma directa, pero también la comunidad (Rita Mill, 2013).

IV. JUSTICIA RESTAURATIVA

Tal y como se describió en las líneas precedentes, la materia penal ha incorporado formas que permiten a las personas ser partícipes en la construcción de las soluciones a los conflictos,

para dar un nuevo significado a la justicia, no sólo a través del resultado de un juicio, eso es un avance significativo en el desarrollo de la materia penal. Hoy día es frecuente leer acerca de la justicia alternativa como un camino más al que ya existe, al denominado “camino tradicional” donde los conflictos se atienden a partir del litigio.

Así, entre la justicia retributiva, alternativa y la restaurativa, la materia penal ha transitado por esos caminos para dar respuesta a las personas que han devenido en víctimas, quienes claman por justicia, por eso es relevante ¿qué significado tiene para las víctimas esa palabra? Y sobre todo ¿de qué forma ha contribuido la construcción del derecho penal para atender las necesidades de las víctimas? En la división de las normas penales entre las sustantivas y las adjetivas el reconocimiento de los derechos de las víctimas ha sido lento y un tanto indiferente, por tal motivo incorporar la justicia restaurativa para que las personas que han sido víctimas puedan experimentar la justicia no como un deseo de obtener venganza, sino como un medio para comprender las afectaciones causadas por la conducta delictiva, atender de forma integral cada uno de los daños y, con ello, garantizar que otras generaciones no experimenten la misma sensación de dolor o impunidad, que no sea solo a través de las respuestas retributivas como compensaciones o pagos e imposición de sanciones o castigos, es una respuesta que surge con la justicia restaurativa.

Ahora, hay que observar la aplicación de la justicia restaurativa incorporada en la materia penal, para ello el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa permite un acercamiento conceptual al establecer que “es una respuesta evolutiva al crimen que respeta la dignidad, e igualdad de cada persona, crea entendimiento y promueve armonía social a través de la sanación de víctimas, delincuentes y comunidades” (United Nations Office on Drugs and Crime, 2011, p. 4).

Vista desde la materia penal, la justicia restaurativa implica una oportunidad para las personas involucradas en la ofensa, en asumir la responsabilidad activa tanto para la persona ofensora como para la comunidad al tener un rol que permita formar redes que favorecen a la reintegración y construcción del tejido social, en este sentido, resignificar la justicia penal que de forma tradicional considera “al proceso penal” o al delito como una afectación al Estado, evoluciona a partir de la justicia restaurativa cimentada en valores, ya en sí la justicia es considerada un valor, también una virtud, al sumar la palabra *restaurativa* es importante comprender que de forma precisa desde una interpretación axiológica implica armonía, seguridad, paz y convivencia, interdependencia, responsabilidad, confianza, respeto, puede decirse que la justicia penal en sí, puede incorporar esos valores, sin embargo, es observable en la práctica que las personas que han resultado afectadas por una ofensa/delito, son relegados en gran medida, no tienen espacios y oportunidades de contar sus historias, de escuchar las narrativas que cada persona necesita expresar, además de la estigmatización de la que son objeto. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta su esencia para comprender la relevancia de la reparación de las personas que han sido víctimas, sobre todo en el contexto de la reparación integral del daño.

La justicia restaurativa permite visibilizar en un proceso de trato sensible y con compasión ¿cuáles han sido los daños que derivan de la ofensa? Teniendo en cuenta que hay personas que por su condición o situación incluso histórica, sistemática y estructuralmente han sido víctimas, no es solo un “hecho o momento”, en ocasiones han sido una constante de afectaciones que desencadenan en una conducta considerada en la ley como delito, así que es posible que exista más de un proceso de victimización, esto implica que la justicia restaurativa implica incorporar en su práctica: teorías, valores, postulados y principios que implican una filosofía que ha permitido dimensionar que las soluciones tradicionales: litigio-sentencia-castigo, ha causado una deuda histórica con las personas que han sido víctimas de un delito/ofensa, lo anterior, tomando en cuenta que no sólo es mirar el proceso de victimización primaria o conducta delictiva en sí, es también tener en cuenta que las relaciones familiares, sociales y laborales se trastocan pues la conducta delictiva cambia la vida de las personas, la forma en que se miran a sí mismas y son tratadas incluso en su propia familia, en ocasiones siendo revictimizadas por las propias instituciones del Estado.

Tomando en cuenta que la materia penal es un ejercicio que implica un importante pilar que debe sostener la seguridad y la paz de las personas en la comunidad, el delito es visto como una acción que afecta a la sociedad y que destruye las relaciones interpersonales que la justicia debe reconstruir, a diferencia de lo que acontece con la justicia retributiva (Manuel Reyes, 2013).

Lo anterior, se explica mejor con el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Diferencias entre la teoría retributiva y la justicia restaurativa

<i>Características</i>	<i>Retributiva</i>	<i>Restaurativa</i>
<i>Delito</i>	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
<i>Responsabilidad</i>	Individual	Individual social
<i>Control</i>	Sistema penal	Comunidad
<i>Protagonistas</i>	Infractor y el Estado	Víctima, victimario y la comunidad
<i>Procedimientos</i>	Adversarial	Diálogo

<i>Finalidad</i>	Probar delitos Establecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflictos Asumir responsabilidades Reparar el daño
<i>Tiempo</i>	Basado en el pasado	Basado en el futuro

Fuente: Mediación Penal de la Práctica a la Teoría (Ulf Eiras, 2010, p. 35).

Al aporte realizado por Ulf Eiras en el cuadro precedente, se ha incorporado a la comunidad dentro de los protagonistas, con la finalidad que no haya duda del nivel de participación que debe tener la comunidad dentro de un proceso restaurativo.

En ese sentido, el proceso penal ha incorporado (o al menos eso se puede leer en las normas jurídicas que son parte del sistema procesal penal) procesos que pretenden lograr resultados reparadores y restaurativos, como se observará en líneas posteriores en los referentes en la práctica en la materia penal.

V. REGULACIÓN DE LAS FORMAS ALTERNATIVAS Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ECUADOR Y MÉXICO

1. Ecuador

A. Medios alternativos de solución de conflictos

La incorporación de las formas alternativas en el Ecuador se remonta a la entrada en vigor de la legislación procesal civil con la conciliación como una etapa obligatoria en los diferentes procesos de conocimiento. En 1963, se dicta la primera ley especial sobre la materia denominada Ley de Arbitraje Comercial, que contemplaba únicamente el arbitraje. En la década de los noventa, se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación como consecuencia de la influencia de organismos bilaterales y multilaterales de crédito, para la incorporación de una legislación renovada sobre la materia (Álvaro Galindo, 2001).

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente desde 1997 viene a regular la aplicación del arbitraje y la mediación en aquellos asuntos que por su naturaleza se pueda transigir. Dada la generalidad con la que surge esta norma, en un inicio no tuvo mayor alcance de aplicación en la práctica, y mucho menos en el ámbito penal, en el que sencillamente se le consideró como inaplicable. Con el pasar del tiempo, se ha ido expandiendo de a poco su aplicabilidad dentro de la materia transigible (Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], 1/12/2020).

A un año de la entrada en vigencia de la norma especial, se establece la validez de las formas alternativas en la norma suprema del Estado (Constitución Política del Ecuador [CPE], 01/12/2020, art. 191). Este reconocimiento se ratifica en la actual Constitución con la

denominación medios alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales se establece el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de los conflictos, con sujeción a la ley en materia transigible de la CPE (1/12/2020, art. 190).

Específicamente las formas alternativas que se aplican en materia penal son la conciliación (dentro de una audiencia convocada para dicho fin) y la mediación. El uso de la conciliación se reguló por primera ocasión dentro de la materia penal, en el año 2000 con la intervención de amigables componedores en delitos de acción privada (Código de Procedimiento Penal [CPP], 1/12/2020, art. 373). La regulación de la mediación es más reciente, y se contempla únicamente en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal a partir de las reformas del año 2014 y posteriores.

Las formas alternativas como mecanismos que se aplican para: delitos menores, sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; en materia de tránsito, cuando no haya resultado en la muerte, y en delitos contra la propiedad, cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, es decir, hasta \$12,000 USD al año 2021 (Código Orgánico Integral Penal [COIP], 01/12/2020, art. 663).

No se prevé la conciliación para los delitos en contra de la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (COIP, 1/12/2020, art. 663, inc. 2). Por lo mencionado, se puede precisar que el sistema de justicia ecuatoriano mantiene como potestad estatal el juzgamiento de los delitos mayores, considerados como más graves.

La normativa penal señala que para la aplicación de la conciliación se deben observar los principios de: voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, y honestidad (COIP, 1/12/2020, art. 664). Adicionalmente, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado; tanto la víctima como el procesado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción.
3. La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado (COIP, 1/12/2020, art. 662).

Sin duda, la enunciación tanto de principios como de reglas tiene por finalidad una mayor claridad en el uso de la conciliación en busca de incentivar una adecuada aplicación.

Debido a que el uso de la conciliación en materia penal se encuentra prevista dentro del procedimiento penal, se establecen una serie de normas que pretenden regular los aspectos fundamentales para su validez. Así, en cuanto al momento en el que puede producirse la conciliación se señala a la etapa de instrucción fiscal, específicamente: *a)* en la fase de investigación, en cuyo caso la o el fiscal deberá realizar un acta en la que se establezca el acuerdo y sus condiciones, suspender su actuación hasta que se cumpla con lo acordado y una vez cumplido el mismo se archivará la investigación; en el caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones del acuerdo o si se transgrede los plazos fijados, la o el fiscal, revocará el acta de conciliación y continuará con su tramitación, y *b)* en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite solicitará a la persona juzgadora la convocatoria a una audiencia, en la cual, escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo, se deberá ordenar la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron (COIP, 01/12/2020, art. 663).

Con respecto al plazo máximo establecido para cumplir con los acuerdos de conciliación, la norma ha previsto ciento ochenta días, sin la posibilidad de que pueda admitirse prórroga. El plazo establecido no será tomado en cuenta dentro del tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y de los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente (COIP, 01/12/2020, arts. 663-665).

Cumplido el acuerdo se declarará la extinción del ejercicio de la acción penal. De existir incumplimiento injustificado, ya sea del acuerdo o de los plazos pactados, a pedido de fiscalía o la víctima, se continuará con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concederse esta (COIP, 1/12/2020, arts. 663-665).

La conciliación también se aplica en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, al igual que la mediación tal como se verá más adelante. Esto, gracias a un marco de cooperación internacional, promovido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de varios instrumentos y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, tales como: la Convención de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (1990), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana, 1990). En particular, la Observación General núm. 10 del Comité (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, entre otras.

La conciliación en casos de adolescentes infractores se aplica en delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta diez años. El acuerdo puede ser promovido por la o el fiscal y

la o el juez según el momento procesal: audiencia de conciliación o audiencia de evaluación y preparatoria del juicio.

Las obligaciones establecidas en el acuerdo de conciliación pueden tratar sobre la reparación del daño causado o a la realización de ciertas actividades concretas destinadas a que la o el adolescente asuma su responsabilidad por los actos de los que se le acusa y debe ser cumplido a cabalidad. En caso de incumplir el acuerdo, la o el juzgador competente continuará sustanciando el procedimiento inicial. En todo caso, el periodo de cumplimiento de las obligaciones contraídas en la conciliación no se imputará para el cómputo de la prescripción de la acción. Si una o más de las víctimas no aceptan la conciliación, continuará el enjuiciamiento y subsistirá su derecho a resarcimiento (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [CONA], 1/12/2020, art. 348).

La conciliación encargada a fiscales y jueces es la apuesta del Estado ecuatoriano hacia las formas alternativas en el ámbito penal y dentro del proceso penal, que requiere de capacitación a las y los operadores de justicia, para que sea visto como una oportunidad de hacer real las aspiraciones de una justicia participativa y desde los implicados, y no como una imposición de quien luego deberá acusar o juzgar y por esto se llega a conciliar.

La mediación también se encuentra prevista en el ámbito penal, únicamente en delitos cometidos por adolescentes en conflicto con la ley penal y en los mismos casos de la conciliación, esto es, en delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta 10 años, a partir de las reformas que el COIP (1/12/2020) introdujo al CONA (12/01/2020).

Para el Estado ecuatoriano la mediación aplicada a casos de adolescentes infractores:

permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, durante el proceso para que confronten sus puntos de vista y logren solucionar el conflicto que mantienen. Podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización y abstención de determinada conducta; y prestación de servicios a la comunidad (CONA, 1/12/2020, art. 348 A).

Para la aplicación de la mediación en materia penal, a más de los principios y reglas establecidas para la conciliación, se le adicionan las reglas previstas en la norma especial; siendo estas: la continuación del proceso, con respecto a lo no acordado y a las partes que no hayan intervenido en la mediación; la obligatoriedad de contar con mediadores especializados en el ámbito penal; el acta de mediación se deberá remitir al juzgador que derivó la causa (CONA, 1/12/2020, art. 348 C).

Sobre la especialización de las personas mediadoras en casos de adolescentes infractores, la Judicatura mediante Resolución estableció que el único Centro de Mediación autorizado es el Centro de la Función Judicial y sus Sedes (Consejo Nacional de la Judicatura [CNJ], 2014). En este sentido, es importante mencionar que existen oficinas de mediación en todas las provincias del país, pero con respecto al número de mediadores especializados en adolescentes infractores, el único dato publicado es de 2014, en el que el CNJ (2014) informó que se capacitaron 14 mediadores a nivel nacional.

De manera excepcional, el Consejo Nacional de la Judicatura podrá autorizar que centros inscritos puedan llevar adelante estos procesos de mediación. Así, se puede mencionar que el Estado ecuatoriano ha establecido un monopolio estatal en la vía alternativa a través de la mediación para delitos cometidos por adolescentes infractores.

En el Estado ecuatoriano, la mediación tiene efecto de cosa juzgada de última instancia, constituyéndose en un medio totalmente válido para la resolución de los conflictos, en materia transigible. No obstante, y dada la necesidad de una justicia pronta, eficaz, eficiente y efectiva en todos los ámbitos incluyendo el penal, el Estado ecuatoriano bien podría repensar la aplicación de las formas alternativas en la órbita de los delitos penales (LAM, 1/12/2020, art. 43). Más aún, dadas las circunstancias actuales ante el surgimiento de la crisis sanitaria por el COVID-19, que a partir de 2020 el país ha tenido que afrontar como el resto del mundo, y que ha evidenciado la dificultad de respuesta del sistema de justicia.

B. *Justicia restaurativa*

Sobre justicia restaurativa, la normativa ecuatoriana no hace referencia alguna, lo que sí establece es la reparación integral, al señalar que

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (CRE, 1/12/2020, art. 78).

De igual forma, para lograr un verdadero goce del derecho a la reparación integral, se establece que, la jueza o el juez procurará que la persona o personas titulares del derecho violentado, disfruten del mismo, de la manera más adecuada posible a que se restablezca, a la situación anterior a la violación (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 15/01/2021, art. 18).

El COIP (1/12/2020, art. 78) menciona específicamente como mecanismos de reparación integral: a la restitución, rehabilitación, indemnización, medidas de satisfacción o simbólicas, las garantías de no repetición y la reparación del daño con respecto a la víctima, en aplicación de una justicia reparadora. En este punto resulta necesario precisar que, si bien la normativa hace referencia a una justicia reparadora, esta no puede ser entendida como un sinónimo de justicia restaurativa como tal.

Por lo mencionado, en toda sentencia se deben incluir los mecanismos de reparación hacia la víctima, para lo cual, puede darse el acercamiento entre víctima y agresor a través de las formas alternativas (conciliación y mediación) con las especificaciones mencionadas a lo largo de este apartado. La incorporación de dichos mecanismos de reparación integral, sin duda, constituyen un esfuerzo para garantizar de mejor manera las necesidades de la víctima surgidas a partir del

daño que se le ha ocasionado. Lo cual constituye un paso más en la evolución de la justicia penal en el país.

A partir de 2012, el Ecuador viene ejecutando el Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa desarrollado por Terre des hommes-Lausanne. En una entrevista realizada por Lissette Benítez (2019) la encargada del proyecto para el Ecuador informó que en el Ecuador se trabaja en tres ejes principales: 1) formación, a los operadores de justicia y a otros operadores que consideramos importantes como la Policía Nacional, Juntas de Protección de Derecho; 2) incidencia que trabaja iniciativas para promover políticas públicas que tengan un verdadero enfoque restaurativo en el ámbito de adolescentes infractores, se está haciendo una propuesta de reforma, se busca unir los grupos de derechos humanos, y 3) innovación, que consiste en el acompañamiento al Estado ecuatoriano para promover el modelo de justicia restaurativa. Prácticas restaurativas como los círculos restaurativos, son muy difíciles de llevar a cabo en el Ecuador. En la conciliación, las remisiones tienen un enfoque restaurativo, pero prácticas como la mediación han sido muy poco usadas.

En relación con lo mencionado en las líneas anteriores, en el país, se han suscrito algunos convenios con la finalidad de elaborar manuales de procedimiento para fiscales, jueces, y defensores públicos, acerca del tratamiento con adolescentes infractores y formular un modelo de gestión para el control y seguimiento de las medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes. En relación con otros países, Ecuador se encuentra en una etapa inicial. Esto, debido a que el país “es una entidad particularmente difícil para la cooperación internacional, ya que tiene una serie de políticas que limitan de manera importante el alcance y el impacto de las ONG internacionales” (Tierra de Hombres, 15/01/202, párr.6).

En el informe de Rendición de Cuentas de la Judicatura del año 2019, con respecto al EJE 2: Fortalecimiento institucional a través de la capacitación, evaluación y tecnificación de los servidores judiciales, Sección Capacitación, se informó que se fortalecieron las capacidades en materia de implementación de una Justicia Juvenil Restaurativa a 367 funcionarias y funcionarios judiciales, entre agentes de la Dinapen, SNAI, juezas y jueces, fiscales, defensores públicos y técnicos de unidades judiciales; abandonando así el modelo de la multicompetencia, y adoptando al necesario modelo de la especialidad (CNJ, 15/01/202, p. 15). Con lo cual, se pretende incidir en la calidad de la administración de justicia en lo que a adolescentes en conflicto con la ley se refiere.

Por lo mencionado en este apartado, se puede precisar que el Ecuador contempla dentro de la legislación respectiva a la conciliación y mediación en delitos menores, como formas alternativas. En el caso de la conciliación, cuando la pena privativa de libertad no sea mayor a cinco años en adultos, y a diez años en adolescentes infractores. La mediación se aplica exclusivamente en delitos cometidos por adolescentes, cuya sanción no supere los diez años de pena privativa de libertad.

Con respecto a la justicia restaurativa, si bien no existe una enunciación expresa en la normativa, el Estado de a poco se va abriendo hacia otras formas de respuesta mediante la conciliación y mediación. Para esto, también pretende la aplicación de un enfoque restaurativo a partir del programa Tierra de hombres (15/01/2002). Puntualmente en el caso de la mediación penal, por una parte, entiende al delito como un conflicto que hay que solucionar y ofrece un espacio de acercamiento entre víctima-adolescente que permita cubrir las necesidades de la víctima, la generación de conciencia por el daño causado en las y los adolescentes infractores, y por otra parte, incluye a la comunidad como consecuencia de la conducta cometida, pero no como una parte activa en el procedimiento de mediación, sino más bien como una especie de sanción, lo que Eiras (2010) denomina un modelo tradicional de justicia penal en el que la comunidad no tiene cabida, es un simple espectador. En este mismo sentido, para Samir Vanegas (2017) “Las medidas que simplemente buscan compensar a las víctimas, prestar un servicio a la comunidad o crear conciencia sobre las víctimas no pueden ser consideradas medidas restaurativas porque no incluyen a todos los protagonistas en el proceso de decisión” (p. 52).

Por lo manifestado, el Estado ecuatoriano se encuentra en una etapa inicial en la búsqueda por marcar una diferencia significativa entre el modelo tradicional retributivo y lo que sería un modelo de justicia restaurativo.

2. México

A. Mecanismos alternativos de solución de controversias

La justicia penal en los Estados Unidos Mexicanos ha sido objeto de diversas reformas constitucionales, derivando con ello las adecuaciones a las leyes sustantivas y procesales. En su momento diversas entidades federativas incorporaron en legislaciones estatales el uso de la mediación y conciliación, entre otras formas de solución de conflictos en diversas materias del derecho, denominándoles en ocasiones métodos alternos. Es a partir de 1997, que el Estado de Quintana Roo se convierte en pionero al incorporar los mecanismos alternativos de solución de controversias (Juan Castro, 2017), el camino que recorrió para propiciar el acceso a la justicia fue en un primer momento reformar su Constitución local y posteriormente se promulgó la Ley de Justicia Alternativa en el referido año 1997, convirtiéndose en un referente para que se realizara un trabajo similar en el resto de las entidades federativas.

A nivel nacional fue la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, la que constituyó un cambio significativo al adicionar un párrafo al artículo 17 constitucional para dar pauta a la aplicación de los MASC con la siguiente redacción: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] 5/12/2020, art. 17). De esta forma, México adopta una nueva fórmula a partir de esta reforma

constitucional, dejando atrás el paradigma tradicional para intervenir en los conflictos jurídicos penales, utilizando la denominación de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Es observable tanto en diversas legislaciones como en la doctrina el uso de términos tales como: métodos alternos, mecanismos alternativos, medios alternos, procesos alternativos, entre otros, para hacer referencia en la mayoría de los casos, a la mediación y a la conciliación, al incorporarlos en los sistemas procesales en diversas materias. Algo que es posible identificar es que ya sea mediación o conciliación, cada uno supone el desarrollo de un método con etapas, sesiones y principios que son necesarios para la gestión de conflictos, aunque pareciera un debate semántico sin sentido la forma en la que se denominan les puede proporcionar un reconocimiento adecuado en los sistemas de justicia, a continuación se observa la definición que ofrece Ana Fierro (2010):

Los MASC constituyen formas de empoderamiento de la ciudadanía, pues con ellos se responsabiliza a los particulares de sus propios problemas y se convierten en agentes activos de la solución a los mismos. La base que sustenta a estos medios es que las personas, mediante un acuerdo de voluntades, tienen la capacidad de comunicarse y llegar a acuerdos que proporcionen soluciones a sus conflictos, satisfactorias para ambas partes (p. 18).

El artículo 17 contempla el acceso a la justicia, por lo tanto, los MASC son por excelencia una forma de dar inicio al procedimiento penal lo que sin duda es un referente importante tratándose de una solución ágil y eficaz.

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASCMP, 05/12/2020) se promulga el 29 de diciembre de 2014, y esto constituye otro importante avance, pues en el artículo 30., fracción III, se determinó que la mediación, conciliación y junta restaurativa serán los MASC aplicables en la materia penal, además de la unificación en la denominación de los mecanismos, pues como se ha descrito en líneas precedentes, antes de la vigencia de la normativa, era diversa “medios alternativos”, “medios alternos”, “mecanismos alternativos”, “métodos alternos” situación que responde a la variada denominación que existe a nivel doctrinario, principalmente relacionada al proceso de evolución conceptual. Sin embargo, este artículo no pretende centrarse en un análisis semántico de los términos empleados en cada ley de la materia de las entidades federativas que integran los Estados Unidos Mexicanos, lo pertinente es observar el objeto de la mediación, conciliación y junta restaurativa.

Por tanto, la aplicación de los mecanismos alternativos, ya sea mediación, conciliación o junta restaurativa para el caso de la experiencia en México, constituyen:

- Una forma de empoderar a las personas y devolverles el rol protagónico que les corresponde, permitiendo su participación al construir soluciones.
- Un mecanismo ágil de acceso a la justicia y de atención a las necesidades que derivan de la conducta considerada en la ley como delito.

- Un derecho humano para las personas.

Para considerar que es posible resignificar la justicia penal en México, tratándose de la incorporación de los MASC en la materia penal, no sería suficiente si sólo se contempla en el sistema de justicia encaminado para personas adultas, siendo relevante mirar cómo se construye el sistema de justicia penal para personas adolescentes.

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA, 05/12/2020) incorpora diversos aspectos de relevancia fundamental, relacionados con el contenido del presente análisis, así, el Libro Segundo “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y Formas de Terminación Anticipada” en el artículo 84 establece que los “Mecanismos Alternativos” para aplicar en la justicia penal en materia de adolescentes son: la mediación y los procesos restaurativos, para mayor comprensión de este trabajo en el cuadro siguiente se contienen las formas en que han sido descritos en la mencionada ley.

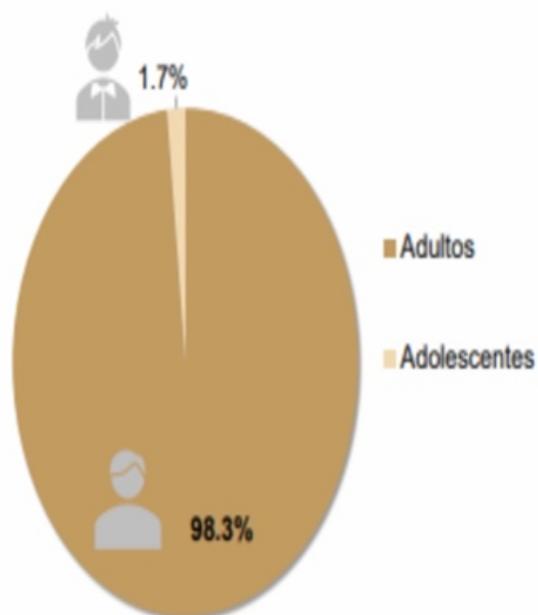
Cuadro 3. Descripciones de la mediación y los procesos restaurativos

<i>Mecanismos alternativos de solución de controversias: mediación y procesos restaurativos</i>	
Mediación	La mediación es el mecanismo voluntario mediante el cual la persona adolescente, su representante y la víctima u ofendido, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia (artículo 85)
<i>Procesos restaurativos</i>	
Reunión de la víctima con persona adolescente	Procedimiento mediante el cual la víctima u ofendido, la persona adolescente y su representante, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, sin la participación de la comunidad afectada (artículo 90)
Junta restaurativa	Mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, la persona adolescente y, en su caso, la comunidad afectada, en el libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, que se desarrollará conforme a lo establecido en la Ley de Mecanismos Alternativos y esta ley (artículo 91)
Círculos	Modelo mediante el cual la víctima u ofendido, la persona adolescente, la comunidad afectada y los operadores del Sistema de Justicia para Adolescentes, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia. Podrá utilizarse este modelo cuando se requiera la intervención de operadores para alcanzar un resultado restaurativo, cuando el número de participantes sea muy extenso o cuando la persona que facilita lo considere el modelo idóneo, en virtud de la controversia planteada (artículo 92)

FUENTE: LNSIJPA, 05/12/2020.

Uno de los aspectos contenidos en la norma citada es que incorpora a la mediación y los procesos restaurativos como mecanismos alternativos, en un mismo plano; en capítulo aparte, describe los procesos restaurativos destacando que con su aplicación se pretende lograr un resultado restaurativo, redacciones que requieren mejorar para propiciar una aplicación adecuada para lograr resultados restaurativos.

Delitos registrados en los expedientes abiertos por los órganos o unidades administrativas encargadas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, según materia, 2019



Distribución porcentual de delitos registrados en los expedientes abiertos por los órganos o unidades administrativas encargadas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, según materia, 2019



*Incluye todas las modalidades de Robo

Fuente: elaborada y publicada por INEGI, CNPJE (05/12/2020)

Los datos que comparte el INEGI (05/12/2020) son muestra del desarrollo de los MASC en México, avanzando al contar con los órganos especializados para su adecuada aplicación, de igual forma es importante visualizar las conductas delictivas que con mayor frecuencia se derivan a estos órganos.

La reforma constitucional al sistema de justicia penal en México, al incorporar los MASC, privilegió como uno de los derechos de las personas el acceso ágil no sólo a la justicia, también a la reparación del daño que deriva de la conducta considerada en la ley como delito, al concebirse, como un derecho de las víctimas u ofendidos, por tal motivo las autoridades en las respectivas etapas del proceso penal deben asumir la obligación constitucional de protección de ese derecho.

B. Justicia restaurativa

Teniendo en cuenta que la justicia restaurativa está sustentada en los pilares que plantea Howard Zehr (2007) los cuales permiten dimensionar las consecuencias o efectos causados por la ofensa/delito, en un primer lugar es necesario centrarse en los daños y necesidades, para ello es relevante contar con una amplia visión comprendiendo que los daños van más allá de las

afectaciones patrimoniales o económicas, lo que ha generado históricamente que se adopte una práctica de justicia retributiva, minimizando las afectaciones causadas a las víctimas y a las comunidades; observar la responsabilidad activa constituye el segundo pilar, las obligaciones, quizá uno de los aspectos más complejos ya que al asumir la responsabilidad las personas causantes de la ofensa asumen las obligaciones que derivan de haber causado los daños a la víctima. El tercer pilar es la participación, contrario a lo que se observa en la justicia tradicional o retributiva, el proceso se limita a la intervención de quienes son denominados sujetos del procedimiento, es decir, víctima e imputado, entre otros, pues si no se cumplen con requisitos procesales no hay posibilidad de que los familiares tanto de la persona que ha sido víctima o de las personas imputadas sean parte de un círculo por citar un ejemplo. Estos pilares que sustentan la justicia restaurativa constituyen una visión filosófica que de incorporarse en el sistema de justicia penal requiere una serie de adecuaciones legislativas y otras tantas institucionales para la adecuada selección, capacitación y formación constante de las personas facilitadoras que lleven a la práctica los procesos restaurativos.

Observando el sistema de justicia penal en México, es importante iniciar con el desarrollo legislativo:

Cuadro 4. Procesos o modelos restaurativos

<i>Proceso o modelo restaurativo</i>	<i>Ley donde se incluye</i>
Junta restaurativa (Señalada como un MASC)	Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, artículo 27
Modelos de reunión: víctima con la persona adolescente, Junta restaurativa y Círculos	Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, artículos 88, 90, 91 y 92
Procedimientos de justicia restaurativa	Ley Nacional de Ejecución Penal artículos 151, 198, 200, 201, 202, 203 y 204

FUENTE: elaboración propia.

Fuente: elaboración propia.

El derecho penal a través del sistema de justicia como el medio para dar respuesta tanto a las víctimas, ofensores y a la comunidad de las conductas que ingresan para ser investigadas a través de la aplicación tanto de las normas sustantivas como adjetivas, debe incorporar la justicia restaurativa y con ello lograr el alcance del resultado restaurativo, desde la perspectiva que aporta Howard Zehr (2007) eso permitiría un significado diferente al que ha propiciado la justicia retributiva.

La necesaria interpretación axiológica de la justicia restaurativa a través de sus valores, principios y pilares, a través del adecuado desarrollo de los modelos o procesos permite resignificar la justicia penal, así como el derecho penal acorde a su historia ha transitado por diversas etapas, este es un momento para reafirmar que, al dejar atrás las venganzas, ahora está en la etapa restaurativa, que deriva del desarrollo científico y del periodo humanitario. La Ley

Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA 05/12/2020) describe el siguiente principio:

El principio de justicia restaurativa es una respuesta a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad. Este principio puede desarrollarse de manera individual para las personas mencionadas y sus respectivos entornos y, en la medida de lo posible, entre ellos mismos, a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias (art. 21).

El principio restaurativo incorpora elementos que desde el desarrollo de los derechos humanos y el derecho internacional propician la humanización de la justicia a través del respeto a la dignidad humana y la construcción de la armonía social, no sólo para dictar las sentencias imponiendo el castigo como consecuencia, sino más bien para mirar las causas a través del origen del conflicto, con ello se logra un nivel teleológico pues se dimensiona que la finalidad de la justicia restaurativa no es la imposición del castigo y mirar afectaciones a la legislación penal, es comprender que en el centro de la ofensa están las personas y sus relaciones.

En la interpretación teleológica de la justicia restaurativa y acorde a las enseñanzas de Howard Zehr (2007) para atender las necesidades de las personas que han sido victimizadas, derivadas de la ofensa es esencial ubicar el resultado, permitirá tener en cuenta si es plenamente restaurativo o incluso sea seudo o no restaurativo, para ello se precisa que será plenamente restaurativo si se logran las actividades siguientes:

Cuadro 7. Actividades a realizar para lograr resultados restaurativos

<i>Actividad</i>	<i>Si se realiza</i>
Participan: víctima u ofendido, imputado	✓
Es posible la participación de la comunidad	✓
Atender necesidades que surgen a partir de la ofensa	✓
Existe la posibilidad de generar responsabilidad activa	✓
Brinda la posibilidad de dialogar y tomar decisiones por consenso	
Favorecer a la recomposición social	✓
Resultado	Plenamente restaurativo

FUENTE: elaboración propia con información de (Howard Zehr, 2007).

Si alguna de las actividades no se lleva a la práctica puede tener un resultado parcialmente restaurativo, Howard Zehr (2007) denomina a esto la escala gradual en la efectividad y alcance de los modelos de justicia restaurativa.

Los resultados en la práctica en el sistema de justicia penal en México se reflejan en los siguientes datos:

Círculos

Total, en el país: 01

1 entidad federativa reporta: 01

18 entidades federativas reportan: 0

El resto de las entidades no proporcionan la información.

Junta restaurativa

Total, en el país: 178

1 entidad federativa reporta: 161

1 entidad federativa reporta: 9

1 entidad federativa reporta: 5

1 entidad federativa reporta: 2

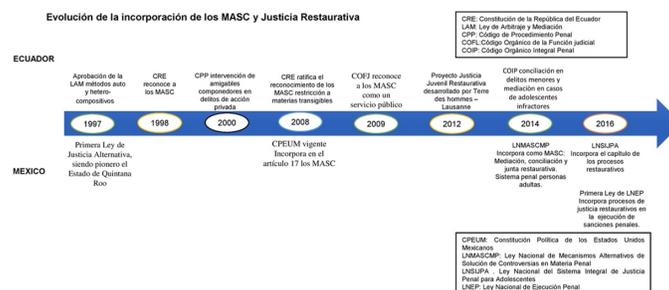
19 entidades federativas reportan: 0

El resto de las entidades no proporcionan la información

Fuente: Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2019 (INEGI, 05/12/2020)

El camino por iniciar una etapa de justicia restaurativa en la práctica del derecho penal en México se observa en la redacción de las legislaciones que se aplican en el sistema de justicia penal, no basta con esa fuente del derecho, a la par, se van desarrollando otras que, sin duda permitirán el avance y consolidación de esta necesaria respuesta para quienes han sido víctimas, así también para quienes sean responsables de la ofensa y por supuesto para la comunidad, pues sin la responsable participación de esta última los resultados no serían plenamente restaurativos, continuando con modelos punitivos y retributivos que sólo apuestan al castigo como la única opción posible.

Gráfico 3. Evolución de la incorporación de los MASC y justicia restaurativa



Fuente: elaborado por las autoras a partir de la legislación.

De las líneas de tiempo sobre la evolución de la normativa en Ecuador y México, se desprende que al año 1997, ambos países incorporan mecanismos alternativos mediante normativa legislativa para la resolución de conflictos de naturaleza privada. Así, Ecuador promulga la Ley de Arbitraje y Mediación, mientras que en México el estado de Quintana Roo se regula con la Ley sobre Justicia Alternativa. Posteriormente, en el año 2008, los mecanismos adquieren un reconocimiento de rango constitucional, ante la necesidad de potencializar su aplicación.

Tanto en México como en Ecuador, la reforma constitucional de 2008 dio paso a una serie de reformas legales encaminadas a otorgar al sistema de justicia la debida coherencia con el nuevo texto constitucional, que incluye, como no podía ser de otra manera, al ámbito penal, específicamente en 2014, ambos países introducen novedades para el tratamiento del conflicto penal, pero con una gran diferencia, mientras México regula mecanismos alternativos y justicia restaurativa, Ecuador opta únicamente por mecanismos alternativos.

De este modo, México aprueba varias leyes encaminadas a la aplicación de la conciliación, mediación y la junta restaurativa en el sistema de adultos, así como los procesos restaurativos, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la reparación del daño, principalmente producto de un mayor entendimiento de la importancia de un tratamiento distinto, de la conducta penal y el daño ocasionado, desde la necesidad de atender efectivamente y de forma integral, las distintas necesidades de las personas involucradas en el conflicto penal (víctimas, ofensores y la comunidad). Ecuador, por su parte, apuesta en el ámbito penal, por la conciliación para delitos menores en personas adultas, dentro de un sistema que continúa reproduciendo prácticas procesales establecidas, por lo que no se genera un mayor impacto, y por la mediación penal en el ámbito de la justicia juvenil, manteniendo su ámbito de aplicación en los mismos casos que la conciliación penal, que hasta antes del año 2012, no pretendía trabajar un enfoque de justicia restaurativa.

La incorporación de mecanismos alternativos se produce en Ecuador de manera conjunta para personas adolescentes y adultas (2014). Con el Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa desarrollado por Terre des hommes-Lausanne (2012), el Estado ecuatoriano entra en contacto con la justicia restaurativa. En México, se incorporan mecanismos alternativos y justicia restaurativa, primero para personas adultas (2014) y posteriormente personas adolescentes (2016). Esto indiscutiblemente, posiciona la experiencia de México sobre la de Ecuador, en el tratamiento de la conducta y el daño, pues toma en cuenta a todas las personas involucradas en el conflicto penal (víctimas, ofensoras y a la comunidad) desde una óptica de diferenciación, cada vez mayor, del modelo de justicia retributivo.

México, presenta una marcada tendencia a la composición restaurativa del conflicto penal, Ecuador al no regular de forma expresa la justicia restaurativa, deja a la interpretación de ciertas normativas, que hacen referencia a mecanismos de reparación integral y que se centran únicamente en la víctima, dejando de lado a la persona ofensora dentro de un sistema penal colapsado, y a la comunidad sin una participación directa, en este sentido, la praxis ecuatoriana, se limita a la ejecución de un Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa por iniciativa internacional, que se encuentra todavía en sus primeras fases de generación de convenios y capacitación para la aplicación del denominado enfoque restaurativo, específicamente a través de medidas socioeducativas.

Gráfico 4. Evolución de los derechos de la víctima u ofendido para la reparación del daño



Fuente: elaboración propia a partir de la legislación.

Con respecto a la evolución de la justicia penal en el tratamiento a las víctimas, se aprecia que Ecuador a partir de la reforma constitucional (2018) establece los mecanismos de reparación integral, los mismos que posteriormente también forman parte del Código Orgánico Integral Penal junto con el principio de oportunidad y mínima intervención. De igual forma, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer adiciona la reparación integral a través de acciones afirmativas. Con lo cual, el Estado ecuatoriano pretende abrir el camino a los mecanismos alternativos en el ámbito penal y justicia restaurativa; sin embargo, en el país la población carcelaria se ha triplicado en la última década, con lo cual, se mantiene la preminencia del castigo y el encierro de las personas establecidas como responsables en el cometimiento de delitos (*El universo*, 24-03-2022, párr. 1). México, bajo una marcada tendencia por continuar con la incorporación cada vez mayor de la justicia restaurativa, mediante la normativa implementada en los últimos años, pretende dar un tratamiento adecuado a las víctimas centrándose en la reparación del daño.

VI. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que son dos los grandes temas que se abordan para resignificar la justicia penal, por un lado, la incorporación de los MASC como formas de solución de conflictos autocompositivas, por otro, la necesidad de mirar con atención los daños y necesidades que derivan de una ofensa/delito, así como la evidente necesidad de favorecer a la consolidación de la responsabilidad activa para asumir las obligaciones de forma participativa, un tratamiento diferente a las formas tradicionales o respuestas que se han propiciado desde el derecho penal, que ha generado día a día sociedades punitivas, estigmatizante y carentes de empatía tanto para las personas que han sido víctimas como quienes son responsables de la ofensa, una sociedad indiferente que poco o nada se involucra, y si lo hace es usualmente para que permita: superar la fórmula delito-castigo instaurada; atender las reales necesidades de las víctimas, agresores en cuanto a su rehabilitación y de la comunidad, y restablecer la paz social quebrantada.

Ecuador y México iniciaron un proceso de modernización y reforma al sistema de justicia penal a nivel constitucional en el año 2008 y legal en el año 2014, el cual constituye un avance hacia la evolución de la justicia, en busca de resultados restaurativos, que permitan responder de mejor manera a las necesidades de las víctimas, la responsabilización de ofensores por el daño ocasionado y la participación de la comunidad a consecuencia de la afectación que el surgimiento del delito le ha ocasionado. De este modo, en Ecuador, se reconoce como los medios alternativos a

la conciliación y la mediación, y establece su aplicabilidad en el ámbito penal. A través del programa de Justicia Juvenil Restaurativa pretende abrir camino a la justicia restaurativa, a través de las medidas socioeducativas, atendiendo las necesidades de las personas adolescentes que han infringido la ley penal; sin embargo, en la praxis no incluye a las víctimas y tampoco a la comunidad, por lo tanto, se encuentra en una etapa inicial en la búsqueda por marcar una diferencia significativa del modelo tradicional retributivo. En México, el acceso a la justicia a través de los MASC constituye un derecho humano fundamental y existe una marcada tendencia acompañada de esfuerzos significativos para mejorar sus prácticas y ampliarlas hacia un cambio de paradigma que permita un tratamiento más humano del conflicto penal.

VII. REFERENCIAS

- Baratta, A. (2013). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. XXI Editores.
- Becaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1
- Benavides Vanegas, F. S. y Samir (2017). Alternativas a la pena Privativa de la Libertad. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 2(5), 37-56. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i5.72>
- Benítez, Lissette (2019). *La Justicia Restaurativa en la reinserción a la comunidad de adolescentes en conflicto con la ley penal*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2922/1/77088.pdf>
- Castro, J. (2017). *Quintana Roo origen de la justicia alternativa en México*. Grupo Editorial Estos Días.
- Código de Procedimiento Penal (1/12/2020). http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_codigo_pp.pdf
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 1/12/2020. https://www.igualdad.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf
- Código Orgánico Integral Penal. 01/12/2020. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_
- Consejo Nacional de Judicatura (2019). *Rendición de Cuentas*. <https://tdh-latam.org/resultados-ecuador/>
- Consejo Nacional de la Judicatura. 15/01/202. *Resolución 041-2014*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2014cj/0412014.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. 1/12/2020. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5/12/2020. 155.
- Constitución Política del Ecuador. 1/12/2020. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>
- Cortés, M. (1992). *Derecho Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Diario El Universo* (24-03-2022). <https://n9.cl/u710v>

- Eiras, Ulf. (2010). *Mediación penal de la práctica a la teoría* (2a. ed.).
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/9.pdf>
- Fierro, A. (2010). *Manejo de Conflictos y Mediación*. CIDE.
- Galindo, Á. (2001). Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, 2(4), Article 4. <https://doi.org/10.18272/iu.v2i4.561>
- García, I. (2010). *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Juruá.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (05/12/2020). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Inseguridad*. http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/ensu/ensu2017_01.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (05/12/2020). *Censo Nacional de Procuración de Justicia*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnpje/2020/doc/cnpje_2020_resultados.pdf
- Cornelio, E. (2014). Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como Derecho Humano. *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (17), 81-95. <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>
- Ley de Arbitraje y Mediación. 1/12/2020. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. 05/12/2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. 05/12/2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA_011220.pdf
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 15/01/202. <https://n9.cl/extwi>
- Mill, R. (2013). *Mediación Penal*. Culzoni.
- Moliné, J. C. (2009). Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 11, 111-130. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i11.15193>
- Nava, W. y Breceda, J. (2017). Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(37), 203. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11457>
- Ovalle, J. (2005). *Teoría General del Proceso*. Oxford.
- Reyes, M. (2013). Sobre la Justicia Restaurativa. En Universidad de Deusto (ed.) *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Universidad de Deusto. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>
- Tierra de Hombres (15/01/2002). *Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa Ecuador*. <https://tdh-latam.org/resultados-ecuador/>
- United Nations Office on Drugs and Crime (2011). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. United Nations. https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_de_Justicia_Restaurativa_1.pdf

Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books.
https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf

Notas

* Recibido: 27 de septiembre de 2021; aprobado el 22 de abril de 2022. ** ORCID: [0000-0001-7040-4703](https://orcid.org/0000-0001-7040-4703). Doctora en Ecoeducación; docente en la Universidad Autónoma de Guadalajara campus Tabasco, en el Departamento de Humanidades; miembro y representante en México del Foro Internacional de Mediadores Profesionales de Sevilla, España. Correo electrónico: nbernals@uagtabasco.edu.mx

*** ORCID: [0000-0002-9864-6613](https://orcid.org/0000-0002-9864-6613). Doctorando en Derecho Universidad de Salamanca, España; docente-investigadora y coordinadora académica de la Escuela de Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, Ambato Ecuador, miembro del Foro Internacional de Mediadores Profesionales de Sevilla, España. Correo electrónico: nlescana@pucesa.edu.ec

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO SOCIAL COMPARADO*

TOWARDS THE CONSTRUCTION OF COMPARATIVE SOCIAL LAW

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17073](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17073)

Resumen:

Una de las consecuencias de la globalización es el aumento de la circulación de mercancías, de trabajadores y de la migración en general. Para posibilitarlo es necesario tener marcos jurídicos compatibles (homogéneos o armonizados) y por ello el derecho comparado se reafirma como un instrumento de investigación indispensable para la salvaguarda de los derechos de los migrantes. En ese sentido, este artículo presenta los resultados de una investigación documental, cuyo objetivo es exponer las bases teóricas y prácticas del derecho social comparado actual; desarrollada bajo el método deductivo. El valor del artículo se centra en la delimitación de la naturaleza, función, metodología y establece como principal novedad una propuesta del proceso comparativo en la materia específica del derecho social comparado. Todo ello lleva a concluir que el derecho social comparado es un derecho dinámico en construcción, cuyo objeto de estudio parte de la comparación en distintos conjuntos normativos de dos derechos humanos: el derecho al trabajo y a la seguridad social.

Palabras Clave:

derecho comparado, derecho social,
derecho social comparado, migración,

Abstract:

One of the consequences of globalization is the increased movement of goods, workers, and the migration. To make this possible, it is necessary to have compatible legal frameworks (homogeneous or harmonized) and for this reason Comparative Law is reaffirmed as an indispensable research tool for the safeguarding of the rights of migrants. This article presents the results of a documentary research, whose objective is to expose the theoretical and practical bases of current Comparative Social Law; developed under the deductive method; whose main result is to show one more function of Comparative Law. The article value also focuses on the delimitation of the nature, function, methodology and establishes as the main novelty a proposal of the comparative process in the specific matter of Comparative Social Law. All this leads to the conclusion that Comparative Social Law is a dynamic right in construction, whose object of study is based on the comparison in different normative sets of two human rights: the right to work and to social security.

Keywords:

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Conceptualización.* III. *Desarrollo histórico del derecho comparado como disciplina.* IV. *Función del derecho social comparado en la actualidad.* V. *Metodología del derecho social comparado.* VI. *Proceso de comparación del derecho social.* VII. *Derecho social comparado y migración* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes de investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

La investigación, cuyos resultados se presentan en este artículo, partió de dos hechos:

El primero es que los derechos humanos a la seguridad social y al trabajo se cristalizan a través de la regulación y su correlativa protección para las personas mediante el otorgamiento de prestaciones y derechos.

El segundo, que la globalización ha contribuido a desvanecer las fronteras y, por lo tanto, una de sus consecuencias es el aumento de la circulación de mercancías, de trabajadores y —en el mejor de los casos— de las personas en general.

De forma que, estos hechos en conjunto originan una problemática singular: la necesidad de protección de migrantes con normas jurídicas del derecho del trabajo y de la seguridad social, que desembocan en la generación del derecho internacional de la seguridad social.

Esta problemática inicia desde la formación para el trabajo en un mundo globalizado, visible a través de la “creciente necesidad de que las personas tengan hoy un conjunto adecuado de habilidades y competencias para la realización personal, la empleabilidad, la inclusión social y la salud” (Anna Rita Cancelli, 2020, s.p.) hasta la empleabilidad en un entorno extranjero con reconocimiento y garantización de derechos del trabajo y de la seguridad social para las y los trabajadores migrantes y sus familias.

Por lo tanto, como hipótesis se establece que el reconocimiento de esos derechos humanos se materializa a través de instrumentos internacionales: convenios, tratados, convenciones, estatutos, entre otros, que de forma invariable parten de un análisis de las normas nacionales existentes para poder establecer marcos normativos congruentes, que además armonicen, coordinen, homogeneicen o estandaricen las normas aplicables, lo anterior requiere de un procedimiento sistemático comparativo de derecho social ágil y específico para realizarlo.

La principal problemática para posibilitarlo es contar con marcos jurídicos compatibles (homogéneos o armonizados) y por lo tanto el derecho comparado deja de ser un instrumento de investigación meramente teórico y ha reafirmado su función como herramienta indispensable para generar los comparativos que den pie al derecho que regule a los migrantes y les salvaguarde sus derechos humanos. En ese sentido, este artículo presenta los resultados de una investigación documental, cuyo objetivo es presentar una primera aproximación de las bases teóricas y prácticas del derecho social comparado actual, como puente para las negociaciones internacionales y la protección del derecho social (laboral y de seguridad social) para los migrantes, desarrollada bajo el método deductivo,

cuyo principal resultado es el análisis y desarrollo del derecho social comparado como disciplina novedosa en construcción, su función, naturaleza y la importancia de esta en un mundo actual tan cambiante.

El valor del artículo se centra también en la delimitación de la naturaleza, función, metodología del derecho social comparado y establece como novedad una propuesta sistemática del proceso comparativo específicamente para el derecho social comparado.

El artículo se compone de nueve apartados, el primero es esta introducción que establece el objetivo general, el planteamiento del problema y la metodología utilizada. Posteriormente, los apartados de: conceptualización, desarrollo histórico del derecho comparado como disciplina, y función del derecho social comparado en la actualidad, pretenden, por un lado, establecer una base doctrinal sobre el actual derecho social comparado y, por otro, dotarle de elementos para comprobar su existencia pragmática. El punto V: Metodología del derecho social comparado, estudia diversas teorías comparatistas, con la intención de crear una base para el desarrollo de una propuesta del proceso de comparación del derecho social, que se presenta en el punto VI.

Por su parte, el numeral VII enfatiza la relación e importancia del derecho social comparado y la migración. Por último, el artículo cierra con las respectivas conclusiones y fuentes de investigación.

Todo ello lleva a concluir que el derecho social comparado es un derecho dinámico, cuyo objeto de estudio parte de la comparación jurídica de dos derechos humanos: el derecho al trabajo y a la seguridad social y que hoy en día es absolutamente indispensable en el proceso de garantización de los derechos humanos de los migrantes.

II. CONCEPTUALIZACIÓN

Para empezar, se debe señalar que en este apartado se delimita conceptualmente al derecho comparado, al derecho social y posteriormente al derecho social comparado.

A lo largo de los años se han realizado diversos estudios comparativos enfocándose en el análisis de los sistemas jurídicos de cada una de las naciones contrastadas, con la intención de desentrañar las semejanzas y diferencias con que cada uno cuenta; sin embargo, como lo afirma Mahias Siems (2019):

Cualquier comparación entre normas legales de diferentes países pertenece al campo del Derecho Comparado. Más allá de este alcance tradicional, algunos comparatistas incluyen otros temas, por ejemplo, sugiriendo que los sistemas legales del pasado, las leyes nacionales y las formas informales de resolución de disputas también pueden ser posibles unidades del Derecho Comparado. (p. 861)

En ese contexto, podemos encontrar una gran cantidad de definiciones, y para este artículo resulta útil clasificarlas en tres categorías:

1) Definiciones del derecho comparado que atienden a su función, como las que establece Tamayo y Salmorán al referir que el derecho comparado “no es estudio del derecho extranjero, sino que los modelos doctrinales son confrontados y comparados, siempre y cuando sean instituciones pertenecientes a una misma clase necesitando de un marco referencial”(Rolando Tamayo, 2007, p. 32) o las proporcionadas por los profesores Konrad Zweigert y Hein Kötz (1996) como “una actividad intelectual

que tiene por objeto al derecho y por método a la comparación” u Oretes Arenas (2020) señalando que la función del derecho comparado es “comprender mejor el derecho a través del estudio del ordenamiento jurídico de otras sociedades. En este caso no solo se deben estudiar las leyes positivas de un país, sino que también se debe estudiar la sociedad que produce dichas leyes” (p. 13).

2) Definiciones de derecho comparado entendido como método de investigación. Al respecto, sólo se citarán dos: René David establece dentro de su obra *Traité élémentaire de droit civil comparé* que “el Derecho Comparado es precisamente el método comparativo aplicado en el campo de las ciencias jurídicas permitiendo una aplicación en la investigación y docencia” (Rolando Tamayo, 2007, p. 32); y por su parte Annelise Riles (2001) señala que “la comparación es una de las más ubicuas y no teorizada de las dimensiones del conocimiento moderno, sea que asumamos la actividad para crear, investigar científicamente, como método, proyecto, como un acto pragmático. Al comparar procesamos información de manera compleja” (p. 1).

3) Definiciones de derecho comparado como ciencia o disciplina jurídica. Milushka Felicitas Rojas (2019) lo menciona como “una ciencia histórico-social que actúa con el conjunto de los sistemas jurídicos de los diversos pueblos y tiempos para entablar un bien común” (p. 2). En ese sentido, la definición establecida por Alberto Montero (1997) abona a su reconocimiento como ciencia al mencionar que “El Derecho Comparado se articuló, en cuanto saber jurídico sustantivo, a partir de los diferentes presupuestos epistemológicos que brindaba el positivismo vigente” (p. 41).

De la misma forma, se puede citar a Pizzorusso en palabras de Anderson Teixeira, (2020):

el Derecho Comparado difiere de cualquier otra disciplina jurídica porque su objeto de estudio es una pluralidad de sistemas jurídicos en operación y también porque tiene como objetivo último, no tanto el conocimiento de cada uno de los sistemas examinados en cada detalle, sino la comparación entre ellos y el consiguiente análisis de las diferencias y analogías de estructuras y disciplina reconocibles. (p. 314)

Dada la gran cantidad de definiciones y alcances que éstas tienen, se pueden analizar los elementos que integran al derecho comparado, destacando los siguientes:

- a) Disciplina jurídica o ciencia y al mismo tiempo una metodología, que permite la comparación de familias jurídicas y el contenido de las normas de los diferentes sistemas jurídicos.
- b) El ámbito de aplicación gira en torno a la ciencia jurídica y su proceso de comparación entre los ordenamientos de dos o más Estados.
- c) La comparación como método para la confrontación del objeto jurídico a comparar.
- d) Su finalidad, en sentido amplio, es la comparación y, en sentido estricto, tiene muchas finalidades específicas de esa comparación; sobresalen: comparativos que permitan mejorar los sistemas normativos, homologación de normas entre países o estados; actividades académicas y la más importante, servir de puente para el establecimiento de derechos de una persona originaria en un país en territorio extranjero.

En ese orden de ideas, el derecho comparado es tanto una disciplina jurídica, como el método encargado del estudio comparativo sistemático de marcos normativos de los múltiples sistemas jurídicos existentes, para el mejoramiento de: la interpretación, el estudio y legislación entre normas jurídicas internas o nacionales y extranjeras de los Estados.

Sobre el segundo elemento de este análisis: el derecho social, se puede decir que es un derecho de comunión o de integración, diferente al derecho privado, en el cual se dan relaciones de coordinación y del derecho público, donde aparecen vínculos de subordinación.

Enrique Álvarez (1982) en su obra proporciona una definición de Mendieta y Núñez al establecer que: “El Derecho Social es un Derecho de clases y grupos protegidos frente al Estado, frente a otros grupos y clases, y frente a la misma sociedad” (p. 114) que se caracteriza por establecer un conjunto de leyes, principios e instituciones que se encuentran debidamente fundamentados en la norma suprema de un país que a su vez regula y protege a las clases sociales más vulnerables de la sociedad como: migrantes, indígenas, personas con discapacidad, entre otros.

La sociedad contemporánea requiere del derecho social para establecer un conjunto normativo específico a través de sus diversas ramas, el cual coadyuve a la obtención del bien común, de la justicia social. Un conjunto normativo que les permita igualdad de oportunidades de desarrollo a los miembros de una sociedad, independientemente de su situación económica, cultural o social.

Enrique Álvarez (1982) señala que el derecho social es un “Derecho de clases y grupos protegidos frente al Estado, frente a otros grupos y clases, y frente a la misma sociedad” (p. 115) que se caracteriza por establecer un conjunto de leyes, principios e instituciones que se encuentran debidamente fundamentados en la norma suprema de un país que a su vez regula y protege a las clases sociales más vulnerables de la sociedad como: migrantes, indígenas, personas con discapacidad, entre otros.

Cabe mencionar, que existen tan solo acercamientos teóricos en la construcción doctrinal de un derecho social comparado. Trabajos como el de Malcolm Langford (2008), Alfredo Montoya Melgar (2018), Francisco Rafael Ostau de la Font de León (2015), Arturo Bronstein (2013), Daniel Maul (2019) y Guillermo Maldonado Sierra (2019) dan cuenta de ello; sin embargo, no ahondan en propuestas del proceso de comparación del derecho social.

En el caso de México, se registran aportaciones en materia de derecho internacional del trabajo y de la seguridad social (Roberto Charis, 2000; Gabriela Mendizábal y Patricia Kurczyn, 2017; Vázquez, 2015), sin ahondar en el tema de este artículo.

Por otro lado, se puede considerar que la Organización Internacional del Trabajo si bien realiza tareas propias del derecho social comparado, mediante la generación de sus propias normas establecidas en convenios, la supervisión de su implementación, así como en la emisión de recomendaciones, realmente no ha establecido un proceso o metodología del derecho social comparado.

Por lo tanto, como resultado del análisis de los conceptos de derecho comparado y derecho social se puede decir que el derecho social comparado es el estudio sistemático comparativo de las normas jurídicas nacionales e internacionales que regulan y protegen a los grupos vulnerables de una sociedad y las condiciones de desventaja que enfrentan dentro de la propia comunidad para el perfeccionamiento de los marcos jurídicos nacionales de un Estado en beneficio de los grupos minoritarios.

Los elementos del derecho social comparado son:

- a) Estudio sistemático de normas jurídicas que regulan derechos sociales.
- b) Compara normas de dos derechos humanos, principalmente laborales y de seguridad social.
- c) Su finalidad es el análisis teórico, perfeccionamiento, mejora u homologaciones de marcos normativos nacionales e internacionales para la protección de los grupos vulnerables de las sociedades.

El derecho social es relativamente reciente y por ende el derecho social comparado lo es aún más, por lo que vale la pena revisar brevemente algunos datos históricos a continuación.

III. DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO COMPARADO COMO DISCIPLINA

Ralf Michaels (2009) señala que el derecho comparado en sentido amplio ha existido desde que existe el derecho; sin embargo, en sentido estricto, este solo fue posible cuando los diferentes sistemas legales comenzaron a estar estrictamente separados, en particular con el surgimiento del monopolio estatal de la legislación (s.p.).

En ese contexto, el proceso histórico del derecho comparado lo podremos dividir en las siguientes etapas:

1. Etapa antigua (900 a. C.-400 a. C.)

El primer estudio comparativo registrado en la historia se hizo en “Las leyes” de Platón, que tenían como finalidad realizar una comparación de las legislaciones de las ciudades-Estado de Grecia en esa época, permitiendo establecer algunas diferencias o similitudes entre estas y encontrar una manera de perfeccionar el compendio de la legislación aplicables en la región, ya que sus orígenes y contextos resultaban similares, pero sus leyes eran distintas.

Posterior a “Las leyes” de Platón surgieron otros estudios que realizaban derecho comparado como las Leyes de Solón (2018. Business School University of Navarra, s.p.), y las XII tablas romanas, que fueron pieza clave y guía para la construcción de marcos jurídicos de diversos Estados, por ejemplo, el surgimiento del Imperio romano y la familia jurídica romano-germánica.

Ciertamente, durante esta etapa y hasta el perfeccionamiento del derecho comparado a mediados del siglo XIX se desarrollaban estudios de comparación de una manera empírica; sin embargo, estos antecedentes fueron la base para la creación del derecho comparado como disciplina.

2. Derecho comparado como disciplina (siglo XIX)

El término de “derecho comparado” se empieza a utilizar a mediados del siglo XIX y principios del siglo XX como una herramienta depurada para la confrontación tanto de marcos, como de sistemas jurídicos existentes, de forma sistemática a cargo de organismos e instituciones de la ciencia jurídica. Es así, que el derecho comparado se materializa de una manera formal y como disciplina autónoma en el primer congreso internacional de legislación comparada —*droit comparé, de la vergleichende Rechtswissenschaft*— realizada por la “Sociedad de Legislación Comparada” fundada en París en 1869 de la mano del jurista Lambert, quien dentro de su discurso inicial estableció la importancia que tiene el derecho comparado en la ciencia jurídica y la necesidad “de definir con mayor precisión la función de la

disciplina y así poder orientarla como una rama práctica de la ciencia jurídica moderna y no como una ciencia social histórica” (Diego López, 2015, p. 132), manifestando también su idealismo: al exponer su sueño de tener un derecho común de la humanidad, *droit commun de l’humanité* (Konrad Zweigert, 1996, p. 3), que hasta la fecha, pese a los esfuerzos de armonización jurídica en el mundo, no ha sido posible.

En ese sentido, durante los inicios de la Sociedad de Legislación Comparada se buscaba la unificación del derecho de los países a través del derecho comparado:

sus miembros asumieron una concepción universalista del Derecho Comparado, teniendo como fin, buscar más allá de las raíces de la vida jurídica universal, es decir, el derecho mundial del siglo XX, de tal forma que su objetivo era lograr un derecho común a toda la humanidad. Esta meta soñada fue imposible generando que se delimite el contenido del derecho comprado a buscarle otras finalidades o a negarle su carácter de ciencia por carecer de objeto dejándolo como un simple método comparativo. (Rojas Ulloa, 2019, p. 3)

Durante esta etapa, el derecho comparado se centró en el derecho europeo, porque las recientes independencias de las excolonias en América y África no contaban con normas estables que permitieran la comparación, a lo mucho daba pie a normas jóvenes de derecho internacional y las diferencias abismales con el continente asiático dificultaban su realización.

3. Derecho comparado contemporáneo

La Segunda Guerra Mundial coadyuvó al desarrollo del derecho comparado como disciplina, ya que al finalizar se fundaron diversos organismos internacionales como la ONU y su correlativa generación de instrumentos internacionales, que requirieron del derecho comparado para estandarizar términos, con la finalidad de la unificación de un marco jurídico entre los países europeos y los occidentales (en específico con Estados Unidos de América).

En ese contexto, el perfeccionamiento del derecho comparado ha ido evolucionando a la par de la transformación de los marcos jurídicos nacionales e internacionales de cada país, que intentan ajustarse a las necesidades globales actuales, como el aumento de migración o las pandemias (como la ocasionada por el virus SARS-CoV-2, COVID-19).

Esta evolución del derecho comparado ha permitido la especialización del derecho por materias como es el derecho privado comparado o más recientemente el derecho social comparado, permitiendo realizar estudios comparativos que coadyuven al perfeccionamiento u homologación de marcos normativos entre dos o más naciones y hablando del derecho social comparado en beneficio de los grupos vulnerables que intervienen en la garantización de sus derechos sociales.

Ciertamente, no hay un dato preciso de cuando surge el derecho social comparado como una disciplina de estudios jurídicos comparativos; sin embargo, se debe destacar que el perfeccionamiento de esta disciplina ha tenido un gran auge en las últimas dos décadas, en gran medida por la intervención de organismos internacionales a través de los convenios internacionales, declaraciones, pactos y convenios multilaterales; así como de la participación de organismos jurisdiccionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, por mencionar algunos. Quienes con la

emisión de jurisprudencias que trastocan derechos sociales coadyuvan al estudio y perfeccionamiento de marcos nacionales de los países, gracias a la comparación por medio del derecho social comparado.

IV. FUNCIÓN DEL DERECHO SOCIAL COMPARADO EN LA ACTUALIDAD

La importancia de los estudios comparados radica en varios factores, particularmente, aquellos que se identifican con los problemas que se presentan en un sitio y que éstos pueden propagarse fácilmente al resto del mundo y las soluciones que se encuentran en un lugar que pueden aplicarse en otros, además éstos permiten determinar ciertos factores de políticas económico-sociales dentro de un Estado y predecir sus comportamientos económicos (Gabriela Mendizábal, 2005, p. 546).

En específico, el derecho social comparado sirve para el mejor registro, comprensión y evaluación del derecho (Hans Zacher, 1993, p. 329). En sentido amplio se puede afirmar que en la actualidad tiene las siguientes funciones:

- a. El conocimiento del propio derecho social nacional, porque el derecho extranjero se entiende y explica automáticamente en relación con el propio derecho.
- b. Homogenización o unificación de marcos normativos que permitan el otorgamiento de derechos laborales y de seguridad social elementales en países con condiciones similares o de manera regional.
- c. Armonizar o coordinar marcos normativos nacionales en materia de seguridad social y laboral con la comparación de otras legislaciones del mismo género de otros Estados.
- d. Perfeccionamiento de políticas públicas en materia de trabajo y seguridad social a través de la comparación de casos de éxito de otros países.
- e. Búsqueda y reconocimiento de los derechos sociales fundamentales a través de los marcos nacionales de los Estados, así como de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en específico del derecho de la seguridad social y el derecho del trabajo.
- f. Formación jurisprudencial: el derecho social comparado puede contribuir a la conformación de las resoluciones judiciales nacionales e internacionales.
- g. Función académica: la enseñanza del derecho social comparado posibilita, al señalar las diferencias con otros marcos normativos, la mejor comprensión del propio y permite determinar sus alcances y problemática; así como sus virtudes y novedades.

De lo anterior, se establece que el derecho social comparado es un instrumento indispensable para poder generar el derecho internacional laboral y de seguridad social, ya que sus resultados hacen posible determinar si se puede aplicar y en qué medida un instrumento internacional que coordine o armonice los sistemas de seguridad social de dos o más países.

Gracias al derecho social comparado se pueden conocer otros derechos prestacionales o garantías que las diferentes naciones otorgan a su población y esto abre la posibilidad de la unificación u homogenización de derechos entre dos o más países.

Por supuesto, la seguridad social no es la excepción, pues es una de las ramas más nobles que existen en el derecho, ya que los beneficios que de ella se desprenden van encaminadas a toda la población para la elevación de su calidad de vida y gracias al derecho social comparado se pueden

unificar derechos o armonizar el otorgamiento de prestaciones que existen en un país frente a otro que no los incluye en su marco jurídico; o simplemente —como se mencionó— el derecho comparado sirve de base para realizar mediante los instrumentos internacionales la coordinación o armonización de las legislaciones.

V. METODOLOGÍA DEL DERECHO SOCIAL COMPARADO

Como se pudo observar en el apartado conceptual, una gran cantidad de definiciones apuntan a que el derecho comparado es una disciplina y al mismo tiempo una metodología, que sirve de base para realizar la comparación del derecho. En ese sentido, el derecho comparado cuenta para su concepción con diversos enfoques metodológicos, que realmente son las técnicas por aplicar y si bien no hay un consenso en los fundamentos metodológicos y teóricos del derecho comparado, en la práctica del derecho comparado se pueden proponer como relevantes para el derecho social comparado las técnicas de investigación:

1. *Tipología de enfoques metodológicos según Hans-Joachim Bartels*

El derecho comparado cuenta para su concepción con diversos enfoques metodológicos, a decir de Hans-Joachim Bartels (1982), los más comunes son el descriptivo, histórico, dogmático-conceptual, tipológico y legal-funcional (pp. 67 y 68).

Es decir, en la aplicación del método de derecho comparado, se le pueden dar diversos enfoques que permitan comparar la información de un fenómeno jurídico con otro de una mejor manera. Por su importancia se describirán a continuación brevemente:

a) Enfoque descriptivo

Como su nombre lo indica, aunque su cometido no es propiamente el contraste, éste se da de forma sencilla a través de la descripción que es indispensable para desarrollar cualquier comparación, ya que la posibilita mediante la narración sistemática y analítica de figuras jurídicas, instituciones jurídicas, mecanismos de aplicación u ordenamientos o normas jurídicas.

b) Enfoque histórico

Con este enfoque lo que se compara es el origen y desarrollo de las normas e instituciones jurídicas para la mejor comprensión del derecho vigente.

Desde el contexto histórico se pueden obtener valiosos resultados sobre el origen en común de una norma o institución en dos países diferentes y cómo el desarrollo y las necesidades de adaptación los llevaron a transformar sus funciones de aplicación. De esta forma, el comparativo permite ver las similitudes que conservan y la posibilidad de armonización actual.

c) Enfoque dogmático-conceptual

Desde esta perspectiva, lo que se analiza son los conceptos, partiendo de la base dogmática. Para ello el fenómeno estudiado y a comparar se reduce a conceptos fundamentales, que permitan la aceptación de estos en ambos derechos nacionales, posteriormente se analiza la base conceptual de los

diferentes sistemas jurídicos para contrastar la interpretación doctrinal y problemática que este fenómeno presenta en los dos contextos a comparar.

d) Enfoque legal-funcional

En este enfoque se analizan instituciones y fenómenos jurídicos que tienen la misma función normativa. Por lo que sólo es posible comparar las que internamente son similares.

2. El estructuralismo y la teoría de los formantes de Rodolfo Sacco (método estructuralista del derecho comparado)

El estructuralismo de Sacco viene a romper con los postulados metodológicos expuestos por el funcionalismo de su máximo expositor Emile Durkheim, ya que este método parte de la comparabilidad de problemas y no de leyes, teniendo por tanto una vertiente más sociológica que jurídica.

Tomando en consideración que el estructuralismo se encuentra basado en el análisis de los hechos o acciones de las personas como estructuras susceptibles de formalización (Greca Guzmán, 2020, s.p.) en el que todo un sistema social de organización cuenta con estructuras.

La teoría de los formantes jurídicos se centra en el derecho como actividad social, es decir, un formante del derecho puede ser una persona o grupo institucionalmente involucrada en la actividad de crear, aplicar o administrar el derecho.

Al respecto, Giuseppe Monateri (2008) afirma al referirse a los formantes del derecho, que en la tradición jurídica occidental encontramos los siguientes formantes: el abogado en ejercicio; el hacedor de políticas: el poder legislativo (un legislador); el poder judicial (jueces principalmente de la máxima Corte); el poder ejecutivo (los administradores de nivel superior), y el erudito jurídico (profesores e investigadores de derecho y afines) (s.p.).

En ese orden de ideas, la teoría de los formantes tomando en consideración que su base es estructuralista, parte de que “los ordenamientos jurídicos están animados por estructuras que, si no pueden llamarse innatas, al menos se muestran constantes a lo largo del tiempo” (Greca Guzmán, 2020, p. 156).

Rodolfo Sacco (1991) afirma que “la comparación reconoce que los formantes, dentro de un sistema no siempre son uniformes y, por lo tanto, es posible la contradicción” (p. 25). El método comparativo puede, por tanto, ser un complemento de cualquier proceso de razonamiento jurídico, tomando como base la estructura del derecho.

3. El funcionalismo de Zweigert y Kötz (método funcional del derecho comparado)

El método funcional del derecho comparado tiene sus orígenes en Alemania por el doctor Ernst Rabel que a la postre fue perfeccionado por Konrad Zweigert y Hein Kötz (Antonio Villacorta, 2012, p. 319).

Los autores refieren que el método funcional del derecho comparado es aquel en que lo único que puede ser materialmente comparable desde el punto de vista del derecho son los objetos o cosas que

cumplan con una misma función (Hans Zacher, 1993), pues argumentan que “los distintos sistemas jurídicos prescriben soluciones idénticas o muy similares, aun en los detalles, a los mismos problemas de la vida, pese a significativas diferencias en historia, estructura conceptual y estilo de operación” (pp. 38 y 39).

Ambos comparatistas alemanes establecen que a pesar de que las mayorías de las sociedades “recurren al derecho para resolver problemas análogos, las soluciones adoptadas a nivel técnico-jurídico son a menudo divergentes. Por ello, el comparatista debe iniciar su investigación partiendo de preguntas planteadas en términos factuales y no conceptuales” (Alessandro Somma, 2015, p. 159).

Ulrich Becker (2010) señala que las discusiones actuales sobre el método del derecho comparado, cuyo enfoque sigue siendo el principio de funcionalidad, se refieren generalmente a dos puntos diferentes: por un lado, a los requisitos esenciales, que implican básicamente encontrar el objeto que se va a incluir en una comparación, es decir, encontrar la ley pertinente a comparar; por otro lado, se refieren a la función (como finalidad del derecho) y el propio funcionamiento de ese derecho (como actividad dentro de un sistemas de elementos), con el que se abordan los fines de la comparación directa (p. 19).

Posteriormente y concluida la comparación y en la etapa de la revisión de los resultados, Konrad Zweigert y Hein Kötz (1996) argumentan que

el comparatista deberá darse por bien servido cuando sus investigaciones en los materiales relevantes lo lleven a la conclusión de que los sistemas comparados obtienen resultados idénticos o similares. Empero, si descubre que hay diferencias significativas o, de hecho, resultados opuestos, deberá tomar esto como una advertencia, por lo que habrá de comprobar si los términos en los que planteó la pregunta original eran funcionales y si, en efecto, ha extendido la red de sus investigaciones suficientemente lejos. (p. 45)

4. Análisis económico del derecho y comparación cuantitativa (método cuantitativo del derecho comparado)

La aplicación del derecho comparado a través de un método cuantitativo consiste en realizar una comparación del derecho a partir de la propia funcionalidad cuantificable del derecho y la eficiencia que este tiene al momento de cumplir su función.

Es metodología relativamente reciente, que nace a partir de una combinación de la comparación jurídica con el análisis económico del derecho y que como lo establecen Adriana García y Dirk Zavala (2020):

El análisis económico del derecho (AED) es una forma de estudiar al derecho que difiere de las formas tradicionales.

A través de este tipo de análisis se pretende el uso de las herramientas económicas para analizar sistemas normativos, teniendo como principal objetivo la búsqueda de la eficiencia en los sistemas legales. (s.p.)

En ese contexto, el método cuantitativo del derecho comparado pretende establecer una comparación de sistemas jurídicos o normas legales tomando como parámetros la funcionalidad de esta a partir de que su aplicabilidad pueda verse reflejada en datos numéricos, basados en técnicas y métodos estadísticos.

Como lo establecen Roberto Hernández *et al.* (2010), el enfoque cuantitativo inicia con una problematización, en la cual presenta una serie de condicionantes que permitan comprender la dimensión o dimensiones del fenómeno, posibilitando su comprensión en aspectos prácticos (p. 23).

5. Dogmática del derecho social comparado

El doctor Becker (2010) retoma y amplía la teoría de la “dogmática jurídica del derecho social” (*Rechtsdogmatik im Sozialrecht*) del profesor Hans Zacher, que se ocupa del estudio del derecho positivo y la sistematización del derecho social como un orden que se autosustenta.

Hans Zacher (1993) señaló que uno de los impulsos más importantes de la comparación del derecho social (hasta ahora en gran parte en un sentido precientífico y sociopolítico) es la referencia elemental a la igualdad y la justicia del derecho social. Puesto que “el objetivo del Derecho Social de reducir las desigualdades es válido tanto como tendencia nacional-interna, como para las desigualdades internacionales” (p. 334).

Desde ese punto de vista, el derecho social se ha desarrollado incontroladamente, sin una orientación clara de las normativas constitucionales, pues se ha desarrollado más como un derecho prestacional secundario y pareciera que no hay una relación entre el derecho comparado y la dogmática del derecho; sin embargo, es particularmente importante el analizar el derecho positivo, la doctrina y las resoluciones judiciales que han cristalizado los derechos sociales desde la comparación.

La dogmática jurídica es la reflexión teórica del derecho positivo a través de la doctrina, que desarrolla los principios generales del derecho y la previsión de decisiones judiciales con un carácter eminentemente sistemático. La dogmática jurídica es por tanto “una ciencia jurídica sistemática que no se agota con la sistematización” (Ulrich Becker, 2010, p. 4).

El método comparativo dogmático examina la forma en que, en varios sistemas legales, los juristas trabajan con reglas específicas y categorías generales (Rodolfo Sacco, 1991, p. 25). Por lo tanto, el método comparativo dogmático se basa en la observación real de los elementos que operan en un sistema legal dado a través del razonamiento analítico. Es decir, en el análisis comparativo del derecho positivo, la doctrina, los principios generales del derecho y cómo impactan en las decisiones judiciales.

VI. PROCESO DE COMPARACIÓN DEL DERECHO SOCIAL

El derecho social comparado como método para comparar normas jurídicas que regulan derechos sociales requiere de un procedimiento sistemático para realizar la adecuada comparación. Es por ello que se presentan —a manera propuesta— los siguientes pasos para el proceso del derecho social comparado:

1. Objetivo de la comparación

El primer tema, del que él o la comparatista debe ocuparse es el objetivo de la comparación, porque ello facilitará posteriormente la delimitación del objeto y el alcance de la comparación.

Este puede ser de carácter académico, como la elaboración de una tesis de grado o de cualquier investigación científica que busque: la solución a una problemática, demostrar una hipótesis, o

simplemente para proporcionar conocimientos y aumentar la conciencia, especialmente en la formación jurídica.

El objetivo también puede inspirar la legislación nacional, ayudar a los jueces a interpretar cuestiones difíciles, y sentar las bases para la estandarización o armonización del derecho en una negociación internacional.

2. Identificación de los objetos de comparación

La base de cualquier investigación parte de una pregunta de investigación y la delimitación del objeto de investigación. Se trata del problema o fenómeno jurídico a estudiar y contrastar con otra realidad. Debe ser el mismo, en dos realidades diferentes.

La parte más complicada en este aspecto significa que los objetos a contrastar sean semejantes en cuanto a su aplicación o jurisdicción, etcétera, por ejemplo, el marco normativo de las pensiones por vejez en México y Austria, la problemática de las prestaciones por maternidad en España en el siglo IX y el siglo XXI, o la figura de la subordinación en el derecho laboral en el derecho argentino y rumano.

Por el contrario, no se puede comparar el derecho a las pensiones de los trabajadores al servicio del estado de Guanajuato con el derecho a las pensiones de los trabajadores al servicio del Estado en Italia, porque en un caso hablamos de un derecho local aplicable a trabajadores de una entidad federativa y en el otro de la legislación aplicable a todo un país.

Lo mismo sucedería si contrastamos los requisitos para las prestaciones por maternidad en Quebec en el siglo XXI con los requisitos para las prestaciones por maternidad en Moscú en el siglo XIX, la diferencia entre derecho vigente e historia del derecho no posibilitarían una verdadera comparación.

Otro ejemplo fallido sería comparar los argumentos de las resoluciones judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en relación con el derecho humano a la seguridad social de los migrantes con el pensamiento filosófico de Karl Marx en Alemania.

Sin duda podrían ser análisis interesantes y posibles, pero no derecho comparado. Lo importante en este punto es determinar qué se comparará: un problema, un fenómeno jurídico, una función, un marco normativo, etcétera.

3. La extensión de los objetos de comparación

Ralf Michaels (2009) señala que los estudios macrocomparativos tratan de sistemas legales completos, mientras que la microcomparación afecta a institutos especiales o problemas específicos (s.p.).

En ese sentido el o la comparatista deberán definir el marco de comparación entre la macro y microcomparación.

4. Precisión de los marcos metodológicos de análisis

Una pauta importante para el o la comparatista es tener la delimitación de la investigación y el caso de la investigación comparativa no es la excepción, para ello se debe atender a tres criterios:

a) Espacial: el ámbito de aplicación de las normas a comparar o la localización del problema o fenómeno jurídico.

b) Temporal: la vigencia de la norma. Es decir, la delimitación de la dimensión temporal de la norma o fenómeno jurídico a comparar. Por ejemplo, los requisitos prestacionales del seguro de riesgos de trabajo en el siglo XX en España y México. Se puede comparar la historia de una norma, su desarrollo histórico o simplemente el derecho vigente, pero es indispensable delimitar el marco temporal en el que se desarrollará la investigación comparativa.

c) Metodológica: el derecho comparado cuenta para su concepción con diversas técnicas y acorde a cada una de ellas es que se puede abordar un objeto de investigación para realizar el estudio comparativo.

5. Delimitación de categorías o niveles de análisis

Para entrar en la comparación real del objeto de estudio, en este caso de comparación (sistemas legales, fenómeno jurídico, normas locales, etcétera) es necesario partir de la acción: comparar, en cualquiera de sus acepciones: parangonar, confrontar, cotejar, relacionar, compulsar, examinar, comprobar, verificar y contrastar.

Es decir, el reconocimiento, la explicación y la evaluación de las diferencias y similitudes, es el punto focal del derecho comparado, que sólo es posible a través de la delimitación de las categorías de análisis, que se ajustarán a la técnica asignada del método de derecho comparado. Por ejemplo, a través de la tipología de enfoques metodológicos se podrán fijar categorías descriptivas, históricas, dogmático-conceptuales, etcétera.

Mientras que en uso del método estructuralista del derecho comparado se realizará la comparación del objeto a través de las estructuras del derecho desde los formantes: el abogado en ejercicio; el hacedor de políticas: el poder legislativo; los jueces, los doctrinarios, etcétera.

El método funcional del derecho comparado apostará a comparar la finalidad del derecho y la dogmática del derecho social comparado, buscaría establecer comparaciones desde el derecho positivo, la doctrina y las resoluciones judiciales.

En resumen, el o la comparatista con base en su experiencia y conocimientos de ambos sistemas y del fenómeno jurídico a comparar establece tipos o categorías de análisis que permiten la contrastación. Por lo tanto, la comparación y sus resultados son sumamente influenciados por el comparatista desde la conformación de las categorías de análisis. Esto no forzosamente es negativo, puede ahorrar esfuerzo y dirigir la comparación hacia los puntos trascendentales de la comparación, donde los resultados del contraste generan conocimiento jurídico nuevo, pero además también permitan acercarse a conclusiones que sirvan de base para la generación de más conocimientos.

De particular importancia es que las categorías de análisis sean adecuadas al fenómeno a comparar en los dos contextos, por lo que deben ser homogéneas para poder realizar el contraste y comparación debidos, de lo contrario, no se podrán tener resultados del comparativo.

De esa forma, una categoría de análisis puede ser el origen y desarrollo histórico del fenómeno a comparar y una más puede ser el análisis doctrinal.

6. Cotejo

Una vez delimitadas las categorías de análisis que permitan contrastar un fenómeno con el otro, realizada la comparación y teniendo los resultados, se podrá ejecutar un cotejo, es decir, la verificación de los resultados con el objetivo. Por lo tanto, será posible establecer:

- Analogías o, por el contrario, resaltar las diferencias.
- Problemáticas vs. soluciones.
- Historia vs. prospectiva.
- Eventual funcionalidad, etcétera.

Que se plasmarán en los resultados de la investigación de derecho social comparado.

VII. DERECHO SOCIAL COMPARADO EN UN MUNDO GLOBAL Y SU RELACIÓN CON LA MIGRACIÓN

El papel más importante que juega el derecho social comparado en un mundo global para el perfeccionamiento u homologación de marcos normativos nacionales en materia de derechos sociales fundamentales radica en ser una pieza clave para la construcción de normas jurídicas que garanticen y velen por la protección de los derechos humanos a los grupos sociales más desprotegidos de una sociedad, en específico a aquellos grupos que por su naturaleza, condición y grado de vulnerabilidad material y jurídica tienden a ser los menos favorecidos ante las diversas condiciones que se puedan suscitar refiriéndonos principalmente a los migrantes.

Vivimos en un mundo interconectado en gran medida gracias a las tecnologías y al impacto de la globalización; sin embargo, en diversas ocasiones la cultura, el idioma, y por supuesto los sistemas jurídicos de cada uno de los Estados resultan distintos.

Estas grandes disparidades han ocasionado diversas restricciones para la circulación libre de las personas, lo que lleva a plantearnos: ¿cuál es el rol del derecho social comparado para el perfeccionamiento de las normas jurídicas en materia de migración?

La migración ha existido antes de la regulación de la misma y hoy en día este fenómeno que ha ido en incremento ha evidenciado la necesidad de una homologación de sistemas jurídicos en la materia que permita una circulación sin restricción de personas entre Estados o, en su caso, un sistema regulatorio armonizado entre dos o más Estados o regiones específicas, que garantice un respeto y protección de los derechos humanos de los migrantes que se encuentran de tránsito o de acogida en un país distinto al de su origen.

La necesidad de protección de migrantes con normas jurídicas del derecho del trabajo y de la seguridad social, que desembocan en la generación del derecho internacional de la seguridad social.

El establecimiento y reconocimiento de esos derechos se materializa a través de instrumentos internacionales: convenios, tratados, convenciones y estatutos, que de forma invariable parten de un análisis de las normas nacionales existentes para poder establecer marcos normativos congruentes, que además armonicen, coordinen, homogeneicen o estandaricen las normas aplicables.

Sobra decir que hoy en día la internacionalización del derecho ha permeado en todos los sistemas normativos de los países, por ende, la apertura de una regulación homogénea en determinadas materias como la migración debe realizarse con base en las necesidades y requerimientos de los Estados que intervienen en esta relación tomando como premisa que el análisis y comparación de las migraciones debe ser elemental para “avanzar en nuestra comprensión de la movilidad humana como parte intrínseca de procesos más amplios de cambio social” (Hein de Haas, 2021, s.p.).

Asimismo, la intervención de organismos supranacionales que coadyuvan a la construcción de normas y derechos que protejan a sectores vulnerables como los migrantes.

En ese contexto, la función del derecho social comparado permite establecer mediante el estudio comparado de las leyes migratorias de dos países e incluso de una misma región conformada por múltiples Estados, buscar las posibles soluciones u homologación entre leyes para que los sujetos que intervienen en la dinámica de la migración puedan transitar a otro país distinto al de su origen de una manera segura, respetando los derechos humanos.

Las principales funciones del derecho social comparado en materia de migración son las siguientes:

1) Permite establecer derechos sociales fundamentales de una manera homologada en los sistemas jurídicos de países que intervienen en el fenómeno de la migración como el derecho a la educación, trabajo, seguridad social, salud, entre otros.

2) Coadyuva al establecimiento de políticas públicas y planes de acción en materia de migración para que de manera conjunta entre países atiendan las necesidades elementales de los migrantes en su proceso de migración.

3) El derecho social comparado ha dado la oportunidad de interconectar sociedades y Estados a través del estudio y perfeccionamiento de las legislaciones migratorias

4) La importancia práctica del derecho social comparado, como puente para las negociaciones internacionales y la protección del derecho social (laboral y de seguridad social) para los migrantes da oportunidad para que las instituciones y organismos tanto nacionales como internacionales intervengan con base en sus facultades para la creación de instrumentos, declaraciones o convenios multilaterales que protejan y contengan derechos sociales fundamentales que beneficien a las personas que migran.

Como se establece, el derecho social comparado no sólo se limita al estudio comparativo de legislaciones, sino que de una manera directa e indirecta interactúan para la creación de marcos

normativos nacionales e internacionales que garanticen derechos sociales a determinados sectores de la sociedad, en específico aquellos vulnerables como los migrantes.

VIII. CONCLUSIONES

De forma general se puede afirmar que el derecho social comparado es una disciplina del derecho que coadyuva al mejoramiento de las legislaciones nacionales e internacionales de derecho social y al mismo tiempo es un método encargado del estudio comparativo sistemático de marcos normativos de los múltiples sistemas jurídicos existentes, para el mejoramiento de: la interpretación, estudio, y legislación entre normas jurídicas internas o nacionales y extranjeras de los Estados. Por lo tanto, podemos concluir que:

- 1) Se evidencia que la función del derecho comparado no solo se limita a realizar estudios de comparación, fungen además como pieza clave para una homologación o consagración de un marco único que regule determinada materia en un territorio determinado.
- 2) El derecho social comparado como una especie del derecho comparado funciona como puente para las negociaciones internacionales y la protección del derecho social (laboral y de seguridad social) para los migrantes, pues en sentido amplio su objeto de la comparación son las normas que garantizan la concreción de dos derechos humanos: el derecho al trabajo y a la seguridad social.
- 3) La evolución del derecho y su perfeccionamiento en gran medida se debe a la comparación de sistemas jurídicos de todo el mundo, en los que el derecho comparado toma parte fundamental para este avance en la ciencia jurídica.
- 4) Al derecho social comparado le son aplicables diversas técnicas de comparación, dentro de ellas destacan: la tipología de enfoques metodológicos; el método estructuralista del derecho comparado; el método funcional del derecho comparado; el método cuantitativo del derecho comparado, y, por último, la dogmática del derecho social comparado.
- 5) El derecho social comparado requiere de un proceso para su realización, por lo tanto, se proponen como etapas las siguientes: 1) objetivo; 2) identificación de los objetos; 3) la extensión de los objetos; 4) precisión de los marcos metodológicos de análisis; 5) delimitación de categorías o niveles de análisis, y 6) cotejo.
- 6) El derecho social comparado es una disciplina en construcción, que permite el estudio y homologación de los derechos sociales entre dos o más países y con ello posibilita la protección de los migrantes. Por lo que este artículo contribuye a su análisis como un referente para profundizar en la aplicación y protección de dos derechos humanos: el derecho al trabajo y la seguridad social.

IX. REFERENCIAS

- Álvarez del Castillo, E. (1982). *El derecho social y los derechos sociales mexicanos* (vol. 1). Porrúa.
- Arenas Nero, O. (2020). Derecho penal comparado. *Comparative Criminal Law. I, Guacamaya. Universidad de Panamá*, 4(2). <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/212/2121028001/index.html>
- Bartels, H.-J. (1982). *Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung* (7th ed., vol. 1). J.C.B Mohr Tübingen.
- Becker, U. (2010). *Rechtsgematik und Rechtsvergleich im Sozialrecht*. Max Planck für Sozialrecht und Sozialpolitik.

- Bronstein, A. (2013). *Derecho internacional del trabajo*. Astrea.
- Business School University of Navarra (2018). *Solón de Atenas: el político de la justicia y la ley*. Solón de Atenas: El Político de La Justicia y La Ley.
- Cancelli, A. (2020, October). *Il diritto alla salute come diritto sociale ed educazione civica sanitaria*. M.A.G.I.C. Education Training.
- Charis Gómez, R. (2000). *Derecho internacional del trabajo*. México. Porrúa.
- De Haas, H. (2021). A theory of migration: the aspirations-capabilities framework. *Comparative Migration Studies*, 9(1). <https://doi.org/10.1186/s40878-020-00210-4>
- García, A. y Zavala, D. (2020). *¿Qué es el análisis económico del derecho?* Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Estudios Jurídicos, <http://derechoenaccion.cide.edu/que-es-el-analisis-economico-del-derech/>
- Guzmán Martínez, G. (2020). *Estructuralismo: qué es y cuáles son sus ideas clave*. <https://psicologiymente.com/social/estructuralismo>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. (vol. 1) Mc Graw-Hill.
- Langford, Ma. (2008). *Social rights jurisprudence. emerging trends in international and comparative law*. Cambridge University Press.
- López, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 13(26), 117-160. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ii15-26.ndcm>
- Mendizábal Bermúdez, G. (2005). *Estudio comparativo de los sistemas de seguridad social con tradición bismarckiana y de tipo berveridgiano, al ejemplo de dos países: Austria y México*. En Kurczyn Patricia (Ed.), *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, (pp. 545-569). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://goo.gl/Qm4nvo>
- Michaels, R. (2009). *Rechtsvergleichung. Max-Planck-Institut Für Asuländisches Und Internationales Privatrecht, 1*. <http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Rechtsvergleichung>
- Maldonado Sierra, G. (2019). *La seguridad social: constitucionalización y convencionalización del Derecho en América Latina y el Caribe*. Editorial Leyer.
- Maul, D. (2019). *La Organización Internacional del Trabajo: 100 años de políticas sociales a escala mundial*. Organización Internacional del Trabajo.
- Monateri, P. G. (2008). *Legal formants and competitive models understanding comparative law from legal process to critique in cross-system legal analysis*. <http://ssrn.com/abstract=1317302>
- Montero Ballesteros, A. (1997). *Iusnaturalismo y derecho comparado* (vol. 1). Universidad de Murcia. <http://fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/I-JDN-14.pdf>
- Montoya Melgar, A. (2020). *Derecho del trabajo*. Tecnos.
- Ostau de la Fuente de León, F. R. (2015). *Derecho internacional laboral*. Universidad Católica de Colombia.
- Riles, A. (2001). *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Hart Publishing.
- Rojas Ulloa, Milushka Felicitas (2019). *Importancia del derecho comparado en el siglo XXI*. Universidad de San Martín de Porres, Volumen (21), 1-12,

- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(1). <https://doi.org/10.2307/840669>
- Siems, M. (2019). The Power of Comparative Law: What Type of Units Can Comparative Law Compare? In *American Journal of Comparative Law* (vol. 67). <https://ssrn.com/abstract=3557309>
- Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado* (vol. 1). Universidad Carlos III de Madrid.
- Tamayo, R. (2007). *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, 1, 29-49.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363635633002>
- Teixeira, A. V. (2020). El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa. *Opinión Jurídica*, 19(39), 311-329.
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a13>
- Vázquez, R. (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. UNAM-ITAM.
- Villacorta Caño-Vega, A. (2012). Consideraciones acerca del método funcional y su empleo en la comparación jurídica. *Revista Parlamentaria de La Asamblea de Madrid*, 26, 319-339.
- Zacher, H. F. (1993). *Abhandlungen zum Sozialrech* (vol. 1). C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg.
- Zweigert, K. K. H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3a., vol. 1). Auflage, Nomos.

Notas

* Recibido el 15 de junio de 2021; aprobado el 12 de octubre de 2021.

** ORCID: [0000-0003-3681-4025](https://orcid.org/0000-0003-3681-4025). Doctora en derecho por la Universidad de Viena, Austria. Profesora investigadora de la Facultad de Derecho y CS de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel II y corresponsal oficial de México en el Instituto Max Planck de Derecho Social y Política Social de Alemania. Correo electrónico: mgabriela@uaem.mx
Para una mejor identificación del objeto de investigación servirá el punto 4. La precisión de los marcos metodológicos de análisis.
Véase punto V. Metodología del derecho social comparado.

OTORGAMIENTO Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN MÉXICO. UNA PROPUESTA A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO*

ELEMENTS, STANDARD AND CALCULATION OF PUNITIVE DAMAGE IN MEXICAN LAW

Edgardo MUÑOZ**

Rodolfo VÁZQUEZ CABELLO***

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17074](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17074)

Resumen:

En este artículo, los autores realizan un análisis comparativo de los elementos del daño punitivo mexicano, el umbral de negligencia e ilicitud que son necesarios para su otorgamiento, así como una propuesta de método para su cuantificación. A pesar de los grandes esfuerzos realizados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para la incorporación de este tipo de daños en México, no existía aún claridad en cuanto a los elementos a considerar para su otorgamiento, el umbral que debe alcanzarse en cada uno de ellos, así como la fórmula para cuantificarlos. Este artículo intenta llenar esas lagunas a partir del método funcional del derecho comparado y, por lo tanto, constituirse en una valiosa aportación a la doctrina sobre el tema.

Palabras Clave:

daños punitivos, cálculo de daños, elementos, otorgamiento, umbral,

Abstract:

In this article, the authors undertake a solid comparative analysis about the elements of Mexican punitive damages, the negligence and unlawfulness threshold necessary for its award, and provide a method for its quantification. Despite the great efforts made by Mexico's Supreme Court of Justice to incorporate this type of damage in Mexican law, there was still no clarity regarding the elements to be considered for its award, the threshold that must be reached in each one of them or the formula to quantify them. This article attempts to fill in these gaps by using the functional method of comparative law; which makes it an invaluable contribution to the scholarly on the subject.

Keywords:

punitive damages, calculation of damages, elements, award, threshold,

cuantificación, México, derecho *quantum*, Mexico, comparative law, comparado, método funcional del *functional method of comparative law*. derecho comparado.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Elementos para el otorgamiento del daño moral-punitivo*. III. *Umbral requerido de los elementos del daño moral-punitivo*. IV. *Método para determinar el quantum*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la responsabilidad civil extracontractual juega un rol importante en un mundo donde los daños derivados de la masificación y el consumismo son frecuentes (Lidia Garrido, 1993, pp. 44-45). El uso de nuevas tecnologías, materiales y procesos de producción trae consigo nuevos riesgos de daño o pérdidas, por lo que el derecho debe proteger a las víctimas, que muchas veces son parte de una población en desventaja frente a las grandes empresas (Lidia Garrido, 1993, p. 63). Es decir, vivimos en una época en la que la competencia económica y el avance científico van marcando la pauta de la regulación jurídica de las nuevas conductas dañinas jamás consideradas (Augusto Morello, 2000, p. 217).

La doctrina entiende a la responsabilidad civil extracontractual como una consecuencia de la obligación de reparar el daño causado por la actualización del supuesto jurídico contenido en la norma o por el incumplimiento al deber de cuidado (también llamado “deber genérico de no dañar a otros”), cuyos contornos son dibujados por el derecho (Joaquín Martínez, 1999, pp. 169, 76). Los daños pueden ser el resultado de la negligencia del obligado, de personas dependientes de él o de la realización de actividades consideradas peligrosas por el derecho, lo que acarrea una responsabilidad estricta del demandado o sus dependientes a pesar del cuidado puesto en su realización (Joaquín Martínez, 1999, pp. 169, 76).

En los últimos años el derecho de daños ha tenido un resurgimiento en nuestro país. Primero, empujado por la SCJN que vino a redefinir diversos conceptos e introducir nuevas figuras jurídicas (daños punitivos, por ejemplo) como ya lo hemos tratado en diversa obra (Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez, 2019), con lo cual poco a poco se ha reactivado y redefinido la discusión en torno al tema. Muestra de lo anterior es la existencia de un Cuaderno de Jurisprudencia de la SCJN emitido en fechas recientes (Carlos de la Rosa y Velia Márquez, 2020) y algunos artículos de académicos mexicanos precisamente relacionados con la introducción de los daños punitivos en nuestro país como parte de este renacimiento del que ya hemos hablado.

Así, aunque algunos autores consideran que la SCJN no introdujo la figura de los daños punitivos del derecho anglosajón o *common law* (Medina Villanueva, 2020), y, otros consideran que la posibilidad de reclamarlos siempre ha estado en nuestro ordenamiento jurídico (Morante Aguirre, 2018), hasta ahora, gran parte de los textos publicados, relativos a la figura jurídica de daños punitivos, coinciden en que efectivamente la SCJN introdujo o trasplantó la figura de

daños punitivos del *common law* (Flores Ávalos, 2018; Pampillo Baliño, 2020; Pérez Fuentes, 2019; Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez, 2019), e incluso han propuesto ante tribunales su incorporación en la responsabilidad civil contractual como el caso del incumplimiento del contrato de seguro (Bórquez Castillo, 2020).

En este sentido, las siguientes páginas buscan abonar al terreno fértil preparado por la SCJN para que la doctrina comience a plantar sus ideas, propuestas e hipótesis con miras a desarrollar un derecho de daños coherente, distinguible, ejercitable y justo para la sociedad mexicana en general.

Con dicho objetivo en mente, en el presente artículo, verteremos nuestra propuesta para llenar una laguna jurisprudencial aun percibida: la distinción de los elementos, el umbral y el método de cuantificación del daño punitivo acorde a las pautas sentadas por el artículo 1916 del Código Civil Federal (CCF) y las sentencias de la SCJN.

En otra obra, los autores nos dimos a la tarea de resolver la pregunta de qué tan eficaz sería el trasplante de los daños punitivos angloamericanos al sistema legal mexicano (Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez, 2019). Al respecto, indicamos que la posibilidad de éxito de un trasplante legal aumenta si las estructuras sociopolíticas del Estado donante y del sistema anfitrión son compatibles (Otto Kahn, 2015, p. 27). Concluimos que el trasplante de los daños punitivos en México no tendrá éxito a menos que la SCJN continúe desarrollando la teoría de los daños punitivos con el firme respaldo de los tribunales de menor jerarquía y sus propias salas.

También auguramos que el trasplante de los daños punitivos puede resultar exitoso en México, puesto que existe una demanda social de elevar los estándares de seguridad en trabajos, bienes, servicios y actividades cotidianas con normas que incentiven a los ciudadanos a activar los mecanismos de justicia, y disuadir a quienes usualmente cometen daños sin ser detectados en México (Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez, 2019). No existen en este país normas legisladas de derecho privado que puedan utilizarse para satisfacer esta demanda. El *Caso Mayan Palace* y los desarrollos subsecuentes, constituyen en ellos mismos incentivos para presentar demandas bajo nuevos esquemas de responsabilidad; un sistema con el que los jueces deberán familiarizarse. Y a pesar de que en el amparo en revisión 1133/2019 la Primera Sala de la SCJN parece apartarse de lo considerado anteriormente, lo cierto es que no existió un pronunciamiento verdaderamente en sentido contrario.¹

Dicho lo anterior, los autores identificamos algunos desajustes entre las condiciones preexistentes y las instituciones legales de México que pueden debilitar la demanda y efectividad de los daños punitivos en este país, generando el llamado “efecto trasplante”.²

El primer tipo de desajuste es de carácter procesal; la ausencia de la etapa de *discovery*, consistente en la entrega de evidencia en poder de la otra parte, previo a la audiencia, es primordial en la recopilación de pruebas para cumplir con el estándar requerido para otorgar

daños punitivos en Estados Unidos (Dale I. Larson y Robert M. Wattson, 1985). En aquel país, no se otorgarán daños punitivos a menos que exista evidencia de que el responsable violó con dolo, negligencia grave o malicia los derechos de la víctima conforme al derecho de *torts* (Dale I. Larson y Robert M. Wattson, 1985, p. 399). Dicho estándar proviene de precedentes judiciales y ha sido incorporado, aunque con una redacción diferente, en algunos códigos de los Estados de la Unión Americana, conforme a los cuales los daños punitivos sólo se otorgarán “cuando se demuestre con pruebas claras y convincentes que el acusado ha sido culpable de opresión, fraude, o malicia”.³ En ese sentido, los abogados de la víctima necesitan y utilizan el *discovery* para obtener la evidencia en poder del demandado, que es necesaria para alcanzar dicho estándar de prueba. El *discovery* en la legislación procesal mexicana no existe (Stephen Zamora *et al.*, 2004, p. 330). En México, un juez sólo ordenará la presentación de pruebas en posesión de la otra parte, si es materialmente relevante para el caso y la parte solicitante identifica con precisión la prueba en cuestión, por lo que será difícil para las víctimas probar el umbral de negligencia o ilicitud requerido (ver 2.2 abajo), a menos que pueda revertirse la carga de la prueba conforme a la teoría de la carga dinámica que ha introducido la SCJN de forma reciente.⁴

Otro tema del derecho procesal relevante es la ausencia del jurado en el procedimiento civil mexicano, el cual también podría causar una menor efectividad de los daños punitivos en México.⁵ En Estados Unidos, la víctima tiene el derecho constitucional, bajo la Séptima Enmienda, a ser juzgada por un jurado, en lugar de un juez, el cual evaluará el valor de la evidencia presentada por las partes durante el juicio. El jurado juega un papel importante en los casos de responsabilidad civil extracontractual (Theodore Eisenberg y Michael Heise, 2011, pp. 345, 46), pues es el ente que decide la cantidad de compensación y de daños punitivos para las víctimas. Los estudios estadísticos demuestran que la mayor incidencia de casos en donde existe condena en daños punitivos y mayor monto de los mismos es en aquellos que fueron decididos por un jurado (Theodore Eisenberg y Michael Heise, 2011, pp. 345, 46). También existe la percepción subjetiva de que es más probable que un jurado condene al pago de daños punitivos y determine montos elevados de los mismos (Theodore Eisenberg y Michael Heise, 2011, pp. 345, 46; Momioka Hironari, 2017, p. 383). Los jueces, a diferencia de los jurados, tienen intereses profesionales y una fuerte carga en su reputación que los lleva a evitar resoluciones de daños punitivos que puedan ser revocadas por el tribunal de alzada (Theodore Eisenberg y Michael Heise, 2011, pp. 328). En México, un juez (y no un jurado) decidirá condenar al pago de daños punitivos. Esta diferencia puede constituir un límite al número y a las sumas de daños punitivos otorgados en el contexto mexicano, afectando su función disuasoria.⁶

El segundo tipo de desajuste que edificamos es de carácter dogmático. La tradición legal de *common law* considera los daños punitivos como un tipo de daño que no tiene naturaleza compensatoria.⁷ Su función principal es castigar al autor del daño por una conducta negligente grave, indignante, y disuadirlo a él y los demás de conductas similares en el futuro (David G. Owen, 1994, p. 364; John Diamond *et al.*, 2000, p. 249; Thomas J. Miceli, 2009, p. 46), tomando

en cuenta la situación patrimonial del demandado (John Diamond *et al.*, 2000, p. 249).⁸ Por otro lado, la SCJN ha concebido a los daños punitivos como parte de los daños morales. Al menos en el *Caso Mayan Palace* y en el *Caso Albergue-Varicela* (amparos 30/2013 y 50/2015), la Primera Sala interpretó que el daño moral engloba a los daños punitivos con miras a remediar sus consecuencias no patrimoniales.

Con independencia de tal diferenciación dogmática, la pregunta relevante es si los daños punitivos, “al estilo mexicano”, constituirán una institución legal tan eficaz como los daños punitivos en Estados Unidos. Esto dependerá de qué tanto su condena y cuantía consigan el castigo y la disuasión que persiguen. La naturaleza de los daños punitivos estadounidenses, que coincide con su función, es el primer parámetro para calcular una cantidad de indemnización que crea mejores incentivos para evitar conductas de negligencia grave, altamente ilegales o dolosas. Por otro lado, los daños punitivos mexicanos no serán eficaces a menos que se establezcan parámetros claros para su otorgamiento y cuantificación con el mismo fin.

En los amparos 30/2013 y 50/2015, la SCJN no estableció con certeza el grado de conducta que justificaría la concesión de los daños punitivos. El *Caso Mayan Palace* establece que la conducta del agresor fue “grave” y, por lo tanto, el “grado de responsabilidad fue alto”.⁹ También señaló que las actividades del agresor deben tener una “alta relevancia social”.¹⁰ Sin embargo, la SCJN no explicó qué elementos establecían un “alto grado de responsabilidad” ni su relación con la “alta relevancia social” en un mismo caso.

Los jueces y magistrados de menor jerarquía y la comunidad legal mexicana en general apreciarían la emisión de criterios para implementar la institución de daños punitivos en el país. Se necesita una explicación más clara y precisa de los parámetros para otorgar daños punitivos y su cuantía (Pérez Fuentes, 2019, pp. 247-248). En cambio, la SCJN fue ambigua y se basó en ideas no relacionadas con el concepto originario del daño punitivo, como lo es el derecho de las víctimas a una justa indemnización y la finalidad de enviar un mensaje de desaprobación a la violación de los derechos humanos y el compromiso de que no volverá a suceder.¹¹ Esto último, por ejemplo, contradice el criterio reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos, en el sentido de que el jurado ya no puede buscar la disuasión del demandado teniendo como base el daño al interés público al calcular el monto de la condena al pago de daños punitivos, dado que el jurado debe basar su veredicto únicamente en las circunstancias específicas del caso en concreto y no en alguna idea relacionada con cubrir alguna necesidad pública.¹² La SCJN debió ser clara en cuanto a los elementos a considerar para el otorgamiento de los daños punitivos, el umbral que debe alcanzarse en cada uno de ellos, así como acerca del método para calcular su cuantía.

Con tales antecedentes en mente, en el presente artículo, verteremos nuestra propuesta para llenar una laguna jurisprudencial aun percibida. En la sección II, abordaremos los elementos para el otorgamiento del daño punitivo. En la sección III, analizaremos el umbral requerido para su otorgamiento. En la sección IV, proveemos una propuesta de método de cuantificación del daño

punitivo acorde a las pautas sentadas por el artículo 1916 CCF, las sentencias de la SCJN y el derecho comparado. La sección V concluye.

II. ELEMENTOS PARA EL OTORGAMIENTO DEL DAÑO MORAL-PUNITIVO

El artículo 1916 del CCF es el punto de partida para el otorgamiento del daño moral. Dado que el daño punitivo mexicano es una vertiente del daño moral (Flores Ávalos, 2018) (Pampillo Baliño, 2020) (Pérez Fuentes, 2019), la consideración de esta disposición, en conjunto con la jurisprudencia sobre el tema, es obligada para establecer los elementos de otorgamiento. El párrafo segundo de dicha disposición señala que el responsable del daño moral deberá repararlo mediante una indemnización en dinero. La existencia del daño representa uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Por esta razón, cuando la víctima sea afectada 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, o cuando se le vulnere o menoscabe ilegítimamente su libertad o integridad física o psíquica existirá daño moral.¹³

De esa manera, los primeros párrafos del artículo 1916 engloban dos elementos primigenios para el otorgamiento del daño punitivo mexicano: 1) el tipo de interés lesionado y 2) la existencia del daño. Respecto del primer elemento, el tipo de interés lesionado para la víctima, se deben de acreditar la afectación a los sentimientos, a la integridad psíquica, a la salud, a la vida u otros derechos inmateriales. Lo anterior puede presumirse en muchos casos. Por ejemplo, derivado de la frustración de verse engañado, agredido, menospreciado, vejado públicamente, abandonado en situaciones donde existe un deber de diligencia o de rescatar y cuidado por parte del demandado hacia la víctima. Sin embargo, tal lesión a los sentimientos u otros bienes espirituales, que sucede cuando se incide negativamente en el equilibrio afectivo de una persona, puede también demostrarse a partir de periciales en psicología o a partir de otros métodos de la ciencia psiquiátrica o médica.¹⁴

Por lo que hace al segundo elemento, la existencia del daño, deberá demostrarse que existió una modificación disvaliosa del espíritu de la víctima, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y una repercusión que tal minoración afecta el modo de estar, de sentirse y vivir.¹⁵ La pérdida súbita de familiares, de la salud, de la integridad física o mental, del patrimonio en determinadas circunstancias, etcétera, podrá provocar un daño en los afectos y sentimientos de la víctima. Tal daño moral puede en muchas ocasiones resultar presumible y lo que debe probarse en todo caso, es su nivel o grado de afectación para alcanzar una indemnización punitiva (ver IV.2 abajo).

Estos dos elementos suponen la existencia de un tercero. El deber del responsable de actuar con un determinado estándar de diligencia y en cumplimiento de la normativa específica hacia la víctima. En otras palabras, debe existir responsabilidad por los hechos imputados, pero a la vez, el demandado debe estar sujeto al estándar de diligencia o a las leyes cuyo incumplimiento es

alegado *frente a* la víctima. El artículo 1910 del CCF es el punto de partida para establecer la responsabilidad extra-contractual. Por lo tanto, la autoría de conductas ilegales (conforme a las leyes que les son aplicables) o conforme a las buenas costumbres (nivel de negligencia específica) es relevante para establecer este elemento. El nivel de conducta diligente o la normativa concreta aplicable depende de la posición u actividad desarrollada por el demandado, de lo establecido por la jurisprudencia o la ley aplicable al sujeto en cuestión. El deber de actuar conforme a un grado de conducta ordinario, elevado o disminuido frente a la víctima también está determinado por la jurisprudencia o la normativa aplicable.

III. UMBRAL REQUERIDO DE LOS ELEMENTOS DEL DAÑO MORAL-PUNITIVO

Una vez expuestos los elementos que deberán considerarse para la determinación del daño moral en general, es necesario definir el umbral que debe alcanzarse para decidir el otorgamiento de este daño en su faceta punitiva. En efecto, si bien la existencia de un daño a derechos determinados por el primer párrafo del artículo 1916 del CCF merecen una indemnización moral, al actualizarse los elementos antes referidos, la acción de daño punitivo debe probar que un incumplimiento gravísimo de la norma o del deber de actuar con diligencia amerita la indemnización punitiva de la víctima.

En relación con el primer elemento, el tipo de derecho lesionado para la víctima debe ser “elevado”.¹⁶ La vida, la integridad psíquica y física, la libertad, el patrimonio, la salud, el honor, la reputación, la privacidad u otros derechos fundamentales merecen un nivel de protección elevado en el mayor de los casos y, por lo tanto, su afectación dará lugar a una indemnización moral-punitiva. Por otro lado, la afectación a estos derechos derivado de una relación conyugal tiene un nivel elevado; también la protección del patrimonio en los contratos entre particulares. Sin embargo, difícilmente el tercer elemento abajo mencionado (grado de responsabilidad) podrá configurarse en el umbral requerido para este tipo de relaciones.

Respecto del elemento de daño, éste debe ser de normal a grave.¹⁷ La pérdida de un familiar, de la vida o de las facultades mentales o psicomotrices de la víctima alcanzan el máximo estándar. Sin embargo, la víctima podría sufrir afectaciones menos graves, como traumatismos físicos o psicológicos, derivados de una conducta sancionable y sistemática del responsable que también ameriten el otorgamiento del daño punitivo.

En lo que concierne al tercer elemento, la responsabilidad del demandado, deberá probarse una conducta negligente grave o actuar ilícito grave. En los casos *Mayan Palace* y *Albergue-Varicela* (amparos 30/2013 y 50/2015), la SCJN no estableció con claridad el umbral de conducta que justificaría la concesión de los daños punitivos. Sin embargo, la SCJN, en el *Caso Guardería 113* (amparo en revisión 1133/2019) sostuvo, *obiter dicta*, que la finalidad de los daños punitivos es el castigo y la prevención de aquellas conductas que, en términos de un análisis estrictamente

axiológico o valorativo, merezcan un muy alto grado de reprochabilidad por parte de la sociedad.¹⁸ En otras palabras, la Corte parece respaldar el requisito de grado de incumplimiento conforme al estándar establecido en el derecho anglosajón, donde los daños punitivos se otorgan cuando el demandado daña al actor de manera intencional o maliciosa o cuando la conducta del demandado refleja consciencia de daño, opresión o desinterés con negligencia grave de los derechos e intereses de la víctima¹⁹ (David G. Owen, 1994, pp. 250-252; Dan Markel, 2019).

En efecto, algunas de las disposiciones legales sobre daños punitivos en Estados Unidos establecen el estándar de conducta del causante, señalando que no se autorizan daños punitivos a menos que la conducta del acusado implique al menos “despreocupación imprudente”,²⁰ cuando se trate de acciones por muerte o cuando el demandado actuó deliberada o conscientemente por medio de fraude, opresión o malicia sobre la víctima.²¹ En el Reino Unido, por ejemplo, los daños punitivos se limitan a tres escenarios: 1) abusos de poder cometidos por funcionarios del gobierno que infringen los derechos de las personas; 2) lesiones causadas por demandados que buscaban ganancias en exceso del daño causado y 3) la autorización expresa de ley.²²

Este alto umbral de incumplimiento refleja casos muy particulares en los que existió la intención o consciencia del daño e incluso una conducta criminal en la cual la sanción penal fue insuficiente. Sin embargo, también podrían existir condenas de daños punitivos en casos de conductas negligentes graves o intencionadas, con independencia de que se trate de responsabilidad civil extracontractual objetiva (artículo 1913 del CCF) o subjetiva (artículo 1910 del CCF), cuando la obtención de lucro o deseo de éxito con cierto producto, servicio o conducta sea gravemente omisa o despreocupada de la seguridad, la integridad física, la salud mental o el patrimonio de los ciudadanos.

El actuar del responsable luego del daño debe igualmente evaluarse a efecto de determinar su grado de responsabilidad. Algunos demandados podrán estar conscientes del actual o potencial daño causado por sus conducta, servicios o productos y aun así elegir no prevenirlos o no modificar su forma de conducirse. Este hecho puede coadyuvar en la determinación de la negligencia grave o ilegalidad consciente requeridas para el otorgamiento del daño moral-punitivo. También debe considerarse la atención brindada por el responsable a la víctima luego de ocurrido el daño. Los sentimientos de angustia de las víctimas o sus familiares, que se ven agravados por las circunstancias en que ocurre un daño, y el trato negligente o desdén mostrado por el responsable ante la afectación de la víctima develan un grado de conducta meritoria de una sanción disuasiva; el demandado debe brindar un trato digno a la víctima luego de ocurrido el hecho generador del daño.

IV. MÉTODO PARA DETERMINAR EL QUANTUM

El párrafo cuarto del artículo 1916 del CCF establece los parámetros para la cuantificación del daño moral. La disposición establece: “El monto de la indemnización lo determinará el juez

tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima,²³ así como las demás circunstancias del caso”.

El *Caso Mayan Palace* añadió un elemento específico para la cuantificación del daño punitivo: la relevancia social de la actividad que origina el daño.²⁴ Podríamos decir que este elemento, no incluido textualmente en el artículo 1916 del CCF, deriva de las “demás circunstancias del caso” que el juzgador puede tomar en cuenta según el texto de la misma disposición. A continuación, abordaremos estos elementos con miras a establecer un método objetivo para determinar la cuantía del daño punitivo en México. Pero antes de ello, quisiéramos recordar que los daños punitivos sólo pueden formar parte de las consecuencias no patrimoniales del daño moral, pues las consecuencias del daño moral patrimoniales no se ven afectadas por los elementos cualitativos. Como sabemos, los daños patrimoniales (personales o materiales) y también los morales en su consecuencia patrimonial se determinan de forma concreta, a partir de la prueba de los gastos razonables devengados y por devengar de la víctima consecuencia de la afectación moral, así como el lucro cesante (Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez, 2019, pp. 55-57).

Ahora bien, dentro de la discrecionalidad del juzgador para determinar el monto de la indemnización moral-punitiva a una víctima, debe considerarse que, en palabras de la SCJN, este tipo de indemnización busca sancionar y disuadir al demandado, pues “[a]l reprocharse severamente su negligencia, *se persigue un fin social y se colocan incentivos tendentes a proteger los derechos e intereses de todos*”.²⁵ Por lo tanto, “el monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente *para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del responsable*”.²⁶

Con ello en mente, ahora abordaremos el primer elemento para la cuantificación.

1. Los derechos lesionados

“Artículo 1916 CCF

...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados...”.

En la sección anterior, dijimos que solo aquellas conductas que afecten intereses o derechos “elevados”, como los sentimientos, la integridad psíquica y física, el patrimonio, el honor, la reputación, la salud, la vida u otros derechos fundamentales elevados susceptibles de protección jurídica, podrán ser indemnizados con daños punitivos. La pregunta de cómo este elemento impacta también la cuantía del daño, debe resolverla el juez evaluando el caso concreto. Por ejemplo, el monto indemnizatorio puede aumentar si se trata de la pérdida de la vida, de la conciencia, de la psicomotricidad, de la libertad, mientras que podría disminuir si se trata de

afectaciones temporales de salud física o mental o de enfermedades curables, el honor o la reputación. Todos estos derechos o intereses afectados tienen un nivel elevado. Sin embargo, si fuésemos llamados a calificar el tipo de interés elevado en dos sub-categorías podríamos decir, por ejemplo, que la vida, la autonomía física y psicológica y la libertad son intereses o derechos de nivel elevado significativo que deben ser representados con el valor “2”. Por otro lado, otros derechos o intereses de nivel elevado importante como la salud promedio, la afectación importante de la vida privada, de la reputación y del decoro, el honor o el patrimonio pueden ser representados con el valor “1”.

Derecho o interés lesionado	La vida, la autonomía física y psicológica y la libertad	La salud promedio, la vida privada, el decoro, la reputación, el honor o el patrimonio
Nivel	Elevado significativo	Elevado importante
Valor	2	1

2. El grado de responsabilidad

“Artículo 1916 CCF

...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta... el grado de responsabilidad...”.

En cuanto al grado de responsabilidad, en la sección anterior señalamos que el otorgamiento de los daños punitivos requiere una conducta negligente grave o la comisión de un ilícito grave del demandado. Conceptos como culpa grave o falta grave deben considerarse sinónimos de estos elementos. El criterio decisivo a partir del cual se determinará la cuantía de los daños punitivos es la gravedad de la negligencia o el ilícito. Podríamos determinar que la existencia de un grado significativo de negligencia grave o ilícito grave tiene un valor de “2”. Por otro lado, un grado importante de negligencia grave o falta grave podría adquirir un valor de “1”.

Para determinar en qué grado de negligencia grave o ilícito grave podría caer un caso particular, es necesario considerar tanto su elemento objetivo como su elemento subjetivo. El elemento objetivo describe qué nivel de diligencia o cumplimiento se podría haber esperado de una persona tercero razonable en la situación del demandado. El elemento subjetivo describe lo que podría haberse esperado de ese demandado en particular, a la luz de sus capacidades personales, recursos económicos y humanos. El elemento objetivo debe ser el más importante para determinar cuál de los dos grados relevantes de culpabilidad tiene un demandado. El elemento subjetivo se puede utilizar para mover al demandado del valor 1 al 2 de negligencia

grave o ilicitud grave, pero esa sería la excepción a la regla. También se debe de considerar la duración de la conducta reprochada, la conciencia de sus implicaciones, su ocultamiento, su frecuencia o antecedentes, existencia de ganancias económicas indebidas (rentabilidad) derivadas de la conducta dañosa.

Negligencia grave o ilícito grave	Caso concreto conforme a elementos objetivo o subjetivo que determinan lo esperado de una persona razonable y, excepcionalmente, del sujeto en cuestión	
Grado	Significativo	Importante
Valor	2	1

3. *Situación económica del responsable*

“Artículo 1916 CFF

...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta... la situación económica del responsable...”.

La situación económica del responsable también es un elemento que deberá considerarse en la determinación del monto punitivo. La capacidad económica alta de un demandado no es en sí un elemento para decidir el otorgamiento de daños punitivos. No se requiere una solvencia económica determinada del responsable para que una víctima sea acreedora a este tipo de indemnización. La capacidad económica es un elemento a considerar por el juez solamente para obtener la cantidad de daños que resulte en la disuasión efectiva del demandado una vez reconocido el derecho de la víctima al resarcimiento del daño moral-punitivo. Para determinar la capacidad económica de una empresa pueden considerarse el capital social y contable, sus estados financieros, sus ganancias o utilidades dentro del marco de las actividades que dan lugar al daño o relacionadas, sus utilidades públicas, su estructura societaria, incluida la capacidad económica de cualquier empresa del grupo o franquicia, etcétera. La capacidad económica de una empresa o persona podría calificarse como alta, media o baja. Una persona física o jurídica que tiene más pasivos que activos, con acreedores prioritarios, sin disponer además de efectivo en lo inmediato, o sea liquidez, tendrá una capacidad baja que puede representarse con un valor de “0”. La persona física o jurídica que tiene más activos que pasivos, que además goza de una liquidez que le permite operar en el curso normal de sus negocios, reportando utilidades o ingresos netos promedio para el tipo de industria o actividad realizada, tendrá una capacidad económica media, la cual puede representarse con un valor de “1”. Finalmente, una persona física o jurídica con activos que exceden a sus pasivos, que además goza de una liquidez que le permite operar en el curso normal y cuyas utilidades exceden el promedio del tipo de negocio o ingresos netos del tipo

de actividad realizada, tendrá una capacidad económica alta, la cual puede representarse con un valor de “2”.

Capacidad económica	Activos > pasivos Liquidez suficiente Utilidades sobre el promedio	Activos > pasivos Liquidez suficiente Utilidades o ingresos promedio	Activos < pasivos Sin liquidez Ni utilidades
Nivel	Alta	Media	Baja
Valor	2	1	0

4. Las demás circunstancias (relevancia social de la actividad)

“Artículo 1916 CCF

...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta... las demás circunstancias del caso”.

Finalmente, debe añadirse la relevancia social de su actividad, como parte de las “demás circunstancias de caso” señaladas por la SCJN en el *Caso Mayan Palace*.²⁷ La medida en la que el comportamiento diligente, legal y apropiado del responsable en su relación jurídica con la víctima y otros en su misma posición sea de una *importancia social elevada en cierta actividad* afectará el *quantum* de la indemnización punitiva. En este sentido, las actividades desarrolladas por el demandado deben evaluarse a la luz de su valor social y los efectos perniciosos que la conducta negligente o ilegal pueden provocar. La confianza legítima puesta por la víctima en su seguridad y los cuidados requeridos para la actividad en cuestión, que eventualmente genera el daño, es relevante. El ejercicio de actividades consagradas, por ejemplo, a la salud, la seguridad, la educación, el transporte de personas, el hospedaje, la administración del patrimonio, la venta de productos básicos o medicamentos, etcétera, tienen una alta relevancia social y, por lo tanto, proponemos asignarles el valor de “3”. Otras actividades como la recreación, la organización de eventos deportivos o culturales, el comercio al público, los restaurantes o centros gastronómicos tienen una relevancia social importante, a las cuales podríamos asignar el valor de “2”. Finalmente, los negocios o actividades de menor relevancia social como el comercio de artículos de lujo, las actividades recreativas en las que el participante asume o conoce un riesgo alto de daño, etcétera, tendrán un valor de “1”.

Relevancia social	Salud, seguridad, educación, transporte de personas, hospedaje, administración del patrimonio, venta de productos básicos o medicamentos	Organización de eventos deportivos o culturales, comercio minorista, restaurantes o centros gastronómicos, etcétera	Comercio de artículos de lujo, actividades recreativas en las que el participante asume o conoce el riesgo alto de daño ocurrido
Nivel	Alta	Importante	Menor
Valor	3	2	1

5. La fórmula

Con base en los elementos anteriores, el monto de la indemnización deberá alcanzar la medida necesaria para establecer un reproche claro a la negligencia o conducta dañosa del responsable, y con ello conseguir la persecución de un fin social de gran importancia y la colocación de incentivos tendientes a proteger los derechos de todas las personas. El propósito de desincentivar el tipo de conductas en grados de negligencia grave o ilicitud grave específicos, en actividades de alta relevancia social, y la situación económica del responsable en cualquiera de sus niveles, deben ser los factores determinantes para establecer el monto de los daños punitivos y éstos se encuentran estrechamente vinculados. La Corte consideró que “[s]i bien tales modalizadores (sic) no pueden traducirse en sumas de dinero específicas, sí pueden ayudar a discernir con mayor objetividad el grado de daño sufrido, así como su justa retribución”.²⁸ Estos elementos tienen carácter objetivo y atienden el efecto *inhibidor* que se espera de los “daños punitivos”. Con ellos, se puede justificar por qué una cantidad específica de daños punitivos consigue los objetivos buscados.

Los moduladores del *quantum* anteriores se interrelacionan y podrían ser utilizados de la siguiente forma:

Primero, habría que determinar las consecuencias patrimoniales del daño representadas con las siglas “GP”: las cuales incluyen los daños patrimoniales y los daños morales con sus consecuencias patrimoniales. Este rubro atañe, por supuesto, los daños patrimoniales materiales o personales, pero también las consecuencias económicas del daño moral de demostración y cuantificación concreta, como los gastos efectuados al momento de dictarse sentencia y los gastos futuros derivados del daño moral relacionados a cualquier intervención o tratamiento psicológico y psiquiátrico que podrían ser incurridos por la víctima y los perjuicios. También debe incluirse

en el concepto de GP cualquier merma de ingresos derivada de la afectación espiritual de la víctima, verbigracia, los días dejados de laborar como consecuencia de la depresión psicológica.²⁹ Por ejemplo, podría establecerse en el juicio que el demandado es responsable de MXN 1,000,000 por daños patrimoniales (podría tratarse de daños personales o materiales) y MXN 1,000,000 por daños morales con consecuencias patrimoniales relacionadas a tratamientos psicológicos, salarios no percibidos, etcétera, y perjuicios, sumando un total de GP = MXN 2,000,000.

Segundo, el juzgador deberá dar un valor a los moduladores arriba expuestos conforme al caso concreto.

- Derechos lesionados (DL).
- Grado de responsabilidad (GR).
- Situación económica (SE).
- Relevancia social de la actividad (RS).

Con estos elementos concretos podemos proponer la siguiente fórmula:

$$(DL + GR + SE + RS) GP = \text{daños punitivos (DP)}$$

Por ejemplo, el juzgador pudiera determinar que en un caso particular los derechos lesionados fueron de nivel significativo elevado, por tratarse de la pérdida de psicomotricidad casi total de la víctima, al cual otorga un tipo de DL con valor 2. Además, pudiera establecer que el grado de responsabilidad del demandado fue importante pues, a pesar de no haber acaecido un accidente similar antes, conocía o debió de haber conocido *la probabilidad* de que ocurriera el daño causado por su conducta sin advertir a la víctima al respecto, y le otorga un GR con valor 1. También el juzgador podría considerar que en el caso concreto el demandado tiene una situación económica media pues, aunque opera con financiamiento externo, sus activos superan a sus pasivos, y le asigna una SE con valor 2. Finamente, el juez pudiera considerar que el demandado tiene una responsabilidad social importante, pues su actividad consiste en la fabricación de productos de limpieza para el hogar, y decide, por lo tanto, asignarle una RS con valor 2. Con tales consideraciones, el juzgador obtendría un conjunto de moduladores con valor total de 7. Dicho valor total deberá ser multiplicado por los daños patrimoniales y morales con consecuencias patrimoniales (GP) que en el ejemplo concreto ascienden a 2,000,000 MXN. El resultado serán los daños punitivos merecidos por la víctima.

$$(2 (DL) + 1 (GR) + 2 (SE) + 2 (RS)) \text{MXN } 2,000,000 (GP) = \text{MXN } 14,000,000 (DP)$$

A diferencia de las fórmulas propuestas por algunos doctrinistas en materia de *law and economics* en los Estados Unidos, este método no toma en cuenta la probabilidad de que el causante sea declarado culpable por los daños patrimoniales infringidos. Simplemente propone el establecimiento de niveles en los moduladores del artículo 1916 del CCF y la jurisprudencia de la SCJN, cuya suma puede ser multiplicada al daño patrimonial y moral con consecuencia patrimonial. Si bien el efecto punitivo se presume con la condena de un daño moral (en su

consecuencia no patrimonial) en una proporción que puede llegar a ser hasta nueve veces mayor al daño patrimonial en conjunto con (o sin) la parte moral de consecuencias patrimoniales, esta fórmula no demuestra con exactitud matemática que los múltiplos utilizados y su resultado son el reflejo de la probabilidad de que el demandado hubiese incurrido en la misma conducta sin ser detectado. Como propone el ministro José Ramón Cossío,³⁰ una forma “objetiva” de llegar al múltiplo que arroje los daños punitivos es calculando la probabilidad de que el causante sea detectado y condenado por una conducta ilícita que genera daño moral. Sin embargo, consideramos que el método aquí propuesto es el correcto con base en las expectativas de la SCJN y el estado actual de la jurisprudencia acerca del mismo tema en los Estados Unidos, por las siguientes razones.

En la práctica, los jurados y los jueces en Estados Unidos sólo de forma ocasional utilizan el método de cálculo que toma en cuenta la probabilidad de ser encontrado responsable como múltiplo de los daños compensatorios: se conoce que los jurados identifican a la negligencia como la parte importante al condenar a daños punitivos incluso por encima de la probabilidad de que el demandado evada su responsabilidad (Bharat Bhole y Jeffrey Wagner, 2010, p. 253); también se sabe que ni aún los miembros del jurado mejor intencionados son intelectualmente propensos a concebir la monetización de la disuasión a partir de la fórmula de las probabilidades de daño desapercibido (Cass R. Sunstein *et al.*, 2002, p. 26). Tanto jueces como jurados gozan de discreción en la determinación del monto de daños punitivos, siempre y cuando sus veredictos cumplan con la cláusula del debido proceso contenida en la primera sección de la catorceava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (Momioka Hironari, 2017, p. 385). La cláusula de debido proceso protege tanto los derechos sustantivos como los adjetivos. La protección de derechos sustantivos en el presente caso limita directamente el monto de una sentencia de daños punitivos cuando tal es constitucionalmente excesiva; debido a la proporción entre daños punitivos y daños compensatorios.³¹ Por otro lado, la protección de derechos adjetivos limita el rango de evidencia que puede ser tomada en cuenta al momento de calcular los daños punitivos.³² La Suprema Corte de Estados Unidos ha emitido algunas directrices para el cálculo de daños punitivos que consideran estas limitantes.

En el *Caso Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, la Suprema Corte de Estados Unidos mantuvo la sentencia de USD 200,000 en daños compensatorios y USD 840,000 en daños punitivos (una proporción de 4 a 1), declarando: “Nosotros no necesitamos y, de hecho, no podemos, trazar una línea matemática entre lo constitucionalmente aceptable y lo constitucionalmente inaceptable que se ajuste a todos los casos. Sin embargo, sí podemos ofrecer directrices generales de razonabilidad... para cálculo constitucional”.³³ En el *Caso TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, la Suprema Corte de los Estados Unidos reconoció una sentencia con una proporción de daños punitivos a compensatorios de 526 a 1, declarando que sólo las decisiones “groseramente excesivas” podrían ser anuladas en el mecanismo de control constitucional conocido como *substantive due process*.³⁴ El Tribunal concluyó que los

daños punitivos otorgados no eran excesivos, pues existía una gran cantidad de dinero en juego, el demandado era poseedor de una gran riqueza, actuó de mala fe y existía un esquema de fraude y engaño recurrente (Momioka Hironari, 2017, p. 386).

Posteriormente, en el *Caso BMW of North America, Inc. v. Gore*, se revocó una sentencia cuya proporción de daños punitivos a compensatorios era de 500 a 1. En ese caso, la Suprema Corte de Alabama había aceptado la metodología del actor para calcular el monto de los daños punitivos, basada en una correlación entre los daños compensatorios y el porcentaje de actividades dañosas que podrían pasar inadvertidas para el Estado.³⁵ Sin embargo, la Suprema Corte de Estados Unidos consideró, en ese caso, que la sentencia condenatoria de 2 millones USD era exageradamente excesiva de acuerdo con el orden constitucional, y determinó que los tribunales inferiores debían considerar tres elementos para determinar si las indemnizaciones de daños punitivos eran exageradamente excesivas: 1) el nivel de reproche de la conducta del demandado (grado de responsabilidad); 2) la proporción entre el monto de daños compensatorios y punitivos, y 3) la existencia de sanciones penales o administrativas que sean comparables y aplicables a actos similares.³⁶ La Suprema Corte de Estados Unidos también sostuvo que la condena al pago de daños punitivos no puede castigar al demandado por conductas cometidas en otro estado de la Unión Americana, pues ello violaría el principio de debido proceso adjetivo al considerar conductas que ocurrieron más allá de la jurisdicción de la corte competente.³⁷

En el *Caso State Farm Mutual Auto Insurance Co. v. Campbell*, la indemnización de daños punitivos por 145 millones USD también fue revertida por violación del principio de debido proceso adjetivo, al considerar que el Tribunal Estatal admitió pruebas relacionadas con la conducta del demandado en otros estados y/o que no guardaban relación con el daño específico sufrido por el actor.³⁸ Igualmente sostuvo, *obiter dicta*, que “en la práctica, pocas sentencias que superen la proporción de un dígito entre daños punitivos y compensatorios, resistirán el escrutinio constitucional (sustantivo)”.³⁹ Esto ha creado una presunción de que las proporciones punitivo-compensatorios de dos dígitos, o sea multiplicadas por más de nueve unidades, pueden infringir el derecho a un debido proceso sustantivo.

En fecha más reciente, en el *Caso Philip Morris USA v. Williams, (Philip Morris II)*,⁴⁰ la Suprema Corte estadounidense revocó una sentencia de la Suprema Corte de Oregón con una votación de tan solo 5 contra 4 votos, al resolver que no debían ser otorgados daños punitivos para castigar directamente a un demandado por daños causados a terceros ajenos a la *litis*, ya que esto equivale a hacer nugatorio el derecho de propiedad privada sin el debido proceso legal.⁴¹ Sin embargo, la Suprema Corte expuso que un jurado podría calcular el monto de los daños punitivos basándose en el riesgo de que el demandado cause daños futuros al demandante, mas no con base en aquellos que se pudieran causar a terceros. A su vez, determinó que el jurado también podría inferir, derivado del riesgo potencial de causar daños a terceros, que la conducta del demandado

era reprochable en lo particular; sin embargo, el daño a terceros no puede ser parte de la base para su cálculo.⁴²

En México, las mismas limitantes resultarían aplicables derivado del derecho al debido proceso tutelado en la Constitución mexicana.⁴³ El daño a terceros no puede considerarse como elemento para calcular una indemnización, con independencia del tipo de daños. Además, con relación al debido proceso sustantivo,⁴⁴ el método para el cálculo de los daños aquí propuesto está limitado por parámetros objetivos que no permiten la multiplicación del daño patrimonial o moral con consecuencias patrimoniales con la sumatoria de valores mayor de “9”.

Lo anterior es acorde a las expectativas de la SCJN. Recordemos que en el *Caso Albergue-Varicela* (amparo directo 50/2015), la SCJN señaló que “[e]n un esfuerzo por limitar la discrecionalidad de las y los juzgadores, en *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (1991),⁴⁵ la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América sostuvo que es posible identificar factores que rijan la razonabilidad de su cuantía”⁴⁶ (Michael Rustad y Thomas Koenig, pp. 1318-1319). De esta manera se convalidó el test desarrollado por la Corte Suprema de Alabama, según el cual la imposición de daños punitivos debe considerar los siguientes elementos: *i*) relación entre el daño provocado en el caso y los daños potenciales que pretenden evitarse; *ii*) grado de reprochabilidad de la conducta (a partir de su duración, conciencia de sus implicaciones, ocultamiento y frecuencia o antecedentes); *iii*) existencia de ganancias económicas indebidas (rentabilidad), derivadas de la conducta dañosa; *iv*) posición económica de la parte demandada; *v*) costos del litigio, y *vi*) imposición de sanciones penales, así como la existencia de otras sanciones civiles por la misma conducta.⁴⁷

Aunado a lo anterior, el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío en el *Caso Mayan Palace*, así como en el amparo directo 50/2015 (*Caso Albergue-Varicela*) proponen, *obiter dicta*, limitar los daños punitivos siguiendo los parámetros establecidos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América. Por una parte, el ministro José Ramón Cossío expresó que

[e]n el derecho comparado se ha determinado, por ejemplo, que una proporción 4:1 (daños punitivos: daños resarcitorios) apenas pasa la línea de la constitucionalidad,⁴⁸ y más recientemente, la Suprema Corte de Estados Unidos estimó que en muy pocos casos la proporción 9:1 satisface el debido proceso.⁴⁹

Lo anterior permite no desvincular totalmente el monto del daño patrimonial (y moral consecuencia patrimonial) que siempre debe tener una proporción directa con el monto de la indemnización punitiva.

Ahora bien, en el *Caso Mayan Palace* no se otorgó daño patrimonial a las víctimas. Sin embargo, la SCJN otorgó daño moral con consecuencias patrimoniales por MXN 259,200 y un daño moral-punitivo (por consecuencias morales no patrimoniales) por MXN 30,000,000. Esto representa una proporción de 115:1 (115 daño moral punitivo consecuencia extra-patrimonial a 1

daño moral consecuencia patrimonial), que difícilmente podrá repetirse al carecer de razonamiento.

Al final del día, debemos recordar que el monto del daño moral en sus repercusiones extra-patrimoniales no debe cuantificarse de manera exacta sino que el juez tiene la *discrecionalidad* de fijarlo, siempre y cuando en su determinación considere los elementos antes mencionados.⁵⁰ El método aquí expuesto constituye una propuesta que considera las proposiciones generales tomadas del artículo 1916 del CCF, el amparo directo 30/2013 en el *Caso Mayan Palace*, el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío respecto del mismo caso, o el pasaje encontrado en el amparo directo 50/2015 en el *Caso Albergue-Varicela*. Nuestro análisis busca arrojar un método que considera elementos objetivos a los que se asignan valores numéricos que en conjunto podrían sumar un máximo de 9 puntos. El puntaje de valores obtenido para un caso concreto puede ser multiplicado por el monto de daños patrimoniales y/o morales en su consecuencia patrimonial a efecto de obtener un monto de daños punitivos que sancione y desincentive conductas de negligencia grave e ilegalidad grave, a la vez que compense el sufrimiento de la víctima.

El artículo 1916 del CCF y las sentencias de la SCJN al respecto asignan a cada uno de los cuatro elementos —derecho lesionado “DL”, grado de responsabilidad “GR”, situación económica “SE” y relevancia social “RS”— una importancia proporcional. Esto es evidente del texto de la disposición, el cual no califica a ninguno de ellos como prioritario o accesorio, así como de la utilización sin distinción de estos elementos en el *Caso Mayan Palace*. Por dicha razón, los valores equivalentes de 1 o 2 para cada uno de ellos, dependiendo del nivel, se justifican. Sólo el cuarto elemento, la “relevancia social de la actividad” del demandando, merece un valor máximo adicional de 3; recordemos que la SCJN puso en este elemento mucho énfasis para el otorgamiento del daño punitivo en el *Caso Mayan Palace*.

Ahora bien, ni el artículo 1916 del CCF ni el amparo 30/2013 señalan que los valores asignados a tales elementos deban o puedan ser utilizados como múltiplos del daño patrimonial y moral con consecuencias patrimoniales a efecto de obtener el monto objetivo del daño punitivo. Tampoco existe evidencia matemática de que el múltiplo mínimo de 3 y máximo de 9 obtenible, conforme al método aquí propuesto, consigan la disuasión esperada o punición merecida en todos los casos. A pesar de esta constatación, existen algunos argumentos a favor de la metodología expuesta.

Por una parte, históricamente el monto del daño punitivo ha sido comparado con el monto de daño patrimonial; tanto los jueces como las partes suelen apreciar el exceso o la escasez en el monto de daños punitivos otorgados tomando como referencia el daño patrimonial probado. Esto refleja una expectativa lógica o permisible de que los elementos del artículo 1916 del CCF pueden convertirse en múltiplos aplicados al daño patrimonial o moral en su consecuencia patrimonial a efecto de obtener la indemnización punitiva. Las víctimas esperan, y los demandados pueden

prever, que la indemnización punitiva será muchas veces el equivalente al daño patrimonial causado. Esto responde a la lógica de la disuasión y de la justicia retributiva en casos en que la compensación lisa y llana se vuelve insuficiente para disuadir y enviar un mensaje de reproche a los terceros en la misma posición del demandado.

Por otra parte, si bien no existe evidencia empírica o matemática de que los múltiplos 3 a 9 aquí propuestos consigan el propósito disuasivo o punitivo en todos los casos, la jurisprudencia estadounidense parece haber encontrado en dicho espectro un punto de equilibrio entre la necesidad de sanción-disuasión y lo que es justo con base en la limitante constitucional de debido proceso sustantivo. Como se mencionó, la Suprema Corte de Estados Unidos, en los últimos tiempos, ha encontrado exceso en los montos punitivos que superan en un dígito a los daños patrimoniales (o sea, cuando el daño compensatorio en estricto sentido es multiplicado por más de nueve unidades para conseguir la cuota punitiva). Esta aproximación de la Corte estadounidense no está basada en ningún modelo matemático o empírico, sino que es una regla extraída de una apreciación o percepción moral de nuestros tiempos, de lo que es constitucionalmente aceptable, a pesar de que la ni la Constitución ni los datos sociales obtenibles demuestran su fiabilidad.

Una pregunta relevante es si este método es preferible a aquél basado en la probabilidad de que el demandado sea descubierto culpable. La respuesta no podrá encontrarse en esta contribución doctrinal. Sin embargo, existen un par de razones evidentes que pueden inclinar la balanza hacia la utilización de las directrices aquí propuestas. La primera de ellas es la relativa facilidad con la que esta metodología propone asignar los valores numéricos a los elementos del artículo 1916 del CCF. Dicha facilidad no siempre está presente cuando se desea utilizar como múltiplo la probabilidad de que un demandado hubiese escapado a su responsabilidad por conductas similares. La dificultad de ese método de cuantificación estriba en la obtención de evidencia que arroje datos precisos para determinar la probabilidad numérica necesaria. Esos datos deben usualmente ser extraídos de documentos u otra evidencia en poder demandado y el derecho procesal mexicano aun no tienen una figura como el *discovery* que pueda coadyuvar a este respecto. Ni la víctima ni el juez podrán contar fácilmente con los elementos necesario que funjan como base del cálculo de probabilidades. También debemos considerar que el cálculo mismo hace necesaria la intervención de peritos estadistas, lo que reduce la relación de costo eficiencia del procedimiento.

Igualmente, el método aquí propuesto agrega predictibilidad jurídica y previsibilidad de los daños punitivos eventuales. Las personas físicas y morales serán capaces de establecer con mayor certeza y a menor costo el eventual múltiplo aplicable al daño patrimonial o moral en consecuencias patrimoniales que daría como resultado la indemnización punitiva. Esto, por supuesto, no debería incentivar cálculos tendientes a internalizar el costo financiero de una conducta dañina en sus servicios o productos. Al contrario, la facilidad y practicidad de este método debería propiciar la consciencia de la población en general acerca de las consecuencias

claras que las conductas acreedoras de daños punitivos conllevan y la abstención de su cometimiento o práctica.

V. CONCLUSIÓN

El derecho de daños en México ha evolucionado a lo largo de la última década. La decisión del *Caso Mayan Palace* en febrero de 2014 significó un parteaguas en la teoría y la práctica del derecho de la responsabilidad extracontractual. La decisión de la SCJN proyectó una concepción moderna de los elementos constitutivos del daño moral y trasplantó dentro del sistema de la responsabilidad civil mexicano la figura de los daños punitivos. Con esta decisión siguieron otras, en las que se reconoció la existencia de los daños punitivos como parte del daño moral, pero eliminando su aplicación en contra del Estado.

La determinación de los elementos constitutivos de los daños punitivos, el umbral necesario de incumplimiento o negligencia, así como los parámetros para cuantificarlos conforme a un método objetivo, constituyen adaptaciones necesarias para la justa y eficaz aplicación de esta novedosa figura legal. A pesar de los desarrollos más recientes, estas cuestiones son asuntos sin resolver en el derecho jurisprudencial mexicano. En esta contribución hemos hecho una propuesta sustentada al respecto.

Nuestros análisis de los elementos, el umbral y el *quantum* de los daños punitivos contribuirán al otorgamiento de indemnización capaces de cumplir la doble faceta y propósito de los daños punitivos (disuasoria y retributiva o de castigo). Un monto de daños punitivos que sea el resultado de multiplicar hasta por 9 el monto de los daños patrimoniales o morales en su consecuencia patrimonial influirá de manera positiva en el comportamiento de ciertos agentes. El propósito disuasivo de los daños punitivos se verá materializado en las circunstancias mencionadas en este estudio. El atractivo económico de no cumplir con la legislación o con el deber de cuidado óptimo será neutralizado si el agente comprende que la indemnización a la víctima no se limitará al daño probado económicamente, sino que podrá llegar a ser hasta 900 por ciento mayor; elegir internalizar el costo social de su actuar lo sacaría del mercado. También consideramos que la suma punitiva indemnizatoria resultante de la metodología propuesta cumple la finalidad de escarmiento de quien haga un mal. Sin embargo, habrá que tener claro que la percepción del demandado no es un fin, sino un medio para obtener la disuasión y la justa sanción como retribución del daño causado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Berkowitz, D., Pistor, K., y Jean-Francois, R. (2003). The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*, 51(1), 163-203.
- Bharat, B., and Jeffrey, W. (2010). Punitive Damages and the Recklessness Requirement with Uninformed Injurers. *International Review of Law and Economics*, 30(3), 253-64.

- Bórquez Castillo, J. C. (2020). Los Daños Punitivos... ¿En el Contrato de Seguro?, *Perspectiva Jurídica UP*.
- Diamond, J. L., Levine, L. C. y Madden, M. S. (2000). *Understanding Torts* (2a. ed.). Lexis Publishing.
- Eisenberg, T. y Heise, M. (2011). Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?. *Journal of Empirical Legal Studies*, 8(2).
- Flores Ávalos, E. L. (2018). Evolución histórica del daño moral a daños punitivos en México. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 1(36), 19-43.
- Garrido-Cordobera, L. M.R. (1993). *Los Daños Colectivos y la Reparación*. Universidad.
- Hironari, M. (2017). Punitive Damages Revisited: A Statistical Analysis Of How Federal Circuit Courts Decide The Constitutionality Of Such Awards. *Cleveland State Law Review*, 65(3), 379-410.
- Kahn-Freund, O. (1974). On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Journal*, 37(1), 27.
- Larson, D. I. and Wattson, R. M. (1985). The Discovery and Proof of a Punitive Damages Claim: Strategy Decisions and Pretrial Tactics When Representing the Plaintiff. *William Mitchell Law Review*, 11(2).
- Markel, D. (2009). Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction. *Cornell Law Review*, 94 (2).
- Martínez-Alfaro, J. (1999). *Teoría de las Obligaciones* (6a. ed.). Porrúa.
- Miceli, T. J. (2009). *The Economic Approach to Law* (2a. ed.). Stanford University Press.
- Medina Villanueva, J. E. (2020). Los daños punitivos en el derecho mexicano. Algunas ideas para su interpretación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (157), 221-242.
- Morante Aguirre, G. (2018). Viabilidad de Reclamar Daños Punitivos en México. *Perspectiva Jurídica UP*.
- Morello, A. M. (2000). El derecho de daños en la actual dimensión social. En Trigo-Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S. (eds.), *Derecho de Daños*. Ediciones La Rocca.
- Muñoz, E. y Vázquez-Cabello, R. (2019). *El renacimiento del derecho de daños-Un análisis comparativo*. Tirant lo Blanch.
- Owen, D. G. (1988). The Moral Foundations of Punitive Damages. *Alabama Law Review*, 40.
- Owen, D. G. (1994). A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. *Villanova Law Review*, 39.
- Pampillo Baliño, J. P. (2020). El nuevo derecho mexicano de daños y su Jurisprudencia en materia de indemnización punitiva y reparación integral. *Revista Lex Mercatoria*, 35-49.
- Pérez Fuentes, G. M. (2019). Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (154).
- Rustad, M. y Koenig, T. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *The American University Law Review*, 42. 1269.
- Sunstein, C. R. et al. (2002). *Punitive Damages How Juries Decide*. The University of Chicago Press.

Sunstein, C. R. (2002), *Punitive Damages: How Juries Decide*. University of Chicago Press.

Zamora, S. *et al.* (2004). *Mexican Law*. Oxford University Press.

LISTA DE DECISIONES JUDICIALES CITADAS

Canadá	<ul style="list-style-type: none">Whiten v. Pilot Insurance Company (2002) 209 DLR (4th) 257
Estados Unidos de América	<ul style="list-style-type: none">Smith v. Wade, (U.S. Supreme Court, 1983), 461.BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 582 (1996)Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2623, at 2620-21 & n. 8.Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip, 499 U.S. 1, 4-6 (1991) (U.S. Supreme Court).Philip Morris USA v. Williams, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007)State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 428 (2003)TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443, 451 (1993)
Inglaterra	<ul style="list-style-type: none">Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary, [2002] 2 A.C. 122 (H.L. 2001)Rookes v. Barnard, [1964] 1 All E.R. 367, 410-11 (H. L.).
México	<ul style="list-style-type: none">Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 30/2013.Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 5505/2017.Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 01 de julio de 2020, Amparo en Revisión 1133/2019, pág. 01.
Corte Interamericana de Derechos Humanos	<ul style="list-style-type: none">Cantoral Benavides vs. Perú, Reparaciones y Costas, 3 diciembre 2001, Serie C No. 88Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998.

Notas

* Recibido el 1o. de marzo de 2021; aceptado el 6 de diciembre de 2021.

** ORCID: [0000-0001-8745-298X](https://orcid.org/0000-0001-8745-298X). Profesor de Derecho, Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. Correo electrónico: emunoz@up.edu.mx

*** ORCID: [0000-0002-1178-2664](https://orcid.org/0000-0002-1178-2664). Asociado en Ramos Castillos Abogados. Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, Guadalajara. Correo electrónico: r.vazquez@ramoscastillo.com

1 Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1o. de julio de 2020, *Amparo en Revisión* 1133/2019.

2 Al respecto del “efecto trasplante” que se traduce en la ineficacia de la institución legal adoptada ver, Berkowitz, D., Pistor, K. y Jean-Francois, R. (2003). The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*, 51(1).

3 Ver, por ejemplo, Sec. del Código Civil de California. 3294 (a) e Instrucciones para el jurado civil de California 3948. Daños punitivos - Demandados individuales y corporativos (Responsabilidad corporativa basada en actos de individuos con nombre) - Ensayo bifurcado (primera fase). Otras instrucciones de las leyes estatales son muy similares, Sunstein, C. R. et al. (2002a). *Punitive Damages How Juries Decide*. The University of Chicago Press.

4 Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 13 de enero de 2021, *Amparo Directo en Revisión* 5505/2017.

5 *Ibid.*, pág. 321.

6 Zamora, S. et al. (2004). *Mexican Law*. Oxford University Press. p. 322 establece que la falta del sistema de jurados y las limitantes a montos grandes en la indemnización de daños, ayuda a explicar el rezago legislativo en materia de responsabilidad civil en México.

7 *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S. Ct. 2605, 2623, pp. 2620-21 & n. 8.

8 *Whiten v. Pilot Ins. Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595 (Canada); *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2002] 2 A.C. 122 (H.L. 2001) (England).

9 Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 febrero 2014, *Amparo Directo* 30/2013, p. 166.

10 *Ibidem*, p., 177.

11 *Ibidem*, p. 124, n.p. 121, en cita Corte IDH, *Cantoral Benavides v. Perú*, 3 diciembre 2001, Serie C, núm. 88, para. 53.

12 *Philip Morris USA v. Williams*, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007), pp. 354, 355.

13 Artículo 1916 CCF, párrafo 1.

14 Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de febrero de 2014, *Amparo Directo* 30/2013, p. 114.

15 *Ibidem*, pp. 96 y 114.

16 *Ibidem*, p. 115.

17 *Idem*.

18 Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 01 de julio de 2020, *Amparo en Revisión* 1133/2019, p. 117.

19 “Smith V. Wade”, (U.S. Supreme Court, 1983). *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. Supreme Court, 19, 2008.

20 Ej. Oklahoma Statutes, Tit. 23, § 9.1.

21 Ej. Alabama Code 1975 § 6-11-20.

22 *Rookes v. Barnard*, [1964] 1 All E.R. 367, 410-11 (H. L.).

23 Este elemento “situación económica de la víctima” fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de febrero de 2014, *Amparo Directo* 30/2013.

24 Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 febrero 2014, *Amparo Directo* 30/2013, p. 177.

25 *Ibidem*, p. 115.

26 *Ibidem*, p. 91.

27 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo Directo* 30/2013, Primera Sala, 26 de febrero de 2014, p. 177.

28 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo Directo* 30/2013, Primera Sala, 26 de febrero de 2014, p. 113.

29 *Ibidem*, p. 115.

30 Voto concurrente José Ramón Cossío Díaz, *Amparo Directo* 30/2013, p. 13, 14, np. 5, 6, 7. Con referencias a *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip Eta Al*, 499 U.S. 1 (1991) and *Exxon Shipping Co. Baker*, 554 U.S. 471, (2008) y cita Polinsky, M. (1997). ¿Are punitive damages really insignificant, predictable, and rational?. *Journal of Legal Studies*. Universidad de Chicago.

31 See *Philip Morris USA v. Williams*, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007), p. 353.

32 See *Philip Morris USA v. Williams*, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007), p. 353.

33 *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 4-6 (1991). Traducción propia.

34 *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp.*, 509 U.S. 443, 451 (1993), p. 458.

35 *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 582 (1996), p. 564: “El Dr. Gore afirmó que su auto repintado valía menos que un auto que no había sido repintado. Para probar sus daños reales de \$ 4,000 dólares, confió en el testimonio de un ex concesionario de BMW, quien calculó que el valor de un BMW repintado era aproximadamente un 10 por ciento menor que el valor de un automóvil nuevo que no había sido dañado ni reparado. Para apoyar su demanda de daños punitivos, el Dr. Gore presentó evidencia de que desde 1983 BMW había vendido 983 autos repintados como si fuesen nuevos, incluyendo 14 en Alabama, sin revelar, que los autos habían sido repintados antes de la venta a un costo de más de \$ 300 dólares por vehículo. Siguiendo el cálculo del daño real de \$ 4,000 dólares por vehículo, el Dr. Gore argumentó que una indemnización punitiva de \$ 4 millones de dólares proporcionaría una sanción apropiada por la venta de aproximadamente 1,000 automóviles con sobreprecio”.

36 *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 582 (1996), pp. 574, 575.

37 *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 582 (1996), p. 572, ver Hironari, “Punitive Damages Revisited: A Statistical Analysis of How Federal Circuit Courts Decide the Constitutionality of Such Awards”, p. 387.

38 *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 428 (2003), p. 422.

39 *Ibidem*, p. 425.

40 *Philip Morris USA v. Williams*, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007).

41 *Ibidem*, p. 349.

42 *Philip Morris USA v. Williams*, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007), 354, 355.

43 El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipula que “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

44 Refiriéndonos al reclamo de violaciones no procesales.

45 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (89-1279), 499 U.S. 1 (1991).

46 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo Directo* 50/2015, Primera Sala, 3 de mayo de 2017, p. 61.

47 *Idem*.

48 Véase voto concurrente José Ramón Cossío Díaz, Amparo Directo 30/2013, p. 13, 14, np. 5, 6, 7. También ver *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip Eta Al*, 499 U.S. 1 (1991).

49 Voto concurrente José Ramón Cossío Díaz, Amparo Directo 30/2013, p. 13, 14, np. 5, 6, 7. También ver *Exxon Shipping Co. Baker*, 554 U.S. 471, fallado en el año de 2008 por la Suprema Corte de Estados Unidos.

50 Véase Amparo 30/2013, *Caso Mayan Palace*, pp. 76, 93 y 94: “El daño debe ser cierto. Es decir, constatable su existencia desde un aspecto cualitativo, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias”.

“Asimismo, como ya se ha destacado, si bien los intereses extrapatrimoniales no tienen una exacta traducción económica, ello no debe dar lugar a dejar sin reparación al afectado”.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DESARROLLO SOCIAL LIBRE DE CORRUPCIÓN*

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL DEVELOPMENT FREE OF CORRUPTION

Hiram Raúl PIÑA LIBIEN**

Enrique URIBE ARZATE***

Alejandra FLORES MARTÍNEZ****

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17075](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17075)

Resumen:

El presente trabajo tiene como propósito plantear la hipotética construcción del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, para constituirse como un intento de superación académica de las nociones de derecho al desarrollo, al desarrollo social, al desarrollo duradero, al desarrollo sostenible y al desarrollo sustentable, así como de la representación gráfica de la corrupción propuesta por Robert Klitgaard, mediante un esquema que propone integrar las funciones del Estado, las obligaciones de las autoridades en materia de derechos humanos, el derecho de acceso a la información pública, la rendición de cuentas y la coordinación entre las autoridades de los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos, y las responsabilidades de los servidores públicos.

Abstract:

The purpose of this paper is to propose the hypothetical construction of the fundamental right to social development free of corruption, to constitute itself as an attempt to academic improvement of the notions of the right to development, social development, durable development, sustainable development and development. sustainable, as well as the graphic representation of corruption proposed by Robert Klitgaard, through a scheme that proposes to integrate the functions of the State, the obligations of the authorities in the matter of human rights, the right of access to public information, accountability and the coordination between the authorities of the competent government orders in the prevention, detection and sanction of administrative responsibilities and acts of corruption, as well as in the supervision and control of public resources, and the responsibilities of public servants.

Keywords:

Palabras Clave:

derechos humanos, derecho social, corrupción, transparencia, rendición de cuentas.

human rights, social rights, corruption, transparency, accountability.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derecho al desarrollo y derecho al desarrollo social.* III. *Aproximaciones a la corrupción.* IV. *El combate a la corrupción en México.* V. *Exigibilidad política y justiciabilidad de los derechos humanos.* VI. *A manera de conclusión. El modelo del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva histórica se considera a la *Virginia Declaration of Rights* (1776), como el primer instrumento jurídico que reconoció un mínimo de derechos inherentes a todos los hombres, tales como la igualdad, la libertad y la independencia, a partir de los cuales se desdoblaron una serie de correlaciones consistentes en gozar de la vida y la libertad, y contar con los medios para adquirir y poseer propiedad, perseguir y obtener felicidad y seguridad.

De forma concatenada estableció que todo poder se confiere al pueblo y, en consecuencia, se deriva de él; que los magistrados son sus fideicomisarios y sirvientes, y en todo momento están a su disposición; que el gobierno es, o debe ser, instituido para el beneficio común, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los varios modos y formas de gobierno ese es el mejor, porque es capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad y es el que más efectivamente previene del peligro de mala administración, y que, cuando un gobierno sea hallado inadecuado o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene un indudable, inalienable e irrevocable derecho a reformarlo, alterarlo o abolirlo, del modo que se juzgue más conducente para el bienestar público.

Por otra parte, *The Unanimous Declaration of the thirteen United States of America* (1776) posee un valor intrínseco que reside en que la independencia de las antiguas colonias se tradujo en la supresión de toda lealtad a la Corona Británica, para que en libertad quedaran facultadas para imponer la guerra, concluir la paz, contraer alianzas, establecer comercio y hacer todos los demás actos y cosas que los estados independientes pueden hacer. No obstante, el paradigmático párrafo segundo del preámbulo de la declaración erige una idea ambigua sobre la cual descansa el *Manifest Destiny*, consistente en la búsqueda de la felicidad.¹

Ejemplo de este tipo de paradigmas constitucionales tendentes a la búsqueda de la felicidad, se observa en el preámbulo de la Constitución de la República de Corea (1987), en el que se establece: “To elevate the quality of life for all citizens and contribute to lasting world peace and the common prosperity of mankind and thereby to ensure security, liberty and happiness for ourselves and our posterity forever”.

Ante lo anterior cabe interrogarnos: ¿es la búsqueda de la felicidad la meta que debería alcanzar el Estado en favor de todos los ciudadanos? ¿El Estado debería asegurar a cada individuo el “derecho a la felicidad”? ¿Existe un “derecho a la felicidad”?

No es la intención de este trabajo resolver tales aporías, pues como señala José Tomás Alvarado (2016, p. 253) ello corresponde a las teorías en las que la felicidad está constituida por actos libres de la persona, y a las teorías en las que la felicidad puede estar constituida por estados, eventos u objetos externos a la decisión libre de la persona.

Ante lo complejo que resulta establecer una aproximación teórica al “derecho a la felicidad”, que en el plano fáctico obligaría al Estado a hacer lo posible y hasta lo imposible para que su actuar se ajuste a la idea que cada persona tenga respecto de la felicidad, pero le obliga a emprender las acciones orientadas a enfrentar y combatir la corrupción, cuyos efectos disminuyen y obstaculizan el logro de la felicidad. En el presente trabajo nos cuestionamos si es posible superar la representación gráfica de la corrupción propuesta por Robert Klitgaard, mediante la proposición del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, el cual nos conduzca a la superación académica de nociones tales como derecho al desarrollo, desarrollo social, desarrollo duradero, desarrollo sostenible y desarrollo sustentable, y a la vez se atisben respuestas a las siguientes interrogantes: ¿cuáles son las consecuencias de la corrupción sobre los derechos humanos? ¿El combate a la corrupción demanda de engranajes constitucionales y legales adicionales, a partir de los cuáles debería articularse el Sistema Nacional Anticorrupción? ¿Es factible la constitucionalización del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, para que las políticas públicas en la materia se encuentren debidamente articuladas? ¿La existencia de un derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción garantizaría la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos?

Para iniciar el tratamiento de las cuestiones relativas al desarrollo social y la corrupción, es menester establecer un marco teórico-conceptual que permita comprenderles epistemológicamente en el contexto del constitucionalismo y los derechos humanos. A partir de tales construcciones será previsible la hipotética construcción del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción como un derecho de nuevo cuño, cuya modelación es el objetivo que nos proponemos desarrollar.

Para lograr tal cometido, es preciso contar con una serie de elementos que permitan establecer su basamento. Así, en primer lugar, expondremos la noción del derecho al desarrollo, su concepto y contenido; enseguida, nos aproximaremos al derecho al desarrollo social, para comprender su conceptualización y la forma en cómo este se desenvuelve en el marco del Estado de bienestar; posteriormente se describe la compleja fenomenología de la corrupción, y, finalmente, se presentan las conclusiones de nuestra investigación.

II. DERECHO AL DESARROLLO Y DERECHO AL DESARROLLO SOCIAL

En este apartado nos proponemos abordar los tópicos relativos al derecho al desarrollo origen, concepto y contenido , así mismo, nos ocuparemos del denominado derecho al desarrollo social.

Sin embargo, antes de avanzar en lo propuesto, es preciso hacer una acotación previa. Por sí mismo, el verbo desarrollo es tan ambiguo como complejo. En la lengua española, su indicativo presente denota un accionar, a poner en marcha las capacidades individuales y colectivas para lograr un objetivo, una meta o construir algo a partir de elementos nulos o preexistentes.

En el ámbito jurídico se emplea como término para relacionar etapas procesales y procedimentales en juicios, así como para referirse a instrumentos de organización política, económica, social y de deliberación democrática. Sin embargo, en materia económica significa evolución de la economía hacia mejores estadios.

A partir de esta última noción, el derecho al desarrollo como derecho humano cobra relevancia desde los sentidos social, cultural y político. Sin embargo, posee un primigenio origen económico.

Así lo demuestra lo previsto en el artículo 10. la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo,² en la que se estableció:

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.
2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

De lo anterior se desprende que el derecho al desarrollo tiene un carácter bifronte, pues en una cara se presenta con un carácter individual y difuso, en donde los individuos y los pueblos son los beneficiarios, y en la otra arista, es un articulador de todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales, incluida la libre determinación de los pueblos, para que en ejercicio de su soberanía dispongan de los recursos naturales y riquezas que posean.

En esta tesitura, el derecho al desarrollo en su carácter o tipología de derecho humano de tercera generación ostenta una impronta internacionalista, al romper con el paradigma clásico de gestación de los derechos humanos, el cual estriba en que su reconocimiento global se daba primeramente en el ámbito estatal mediante la progresividad, para proyectarse posteriormente, a través de la reiteración o de la práctica, hacia su universalización.

El Estado moderno surgió por la necesidad de reconocer y asegurar a los individuos un mínimo de derechos que les permitieran desarrollarse plenamente en los aspectos personales y políticos; una vez logrados estos, fue preciso promover el establecimiento de una serie de derechos

de carácter económico, social y cultural, los que deben tender a que los individuos cuenten con un adecuado nivel de vida. Sin embargo, las asimetrías económicas entre las naciones urgieron a la comunidad internacional a reconocer una serie de derechos que fueran más allá de lo individual, gestándose en consecuencia el reconocimiento del derecho al desarrollo.

El derecho al desarrollo se diferencia de los derechos humanos de primera y segunda generación, en virtud de que aquellos tuvieron origen, respectivamente, en el contexto del constitucionalismo moderno que emanó de la Revolución francesa y, por el advenimiento del Estado social y democrático de derecho, es decir, surgió como respuesta a la crisis del Estado social de derecho que se suscitó en los años sesenta y setenta del siglo XX, lo cual exigió adoptar medidas de corte internacional, pero también como una necesidad imperiosa de los países subdesarrollados: transferencia de tecnología, asistencia al desarrollo, nuevo orden mundial (Luis T. Díaz, 2004, p. 19).

La importancia del reconocimiento del derecho al desarrollo es una tarea de gran calado, pues como articulador de todos los demás derechos humanos, ha demandado el establecimiento de políticas globales y la generación de indicadores internacionales sobre desarrollo humano.³

En suma, el derecho al desarrollo sintetiza y aglutina a todos los derechos humanos, su propósito es potencializar las capacidades y habilidades individuales y colectivas de los seres humanos, para que las desenvuelvan responsablemente en el marco de una sociedad democrática con conciencia global; pero también, busca paliar las brechas y desigualdades entre ellos y las naciones.

Por cuanto hace a su concepto, la doctrina no ha sido uniforme. Así, por ejemplo, Miguel Concha (1994, p. 49) sostiene que el derecho al desarrollo es:

El derecho al despliegue de todas las facultades del ser humano y al disfrute de una vida que sea completamente satisfactoria para el individuo y para su sociedad... Implica la existencia de un régimen democrático que estimule la participación ciudadana en los asuntos públicos, en lo político; de un sistema económico que brinde satisfacción a las crecientes necesidades de toda la población; de un sistema de impartición de justicia que sea imparcial, probo, ágil y eficaz; etcétera.

Tarcisio Navarrete *et al.* (1994, p. 158), al referirse al derecho de los pueblos, sostienen que es la imperiosa necesidad de promover la cooperación internacional en el terreno económico y social, que permita mejores condiciones materiales para los habitantes de los países del llamado Tercer Mundo.

Por su parte, Miguel Ángel Contreras (2000, p. 83) considera que

el derecho al desarrollo es un derecho subjetivo que posibilita el desenvolvimiento pleno de las capacidades de la persona para lograr una existencia acorde con su dignidad humana, que le permita acceder al goce de la totalidad de los derechos existentes, teniendo como base la participación activa, libre y significativa de todos los seres humanos en el proceso del desarrollo, en un marco democrático, pacífico, justo y ambientalmente saludable.

De lo anterior se desprende que el contenido del derecho al desarrollo es complejo, pues como ya lo hemos advertido, posee un inmanente carácter supraindividual y difuso, caracterizado por buscar la efectividad jurídica, política, social y cultural de los derechos humanos; de ahí que, el derecho al desarrollo también se diferencie de los derechos humanos de primera y segunda generación, por requerir su medición y evaluación desde los puntos de vista material y cuantitativo.

Por ello coincidimos con voces académicas como la de Luis J. Molina (1998, p. 128), quien afirma que el derecho al desarrollo también debe ser entendido como un instrumento ético del hombre actual para implantar la justicia igualitaria y la paz digna, producto de la solidaridad internacional en la cual deben tomar conciencia de la responsabilidad de su misión los gobernantes y las personas de los países ricos incorporadas plenamente al proceso de globalización económica.

Retomando los aspectos relativos a la medición y evaluación del derecho al desarrollo, debemos señalar que los índices y estadísticas tienen como propósito aportar elementos que permitan a los gobiernos diseñar, planificar y establecer políticas públicas orientadas a abatir las desigualdades sociales, económicas, políticas y culturales. En otras palabras, se trata de datos duros que a nivel global, regional y nacional orientan la toma de decisiones para hacer frente a las desigualdades en el desarrollo humano.

Así, al medir los niveles de pobreza y las brechas de género, la esperanza y calidad de vida se precisa la evaluación de la calidad de los servicios públicos de educación, salud, trabajo y empleo, seguridad, así como los nocivos impactos de la actividad humana al medio ambiente.

En este sentido, resulta común la escucha de expresiones jurídicas aparentemente similares o emparentadas con el derecho al desarrollo, como es el caso de las voces desarrollo duradero, desarrollo sostenible y desarrollo sustentable.

Como lo señala el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,⁴ depende de la propia humanidad que el desarrollo sea sostenible y duradero. Por ello, el también llamado *Informe Brundtland*, al adoptar el concepto de desarrollo sostenible y duradero, estableció que se encuentra sujeto a las

limitaciones que imponen a los recursos del medio ambiente el estado actual de la tecnología y de la organización social y la capacidad de la biósfera de absorber los efectos de las actividades humanas... El desarrollo duradero exige que se satisfagan las necesidades básicas de todos y que se extienda a todos la oportunidad de colmar sus aspiraciones a una vida mejor. Un mundo donde la pobreza es endémica estará siempre propenso a ser víctima de la catástrofe ecológica o de otro tipo.

Como podemos ver, desarrollo sostenible y duradero, amén de ser sinónimos, representan un arquetipo ideal de la conducta de la humanidad, basado en la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y ambientales de la generación presente, mediante el aprovechamiento racional, moderado y ético de los recursos planetarios, para que la subsistencia de las generaciones futuras no se comprometa, y así asegurar su viabilidad.

A partir de este paradigma se ha estructurado la denominada Agenda 2030 para el desarrollo sostenible,⁵ en ella las Naciones Unidas reconocieron que es preciso establecer un nuevo enfoque del desarrollo sostenible, a partir del cual se transforme nuestro mundo.

En esta tesitura, sin dejar de reconocer las aportaciones surgidas de diversas conferencias y cumbres internacionales, entre las que destaca la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,⁶ el nuevo enfoque del desarrollo sostenible parte de la base de que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, la lucha contra la desigualdad dentro de los países y, entre ellos, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el fomento de la inclusión social están vinculados entre sí y son interdependientes.

De otra parte, el llamado desarrollo sustentable se identifica con el proceso de evaluación de la calidad de vida y productividad de las personas, a través de criterios de carácter ambiental, económico y social, así como el establecimiento de medidas apropiadas para la preservación del equilibrio ecológico, la protección del ambiente y el aprovechamiento de recursos naturales.

Finalmente, la voz desarrollo social, de acuerdo con James Midgley (1995, p. 8), es “process of promoting people’s welfare in conjunction with a dynamic process of economic development”. En otras palabras, se refiere a la amalgama que se da entre los derechos a la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social y la no discriminación de las personas o grupos sociales en situación de vulnerabilidad, que se traducen en un conjunto de políticas públicas compensatorias y asistenciales orientadas a la realización de acciones y la entrega de apoyos tendentes a disminuir sus desventajas.

Prima facie, podemos observar que las nociones: desarrollo duradero, desarrollo sostenible, desarrollo sustentable y desarrollo social, si bien, parecen sinónimas, se encuentran articuladas a través del principio de interdependencia de los derechos humanos.

Ahora bien, para efectos de este trabajo, deseamos proponer un referente conceptual amplio del derecho al desarrollo social al apuntado con antelación, pues consideramos que su contenido no debe estar limitado a los grupos en condiciones de vulnerabilidad. En nuestra opinión, ante la complejidad que imponen las asimetrías económicas, sociales y ambientales globales, el desarrollo social debe permitir el disfrute y ejercicio pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distingo de la condición en que todos los individuos se encuentren, procurando equilibrar las funciones y responsabilidades del Estado para que la política económica, social y ambiental sea incluyente.

III. APROXIMACIONES A LA CORRUPCIÓN

Desde la década de los años noventa del siglo XX, los estudios empíricos sobre la corrupción han ocupado un lugar importante para la articulación y establecimiento de sistemas anticorrupción a nivel mundial.

Definida como algún tipo de abuso de poder (Jorge F. Malem, 2000, p. 23), el uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados (Susan Rose-Ackerman, 2001, p. 125), el abuso del poder confiado para beneficio privado (Transparency International, 2019a) o un comportamiento impropio vinculado con la posición de una persona en el gobierno (Leslie Holmes, 2019, p. 19), la corrupción es un fenómeno de gran complejidad práctica, cuyas expresiones son tan diversas y variadas que la doctrina no ha logrado establecer una tipología única. Así, por ejemplo, da cuenta de la corrupción política y económica, del soborno y la extorsión; de corrupción integradora o desintegradora, de corrupción estable o inestable, de corrupción negra, gris y blanca (Jorge F. Malem, 2000, pp. 31-35), de la corrupción global propiciada por el neoliberalismo, en la que financiarización y corrupción son fenómenos que recíprocamente se retroalimentan conforme al programa económico neoliberal, el cual se caracteriza, a decir de Mariana Calvento (2006, p. 48), entre otras cuestiones, por la reducción drástica del déficit presupuestario, la disminución del gasto público, la mejora de la recaudación, la liberación del sistema financiero, la liberación comercial extrema, otorgar amplias facilidades a la inversión extranjera, y desde luego, llevar a cabo una enérgica política de privatización de empresas públicas; en palabras de Bibiana Medialdea y Antonio Sanabria (2013, p. 200), la corrupción neoliberal consolida la supremacía del capital financiero, expresa su disposición a imponer una agenda favorable para sus intereses. Otras opiniones, como la de Stephen D. Morris (1992), ven en el soborno y la extorsión las formas básicas de la conducta corrupta.

El concepto de corrupción, noción casi intuitiva en determinadas circunstancias, es tan amplio, de límites tan vagos y de tan proteicas manifestaciones, que cualquier definición resultaría siempre parcial y demasiado circunscrita y, por lo mismo, incompleta. Por ello es mejor no definirlo, sino interpretarlo; entenderlo y sentirlo a la luz de ciertas premisas preestablecidas (Guillermo Montaña, 1970, p. 9, en Rosario Castellanos *et al.*).

Al ser una actividad no ética que no se limita a particularizarse a una sociedad determinada, la corrupción es un fenómeno global que incide negativamente en los procesos sociales, políticos, democráticos, económicos y ambientales; a la vez que amplifica las brechas y ensancha las desigualdades sociales, de ahí que diversas teorías busquen explicar a la corrupción como fenómeno social, económico, político y cultural.

En primer lugar, la teoría funcionalista ahonda la raíz de este problema en el grado de desarrollo político y económico que alcanzan los integrantes de una sociedad en un territorio determinado, quienes a partir de su cultura política y estatus económico toman decisiones comunes para verse involucrados o no en actos de corrupción dentro de su desenvolvimiento cotidiano.

Por su parte, la teoría institucional dicta que los ciudadanos tienen la capacidad de expresarse en los procesos democráticos de elección de sus autoridades y representantes, circunstancia que les permite incidir en los procesos burocráticos mediante la legitimación de funcionarios públicos honestos o deshonestos, transparentes o corruptos.

Una tercera perspectiva la constituye la teoría de la modernización. Establece que la corrupción es un fenómeno cultural que predomina en mayor o menor medida, dependiendo del

grado de modernización social, es decir, la existencia de actos de corrupción depende de la fortaleza de los valores básicos y fundamentales de cada sociedad y las tradiciones jurídicas en que descansa su ejercicio. Empero, con la modernización del ámbito político y sus diferentes esferas de desenvolvimiento en lo administrativo, conducen a la creación de espacios de opacidad y corrupción, debido al establecimiento de nuevas leyes, reglas, pautas o guías de procedimiento que en tanto son asimiladas por los operadores y los destinatarios, tenderán a buscar el camino de la facilidad, que, a final de cuentas, es el de la corrupción.

Otra interesante perspectiva es la teoría de la opción racional (*rational choice*), para la cual, la corrupción si bien es cierto, está en las estructuras gubernamentales, es propiciada en su mayoría por el ciudadano, a partir de sus expectativas e intereses.

Un quinto enfoque que nos acerca al entendimiento de la corrupción, lo constituye la teoría fenomenológica, la cual refiere que es sólo a partir de las transformaciones sociales, las económicas, estructurales, que los fenómenos de democracia, transparencia o pluralidad se ven ante un sisma que se genera, crea y recrea ante un nuevo alud de corrupción. En otras palabras, dependiendo de las circunstancias y el contexto político-social, la corrupción puede ser vista desde un ángulo positivo o negativo.

El sexto prisma bajo el cual puede estudiarse el fenómeno de la corrupción es a través de la teoría de la descentralización, la cual sostiene que, a partir de descentralizar las funciones administrativas, políticas, burocráticas, entre muchas otras, es factible diversificar las responsabilidades; lo anterior, asociado a la claridad en la rendición de cuentas, hace que la corrupción ceda.

Finamente, cabe apuntar la teoría teológico-económica, que observa a la corrupción como un pecado de incentivos, costos y dividendos económicos, cuyos efectos negativos pueden ser minimizados desde una perspectiva personal e institucional. La primera, sugiere como medida de combate a la corrupción, la responsabilidad individual; en tanto que, la segunda, apunta al fortalecimiento del Estado de derecho, limitando los poderes y facultades discrecionales de las autoridades, controlando e imponiendo pesos, contrapesos y balances a las agencias estatales.

IV. EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

La corrupción es un fenómeno que ha demandado especial atención por parte de las instituciones gubernamentales, de las organizaciones ciudadanas de la sociedad civil, así como de académicos e investigadores.

Combatir la corrupción no es una tarea de buena intenciones, se trata de una urdimbre de elementos, compuestos en primer lugar por instituciones públicas y acciones orientadas a la transparencia, la rendición de cuentas, la auditoría y fiscalización de los recursos públicos; en segundo término, por un conjunto de disposiciones legales, políticas públicas, mecanismos e instrumentos administrativos y jurídicos orientados a prevenir, detectar, investigar y sancionar los

actos de corrupción, y finalmente, por la existencia de una cultura individual y ciudadana fundada en la ética pública.

La complejidad que encierra la implementación de un sistema anticorrupción depende en gran medida del modelo que se adopte, pues conlleva los alcances y límites de su diseño institucional. Así, por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) clasifica los modelos anticorrupción de la manera siguiente:

Tabla 1. Modelos anticorrupción de la OCDE

Modelo	País	Características
Universal	Hong Kong	Cuenta con amplias funciones de investigación, prevención y comunicación. Administrativamente depende y reporta directamente al Poder Ejecutivo
De Investigación	Singapur	Agencia centralizada. Administrativamente depende y le reporta directamente al Poder Ejecutivo
Parlamentario	Australia	Son comisiones legislativas que investigan y reportan sus resultados a otros órganos legislativos
Multiagencias	Estados Unidos de América	Son oficinas independientes entre sí que, se vinculan estrechamente para integrar una red administrativa y judicial para el combate a la corrupción
Por especialización	Francia y Perú	Instancias orientadas a la prevención de la corrupción, sin poderes de investigación ni autoridad procesal
	España y Kenia	Instancias especializadas en la aplicación de la ley
	Hong Kong, Singapur, Indonesia, Australia y Argentina	Su primordial función es la aplicación de la ley, pero también realizan acciones orientadas a la prevención y el establecimiento de políticas públicas
	Múltiples países europeos	Son conocidos como modelos híbridos. El combate a la corrupción se encuentra

	descentralizado. No existe una agencia central
--	---

Fuente: Elaboración propia con datos del Senado de la República-Centro de Estudios Internacionales “Gilberto Bosques” (2012).

Por su parte, la Red Anticorrupción de Europa del Este y Asia Central de la OCDE, clasifica los modelos anticorrupción en tres grandes vertientes, a saber:

Tabla 2. *Tipos de agencias anticorrupción*

Modelo	País	Características
Agencias con múltiples propósitos y capacidades de aplicación de la ley (<i>multipurpose agencies with law enforcement powers</i>)	Hong Kong, Singapur, Lituania, Latvia	Son agencias de prevención y persecución de la corrupción. Brindan asistencia técnica, realizan análisis de políticas, formulan recomendaciones y desarrollan asesoría en materia de información, monitoreo, investigación y persecución de los delitos
Instituciones de aplicación de la ley (<i>law enforcement type institutions</i>)	España, Rumania, Croacia, Bélgica, Noruega, Reino Unido	Modelo implementado en las instituciones procuración de justicia (Fiscalías), mediante la creación de una figura subalterna especializada
Instituciones preventivas, de desarrollo de políticas públicas y coordinación (<i>preventive, policy development and coordination institutions</i>)	Francia, Eslovenia, Albania	Su función ésta orientada fundamentalmente a la prevención, análisis, monitoreo e investigación de la corrupción La investigación criminal corresponde a otras instancias

Fuente: elaboración propia con datos de Organisation for Economic Cooperation and Development (2008, pp. 22 y ss).

En los últimos años se ha tenido noticia de diversos casos de corrupción a nivel global, que por su *modus operandi*, van desde lo inmoral y lo ilegal, hasta lo obsceno y repugnante. El conocimiento social que se ha tenido de ellos ha sido gracias a la documentación que han realizado los medios de comunicación e información, por la denuncia ciudadana formulada a través de redes sociales y por la elaboración de detallados reportajes e investigaciones periodísticas independientes, así como por el establecimiento de parámetros internacionales de medición de la corrupción.

Entre estos últimos, destaca el elaborado por Transparencia Internacional, organización global que tiene como propósito detener la corrupción y promover la transparencia, la rendición de cuentas y la integridad en todos los niveles y en todos los sectores de la sociedad (Transparency International, 2019b), y que desde 1995 elabora y difunde el Índice de Percepción de la Corrupción, instrumento que no puede capturar la frustración individual de esta realidad, pero captura las opiniones informadas de analistas, empresarios y expertos en países de todo el mundo (Transparency International, 2019c).

En este sentido, durante los años 2016 y 2017 analizó la percepción de la corrupción en el sector público en 176 y 180 países, respectivamente. En ellos se evidencia que ninguna nación del mundo está ausente de prácticas corruptas, ya que ninguna alcanzó una puntuación de 100.

En el caso del índice 2016 reportó que el 69% de los países sometidos a escrutinio obtuvieron una puntuación inferior a 50 en escala de 0 a 100, en tanto que en el índice 2017, más de dos tercios de los países obtuvieron puntajes por debajo de 50, para un puntaje promedio de 43.

Naciones como Nueva Zelanda y Dinamarca obtuvieron en el índice 2016 los mejores resultados, al computar cada país 90 puntos, en 2017 obtuvieron 89 y 88 puntos, respectivamente.

Países como México, Honduras, Laos, Moldova, Paraguay y Sierra Leona, obtuvieron en 2016 idénticos puntajes, 30 puntos en escala de 100. En 2017, México cayó un punto, para situarse a la par de países como República Dominicana, Honduras, Kyrgyzstan, Laos, Nueva Guinea, Paraguay y Rusia.

En ambos índices, con relación a los 35 países que integran la OCDE, México ocupó la última posición; en tanto que en el correspondiente a 2017, fue el peor evaluado del G20.

Desde un enfoque de política internacional, los Estados miembros de diversas organizaciones han manifestado su preocupación y compromiso para establecer pautas para combatir las conductas ilícitas y criminales que atentan en contra de los más altos valores morales, sociales, políticos y democráticos.

Ejemplo de este tipo de documentos son la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los jefes de Estado y de gobierno de

la Unión Africana el 12 de julio de 2003, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, vigente a partir del 29 de septiembre de 2003, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), signada en Mérida, Yucatán en 2003.

Como respuesta a este tipo de señalamientos globales provenientes de la sociedad civil, así como al cumplimiento de los compromisos contraídos a través de los diversos instrumentos internacionales de los cuales México es parte, en el año 2015 se estableció el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), cuyo propósito es establecer principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Es una instancia cuya finalidad es establecer, articular y evaluar la política en la materia.

A últimas fechas se vienen gestando ideas intelectuales, académicas y judiciales que pugnan por la existencia de un nexo causal entre corrupción, impunidad y violaciones a los derechos humanos.

Entre las primeras, destaca la aportación de Jorge Castañeda Gutman, quien afirmó que, frente a las elecciones de 2018 era necesaria la elaboración de una agenda ciudadana en la que la impunidad y sus consecuencias corrupción y derechos humanos sistemáticamente violados se podrían resolver a través de la construcción y vigencia de un Estado de derecho, el cual debería paliar los atropellos cometidos por policías, soldados y marinos a los derechos humanos como ha sucedido en los casos de estudiantes desaparecidos, asesinatos de periodistas no esclarecidos, migrantes y refugiados, así como de ciudadanos de a pie. En este punto arguye sobre la contraposición fáctica entre seguridad y derechos humanos.

Por otra parte, acusa una segunda vertiente, un nexo causal entre impunidad y corrupción, consistente en la percepción y padecimiento que de la impunidad tienen los sectores tradicionales y de menores ingresos de México, ya que son víctimas o sienten sus estragos todos los días, en todas partes desde la violencia hasta el hambre, por lo que la corrupción no forma parte de su escala de prioridades.

Tras citar diversos escándalos de corrupción política nacional y estatal, apunta:

Para empezar a suprimir los vicios ancestrales a nivel estatal o municipal, lo primero es trasladar a escala local el conjunto de medidas resueltas en el nivel federal desde hace años: contralorías, testigos sociales de licitaciones, supervisión por las oposiciones y medios locales. Algo se ha hecho, aunque a juzgar por escándalos recientes en Sonora y Nuevo León, no mucho...

Aunque la corrupción local irritó a la ciudadanía desde hace varios años, no ha sido la situación en provincia la que ha desesperado a la opinión pública. El sentimiento brota del escalón federal. Después de tres presidentes y gobiernos donde a pesar de posibles abusos muy reprobables Pemexgate, Vamos México, Tradeco, García Luna parecía haber mermado la corrupción en la cumbre del Estado, la ciudadanía se ha desesperado nuevamente en el actual sexenio. Ya sea en función de los hechos, ya sea de las impresiones, es evidente que los mecanismos vigentes ni convencen ni funcionan. El Sistema Nacional Anti-Corrupción quizás sea un paso en la dirección

correcta, pero es improbable que, ante el grado de escepticismo imperante en México, ese tipo de dispositivo pueda generar confianza por sí mismo. Ni hablemos de remontar la desconfianza impulsada por excesos del pasado (Jorge Castañeda: 2016, pp. 39 y 40).

Por ello, sostiene que la impunidad constituye el gozne entre derechos humanos y corrupción (Jorge Castañeda: 2016, p. 30).

Las segundas ideas, *v. gr.* se ven reflejadas en informes como el estudio denominado *Los Derechos Humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014* (Daniel Vázquez, 2017), cuyo objetivo general fue observar empíricamente el impacto de la corrupción sobre las violaciones a derechos humanos, y específicamente sus objetivos fueron medir la corrupción en México, medir el ejercicio de derechos humanos en México, teorizar sobre la relación causal de la corrupción y los derechos humanos, pensar en futuros estudios sobre esta fuente de violaciones a derechos humanos y, en ellos, reflexionar sobre aspectos clave que debiera tener una política pública anticorrupción.

En este sentido, el informe señala que hay varias formas en que la corrupción incide en la violación de los derechos humanos, destacando las siguientes:

1) Solicitud de sobornos como condición del acceso a los derechos, ya sea el acceso a la justicia o, en general, a los servicios públicos.

2) Pago de sobornos para realizar acciones que debieran estar prohibidas y que son abiertamente violatorias a los derechos, como sería el caso de pagar un soborno a un supervisor de condiciones laborales, o a un evaluador de impacto de una obra de infraestructura.

3) Cuando los actos de corrupción tienen como consecuencia la disminución de los recursos públicos y, por ende, se tendrán menos bienes y peores servicios que abiertamente transgreden las obligaciones de protección, garantía y promoción de todos los derechos; así como las obligaciones de progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.

4) Cuando estamos frente a la captura estatal. Lo que sucede en estos casos es la distorsión de los procesos de diseño de las políticas públicas generando la privatización de lo público y, por ende, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado en materia de derechos humanos.

Por otra parte, el estudio de Luz Angela Cardona *et al.* (2018) pone en evidencia que recientemente comenzó a teorizarse acerca del posible impacto de la corrupción sobre los derechos humanos, pero no se han realizado análisis que aporten evidencia empírica de la relación entre estos dos fenómenos. De ahí surge la primera cuestión planteada en la introducción de este trabajo ¿Cuáles son las consecuencias de la corrupción sobre los derechos humanos? A mayor corrupción, menos derechos civiles, probabilidad de gozar de derechos económicos y sociales, esperanza de vida, Producto Interno Bruto per cápita y derechos electorales. Por ello concluyen que

Si bien existe mucho trabajo y evidencia empírica sobre la relación entre corrupción y economía, es mucho menos lo que se ha trabajado en torno a corrupción y derechos humanos. Sobre estos

últimos conceptos, se ha prestado mucha más atención a teorizar los posibles mecanismos causales de esa relación, que a presentar evidencia empírica que lo sostenga. También existen algunas afirmaciones sin evidencia, como que los derechos económicos y sociales son más afectados por la corrupción que los civiles y políticos (Luz Angela Cardona *et al.*, 2018, p. 605).

Finalmente, una tercera vertiente que sugiere un nexo causal entre corrupción, impunidad y violaciones a los derechos humanos, lo constituyen las sentencias emitidas por el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México al resolver los juicios de amparo 1311/2016 y 589/2018, en las que advierte acuñar un

derecho fundamental a favor de los ciudadanos de vivir en un ambiente libre de corrupción en el que todos los funcionarios públicos desempeñen su labor con honradez, honestidad, ética y transparencia, del cual se desprende la activación del Sistema Nacional Anticorrupción como garantía institucional y procesal del derecho fundamental a un ambiente libre de corrupción.

En el primero de los juicios constitucionales, se estableció la conformidad del juicio de amparo como garantía del derecho fundamental a la transparencia, honradez y rendición de cuentas en relación con el uso de recursos públicos, de conformidad con lo previsto en los artículos 6o. y 134 constitucionales; en tanto que, en el segundo, se esgrimió la inconstitucionalidad de la omisión de transparentar y justificar la idoneidad ética y profesional de los magistrados anticorrupción nombrados por parte del presidente de la República, la inconstitucionalidad del incumplimiento por parte del Senado de la República y de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión de la obligación de decidir en tiempo y forma sobre la ratificación o rechazo del nombramiento de los magistrados anticorrupción, y el congelamiento y la demora excesiva de la ratificación o rechazo del nombramiento de los magistrados anticorrupción, por cálculos políticos o por falta de acuerdos partidistas, viola los artículos 73, fracción XXIX-H, 109 y 113 de la Constitución federal que prevén el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA).

Volviendo nuestra mirada a los diferentes modelos de sistemas anticorrupción, debe decirse que el caso del SNA implementado en México corresponde a un modelo multiagencias, caracterizado por la coordinación que debe existir entre diferentes entidades administrativas (Auditoría Superior de la Federación, Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción, Secretaría de la Función Pública, Consejo de la Judicatura Federal) y judiciales (Tribunal Federal de Justicia Administrativa), así como órganos de carácter autónomo (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales) y órganos ciudadanos (Comité de Participación Ciudadana).

Por lo que hace a los tipos de agencias, el SNA mexicano se identifica con el modelo de instituciones preventivas, es decir, se encuentra orientada al desarrollo de políticas públicas y su coordinación.

No obstante que el SNA se encuentra inmerso en un lento proceso de integración y operación, debido a que su conformación aún no está cumplimentada, y que en agosto de 2018 el Comité de Participación Ciudadana (CPC) y la Secretaría Ejecutiva del SNA han convocado a una consulta pública para elaborar la Política Nacional Anticorrupción, no dejan de escucharse en diversos foros

jurídicos, políticos y académicos voces que señalan aporías respecto a su legítima integración y eficacia, así como advertir diversos errores en su diseño, conjuntamente con los sistemas estatales y municipales anticorrupción.

Ejemplo de las dudas respecto de su integración se aprecia en el Juicio de Amparo 1072/2017 del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, que los integrantes del CPC del SNA interpusieron en contra de diversas legislaturas estatales, por considerar que en determinados casos incurrieron en los siguientes actos:

- Omisión de expedir las leyes y de llevar a cabo las adecuaciones normativas para establecer los sistemas locales anticorrupción (SLA), conforme al mandato impuesto en la Constitución federal y en la Ley General del SNA.
- Omisión de regular en forma correcta sus respectivos SLA, en términos del artículo 113 de la Constitución federal y de la Ley General del SNA.
- Omisión de regular en forma correcta la implementación de los SLA en relación con el Sistema Nacional de Fiscalización (SNF).
- Omisión de regular la correcta implementación de la Plataforma Digital Nacional en sus respectivos SLA.
- Omisión de efectuar las adecuaciones presupuestarias en su legislación interna correspondiente al ejercicio fiscal de 2017, en aras de lograr la coordinación efectiva de sus SLA con el SNA.

Grosso modo, este juicio de constitucionalidad tuvo como propósito evidenciar las irregularidades existentes en sus estados, incluyendo aspectos particulares de los nombramientos de funcionarios públicos ejemplos: fiscalía general, fiscal anticorrupción, órganos internos de control, magistrados anticorrupción, etcétera , así como de la integración de los comités coordinadores, comisiones de selección y CPC locales.

En cuanto a las voces políticas, vale apuntar que, ante el advenimiento de la tercera transición político-democrática que México ha experimentado en los primeros 18 años del siglo XXI, las expectativas sociales en torno al combate a la corrupción y la impunidad se han acrecentado a partir de la perspectiva del presidente Andrés Manuel López Obrador, quien antes de protestar el cargo, señaló que deberían tipificarse como delito grave el robo de gasolinas y de energéticos... la emisión o tráfico de facturas apócrifas o falsas... el fraude electoral en cualquiera de sus modalidades; compra de voto, utilización del presupuesto para favorecer a partidos y candidatos, falsificación de boletas, de actas electorales, todo eso y más... (Héctor Molina, 2018).

Estas circunstancias develan la necesidad de responder las siguientes preguntas planteadas en la introducción de este trabajo: ¿el combate a la corrupción demanda de engranajes constitucionales y legales adicionales, a partir de los cuales debería articularse el Sistema Nacional Anticorrupción? ¿Es factible la constitucionalización del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, para que las políticas públicas en la materia se encuentren debidamente articuladas? ¿La existencia de un derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción garantizaría la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos?

V. EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La exigibilidad de los derechos humanos es una noción que se integra a partir de dos conceptos opuestos, pero que, al relacionarlos entre sí, forman dos dimensiones que en la práctica resultan indisolubles. En la primera se encuentra la justiciabilidad, y en la segunda, la exigibilidad política.

De acuerdo con Silvina Alegre *et al.* (2014, p. 2), la justiciabilidad o posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado se sustenta en un sistema legal que comprende instancias judiciales y administrativas. La exigibilidad política o posibilidad de instalar demandas a través de la acción colectiva, se cimenta en esa institucionalidad para transformarla, otorgándole una nueva legitimidad. Esta dinámica requiere como trasfondo la vigencia de un Estado constitucional de derecho y resulta fortalecida cuando éste se define además como social.

Si bien estos dos conceptos son opuestos, interactúan dialécticamente. En el caso de la corrupción, el Estado precisa contar con capacidades suficientes para producir bienes colectivos, así como para evitar su captura a través de las diversas facetas en que la corrupción se despliega, ya sea esta de bajo nivel o de baja intensidad, sistemática o por el deficiente ejercicio de la autoridad.

En otras palabras, se trata de la vigencia del Estado de derecho a través del derecho al buen gobierno, el que se expresa por la garantía de que las instituciones funcionen en los términos de eficacia y eficiencia que el orden constitucional democrático dispone (Diego Valadés, 2005, p. 168).

En este sentido, es preciso encontrar respuestas para lograr la justiciabilidad de los derechos humanos en el contexto del combate a la corrupción, pues ese mal añejo no se acaba por decreto o por la asunción político-electoral del poder público, pero sí, en gran medida, se puede procurar acabarla, combatiendo las causas que le originan. Sobradamente ha quedado evidenciado, la corrupción es un fenómeno que se controla, no se erradica, aunque este verbo debería ser el ideal en una sociedad que además de ser democrática, debería ser ética.

Infinidad de ocasiones los mexicanos hemos escuchado declaraciones de corte político que señalan que la presente administración federal la que se encuentre en turno combatirá frontalmente las causas y efectos de la corrupción.

Ahora bien, de forma enunciativa se puede señalar, que entre los actos generadores de la corrupción se encuentran el soborno, el desvío de recursos públicos, el abuso de funciones públicas, la colusión, la conspiración, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, la obstrucción de la justicia, el uso ilegal de información falsa o confidencial, el conflicto de interés y el nepotismo; pero fundamentalmente las lacerantes e históricas desigualdades sociales, económicas y políticas.

Por cuanto hace a sus efectos, la corrupción en México tiene un alto costo económico.

Tabla 3. *Costo de la corrupción en México*

Organización	Costo de la corrupción
Organización de los Estados Americanos	10% del Producto Interno Bruto nacional (PIB)
Centro de Estudios Económicos del Sector Privado	1.5 billones de pesos, equivalente a 10% del PIB
<i>México ¿Cómo Vamos?</i>	341,000 millones de pesos al año, aproximadamente el 2% del PIB

Fuente: elaboración propia, con datos de María Amparo Casar (2016, p. 59).

Ahora bien, conforme al índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional elaborado por Transparency International (2019c) en 2018 nuestro país ocupó la posición 138 entre 180 países.

Desde hace más de tres décadas y media, desafortunadamente hemos observado cómo la corrupción se ha convertido en uno de los principales problemas que enfrenta nuestro país y atestiguado cómo se ha extendido. Ello quedó revelado a través de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2017), en la que se evidenció que los mexicanos percibimos a la corrupción como el segundo problema que nos aqueja, ligeramente por debajo de la inseguridad y la delincuencia.

Ahora bien, para el actual gobierno de la República, la corrupción se ha constituido en la forma más extrema de la privatización al transferir bienes y recursos públicos a manos de particulares. Por ello, su combate constituye una de sus principales preocupaciones, por lo que se ha propuesto como uno de sus objetivos principales erradicarla, con el fin de asegurar que ningún servidor público pueda beneficiarse del cargo que ostente (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2019).

En este sentido, el pasado 30 de agosto de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Programa Nacional de Combate a la Corrupción y a la Impunidad, y de Mejora de la Gestión Pública 2019-2024 (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2019). Este instrumento tiene como propósito desarrollar el eje general del Plan Nacional de Desarrollo denominado Política y Gobierno, en el que se incluye un apartado relativo a erradicar la corrupción, el despandio y la frivolidad, en el documento se menciona que la corrupción es la forma más extrema de la privatización, es decir, la transferencia de bienes y recursos públicos a particulares, las cuales dañan severamente la capacidad de las instituciones para desempeñar sus tareas legales, atender las necesidades de la población, garantizar los derechos de los ciudadanos y para incidir en forma positiva en el desarrollo del país.

En este sentido, el programa establece como objetivos prioritarios combatir frontalmente las causas y efectos de la corrupción, combatir los niveles de impunidad administrativa en el gobierno federal, promover la eficiencia y eficacia de la gestión pública, promover la profesionalización y la gestión eficiente de los recursos humanos de la administración pública federal, y promover el uso eficiente y responsable de los bienes del Estado mexicano.

En su conjunto estos objetivos implican impedir el desvío de recursos públicos; evitar la concesión de beneficios a terceros a cambio de gratificaciones; eliminar la extorsión; oponerse al tráfico de influencias; frenar la exención de obligaciones y de trámites, así como el aprovechamiento del cargo o función para lograr cualquier beneficio personal o de grupo.

Es evidente que el problema de la corrupción nos afecta y nos agravia a todos por igual, no forma parte de nuestro ADN, ni forma parte de las tradiciones nacionales, sería ideal erradicarla, pero los principales expertos coinciden en que es un fenómeno que se puede controlar.

Por ello, la formulación de políticas anticorrupción, aunadas a la voluntad de la sociedad civil organizada y la asunción de las responsabilidades que corresponden a cada uno de los niveles de gobierno, deberán ser en el corto plazo una realidad tangible, que en los hechos, contribuyan decisivamente no solo en el combate a la corrupción y la impunidad, sino también fortalezcan el Estado de derecho y la economía, y a la vez, reposicionen a nuestro país en el contexto de las modernas democracias.

Para concluir este apartado, es preciso pasar revista a las actividades que en los últimos tiempos se han venido realizando en torno a la exigibilidad política y justiciabilidad de los derechos humanos en el contexto del combate a la corrupción en el Estado mexicano, pero también develar críticamente en qué situación nos encontramos.

Desde el punto de vista político, el *modus operandi* ha consistido en el señalamiento y exposición pública de exservidores públicos que presuntamente son corruptos, así como la filtración mediática de posibles actos de corrupción, que en su conjunto pueden constituir violaciones al debido proceso. Sobre esto último, es indispensable señalar que, en reiteradas ocasiones, el presidente Andrés Manuel López Obrador ha expresado su desconfianza respecto a los esfuerzos gubernamentales e institucionales orientados a combatir la corrupción, cuyos albores se atisban en la renovación moral de la sociedad nacional emprendida en 1982.

Ineficiencia del modelo económico neoliberal, pérdida del poder adquisitivo de los mexicanos, migración, salud; privatización, concesiones, transferencia de empresas y bienes públicos a manos de particulares, así como la corrupción neoliberal rampante, son algunos de los graves problemas nacionales que enlistó en su discurso de toma de posesión efectuada el 10. de diciembre de 2018, en el cual señaló que durante su gobierno se acabará con la corrupción y la impunidad, y se abrazarán, sin retórica o fines de propaganda, la honestidad y la fraternidad como forma de vida y de gobierno.

Evidente es que tal postura ya no obedece a una retórica anticorrupción mediante la introducción de una serie de reformas legales orientadas a su fortalecimiento y la creación de estructuras burocráticas, sino a una deconstrucción⁷ que cuestiona el *statu quo* en los órdenes político, social y económico, que señala y pone en evidencia los yerros en que, desde su perspectiva, han incurrido las instituciones creadas con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la información pública, particularmente cuando han tomado decisiones que privilegian la reserva de información en aquellos casos en los cuales ese derecho colisiona con el derecho a la autodeterminación informativa o la secrecía que rige a las investigaciones ministeriales y a los procesos jurisdiccionales.

En el fondo, el resquemor hacia esas instituciones obedece a que el lopezobradorismo pondera que sus magros resultados les exhiben como simuladoras y encubridoras, calificando a los altos funcionarios y exfuncionarios como opositores al *nouveau régime*, por servir de bisagra para alentar la corrupción y favorecer la impunidad del pasado.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, es relevante señalar que en México se han emprendido diversas acciones orientadas al fortalecimiento de las relaciones entre ciudadanos y la administración pública, así como otras dirigidas al fortalecimiento de la política de combate a la corrupción.

En cuanto a las acciones de fortalecimiento destaca lo previsto en los artículos 70. y 60 de la Constitución Política de la Ciudad de México, en los que se inscriben, el derecho a la buena administración pública y la garantía del debido ejercicio y la probidad en la función pública, respectivamente. Al respecto, conforme al principio de progresividad de los derechos humanos y el método de interpretación sistemática, tales disposiciones constituyen un paradigma que trasciende la emblemática idea que sobre seguridad jurídica *in genere* apuntó el egregio jurisconsulto Ignacio Burgoa, misma que, en su opinión, se manifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades (1993, p. 504). En esta tesitura, el reconocimiento del derecho a la buena administración pública y su garantía, tal como lo hace la Constitución Política de la Ciudad de México, implica en un primer momento, por una parte, que el ciudadano tenga derecho a que tal administración sea sensible, activa, proactiva y comprometida en la prestación de los servicios públicos, y por otra, que el ciudadano pueda expresar libremente, a través de diferentes foros y vías de comunicación pública sus inconformidades, las cuales deberán, independientemente de su procedencia o no, ser atendidas, canalizadas y resueltas.

En suma, el reconocimiento de tal derecho y su garantía, implican que el ciudadano de Ciudad de México obtenga los servicios públicos que demande en condiciones de regularidad, es decir, sin interrupciones y con calidad, a la vez, le faculta para exigir que los servidores públicos ejerzan sus funciones con profesionalismo, honestidad y transparencia. Así mismo, ese derecho y su garantía implican que el gobierno de Ciudad de México no derroche los recursos públicos en gastos superfluos, en extravagancias, o sean destinados a ocurrencias de ocasión, pues a través de

instrumentos de participación ciudadana, como es el presupuesto participativo (Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México [LPCCDMX], 12/08/2019, art. 116), pueden ejercer su derecho a decidir sobre su aplicación en proyectos de obras y servicios orientados a la adquisición de equipamiento, la ampliación o creación de infraestructura urbana, así como para la mejora de sus unidades territoriales.

Por cuanto hace a las acciones dirigidas al fortalecimiento de la política de combate a la corrupción, entre otras destacan las reformas constitucionales en materia de prisión preventiva oficiosa, en los casos de corrupción, tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 12/04/2019, art. 19) y la que estableció la procedencia de la acción de extinción de dominio sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos (CPEUM, 14/03/2019, arts. 22 y 73).

Otras acciones legislativas emprendidas son las tendentes a desincentivar la emisión de comprobantes fiscales apócrifos (facturas apócrifas) y la realización de actos ilícitos en contra del fisco federal (operación de “empresas fantasma”), mediante la adición y derogación de diversas disposiciones de carácter penal y fiscal (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, 08/11/2019, art. 2; Ley de Seguridad Nacional, 08/11/2019, art. 5; Código Nacional de Procedimientos Penales, 08/11/2019, art. 167; Código Fiscal de la Federación, 08/11/2019, art. 113 Bis; Código Penal Federal, 08/11/2019, art. 11 Bis).

Igualmente, destaca la aprobación de disposiciones que en el ámbito de la administración pública federal se caracteriza por regular y normar las medidas de austeridad que debe observar el ejercicio del gasto público federal y coadyuvar a que los recursos económicos de que se dispongan se administren con eficacia, eficiencia, economía, transparencia y honradez (Ley Federal de Austeridad Republicana, 19/11/2019, art. 1). En este sentido, dicha ley tiene por objetivo establecer la austeridad republicana como valor fundamental y principio orientador del servicio público mexicano, así como fijar las bases para la aplicación de dicha política pública y los mecanismos para su ejercicio.

De forma concatenada, en el mismo nivel de gobierno, se efectuó el cambio de denominación del otrora Servicio de Administración y Enajenación de Bienes por Instituto de Administración de Bienes y Activos (Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público [Ley Federal], 09/08/2019, art. 1), el cual posteriormente adquirió la actual denominación de Instituto para Devolver al Pueblo lo Robado (Ley Federal, 22/01/2020, art. 1), ello con el propósito de atender los postulados y cambios que impulsa el denominado gobierno de la cuarta transformación.

Ante lo anterior, consideramos que para hacer justiciables los derechos humanos en el contexto del combate a la corrupción, se precisa el establecimiento de un derecho fundamental al desarrollo social ausente de corrupción, puesto que las acciones legislativas y de política pública se

encuentran orientadas a la criminalización de la corrupción, esto es, se sitúan en oposición a la necesaria justiciabilidad de los derechos humanos en el contexto de un Estado constitucional, ya que no se ha previsto su restitución con motivo del despliegue de actos o la concreción de hechos de corrupción por parte de servidores públicos que en ejercicio de sus funciones, facultades y atribuciones vulneran o restringen el goce de los derechos humanos.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN. EL MODELO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DESARROLLO SOCIAL LIBRE DE CORRUPCIÓN

Partiendo de la premisa de que los derechos humanos solamente pueden florecer al amparo de un régimen de Estado democrático y en un Estado constitucional caracterizado por la existencia de instituciones políticas democráticas y la limitación del poder mediante un sistema de justicia constitucional, consideramos que el derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, es una construcción epistemológica que deriva del nexo causal entre los derechos humanos y el derecho de acceso a la información pública, que pretende superar la representación gráfica de Robert Klitgaard (1988, p. 4) (1994, p. 85), a través de la cual estableció que la corrupción se representa con la siguiente fórmula: $C = M + D - R$. La corrupción es igual a monopolio más discrecionalidad menos rendición de cuentas.

En el caso del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, como construcción epistemológica, es el nexo causal de dos extremos. En el primero de ellos se encuentran las funciones del Estado para que los individuos se desarrollen plenamente en los aspectos personales (vida e integridad física y psíquica de la persona, la libertad y la seguridad) y políticos (derechos de los ciudadanos a participar en la vida pública); a que cuenten con un adecuado nivel de vida (derechos económicos, sociales y culturales); así como a gozar de los derechos difusos o supraindividuales, derechos de los pueblos, solidarios o colectivos de la humanidad (a la paz, a un medio ambiente sano, al desarrollo); las cuales se encuentran concatenadas a la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y el consecuente deber del Estado para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En el otro extremo se encuentran el derecho de acceso a la información pública (transparencia), la rendición de cuentas y la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos; además de las responsabilidades de los servidores públicos.

En un esquema aritmético, la adición entre esos extremos se representa de la siguiente forma:

Funciones del Estado + obligaciones de las autoridades + deberes del Estado + derecho de acceso a la información pública (transparencia) + rendición de cuentas + combate a la corrupción +

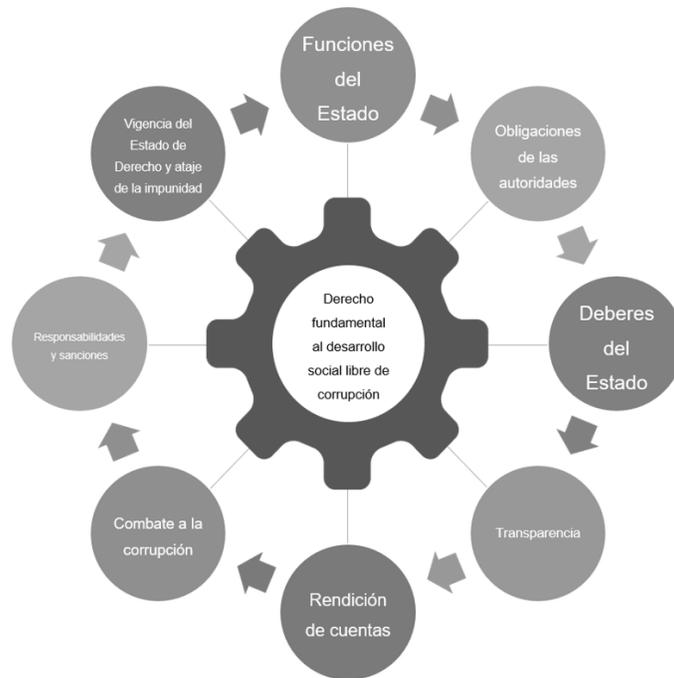
responsabilidades de los servidores públicos + vigencia del Estado de derecho y ataje de la impunidad = derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción.

A partir del anterior esquema, se observa que a las funciones del Estado se integran una serie de obligaciones y deberes, así como una serie de cargas que permiten a los individuos escrutar todo aquello que los servidores públicos realizan en el ejercicio de sus funciones.

Sería exiguo contentarnos con un simple esquema aritmético como el anterior para sugerir la existencia del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción. Por ello, apoyándonos en la teoría general de sistemas, nos atrevemos a expresar un esquema que permita comprender que el derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción, se integra por un conjunto de reglas y principios constitucionales, que, enlazados y relacionados entre sí, dan por resultado un elemento cualitativamente complejo y diverso.

Dibujo 1.

Ciclo de configuración del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción

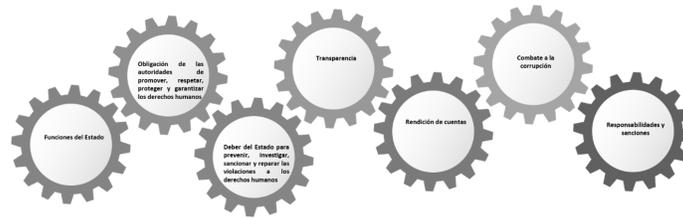


Fuente: elaboración propia.

A partir de lo anterior, el derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción se constituye por dos ciclos de ejecución. El primero de ellos resulta de la interacción de las funciones del Estado, sus deberes y las obligaciones de las autoridades en materia de derechos humanos.

Dibujo 2.

Ciclo de ejecución del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción

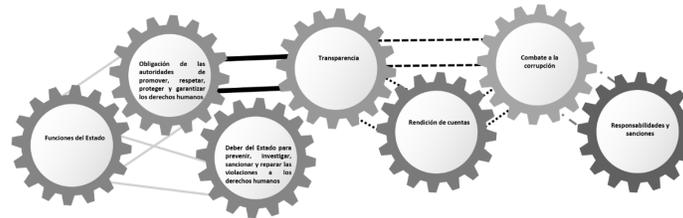


Fuente: elaboración propia.

En tanto que el segundo ciclo se encuentra determinado por las interacciones entre el derecho de acceso a la información pública, la rendición de cuentas, el combate a la corrupción y las responsabilidades de los servidores públicos, es decir, por las instituciones, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en los Estados Unidos Mexicanos sobre el desarrollo social y la corrupción.

Dibujo 3.

Ciclo de ejecución del derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción



Fuente: elaboración propia.

Es preciso advertir que los anteriores ciclos únicamente tienen cobijo en el marco del Estado constitucional, caracterizado por la existencia de controles del poder, en donde las nociones derechos humanos, transparencia y rendición de cuentas son *conditio sine qua non* para su desarrollo, para coadyuvar a la vigencia, justiciabilidad y exigibilidad de los derechos humanos, así como al fortalecimiento de la gobernabilidad democrática.

Por último, vale decir que, en tanto construcción epistemológica, el derecho fundamental al desarrollo social libre de corrupción es factible, sin embargo, desde una perspectiva fáctica, exige se emprendan reformas a los sistemas de transparencia y acceso a la información pública, a los de fiscalización y control de recursos públicos y, desde luego, a los de combate a la corrupción y de responsabilidades de los servidores públicos, en las que se vaya más allá de la supresión o la integración de la estructura burocrática de órganos constitucionales autónomos o entidades de coordinación *sui generis* en dependencias de la administración pública, particularmente en el nivel de gobierno federal; además, requiere rediseñar el modelo de participación ciudadana con el propósito de que su presencia no se diluya y sea capturada en aquellas instancias de coordinación orientadas al combate a la corrupción, en donde la representación gubernamental apabulla a los representantes ciudadanos en la toma de decisiones. En términos de la técnica del diseño institucional de Lowndes y Wilson (2003), se requiere recobrar y asegurar los valores sobre los

cuales surgió la lucha contra la corrupción en México, es decir, contar con un sistema ciudadano que se encuentre alejado de los intereses partidarios y de quienes ejercen el poder público.

Igualmente, es necesario se impongan límites a los requisitos de elegibilidad de los integrantes de los sistemas anticorrupción y de los órganos garantes del acceso a la información, tanto a nivel nacional como estatal, ya que el marco jurídico vigente es laxo para impedir que los integrantes de los primeros y los servidores públicos que se desempeñan con facultades de decisión en los segundos, puedan transitar entre ellos indistintamente, haciéndose visibles con sus designaciones las filtraciones de tipo partidista y los intereses del poder público, lo que en lógica consecuencia, hace nugatoria la posibilidad de que dichos sistemas se retroalimenten con la visión de la academia experta en las materias y de la sociedad civil organizada para la canalización eficaz de sus demandas.

Aunado a ello, es necesario se refuerce la política gubernamental de eliminación de lazos indebidos entre el mundo empresarial y la política, mediante el fortalecimiento de las acciones de *compliance* empresarial y la recuperación de activos producto de la corrupción; se supriman los ámbitos discrecionales en materia de adquisición, arrendamiento, contratación de obras y servicios públicos, mediante la limitación de la figura de adjudicación directa a casos de emergencia o catástrofe que pongan en riesgo al interés público; así mismo, con el fin de fortalecer la integridad política, sea obligatoria la presentación y difusión pública de la información relativa al patrimonio e intereses de quienes aspiran a ejercer un cargo de elección popular, a la vez que se suprima el financiamiento privado de los procesos electorales. Pero, sobre todo, es indispensable que las temáticas relativas a derechos humanos, combate a la corrupción, transparencia, fiscalización, rendición de cuentas y participación ciudadana, sean ejes transversales en la formación ética de todas las personas y de los estudiantes en todos los niveles educativos.

VII. REFERENCIAS

- Alegre, Silvina, Hernández, Ximena y Roger, Camille (2014). *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales: el caso de los Derechos del Niño*, Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina (SIPI).
- Alvarado, José Tomás. ¿Derecho a la felicidad?. *Dikaion*, 25, 2 (2016), 243-265. DOI: 10.5294/dika.2016.25.2.5.
- Ayala Aragón, Oscar Ranulfo (2013). La deconstrucción como movimiento de transformación. *Ciencia, Docencia y Tecnología*, XXIV(47), 79-93.
- Calvento, Mariana (2006). Fundamentos teóricos del neoliberalismo: su vinculación con las temáticas sociales y sus efectos en América Latina. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 13(41), 41-59.
- Burgoa, Ignacio (1993). *Las garantías individuales* (25a. ed.). Porrúa.
- Cardona Acuña, Luz Ángela, Ortiz Ríos, Horacio, y Vázquez Valencia, Luis Daniel (2018). Corrupción y derechos humanos: de la intuición a la convicción. *Revista Mexicana de Sociología* 80, núm. 3 (julio-septiembre), 577-610.

Casar, María Amparo (2016). *México: Anatomía de la corrupción*, Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad.

Castañeda G., Jorge. (2016). *Sólo así: por una agenda ciudadana independiente*, Debate.

Castellanos, Rosario *et. al.* (1970). *La corrupción*, Segunda edición, Editorial Nuestro Tiempo.

Código Fiscal de la Federación, 2019.

Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019.

Código Penal Federal, 2019.

Concha Malo, Miguel (1994). Los derechos humanos como preconización de la democracia, el desarrollo y la paz. *Justicia y Paz*, abril/junio.

Constitution of the Republic of Korea (1987).

Constitución Política de la Ciudad de México (2017).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019).

Contreras Nieto, Miguel Ángel (2000). *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

Declaración sobre el derecho al desarrollo, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx>.

Díaz Müller, Luis T. (2004). *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, Universidad Nacional Autónoma de México.

Holmes, Leslie. (2019). *¿Qué es la corrupción?*. (Stella Mastrangelo, trad.), Grano de Sal.

Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_Lecture_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2017). *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental*, <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/>.

Klitgaard, Robert (1998). La cooperación internacional contra la corrupción, *Finance & Development*, March 1998.

Klitgaard, Robert (1994). *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*. (Emilio M. Sierra Ochoa, trad.) Editorial Sudamericana.

Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México (2019).

Ley de Seguridad Nacional (2019).

Ley Federal de Austeridad Republicana (2019).

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (2019).

- Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público (2019-2020).
- Lowndes, Vivien & Wilson, David. (2003). Balancing revisability and robustness? A new institutionalist perspective on local government modernization. *Public Administration*. 81. 275-298. 10.1111/1467-9299.00346.
- Malem Seña, Jorge F. (2000). *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Gedisa.
- Medialdea García, Bibiana y Sanabria Martín, Antonio (2013). La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización. *Revista de Economía Mundial*, (33), 195-227.
- Midgley, James. (1995). *Social Development. The Developmental Perspective in Social Welfare*. SAGE Publications.
- Molina, Héctor (2018, agosto 18). Explica AMLO catálogo de delitos graves y plan vs la corrupción. *El Economista*.
- Molina Piñero, Luis J. (1998). Evolución jurídica del derecho al desarrollo como derecho humano, *ARS IURIS*, 19.
- Morris, Stephen D. (2000). *Corrupción y política en el México contemporáneo*, Siglo XXI editores.
- Navarrete M, Tarcisio, et. al. (1994). *Los derechos humanos al alcance de todos* (2a. ed.), Diana.
- O’Sullivan, John L. (1839). The great nation of futury. En Swackhamer, C., Making of America Project. (184159). *The United States democratic review*. Langtree and O’Sullivan, 1837-40.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (2008). *Specialised Anti-Corruption Institutions: Review of Models*.
- Rose-Ackerman, Susan (2001). *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias*. Siglo XXI de España.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público (2019). Programa Nacional de Combate a la Corrupción y a la Impunidad, y de Mejora de la Gestión Pública 2019-2024, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5570984&fecha=30/08/2019
- Senado de la República-Centro de Estudios Internacionales “Gilberto Bosques” (2012). *Las agencias anticorrupción en el derecho comparado*, https://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Corrupcion/Agencias_Anticorrupcion.pdf
- The Unanimous Declaration of the thirteen United States of America (1776).
- Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S
- Transparency International (2019a). *What is corruption?*. <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>
- Transparency International (2019b). *Mission, Vision and Values*, https://www.transparency.org/whoweare/organisation/mission_vision_and_values/0
- Transparency International (2019c). *Corruption Perceptions Index*. <https://www.transparency.org/research/cpi/overview>
- Valadés, Diego (2005). *El control del poder*, Ediar-UNAM.

Virginia Declaration of Rights (1776).

Notas

* Recibido el 6 de septiembre de 2021; aceptado el 26 de octubre de 2021.

** ORCID: [0000-0002-5745-6880](https://orcid.org/0000-0002-5745-6880). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM). Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UAEM. Perfil PRODEP-SEP. Correo electrónico: hrpl@hotmail.com

*** ORCID: [0000-0003-2381-232X](https://orcid.org/0000-0003-2381-232X). Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UAEM. Investigador Nacional Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT). Correo electrónico: vercingtx@hotmail.com

**** ORCID: [0000-0002-2121-9445](https://orcid.org/0000-0002-2121-9445). Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Profesora-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UAEM. Investigadora Nacional Nivel I en el Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT. Correo electrónico: licale_23@hotmail.com

1 La relación entre destino manifiesto y derecho a la felicidad se encuentra influenciada por el pensamiento de John L. O'Sullivan (1839).

2 Adoptada el 4 de diciembre de 1986 por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución 41/128.

3 Desde el año 1990, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo elabora el *Informe sobre Desarrollo Humano*, el cual se caracteriza por ser una herramienta que mide el desarrollo nacional de los países más allá del ingreso per cápita, pues evalúa también los avances en materia de salud y educación, a través del Índice de Desarrollo Humano (IDH). Actualmente, el programa cuenta con otros índices que permiten medir: la pobreza multidimensional (IPM), el desarrollo humano ajustado por la desigualdad (IDH-D), la desigualdad de género y, la igualdad de género.

4 Adoptado el 4 de agosto de 1987 por la Asamblea General de Naciones Unidas a través de su resolución A/42/427.

5 Aprobada el 21 de octubre de 2015 por la Asamblea General de Naciones Unidas a través de su resolución A/RES/70/1.

6 Aprobada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, del 13 al 14 de junio de 1992.

7 Sostiene Oscar Ranulfo Ayala (2013, p. 82), que la deconstrucción como corriente de pensamiento establece una transgresión de la institucionalidad del logos y, por ende, de todas aquellas formas institucionales derivadas del mismo, estableciendo paralelamente un mecanismo creativo que permite visibilizar lo invisible, percibir lo aparentemente oculto, poner de manifiesto el significado releyendo y retomando valores semánticos y semióticos escondidos de los significantes, para la “aparición” de un nuevo significado.

EL DERECHO AL TRABAJO COMO LÍMITE FRENTE AL DESPIDO SIN CAUSA EN ARGENTINA*

THE RIGHT TO WORK AS A LIMIT AGAINST DISSIMINAL WITHOUT CAUSE IN ARGENTINA

María Florencia SUÁREZ**

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17076](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17076)

Resumen:

Comprender el significado, contenido y alcance con que el derecho al trabajo es reconocido legalmente a nivel internacional. Analizar su evolución en nuestro país hasta lograr su inclusión constitucional definitiva en 1994 y explorar las posibilidades del derecho al trabajo para actuar como límite protector frente al despido arbitrario. Iniciamos el desarrollo de este artículo relevando los principales instrumentos que refieren al derecho al trabajo en forma directa o indirecta. Luego describimos su proceso de recepción constitucional. Por último, a partir de preguntar si es posible un derecho al trabajo sin estabilidad, si su recepción constitucional es suficiente para tal fin y cuál sería la mejor forma de garantizar el derecho al trabajo apelamos al derecho comparado y a la teoría garantista de Ferrajoli (2001) en un ineludible test de compatibilidad entre un sistema de estabilidad relativa impropia¹ como el nuestro y las posibilidades concretas de garantizar su respeto. Una revisión general de los instrumentos internacionales nos

Abstract:

Understand the meaning, content, and scope with which the right to work is legally recognized at the international level. Analyze its evolution in our country until its definitive constitutional inclusion in 1994 and explore the possibilities of the Right to Work to act as a protective limit against arbitrary dismissal. We begin the development of this article by highlighting the main instruments that refer to the right to work, either directly or indirectly. Then we describe its constitutional reception process. Finally, starting with the question whether a right to work without stability is possible, if its constitutional is enough for this purpose and what would be the best way to guarantee the right to work, we appeal to comparative law and to Ferrajoli's guarantee theory (2001), in an inescapable compatibility test between an improper relative stability system like ours and the concrete possibilities of guaranteeing its respect. A first general review of international instruments allowed us to have a comprehensive notion of the

permitió tener una noción integral del sistema de derecho internacional y del marco protector del trabajo en el mundo. También descubrimos que su recepción constitucional no estuvo exenta de contradicciones ni retrocesos y que se edificó en diversas etapas representadas por distintos momentos históricos, modelos de Estado y reformas constitucionales produciendo importantes consecuencias.

Finalmente, concluimos en que un sistema de estabilidad relativa impropia como el nuestro resulta incompatible con la posibilidad de garantizar el respeto del derecho al trabajo.

Palabras Clave:

derecho al trabajo, Constitución nacional, despido sin causa, protección, límite.

international law system and more particularly, of the protective framework of labor in the world. We also discovered that its constitutional reception was not without contradictions or setbacks and that it was built in various stages represented by different historical moments, state models and constitutional reforms, each one impregnated with its own ideology and that this produced important consequences.

Finally, we conclude that the system of improper relative stability like ours is incompatible with the possibility of guaranteeing respect for the right to work.

Keywords:

Right to Work, National Constitution, Dismissal without cause, protection, limit.

SUMARIO: I. *Marco normativo internacional del trabajo.* II. *El proceso de recepción constitucional del derecho al trabajo en Argentina y sus repercusiones.* III. *El derecho al trabajo como límite frente al despido sin causa.* IV. *Reflexiones finales.* V. *Referencias.*

I. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el ámbito del sistema universal de carácter general en materia de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² (PIDESC) (1966) es el instrumento que trata con mayor profundidad el derecho en cuestión. En su artículo 6o. proclama el derecho al trabajo en un sentido general brindando una definición y descripción de su contenido en su primer párrafo. Al tiempo que en el segundo de ellos establece medidas a llevar a cabo por los Estados parte para lograr la plena efectividad de este derecho.

De esta manera, continúa desarrollando explícitamente su dimensión individual a través del reconocimiento del “derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. Mientras que su dimensión colectiva es abordada en el artículo 8o. que estipula “el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al que sea de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente”.

El PIDESC debe ser interpretado necesariamente a la luz de la Observación General núm. 18³ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual fue emitida en 1966 con la

intención de ayudar a los Estados parte a aplicarlo y cumplir con sus obligaciones en materia de elaboración de informes. La Observación explica que “el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”.⁴

Ello incluye

El derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo. Además implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo.⁵

Este es un derecho individual que pertenece a cada persona y es a la vez un derecho colectivo. “Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo”.⁶ Podríamos decir que en realidad la obligación del Estado tiene que ver más bien con desarrollar una política de empleo y ocupación plena y productiva de todas las personas que desean trabajar.

Pero ¿a qué tipo de trabajo se refiere el derecho al trabajo? La Observación General núm. 18⁷ señala que debe ser un trabajo digno, entendiendo por aquel al que “se realiza en condiciones propicias que aseguren al trabajador el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y que garanticen condiciones de seguridad y remuneración a través de una renta que les permita vivir”.⁸

Una vez precisado el contenido y alcance individual y colectivo del derecho al trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció ciertos criterios de clasificación de las obligaciones en cabeza del Estado para velar por la realización efectiva y progresiva del mismo, estableciendo distintos tipos de ellas.

Por otro lado, dentro del sistema regional americano en materia de derechos humanos se encuentra el Protocolo Adicional a esta Convención, también conocido como Protocolo de San Salvador (1998).⁹ Este reconoce en su artículo 6o.: “El derecho de todas las personas al trabajo y a que se garantice su ejercicio en condiciones justas y equitativas y satisfactorias”.¹⁰ Enfatiza, además, en “la obligación de los Estados de adoptar medidas que garanticen la plena efectividad del derecho”,¹¹ en especial frente a determinados grupos de personas como mujeres, menores, entre otros.

Pero, tal vez, lo más relevante del Protocolo Adicional en relación con nuestro objeto de análisis es que consagra el principio de estabilidad y admite expresamente la readmisión en el puesto como forma de reparar la violación del derecho al trabajo. En su artículo 7.d dispone expresamente que:

...Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...

El presente se encuentra vigente en nuestro país.

Luego, en la órbita de la Organización Internacional del Trabajo en 1998 se adoptó la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo¹² con el fin de responder a la necesidad de determinar algunas normas mínimas que los países miembros pudieran exigir su cumplimiento sin necesidad de una ratificación. Su importancia radica en el hecho de que su reconocimiento basta por el solo hecho de ser miembro de la Organización Internacional del Trabajo y haber adherido a su Constitución.

Asimismo, la Declaración compromete a los Estados miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías: “La libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorios, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.¹³

Al final se encuentra el Convenio núm. 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (1985) el cual aún se encuentra pendiente de ratificación por parte de nuestro país. Este tiene su origen en la Recomendación núm. 119 que sobre la misma materia adoptó la Conferencia General de la OIT en 1963.

Recomendación que, por lo que respecta a los despidos individuales, se limita a indicar la conveniencia de que los mismos se apoyen en una causa justificada que evite su arbitrariedad subrayando al propio tiempo determinadas circunstancias o situaciones en las que nunca debiera poder fundarse el acto extintivo de la relación laboral (fundamentalmente razones sindicales o discriminatorias). Por lo demás, dicha Recomendación expresa el deseo de la Conferencia de que se reconozca a los trabajadores el derecho a recurrir contra el despido. (Galiana Moreno, 1986, p. 105)

El valor de este instrumento radica en que sus disposiciones revelan la necesidad de crear garantías frente a la extinción unilateral del contrato de trabajo con un alcance universal.¹⁴ De esta manera exige la observancia de determinados requisitos formales que impidan la indefensión del trabajador frente al acto de despido,¹⁵ así como la necesidad de ofrecer causa relacionada con la conducta del trabajador¹⁶ y la exigencia de establecer un recurso contra la terminación, es decir la posibilidad del trabajador de recurrir ante cualquier organismo neutral¹⁷ que deberá “estar facultado a examinar las causas invocadas y justificar la terminación y todas las demás circunstancias del caso para pronunciarse sobre si la terminación está justificada o no”.¹⁸

Si este llegase a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran

posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.¹⁹

Por último, no podemos pasar por alto que la readmisión del trabajador mal despedido es el mecanismo elegido por este convenio para reaccionar en principio frente al despido injustificado previéndose la posibilidad de ordenar el pago de una indemnización adecuada en su defecto.

II. EL PROCESO DE RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO EN ARGENTINA Y SUS REPERCUSIONES

La consagración legal del derecho al trabajo en nuestro país fue progresiva y no estuvo exenta de contradicciones ni retrocesos. La Constitución Nacional actualmente vigente se edifica en diversas capas superpuestas representadas por distintos momentos históricos, modelos de Estado y reformas constitucionales, cada uno de ellos impregnados de su propia ideología. En este marco, el proceso de constitucionalización del derecho al trabajo produjo importantes repercusiones y terminó de configurarse con la interpretación jurisprudencial que los más altos tribunales de nuestro país realizaron de la norma fundamental luego.

El primer momento constituyente debe buscárselo a mediados del siglo XIX, en los orígenes de la organización nacional, cuando luego de un largo período de convulsiones políticas sobre la forma de constituir el país a partir de la independencia del poder colonial y *todavía* bajo una impronta liberal muy marcada, nació la Constitución Nacional Argentina. (Gianibelli, 2014, p. 295)

Hay que decir que su versión originaria de 1853 consagró inicialmente la “libertad de trabajo”²⁰ (artículo 14 Constitución Nacional) y no el “derecho al trabajo” tal y como lo conocemos hoy, la cual era más compatible con los postulados liberales y con la defensa de los derechos a la propiedad o libertad de empresa propios de la época. Todavía nos encontrábamos muy lejos de poder incluir constitucionalmente el derecho al trabajo, con el contenido y alcance que recién había comenzado a gestarse en los países europeos y llegaría a las Constituciones de esos países casi un siglo después, en la segunda posguerra.

Siguiendo con nuestra línea del tiempo, el segundo momento fue el del constitucionalismo social con la Reforma constitucional de 1949. “Hubo que esperar casi un siglo para que en otro contexto político, social e internacional, se gestase un genuino proceso constituyente de carácter social que reemplazara la constitución liberal por un particular modelo de constitucionalismo social” (Gianibelli, 2014, p. 295) que si bien reconocía e incorporaba los derechos sociales, todavía negaba del derecho de huelga.

Esta reforma fue impulsada y realizada por el peronismo en el poder y significó un importante cambio porque la Constitución de 1853, que hasta el momento sólo contemplaba los derechos individuales del ciudadano, pero en forma aislada, sin tener en cuenta su interrelación con los demás, es decir, sin abordar a las personas en tanto miembros de una sociedad. La Carta

Magna de 1949 fue, además, “una de las primeras en incorporar derechos de tipo económicos, sociales y culturales y diferenciarlos de los derechos civiles y políticos” (Baldoni, Cippitelli, 2014, p. 1).²¹

Por otro lado, se observa una nueva asignación de roles al Estado exigiéndoles ahora un accionar determinado en la realización progresiva de dichos derechos. En otras palabras, el Estado adquiere, con el constitucionalismo social, el deber de realizar acciones positivas para estructurar y promover un orden económico justo, que permita el acceso de todos los hombres a las fuentes de trabajo y de producción, y que haga posible una distribución equitativa de la riqueza y de los bienes de producción y de consumo (Baldoni y Cippitelli, 2014, p. 1).

Como se puede advertir, la transición de un modelo constitucional a otro representó el paso en la garantía de derechos individuales a derechos sociales y la configuración de un nuevo modelo de Estado. En este orden de ideas, Orsini (2012) aclara que

El primero es un derecho individual liberal producto del constitucionalismo clásico, dirigido a evitar cualquier forma de obstaculización a la libre circulación y apropiación del trabajo (originalmente, la que provenía de la estructura corporativa del trabajo gremial); el segundo, un típico derecho social producto del constitucionalismo social, orientado a revertir las consecuencias sociales que generó esa libre apropiación ilimitada del trabajo ajeno. (p. 370)

Por todo lo expuesto, no puede ni debe confundirse el derecho de trabajar (art. 14, Constitución Nacional Argentina) con el derecho al trabajo (art. 75. inc. 22 CN, por remisión a la Declaración Universal y al PIDESC), que “tienen orígenes históricos y funciones completamente distintas. La diferencia semántica de modificar la proposición (“de” por “a”) en modo alguna resulta menor” (Orsini, 2012, p. 370), ya que esto implicó un cambio de paradigma pasando de una concepción del trabajo como libertad de hacer, al mismo como derecho. Todo esto, muy a pesar del liberalismo de la época, siempre convencido de que el mercado es el método óptimo de asignación de recursos. Esta resistencia a los cambios producidos se tradujo en el golpe de estado que tuvo lugar en 1955 y derogó la Constitución del 1949. Restablecida la vigencia de la Constitución de 1853, en 1957 una nueva reforma constitucional le agregó a su parte dogmática el artículo 14 bis, que incorporó los derechos sociales ausentes en su originaria concepción liberal.

El siguiente momento constituyente se plasma en 1994, con el impulso de una nueva reforma. Se puede decir que fue aquí cuando el derecho al trabajo quedó definitivamente alojado constitucionalmente en el derecho argentino. Ello es así porque aunque en esa ocasión no se modificó la parte dogmática de la Constitución,²² se incorporaron a ella una serie de tratados internacionales de derechos humanos a los que se les reconoció jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), entre los cuales se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC y demás instrumentos que consagran el derecho al trabajo, como describimos en el primer apartado de este capítulo. Este hecho implicó inevitablemente un nuevo relacionamiento del sistema de fuentes del derecho en nuestro país, especialmente entre las normas internacionales y el derecho interno.²³

Por otro lado, si bien es cierto esos tratados internacionales ya habían sido incorporados al ordenamiento jurídico interno con jerarquía legal, la elevación del derecho al trabajo al rango constitucional significó un avance notable por varias razones. En primer lugar, porque con la inclusión de las normas internacionales a la Constitución se amplió considerablemente el número de derechos laborales y su alcance. De esta manera, el derecho al trabajo quedó situado al mismo nivel que los demás derechos constitucionales y por encima de otras normas que no lo son. Asimismo, su contenido aparece a partir de ese momento vinculado a la noción de estabilidad laboral, toda vez que a la luz de dichos instrumentos,²⁴ este puede ser entendido como un derecho individual y colectivo que posee todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo, lo cual supone no ser obligado de manera alguna a ejercerlo o efectuarlo y el derecho a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo, pero además, “el derecho a no ser privado injustamente del mismo”.²⁵ En el contexto de la evolución constitucional antes relatada, pareciera que aquella primitiva mención a la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario que fuera mencionada en el artículo 14 bis en el año 1957, se vio fortalecida y agigantada por un derecho al trabajo que extendió su contenido a la posibilidad de no perder el empleo ya obtenido, por lo menos en la letra de la ley. Como bien lo señala el Protocolo Adicional, que señala de manera particular la necesidad de que los Estados parte garanticen en sus legislaciones, la estabilidad.

En segundo lugar, porque según el propio artículo 75, inciso 22, CN, los tratados regirán en el ámbito interno “en las condiciones de su vigencia” lo cual significa que sus cláusulas deben ser aplicadas por el juez nacional en el ámbito interno, tal y como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su efectividad, no pudiendo otorgarle un alcance diferente. Con ello nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶ en materia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el Pacto de San José de Costa Rica y el Comité de Libertad Sindical o Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referentes a las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

Con respecto a esto último, se torna una referencia insoslayable la interpretación que sobre el tema realiza el primero de dichos organismos, ya que a través de la Observación General núm. 18 no sólo ayudó a determinar el contenido del derecho en cuestión, sino que además impuso una serie de obligaciones en cabeza de los Estados parte, a los fines de garantizar su realización efectiva. Para ello, estableció criterios de clasificación de las mismas y previó la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional ante eventuales incumplimientos, sin que estos puedan eximirse de ellas invocando la vigencia de normas internas menos favorables.²⁷ En tal sentido, el fallo Méndez²⁸ en su considerando 6o. agrega que “cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata”. Por lo tanto, reitera la Corte, “la

prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes podrá originar responsabilidad internacional del Estado Argentino”.

Por otro lado, mediante la Observación General núm. 3,²⁹ el Comité aclaró el modo en que pretende que dichas obligaciones sean llevadas a cabo, a los fines de lograr progresivamente la efectividad de los derechos reconocidos por el PIDESC. “Deben proceder lo más explícita y eficazmente posible”³⁰ y “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”,³¹ consagrando con ello, el principio de progresividad y no regresividad.³²

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en tanto órgano habilitado a ejercer el control de convencionalidad, dictó numerosos fallos que sentaron un importante precedente en la materia, entre los cuales se encuentra *Lagos del Campo*,³³ a través del cual la Corte señaló la ausencia de adopción de medidas adecuadas por parte del Estado peruano con el fin de proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros por haber avalado el despido en sus instancias judiciales. Al tiempo que puntualizó cuáles eran aquellas obligaciones³⁴ para la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado y el contenido de esta última advirtiendo que

No consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.³⁵

En tercer lugar, al constitucionalizarse el derecho al trabajo y reconocerlo expresamente como un derecho humano,³⁶ se generan una serie de consecuencias jurídicas y pautas interpretativa que con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos; o bien al *ius cogens*, deben asignarse a las normas internacionales constitucionalizadas y a los actos ilícitos que las vulneren.

¿Qué es el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Cuáles son las principales pautas interpretativas que de él se desprenden y se aplican al tema? Para algunos autores es aquel “conjunto de normas que tienden a proteger los derechos y libertades fundamentales del ser humano en el ámbito internacional” (Zelada, 2002, p. 151). Aunque también suele ser entendido como “aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad” (Fernández de Casadevante, 2000, p. 49).

Este surgió a partir de la Primera (1914) pero, sobre todo al final, de la Segunda Guerra Mundial (1945), cuando se gestaron numerosos tratados internacionales, cuyo principal propósito era recuperar al hombre en toda su dignidad humana. Así lo dice el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁷ y lo repiten muchos otros en lo sucesivo. La obra de Gialdino (2013) resulta ineludible en este sentido. El autor ha definido a la dignidad humana como “principia máxima” y le ha asignado tres importantes funciones. La primera “como fundamento del ordenamiento positivo y, a la par, de medida de validez de este”. En segundo término, “como guía orientadora de la tarea interpretativa de las normas”. Y en tercer lugar, “como fuente del derecho cuando no se tenga normas concretas cumpliendo la función de integrar el derecho” (p. 21).

A partir de esto, se desprenden al menos tres claves interpretativas. La primera, es que el fundamento de los derechos humanos no depende de reconocimiento legislativo,³⁸ porque en realidad deriva de la dignidad intrínseca, inherente, de los seres humanos, y toda norma incompatible con ella se tornaría inconstitucional, porque aquella “es causa de Derechos Humanos” (Gialdino, 2013, p. 22). Además, la CN histórica por vía de los derechos implícitos y no enumerados, es decir aquellos que surgen de la soberanía de pueblo y de la forma republicana de gobierno (artículo 33), reconoció que entre ellos se encuentra el derecho a la dignidad humana.³⁹

La siguiente clave hermenéutica se deriva del principio *pro homine* y el sentido integrador que existen entre los tratados internacionales y el derecho interno, cuyo antecedente más nítido es el del principio de la norma más favorable propio de la disciplina laboral.

El derecho internacional de los derechos humanos provee un criterio selector de normas en el que, de todas las aplicables, debe optarse por la que más tutela proporcione al sujeto de que se trate. En este sentido por ejemplo, de los numerosos instrumentos que tratan sobre el derecho al trabajo, una lectura integradora permite utilizar el más superlativo en su formulación, por su carácter inalienable en la letra de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación de la Mujer. (Gianibelli, 2012, p. 297)

Existiría, por último, una interrelación e interdependencia entre todos los instrumentos de derechos humanos, que conocemos como derecho internacional de los derechos humanos, y que concurrían en su conjunto, toda vez que exista afectación de la dignidad humana.⁴⁰

Ahora bien, ¿qué es el *ius cogens*? ¿Todos los derechos humanos pertenecen al *ius cogens*? ¿Cuáles son los efectos que este generaría, en caso de considerar al derecho al trabajo como parte del mismo? La Convención de Viena de 1969, que regula el derecho de los tratados, lo definió en su artículo 53:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

La importancia del *ius cogens* reside en que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del derecho internacional general. Así, el *ius cogens* goza de un carácter imperativo sobre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales respectivamente. Dicho orden público internacional genera, a su vez, obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto que por su naturaleza misma conciernen a todos los Estados.

La función del *ius cogens*, por lo tanto, es la de proteger a los distintos sujetos de Derecho internacional de los acuerdos, declaraciones o disposiciones de cualquier tipo que desafíen esos valores fundamentales de la comunidad internacional. La idea es crear una garantía para todas aquellas normas cuya observancia traería abajo la esencia fundamental del sistema internacional. (Zelada, 2002, p. 146)

Al respecto, la Corte IDH⁴¹ ha puntualizado en forma reiterada que “el principio en materia de violación de los derechos y libertades humanas debe ser reparada, siempre y cuando fuese posible, restituyendo a la víctima en el goce del derecho vulnerado”, es decir, la reparación *in natura*, la cual consiste en garantizar el goce del derecho conculcado mediante el restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la transgresión, sin perjuicio, obviamente, de la reparación patrimonial complementaria que pudiera corresponder.

Si bien es cierto, no existirían dudas acerca de la calificación del derecho al trabajo como derecho humano porque, según hemos visto, esto ha sido receptado expresamente en los artículos 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴² (1948) y 6o. del PIDESC, entre otros. Y jurisprudencialmente en fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, como *Vizzoti*,⁴³ *Álvarez*⁴⁴ o *Pellicori*;⁴⁵ advertimos que no todos los derechos humanos forman parte del *ius cogens* y en realidad se trata de normas de carácter excepcional que han sido cuidadosamente seleccionadas para tal fin y que en nuestro país la consecuencia jurídica prevista para la vulneración del derecho al trabajo es una indemnización pecuniaria y no la nulidad o vuelta al estado anterior, como el *ius cogens* señala.

Esto no sucedería, en cambio, con otros derechos donde sí existe un consenso masivo y generalizado en cuanto a su pertenencia a dicho grupo normativo. Entre ellos “se encuentran lo que podríamos llamar violaciones especialmente odiosas para la comunidad internacional, como la prohibición de la esclavitud, discriminación racial, genocidio” (Zelada, 2002, p. 151), sumado a algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso o de trabajo infantil y la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

A este respecto, se observa una consolidada tendencia doctrinaria⁴⁶ y jurisprudencial, tanto a nivel nacional⁴⁷ como internacional,⁴⁸ que considera al principio de igualdad y prohibición de discriminación como *ius cogens* y que, de un tiempo a esta parte, sanciona los despidos de tal

carácter con la privación de eficacia extintiva del acto (nulidad) y consiguiente readmisión del trabajador afectado.⁴⁹ En efecto, la Comisión de Expertos de la OIT, ha señalado que

Una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente, habida cuenta del artículo 1 del Convenio (núm. 98), y que la reintegración del trabajador es la medida más apropiada. (OIT, 1998, p. 153)

III. EL DERECHO AL TRABAJO COMO LÍMITE FRENTE AL DESPIDO SIN CAUSA

Hasta aquí, es posible advertir un significativo avance en el proceso de humanización e internacionalización de los derechos humanos en el mundo. El derecho al trabajo ha pasado de una noción de mera libertad, como espacio de libre autodeterminación personal y abstención del Estado, a un verdadero derecho que estos últimos tienen la obligación de garantizar, bajo la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. A su vez, la protección del trabajo y los derechos del trabajador indudablemente han encontrado un estándar relevante en el sistema constitucional argentino, lo que ha quedado expandido y proyectado en diversos aspectos sustantivos, como fuera descrito anteriormente. Sanguineti (2011), refiriéndose a los cambios producidos en este periodo, señala que

El Derecho del Trabajo ha experimentado, una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante, aunque por lo general no estridente, los últimos años han sido testigos del tránsito, de la tutela exclusiva del trabajador como productor y sujeto de una relación jurídica de dependencia, a una visión más amplia y holística del mismo, que añade a la perspectiva clásica su consideración como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano (p. 660).

Pero todo el desarrollo argumental expuesto en este capítulo, se confronta directamente con la vigencia de un sistema de estabilidad relativa impropia como el nuestro, que todavía avala la eficacia de un acto que lesiona un derecho con rango constitucional, es decir, el despido libre indemnizado. Es aquí donde nos preguntamos, entonces: ¿es posible un derecho al trabajo sin estabilidad? ¿La constitucionalización del derecho al trabajo, es suficiente para actuar como límite frente a despidos injustificados? ¿Cuál es la mejor forma de garantizar el derecho al trabajo, en consecuencia?

El primer interrogante resulta de fácil respuesta desde el plano normativo, si tenemos en cuenta que la estabilidad laboral como manifestación del derecho al trabajo, a partir de su diseño constitucional, implicó tres cosas: en primer término, la pretensión —protegida por el propio texto constitucional— de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y, finalmente, a un puesto estable. Esto no es ni más ni menos que la descripción del contenido del artículo 6o. del PIDESC (1966), cuando dispone que el derecho al trabajo consiste básicamente en tener la posibilidad de acceder a un trabajo libremente escogido

y aceptado, a condiciones dignas de labor; pero también a no perderlo injustificadamente. De esta manera, no es posible concebir cada uno de estos componentes por separado. Según la Observación núm. 18 y el derecho internacional de los derechos humanos, “la interpretación debe ser interdependiente, porque la observancia de uno de ellos determina el cumplimiento de los otros y afecta la realización integral del derecho”. En definitiva, “la inexistencia de uno de los elementos esenciales del derecho al trabajo conlleva una violación del mismo, pues estos recogen las garantías indispensables para su satisfacción plena como derecho humano fundamental”. Esto se suma a una necesaria interdependencia o diálogo de las fuentes, por la cual se postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforma un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado también en su conjunto. Así lo entendió la Comisión⁵⁰ encargada de reformar nuestro Código Civil en 2012. En tal sentido es válido, pertinente y a menudo necesario, integrar disposiciones de una y otra fuente para armonizar con los demás criterios interpretativos, proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad. De ahí que la noción de estabilidad se encuentre inescindiblemente vinculada a la de trabajo, como resulta de la lectura integral de los tratados internacionales incorporados a nuestra CN y las demás fuentes del derecho.

Sin embargo, todavía existe un sector de la doctrina argentina que no cuestiona la actual legislación, la cual en materia de estabilidad en el empleo opta por la técnica de la eficacia de la ruptura aún injustificada con sanción indemnizatoria cuya intensidad debe adaptarse a la gravedad de la inobservancia incurrida, por entender que el acto de despido sin causa configura un acto perfectamente lícito y que con ella se suple toda idea de daño resarcible. Ackerman (2008) ha señalado en este sentido que “no se puede imponer un régimen en el cual el trabajador quede sujeto *sine die* al empleador” (p. 112). Tampoco se puede “obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia”.⁵¹

En esta misma tesitura se ubica Herrera⁵² (1982), quien afirma que “en tanto el sistema legal no impide al empleador poder ejercer con eficacia el despido sin brindar causa justificada, tal facultad encuadra dentro de los derechos con que cuenta el empresario en el marco de sus facultades de organización y dirección” (pp. 266-277).

“Está en derecho”, sentenciaban los *proviviri*⁵³ de la etapa de industrialización apenas iniciada en Italia a finales del siglo XIX, para significar que el trabajador puede ser despedido con el único obstáculo del preaviso. “Está en derecho” era la premisa de la cual partían. (Romagnoli, 2008, p. 11).

En cuanto a la segunda cuestión, la experiencia española al igual que la nuestra, parece revelar una respuesta negativa. La inclusión del artículo 35⁵⁴ en la Constitución Española (1978) y la ratificación del Convenio núm. 158 de la OIT, significaron la imposición de importantes requisitos de validez para llevar a cabo el acto de despido, como ser: la exigencia de una formalidad mínima,⁵⁵ la necesidad de ofrecer causa —en tanto conocimiento adecuado de los

motivos que justifican la ruptura unilateral del contrato de trabajo— y la garantía de un canal de reacción adecuado para el trabajador. Es decir, que el acto que sea sometido a un control jurisdiccional posterior que verifique la corrección de la conducta patronal al respecto.

Sin duda, esto coloca en mejores condiciones formales a trabajadores españoles despedidos injustificadamente. Pero aun cuando la CE (1978) se ocupó de precisar la naturaleza causal, formal y fiscalizable del despido, guardó silencio sobre cuáles son las consecuencias que en orden a la extinción del contrato de trabajo estos tendrían por carecer de causa o contrariar las formalidades necesarias. En otras palabras, al igual que nuestro país, no precisó el grado de intensidad de la tutela del derecho al trabajo ante su vulneración siendo compatible con el marco constitucional citado, tanto un sistema que opte por la efectividad del acto y una indemnización como respuesta, como otro que implique, la privación de éste de efectos extintivos y la readmisión obligatoria al puesto de trabajo.

Entre ambas posibilidades se optó, al igual que nuestro país, “por la monetización del derecho reconocido, comprometiendo la propia eficacia del mismo con su patrimonialización y sustituyendo su observancia, con la liquidación del daño ocasionado” (Baylós, 2009, p. 58). Esta es la forma adoptada como regla general, mientras que la remoción del acto empresarial efectuado incorrectamente constituye la excepción y por consiguiente se encuentra reservada estrictamente a determinados supuestos de vulneración de derechos fundamentales, como el principio de igualdad de trato y no discriminación. Naturalmente los lectores, como nosotros, se preguntarán si acaso el derecho al trabajo no es uno de ellos y, por lo tanto, también pertenece al *ius cogens*. Pues sí, esto constituye una ostensible contradicción lógica y normativa.

Lo cierto es que la necesidad constitucional de que el despido obedezca a una causa y se exprese en términos formalmente admisibles, se contrapone con la previsión de una consecuencia de intensidad insuficiente para actuar ante la ausencia de estos requisitos. Esta termina por validar el acto y no lo priva de efectos extintivos sobre la relación laboral.

Por otro lado, no se puede desconocer que las reglas en el mundo han cambiado. Asistimos a un nuevo escenario nacional e internacional cada vez más adverso a los trabajadores. La desregulación ha contribuido con la progresiva deslaboralización de la sociedad, las nuevas tecnologías han traído consigo la destrucción de miles de empleos, particularmente de aquellos menos calificados. Aunque seguimos teniendo diseñadas instituciones sobre lo laboral, hay un creciente número de personas que viven al margen de la relación salarial y que precisan más que nunca de la protección que ofrecen los derechos sociales.⁵⁶

Nos encontramos, por lo tanto, con un mercado de trabajo completamente fragmentado y polarizado entre aquellos que tienen un trabajo, están registrados y aquellos que no lo poseen o son informales, precarios, mal remunerados y poco calificados. Esto inevitablemente sitúa a quienes se encuentran en ese lugar (*outsiders*), en una posición desigual en relación con la posibilidad de disfrutar, al menos, de las garantías que, aunque de manera insuficiente, prevé el

sistema jurídico laboral para tutelar el empleo de los que se encuentran dentro de ese sistema (*insiders*). Nos referimos concretamente a indemnización, preaviso, etcétera.⁵⁷

Este fenómeno se explicaría en parte porque antes, el trabajo era quizá la principal herramienta del derecho para la inserción en la sociedad, algo así como una carta de ciudadanía. A través del empleo se obtenía la plena pertenencia a la sociedad, el vínculo social era el vínculo laboral. “Hasta ahora, y desde hace dos siglos, el trabajo asalariado ha sido o ha intentado ser el lugar donde organizar al grupo social” (Cabello de Alba, Rodríguez Fernández, 2017, p. 17). Pero hoy lo normal es estar precarizado. El sistema productivo actual lanza a la informalidad, es decir, fuera de los límites del derecho laboral protectorio, a muchos de los trabajadores y trabajadoras del mundo.

Por lo tanto, se requiere identificar mecanismos que tiendan a hacer realidad el derecho al trabajo, más allá de su previsión normativa. Es decir, diferenciar las diversas maneras en que ese derecho puede ponerse en práctica. El término “garantía” tiene muchas acepciones en el discurso jurídico. Pero utilizaremos la distinción entre garantías primarias y secundarias que hace Ferrajoli (2001), las primeras se refieren a los deberes derivados de la existencia de derechos. “Son aquellas obligaciones o prohibiciones correlativas a ellos. Las normas que obligan a reconocer que los derechos existen y prescriben sanciones, con coacción” (p. 48).

Si las entendemos en sentido estricto, estaríamos ante una laguna primaria⁵⁸ ya que, como hemos visto, a pesar del reconocimiento constitucional de este derecho no se han podido prever consecuencias jurídicas capaces de evitar su vulneración, que se traduzcan en obligaciones o prohibiciones eficaces. Pero si las concebimos en un sentido más amplio, como aquel conjunto de instituciones e institutos que contribuyan a hacer real y efectivo el contenido de un derecho, podríamos plantear medidas de otro tipo, como la ratificación Argentina del Convenio 158 de la OIT, la publicación de un Código Laboral Internacional, la creación de la correspondiente jurisdicción específica sobre violaciones a derechos humanos laborales, o la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad de todos los actos de los organismos internacionales e incluso de los de todos los Estados por violaciones de los derechos humanos, como el derecho al trabajo. Estas tal vez no solucionarían la cuestión de fondo, pero, indudablemente, constituirían un paso hacia adelante.

Las garantías secundarias, por su parte, se refieren a las jurisdiccionales. Son aquellas que entran en juego cuando un derecho ha sido vulnerado. “Incumbe a un juez de aplicar la sanción” (Ferrajoli, 2001, p. 47), privando de validez a las violaciones de las primeras. Para casos de despidos sin causa, esto se traduciría en la negación judicial de su eficacia extintiva, más la reincorporación al puesto de trabajo y reparación integral de los daños por aplicación de los tratados y principios constitucionales de carácter internacional que lo disponen como el PIDESC (artículo 6o.) o Protocolo de San Salvador (artículo 7.d).

Del mismo modo que nada obstaría a los tribunales a plantear la nulidad de cualquier acto unilateral de los Estados que entre en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*); o bien a declarar inconstitucionalidad de los despidos injustificados, derivada de la vulneración de un derecho humano fundamental perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos, ya que su origen no depende de reconocimiento legislativo,⁵⁹ porque en realidad deriva de la dignidad intrínseca, inherente, de los seres humanos, y toda norma incompatible con ella se tornaría inconstitucional, porque aquella es causa de derechos humanos.

Ferrajoli (2001) sostiene que

La ausencia de garantías —en particular en relación a los derechos sociales—, debe ser considerada, como una indebida laguna de los poderes públicos internos e internacionales, que el poder judicial tiene la obligación de colmar porque poseen el mismo carácter que las violaciones de los derechos cometidas por dichos poderes en términos de antinomias (p. 50).

Por eso, resalta su rol protagónico en la garantía de los derechos y más precisamente en la funcionalización de los derechos fundamentales. En este sentido, conviene recordar, una vez más, los fundamentos elaborados por la comisión constituida durante el año 2012 para la elaboración del Anteproyecto de Código Civil, ocasión en la que se dictaron importantes directivas o ideas rectoras en torno a la labor de los magistrados, según las cuales estos deberán comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables. Se trata, en definitiva, de interpretar el derecho privado conforme la Constitución Nacional, pero también según los tratados internacionales en que nuestro país sea parte; la costumbre y usos y prácticas, en un diálogo de fuentes⁶⁰ imposible de eludir a la hora de tomar decisiones judiciales.

Finalmente, si de interpretación de las cartas fundamentales se trata, es interesante el planteamiento que realiza el pluralismo constitucional,⁶¹ cuando sostiene que la mayoría de estas surgieron a fines del siglo XIX en el contexto de Estados nación fortalecidos, donde todavía el orden internacional y la protección del trabajo a ese nivel no existía tal y como hoy los conocemos. Señala, además, que estas se muestran cada vez más incompletas e impotentes para regular de manera omnicompreensiva y suprema determinadas cuestiones sobre el territorio, en un contexto mundial en el que el ejercicio del poder público se desplaza a esferas más allá del Estado y donde la distinción entre lo nacional y lo internacional se torna borrosa.⁶² Así, resulta difícil imaginar la existencia de un único ordenamiento jurídico perfectamente articulado, en el cual se subsuman normas nacionales e internacionales, a la vez que también parece improbable concebir a los diferentes ordenamientos nacionales en juego como compartimentos estancos sin relación alguna, autosuficientes o completos.

Para ello, el modelo pluralista propone la necesaria coexistencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados, pero en parte interdependientes (cada uno con su

propia Constitución, pero sin que estos estén jerárquicamente ordenados). Lo que se busca, entre otras cosas, es superar el debate en torno a si una norma es meramente constitucional o inconstitucional, para dar paso a una hermenéutica social y judicial que integre las Constituciones de cada país y los instrumentos sobre derechos humanos en una especie de diálogo multinivel que contribuya a garantizar global y más eficazmente los derechos humanos laborales, como el derecho al trabajo y su consecuencia más inmediata, la estabilidad laboral.

Por último, el contexto nacional e internacional en clave laboral afronta cambios disruptivos que requieren una lectura completamente nueva que sea capaz de vislumbrar un derecho internacional que se vincule con los derechos internos de los Estados y con el respeto de los derechos fundamentales de manera efectiva y no meramente declamativa. De lo contrario, el derecho al trabajo quedará suspendido “en un lugar parecido al limbo donde los católicos creen que encuentran las almas de los cándidos” (Romagnoli, 2008, p. 10).

IV. REFLEXIONES FINALES

Desde fines de la Primera Guerra Mundial (1914) y sobre todo a partir de 1945, el derecho internacional viene experimentando un proceso de cambio y humanización e internalización de los derechos humanos. El constitucionalismo, incorporó los derechos sociales en tanto vínculos sustanciales a la legislación positiva que se tradujo en una verdadera alteración interna del paradigma positivista clásico de aquel entonces.

En nuestro país, la elevación del derecho al trabajo a rango constitucional fue progresiva y significó un avance notable, pero no suficiente para limitar los despidos sin causa. De la interpretación legal de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a partir de la última reforma, se desprenden importantes consecuencias y repercusiones como: la posibilidad de ampliar interpretativamente su alcance a la garantía de estabilidad, la creación de nuevas obligaciones y responsabilidad internacional en titularidad de los Estados a los fines de garantizar su vigencia,⁶³ el aporte hermenéutico de órganos internacionales encargados del control de su efectividad⁶⁴ y la eventual privación de eficacia extintiva o declaración de inconstitucionalidad de los despidos sin causa, derivada de la vulneración de un derecho humano perteneciente al *ius cogens* o al derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de este momento surge con fuerza la idea de que el derecho al trabajo es un derecho humano⁶⁵ que comprende la posibilidad de no perder el puesto de trabajo y que la tutela contra el despido injustificado puede y debe asumir —como medio de protección— la forma de reinstalación. “En síntesis, la Constitución reformada en 1994 invita a pensar que no existen mayores obstáculos para plantear que los despidos injustificados puedan ser privados de eficacia extintiva por vulnerar el derecho humano al trabajo” (Orsini, 2012, p. 376).⁶⁶

Pero no es menos cierto que, de un tiempo a esta parte, el contexto nacional e internacional está cambiando de forma irreversible para el mundo del trabajo, generando condiciones que tornan más difícil aún la protección universal de los trabajadores y la garantía efectiva del derecho en cuestión. El nuevo tiempo requiere, por lo tanto, no sólo de normas jurídicas que den cuenta de la salvaguarda de ciertos principios y valores como los derechos humanos; sino también de la previsión de consecuencias jurídicas y demás institutos necesarios para frenar o contrarrestar de manera eficaz su vulneración (garantías primarias). Porque, para que una norma sea válida, su vigencia no basta. Que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, no genera una presunción apriorística de validez del derecho existente, sino que también es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución⁶⁷ y sean aplicados y puestos en práctica en este mismo sentido.

V. REFERENCIAS

- Ackerman, M. (2008). *Tratado de derecho del Trabajo*. Rubinzal Culzoni.
- Baylós Grau, A. (2009). Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo. *Revista de Derecho Social*, (46), 11-30.
- Baylós, A. y Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Trotta.
- Bidart Campos, G. (2002). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar.
- Bidart Campos, G. (2014). 29/04/2012. Artículo 75 inc.22 de la Constitución y los Derechos Humanos. <http://legislacionperiodistica.blogspot.com/2014/04/german-j-bidart-campos-articulo-75.html#:~:text=Art.,jerarqu%C3%ADa%20superior%20a%20las%20leyes>
- Cabello de Alba, L. M. y Rodríguez Fernández, M. L. (2017). *El Futuro del Trabajo que queremos*. Bomarzo.
- Fernández de Casadevante Romani, C. (2000). El derecho internacional de los derechos humanos. En Carlos Fernández de Casadevante Romani (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Dilex.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Trotta.
- Galiana Moreno, J. M. (1986). El Convenio N° 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, (4), 103-112.
- Gialdino, R. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*. Abeledo Perrot.
- Gialdino, G. (2014). Constitución Argentina (el trabajo en L.A). En Baylós Grau, Antonio (Coord). *Diccionario Internacional del derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 295-301). Tirant lo Blanch.
- Orsini, J. I. (2012). El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto. *Revista Anales de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 9(42), 364-380.

Organización Internacional del Trabajo (1994). *Libertad Sindical y Negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Oficina Internacional del Trabajo.

Romagnoli, U. (2008). Sobre el despido o la violencia del poder privado. Prólogo a un libro de Antonio Baylós y Joaquín Pérez Rey. *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*, (4-5), 9-16.

Sanguinetti Raymond, W. (2011). Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales. *Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, (244), 659- 674.

Torres Pérez, A. (2011). En defensa del Pluralismo constitucional. En Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena, Guretz Jáuregui Bereciartu (Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas de VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 155-178). Tirant lo Blanch.

Zelada, C. (2002). *Ius Cogens: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos*". *Revista Agenda Internacional*, 8(17), 129-156.

Documentos Jurídicos Nacionales e Internacionales consultados

Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁸ (1948)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁹ (1966)

Observación General N°18⁷⁰ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005)

Protocolo Adicional a esta Convención Americana sobre Derechos Humanos (1998)⁷¹

Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)⁷²

Convenio núm. 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (1985) -Recomendación núm. 119 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, dictada por la Conferencia General de la OIT en el año 1963.

Observación General núm. 3,⁷³ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990).

Constitución Nacional Argentina (1853)

Constitución Española (1978)

Notas

* Recibido el 9 de junio de 2021; aceptado el 15 de marzo de 2022.

** ORCID: 0000-0001-6305-1049. Abogada. Magister en Derecho del Trabajo. Becaria doctoral interna Conicet. Docente de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. Correo electrónico: mforsua@gmail.com

¹ En 1974 con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) se consolidó para la generalidad de los trabajadores privados, un sistema de estabilidad impropia por medio del cual se le impone al empleador que despida sin causa a un trabajador vinculado por un contrato de tiempo indeterminado, una indemnización tarifada basada en la antigüedad en el empleo y en el salario del dependiente.

² Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por Argentina en 1986.

³ Véase CDESC. Observación núm. 18, relativa al derecho al trabajo, 35o. período de sesiones, 2005. E/C 12/GC/18, 6 de febrero del 2006.

⁴ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 2.

⁵ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 6.

⁶ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 6.

⁷ *Idem.*

⁸ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 7.

⁹ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Ratificado por Argentina el 5 de septiembre de 2003.

¹⁰ Artículo 6. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios necesarios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación

vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos...

11 *Idem*.

12 Adoptada por la OIT, en junio de 1998. La declaración obliga a todos los Estados miembro de la OIT a respetar y poner en práctica los principios y derechos fundamentales allí reconocidos y que fueron aceptados al formar parte de la organización, con independencia de si los convenios han sido ratificados o no.

13 Organización Internacional del Trabajo. 6/7/2020. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>

14 Artículo 2o. delimita su ámbito de protección universal cuando establece que sus disposiciones serán aplicables a “todas las ramas de actividad económica” y a “todas las personas empleadas.

15 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 7o.: “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

16 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 4o.: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o de conducta basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”.

17 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 8.1: “El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”.

18 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 9.1: “Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada”.

19 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 10: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

20 Según explica Gianibelli (2014) “los derechos del trabajo, en ese entonces, sólo tenían una referencia explícita y distintiva, derivada de la necesidad de poblar el territorio y favorecer a la inmigración como libertad de trabajo” (p.295). Del mismo modo lo entiende Orsini (2012), cuando señala que “la concepción inicial del derecho al trabajo estaba aún muy ligada a la libertad de trabajar que el liberalismo intentaba implantar con objeto de barrer los límites que a la libre apropiación del trabajo imponían las férreas estructuras gremiales corporativas medievals, que constituían un obstáculo al desarrollo capitalista que perseguía la burguesía” (p. 365).

21 Los cuales eran enumerados en el capítulo II, al cual se refería como derechos, deberes y garantías de la libertad personal.

22 Artículo 27 CN... tales declaraciones y convenciones no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

23 Dando prevalencia a las primeras. Ello significa, según el maestro Bidart Campos (2014), que el artículo 75, inciso 22, sienta como principio general, el de la supra legalidad de los tratados internacionales de toda clase. Por lo tanto, los tratados prevalecen sobre las leyes. En concordancia con el viejo artículo 27 los tratados están por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes y de todo el resto del derecho interno, inclusive de las normas que regulan las relaciones laborales.

24 Particularmente del PIDESC, Observación General núm. 18 del CDESC y del Protocolo de San Salvador.

25 CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 6.

26 Así lo entendió nuestra Corte Nacional en *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Eficientes S.A s/ Accidente- Ley 9688*, sentencia del 21 de septiembre de 2004, cuando en el considerando 8, el tribunal no dudó en poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador.

27 Como por ejemplo, el artículo 245 de la LCT que prevé una indemnización tarifada, en lugar de la restitución al puesto de trabajo ante extinción injustificada del contrato de trabajo.

28 CSJN, *Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres*, sentencia del 26 de diciembre de 1995.

29 Véase CDESC. Observación núm. 3, relativa al derecho al trabajo, 5o. periodo de sesiones, 1990, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990.

30 CDESC. Observación General núm. 3, *cit.*, párr. 9.

31 *Idem*.

32 La Observación enuncia el sentido que deben guiar el cumplimiento de las obligaciones, esto es, de constante perfeccionamiento, progreso, avance hacia la aludida plenitud, principio general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lograr es alcanzar, progresivamente significa con progresión, y progresión denota la acción de avanzar. Luego, lograr progresivamente entraña, en el contexto indicado dos objetos: actividad estatal y sentido de ésta (Gialdino, 2013, p. 99).

33 Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. República de Perú*, sentencia del 32 de agosto de 2017.

34 Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización... de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos”. Y así como dicho acceso es “norma imperativa del Derecho Internacional”, la mencionada tutela “requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. República de Perú*, párr. 149.

35 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. República de Perú*, 31/8/2017, párr. 150.

36 En fallos nacionales como *Vizzoti* o *Álvarez*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en fallos de la Corte IDH como *Lagos del Campo*.

37 En el artículo 1o.: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

38 Esto fue ratificado en el fallo *Álvarez c/ Censosud* en su considerando 1o. la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, primer párrafo, y artículo 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *idem* y artículo 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional).

39 La Convención Americana de Derechos Humanos resulta terminante al respecto: ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”, artículo 29.c. (Gialdino, 2013, p. 25).

40 La Res. 32/130 de la Asamblea General de la ONU (16/12/1977), asentó definitivamente el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (*infra* 4).

41 La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral. CIDH (21/7/1989). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. reparaciones y costas, Serie C, núm.7, párr. 26, entre muchos otros.

42 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

43 CSJN. *Vizzoti, Carlos c/AMSA S.A s/ Despido*, sentencia del 14 de septiembre de 2004.

44 CSJN. *Álvarez c/Cencosud S.A*, sentencia del 7 de diciembre de 2010.

45 CSJN. *Pellicori, Lilita Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo*. Sentencia del 15 de noviembre de 2011.

46 En los supuestos de despidos discriminatorios es más injustificable negar finalmente la garantía de estabilidad reconocida al sujeto trabajador. Esa garantía no puede ser otra que la viabilidad de admitir la opción exclusiva del mismo por la reinstalación en el puesto de trabajo, reparándose “in natura” el daño ocasionado como consecuencia de la ruptura unilateral de la relación, en condiciones de doble ilicitud.

47 CSJN. *Álvarez c/Cencosud S.A.*, sentencia del 23 de junio de 2011, *Arecco c/ Praxair Argentina S.A.*, sentencia del 23 de agosto de 2011; *Parra Vera c/ San Timoteo S.A.*

48 CIDH. *Baena, Ricardo y otros c/ Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001. En este fallo se condenó al estado panameño a reincorporar a un número importante de trabajadores despedidos en violación del derecho fundamental de asociación.

49 Con apoyo en la normativa internacional y la aplicación de la ley 23592.

50 La cual estuviera presidida por Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmayer de Carlucci.

51 Voto de la minoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, Considerando 9º.

52 Afirma el autor de cita que “...por nuestra parte, no pensamos sin más que todo despido sin invocación de causa resulte un acto ilícito o de incumplimiento contractual, pues las partes no se han obligado a mantener *sine die* la relación, ni la ley admite un derecho a la estabilidad propia en el empleo, llegando al punto de sostener que en nuestra opinión, el empleador dispone de un derecho subjetivo para resolver sin causa el contrato de trabajo cuando así lo aconseje el normal giro de sus negocios” (Herrera, 1982, pp. 266-277).

53 Así se denominaban a los magistrados en la Italia de aquella época.

54 Artículo 35 de la Constitución Española (1978).1. Todos los españoles tienen el deber y el derecho al trabajo, a la libre elección de su profesión a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de Trabajadores.

55 Que actúe como factor formal de garantía (este deberá ser comunicado al trabajador de manera que se pueda reclamar contra el mismo).

56 Aquí conviene recordar lo dispuesto por la Observación núm. 18 del PIDESC cuando explica que el derecho a trabajar engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario y que el derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo.

57 Vale aclarar en este sentido que la expulsión del ámbito *iustlaboral* de determinados trabajadores o medidas de flexibilidad concentradas en los elementos del despido, por mucho que se presente o aparezcan como funcionales a la política de empleo, difícilmente sean compatibles con el reconocimiento del derecho al trabajo.

58 Con ellas se refiere a la falta de garantías primarias, es decir de obligaciones (de prestación) o las prohibiciones (de lesión) de los derechos fundamentales contenidos en las normas y que deben respetar y asegurar los demás, sea el Estado o terceros públicos o privados (Ferrajoli, 2001, p. 26).

59 Esto fue ratificado en el fallo *Álvarez c/ Cencosud* en su considerando 1o. establece que “la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo” (Preámbulo, primer párrafo, y artículo 1o.; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y artículo 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y artículos 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional).

60 Artículo 1. CC. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. Conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Artículo 2o. Interpretación. “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Artículo 3o. Deber de resolver. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

61 Se trata de un modelo que ha tenido un mayor desarrollo en el ámbito de la Unión Europea y que todavía está en desarrollo, sobre todo en lo que se refiere a sus implicaciones para el diseño institucional y la resolución de conflictos. Pero que sería extensible a otros sistemas de derecho más allá del Estado. Los modelos pluralistas desarrollados por algunos autores tienen pretensión de aplicación general (Torres Pérez, 2011).

62 Las categorías conceptuales elaboradas sobre la base del Estado-nación, a partir de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, parecen no poder dar cuenta de esta nueva realidad.

63 Cuyo incumplimiento trae aparejado la creación de responsabilidad internacional y eventuales sanciones.

64 Nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación con el Pacto de San José de Costa Rica y al Comité de Libertad Sindical o Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referentes a las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

65 Artículos 23. 1 de la Declaración Universal y 6o. del PIDESC, Observación General núm. 18, Protocolo de San Salvador, entre otros.

66 Independientemente de su pertenencia o no al *ius cogens* o la ratificación del convenio 158.

67 Pero también las demás fuentes del derecho.

68 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

69 Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976. Ratificado por Argentina en 1986.

70 Véase CDESC. Observación núm. 18, relativa al derecho al trabajo, 35o. periodo de sesiones, 2005. E/C 12/GC/18, aprobada el 24 de noviembre de 2005.

71 Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Ratificado por Argentina el 5 de septiembre de 2003.

72 Adoptada por la OIT, en junio de 1998. La declaración obliga a todos los Estados miembro de la OIT a respetar y poner en práctica los principios y derechos fundamentales allí reconocidos y que fueron aceptados al formar parte de la organización, con independencia de si los convenios han sido ratificados o no.

73 Véase CDESC. Observación núm. 3, relativa al derecho al trabajo, 5o. periodo de sesiones, 1990, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990.