

# BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 163

Nueva Serie Año LVI Número 163 Enero-Abril 2022

Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Universidad Nacional Autónoma de México



# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Directora*

Dra. Mónica González Contró

*Secretario académico*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

*Secretario técnico*

Lic. Raúl Márquez Romero

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

*Asistente de la revista*

Efrén Chávez Hernández

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LV, número 163, enero-abril de 2022, 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](mailto:bmdc.ijj@unam.mx). Editor responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2015-060912252900-203. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Ricardo Hernández Montes de Oca  
Apoyo editorial: Ilayali G. Labrada Gutiérrez, Miguel López Ruiz  
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); Montserrat Pérez Contreras (México); Alfredo Sánchez Castañeda (México); José María Serna de la Garza (México).

## Comité Científico

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

## Comité Asesor

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

Unidos); 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 enero de 2023

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)

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,  
nueva serie, año LV, número 163,  
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17503](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17503)

Recibido: 27 mayo de 2022

Aprobado: 12 de septiembre de 2022

## LAS ZONAS DE INTERÉS PARA EL DESARROLLO RURAL, ECONÓMICO Y SOCIAL FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN COLOMBIA

### AREAS OF INTEREST FOR THE RURAL, ECONOMIC, AND SOCIAL DEVELOPMENT ZIDRES LAW ON FOREIGN INVESTMENT AND SOCIAL RIGHTS IN COLOMBIA

María BOCANEGRA JIMÉNEZ\*  
Silvana INSIGNARES CERA\*\*  
Cecilia GIOVANNETTI LUGO\*\*\*

#### Resumen:

El objetivo de este artículo es analizar las relaciones y tensiones que se podrían presentar entre la agroindustria, la inversión extranjera y los derechos económicos, sociales y culturales de la población campesina colombiana a partir de la implementación de la Ley 1776 de 2016, denominada Ley Zidres, la cual crea las Zonas de Interés

#### Abstract:

*The objective of this article is to analyze tensions that might arise between agroindustry, foreign investment, and economic and social rights in the Colombian peasant population after the implementation of Law 1776 of 2016, called the Zidres Law, which creates Areas of Interest for Rural, Economic and Social Development in Colombia. This research is*

para el Desarrollo Rural, Económico y Social en Colombia. Es una investigación de enfoque cuantitativo, orientada a la descripción y análisis del fenómeno de estudio, para generar la sistematización teórica a partir de los datos obtenidos. La principal limitación experimentada es que actualmente hay una única zona constituida como Zidres en Colombia, de la que aún no se conocen datos cuantitativos de su producción. Este se constituye en un trabajo original, dado que no se ubica en la literatura académica un análisis detallado de la ley Zidres y sus posibles consecuencias, lo que genera un especial valor para generar alertas sobre la posible implementación de dicha normatividad. Como principal conclusión, se resalta que la Ley Zidres genera tensiones entre la inversión extranjera y los derechos económicos y sociales de Colombia, en el que se ven amenazados derechos como el mínimo vital, el derecho al trabajo y la dignidad humana.

### **Palabras claves:**

Zidres, concesión de tierras; acaparamiento de tierras, agricultura sostenible y productiva; derechos humanos, ley de Inversiones Extranjeras; derechos económicos, sociales y culturales.

*developed with a quantitative approach, focused on the description and analysis of the phenomenon to generate a theoretical systematization from the data obtained. The main limitation experienced is that currently, there is a single zone constituted as Zidres in Colombia, for which quantitative data on its production is not known yet. This constitutes an original work given that in the academic literature, there is no similar research analysis about the Zidres law and its consequences. The exceptional value of this article is that it allows to generate red flags regarding the implementation of this law. As a main conclusion, this research states that Zidres Law generates tensions between foreign investment and the economic and social rights in Colombia, in which, rights such as the minimum vital wage, the right to work and human dignity are threatened.*

### **Keywords:**

*Zidres, land concession; land grabbing, sustainable and productive agriculture; Human Rights, Foreign investment; Economic, social, and cultural rights.*

SUMARIO: I. *Objetivo*. II. *Planteamiento del Problema*. III. *Metodología*. IV. *Desarrollo*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. OBJETIVO

La internacionalización de la economía en Colombia, a través de los tratados de libre comercio, acuerdos bilaterales y multilaterales de inversión y demás formas de inversión extranjera, en sus trámites de negociación, han apuntado hacia los procesos agrícolas y la tenencia de la tierra, como bienes disponibles y de impacto en el desarrollo económico del país, especialmente en materia alimentaria y demás usos industriales. Con ellos se ha buscado jalonar los procesos económicos y sociales hacia la competitividad en el mercado interno y externo, así como reducir las brechas por inequidad existentes en el país.<sup>1</sup> Es decir, a través de estos mecanismos de comercio internacional, Colombia busca la ganancia recíproca y la conveniencia nacional hacia la equidad social.<sup>2</sup>

Este artículo es un resultado parcial de la investigación el derecho a la seguridad alimentaria y la dimensión jurídica del Comercio Internacional en Colombia, el cual tiene como objetivo general analizar las tensiones que se pueden presentar entre la agroindustria, la inversión extranjera y los DESC en la población campesina colombiana a partir de la implementación de la Ley 1776 de 2016.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En 2016, por iniciativa del gobierno nacional, fue aprobada por el Congreso de la República la ley 1776 de 2016, llamada Ley Zidres, que corresponde a la creación de Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, que busca, a través de la destinación de territorios especiales, la implementación de proyectos productivos en materia agraria, pecuaria, forestal y piscícola que permitan el aprovechamiento de la tierra, la gestión de la competitividad y la participación activa de campesinos y demás trabajadores agrarios. Estas zonas especiales son una forma de concesión de tierras, concebidas en el ordenamiento jurídico colombiano, para promover alianzas agrarias entre campesinos e inversionistas, pero que reviste de desafíos y tensiones entre los derechos fundamentales y los económicos, sociales y culturales de la población campesina, frente a la posición de dominio económico que pueden llegar a ejercer los inversionistas de capital e industriales.

Teniendo presente las relaciones y tensiones que se pueden presentar entre la agroindustria, la inversión extranjera y los DESC en la población campesina

colombiana, a continuación, se plantea el análisis de la Ley Zidres, desglosando los siguientes aspectos. (i) En un primer momento se abordará las generalidades de la Ley en cuanto a sus principios, fines, objetivos requisitos de formación, autoridades y obligaciones. (ii) En un segundo momento, se tratará los sujetos intervinientes principales, tales como la población campesina y los inversionistas y otros actores subsidiarios, como los inversionistas especiales y la población étnica. (iii) Como tercer punto de análisis, la situación jurídica de la tierra en las Zidres. (iv) En el cuarto punto, las garantías de seguridad jurídica para la inversión.

### **III. METODOLOGÍA**

El tipo de investigación es jurídica, con una visión multidisciplinar. Se busca desde el diálogo entre la economía y el derecho, dar cuenta de cómo se puede estructurar el derecho a la seguridad alimentaria en Colombia para garantizar el acceso a los recursos para toda la población. Es una investigación de enfoque cuantitativo, orientada a la descripción y análisis del fenómeno de estudio, para generar la sistematización teórica a partir de los datos obtenidos.

El tipo y diseño de investigación tiene instrumentos predominantemente cualitativos; se empleó el método sistémico, el que permite el estudio de la seguridad alimentaria y el desarrollo rural en el contexto de una estructura compleja en la que se integra; cuenta con instrumentos cuantitativos para la sistematización de datos económicos, como los proporcionados por el Departamento Nacional de Estadística de Colombia [DANE] en el Censo Agropecuario. Aspectos como la caracterización de la población campesina en Colombia y el uso de la tierra ayudaron a analizar la incidencia de la Ley Zidres en los usos identificados, por constituir una forma de concesión de tierras. Además del análisis de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia sobre las implicaciones y alcances de los derechos de los campesinos frente a la inversión extranjera en el desarrollo jurídico propuesto en la Ley 1776/2016.

### **IV. DESARROLLO**

#### *1. Aspectos generales de la Ley Zidres*

Como ya se mencionó, las Zidres, de acuerdo con el artículo 10. de la Ley 1776 de 2016, se definen como zonas de interés de desarrollo rural, económico y social, territorios, que de acuerdo con la Ley cuentan con aptitud agrícola, pecuaria, forestal y piscícola, establecidos, como se explicará en los requisitos, en franjas especiales del territorio nacional que por su geografía no han sido objeto de explotación y son apropiadas para atraer inversión nacional y extranjera.

Desde un punto de vista teleológico, se pueden identificar una serie de principios que constituyen el fundamento de la Ley, dado el objeto que regula y la población destinataria. Desde el objeto que regula, se identifican como fundamentos: i. *la Plena competitividad*, entendida ésta como “la capacidad de una economía para alcanzar mejoras sostenidas del nivel de vida en relación con estándares racionalmente aceptable” (Esteban Morales de Llano, 2014, p. 74), por lo que es una responsabilidad de los gobiernos, trazar políticas de impulso a la pequeña y mediana empresa para que puedan insertarse desde el territorio al contexto internacional, favoreciendo el crecimiento regional, y ii. *La sostenibilidad ambiental*, que es un concepto de protección ambiental, derivado del desarrollo sostenible, mediante el cual se debe dar prioridad a la seguridad de los recursos naturales, es decir, que éstos no desaparecerán por el proceso de desarrollo productivo (Eduardo Romero, 2012), además de la capacidad de autorregulación con el entorno de los actores sociales y económicos, que garanticen el futuro (Pilar Andrade Medina y Diana Bermudez Cárdenas, 2010).

Según la población destinataria, los principios en primer lugar se encuentra la dignidad humana de la población campesina, que de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana (2017) se entiende como

autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

A partir de este principio, se despliega el desarrollo humano sostenible y la inserción del recurso humano en las actividades productivas. Este marco principalista enmarca que estas zonas especiales de producción no son fines en sí

mismas, sino un medio para el desarrollo de las comunidades que busca impactar, y son el eje transversal de los objetivos que definen las metas a lograr por la Ley.

El objetivo central es constituir un nuevo modelo de desarrollo económico regional para los territorios donde se creen las zonas; de este objetivo general se desprenden unos específicos, que apuntan hacia metas sobre la tierra, metas económicas y sociales (*Ley 1776 de 2016*, artículo 20.), tales como acceso y formalización de la propiedad de la tierra a la población campesina (campesinos, trabajadores agrarios, mujeres y jóvenes rurales y ocupantes tradicionales de inmuebles de la nación).

Para la creación de zonas Zidres, de acuerdo con el marco legal establecido, se debe cumplir unos requisitos, que permiten a su vez caracterizar las clases de territorios que pueden tener esta destinación, los cuales son:

- Aislados de centros urbanos más significativos.
- Que tengan elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológica y climáticas.
- Con baja densidad poblacional.
- Con altos índices de pobreza.
- Que carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos.
- Que no sean tierras de resguardos indígenas, zonas de reserva campesina, territorios colectivos de comunidades negras.
- Que no sean áreas declaradas y delimitadas como ecosistemas estratégicos, parques naturales, páramos y humedales.

Lo anterior indica que las Zidres son zonas desconectadas de los centros urbanos y de aquellos tradicionalmente considerados de explotación agropecuaria, y que ahora se constituyen en territorios aptos para la concesión y otras formas negociales de la tierra. En el caso colombiano, con relación a la tierra, se han presentado dos grandes conflictos; por una parte, el conflicto agrario, asociado directamente a la tenencia de la tierra, donde ésta no es sólo un factor de producción o un activo de inversión, sino que es una fuente de riqueza, que históricamente, tras el fracaso de la reforma agraria de 1936, se ha distorsionado el control de la tenencia en grandes latifundios o la dispersión en minifundios. Mientras que la población campesina entra en disputa con los terratenientes, por un lado, y la apropiación de la tierra por los grandes inversionistas nacionales y extranjeros, por otro. El otro conflicto rural, el conflicto armado interno, que está ligado al control del territorio,

de la población y de la institucionalidad pública, de la cual sus actores (la guerrilla, el paramilitarismo y la fuerza pública) extraen rentas, generando violencia, despojo y expoliación (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2011).

La tabla 1 muestra el tipo de restricción para la constitución de Zidres teniendo en cuenta los aspectos legales, y la tabla 2, territorios sin restricciones.

TABLA 1. ZONAS DE RESTRICCIÓN

<i>Tipo de Restricción</i>	<i>Número de Hectáreas</i>	<i>Porcentaje de participación en el área continental del país</i>
Zonas de reserva indígena	32.173,615	28.2
Zonas de reserva campesina	851,010	0.7
Áreas constitutivas de tierras colectivas de comunidades negras	5.723,819	5
Zonas de reserva de la Ley 70 de 1993	10.189,466	8.9
Sistema Nacional de Parques Naturales (SNNP)	13.010,881	11.4

Tierras baldías declaradas y delimitadas	2.861,733	2.5
Tierras baldías declaradas y delimitadas bajo el convenio de Ramsar	988,872	0.9
Zonas de reserva forestal Ley 2 de 1959	63.016,827	55.2
Área de protección y desarrollo de recursos naturales	3.200,345	2.8
Mangles	284,963	0.2
Bosques naturales y espacios seminaturales 2010	80.846,459	70.9

Fuente: Departamento Nacional de Planeación (DNP) UPRA (2018).

TABLA 2. ZONAS SIN RESTRICCIONES

<i>Zonas sin restricciones</i>	<i>Número de hectáreas</i>	<i>% de participación en el área continental del país</i>
--------------------------------	----------------------------	---

Áreas aisladas de centros urbanos más significativos	8.949.431 ha	(7.8%)
Áreas que demandan altos costos de adaptación productiva	7.057.029 ha	6.2%
Área con baja densidad poblacional	16.009.472 ha	14%
Áreas con altos índices de pobreza	13.348.702 ha	11.7%
Áreas que carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos.	6.515.757 ha	5.7%

Fuente: Departamento Nacional de Planeación (DNP) UPRA (2018).

De acuerdo con el Censo Nacional Agropecuario (DANE, 2016), Colombia cuenta con una extensión territorial de 114.074,970 hectáreas, de las cuales 111.452,998 ha. corresponden al área rural, el 56.7% de éstas, son de bosques naturales, el 38.6%, de uso agropecuario, el 2.2% de uso no agropecuario y el 2.5% es tierra de otros usos. Estas cifras dan cuenta de la importancia del “campo” para el desarrollo nacional, la mayor parte de la extensión territorial es rural, que, por la concentración inequitativa de la tierra y la violencia por el conflicto armado, se han constituido en zonas con alta vulnerabilidad económica y social.

La delimitación de las Zidres corresponde al gobierno nacional a través de la Dirección Nacional de Planeación, que haciendo un cruce con los territorios que deben ser exentos de esta destinación han identificado en el país un total de 7.278,964 hectáreas, que equivale al 6.4% de total nacional (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2018). Vistas desde un modo global, se podría afirmar que la incidencia de las Zidres no es significativa, pero aterrizadas en el contexto, corresponde a una extensión casi equivalente al uso agrícola total de la tierra en Colombia. En la tabla 3 que se muestra a continuación se presentan las cifras de las hectáreas disponibles por su uso por departamento en Colombia; en la tabla 4 según el uso general de la tierra.

TABLA 3. ZIDRES POR DEPARTAMENTOS EN COLOMBIA

<i>Departamento</i>	<i>Número de hectáreas</i>	<i>Porcentaje de participación en el área total de referencia</i>
Vichada	2.483,806	34.1
<b>Meta</b>	<b>2.391,192</b>	<b>32.9</b>
Córdoba	449,548	6.2
Magdalena	448,299	6.2
Casanare	404,475	5.6
Arauca	268,545	3.7
Antioquia	230,112	3.2

Sucre	139,866	1.9
Bolívar	125,636	1.7
Tolima	85,840	12
Santander	54,278	0.7
Cesar	39,377	0.5
Cundinamarca	32,235	0.4
Norte de Santander	20,549	0.3
Boyacá	18,825	0.3
Huila	18,076	0.2
Cauca	17,318	0.2
La Guajira	17,310	0.2
Putumayo	13,694	0.2
Guaviare	11,441	0.2

Nariño	6,125	0.1
Caquetá	2,096	0.029
Atlántico	172	0.002
Amazonas	152	0.002
Total	7.278,964	100

Fuente: Departamento Nacional de Planeación (DNP) UPRA (2018).

TABLA 4. USO DE LA TIERRA EN COLOMBIA

<i>Área rural Total ha</i>	<i>Área uso agropecuario ha</i>	<i>Área agrícola ha</i>	<i>Área con no uso agropecuario ha</i>	<i>Área con otros usos ha</i>	<i>Área Zidres ha</i>
111.452,998	43.024,740	8.476,711	2.459,663	2.754,021	7.278,964

Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014) Conpes 3917.

Los datos evidencian que del total de tierras que son de uso agropecuario, las Zidres son 16.9% y las de uso sólo agrícola son 19,7%, por lo tanto, estamos frente a un aprovechamiento de la tierra a través de las Zidres con un impacto significativo en el contexto nacional, por lo que la inversión e internacionalización económica del país por esta vía adquiere relevancia. Por ejemplo, el departamento del Meta el cuarto departamento en extensión territorial en Colombia tiene 8.563.000 hectáreas y es en la actualidad el único departamento en el que se ha creado una Zidres.

TABLA 5. EJEMPLO DEL USO DE LA TIERRA EN EL META

Área Total, ha	Área rural ha	Área de uso agropecuario ha	Área con no uso agrícola ha	Área Zidres ha
8.563,000	8.533,218	4.800,732	566,913	2.391,192

Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014) Conpes 3917.

TABLA 6. ÁREA DE ACUERDO CON EL USO DE LA TIERRA

<i>Área rural dispersa encuestada, de acuerdo con el uso y la cobertura nacional.</i>	<i>Área (ha)</i>	<i>Participación (%)</i>
Bosques naturales	63.214,574	56.7%
Agricultura	43.024,740	38.6%
No agrícola	2.459,663	2.2%
Otros usos	2.754,021	2.5%
Área total	111.452,998	100%

Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014) Conpes (2017).

TABLA 7. ÁREA DE ACUERDO CON EL USO DE LA TIERRA EN EL DEPARTAMENTO DEL META

<i>Departamento del Meta Área rural dispersa encuestada, de acuerdo con el uso y la cobertura nacional</i>	<i>Área (ha)</i>	<i>Participación (%)</i>
Bosques naturales	3.473,611	40.7
Agricultura	4.800,732	56.3
No agrícola	152,428	1.8
Otros usos	106,447	1,2
Área total	8.533,218	100

Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014) Conpes (2017).

TABLA 8. DISTRIBUCIÓN DE LA TIERRA ZIDRES PUERTO LOPEZ META

<i>Restricción</i>	<i>Área afectada (hectáreas)</i>
Territorios colectivos de comunidades étnicas en proceso de titulación	0
Reservas indígenas en proceso de constitución	9.359,1

Áreas de riesgo por alta amenaza de inundaciones aún no incorporadas en el plan básico de ordenamiento territorial PBOT	163.408
Suelo catastral en otros municipios vecinos	4.538
Zonas con declaraciones de desplazamiento forzado o en riesgo de desplazamiento forzado	0

Fuente: Departamento de Planeación Nacional (DNP) UPRA (2018).

A pesar de la evidencia de los datos expuestos en el que en este departamento se cumplen las condiciones características de las Zidres; el Meta es uno de los departamentos reconocidos como despensa agrícola del país y el mayor proveedor de alimentos para la capital Bogotá. Según los datos de la Gobernación, sus suelos en gran parte es terreno fértil, con potencial para la producción avícola y porcícola, la industria de concentrados, forestales y biocombustibles (Gobernación del Meta, 2015). De manera que la falta de gestión y presencia estatal en estos territorios son las que las hacen tierras fallidas en materia de competitividad. Ante su propia negligencia e ineficacia, el Estado traslada sus obligaciones constitucionales a la población campesina y al inversionista, para convertirla en un centro de desarrollo regional con vocación económica internacional.

Desde la función pública estatal, las autoridades encargadas de la planeación, autorización y creación de las Zidres se encuentran encabezadas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que aprueba las Zidres y los proyectos productivos. La Unidad de Planificación de Tierras Rurales, Adecuación de Tierras y Usos Agropecuarios (UPRA) que se encarga de la delimitación de las áreas y los usos que se le pueden destinar a la tierra. A continuación, los consejos municipales y seccionales de desarrollo agropecuario y rural, quienes se encargan del trabajo

directo con la comunidad, y, por último, el Fondo de Desarrollo Rural, Económico e Inversión, que recoge y direcciona los recursos que producen las Zidres para su reinversión en la población campesina.

Estas autoridades representan la presencia estatal en las zonas Zidres, y adquieren como principal obligación la protección de las economías tradicionales campesinas y pesqueras de subsistencia, frente a los cambios en materia de producción de alimentos y explotación de los recursos naturales, por lo que en las estrategias previstas en la Ley se contempla la inversión en infraestructura y servicios públicos a través de alianzas público-privadas y el deber de constitución de garantías de cumplimiento de los proyectos productivos en favor del Estado (*Ley 1776 de 2016*).

### *1. Sujetos intervinientes en las Zidres*

Para los proyectos Zidres, se identifican los sujetos destinatarios de los procesos de desarrollo rural y se destacan dos tipos de actores: actores principales y actores intervinientes especiales. Entre los actores principales encontramos, por una parte, los campesinos, trabajadores rurales, con énfasis especial en las mujeres y jóvenes que desempeñan labores rurales, y por la otra, los inversionistas agroindustriales o no, nacionales o extranjeros que implementan proyectos productivos. En los actores especiales se encuentran inversionistas de capital autorizados y las comunidades étnicas.

La población campesina, en este caso, son aquellas mujeres, hombres y jóvenes que trabajan en unidades de producción y consumo de tipo familiar, y cuyos ingresos dependen de la agricultura, realizando un tipo de producción de subsistencia (PNUD, 2011), caracterizada por procesos productivos que incluyen la siembra de cualquier tipo de cultivo agrícola, plantación forestal o pastos y la cría, levante y/o engorde de animales para el consumo o para la venta (DANE, 2016). Se estima que en la Colombia rural habitan 2.7 millones de productores, personas naturales o jurídicas que tienen la responsabilidad en la toma de decisiones en el proceso de producción agrícola; entre éstos se distinguen productores no residentes que equivalen al 73.3% y los productores residentes el 26.7%. De los productores residentes, el 36.4% son mujeres, y 63.6% hombres. En cuanto a su nivel educativo alcanzado, en un 58.8% han cursado hasta la básica primaria.

TABLA 9. NIVEL EDUCATIVO ALCANZADO EN ZONAS RURALES

<i>Nivel educativo alcanzado</i>	<i>Mujeres</i>	<i>Hombres</i>
Ninguno	52,808	82,626
Preescolar	458	692
Básica primaria	141,184	262,806
Básica secundaria	28,881	48,884
Media	22,909	35,998
Técnico y tecnólogo	5,070	6,907
Universitario y postgrado	5,744	9,358

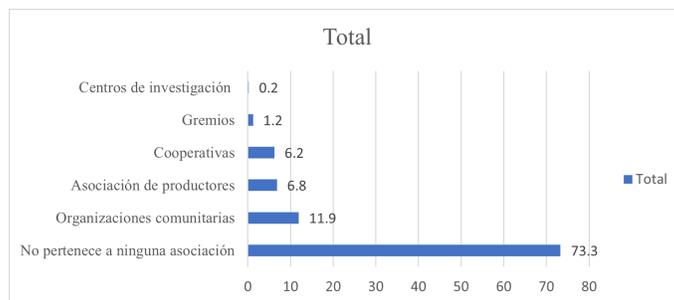
Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014).

TABLA 10. PARTICIPACIÓN PRODUCTORES MAYORES DE 15 AÑOS Y NO SABEN LEER Y ESCRIBIR  
TOTAL NACIONAL

Saben leer y escribir	83.2%
No saben leer y escribir	16.8%

Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014).

ILUSTRACIÓN 1. PARTICIPACIÓN PRODUCTORES RESIDENTES EN EL ÁREA RURAL DISPERSA CENSADA, SEGÚN LA PERTENENCIA A ALGUNA ASOCIACIÓN, TOTAL NACIONAL



Fuente: Censo Nacional Agropecuario (2014).

Teniendo presente estos factores sociodemográficos, como el número de mujeres y hombres que participan como productores, el nivel de educación y alfabetismo en el campo y su participación política, elementos claves para entender la concepción de las Zidres, a continuación, se analiza el tratamiento constitucional del campesino en Colombia y cuáles son las garantías y finalidad de las Zidres con relación a ellos.

Los campesinos y trabajadores rurales, como actores principales de las Zidres, son sujetos especiales de protección constitucional, reconocidos a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, la cual ha desarrollado un *corpus iuris* (Sentencia-C 77 de 2017) con una serie de derechos que se desprenden de los artículos 64 y 65 de la carta política, es decir, no se trata de disposiciones legales, sino de un conjunto de garantías destinadas a la protección de una población, que desde la visión de la Constitución Política de 1991 ha sido históricamente marginalizada y vulnerable a nivel socioeconómico.

El contexto particular de Colombia en el sector rural se ha caracterizado desde el inicio de la República, “por una explotación inequitativa de la tierra, basada en la concentración latifundista, la dispersión minifundista y la colonización periférica” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), que ha impedido el acceso real de los campesinos al derecho de propiedad. Agravado lo anterior, por la situación de violencia por el conflicto armado, con el consecuente desplazamiento forzado de la población campesina. Dadas estas circunstancias, existe un riesgo permanente para esta población, por lo que su categorización como sujeto especial de protección refuerza, posibilita y facilita la realización progresiva de derechos básicos, tales como: i. el derecho a la alimentación, ii. Mínimo vital, iii. Derecho al trabajo, iv.

Libertad para escoger profesión u oficio, v. Libre desarrollo de la personalidad, y vi. Derecho a la participación, que para la Corte Constitucional de Colombia no son más que manifestaciones concretas del principio de la dignidad humana para el campesinado.

La participación de la población campesina, según los presupuestos del primer punto, están dados para que aquellos campesinos que no cuenten con la titulación de sus predios, ya sean ocupantes de tierras de la nación o simplemente actores agrarios sin tierra, a través del desarrollo de proyectos Zidres, logren el dominio de las tierras que ocupan, o adquieran porciones de propiedad en las zonas donde se desenvuelven. Uno de los aspectos fundamentales es que la población logre consolidar procesos asociativos por medio de sistemas propuestos por ellos mismos, que garanticen la adquisición de la propiedad, la gestión de créditos, la capacitación empresarial y la técnica y la adecuación tecnológica, que estarán amparados por los estímulos que otorga la ley en estos puntos (Ley 1776 de 2016, artículos 30. y 70.).

Por otra parte, se encuentra el actor inversionista, que pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, que busquen el desarrollo de proyectos agroindustriales en las Zidres. La ley deja abierta la participación en materia de inversión ya sea a través de proyectos o inversiones de capital; por tanto, es admisible la entrada de inversores a través de los tratados de libre comercio, acuerdos bilaterales de inversión o cualquier forma de asociación entre nacionales y extranjeros de carácter privado.

La participación de los inversionistas en las Zidres se lleva a cabo por la presentación de proyectos inscritos ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Para cumplir con el objeto de los proyectos, los inversionistas tienen el derecho a que el Estado les proporcione servicios de asistencia técnica y transferencia de tecnología que faciliten el acceso de los productores rurales al conocimiento y aplicación de las técnicas más apropiadas para mejorar la productividad y la rentabilidad de su producción (Ley 1776 de 2016, artículo 18).

El marco de actuación de los inversionistas está garantizado y limitado al mismo tiempo por la libertad económica y de empresa consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, y al versar sobre desarrollo rural, el ejercicio empresarial y de inversión, no sólo se fija en criterios de crecimiento económico, sino

en criterios de sostenibilidad en términos humanos, sociales, alimentarios y culturales. Es decir, frente a la ponderación de derechos, cuando se trata de políticas, proyectos y demás fines económicos y su análisis costo-beneficio, frente al campo, más que a la productividad en términos brutos, el objetivo está orientado a la plena realización de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos a las personas campesinas, para evitar que en el ejercicio desmedido de la libertad económica se aumenten las brechas sociales, que amenazan la sostenibilidad rural y ambiental, la seguridad alimentaria, la diversidad étnica y cultural de la nación (Sentencia C- 644 de 2012).

Paralelamente, se encuentran inversionistas de carácter especial, tales como empresas industriales y comerciales del Estado, las entidades territoriales, entidades de carácter mixto público-privado, fondos de pensiones, corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, que se encuentran autorizados para efectuar inversiones en aspectos concretos, como la construcción de redes de producción, comercialización, procesamiento y consumo de alimentos originados en la economía campesina u otra forma de pequeña producción, infraestructura pública y servicios, los cuales contarán con estímulos y exenciones tributarios por su participación, sobre todo en aquellos aportes que redunden en la sostenibilidad ambiental de los recursos naturales (Ley 1776 de 2016, artículo 12)

### *3. Análisis de la situación jurídica de la tierra en las Zidres*

Como ya se mencionó, el objeto de regulación principal de las Zidres es la propiedad de la tierra, bien sea que el título provenga de una persona particular o del Estado. En el orden constitucional, la propiedad en general se encuentra protegida como derecho en el artículo 58, que expresa de manera taxativa la protección a la propiedad privada y derechos adquiridos sobre ésta por parte de los particulares. Además del carácter de derecho, surgen correlativas obligaciones y funciones de la propiedad: i. *la función social de la propiedad*, que se refiere a que a través de ella se realizan derechos como la vida digna, la vivienda, la salud; por ello, el Estado debe propender a que se acceda a ella de forma equitativa de tal manera que no sólo se satisfaga el interés particular; por ejemplo, en la acumulación excesiva de la tierra, sino el interés general de la sociedad, como es el caso del desarrollo de obras públicas; ii. *La función económica*, que corresponde al hecho de que la propiedad en sí misma debe ser productiva y debe contribuir con la satisfacción de las necesidades

de los particulares y la demanda impositiva del Estado; pero al mismo tiempo atiende al requerimiento de promover la economía solidaria y toda forma asociativa por la que opten los particulares para su disfrute; iii. *La función ecológica*, que se refiere a los deberes de conservación y cuidado de los recursos naturales, para su permanencia del tiempo, atendiendo a principios de equilibrio y sostenibilidad ambiental (Constitución Política de Colombia, 1991).

Tal como se establece en la Sentencia C-77 de 2017, el caso de la propiedad de la tierra rural, “el campo”, bajo la égida anterior, es un bien jurídico de especial protección constitucional, ya que, por la relación que existe entre el campesino y la tierra, que da lugar a una forma de vida especial, es considerada mucho más que un espacio geográfico, porque constituye para esta población el escenario vital de salvaguarda de sus derechos y garantías. El acceso a la tierra, protegido en el artículo 64 de la Constitución, determina la acción estatal, establece una responsabilidad, para que la población campesina logre progresivamente el dominio sobre la misma, para un mejoramiento sustancial de su calidad de vida, con el fin de asegurar una igualdad no solo jurídica sino económica, social y cultural para los protagonistas del agro (Sentencia C- 77 de 2017).

El contexto reseñado es el parámetro que debe respetar las Zidres en su constitución y funcionamiento, más que la dimensión económica de la productividad o competitividad de la tierra; la creación de estas zonas especiales debe obedecer a criterios que garanticen un mejor vivir para la población campesina, quienes son el punto de partida y fin último, de la acción estatal, cuando a través de la legislación, de las políticas y de las estrategias, decide regular la inversión y el acceso a la tierra.

Las Zidres pueden estar conformadas por predios de la nación, conocidos como bienes baldíos, o por predios de propiedad, posesión o tenencia de particulares. En el caso de los primeros, bienes inmuebles de la nación, el gobierno nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entregará la tierra bajo modalidades contractuales como la concesión o arrendamiento, sin transferir el dominio, con la condición de que se incluyan en los proyectos de inversión agrícola al pequeño o mediano productor (Ley 1776 de 2016, artículo 13). En este punto es importante analizar las consecuencias de la reglamentación la explotación de bienes baldíos en las Zidres, teniendo en cuenta el marco constitucional ya caracterizado.

Antes de constituir una Zidres, se hace el estudio de los títulos con los cuales los distintos pobladores se encuentran ocupando el bien; aquellos que cumplan con los requisitos para ser beneficiarios de adjudicación de bienes baldíos<sup>3</sup> se les reconocerá la titulación de la tierra; en cambio, quienes no cumplan con los requisitos establecidos, deberán, ya sea establecer asociaciones con otros campesinos, o con inversores interesados, para ser desarrolladores de proyectos productivos o celebrar contratos de derecho real de superficie, sobre el predio. Sobre la primera opción, es preciso anotar que los ejecutores del proyecto, en ninguna de sus etapas lograrán la titulación de esta, indistintamente de la población campesina involucrada; esto porque la realidad contractual bajo la que se establece la relación jurídica es de carácter personal, entraña obligaciones entre las partes, mas no da origen al derecho real de dominio. Por tanto, no es certera la ley al decir que uno de sus objetos es el acceso a la tierra, puesto que no contempla en el desarrollo de la Zidres la opción para lograrlo (Ley 1776 de 2016, artículo 13).

Aún más, llama la atención el punto donde especifica la posibilidad de la constitución de derechos reales de superficie; dado que el ordenamiento civil colombiano; consagra de manera taxativa los derechos reales y en ellos no incluye el derecho real de superficie, por su parte, la Ley Agraria 160/1994 tampoco desarrolló este derecho ni existe norma que lo contemple o despliegue su contenido; por tanto, desde un análisis sistemático e integrador del ordenamiento jurídico, en caso de que se presentara una situación de esta naturaleza, o el legislador regula la figura, o se asimilaría por analogía al derecho real de usufructo vitalicio de la tierra a explotar, o un derecho personal de crédito,<sup>4</sup> que no garantizaría a la siguiente generación la explotación agrícola, puesto que el bien regresaría nuevamente a manos del Estado. Además, la ley es clara al manifestar que al finalizar los contratos o los proyectos todos los bienes y elementos empleados en los proyectos deberán regresar al dominio del Estado sin que medie compensación alguna.

Otro aspecto que resaltar es la prohibición del pacto arbitral en los contratos que otorguen baldíos de la nación, para el desarrollo de proyecto en las Zidres, lo que entraría en conflicto, con los medios de solución de controversias establecidos en los tratados de libre comercio. Este escenario plantearía que ante la inversión extranjera, los contratos a celebrar con el Estado, necesariamente serán dirimidos por la jurisdicción ordinaria, quedando por fuera de la posibilidad de ser arbitrajes

de inversión, lo que deja entrever que los inversionistas provenientes de los acuerdos de libre comercio celebrados entre Colombia y sus socios comerciales no están llamados a realizar estas inversiones, o se trata entonces, de un marco jurídico independiente, que contraviene las normas de los tratados internacionales ya suscritos, o por el contrario, por tratarse de garantías de seguridad jurídica ya adquiridas, se les respetaría a los inversores extranjeros cuya fuente de inversión sea un TLC, y sólo sería aplicable a la población campesina y a los inversionistas de origen nacional. Ante estas tres situaciones, la norma no es clara, pero Colombia en todo caso no puede abstenerse del cumplimiento de las obligaciones ya negociadas en el comercio internacional.

Con relación al incumplimiento de las obligaciones contractuales, en cuanto al uso, explotación de la tierra o que no se dio inicio el proyecto, éste se da por terminado, y tendrá como sanción la ejecución de las garantías constituidas a favor del Estado; no habrá pago de mejoras, en caso de que las hubiere, y el pago de una sanción pecuniaria del 5% del valor del proyecto; esta última sanción no será impuesta a los pequeños productores.

En el caso de los particulares, éstos podrán aportar sus bienes, para la creación de la Zidres, es decir, su participación puede ser de tres tipos; i) sólo como aportante del terreno, bajo figuras contractuales, que van desde la venta, usufructo o arrendamiento de su bien; ii) además de la tierra, como pequeño o mediano productor en socio para la ejecución de un proyecto productivo, o iii) como trabajador rural vinculado al proyecto. Este es uno de los puntos críticos, ya que en los casos en que el propietario campesino no esté en condiciones socioeconómicas, su aporte a las Zidres terminará siendo la transferencia del dominio de su tierra al inversionista que frente a su capacidad, está en una posición dominante, en la cual no sólo puedo imponer el tipo de proyecto a ejecutar, sino la implantación de modelos de monocultivos que agotan la capacidad productiva del suelo, dejando al poblador en una situación de mayor vulnerabilidad económica, que es justamente lo que se pretende superar.

Esta coyuntura trae consecuencias sobre la seguridad jurídica de la tenencia de la tierra y la sostenibilidad de los recursos. Tomando como referente el caso de Brasil, que da luces sobre éstos efectos, es el segundo productor agrícola del mundo, pero también el país con mayor índice de concentración desigual de la tierra, donde

el 1.5% de los propietarios de tierras rurales ocupan el 52% de todas las tierras agrícolas, en la que ha ido incrementando con el pasar de los años la tenencia por parte de extranjeros, quienes, entre noviembre de 2007 y mayo de 2010, adquirieron 1,152 propiedades, que ascienden a medio millón de hectáreas (Elizabeth Clements y Bernardo Mançano Fernandes, 2013). En los asuntos concernientes a la tenencia y propiedad de la tierra en Brasil, la Constitución plantea dos grandes escenarios normativos en desarrollo del derecho a la propiedad. El primero de ellos, el concerniente a la protección de la propiedad privada, especialmente la pequeña y mediana propiedad rural, limitada a un fin social, que se asocia a la capacidad productiva económica y ecológica. La vulneración por acción u omisión de este fin social, determinado en su contenido por la misma Constitución, así:

I. El aprovechamiento racional y adecuado;

II. El uso adecuado de los recursos naturales disponibles y la preservación del medio ambiente;

III. El cumplimiento de las disposiciones que regulan las relaciones laborales;

IV. La explotación que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

Habilita al Estado a ejercer el uso de su facultad unilateral de dar por terminado el derecho de dominio a través de la expropiación, la cual, en todo caso estará mediada por la indemnización en títulos de deuda agraria.

El segundo escenario normativo es el relativo a las tierras baldías de la Nación y la facultad que se le concede a los nacionales o extranjeros para ser adjudicatarios de estos bienes, de conformidad con la política agraria y el plan nacional de reforma agraria, de acuerdo con los siguientes criterios:

Cuando se trate de adjudicación por medio de la Reforma agraria

I. La concesión de áreas superiores a 2,500 ha, con aprobación previa del Congreso Nacional.

II. Plazo de concesión para beneficiarios de la reforma agraria, 10 años.

Cuando se trate de adjudicación de conformidad con la política agraria.

I. La adquisición o el arrendamiento de propiedades rurales por parte de una persona física o jurídica extranjera y establecerá los casos que dependerán de la autorización del Congreso Nacional.

II. La posesión continua, pacífica e ininterrumpida por 5 años, da derechos de propiedad, siempre y cuando no se tenga otro derecho semejante de tierra rural o urbana.

Asimismo, la Constitución establece el carácter imprescriptible de los bienes públicos de la nación.

A partir de este marco constitucional, la Cámara de Diputados – El Congreso Nacional de Brasil expidió la Ley 4.504, del 30 de noviembre de 1964, la cual regula los derechos y obligaciones en materia de bienes inmuebles rústicos a los efectos de implementar la Reforma Agraria y promover la política agraria. Si bien el objeto de la ley es procurar una distribución de la tierra y la propiedad rural en Brasil, no controló de fondo los temas de la concentración en latifundios (artículo 40.) y habilitó a través de un proceso de interculturación la colonización extranjera, para la realización de un programa de valorización del área o distribución de la tierra (artículo 56). Este panorama de acumulación de tierras deja en evidencia la responsabilidad estatal frente a la conformación de monopolios de tierra, que perpetúan la confrontación entre inversionistas acumuladores a gran escala y las demandas sociales campesinas, que han sido unas de las principales motivaciones del conflicto en Colombia, y que por su parte en Brasil ha dejado cientos de víctimas en los últimos años, con muertes de ambos lados: agricultores y sus trabajadores, y los sin tierra. En cifras estimadas se han identificado 1,000 conflictos al año desde 2010, con más de 300 mil personas involucradas entre 2010 y 2012 (*Bastiaan Philip Reydon et al.* 2015).

La ineficiencia del Estado para regular y democratizar el acceso de la tierra ha llevado a una falta de gobernanza en materia de desarrollo rural. Si se parte de que las características de las Zidres, en las que básicamente son tierras sin presencia estatal y en estado de abandono institucional, entonces, ¿cómo se garantiza el control posterior, para que a partir de la implementación de las Zidres no se dé en paralelo

un fenómeno de desplazamiento económico de la población campesina, ante la imposibilidad de competir con el inversor? La ley y sus decretos complementarios no lo establecen. Existe el mandato de la Corte Constitucional para vigilar y evitar estas consecuencias contrarias al objeto de la ley, pero se requiere de una acción gubernamental decidida con estrategias de vigilancia y control en el terreno, tanto desde los municipios involucrados en las zonas como desde el gobierno nacional, dado el carácter centralizado del Estado colombiano.

En el caso de Brasil, a partir de su reforma agraria de los años sesenta del siglo XX, continuó una sucesión normativa de modos de apropiación de la tierra, primero la integración económica de la Amazonia al sector productivo brasilero, que permitió la apropiación federal de la tierra estatal a través del proceso llevado a cabo por el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA), el cual logró el control del 30% de la propiedad de la tierra en Brasil. Por otra parte, por razones de interés público el gobierno apropió, para el reconocimiento de los derechos ancestrales oficialmente reconocidos a pueblos indígenas, tierras para designarlas como unidades de conservación para la conservación de la biodiversidad. Las unidades de conservación (UC) de Brasil se agrupan oficialmente en dos clases. El tipo de "protección integral" permite sólo la investigación y el turismo. El tipo de "uso sostenible" incluye categorías que permiten la cosecha de productos forestales no madereros, la gestión forestal (para madera) y la agricultura de subsistencia). Sin embargo, no implicó la adjudicación de nuevos títulos sobre la tierra, sino la formalización de lo ya existente. Ley 8629/1993, (G. C. Carrero *et al.* 2022).

En el caso mexicano, la reforma constitucional de 1992, con la que se modifica el artículo 27 de la carta magna, elimina la obligación del Estado de distribuir la tierra y flexibiliza la comercialización y arrendamiento de ésta, buscando disminuir las restricciones de circulación de la tierra que impedían la modernización de la estructura agraria y el sistema productivo del país (H. Robles, 2012). En el mismo sentido, se promulga la Ley Agraria del 26 de febrero de 1992, con la que se regula la propiedad ejidal y comunal, desarrollando los modos de transmisión de los derechos de propiedad, sumado al ya existente Código Civil, con el que se regula la propiedad privada en el país.

Frente a estas modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico mexicano, no se obtuvo la dinamización esperada en cuanto a la circulación de la tierra, dado a

que la mayoría de las negociaciones fueron a pequeña escala y dadas entre los mismos ejidatarios propietarios de la tierra (V. Vázquez García, 2017). Dicha situación, sumado a, la existente tradición agraria del país, encontramos que, en el caso mexicano, más allá de presentarse una concentración de tierras, se evidencia la extranjerización y acaparamiento de la cadena de valor agrícola (H. Robles, 2012).

En este sentido, encontramos que en México la intervención de los inversores y la empresa privada se presenta principalmente a través de contratos de arrendamiento de la tierra, acuerdos entre la agroindustria y los productores, y las concesiones mineras para la exploración y explotación de hidrocarburos (V. Vázquez García, 2017). Es entonces, en las concesiones mineras, donde se identifican amenazas latentes para el acaparamiento de tierras en México, evidenciado en que para 2012 el gobierno mexicano habría entregado 21,071 concesiones mineras, equivalente a más de 30 millones de hectáreas, correspondiente al 15% del territorio del país (A. De la Cruz, 2017).

A esto se suma, que en 2013, durante el período del presidente Enrique Peña Nieto, se introdujo en el ordenamiento jurídico mexicano la reforma energética y la Ley de Hidrocarburos en 2014, con la que se estableció en su artículo 100 en referencia al uso y ocupación superficial de la tierra:

La contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos serán negociados y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los asignatarios o contratistas. Tratándose de propiedad privada, además podrá convenirse la adquisición.

Dentro del desarrollo del articulado se indica que en aquellos casos en los que las partes involucradas en el proceso de negociación para el uso, goce o afectación de terrenos para la explotación o extracción de hidrocarburos no lleguen a un acuerdo, por petición de la Secretaría de Energía podrá solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, que dé trámite ante el Ejecutivo Federal para la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa. Asimismo, la citada Ley de Hidrocarburos de 2014 no establece un límite en la

extensión de la tierra que podría ser utilizada por una compañía o empresa para los fines referidos (V. Vázquez García, 2017).

Esta norma ha sido ampliamente criticada aludiendo a podría afectar el 60% de los ejidos en México, dejando un amplio margen de maniobra para que inversores privados acaparen las tierras con riqueza en hidrocv (N. J. Hernández, 2016). A esto se le suma el profundo impacto ambiental derivado de la explotación y exploración minera, que lleva a afectaciones como la erosión del suelo, la contaminación del agua y del suelo, que afectan la actividad productiva de las poblaciones en las que se desarrollan (Elvira Núñez-Terrones *et al.*, 2020). A la fecha de redacción de este artículo de investigación, el presidente Manuel López Obrador.

En materia de sostenibilidad ambiental, cuando Brasil a partir de 1995 facilitó la entrada de capital internacional para adquirir tierras, en contextos de leyes permisivas, el impacto de este fenómeno llegó al Amazonas, que presenta altos índices de deforestación, por el desarrollo de agricultura y ganadería extensivas, que pones en riesgo el equilibrio y permanencia de los recursos naturales<sup>5</sup> (John Wilkinson *et al.*, 2012). Lo paradójico es que, frente a esta situación, al convertirse en áreas potencialmente productivas aumenta el valor de la tierra, lo que lleva a la especulación, legitimada en un marco legal como el establecido en la Ley Forestal de Brasil (Ley 12.651 de 2012), la cual redujo la franja de protección de la vegetación ribereña y establece las actividades agrícolas iniciadas en áreas de preservación permanente (de Carvalho Lopes y de Oliveira, 2021). De acuerdo con las investigaciones del Instituto Nacional de Investigaciones de la Amazonia, para 2025 los índices de deforestación serían equivalentes bajo el escenario de violación de la legislación y el basado en el actual Código Forestal (3.672 y 3.616 km<sup>2</sup>, respectivamente), mientras bajo la legislación antigua sería menor (3.374 km<sup>2</sup>) (INPA, 2021). En la Ley Zidres quedó establecido que las áreas de bosques y de parques nacionales naturales deben estar fuera de la delimitación de las áreas, lo que muestra un aprendizaje de la experiencia del vecino brasilero; pero el cumplimiento de estos parámetros dependerá en gran medida del control gubernamental. Las Zidres plantean en materia de competitividad una alianza pública–privada para el desarrollo de infraestructura y servicios, pero que en ningún modo debe convertirse en el presupuesto para la privatización de estas zonas.

Hay que mencionar, además, que gran parte del éxito del control que se reclama para esta zonas se encuentra en que el Estado tenga claridad sobre el número de predios de las extensiones de terrenos que son baldíos, y que eventualmente pueden ser objetos de Zidres, la realidad colombiana es que a pesar que desde 1974 se cuenta con un sistema formal de registro de bienes inmuebles rurales y urbanos, el Estado no cuenta con un registro nacional de baldíos; un caso similar se da en Brasil, que cuenta con un marco institucional para la administración de tierras formado por varias organizaciones, pero que trabajan de forma independiente, y en la cual no existe un inventario de tierras a favor de la nación (Bastiaan Philip Reydon *et al.*, 2015). El mencionado código forestal, y posteriormente la Ley 13465 de 2017, que modifica cerca de veintiséis marcos legales sobre la tierra en Brasil, llamada Ley del Grilagem o de Acaparamiento, señala la posibilidad de regularizar y legalizar tierras ocupadas por grandes propietarios, Esto último afectaría directamente la forma de vida de las familias en los asentamientos, ya que, con un historial de ineficiencia y abandono del poder público, la falta de infraestructura, trabajo e ingresos puede contribuir a que estas familias desatendidas se vean obligadas a vender sus tierras a precios muy por debajo del mercado. En contraste, en Colombia esta situación de falta de apropiación y conocimiento de los baldíos, y teniendo en cuenta el objeto de las Zidres, hacen que estas zonas sean un punto a parte de la política de tierras en Colombia, porque va en línea paralela a la Ley de Reforma Agraria de 1994, ya que de manera consciente está diseñada para no intervenir mutuamente, y, a su vez, no se interrelaciona con la ley de restitución de tierras para las víctimas del conflicto y el acuerdo de tierras firmado en el marco del acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC (Ley 1776 de 2016, artículo 25).

Por último, en este punto sobre la seguridad jurídica sobre el derecho al acceso a la tierra, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido unos parámetros de protección del derecho que tienen que ver con el respeto a la propiedad, posesión o tenencia de la tierra, el acceso a los bienes y servicios que permitan el desarrollo de proyectos de vida de la población rural y la titulación individual o colectiva de la tierra para la población campesina. Lo que indica el mandato a las autoridades públicas para que diseñen e implementen estrategias normativas y fácticas para estimular, fomentar e impulsar el acceso a la tierra, pero además la permanencia del campesino en ella, su explotación, su participación en la producción de riqueza y en los beneficios del desarrollo (Sentencia C-77 de 2017).

#### *4. Garantías de seguridad jurídica para la inversión*

En relación con las garantías para los inversionistas de las zonas Zidres, es preciso señalar que éstas también tienen una protección constitucional (C.P., artículos 333 y 334), pues la iniciativa privada y la libertad de empresa son fundamentos para la competitividad y el desarrollo económico, en materia agraria, desde la visión legal y constitucional el estímulo y aumento de la producción a través de la inversión privada es un deber del Estado, que debe estar articulado a la política agraria para que ésta sea eficaz, en armonía con los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente de la población campesina.

De las garantías consagradas en la Ley Zidres para los inversionistas, se encuentra el respeto de la negociación contractual y de los derechos adquiridos bajo legislaciones vigentes, y que eventualmente sean modificadas. Es decir, que independientemente de los cambios que puedan ser objeto las Zidres en su ejecución, los proyectos implementados contarán con las garantías de permanencia, estímulos a la producción y libre disposición de las rentas y beneficios, tal como se negociaron en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar (Ley 1776 de 2016, artículos 8o. y 11). A través de esta garantía se evita que los derechos reales y personales adquiridos en virtud de las Zidres se vean expuestos al capricho o arbitrariedad de actuaciones estatales, beneficio que cobija no sólo al gran inversor, sino al trabajador rural.

Sin embargo, uno de los aspectos de mayor relevancia en este punto de la seguridad jurídica para el inversionista es el estatus de utilidad pública e interés social que revisten las Zidres, teniendo en cuenta que la ley establece que se excluye para fines de expropiación. Este punto es el más ambiguo de la ley, puesto que recaería sobre los predios de particulares, ya que sobre los baldíos el Estado no podría expropiarse ni extinguirse el dominio a sí mismo. Además, es de recordar que no se da la transmisión de la propiedad de los baldíos. De manera específica, sobre los bienes de particulares, la ley en ninguna de sus partes determina sanciones por la inejecución de proyectos en las zonas, sólo se concibe cuando los bienes son de la nación; pero si la visión es que de los terrenos no se hace distinción en su origen para establecer límites o sanciones, esto significaría que potencialmente los bienes privados podrían pasar a manos del Estado por incumplimiento del fin Zidres, que sería una sanción no sólo para el inversor de capital, sino para el campesino, que se vería despojado de la tierra, lo que sería claramente inconstitucional.

Para entender este entramado, es pertinente reseñar lo que señaló la Corte Constitucional sobre este punto. La Corte, en la referida sentencia que examina la constitucionalidad de las Zidres, dice:

Los términos “utilidad pública e interés social” son conceptos jurídicos indeterminados, por lo que corresponde al legislador llenarlos de contenido en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, facultad que también comprende la posibilidad de determinar los diferentes medios que puede utilizar la administración para lograr dichos objetivos. En la medida en que son conceptos jurídicos indeterminados, la declaratoria de una actividad como de utilidad pública o interés social no conlleva implícitamente que el Congreso le esté otorgando a la administración la facultad para adelantar procesos de expropiación.

Lo cual indica de manera genérica la imposición de gravámenes o limitaciones al dominio, y en las zonas Zidres, sólo dos actores tienen el dominio; o el Estado o los particulares. Como ya está claro que el Estado no cede su dominio; no aplica la imposición de estas limitaciones; por tanto, sólo los propietarios de predios particulares serán los únicos a quienes sus bienes pueden recaer estas restricciones. Por otra parte, la Sentencia C-192 de 2016, en su fundamento jurídico 5.7, explica sobre el derecho de propiedad que éste se puede manifestar de diversas formas, pero que puede ser restringible por el ordenamiento jurídico:

(i) delimitando las formas de su ejercicio y, por ello, las facultades que ampara, (ii) estableciendo límites a dichas posiciones, (iii) imponiéndole en algunos casos gravámenes y, en eventos extraordinarios (iv) privando a su titular, del derecho de propiedad mediante la expropiación.

Si está claro que no procede la expropiación, entonces ¿cómo se manifiesta la restricción a la propiedad en virtud de la declaratoria de utilidad pública e interés social? Ello se da “cuando se trata de situaciones particulares y concretas que nacen y se desarrollan en el marco de relaciones que tienen o llegan a tener un vínculo con la utilidad pública o el interés social, surge un derecho que, si bien protege la posición o relación jurídica, no resulta intangible” (Sentencia C-192 de 2016). Es decir, en caso de conflictos que surjan por el desarrollo de los proyectos productivos, la protección de los recursos naturales o por la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de la población campesina, deberá prevalecer el interés general antes que los intereses particulares en juego. El interés social legitima la intervención del Estado para favorecer el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, en particular el de las menos favorecidas, además de

promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En contraste, desde la legislación brasilera, si se da contenido a lo que se debe entender por utilidad pública, y que la Corte Constitucional colombiana designa como una categoría indeterminada, a través de la Ley 4.504, del 30 de noviembre de 1964, artículo 18, la que se reconoce por utilidad pública y social promover la justa y adecuada distribución de la propiedad; c) obligar a la explotación racional de la tierra; d) permitir la recuperación social y económica de las regiones; e) fomentar la investigación pionera, la experimentación, la demostración y la asistencia técnica; f) realizar obras de renovación, mejora y puesta en valor de los recursos naturales; g) aumentar la electrificación y la industrialización en las zonas rurales; h) disponer la creación de áreas para proteger la fauna, la flora u otros recursos naturales, a fin de preservarlos de actividades depredadoras.

Otro punto para destacar es la institución de la extinción del dominio, que tampoco está consagrada de manera expresa en la ley, pero que se ha aparejado a lo establecido en el artículo 13, parágrafo 4 “si dentro de los tres años siguientes a la aprobación del proyecto... en los bienes de la nación... no se ha dado inicio al proyecto productivo, será causal de terminación del contrato, devolviendo a la Nación el respectivo predio”, lo cual no tiene asidero jurídico, ya que es explícito que, dado que el dominio lo ejerce el Estado, la forma de la relación jurídica con el inversionista es contractual; por tanto, es una condición resolutoria de orden legal, mas no la extinción de un dominio que nunca se ha detentado.

Hay que mencionar que aunque la ley Zidres no establece una conexión con la legislación agraria existente, como si se tratara de un punto aparte de la política de desarrollo rural —anotación que se había realizado en el acápite anterior— la Corte Constitucional ordena en la sentencia de revisión de las Zidres, que justamente, por el interés social que reviste, debe remitirse a las normas agrarias vigentes<sup>6</sup> para comprender el alcance del concepto objeto de análisis. Es decir, el Estado deberá intervenir para: i. Prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico. ii. Garantizar el acceso a la tierra a los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos mayores de dieciséis años que no la posean. iii. Garantizar el acceso a la población campesina al crédito y subsidios, y iv. Fomentar la adecuada explotación y la utilización social de las aguas y de las tierras

rurales aptas para la explotación silvoagropecuaria, mediante programas que provean su distribución ordenada y su racional utilización (Ley 160 de 1994).

Ahora bien, la contradicción de esta declaratoria de interés social está dada en que, por las características agrológicas, de acceso e infraestructura, elevados costos de adaptación productiva, estas tierras no son aptas para la constitución de unidades agrícolas familiares que favorezca la población campesina. Esta dicotomía entre los fines declarados y los bienes objetos sobre los que recae la legislación Zidres hace que las garantías de seguridad jurídica para los inversores no se concreten, y es más bien fuente de inseguridad. Por demás también, dada la naturaleza de los TLC, en los que se estatuye la prohibición de la expropiación directa o indirecta, la posible intervención del Estado en favor de la población campesina, dado que se lleguen a presentar conflictos en las relaciones jurídicas entabladas, pueda ser asumida por el inversionista extranjero como una intervención indebida que dio lugar a poner en riesgo una inversión ejecutada, concretándose en perjuicio del inversor en una restricción a la libertad económica, y por ende una privación soterrada de los atributos de valor del bien (Raffo Velásquez, 2013).

##### *5. Relación entre derechos humanos e inversión*

Se deben considerar dos aspectos claves frente a la relación derechos humanos e inversión. Primero, en la Ley Zidres, está el equilibrio que debe existir entre la garantía de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales para la población campesina y el desarrollo agroindustrial por parte de los grandes capitales nacionales o extranjeros; en este sentido, lo campesinos en general no pueden seguir siendo el eslabón insignificante de la labor productiva en el campo; por ello, la implementación de normas como las Zidres deben hacer efectiva la permanencia y sostenibilidad de las economías tradicionales de subsistencia, que son el vehículo que garantiza el acceso al alimento de la población campesina; por tanto, uno de los retos a superar es que en virtud del desarrollo de los proyectos se den modificaciones drásticas en los usos del suelo o de las prácticas productivas agrícolas, viéndose privados incluso del derecho básico a la alimentación.

Otro de los efectos derivados de la aplicación de las Zidres dentro de la ley, así como en las discusiones sobre la misma, se ha dejado por fuera un tema fundamental, como son las repercusiones sobre la seguridad alimentaria en las zonas

donde se encuentran establecidas. Adicionalmente, al ser consideradas zonas de interés público y social, prevalecen sobre las zonas de reserva ambiental o campesina, por lo que estas zonas de reserva no podrían consolidarse posteriormente en las áreas Zidres, ya que éstas gozan de protección especial por parte de los inversionistas. Lo anterior, generaría efectos contrarios a las obligaciones internacionales contempladas en los diversos instrumentos internacionales sobre medio ambiente ratificados por Colombia, en la medida en que no se podría dar aplicación jurídica a uno de los principios fundamentales en el derecho internacional ambiental como es el principio precautorio, que busca en mayor medida adoptar todos los medios necesarios por parte del Estado para evitar la degradación ambiental.

En investigaciones realizadas en este sentido en Brasil, e incluso en el África del sur, como Mozambique (John Wilkinson *et al.*, 2012), con similares patrones contractuales de inversión sobre la tierra, se pueden destacar las motivaciones para la inversión en este sector, entre las cuales se identifican: primero, capital agroindustrial, con inversión en su propio sector, se trata de inversiones, así como procesos de concentración de tierras por parte de empresas nacionales y extranjeras, presionadas y estimuladas por el nuevo entorno competitivo. Es el caso de Brasil, que es el eje global más competitivo en toda una gama de productos agrícolas que acelera la concentración y la transnacionalización de muchos sectores, tanto tradicionales como nuevos. Si bien Colombia no alcanza los niveles de competitividad brasileños, es de destacar el potencial agrícola del país que se convierte en un gran atractivo para que empresas del sector vean la oportunidad de transformar las formas de producción en materia de alimentos, que permita abastecer el alto consumo mundial.

En segundo lugar, capital agroindustrial en sectores sinérgicos y convergentes; es decir, el desarrollo de proyectos para la producción de madera, caña de azúcar, sobre todo con fines de obtener biocombustibles, para minimizar riesgos con las cosechas y maximizar las ganancias, se opta por la diversificación de las inversiones de los agroalimentaria al agrocombustible; en este tipo de inversiones cada vez más se hacen partícipes: tanto compañías petroquímicas como a los sectores automovilístico, de logística y de construcción. Tercero, empresas inmobiliarias rurales que invierten en respuesta a la valorización de tierras y nuevas perspectivas de agronegocios. Estas empresas participan en la instalación de infraestructura,

electricidad y preparar el terreno para la producción, permitiendo su adquisición en forma de una empresa llave en mano. Justamente, para lograr este fin y “compensar” la ausencia estatal, la Ley Zidres autoriza a empresas públicas, fondos de pensiones y empresas de servicios, hacer presencia por vía de inversiones en los proyectos Zidres aprobados.

El cuarto motivo está relacionado con Estados ricos en capital, pero pobres en recursos naturales que buscan garantizar el suministro de alimentos y energía. Como lo que ha ocurrido en África y parte Asia, con el acaparamiento de tierras, si bien la ley Zidres, no contempla este tipo de inversiones o relaciones intergubernamentales, que promueven formas de neocolonialismo, nada obsta para que este tipo de Estados tengan acciones o participaciones en empresas multinacionales de inversión agrícola, tal como lo hace Japón a través de su política (RAI) de inversión agrícola responsable. Esto, debido a que muchos Estados desarrollados son conscientes de que frente a la propia escasez de recursos los TLC no son suficientes para sus requerimientos de seguridad alimentaria, por lo que han optado por estrategias extraterritoriales para obtener estos recursos, y que de alguna forma sean tenidos, como productos nacionales. En este sentido, se debe considerar que la seguridad alimentaria incluye dentro de sus dimensiones la disponibilidad y estabilidad en la oferta de alimentos, al igual que el acceso económico y físico de manera permanente y a pesar de cualquier circunstancia (Paulina Lagunes, 2020).

Estas realidades no sólo muestran la dinámica del sector agrario y su alto valor para la competitividad y crecimiento económico, sino que exponen los riesgos en los que se ve la población campesina, perder la tierra por la venta o no lograr la opción de adjudicación de baldíos, en la medida en que éstos sean asignados a grandes empresarios de macroproyectos productivos. La Ley Zidres, en su artículo 16, establece la indemnidad del campesino

Cuando el campesino, trabajador agrario ocupante o poseedor de buena fe, cumpla con los requisitos que distinguen al pequeño productor y no cuente con título que acredite la propiedad de la tierra sobre la que este desempeña sus labores agrarias, el Gobierno Nacional garantizará la titularidad de dichos predios mediante un plan de formalización de la propiedad de la tierra dentro de las Zidres.

Tal como muestra la redacción del texto, el cumplimiento de los requisitos debe darse previamente a la constitución de la Zidres; la garantía es para derechos

adquiridos y preexistentes; en su desarrollo la ley no contempla a los sin tierra (no ocupante, no poseedores), y no podrán aspirar a que durante la ejecución puedan adquirir un derecho, porque finalizado el proyecto el bien debe retornar al Estado.

Segundo aspecto clave; en la experiencia brasileña, en 2016 se otorgó el permiso para vender terrenos públicos dentro de los asentamientos de la reforma agraria (MP 759/2016), lo que implica una protección pública reducida y un régimen de tenencia de la tierra de aplicación menos estricta, que puede tener un impacto en la creciente deforestación observada en la Amazonia desde 2012, que nos lleva a tener en cuenta en la relación DDHH e Inversión, y es lo concerniente al desarrollo sostenible. En Colombia, la Corte Constitucional ha sido enfática en los usos, controles y la protección pública de la tierra, sobre todo en el sector rural; la disposición de ésta está sometida al beneficio de la población campesina, se torna inconstitucional todo uso del campo, que genere desplazamiento económico de los campesinos o que los someta como jornaleros de su propio territorio.

La finalidad de toda inversión, en este sector agrícola en particular, es la consecución del desarrollo sostenible, no sólo para proteger los recursos naturales, sino para corregir las condiciones de exclusión socioeconómica y la diversidad cultural; por ello, la construcción jurídica de normas, políticas y estrategias para el campo deben ir orientadas a fortalecer los mecanismos de asociatividad entre campesinos y de ellos con los inversionistas, los riesgos que entraña la inversión agrícola deben hacerse compartidos entre quienes poseen la tierra y quienes la usan; de esta manera reducen el impacto de los precios de mercado para los campesino, además que reduce la intensidad de conflictos entre quienes están en el campo, y previene que los campesinos migren hacia estructuras armadas, como ha ocurrido en Colombia. Por ello, toda inversión debe fomentar el cooperativismo, la asociación, la colaboración empresa-población campesina. El crecimiento de ambos actores garantiza la reducción no sólo de la pobreza, sino de recurrir a la violencia como mecanismo de reivindicación de derechos.

Hacer sostenible el campo, y sobre todo en Colombia, en aquellas zonas más despobladas con mayores índices de pobreza, es una responsabilidad de primer orden, que requiere para que funcione la sinergia de los actores una fuerte presencia estatal, que garantice a todas las partes la protección de sus derechos y el ejercicio de sus deberes. Este engranaje tiene una repercusión en la protección de los recursos

naturales y en la recuperación del paisaje forestal; todo ello en un proceso planificado, para recuperar la integridad ecológica y mejorar el bienestar humano. Para lograr esta armonización, es necesario fortalecer los derechos de tenencia sobre la tierra; a mayor seguridad sobre estos derechos, mayor compromiso para las inversiones en conservación de los recursos naturales (Rebeca McLain *et al.*, 2018), dado que genera confianza del beneficio que les representa; el éxito de la sostenibilidad en gran parte depende ello. La empresa será ambiental y socialmente responsable en la medida en que sus derechos sean seguros y no se presenten ambigüedades que den lugar a conflictos con el campesino; por su parte, la seguridad del campesino sobre el respeto a su tenencia y la conexión existencial con ella genera un compromiso por desarrollar proyectos que no sólo le apuntan a su subsistencia, sino al equilibrio en general de su entorno.

## V. CONCLUSIONES

Las Zidres fueron creadas en Colombia con el objetivo principal de promoción y acceso al desarrollo rural, a partir de la implementación de ciertos estándares que le impriman competitividad al manejo del agro colombiano. Sin embargo, encontramos que en la práctica se presentan tensiones entre dos sectores interconectados entre sí como son los campesinos y la inversión extranjera.

Sin embargo, factores como la inequidad rural y el conflicto armado han generado que la población campesina sea un sujeto de especial protección por la posible vulneración de sus derechos especialmente, los DESC y del derecho a la alimentación, el mínimo vital, el derecho al trabajo, entre otros, que afectan sin duda la dignidad humana.

Por otra parte, encontramos a los inversionistas, a quienes la ley de creación de las Zidres les permite que sean personas naturales o jurídicas de carácter nacional e internacional; a éstos se les garantiza la libertad económica y de empresa con los límites constitucionales relacionados con la protección de los derechos sociales, especialmente de la población campesina. La titulación de los predios rurales es un obstáculo en la protección de la inversión, que repercutirá en la seguridad jurídica para los inversionistas, así como en las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano a partir de la suscripción de los TLC y acuerdos bilaterales de inversión.

Todo lo anterior nos lleva a revisar las experiencias de este tipo de zonas implementadas en terceros países, como es el caso de Brasil, donde la recepción de la inversión en estas áreas es relevante, ya que obedece muchas veces a las políticas expansionistas de los Estados desarrollados en su búsqueda de garantías para la exploración y explotación de recursos naturales, muchas veces limitado en sus propios territorios. Esta situación causaría el detrimento no sólo desde el punto de vista de los recursos del Estado, sino también de la población campesina que no se encuentra en capacidad de competir con los terceros inversionistas.

El caso brasileño es de particular atención, puesto que desde su misma norma constitucional permite las concesiones de tierras para los extranjeros, y que en el desarrollo normativo posterior (Ley 4504 de 1964, Ley 12651 de 2012 y la más reciente Ley 13465 de 2017), facilitan y amplían la explotación en zonas forestales, antes protegidas, para el desarrollo agroindustrial sea con fines alimentarios de combustibles, lo que termina poniendo en riesgo tanto la seguridad alimentaria como los derechos de propiedad sobre la tierra, las garantías de los campesinos poseedores y en general el desarrollo sostenible del territorio rural. Por su parte, en el panorama existente en México, hallamos que los procesos de acaparamiento de la tierra se desarrollan en torno a las concesiones mineras para la explotación de hidrocarburos, hecho que afecta de manera particular el medio ambiente de los lugares en los cuales se desarrollan estas actividades. En el caso colombiano, tanto la Constitución como las sentencias expedidas por la Corte Constitucional han intentado aliviar esta tensión a través de la protección de los recursos naturales y la corrección de las condiciones de exclusión socioeconómica. No obstante, la realidad nos lleva a plantear la necesidad de generar políticas concretas para el sector rural a partir de aspectos como la construcción jurídica de normas que protejan al campo, la adecuada titulación y clasificación de las zonas rurales, y el establecimiento de estrategias certeras para generar asociatividad entre los campesinos.

Por último, como estrategia jurídica para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, que podrían verse vulnerados a partir de la implementación de las Zidres en Colombia, sugerimos la posibilidad de utilizar los mecanismos constitucionales internos, y en caso de que lo amerite, acudir al sistema regional de derechos humanos, específicamente al sistema interamericano, para hacer valer los instrumentos internacionales que consagran los DESC, así como la

Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y otras Personas que Trabajan en Zonas Rurales, adoptada al interior del Comité de los Derechos Humanos de la ONU.

## VI. REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional* 109, Imprenta Nacional.

CARRERO, G. C.; WALKER, R. T.; SIMMONS, C. S., y FEARNSTIDE, P. M. (2022), Land grabbing in the Brazilian Amazon: Stealing public land with government approval, *Land Use Policy*, 106133, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2022.106133>.

CARVALHO LOPES, R. de y OLIVEIRA, M. R. L. de (2021), Considerações sobre a Lei no 13.465/2017 e os possíveis efeitos em relação à política de Reforma Agrária no Brasil, *Research, Society and Development*, vol. 10, núm. 1.

CLEMENTS, E. A. y FERNANDES, B. M. (2013), Land Grabbing, Agribusiness and the Peasantry in Brazil and Mozambique, *Agrarian South: Journal of Political Economy*, vol. 2, núm. 1, disponible en: <https://doi.org/10.1177/2277976013477185>.

*Constitución Política de Colombia* (1991) (testimony of [Const.]).

DANE (2016), *Censo Nacional Agropecuario*.

DANE (2019), *Boletín técnico pobreza multidimensional en Colombia, 2018*.

DE LA CRUZ, A. (2016), *Vías comunitarias para la defensa del territorio*, en Hernández, N. L. y A. De Ita, R. (eds.), *La nueva survidumbre agraria y la resistencia indígena y campesina*, Centro de Estudios para el Cambio en el Campo Mexicano, México.

DNP, D. N. de P. (2018), *Documento Conpes 3917*.

Gobernación del Meta (2015), *Nuestro departamento, Meta Tierra de Oportunidades*, disponible en: <https://www.meta.gov.co/web/content/nuestro-departamento>.

HERNÁNDEZ, N. J. (2016), Reforma al campo y leyes energéticas, en Hernández, N. J. y A. De Ita R. (eds.), *La nueva survidumbre agraria y la resistencia indígena y campesina*, Centro de Estudios para el Cambio en el Campo Mexicano, México.

INPA. (2021), *Estimativa de desmatamento por corte raso na Amazônia Legal. Recomendações Para Cartas e Documentos Timbrados Do INPE*. disponible en: <https://www.gov.br/inpe/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/divulgacao-de-dados-prodes.pdf>.

- Ley 160 de 1994* (1994), (testimony of Congreso de Colombia).
- Ley 1776 de 2016* (2016), (testimony of Congreso de Colombia).
- Ley 1776 de 2017 - Ley Zidres* (2017) (testimony of Congreso de Colombia).
- Llano, E. M. de. (2014), La dimensión territorial de la competitividad. *Economía y Desarrollo*, núm. 151, disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0252-85842014000100006&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0252-85842014000100006&nrm=iso).
- MEDINA, P. A. y CÁRDENAS, D. C. B. (2010), La sostenibilidad ambiental urbana en Colombia. *Bitácora Urbano Territorial*, vol. 2, núm. 17, disponible en:
- NUÑEZ-TERRONES, Elvira; SÁNCHEZ-TORRES, Yolanda, y TERRONES-CORDERO, Aníbal (2020), *Efectos de la reforma energética en el territorio y condiciones socioeconómicas en Papantla, Veracruz, México* Effects of. *LiminaR*, vol. 18, núm. 1, disponible en: <https://doi.org/10.29043/liminar.v18i1.720>.
- PNUD. (2011), *Colombia rural. Razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo Humano*, INDH, PNUD.
- REYDON, B. P. (2011), O desmatamento da floresta amazônica: causas e soluções. *Política Ambiental*, núm. 8.
- REYDON, B. P., FERNANDES, V. B. y TELLES, T. S. (2015), Land tenure in Brazil: The question of regulation and governance, *Land Use Policy*, núm. 42, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2014.09.007>.
- ROBLES, H., (2012), El caso de México, en Gomez, S.; Soto, F. *Dinámicas del mercado de la tierra en América Latina*, FAO, Italia.
- ROMERO, E. (2012), *Desarrollo sostenible: hacia la sostenibilidad ambiental*, Produmedios.
- Sentencia C 644 de 2012*, 120 (2012) (testimony of Corte Constitucional de Colombia).
- Sentencia C 192 de 2016*, (2016) (testimony of Corte Constitucional de Colombia).
- Sentencia C 77 de 2017*, 203 (2017) (testimony of Corte Constitucional de Colombia).
- VÁZQUEZ GARCÍA, V. (2017), Land grabbing in Mexico: extent, scale, purpose and novelty, *Revista Mexicana de Ciencias Forestales*, vol. 8, núm. 44, disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-11322017000600010&lng=es&tlng=en](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-11322017000600010&lng=es&tlng=en).
- VELASQUEZ, R. (2013), Expropiación indirecta, Justificación, *Ius et Veritas*, vol. 4, núm. 16.

WILKINSON, J.; Reydon, B., y SABBATO, A. Di. (2012), Concentration and foreign ownership of land in Brazil in the context of global land grabbing, *Canadian Journal of Development Studies / Revue Canadienne d'études Du Développement*, vol. 33, núm. 4, disponible en: <https://doi.org/10.1080/02255189.2012.746651>.

---

\* ORCID: [0000-0002-2807-3696](https://orcid.org/0000-0002-2807-3696), doctora en derecho de la Universidad del Norte; magister en derecho de la Universidad del Norte; profesora de derecho civil de la Universidad del Atlántico, correo electrónico: [mariabocanegra@mail.uniatlantico.edu.co](mailto:mariabocanegra@mail.uniatlantico.edu.co).

\*\* ORCID: [0000-0001-6143-7722](https://orcid.org/0000-0001-6143-7722), doctora en derecho de la Universidad de Valencia; máster in International Trade Management, investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte en Barranquilla, correo electrónico: [insignaress@uninorte.edu.co](mailto:insignaress@uninorte.edu.co).

\*\*\* ORCID: [0000-0003-0143-1438](https://orcid.org/0000-0003-0143-1438), doctorante en derecho, Universidad del Norte. Master of Laws por la University of Melbourne, abogada de la Universidad del Atlántico, Profesional en relaciones internacionales de Universidad del Norte. Docente, Universidad del Atlántico, correo electrónico: [cgiovannetti@mail.uniatlantico.edu.co](mailto:cgiovannetti@mail.uniatlantico.edu.co).

<sup>1</sup> En 2021, el porcentaje de personas en situación de pobreza multidimensional en Colombia fue 16.0,6%; en las cabeceras de 11.5,8% y en los centros poblados y rural disperso de 31.1%, es decir, el porcentaje de personas en situación de pobreza multidimensional en centros poblados y rural disperso fue 2.7 veces el de las cabeceras (DANE, 2022).

<sup>2</sup> Planes Nacionales de Desarrollo “Hacia un Estado Comunitario (2002-2006) - Álvaro Uribe Vélez” Estado Comunitario: desarrollo para todos (2006-2010).

“Prosperidad para Todos” (2010-2014) - Juan Manuel Santos “Todos por un Nuevo País” (2014-2018) - Juan Manuel Santos. “Pacto por Colombia – Pacto por la Equidad” – Iván Duque Márquez (2018-2022).

En estos planes de desarrollo se contempla un fortalecimiento de las relaciones comerciales internacionales de Colombia, a través de la suscripción de TLC para atraer la inversión extranjera.

<sup>3</sup> Ley 160 de 1994, artículo 69. La persona que solicite la adjudicación de un baldío deberá demostrar que tiene bajo explotación económica las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación solicita y que la explotación adelantada corresponde a la aptitud del suelo establecida por el INCORA en la inspección ocular.

En todo caso, deberá acreditarse una ocupación y explotación previa no inferior a cinco (5) años para tener derecho a la adjudicación. La ocupación anterior de persona distinta del peticionario no es transferible a terceros, para los efectos contemplados en este inciso.

<sup>4</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC10896-2015/2005-00011 DE AGOSTO 19 DE 2015.

<sup>5</sup> Brasil ha perdido un promedio de 2.6 millones de hectáreas de bosque por año en los últimos diez años. Además, en los últimos años, entre 6.4 y 7.4 millones de hectáreas de la selva amazónica se han perdido debido a la deforestación (Reydon, 2011).

<sup>6</sup> Véase D. 2666/94, artículos. 1o. y 3o. ordinales segundo, tercero y quinto del artículo 1o. de la Ley 160 de 1994.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17497](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17497)

Recibido: 4 de abril de 2022

Aprobado: 14 de junio de 2022

## EL ENGRANAJE DE LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y LA DIFERENCIA SEXUAL: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN DETENCIÓN MIGRATORIA

### THE INTERTWINING OF INSTITUTIONAL VIOLENCE AND SEXUAL DIFFERENCE: A REFLECTION ON THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN IN IMMIGRATION DETENTION

“Y sean bienvenidas las nuevas palabras si sirven para evidenciar problemas tradicionalmente aplazados u ocultados, y para conferir radicalidad y consciencia a la reivindicación de los derechos de la persona y a la realización del valor de la igualdad”

Luigi Ferrajoli (2002, p. 92).

**Alethia FERNÁNDEZ DE LA REGUERA AHEDO\***

#### Resumen:

Este artículo expone la importancia de estudiar la política migratoria a través de una aproximación etnográfica a las

#### Abstract:

*This article discusses the importance of studying migration policy through an ethnographic approach to the*

prácticas y relaciones de poder que se gestan en la interacción cotidiana de las personas migrantes con las burocracias. En especial, analizo los procesos de detención migratoria y reflexiono acerca de la distancia entre la norma y su aplicación por la burocracia local, lo que puede afectar de manera particular a las mujeres migrantes. La sociología jurídica y el feminismo crítico enmarcan la mirada con la que analizo una específica forma de discriminación o violencia “suave” que se ejerce desde el Estado contra las mujeres migrantes. Retomo las paradojas planteadas por diversas teóricas sobre la valoración de las diferencias sexuales tanto en los marcos jurídicos como en políticas públicas para lograr la igualdad (Wendy Brown, 2002; Nancy Fraser, 1997; Joan W. Scott, 1992). Un punto central es el dilema de la diferencia (Luigi Ferrajoli, 2002; Martha Minow, 1985;1990), que pone en cuestión la dicotomía entre la igualdad y la diferencia, para así lograr construir formas de igualdad ciudadana que reconozcan la diferencia sexual, y que permitan contextualizar y ponderar sus efectos en el ejercicio de los derechos humanos.

*practices and relationships that arise in the daily interaction of migrants with bureaucracies, thus broadening the lens of observation to study certain power relations that arise from the State. In particular, I analyze the processes of immigration detention and reflect on the distance between the norm and its application by the local bureaucracy, which can particularly affect migrant women. In addition, legal sociology and critical feminism frame the gaze with which I analyze a specific form of discrimination or “soft” violence exercised by the State against migrant women. Finally, I take up the paradoxes raised by various theorists on valuing sexual differences both in legal frameworks and in public policies to achieve equality (Wendy Brown, 2002; Nancy Fraser, 1997; Joan W. Scott, 1992). A central point is the dilemma of difference (Luigi Ferrajoli, 2002; Martha Minow, 1985; 1990), which questions the dichotomy between equality and difference. I reflect on ways to construct equality by recognizing the sexual difference, depending on the context and its effects on the exercise of human rights.*

### **Palabras clave:**

Derechos humanos, mujeres migrantes, detención migratoria, violencia institucional.

### **Keywords:**

*Human rights, migrant women, immigration detention, institutional violence.*

*SUMARIO: I. Introducción. II. La menstruación: cuando la diferencia sexual sí hace una diferencia. III. México: país de detención migratoria. IV. La violencia de género y el Estado. V. La perspectiva sociojurídica: entre la norma y su aplicación. VI. Los paradigmas de la igualdad y los derechos humanos de las mujeres. VII. El conflicto del Estado “protector”. VIII. Conclusiones. IX. h3.*

## I. INTRODUCCIÓN

La complejidad de los sistemas actuales de gobernanza de la migración requiere de un análisis que incluya tanto las políticas, leyes y prácticas que generan resultados observables, como aproximaciones que den cuenta de los factores que motivan las decisiones de los diversos actores (Andrew Geddes, 2021). Uno de los objetivos de este artículo es mostrar que si bien el análisis de las normas, los programas sexenales,<sup>1</sup> los acuerdos internacionales y los acuerdos políticos son centrales para estudiar la política migratoria, también lo son otras microunidades de análisis, como las prácticas y relaciones que se gestan en la interacción cotidiana de las personas migrantes con las burocracias (Akhil Gupta, 2015). De ahí la utilidad de la etnografía como una aproximación metodológica que complejiza el análisis de la política migratoria, pues al explorar las microinteracciones entre los agentes del Estado y las personas migrantes se amplía la lente de observación para estudiar ciertas relaciones de poder que se gestan desde el Estado. En especial, desde mi interés por analizar un aspecto de la aplicación de la Ley de Migración<sup>1</sup> en los procesos de detención migratoria, reflexiono acerca de la distancia entre la norma y su aplicación; en particular, tomo un caso acerca de cómo es interpretado y aplicado el Reglamento de la Ley de Migración<sup>2</sup> por la burocracia local. Para ello, también recurro a una reflexión teórica sobre el “dilema de la diferencia”, que cobra vida en un aspecto de la detención de las mujeres migrantes.

A partir de la evidencia empírica que he recuperado especialmente entre 2017 y 2020 en la estación migratoria Siglo XXI en Tapachula, Chiapas,<sup>4</sup> en este artículo, elaboro una reflexión desde las aportaciones de la teoría crítica feminista del Estado y del derecho sobre los derechos humanos de las mujeres migrantes. La sociología jurídica, en su diálogo interdisciplinar con la teoría del género y el feminismo crítico,<sup>5</sup> enmarca la mirada con la que analizo una específica forma de discriminación o violencia “suave” que se ejerce desde el Estado contra las mujeres migrantes. Retomo las paradojas planteadas por diversas teóricas sobre la valoración de las diferencias sexuales tanto en los marcos jurídicos como en políticas públicas para lograr la igualdad (Wendy Brown, 2002; Nancy Fraser, 1997; Joan W. Scott, 1992). Un punto central es el dilema de la diferencia (Luigi Ferrajoli, 2002; Martha Minow, 1985; 1990), que pone en cuestión la dicotomía entre la igualdad y la diferencia, para así lograr construir formas de igualdad ciudadana que reconozcan la diferencia sexual, y que permitan contextualizar y ponderar sus efectos en el ejercicio de los derechos humanos.

## II. LA MENSTRUACIÓN: CUANDO LA DIFERENCIA SEXUAL SÍ HACE UNA DIFERENCIA

Desde finales del siglo XX gran parte del desarrollo teórico sobre el género ha enfatizado la necesidad de diferenciar los aspectos biológicos de los aspectos sociales, culturales y

simbólicos para distinguir las categorías sexo y género (Teresita de Barbieri, 1996; Marta Lamas, 1996; Joan W. Scott, 1996). Esto, que ha servido para complejizar el análisis sobre las relaciones de poder, ha llevado a reflexionar teóricamente acerca de un dato aparentemente contradictorio: mujeres y hombres somos iguales en tanto seres humanos y ciudadanos, pero diferentes en tanto sexos. El dilema de la diferencia, desarrollado inicialmente por la jurista Martha Minow (1985, 1990), sirve para enfrentar el desafío conceptual y político de afirmar la importancia de la diferencia, pero sin esencializarla ni fetichizarla. A partir de una revisión de sentencias de la Corte Suprema en Estados Unidos, Martha Minow (1990) concluye que en ocasiones se necesita un tratamiento especial, diferenciado, para alcanzar la igualdad, y en otras, se requiere ignorar la diferencia. En eso consiste el “dilema de la diferencia”. Ella plantea así una nueva forma de pensar sobre las diferencias (sexuales, étnicas, etarias, etcétera), sujetándolas a un examen crítico, para ver si requieren abordajes y tratamientos especiales o abordajes y tratamientos igualitarios. Al calificar de “dilema” la decisión, concluye que tanto ignorar la diferencia como centrarse en ella puede recrear y agrandar la diferencia.

Desde tal perspectiva, inicio mi argumento acerca del funcionamiento burocrático que ocurre en la detención migratoria,<sup>6</sup> y pongo como ejemplo una de las funciones biológicas que por excelencia distinguen al cuerpo sexuado femenino del cuerpo sexuado masculino: la menstruación. Ello me permitirá más adelante discutir la dificultad de pensar cómo se simboliza la diferencia sexual (el género) como algo fácilmente observable, para adentrarme en una reflexión acerca de un proceso de discriminación en el Instituto Nacional de Migración, que está naturalizado. Para ello, esbozo un análisis crítico con perspectiva de género a partir de un ejemplo de práctica en los procesos de detención en México. Respecto a la abstracción y la estabilidad de la institucionalidad de género Rita Laura Segato (2010) ha señalado que

si desencializamos el género, retirando a la biología de su lugar determinante —que es la contribución antropológica por excelencia— pero continuamos constatando la jerarquía del género, sólo nos queda la alternativa de intentar identificar modelos explicativos que sustituyan a la biología en la determinación de la universalidad de esa jerarquía (p. 67).

Recientemente, la menstruación se ha convertido en un tema relevante en el debate público en México. Diversas colectivas feministas han posicionado el movimiento “Menstruación Digna” a lo largo del país, con el objetivo de eliminar el tabú alrededor de la menstruación y promover el fácil acceso a tampones, toallas sanitarias y/o copas menstruales, con lo cual se eliminaría una barrera extra para el pleno desarrollo de la autonomía de las mujeres. El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia reporta que en México el 43% de las niñas prefieren quedarse en casa que ir a la escuela durante su periodo

menstrual (UNICEF, 2021), por lo que impulsa el programa “La higiene es nuestro derecho”. En este contexto, es que en abril de 2021 la Cámara de Diputados aprobó el dictamen para modificar la Ley General de Educación, y promover así la gratuidad de tampones, toallas sanitarias y copas menstruales en escuelas públicas de nivel básico y medio superior. Difícilmente habrá voces que se pronuncien contra estas medidas; de hecho, este movimiento es de índole mundial,<sup>7</sup> y ha logrado demostrar la correlación entre el acceso a toallas sanitarias y mayores capacidades para la libertad de movimiento y la autonomía económica de las mujeres. A pesar de ello, en México, las dificultades que enfrentan algunas adolescentes y mujeres para acceder a una toalla sanitaria no se deben necesariamente a la falta de recursos y/ o de información, sino a formas de negligencia y violencia institucional, como es el caso de las adolescentes y mujeres migrantes en detención migratoria. De lograrse la reforma a la Ley General de Educación a favor de un manejo digno de la menstruación,<sup>8</sup> escasas son las posibilidades de cambiar las realidades de las adolescentes y mujeres migrantes en detención, ya que en las estaciones migratorias prevalecen situaciones excepcionales (Alethia Fernández de la Reguera, 2020; GICDMT, 2018).

Como mencioné en un inicio, a lo largo de mi trayectoria como investigadora he entrevistado a decenas de mujeres migrantes, la mayoría provenientes de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Cuba, y a mujeres agentes de migración, entre ellas oficiales de protección a la infancia, mandos medios, agentes del área de control y verificación migratoria, y del área de regularización, así como a ex funcionarias de las oficinas centrales del INM en la Ciudad de México. En casi todas mis conversaciones (formales e informales) con estas mujeres ha surgido el tema de la falta de acceso a las toallas sanitarias en las estaciones migratorias. Desde mis primeras interacciones con las mujeres en detención migratoria identifiqué que las condiciones de estancia eran muy precarias, ya que a la par de expresar sus preocupaciones ante la incertidumbre de sus trámites migratorios y/o del acceso efectivo a las solicitudes de asilo, las principales quejas que tenían era la falta de privacidad, la insalubridad del lugar y la falta de acceso a medicamentos, a pañales de bebé y a toallas sanitarias.

En ocasiones, otro problema que reportaban era la falta de acceso a pruebas de embarazo cuando dejaban de menstruar. Además de la gestación, la menstruación se interrumpe por diversas causas, como, por ejemplo, el estrés, la desnutrición, el padecimiento de enfermedades reumatológicas o cancerígenas o a causa de algunos tratamientos médicos, como las quimioterapias y las radiaciones. Durante mi experiencia en el trabajo de campo llamó mi atención que varias de las mujeres entrevistadas habían dejado de menstruar a causa del estrés, incluidas las agentes de migración. Observé que tanto las mujeres que menstrúan como las que no, padecen lo que a primera vista parece una forma de

negligencia burocrática, ya sea porque les dan una toalla sanitaria al día, porque no les dan una prueba de embarazo o el acceso a una consulta médica para detectar las causas por las cuales han dejado de menstruar.

Dentro de las múltiples formas de analizar la política migratoria, la etnografía<sup>9</sup> me permitió estudiar su dimensión micro en la cotidianidad de las prácticas institucionales a nivel local. Este enfoque facilita observar lo que en una entrevista puede no ser dicho, lo cotidiano, lo que en ciertos contextos puede normalizarse; en este caso pude observar el tema del limitado acceso a las toallas sanitarias, que está bastante “normalizado” dentro el INM. He preguntado tanto a agentes migratorios como a personas tomadoras de decisiones dentro del INM por qué sólo se les da una toalla sanitaria al día; y la respuesta siempre es la misma: “Es por falta de presupuesto”. Sin embargo, recordando al antropólogo estadounidense Clifford Geertz (1997), el objetivo de la etnografía es la construcción de la descripción densa de los datos, el ser capaces de descifrar, sin perder de vista nuestros propios alcances y límites como investigadoras situadas<sup>10</sup> (Rosana Guber, 2012), todas las capas de interpretación de un acontecimiento observado. ¿Cómo interpretar esa interacción (excesivamente común) entre un guardia de migración y una mujer migrante en detención que solicita una toalla sanitaria y se la niegan? ¿De qué nos está hablando esta situación? ¿Es una negligencia? ¿Es una violación a la norma? ¿Cómo transformar este hecho en un problema de investigación socio-jurídica?

### **III. MÉXICO: PAÍS DE DETENCIÓN MIGRATORIA**

Con independencia de la orientación de la política migratoria, la práctica de detención ha prevalecido en los últimos sexenios, incluso siendo utilizada con una diversidad de poblaciones que no deberían estar detenidas: desde la propia detención de personas migrantes irregulares que han cometido una falta administrativa y no penal, hasta la presencia de niños, niñas y adolescentes y solicitantes de asilo. De acuerdo con la organización Global Detention Project,<sup>11</sup> México tiene uno de los sistemas de detención migratoria más grandes del mundo, con alrededor de sesenta centros de detención migratoria (cerca de treinta estaciones migratorias<sup>12</sup> y veinticuatro estancias provisionales<sup>13</sup>) (GDP, 2021). La mayoría de las estaciones migratorias fueron instaladas entre los años 2000 y 2010.<sup>14</sup> Estos centros operan de manera muy similar a las cárceles,<sup>15</sup> y también a los campos de refugiados. En 2021, el Instituto Nacional de Migración (INM) detuvo a 307,679 personas (86.8% provenientes de América Central y de Haití). En ese periodo 84,122 mujeres de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Haití fueron detenidas en estaciones migratorias (Unidad de Política Migratoria, 2021).

Las estaciones migratorias son institucionales totales (Erving Goffman, 2001), con espacios y poblaciones clasificados entre los que vigilan y los que han cometido una falta administrativa. Son lugares que operan de formas muy complejas, en donde se pueden analizar distintos campos sociales<sup>16</sup> o lo que el sociólogo francés Pierre Bourdieu explica como “lo que existe en el mundo social son relaciones” (Pierre Bourdieu y Loic Wacquant, 2012, p.134). Estos campos son espacios donde se distribuyen formas de capital y se disputan relaciones de poder; cada uno funciona de manera independiente y en relación con la totalidad de la institución. El primer campo es la burocracia migratoria o las relaciones de poder entre el personal del INM; el segundo se compone por las relaciones entre los agentes del INM y las personas migrantes, y finalmente, el tercer campo permite observar las relaciones que suceden entre las personas migrantes detenidas. Cada población puede ser analizada como un campo en sí mismo, y en cada una se gestan relaciones de poder y de género, en el marco de la institucionalidad del INM, cuya identidad se configura en una hibridación entre lo administrativo y lo militar.

La detención migratoria deja ver lo que refiere Didier Fassin (2001) sobre el cuerpo como el lugar donde se inscriben las políticas de inmigración. En las estaciones migratorias se manifiesta la excepción o la suspensión de la norma y se implementan políticas para “dejar morir al otro” (Giorgio Agamben, 2005; Achille Mbembe, 2003), al restringirle el acceso a la salud, a la seguridad, a la justicia y al debido proceso. Es común que en estos espacios el personal del INM labore bajo los supuestos de la ambigüedad y la discrecionalidad. En lo cotidiano, la burocracia local suele funcionar en un entorno de excepcionalidad, que no tiene realmente forma jurídica entre la política y el derecho. La norma se suspende o se aplica según sea o no conveniente a la intención política (Alethia Fernández de la Reguera, 2020; Claudio Minca, 2015). Anteriormente documenté un caso de un señor salvadoreño casado con una mujer mexicana, padre de dos hijas mexicanas con más de dieciocho años viviendo en México, que fue detenido. Las autoridades migratorias le rompieron sus papeles (CURP y acta de nacimiento de sus hijas) argumentando que no eran válidos, y que sería deportado.<sup>17</sup> Asimismo, en abril de 2019, llegó a Tapachula una caravana a la que se unieron personas migrantes que habían quedado varadas en esa ciudad desde meses atrás. La autoridad “alojó” a esta caravana en el municipio de Mapastepec, y decidió que a las personas que habían logrado ingresar el primer día al deportivo (que fungía de albergue o centro de detención temporal), se les iba a otorgar la tarjeta de visitante por razones humanitarias; sin embargo, las personas que llegaron al segundo día, en su mayoría no lograron obtenerla, porque el gobierno decidió que —a diferencia de caravanas previas— no continuaría otorgando estas tarjetas (Luciana Gandini *et al*, 2020).

En México, las personas solicitantes de asilo pueden iniciar su trámite en detención migratoria, por lo que en las estaciones migratorias están quienes serán deportadas a sus países y quienes están por iniciar o ya iniciaron un proceso de protección internacional; es decir, por un lado se criminaliza y por otro lado se otorga el derecho a solicitar asilo. “Ciertamente, para que el centro pueda cumplir esta doble función, siempre es necesario mantenerlos en un estado de extrema precariedad que no es de ninguna manera un elemento accidental, por falta de medios, sino intencional, por razones políticas” (Didier Fassin, 2016, p. 225). Ante este complejo escenario, resulta central conocer los procesos internos de organización de las burocracias locales, para comprender cómo hacen uso del derecho, cómo interpretan la norma de forma tal que se generan prácticas de violencia institucional y violaciones a los derechos humanos, incluidos actos de tortura (CDH Fray Matías de Córdova A. C., 2013; Araceli Avila Morales, *et al.*, 2017; Alejandra Macías Delgadillo *et al.*, 2013).

#### **IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL ESTADO**

En 2018, el Comité de la Convención para la Eliminación de Discriminación de la Mujer (CEDAW) emitió recomendaciones específicas al Estado mexicano en relación con la violencia que sufren las mujeres migrantes en el territorio nacional. A dicho Comité le preocuparon especialmente los riesgos que enfrentan las mujeres migrantes a causa de la política de detenciones automáticas establecida en la Ley de Migración; los obstáculos para solicitar asilo; la parcial implementación del Programa de Alternativas a la Detención; los obstáculos para el acceso a servicios de salud, vivienda y empleo de las mujeres solicitantes de la condición de refugiado y refugiadas y la investigación efectiva de las desapariciones forzadas de mujeres migrantes (CEDAW, 2018).

Las mujeres centroamericanas huyen de sus países a causa de varias violencias ejercidas por el Estado: la violencia económica y la falta de acceso a la justicia, principalmente aunadas a las violencias de género que suceden en el espacio doméstico y comunitario de tipo feminicida (Amarela Varela, 2017), que orillan a miles de mujeres a dejar todo atrás y buscar asilo en México o en Estados Unidos. La *Encuesta Nacional de Personas Migrantes en Tránsito por México* (UNAM, 2017) muestra que en 2016 las principales causas por las cuales las mujeres provenientes de Honduras, El Salvador y Guatemala decidieron migrar a México fueron la inseguridad y la violencia (46%), seguidas por las razones económicas (32%), a diferencia de los hombres, donde el orden se invierte. Al estar más expuestas a la violencia sexual, ocho de cada diez mujeres reportaron haber salido de su país acompañadas. Además, es común que las mujeres contraten los servicios de un pollero o traficante y que sean abandonadas en la ruta, lo que las expone a mayores riesgos, incluyendo ser víctimas de

redes de tráfico de personas, de secuestros por parte del crimen organizado y de extorsión por parte de las autoridades migratorias.

Desde la llegada de las caravanas migrantes en 2018, hay varios ejemplos de redadas y detenciones masivas en redes sociales, donde se pueden ver operativos del personal del INM deteniendo, golpeando y lanzando gases en puntos estratégicos del río Suchiate para evitar la entrada de varones, mujeres y niños a territorio mexicano. Estas imágenes se alinean a un creciente discurso global que estereotipa y criminaliza a las personas migrantes por considerarlas una amenaza a la seguridad nacional, y refuerza un contexto adverso de recepción, que genera mayores vulnerabilidades, especialmente para las mujeres, los niños, las niñas y adolescentes, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad, que son los grupos que han destacado por utilizar las caravanas, que son las formas más visibles para migrar como estrategias para evitar los riesgos y los altos costos de ingresar por sitios clandestinos a territorio mexicano (Luciana Gandini *et al.*, 2020).

En la estación migratoria Siglo XXI varios de los abusos que viven las mujeres por parte de las autoridades se relacionan con su rol de cuidadoras. A diferencia de los varones, las mujeres migrantes suelen salir de sus países con sus hijos, y en el caso de que los menores lleguen a permanecer en el lugar de origen (normalmente a cargo de las abuelas, tías o primas) las migrantes siguen teniendo la responsabilidad de ser cuidadoras, ya sea porque proveen económicamente o porque continúan resolviendo los cuidados de sus hijos y dependientes a pesar de la distancia. Se podría pensar que el rol de madres y/o cuidadoras podría ser un factor protector frente a la violencia institucional y/o legal; por ejemplo, al facilitarles alternativas a la detención o durante sus procedimientos de solicitud de la condición de refugiado; sin embargo, no es así. Las mujeres en detención no tienen apoyo con el cuidado de sus hijos/as; a pesar de que en algunas estaciones migratorias hay espacios al aire libre y presencia del DIF, lo que destaca son las precarias e insalubres condiciones materiales y sanitarias de alojamiento que afectan especialmente a los niños y las niñas.<sup>18</sup> Las madres en detención reportan falta de acceso a los servicios médicos y/o negligencia por parte de las autoridades para atender las emergencias médicas de sus hijos e hijas (Araceli Avila Morales *et al.*, 2017; Alethia Fernández de la Reguera, 2020).

El contacto con las autoridades migratorias suele formar parte de un *continuum* de violencia que enfrentan las mujeres desde el lugar de origen hasta el lugar de tránsito o de destino como lo es México. La violencia institucional es una forma de violencia metapolítica de Estado dinámicamente simbólica, la cual ha estructurado en la larga duración un sistema de valores que discrimina, diferencia y excluye mediante las estrategias ideológicas de la invisibilidad, el ocultamiento, la negación, la omisión y la estereotipia” (Luz Adriana Maya Restrepo, 2009, p. 222). Son prácticas tales como negar el acceso a una toalla sanitaria, hasta

el negar el acceso a la justicia; deportar a una mujer que no pudo comprobar el temor infundado en su solicitud de asilo por falta de pruebas; dejar en detención indefinida a una mujer que interpone un recurso ante la autoridad migratoria; negar el derecho a una revisión ginecológica; o no garantizar condiciones de seguridad a una mujer en riesgo de encontrarse con el perpetrador de la violencia que ha sufrido, etcétera.

De acuerdo con la socióloga salvadoreña estadounidense Cecilia Menjívar, la violencia legal “incorpora las varias, mutuamente reforzadas formas de violencia que la ley hace posible y amplifica” (Cecilia Menjívar y Leisy J. Abrego, 2012, p. 1384). Esta clasificación de violencia en el ámbito jurídico e institucional no es necesariamente observable a primera mano. No siempre se manifiesta como una violencia directa que dañe físicamente a la víctima, sino el tipo de violencia acumulada ejercida por diversas instancias que causan tanto un daño inmediato como un daño potencial en el mediano y largo plazo a las personas migrantes. “La agresión explícita en ocasiones era acompañada o sustituida por otras formas de violencia, como la discriminación, la negación de alimentos, de productos de aseo o el acceso a la atención médica” (Consejo Ciudadano del INM, 2017, p. 105). Son prácticas de violencia institucional y violencia legal que experimentan las mujeres migrantes ya sea que crucen el territorio mexicano, que sean detenidas y deportadas o que soliciten asilo en nuestro país.

## **V. LA PERSPECTIVA SOCIOJURÍDICA: ENTRE LA NORMA Y SU APLICACIÓN**

“Los problemas en torno a los derechos humanos tienen múltiples expresiones y ramificaciones” (Jorge Carpizo y Diego Valadés, 2008, p. IX). Desde la sociología jurídica se analiza la complejidad de las relaciones entre el ordenamiento jurídico y la realidad social, para conocer las condiciones en que el conjunto de normas se aplican, se modifican o dejan de aplicarse en el espacio social (Héctor Fix-Fierro *et al.*, 2018); es decir, se explica el cambio social y el cambio normativo (Tamar Pitch, 2003). En esta disciplina se prioriza el estudio de las relaciones entre las normas y los actores sociales, se analiza la distancia entre la norma y la práctica y sus implicaciones (Rachel Sieder, Karina Ansolabehere, y Tatiana Alfonso, 2019); “ya que las normas al circular entre los actores sociales, influyen en su acción y ésta, a su vez, retroalimenta continuamente al mundo normativo modificándolo” (Vincenzo Ferrari, 2015, p. 41). Es decir, las normas son signos sujetos a interpretación (Tamar Pitch, 2003), de tal manera que los actores sociales y políticos interpretan la norma desde una perspectiva práctica, y también simbólica. En este sentido, los cambios normativos conllevan objetivos tanto prácticos como simbólicos.

La reforma constitucional de 2011 incorpora en su artículo 10. las obligaciones de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos de todas las personas. Esto incluye a los poderes judiciales y legislativos (federal y local), a los poderes ejecutivos (federal, locales y municipales), especialmente en lo referente a las políticas públicas (Pedro Salazar Ugarte *et al.*, 2014). La Ley de Migración de 2011 reconoce y garantiza los derechos humanos de las personas migrantes,<sup>19</sup> especialmente los derechos a la salud y a la educación independientemente de su estatus migratorio. Sin embargo, es necesario conocer qué interpretaciones simbólicas se han construido en el nivel institucional y en lo local por parte de los actores encargados de aplicar esta Ley, su Reglamento y lineamientos.

En entrevista con un funcionario de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a cargo de la capacitación a personal del INM en materia de derechos humanos, sostuvo que muchos de los agentes de migración, sobre todo en los de niveles más bajos de la jerarquía institucional, repiten una y otra vez en su discurso que trabajan con estricto apego a los derechos humanos, pero en realidad no entienden qué son los derechos humanos. En mis propios hallazgos, y en las entrevistas que he hecho con funcionarios de nivel medio y bajo del INM, puedo afirmar que el discurso de los derechos humanos está presente en las narrativas; pero para muchos ha resultado en un cliché, pues lo que les genera es la obligación de tomar más horas de capacitación, pero sin realmente asumir la responsabilidad de lo que implica ser un agente federal, y de cómo los derechos humanos son garantías que poseen las personas migrantes independientemente de haber ingresado regular o irregularmente a territorio mexicano, y lo más importante, que es su obligación hacer que se cumplan. Este ejemplo muestra cómo la dimensión simbólica de lo normativo puede incluso afectar la eficacia jurídica.

De acuerdo con el jurista brasileño Marcelo Neves (2004):

La referencia simbólica a una determinada institución jurídica caracterizada por un alto grado de ineficiencia normativo-jurídica posibilita tanto el encubrimiento de esa realidad, e incluso la manipulación política para usos contrarios a la concretización y efectividad de las respectivas normas, cuanto también una amplia realización en el futuro del modelo normativo en cuestión (p. 148).

Las interpretaciones simbólicas y prácticas que elaboran los integrantes del INM sobre sus obligaciones para hacer cumplir los derechos humanos derivadas de la Ley de Migración estructuran el actuar cotidiano de una burocracia que padece sus propias desigualdades, sus propias luchas de poder, sus propias formas de subordinación (Kathy E. Ferguson, 1984; Alethia Fernández de la Reguera, 2020; Robert V. Prethus, 1958), lo que conlleva a la

aniquilación de los propios derechos que prevé la legislación. Son normas que en el discurso terminan por desgastarse, manipularse y disolverse.

A diferencia del enfoque de derechos humanos, mucho más presente en la Ley de Migración, la perspectiva de género se expresa de manera muy tenue en esta legislación. En el artículo 20. de la Ley se establece que la política migratoria debe regirse por el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables, como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad; y que en ningún caso la migración irregular preconfigura por sí misma la comisión de un delito. Asimismo, el Reglamento indica el respeto irrestricto a los derechos humanos de distintos grupos vulnerables, entre ellos las mujeres embarazadas en las estaciones migratorias (artículo 225), la adopción de medidas de protección para mujeres migrantes, especialmente mujeres embarazadas cuando sean “presentadas” ante la autoridad, como por ejemplo privilegiar su estancia en instituciones especializadas (artículo 230) y la regularización migratoria cuando su grado de vulnerabilidad no les permita la deportación (artículo 144). Estas tres previsiones del Reglamento de la Ley de Migración normalmente no se cumplen, por lo que las medidas que integran la perspectiva de género se limitan a la separación de espacios entre hombres y mujeres en detención migratoria, la gestión de áreas de mujeres en detención a cargo de personal femenino del INM y la capacitación en temas de género.

## **VI. LOS PARADIGMAS DE LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES**

“La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino” (Luigi Ferrajoli, 2002). Ante esta realidad, donde sin duda los feminismos han tenido importantes conquistas históricas en materia de derechos, persiste la dificultad para entender que hay que luchar por los derechos, y aún, así no basta. Es necesario conceptualizar nuevas maneras de entender la justicia para generar transformaciones teóricas con una perspectiva de género.

La teoría feminista en la sociología jurídica ha tenido un desarrollo muy vasto en los últimos treinta años para demostrar que, además de instrumento, el derecho es también lugar de lucha. “En vez de preguntarnos: «¿Cómo supera el derecho el género?» es más fructífero preguntar: «Cómo funciona el género dentro del derecho y cómo el derecho funciona para crear género?» (Carol Smart, 1994, p. 177). De acuerdo con la teórica feminista del derecho británica Carol Smart, el derecho es una tecnología de género que construye legal

y discursivamente la categoría de mujer. El feminismo crítico cuestiona y transgrede lo que Pierre Bourdieu (2001) nombra “los efectos de apriorización, neutralización y universalización del lenguaje jurídico”. Desde esta lógica, la jurista italiana Tamar Pitch (2003) se pregunta qué pueden obtener las mujeres a través del derecho; y qué pueden esperar cuando en el derecho las mujeres existen en cuanto esposas, madres, trabajadoras.

El derecho regula los cuerpos, pero el sexo produce cuerpos diferentes, y la simbolización cultural del tal dato biológico consiste en el género, que establece “lo propio” de los hombres y “lo propio” de las mujeres en cada cultura. Hay muchos indicios que sugieren que en la interpretación y en la práctica del derecho migratorio las mujeres están (implícitamente) concebidas en cuanto a los roles asociados a su cuerpo femenino, es decir, como madres o esposas. Es muy común que cuando una familia solicita la condición de refugiado, las autoridades, en este caso la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar) dirija la entrevista y coordine el trámite con el varón; incluso me ha tocado ver que si la mujer está presente en la entrevista no participa, ya que la autoridad asume que su rol es de cuidadora de los hijos. Esto genera un impacto real en el acceso a la información que tienen las mujeres para sus trámites migratorios. Es común que sean sus parejas varones quienes den seguimiento a su trámite ante las autoridades migratorias, y que tengan el control sobre el expediente familiar. El Estado, en este sentido, no asume ninguna responsabilidad en el cuidado de los menores, ni dentro de la estación migratoria ni durante los trámites migratorios.

La politóloga y filósofa estadounidense Wendy Brown (2002) se pregunta por las dificultades de la lucha por los derechos de las mujeres para garantizar su acceso efectivo, y con ello abre una reflexión sobre la compleja relación entre los anhelos feministas de justicia y el discurso liberal de los derechos humanos. “Tener un derecho como mujer no exime la designación y subordinación de género” (Wendy Brown, 2002, p. 422). Señala que los derechos son una forma de mitigación, pero no una resolución frente a los poderes que subordinan a las mujeres, ya que en los ideales de igualdad y libertad se encuentran presentes las raíces de la desigualdad de género. Cuando en los años noventa Carol Smart (1994) hizo una crítica frontal a la supuesta neutralidad del género en el derecho, se refería justamente a esta constante tensión constitutiva de la norma que reproduce la diferencia sexual como forma de subordinación, tanto en su dimensión práctica como simbólica.

Por ejemplo, la Ley de Migración señala a las mujeres embarazadas como un grupo en vulnerabilidad, y ciertamente sí lo son, especialmente en detención migratoria. Sin embargo, no contempla la corresponsabilidad para el cuidado por parte del Estado como un elemento de las medidas de protección, inclusive para las mujeres que califican como solicitantes de asilo. En la realidad, muchas mujeres embarazadas están en detención migratoria; de hecho,

he documentado dos casos de mujeres que en detención las llevaron a un hospital a dar a la luz y las regresaron a la estación migratoria con sus criaturas recién nacidas. En lugar de protección, lo que sobresale es el discurso que estereotipa y castiga a las mujeres por la irresponsabilidad de migrar estando embarazadas.

En este escenario de injusticias y desigualdades de género en la detención migratoria, tanto en sus dimensiones prácticas como simbólicas, es necesario revisar el planteamiento de Wendy Brown (2002), quien señala que ciertamente los derechos son “algo que las mujeres no pueden no querer”. Sin embargo la discusión debe enfocarse en cómo y para qué se crean los derechos, en qué condiciones las mujeres pueden ejercerlos, y si logran o no desestabilizar las estructuras de género, ya que “no se trata simplemente de modificar los comportamientos y los roles en la división sexual del trabajo, sino de minar, desgastar y desestabilizar sus cimientos y la ideología que de ellos emana” (Rita Laura Segato, 2010, p. 70).

Y ante ello es imperativo reflexionar acerca de la paradoja de Wendy Brown (2002): luchar por los derechos humanos de las mujeres, y al mismo tiempo saber que no son suficientes para la justicia, que no bastan y que encasillan a las mujeres en sus roles de género. Dicha paradoja hoy ocupa un lugar de extrema importancia en la agenda de políticas de igualdad en México. Esta disyuntiva parte de la ya conocida paradoja planteada previamente por la filósofa norteamericana Nancy Fraser (1997): ¿Qué priorizamos? ¿Redistribución o reconocimiento? ¿Lo económico-político o lo cultural-valorativo? ¿Lo afirmativo o lo transformador? ¿Hacia dónde orientar los derechos de las mujeres migrantes? Mientras que la concepción del sujeto femenino de derecho continúe bajo los principios de la subordinación tan arraigada en el discurso liberal, a pesar de lograr la mayor especificidad a favor de las mujeres, estos derechos tendrán mayores posibilidades de lograr únicamente la regulación de las condiciones de subordinación. Pero por otro lado, mientras más neutrales o ajenos a las desigualdades de género se conciben los derechos, mayores probabilidades de reforzar los privilegios masculinos sin trastocar las necesidades específicas de las mujeres, de personas con identidades no genéricas, personas racializadas, etcétera (Wendy Brown, 2002).

La historiadora feminista estadounidense Joan Scott (1992) plantea la necesidad de construir una teoría crítica feminista que rompa con la oposición igualdad/diferencia en los campos de la política y lo jurídico; que reconozca y utilice nociones de diferencia sexual a la par de argumentar la igualdad. Es decir, resulta imperativo concebir las identidades individuales y colectivas desde la diferencia. Con ello no se trata de enfatizar la diferencia sexual como un absoluto al grado de ser esencialistas —lo que termina reforzando las reglas normativas—, sino de insistir en las diferencias al tiempo de relativizarlas y contextualizarlas.

Tanto Joan Scott (1992) como Wendy Brown (2002) señalan una reflexión obligada en la construcción de derechos de las mujeres: son jurídicamente iguales como personas, pero al no reconocer la diferencia de género y la diferencia sexual, para ciertos colectivos y en ciertos contextos, como son las mujeres migrantes, se obstaculiza el ejercicio de los derechos. Aunque los hombres también enfrentan la violencia institucional, sí hace una gran diferencia vivir la detención migratoria como mujer. Las mujeres embarazadas, las mujeres con bebés o niños pequeños, las mujeres que sufrieron abuso sexual durante el tránsito, o sencillamente mujeres que estén menstruando durante la detención, suelen experimentar situaciones complejas, dolorosas y humillantes, que pueden ser vistas como violaciones a sus derechos humanos, lo que se origina en parte, a la diferencia sexual.

De acuerdo con la jurista norteamericana Martha Minow (1985, 1990), a esto se le llama “el dilema de la diferencia”; es decir, la existencia de una situación que exige una solución donde deben ponderarse las diferencias. ¿Cuáles son las consecuencias de un trato diferenciado? ¿Termina por enfatizar la diferencia? ¿Cuáles son las consecuencias de un trato que ignore la diferencia? ¿Termina por ser insensible? Ambas opciones pueden acentuar la diferencia, tanto cuando la ignoramos como cuando la acentuamos. A través de dos interesantes casos sobre la igualdad de oportunidades educativas que fueron llevadas a la Corte Suprema en Estados Unidos, Martha Minow (1990) critica el punto de partida de la diferencia, al señalar ésta que emerge como consecuencia de categorías de referencia establecidas que designan quién pertenece y quién no, quiénes son excluidos y quiénes no. “Tanto las construcciones sociales como legales de la diferencia tienen el efecto de ocultar las relaciones entre las personas, relaciones marcadas por el poder y la jerarquía” (Martha Minow, 1990, p. 22). El dilema persiste cuando el razonamiento legal estipula a las categorías de referencia como naturales e inevitables.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002) hace una extraordinaria reflexión sobre la centralidad de la valoración jurídica de las diferencias en la configuración jurídica de las mismas, de tal forma que se establezca un sistema de garantías capaces de asegurar la efectividad de los derechos. Él plantea que “el verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad” (Luigi Ferrajoli, 2002, p. 92). Señala que ignorar la diferencia sexual es una violación a la igualdad, ya que ésta debe garantizar la libre afirmación y desarrollo de las personas. Se pregunta si existen derechos fundamentales de las mujeres, y llega a la conclusión de que para el caso de la autodeterminación en el tema de aborto y maternidad voluntaria sí deben existir. Sin entrar en este tema, me parece muy importante puntualizar que, para ciertos casos y contextos, hay que retomar el planteamiento de Luigi Ferrajoli (2002) sobre la diferencia sexual y la necesidad de establecer un derecho sexuado,

para ser incluido en el paradigma normativo de la igualdad; por ejemplo, en el derecho migratorio, para establecer los derechos de las mujeres migrantes que no se logran garantizar, en parte debido a que se ignora la diferencia sexual.

## **VII. EL CONFLICTO DEL ESTADO “PROTECTOR”**

Brown (2019) afirma que las mujeres tienen razones justificadas para desconfiar de las políticas de protección del Estado, pues tal y como se ejemplifica con las dificultades de acceso a las toallas femeninas para las mujeres en detención migratoria, las mujeres, en lugar de recibir protección en las agencias de gobierno experimentan formas diversas de violencia institucional. Posiblemente el agente que entrega una sola toalla sanitaria no piensa que está desprotegiendo o incluso discriminando, pero justamente lo que le falta en su actuar es perspectiva de género. Existe además una práctica racista, que se nutre de la relación simbólica que asocia a los grupos femeninos que el Estado protege con las clases privilegiadas; por ejemplo, la delicadeza de las mujeres blancas.

A ello se suma que las políticas de protección del Estado clasifican a las mujeres, al diferenciar a aquellas que son vistas como vulnerables y necesitan protección, de aquellas que generan su propia vulneración, es decir, que son invulnerables por su propia disponibilidad sexual. De acuerdo con Wendy Brown (2019):

Los códigos de protección se convierten, por tanto, en tecnologías clave para regular a las mujeres privilegiadas, y a la vez, intensificar la vulnerabilidad y la degradación de aquellas que han quedado en el lado de la intemperie, una vez construido ese muro que separa la luz de la obscuridad, a las mujeres de las prostitutas, a las chicas buenas de las malas (p. 305).

Las mujeres migrantes centroamericanas, además de ser racializadas, son estigmatizadas, por recurrir al trabajo sexual. La dicotomía de las representaciones discursivas disponibles para las mujeres migrantes, entre ser una mala madre por abandonar a sus hijos o por ejercer el trabajo sexual, y ser una mujer sacrificada que lucha por su familia, acompañan los discursos y los testimonios de la mayoría de las mujeres migrantes que he recuperado en los últimos diez años (Alethia Fernández de la Reguera, 2016). Desde el Estado, está muy presente tanto en la práctica como en el discurso público, especialmente de los funcionarios públicos, la idea de culpabilizar a las mujeres migrantes por haber salido de su país y, además, haberlo hecho sin recursos, sin dinero, sin papeles, sin redes de apoyo y exponiéndose a ser abusadas sexualmente, lo que expresa una doble moral.

Es por todo ello que entiendo al Estado “no como una manifestación de la esencia patriarcal, sino como el centro donde resuenan un juego de relaciones de poder y procesos políticos en donde el patriarcado se construye y se refuta” (Raewyn W. Connell, 1987, p. 130).

Uno de los aportes de la teoría crítica feminista del Estado ha sido demostrar la complejidad y la abstracción del género en las estructuras estatales, de forma tal que no es fácilmente observable (Rita Laura Segato, 2010). Partiendo de este supuesto, considero que el análisis de género en la política migratoria debe abarcar al interior del INM los tipos de poder, sus usos y privilegios que operan como resultado y reproducción de las estructuras de dominación masculina; esto, sumado a la necesidad de que la aplicación de la Ley de Migración tenga perspectiva de género.

Lo que este artículo propone es que el análisis de género de la política migratoria debe enfocarse, por un lado, en las relaciones de género o en las diversas formas de desigualdad que enfrentan las mujeres migrantes en su contacto con el Estado; por ejemplo, al negarles una toalla sanitaria mientras están menstruando; y por otro lado, en las relaciones de dominación dentro de la burocracia de la migración. En este sentido, el análisis de género de la política migratoria debe incluir el funcionamiento burocrático del INM como un espacio social que desde una lógica patriarcal genera sujetos —independientemente de su sexo— regulados, subordinados y disciplinados, quienes a su vez replican relaciones patriarcales con las personas migrantes como parte del funcionamiento burocrático (Alethia Fernández de la Reguera, 2020). Los mandatos culturales de género están presentes en las interacciones cotidianas de las estaciones migratorias, tanto entre el propio personal del INM y entre los burócratas de la migración y las personas en detención, y por ello, una mirada micro, etnográfica y sociojurídica es necesaria para analizar a fondo las desigualdades y las injusticias de género.

## **VIII. CONCLUSIONES**

El análisis de la política migratoria se ha orientado a su dimensión estructural, es decir, a estudiar la normativa nacional e internacional, el entramado institucional, las diversas acciones y programas implementados por el INM. El aporte de este artículo ha sido mostrar que también es necesario el análisis de la política migratoria desde un enfoque que permita comprender el uso del derecho, su interpretación y sus efectos en el nivel más micro de interacción social; es decir, en el intercambio cotidiano que existe entre los agentes del INM y las personas migrantes, así como en las relaciones que se gestan a nivel local en las instituciones que representan al Estado. De no utilizar un enfoque etnográfico para conocer el nivel micro, hay varios elementos de la práctica de la política migratoria que pasan desapercibidos, especialmente para identificar los obstáculos cotidianos que enfrentan las mujeres migrantes para acceder a sus derechos. La etnografía política (Jan Kubik, 2009) abre la posibilidad de una profunda inmersión en las instituciones estatales para analizar las relaciones de poder y de género. Este enfoque metodológico me ha permitido abordar la

dificultad de observar el funcionamiento del género en las instituciones (Rita Laura Segato, 2010), y con ello identificar las desigualdades materiales, prácticas y simbólicas que enfrentan las mujeres migrantes en detención.

Pese a que la reforma constitucional en materia de derechos humanos obliga a los tres poderes en sus tres niveles de gobierno a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos, es evidente que la brecha entre la norma y su aplicación sigue siendo un reto. Por su parte, en materia de género las dependencias de la administración están obligadas, de acuerdo con la Ley de Planeación (artículo 90.), a incorporar la perspectiva de género en sus acciones. En México, el Inmujeres es dirigido por feministas que han creado el Proigualdad 2020-2024, uno de los documentos más completos y complejos en materia de transversalidad de género en políticas públicas, el cual incluye en tres de sus seis objetivos prioritarios a las mujeres migrantes. En entrevista con una de las expertas creadoras de este programa,<sup>20</sup> me explicó que a pesar de lo novedoso que es el Proigualdad, los procesos de transversalidad sólo serán posibles siempre que exista la voluntad política y los presupuestos de género disponibles para generar los cambios estructurales que se requieren. Añado que, en materia migratoria, al igual que en muchos otros temas prioritarios de la agenda nacional, la voluntad política y los presupuestos deben ser acompañados de un profundo conocimiento sobre el complejo dilema de la diferencia, que incide en las políticas del Estado. Regresando a Clifford Geertz (1997), es preciso imaginar la forma de una cebolla y todas las capas que contiene; ante ello, es necesario un análisis que permita desarmarla y desmenuzarla, conocer capa por capa todas las estructuras institucionales, para con ello comprender las relaciones y significados detrás de ese momento en que un agente del INM le niega una toalla sanitaria a una mujer migrante en detención migratoria.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba A. C. (2013), *Segundo informe sobre derechos humanos y condiciones de vida de las personas migrantes en el centro de detención de la Ciudad de Tapachula Chiapas*, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, A. C.

AGAMBEN, G. (2005), *Estado de excepción Homo sacer, II, I*. Adriana Hidalgo Editora.

AVILA MORALES, A.; DÍAZ DE LEÓN, L., y ANDRADE, J. (2017), *Informe En el umbral del dolor: acceso a los servicios de salud en estaciones migratorias*. Insyde Ideas, disponible en: [http://insyde.org.mx/pdf/informes/En-el-umbral-del-dolor\\_Salud-en-Estaciones-Migratorias\\_2017.pdf](http://insyde.org.mx/pdf/informes/En-el-umbral-del-dolor_Salud-en-Estaciones-Migratorias_2017.pdf).

BOURDIEU, P., (2001), *Poder, derecho y clases sociales* (2a. ed.), Editorial Desclée de Brouwer.

BOURDIEU, P. y WACQUANT, L., (2012), *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo XXI.

- BROWN, W. (2002), "Suffering the Paradoxes of Rights", en Brown, W. y Halley, J. (Eds.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press.
- BROWN, W. (2019), *Estados del agravio: poder y libertad en la modernidad tardía*, Lengua de trapo.
- CABAL, L. y MOTTA, C. (eds.) (2006), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores.
- CARPISO, J. y VALADÉS, D. (2008), *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, IIJ-UNAM.
- CEDAW, (2018), *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*, disponible en: [https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc\\_pub/N1823803.pdf](https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/N1823803.pdf).
- CEM. (2019), *Nueva Política Migratoria del Gobierno de México 2018-2024*, Segob, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/530166/Nueva\\_Politica\\_Migratoria\\_2024.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/530166/Nueva_Politica_Migratoria_2024.pdf).
- CONNELL, R. W. (1987), *Gender and Power*, Stanford University Press.
- Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración (2017), *Personas en detención migratoria en México, Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/SharedDocuments/MEX/INT\\_CESCR\\_CSS\\_M](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/SharedDocuments/MEX/INT_CESCR_CSS_M).
- BARBIERI, T. de (1996), "Certezas y malos entendidos sobre la categoría género", en Guzmán Stein, L. y Pacheco Oreamuno, G. (eds.), *Estudios básicos de derechos humanos IV*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Programa Especial de Migración 2014-2018, (2014), *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: <https://www.gob.mx/inm/documentos/programa-especial-de-migracion-pem-2014-2018-18281>.
- FASSIN, D. (2001), "The Biopolitics of Otherness", *Anthropology Today*, vol. 17, núm. 1, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2678317>.
- FASSIN, D. (2016), *La razón humanitaria*, Prometeo Libros.
- FERGUSON, K. (1984), *The feminist Case Against Bureaucracy*. R. Steinberg (ed.), Temple University Press.
- FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A. (2016), "Entre la «madre» y la «prostituta»": las implicaciones del orden simbólico dicotómico para la autonomía de trabajadoras migrantes mexicanas de retorno de Estados Unidos", *Gênero & Direito*, vol. 5, núm. 2, disponible en: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/30587/16221>.
- FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A. (2020), *Detención migratoria, Prácticas de humillación, asco y desprecio*, SDI, IIJ-UNAM.
- FERRAJOLI, L. (2002), *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Trotta.

- FERRARI, V. (2015), *Primera lección de sociología del derecho*, IIJ-UNAM.
- FIX-FIERRO, H. et al. (2018), *Manual de sociología del derecho*, México, FCE, IIJ-UNAM.
- FRASER, N. (1997), *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista,"* Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- GANDINI, L., FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A., y NARVÁEZ GUTIÉRREZ, J. C. (2020), *Caravanas*, SDI, IIJ, UNAM.
- GEDDES, A. (2021), *Governing Migration Beyond the State. Europe, North America, South America and Southeast Asia in a Global Context*, Oxford University Press.
- GEERTZ, C. (1997), *Descripción Densa: Hacia una teoría interpretativa de la cultura*, Gedisa.
- GICDMT. (2018), *Detención migratoria y tortura, Del Estado de Excepción al Estado de derecho*, México, disponible en: <https://gtpm.mx/biblioteca/detencion-migratoria-y-tortura-del-estado-de-derecho-al-estado-de-excepcion/>.
- Global Detention, P. (2021), *Immigration Detention in Mexico: Between the United States and Central America, Global Detention Project Country Profile*, disponible en: <https://www.globaldetentionproject.org/immigration-detention-in-mexico-between-the-united-states-and-central-america>.
- GOFFMAN, E. (2001), *Internados*, Amorrortu editores.
- GUBER, R. (2012), *La etnografía, Método, campo y reflexividad*, Siglo XXI.
- GUPTA, A. (2015), "Fronteras borrosas: el discurso de la corrupción, la cultura de la política y el estado imaginado", en Philip, A. A. Gupta, y Mitchell, T. (eds.), *Antropología del Estado*, Fondo de Cultura Económica.
- KUBIK, J. (2009), "Ethnography of Politics: Foundations, Applications, and Prospects", en Schatz, E. (ed.), *Political Ethnography What Immersion Contributes to the Study of Power*, The University of Chicago Press.
- LAMAS, M. (1996), "Usos, dificultades y posibilidades de la categoría "género", en Lamas, M. (ed.), *El género, la construcción cultural de la diferencia sexual*, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM.
- LÓPEZ BENÍTEZ, L. M. (2018), *Reflexiones sobre la justicia. Retos y oportunidades desde la visión de una juzgadora*, Colofón.
- MACÍAS DELGADILLO, A., et al. (2013), *La ruta del encierro. Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales*, México, Sin Fronteras IAP, disponible en: <http://sinfronteras.org.mx/docs/inf/inf-ruta-encierro.pdf>.
- MAYA RESTREPO, L. A. (2009), "Racismo institucional, violencia y políticas culturales. Legados coloniales y políticas de diferencia en Colombia", *Historia Crítica Edición Especial*, disponible en: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/histcrit39E.2009.11>.

- MBEMBE, A. (2003), "Necropolitics", *Public Culture*, vol. 15, núm. 1, disponible en: <https://doi.org/10.1215/08992363-15-1-11>.
- MENJÍVAR, C. y ABREGO, L. (2012), "Legal Violence: Immigration Law and the Lives of Central American Immigrants", *American Journal of Sociology*, vol. 117, núm. 5, disponible en: <https://doi.org/10.1086/663575>.
- MINCA, C. (2015), "Geographies of the camp", *Political Geography*, núm. 49, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2014.12.005>.
- MINOW, M. (1985), "Learning to Live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education", *Law and Contemporary Problems*, vol. 48, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.2307/1191571>.
- MINOW, M. (1990), *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press.
- NEVES, M. (2004), "La fuerza simbólica de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 27, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.06>.
- NÚÑEZ, L. (2018), *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, CIEG-UNAM.
- PITCH, T. (2003), *Un derecho para dos*, Trotta.
- PRESTHUS, R. (1958), "Toward a Theory of Organizational Behavior", *Administrative Science Quarterly*, vol. 3, núm. 1, disponible en: <https://doi.org/10.2307/2390604>.
- SALAZAR UGARTE, P. CABALLERO OCHOA, J. L. y VÁZQUEZ, L. D. (2014), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.
- SCOTT, J. (1992), "Igualdad versus diferencia: los usos de la teoría postestructuralista", *Debate Feminista*, vol. 5, disponible en: <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1992.5.1556>.
- SCOTT, J., (1996), "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en Lamas, M. (ed.), *El género, la construcción cultural de la diferencia sexual*, 3a. ed., Miguel Ángel Porrúa.
- SEGATO, R. L. (2010), *Las estructuras elementales de la violencia, Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Prometeo Libros.
- SIEDER, R., ANSOLABEHERE, K., y ALFONSO, T. (2019), "Law and Society in Latin America. An Introduction", en Sieder, R., Ansolabehere, K., y Alonso, T. (eds.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*. Routledge.
- SMART, C. (1994), "La mujer en el discurso jurídico", en Larrauri, E. (ed.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI.
- UNAM, C.-I. (2017), *Los desafíos de la migración y los albergues como oasis. Encuesta Nacional de Personas Migrantes en Tránsito por México*, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bju/id/5613>.

UNICEF. (2021), *Higiene menstrual. La menstruación es algo natural*. UNICEF México, disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/higiene-menstrual> - :~:text=El manejo de la higiene,la educación, a la participación.

Unidad de Política Migratoria, S. (2021), *Boletín Mensual de Estadística Migratoria Mujeres y Hombres Síntesis 2021*, disponible en: <http://www.politicamigratoria.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/CuadrosBOLETIN?Anual=2021>.

VARELA, A. (2017), "La trinidad perversa de la que huyen las fugitivas centroamericanas: violencia feminicida, violencia de estado y violencia de mercado", *Debate Feminista*, núm. 53, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.df.2017.02.002>.

---

\* ORCID: [0000-0001-5500-5990](https://orcid.org/0000-0001-5500-5990). Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Correo electrónico: [alethia\\_reguera@unam.mx](mailto:alethia_reguera@unam.mx).

**1** El Programa Especial de Migración 2014–2018 del gobierno de Enrique Peña Nieto vinculó la política migratoria con el Plan Nacional de Desarrollo. Se estructuró en cinco objetivos: cultura de legalidad, de derechos humanos y de valoración de la migración; incorporación del tema migratorio en las estrategias de desarrollo; corresponsabilidad internacional, seguridad fronteriza y la seguridad humana; integración y reintegración de las personas migrantes y sus familias y acceso a la justicia y seguridad de las personas migrantes (DOF, 2014). El programa de política migratoria del sexenio de Andrés Manuel López Obrador titulado “Nueva política migratoria del Gobierno de México 2018–2024” establece siete objetivos: responsabilidad compartida; migración regular ordenada y segura; atención a la migración irregular; fortalecimiento de las capacidades institucionales; protección de personas mexicanas en el exterior; integración y reintegración de personas migrantes y desarrollo sostenible en comunidades migrantes (CEM, 2019).

**2** El artículo 2o. de la Ley de Migración señala a la perspectiva de género como uno de los principios de la política migratoria.

**3** El artículo 226 del Reglamento de la Ley de Migración señala que las personas extranjeras presentadas en las estaciones migratorias tendrán derecho a no ser discriminadas por las autoridades a causa de su origen étnico nacional, sexo, género, edad, discapacidad, condición social o económica, estado de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra circunstancia que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas (XII); y recibir durante su estancia un espacio digno, tres alimentos al día y enseres básicos de aseo personas (XIV).

**4** El objetivo de esta etnografía fue investigar la relación entre las subjetividades de los agentes del Instituto Nacional de Migración y los procesos de detención migratoria. El resultado de la investigación es el libro *Detención migratoria. Prácticas de humillación, asco y desprecio* (Alethia Fernández de la Reguera, 2020).

**5** Son varias las juristas que se inscriben en esta corriente tanto en América Latina como en México, entre ellas Luisa Cabal y Cristina Motta (2006), Lilia Mónica López Benítez (2018) y Lucía Núñez (2018).

**6** He seleccionado la detención migratoria como mi unidad de análisis, debido a que a pesar del cambio de orientación entre las políticas migratorias entre los sexenios de Enrique Peña Nieto y Andrés Manuel López Obrador he observado un patrón de continuidad en las prácticas de violencia institucional en los procesos de detención migratoria.

**7** En 2019, el documental de Netflix “Period. End of Sentence” muestra un caso de activismo en la India a favor del acceso a insumos de higiene menstrual para fortalecer procesos de autonomía económica de las mujeres. Esta pieza ganó el Premio Oscar a mejor documental corto.

**8** El 20 de junio de 2020 la Cámara de Diputados turnó al Senado el Proyecto de Decreto que reforma el artículo 115 de la Ley General de Educación en materia de higiene menstrual para incluir la disponibilidad y acceso de los educandos a suministros de higiene menstrual (toallas, tampones y/o copas menstruales).

**9** La etnografía es la descripción textual del comportamiento en una cultura (Rosana Guber, 2012).

**10** La etnografía permite observar aquello que no es fácilmente observable; sin embargo, también es necesario tener perspectiva de género para observar. En este caso, mi condición de mujer y externa al espacio de la estación migratoria me ha permitido con una mirada fresca concentrarme en las necesidades de las mujeres e identificar el problema del acceso a las toallas higiénicas.

**11** Global Detention Project es una organización de la sociedad civil con base en Ginebra que monitorea a través de organizaciones aliadas centros de detención en todo el mundo. Disponible en: <https://www.globaldetentionproject.org/>.

**12** De acuerdo con el artículo 3o. de la Ley de Migración de 2011, una estación migratoria es la instalación física que establece el Instituto Nacional de Migración para “alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular”, en tanto se resuelve su situación migratoria.

**13** Las estancias provisionales de tipo A permiten una estancia máxima de 48 horas, y las estancias provisionales B, una estancia máxima de siete días.

**14** Las que tienen mayor capacidad de alojamiento son Tapachula (960 personas), Acayucan (836 personas) e Iztapalapa (430 personas).

**15** A la par que realicé trabajo de campo en la estación migratoria Siglo XXI, también realicé una etnografía en el Centro Femenil de Readaptación Social de Tepepan en la Ciudad de México, y pude constatar que en muchos sentidos las condiciones de estancia son más precarias y violatorias a los derechos humanos en la estación migratoria que en el reclusorio.

**16** Pierre Bourdieu (2012) desarrolla su teoría de los campos a partir de las distribuciones de los diferentes tipos de capital (social, material, cultural y simbólico) que encarnan las personas, los sujetos se distinguen entre sí y participan en disputas constantes de poder.

**17** El artículo 133 de la Ley de Migración reconoce el derecho a la regularización migratoria a las personas extranjeras en territorio mexicano que acredite ser cónyuge o padre/madre de una persona mexicana.

**18** Es común que los menores en detención padezcan enfermedades gastrointestinales y respiratorias, y que en las estaciones migratorias la atención médica y los medicamentos sean insuficientes (Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, 2017).

**19** A pesar del reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes, esta ley contiene varios eufemismos; por ejemplo, se habla de “presentar” ante las autoridades y “alojar”, lo que en realidad significa “detener”; o se habla de “retornar” para referirse al acto de “deportar”.

**20** Entrevista con Marta Ferreyra, directora general de la Política Nacional de Igualdad y Derechos de las Mujeres de Inmujeres realizada el 20 de junio de 2021.



DOI: [10.22201/ij.24484873e.2022.163.17664](https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2022.163.17664)

Recibido: 29 de marzo de 2022

Aprobado: 21 de junio de 2022

## COMPENSATION SCHEMES FOR HEALTH HARM CAUSED BY MEDICAL ERROR: COMPARATIVE LEGAL RESEARCH AND CHOICE OF PATH FOR THE RUSSIAN FEDERATION

### PLANES DE COMPENSACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD PROVOCADO POR ERROR MÉDICO: INVESTIGACIÓN Y ELECCIÓN JURÍDICA COMPARADA DE RUTA PARA LA FEDERACIÓN DE RUSIA

**Olga V. KOLESNICHENKO\***

#### **Abstract:**

The purpose of this work is a comparative legal study of foreign experience in legal regulation and practice of applying special schemes for compensation for harm caused to health as a result of a medical error, as well as determining the prospects for the development of Russian legislation in this part. The article examines the regulatory legal acts of the Russian Federation and a number of foreign countries (Belgium, Germany, Denmark, Norway, France, Sweden, the United

#### **Resumen:**

El propósito de este trabajo es un estudio legal comparativo de la experiencia extranjera de regulación legal y la práctica de aplicar esquemas especiales de compensación por daños causados a la salud como resultado de un error médico, así como determinar las perspectivas para el desarrollo de la legislación rusa en esta parte. El artículo examina los actos jurídicos reglamentarios de la Federación de Rusia y varios países extranjeros (Bélgica, Alemania, Dinamarca,

Arab Emirates, etcétera.), the practice of their application. Methods used: general philosophical, general scientific, particular scientific, special (formal legal, comparative legal). Of particular value to the study is the fact that the author substantiates the possibility of applying special legal presumptions as an alternative to the use of costly and organizationally problematic no-fault schemes. For the first time, the prospects for the introduction of certain elements of compensation schemes without fault for «accidents» are determined in those areas of medical activity where it is especially difficult to establish the origin of harm from the actions (inaction) of a particular medical worker, including for individual elements of the scheme. As a result, the presented study is relevant and significant not only for Russia, but also for other states that have not yet developed a stable special regulatory legal regulation of these relations.

### **Keywords:**

Compensation, fault, harm, health, liability, scheme.

Noruega, Francia, Suecia, Emiratos Árabes Unidos, etcétera), la práctica de su aplicación. Métodos utilizados: filosófico general, científico general, científico particular, especial (jurídico formal, jurídico comparado). De particular valor para el estudio es el hecho de que el autor fundamenta la posibilidad de aplicar presunciones legales especiales como alternativa al uso de esquemas sin culpa que son costosos y organizacionalmente problemáticos. Por primera vez se determinan las perspectivas de introducción de determinados elementos de los sistemas de indemnización sin culpa de los «accidentes» en aquellas áreas de la actividad médica en las que es especialmente difícil establecer el origen del daño por la acción (omisión) de un determinado trabajador médico, incluso para elementos individuales del régimen. Como resultado, el estudio presentado es relevante y significativo no solo para Rusia, sino también para otros Estados que aún no han desarrollado una regulación legal reglamentaria especial estable de estas relaciones.

### **Palabras clave:**

Indemnización, culpa, daño, salud, responsabilidad, esquema.

*SUMMARY: I. Introduction. II. Compensation schemes without fault: main options and conditions for implementation. III. Tort compensation schemes: scope of special legal presumptions. IV. Conclusions. Mixed compensation schemes - the way for Russia? V. References.*

## I. INTRODUCTION

The problems of a medical error and the determination of its legal consequences undoubtedly occupy a significant place among urgent problems of Russian legal science. The reasons for this are the peculiarities of medical activities aimed at protecting one of the most important material benefits of a person, the presence of a significant amount of regulatory requirements for the quality of medical services, and finally, «narrowly corporate» protective nature of modern medicine and broad public discussion of individual, most egregious cases of harm to life and health. Opinions about the content of a medical error differ depending on the context and goals of a particular study. So, a medical error can be understood as a delusion of the attending physician regarding the performed medical manipulations, in which there are no signs of a criminal act in their actions (inaction),<sup>1</sup> conscientious delusion about the possibility «to prevent, to foresee the outcome of a particular medical action»,<sup>2</sup> failure to comply with professional standards.<sup>3</sup> Along with this, the existing doctrinal calculations, as a rule, are not used to substantiate various approaches to the legal regime of compensation for «medical harm» and are concentrated around discussions on toughening (mitigating) criminal liability for medical negligence.<sup>4</sup> Legislation in this area is still notable for the parsimony of special regulatory legal regulation.

In particular, article 98 of the Federal Law of November 21, 2011 No. 323-FZ «On the Fundamentals of Health Protection of Citizens in the Russian Federation»<sup>5</sup> actually repeats the norms of Ch. 59 of the Civil Code of the Russian Federation,<sup>6</sup> naming medical organizations and workers as responsible persons in arising tort legal relations, and referring to the general procedure for determining the volume and nature of harm to health. Despite the declaration in paragraph 7 of Part 1 of Art. 72 of the aforementioned law of the right of medical workers to insure the risk of their professional liability, such insurance is not compulsory (that is, it can be carried out at the expense of a medical organization or worker), it means that tort liability remains the main legal means by which full and fair compensation is ensured. The general conditions for the occurrence of such liability are also preserved, requiring the establishment of the unlawfulness of the action (inaction) of the inflictor of harm, the guilt in what happened, the onset of harm to health and the causal relationship between such harm and the actions (inaction) of a medical worker. The only exception to the general rule is related to the possibility of extending the provisions of article 1095 of the Civil Code of the Russian Federation in terms of the obligation to compensate, regardless of fault. At the same time, attention is

traditionally drawn to the fact that the effect of the rules on strict liability is limited to cases of «the presence of constructive, prescription or other deficiencies» of a medical service or the failure to provide sufficient information about it, it means that the provision of medical care and treatment is not mediated by an agreement for the provision of paid medical services, deprives the victim of the right to exclude guilt from the number of circumstances to be justified (Maria I. Kislaya & Alexey O. Kisly, 2020). This approach is also supported by judicial practice<sup>7</sup>. In all cases, regardless of the application of strict or general tort liability construction, the partial fault of the victim themselves for causing harm to health cannot entail a refusal to compensate, but can contribute to a proportional reduction in the amount of compensation (except for the costs of treatment and medical and social rehabilitation for Clause 1 of article 1085 of the Civil Code of the Russian Federation).

It should be noted that in world practice, the problem of medical error in a number of states has led to a more meaningful understanding of the issues of compensation for harm caused and contributed to the formation of special means of compensation, in the content of which traditional legal institutions, such as tort liability and insurance, have undergone significant modifications taking into account the specifics of medical activity risks, difficulties in determining the conditions for the onset of civil liability and the readiness of the state to take on part of the losses arising on the side of victims as a result of a medical error. Thus, a study conducted in 1991 by a team author at Harvard University showed that when adverse events in medicine are registered in 3.7% of all hospitalizations, only in 28% of cases there are signs of guilty failure or improper performance of their duties by medical personnel. It means that the majority of patients suffering from «medical injuries» are not eligible for compensation under the tort liability institute. Within the framework of the publication, as opposed to the concept of «medical error», the concept of «adverse effects of treatment» was proposed, which means the injury caused by medical intervention (and not the underlying disease), as a result of which the period of hospitalization was extended and disability was established. In the field of medical practice, under the guilty harm (medical error), the authors consider it is necessary to understand such treatment and patient care that does not meet the standards expected from doctors in society (Troyen A. Brennan *et al.*, 1991, p. 324).

To a large extent, under the influence of this doctrinal approach, special systems of compensation for harm caused in the process of medical activity were developed and proposed for practical application, based on a combination of the structure of tort liability and compensation schemes without fault, or on the use of the latter in a pure

form. They were based on the general hypothesis that damage to health in medicine is often caused by inevitable human error against the background of systemic failures and risks inherent in this area of human activity, *i.e.* that the cause of harm more often lies in «system errors» (the health care delivery system) rather than «human errors» (culpable violations by a particular health worker) (Jing Liu & David A. Hyman, 2020, p. 405, 419). The proposed theoretical justification remains relevant at the present time, and the use of the tort liability structure in its strict version is increasingly negatively assessed by its supporters as contributing to the development of «protective medicine», the essence of which is to carry out unnecessary diagnostic procedures in order to protect from possible lawsuits, denial of medical care in situations where the risks of an unfavorable outcome are high, as well as concealment of the facts of damage to health (Kelly Bookman & Richard D. Zane, 2020, p. 539, 545). Along with this, in each state, in view of the specifics of the organizational and legal support for the provision of medical care to citizens, its own combination of available legal means of compensation is being formed. So, in the Scandinavian countries priority was given to innocent schemes, which mainly use the institution of collective patient insurance, which does not exclude the subsidiary application of tort liability rules (only in Denmark, a patient does not have the right to go to court with a tort claim if the damage caused is fully covered by the compensation system without fault). In most European countries, China, Japan, the United States (the states of Florida, Virginia, etc.), such schemes are used selectively, for cases of harm as a result of specific medical procedures and manipulations (during vaccination, in relation to the field of obstetrics, etc.) (Vera Raposo, 2015, p. 942, 945), while the rest remains the classic structure of tort liability, based on evidence of negligence as an unlawful culpable violation of obligations to patients, defined by the contract or generally recognized standards of professional activity.

In general, it can be stated that discussions around the problem of a medical error have contributed to the formation of two types of special compensation schemes, which differ depending on the role assigned to the institution of tort liability in each of them. We are talking about schemes of compensation without fault, characterized by a complete or partial refusal to use this institution in parallel with the introduction of personal insurance for patients, and tort compensation schemes, which are distinguished by the preservation of the insurance, subject to the introduction of special legal presumptions relating to individual conditions for the liability occurrence. A comparative legal study of foreign experience in the application of these schemes represents a

significant potential for determining the prospects for the development of Russian legislation in the relevant part, which is the purpose of this study.

It is an attempt to summarize the main options for basic compensation schemes. In particular, as variations for the first type, the following are identified and analyzed: mixed schemes of compensation without fault, implementing the criterion of preventable injury (Scandinavian countries – Denmark, Norway, Sweden, Finland); mixed schemes of compensation without fault, based on the principle of equivalence of legal means of compensation (France and Belgium). As an alternative to innocent schemes, there are examples of justifying special legal presumptions for cases of medical error in states adhering to the concept of the fundamental role of tort liability in the system of legal means of compensation for harm caused by the action (inaction) of a medical worker, as well as attaching special importance to the deterrent function of tort law. The results of the study are presented below.

## **II. COMPENSATION SCHEMES WITHOUT FAULT: MAIN OPTIONS AND CONDITIONS FOR IMPLEMENTATION**

### *1. Mixed Fault-Free Reimbursement Schemes Implementing Injury Preventability Criterion (Scandinavian Countries)*

Anticipating the consideration of the specific features of mixed schemes of compensation without fault, applicable to cases of medical errors in the Scandinavian countries, we emphasize that the general operation principle of absolutely all schemes of compensation without fault without exception is the exclusion or limitation of the rules on tort obligations in parallel with the introduction of the institution of insurance of risk of harm, as well as the establishment of the foundations of the legal status of «health courts», other administrative or arbitration bodies created specifically for the assessment and settlement of claims related to harm to health. For example, in Sweden all medical organizations and private practitioners are required to take out a comprehensive insurance that combines life and health insurance of patients and insurance of their professional liability. Two prerequisites are established for the payment of insurance compensation, namely: the preventability of injury, understood as the ability to avoid such injury, including through an equally effective, but fundamentally different medical procedure or treatment strategy, and the severity of the harm caused to health, determined according to formal criteria (at least 30 days of hospitalization or 10 days during which there is permanent disability). In the Swedish health care system, 17 district medical councils and 4 regional authorities are responsible for organizing the

provision of the necessary medical care to the population, which organize the financing of public hospitals and the purchase of medical services from private providers at the expense of the regional share of income tax. They also act as insurers in respect of property interests related to harm as a result of treatment, and the only insurer – the County Council Mutual Insurance Organization (Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag, LÖF), guided in its activities by the Patient Injury Act 1996 (PIA 1996)<sup>8</sup> – considers all material claims of the affected patients. Comprehensive insurance acts as liability insurance when a tort claim is filed against an organization or a doctor.

The exclusion of the component of guilt from the list of conditions for the appointment of compensation does not mean that the subjective component has no legal significance in the investigated legal relationship. The rule of avoidability is a special criterion for determining subjective grounds for material claims, which, according to the most common doctrine approach, is regarded as a cross between the traditional criterion of guilt and the evidentiary standard of independence from it, adopted in the construction of strict liability (Andrew Roy & Nina Ross, 2020, p. 221). Compensation is awarded to patients with avoidable injuries under optimal conditions, insofar as they could be prevented by the efforts of an «experienced specialist» with the best special care. The «experienced specialist» standard, in turn, assumes that all the risks and benefits of various treatment options are considered retrospectively, based on the consequences that have occurred, however, for each case, it is taken into account that there are developed clinical protocols for the treatment of the disease during the period of medical service. In addition to preventable injuries, the insurance indemnity covers: material injuries as unavoidable damage to health caused by a defect or improper use of medical devices or hospital equipment, infectious injuries as cases of contracting an infectious disease from an external source during the provision of medical care, injuries caused by an accident, - as unavoidable injuries that occurred in exceptional circumstances during the treatment period (for example, as a result of a fire in a healthcare facility).

Determination of the amount of harm is carried out in accordance with the general rules for compensation for harm in the procedure of bringing to tort liability, set out in the Compensation Act 1972,<sup>9</sup> with the only procedural feature, which is that the consultants involved in evaluation of claims must have legal and medical education. At the same time, the basic principle remains the principle of full compensation, and the payments themselves cover material (loss of earnings (income), treatment costs – in the

part not covered or not provided by other types of insurance and social assistance) and moral damage (monetary value of pain and suffering, disability and related disabilities, permanent physical disfigurement, etcétera). The assessment of material damage is always carried out according to the actual costs (losses), and to determine the amount of compensation for moral damage, unified tables have been developed, the algorithm for applying which is based on knowledge of the type, severity of damage and the duration of treatment. We also note that the victim was granted the right to additional one-time compensation in the presence of persistent disorders of the body's functions, established as a percentage based on the results of a medical examination. There are no specific criteria for calculating it for medical injuries, and therefore tables created by the Association of Road Insurers are subject to application – here the payment amounts are indicated for a specific percentage of disability for each type of injury.<sup>10</sup>

State insurance systems for indemnification of damages, built by analogy with the Swedish one, exist in all Scandinavian countries. However, they have some differences in the conditions of application and the amount of compensation. In particular, in Finland, the category of insured events includes not only «medical injuries», the understanding of which is similar to that adopted in Sweden, and exceptions similar in meaning (nosocomial infection, injuries caused by the failure of medical equipment, etcétera), and so-called «unreasonable damage to health» – cases of deterioration of the patient's health, not associated with the course of the initially identified disease or exacerbation of chronic conditions.<sup>11</sup> Compensation of injury is determined by the observance of five prerequisites, including: 1) bodily harm received by the patient; 2) connection of health damage with the process of treatment or provision of medical care; 3) the condition of the victim in the status of a patient, *i.e.* a person undergoing medical examination or treatment; 4) getting injured during the period of the said law's duration; 5) the occurrence of the relevant event within the geographical territory of Finland. At the same time, insurance payments are made only for significant injuries, while the criterion of significance is complex – it is required to establish adverse consequences in the form of persistent limitation of life, irreversible aesthetic damage and/or incurring treatment costs in excess of 200 euros. The decision on compensation for harm is made by the Patient Insurance Center (Potilasvakuutuskeskus) in two stages: at the first, a conclusion on the compensability of the injury is prepared, at the second, the claims evaluators determine the amount of the payment based on objective data and additional information provided by the applicant (prescriptions, receipts for drugs and medical

services, documents on compensation and benefits provided under other insurance systems).

The amount of compensation in Finland is also determined in accordance with the general tort law and includes the costs of medical treatment and other necessary expenses caused by injury, compensation for temporary incapacity for work (until 2006, the corresponding amount was taken into account as part of moral damage), for permanent disruption of body functions (disability), for irreversible aesthetic damage, reimbursement of lost earnings (income), as well as, if there are grounds, reimbursement of costs for outside care services or reimbursement of lost earnings (income) in favor of close relatives of the victim who provide such services to them free of charge. When a victim files a tort claim, the Patient Insurance Center acts on behalf of the medical organization or doctor who is believed to have committed a medical error. However, such representation is of an exclusively procedural nature and is not associated with the obligation to compensate for the damage caused, since the Center does not provide professional liability insurance.

A distinctive feature of Denmark is the existence of two separate legal regimes for injury compensation for injuries caused by treatment (Patient Insurance Act)<sup>12</sup> and the use of drugs (Medicines Compensation Act).<sup>13</sup> The preventability rule and the «experienced practitioner» standard are also used to determine the relevance of health damage to the scheme, however, unlike in Sweden and Finland, the retrospective rule does not apply here. Compensation of injury is assessed according to the «rule of tolerance», which assumes the possibility of compensation for harm only for unusual or serious injuries that entail such permanent damage to health that could not be foreseen and rationally assumed, taking into account the severity of the underlying disease, the required course of treatment, the severity and likelihood of side effects. Like in Sweden, injuries resulting from the refusal or misuse of medical equipment are included into a separate category of insured events, but health damage due to accidents in health care facilities is considered in this capacity only if there is evidence of a guilty offense. The threshold requirements for the payment of insurance indemnity are based on the criterion of the significance of the amount of the claim (at least DKK 10,000 in total and at least DKK 1,000 in the case of dental injuries caused by private dentists), at the same time, such reimbursement includes the components of material and moral harm calculated in accordance with the general provisions of civil law.

The Norwegian Innocent Patient Compensation System, implemented by the public insurer (Norsk Pasientskadeerstatning, NPE), through the mandatory insurance premiums of healthcare organizations and municipalities, is characterized by the most emphasis on the subjective background of each case and the establishment of mixed eligibility criteria for a claim. The harm caused to the patient's health is subject to compensation, if: 1) it is a consequence of a medical error or omission (in fact, a guilty misconduct of a medical worker) that occurred in the process of medical examination (diagnosis), treatment and follow-up of the patient; 2) it is sufficiently serious and unforeseen, taking into account the assessment of the risks to which the patient had to agree in advance.<sup>14</sup> As you can see, not only the behavior of a medical worker is subject to legal assessment, but also of the patient themselves (for the latter, in terms of voluntarily assumed risks). As in other Scandinavian countries, Norway has a minimum amount of damage caused (at least NOK 5,000), but compensation can be awarded even if this threshold is not reached if the injury is irreversible and / or has resulted in permanent disability. The compensation includes reimbursement of lost earnings (income), treatment costs and the purchase of drugs, travel to the place of treatment and back, as well as additional compensation in case of permanent disability (at least 15%), the purpose of which does not depend on the availability or evidence of specific material losses. The filing of a standard tort claim is acceptable in cases not covered by the scheme, as well as if the victim incurs additional costs in the future.

In the examples, the innocent schemes are of a mixed nature due to attempts to take into account the subjective prerequisites for the occurrence of medical injuries (the criterion of preventable injury, the rule of tolerance and the standard of an experienced specialist), they are designed for a wide range of situations in which the patient's health is harmed. They are considered a priority legal remedy because tort claim is only allowed on the basis of subsidiarity and exclusivity. In rare cases, the legislator takes a different path, maintaining the tort and innocent regime of payments as independent subsystems, and each of them is designed for a specific type of unfavorable phenomena in the field of medicine, *i.e.* the mixed nature of the type of scheme under consideration is realized in conditions of equivalence of available legal means of compensation and providing the victim with an alternative to choose between them.

*2. Mixed schemes of compensation without fault, based on the principle of equivalence of legal means of compensation (France and Belgium)*

In France, the Code of Public Health provides for both a general construction of civil liability, accompanied by its compulsory insurance, and compensation without fault.<sup>15</sup> To make a claim within the framework of the compensation system without fault, it is necessary to reach a certain severity level of the damage to health (at least 24% of total disability) and agree to the consideration of the claim by a special administrative body - the Regional Commission for Settlement and Compensation (Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation, CRCI). The no-fault redress scheme covers only «medical accidents» where the harm to health is an abnormal consequence of a medical procedure or treatment, provided that such consequences could be assessed and determined. The proposed alternative legal regime for compensation without fault - as noted in the doctrinal sources – is neither contractual nor tort in nature (Eldo E. Frezza, 2020, p. 89).

From a procedural point of view, the implementation of the right to compensation after the transfer of the case to the CRCI implies a comprehensive medical and legal assessment of the case for compliance with the criteria for the severity and urgency of the harm caused, based on the available information about the previous state of health of the victim and the predicted risks of the disease development. The decision on the legal regime of compensation is taken only after such an assessment, while in the case of the fault of the medical worker or the organization, payments are made by professional liability insurers, in the absence of fault - by the National Directorate for Compensation for Damage Caused by Health Accidents (National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, ONIAM). In any case, patients retain the right to go to court with traditional tort claims, and insurers are given the right to challenge the basis for payments and the amount of compensation, as a result of which the entire scheme adopted for the consideration of claims for medical injuries in France is criticized as unnecessarily overloaded with additional administrative procedures (Lionel Collet, 2020, p. 598 y 600). In addition, attention is drawn to the lack of consistency in the interpretation of the term «medical accidents», which manifests itself in the fact that each situation is assessed by the CRCI individually, without an established understanding of the parameters of «foreseeability» and «extremeness» of the injury, as well as the «undesirability» of the consequences (Isabelle Parizot *et al.*, 2017, p. 99 y 105).

A similar scheme is used in Belgium, where the severity and abnormality of the damage to health opens up access to compensation from a specially created fund (Fund for Medical Accidents, FMA) (Kenneth Watson & Rob Kottenhagen, 2018, p. 1, 15). A significant difference here is that the creation of a special body for settling claims frees

the victim from the need to go to court and prove certain legal significant circumstances, the presence of which, as a general rule, is necessary for the appointment of compensation (including guilt and the amount of damage caused). However, the very content of these legally significant circumstances remains unchanged, as well as the structure of tort liability to be applied. Consequently, the Belgian scheme can be seen rather as a transitional type, but not as a redress without fault.

### **III. TORT COMPENSATION SCHEMES: SCOPE OF SPECIAL LEGAL PRESUMPTIONS**

#### *1. Rationale and content of special judicial-legal presumptions for cases of medical errors in Germany*

Having analyzed the systems of compensation without fault, let us dwell separately on the trends in the development of guarantees of legal protection of the patients' interests in states that have not developed special organizational and legal mechanisms for resolving material disputes with the participation of victims. One of the striking examples of such countries is Germany, where, according to the no-fault model, only compensations for harm caused by drugs are regulated,<sup>16</sup> and the strict liability rule is limited to the usual scope of product liability norms in European countries<sup>17</sup> (*i.e.* can only go about defective medical products). The legal basis for awarding compensation for harm caused to the patient's health as a result of a medical error remains Sect. 823 (1) BGB<sup>18</sup> on tort liability, in turn, negligence is considered among the conditions for the occurrence of such a refusal to exercise reasonable care, regardless of the risky nature and other features of the existence of the relevant legal relationship.

Of particular interest in the German legal system is the standard for establishing guilt in the form of negligence, which in its most general form implies that reasonable care is not considered to have been exercised if «a conscientious medical professional with average experience in the relevant field and a positive reputation» consciously and with understanding possible adverse consequences takes on tasks related to treatment, without having sufficient competence, solves such tasks contrary to the existing knowledge, standards and professional qualifications. A causal relationship is also essential for the satisfaction of a tort claim, which means that in each case of a guilty violation by a doctor of his official duties, the patient must confirm that the injury occurred precisely in view of the specified violation, and not as an inevitable consequence of the underlying disease. German law uses here the formula «*conditio sine qua non*»,

which limits liability to cases in which the delinquent's guilt cannot be «mentally removed» without the patient's trauma also ceasing to exist. In practical terms, this means that the physician's misconduct must be justified as a necessary condition for causing harm, which is generally straightforward, given that the injury usually occurs within the risk from which the physician was obliged to protect his patient. At the same time, some difficulties may arise when excluding accompanying risk factors, the complexity of which is a typical situation in medicine, from among the circumstances, each of which can serve as an independent actual cause of injury (Klaus Fischer, 2020, p. 516, 517). Their resolution is currently associated with the application of special evidentiary standards developed by German jurisprudence.

Among the most significant judicial and legal presumptions should be noted the presumption of «gross error in treatment» («grobe Behandlungsfehler» – German), which is informative in nature and suggests that a causal relationship is considered established if the treatment was especially careless and created more than negligible risk of injury in a particular situation. Specifying the concept of «gross error in treatment», the Federal Court of Germany notes that in order to fulfill this criterion, it is not enough to establish the fact of any violation by a doctor of his official duties, since such can be committed by a sufficiently prudent and conscientious specialist. It is not «subjectively unforgivable» violations that should be considered as a gross error, but such cases of non-performance or improper performance of official duties, which are manifestly unreasonable given the requirements for the level of professional training and qualifications that medical workers must have.<sup>19</sup>

In addition, a very special case of injury to a patient in Germany is considered to be an injury resulting from the failure of medical professionals to comply with the obligation to obtain informed consent from the patient. Regardless of the severity of the risk related to the treatment process, inadequate disclosure of information about it is treated as «unlawful bodily harm» according to Sec. 823 (1) BGB, which eliminates the need for additional justification of guilt and causality to satisfy a claim for damages. The jurisprudence maintains high standards of disclosure of information about the risks associated with the provision of medical services, focusing on the doctor's obligation to disclose all information available to them about the nature and purpose of treatment, its available risks and alternatives, as well as any other significant aspects of foreseeable risks, if these are related to treatment, they can affect the patient's consent to treatment or subsequently have any significant impact on the patient's lifestyle. In cases of this category, it is presumed that the treatment itself is an unlawful act due to the lack of legal

grounds for it, while trauma is the result of this offense. The only defensive argument for the doctor is the justification of the fact that if there was information about the controversial risk, the patient would still agree to treatment («hypothetical consent», or «hypothetische Einwilligung» – German), *i.e.* refusing treatment would objectively run counter to his interests.<sup>20</sup>

In order to compensate for the harm caused to the patient due to a medical error, Germany has a professional liability insurance («Haftpflichtversicherung»), and although the conclusion of an insurance contract is not considered a prerequisite for starting a medical practice, the health authorities strongly recommend this measure in order to protect against the risks of insolvency for both medical organizations and individual private practitioners. The amount of damage is calculated according to general rules and includes a material component based on financial losses («materielle Schdden»), and non-pecuniary damage, reflecting the monetary value of the patient's pain and suffering («immaterielle Schdden / Schmerzensgeld»). Material damage includes actually incurred and future costs of treatment, rehabilitation and outside care, costs of re-equipment of the house, lost earnings (income). Despite the voluntariness of professional liability insurance, the procedure for resolving disputes over medical injuries is distinguished by the existence of a special organizational and legal mechanism that makes it possible to achieve compensation without going to court. The main role in this mechanism is assigned to expert and arbitration commissions (Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen), subordinate to the state medical associations of the states (Landesdrztekammer), operating throughout Germany (Johannes Riedel, 2019, p. 294; Peter Glanzmann, 2021, p. 159). Contacting the association is free for the injured patient, and the procedure itself includes the preparation of a report on the nature and severity of health damage (carried out by an expert commission) and a medical-legal opinion on the existence of grounds for assigning responsibility to a doctor or a medical organization (prepared by an arbitration commission, which includes a lawyer). All conclusions are formulated on the basis of an analysis of the evidence agreed by the parties, at the same time, the final decision does not prevent the victim from going to court.

We see that the German approach to compensation for harm caused in the course of medical activity is characterized by a significant margin of appreciation of the courts, which allows the latter to develop judicial and legal presumptions that modify the traditional structure of tort liability in the interests of the victim. The result of such an approach may be excessive compensation, however, in the doctrine, such a development

of events is more often viewed as a permissible expression of corrective justice, carried out, inter alia, through the redistribution of losses in a democratic social state (Marc S. Stauch, 2011, p. 1149 y 1150). It should also not be forgotten that a significant part of the losses incurred by the victims is compensated in kind within the framework of compulsory health insurance and social security, as a result of which the question of the possibility of introducing special compensation systems in this area, built on the model of compensation without fault, is not is on the agenda of the legislator in Germany.

## *2. Specific examples of the normative consolidation of special legal presumptions for cases of medical errors in selected countries*

In some jurisdictions, the normative consolidation of the concept of a medical error and its types has been adopted, while the detection of one or more of the listed violations allows us to consider the fact of a guilty violation of the legal obligation to provide medical assistance or treat a specific patient, as well as the causal relationship between the violation and the damage to health established. For example, in the UAE, a medical error is a violation committed by a practicing physician, which consists in: 1) ignorance of certain technical aspects of treatment, which should be known to any practicing specialist of the same specialization and level of training; 2) non-compliance with recognized professional (medical) standards; 3) lack of due diligence; 4) negligence and carelessness. It is allowed to specify the types of serious medical error in the sub-legal regulations<sup>21</sup>. In the United States, in most states (excluding the specialized compensation systems in Florida and Virginia), as opposed to proving a direct causal relationship, the patient only needs to demonstrate a sufficient relationship between a violation of professional standards and the injury that is the «immediate cause» of the injury (Bhajanjit Bal, 2009, p. 339, 344). In addition, in order to limit judicial discretion and speed up the trial, strict guidelines are used to calculate the amount of compensation, limiting its maximum amount: for the amount of all types of losses and expenses, including material and moral damage (states of Louisiana, Colorado, Indiana, Virginia), only for non-pecuniary damage (Florida, Hawaii, Idaho, Georgia), depending on the medical professional's form of guilt (Alaska, Maine, Maryland, Oregon, Wisconsin), depending on whether the medical services were provided by a public medical organization, a private clinic or a private practitioner (Colorado) (Meghana S. Chandra & Suresh B. Math, 2016, p. 21 y 25). India, Germany and Canada also have a standardized benefit, and the UK has experience with alternative legal mechanisms for dispute resolution with injured patients outside of Germany, where the National Health Service (NHS) implements a national program to protect against the risks of clinical

malpractice based on the voluntary participation of medical organizations and individual specialists in professional liability insurance (including ensuring the payment of life compensation to victims in the event of disability) (Thi B. Nguyen, 2019, p. 1, y 15).

It should be noted that referring to the example of other states that have retained the structure of tort liability as the main legal remedy for compensation for harm caused as a result of a medical error, suggests that the establishment of special legal presumptions is permissible in relation to any of the conditions for the occurrence of such liability. In other words, movement towards doctrinal justification and legislative consolidation of schemes of compensation without fault is seen here as far from the only alternative.

#### **IV. CONCLUSIONS. MIXED COMPENSATION SCHEMES - THE WAY FOR RUSSIA?**

A critical analysis of the above systems suggests the ineffectiveness of «clean» compensation systems without fault in countries where there is a developed system of social security and health insurance, and claims about bringing a medical worker or organization to tort liability are mainly resolved with insurers of such liability. At the same time, implicitly, the main incentives for abandoning the tort liability structure are not the problems of proving guilt as such, but the inadequacy of such a structure to the specifics of medical activity and the lack of the practice of expert assessment of cases of medical error. The systems of compensation without fault, in addition to excluding such from the number of legally significant circumstances established for the recovery of compensation, are characterized by the separation of the purposes of compensation and punishment (the latter is implemented only within the framework of bringing a guilty medical worker of criminal and disciplinary liability), the introduction of criteria for compensating an injury and / or compensation for certain types of losses, the existence of special (insurance or budget) funds, on which the claim for compensation is transferred. The implementation of the institute of tort liability, on the contrary, is associated with a predominantly judicial procedure for resolving a dispute, the duration of consideration of a specific claim, which is especially important for severe injuries in view of the duration of the stabilization of the victim's health and the need for an objective assessment of persistent disorders of the body's functions, however, at the same time, it contains more flexible mechanisms of influence on the offender (deterrent effect) and presupposes the operation of the principle of full compensation in order to restore

the situation that existed before the violation of the law, retains the possibility of assigning punitive damages in jurisdictions where this institution is historically justified.

The criterion for the avoidance of injury introduced in mixed systems of compensation without fault (especially in the Scandinavian countries) deserves criticism as a disguised standard for defining guilt in the form of negligence. It acts with the only difference that when bringing to tort liability it is about assessing the behavior of a doctor as an average «reasonable person» who chooses the most reasonable treatment strategy under the current conditions, but not necessarily the best approach to providing medical care of all possible options or individual services. Indeed, avoiding harm means that adequate medical attention has not been provided by the health care provider or organization there was no due diligence and discretion in relation to the patient, the only difference is how to assess the necessary degree of «due diligence and discretion» – from the standpoint of a particular specialist or «the best in the profession». This confusion is confirmed by the example of Germany, where, while maintaining the traditional structure of tort liability, judicial practice justified the criterion for determining guilt in claims for medical negligence, arising from the assessment of the behavior of a medical worker from the position of «a conscientious doctor with average experience and a positive reputation». It should be assumed that for a true scheme of compensation without fault, the main criterion for compensating harm should be the origin of injury from the scope of risks inherent in medical activity. Mixed schemes using the criterion of avoidability can be confidently considered as transitional, applicable when the institution of tort liability is abandoned, but even before the proper doctrinal justification and legal support of the system of innocent compensation.

In general, the problem of compensation for harm to health caused as a result of a medical error is not focused on the compulsory insurance of the risk of professional liability in health care, although this is an important legal means to protect the material interests of doctors and patients. The study of foreign experience allows us to assert that the specificity of the risks inherent in the processes of medical care, diagnosis and treatment, necessitates the existence of special legal presumptions established in relation to certain conditions for the occurrence of such liability and thereby alleviating the situation of the victim.

In particular, it seems reasonable to establish a presumption of a gross error in treatment, the essence of which is the assumption of a causal relationship when one or more of the most significant violations of official duties by a medical professional is

detected. This category may include cases of gross violation or ignorance of medical standards, indicating the discrepancy of a specialist with the declared specialization or level of preparedness, unreasonable limitation of the scope of treatment or the list of diagnostic measures, failure to comply with the obligation to obtain the patient's informed consent for treatment. An exhaustive list of cases of gross violation of duties and (or) the most essential duties of a medical worker, the violation of which will be interpreted as gross, should be consolidated after consultation with the medical community in article 73 of the Federal Law «On the Fundamentals of Health Protection of Citizens in the Russian Federation», with the extension to them of the rules on compensation for harm regardless of fault (the possibility of establishing such special cases is directly provided for by paragraph 2 of article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation). This step will eliminate the contradiction arising from the application of article 1095 of the Civil Code of the Russian Federation, which consists in differentiating the rights of the victim depending on whether medical care is provided under a contract for the provision of paid medical services or free of charge (including under the compulsory medical insurance program), is obvious if we take into account that the risky nature of medical activities is inherent in its very nature, and not in the prerequisites for the emergence of legal relations between the doctor and the patient. In the given conditions, it is important to preserve the rule on compensation only for those types of losses that are not compensated in kind within the framework of compulsory medical and social insurance, which will ensure a balance between simplified conditions for compensation for harm and fair compensation.

Along with all that has been said, the prospect of introducing in the Russian conditions certain elements of compensation schemes without fault, especially for «accidents» in certain areas of medical activity, where determining the origin of harm from the actions (inaction) of a particular medical worker is especially difficult, and the outcome of a particular manipulation is influenced by a significant number of random and/or poorly understood factors (HIV infection during blood transfusion, the consequences of vaccination, neurological abnormalities as consequences of fetal hypoxia during childbirth). Regardless of the adoption of fundamental decisions in the field of creating additional insurance guarantees for compensation for harm caused in the course of treatment, an important element of foreign no-fault schemes recommended for borrowing is a system of independent expert assessment of cases of medical error operating outside the state health care system. The use of such a system, however, should be aimed only at determining the causes and conditions of harm to health, but not the

volume and nature of such harm. When establishing the latter, one should be guided by the general rules of Ch. 59 of the Civil Code of the Russian Federation in order to ensure the possibility of offsetting and the implementation by insurers of the risks of professional liability and risks of causing harm, reverse claims for uniform costs to insurers for social types of insurance.

The distribution of various types of losses between the participants of the compensation scheme must be done in such a way that the initial and urgent costs are reimbursed in a simplified manner, preferably by professional liability or harm risk insurers, and periodic payments and forecasted costs of medical and social rehabilitation for the future are reimbursed by the person responsible for such harm, according to Ch. 59 of the Civil Code of the Russian Federation. When reimbursing treatment costs, priority should be given to compensation in kind, and an effective option for settling claims for reimbursement of lost earnings (income) may be the appointment of a lump sum insurance payment to compensate for the loss of general disability made without confirmation of the amount of earnings (income) before injury. This type of compensation will ensure the minimum compensation for the partially or completely lost ability of the victim to generate income. At the same time, it will reduce the burden on the courts and insurers due to the refusal of a significant number of patients from claiming periodic payments for the entire period of permanent disability.

## V. REFERENCES

- AMICONE, S., *et al.*, *Casebook of Traumatic Injury Prevention* (Richard Volpe ed., Springer 2020), disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-27419-1>.
- BAGMET, A. M. & Cherkasova, L. I., (2015). Professional mistakes and defects in rendering medical assistance to children: criminal-law evaluation. *Russian Investigator*, núm. 1.
- BAL, B., (2009), An Introduction to Medical Malpractice in the United States, *Clinical Orthopaedics and Related Research*, vol. 467, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11999-008-0636-2>.
- BIMBINOV, A. A., (2019), Case study of bringing of medical staff to liability: certain conclusions, *Criminal law*, vol. 6.
- BOOKMAN, K., ZANE, R. D., (2020), Surviving a Medical Malpractice Lawsuit. *Emergency Medicine Clinics of North America*, vol. 38, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.emc.2020.01.006>.

- BRENNAN, T. A., *et al.* (1991). Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients – Results of the Harvard Medical Practice Study I. *The New England journal of medicine*, vol. 324, disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJM199102073240604>.
- BYKOV, A. V., ZEMLYANSKIY, D. Y., (2020), On some peculiarities of establishment of the causal relationship in crimes of non-delivery or undue healthcare delivery. *Russian Investigator*, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.18572/1812-3783-2020-2-33-37>.
- CHANDRA, M.S. & MATH, S. B., (2016), Progress in Medicine: Compensation and medical negligence in India: Does the system need a quick fix or an overhaul? *Annals of Indian Academy of Neurology*, núm. 19, disponible en: <https://doi.org/10.4103/0972-2327.192887>.
- COLLET, L., (2020), Abnormal consequences of non-faulty medical accidents: Jurisprudence of the Conseil d'État. *Bulletin of the National Academy of Medicine*, núm. 204, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.banm.2020.04.014>.
- DAVYDOVSKY, H. V., (1941), Medical errors, *Soviet Medicine*, núm. 3.
- FISCHER, K., (2020), Limitation of claims for compensation for damage due to medical errors. *Health law*, núm. 19, disponible en: <https://doi.org/10.9785/gesr-2020-190817>.
- FITZGERALD, L., *et al.* Successful Public Policy: Lessons from Australia and New Zealand (Joannah Luetjens *et al.* eds., ANU Press 2019), disponible en: <https://doi.org/10.22459/SPP.2019>
- FREZZA, E. E., (2020), *The Moral Distress Syndrome Affecting Physicians*(Productivity Press 2020), disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781003034766>.
- GLANZMANN, P., (2021), *Arbitration boards and advisory committees for medical liability questions*. *The orthopedist*, núm. 50, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s00132-020-04044-x>.
- KISLAYA, M. I. & Kisly, A. O., (2020), *Responsibility for non-fulfillment or improper fulfillment of obligations under the contract for the provision of paid medical services*, disponible en: <https://moluch.ru/conf/med/archive/360/15637/>.
- KULI-ZADE, T. A., (2019), Issues of the criminal law qualification of medical errors, *Russian Investigator*, núm. 8.
- LIU, J., & Hyman, D. A., (2020), The Impact of Medical Malpractice Reforms. *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 16, disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-060120-093911>.
- MOKHOV, A. A., (2020), Insurance of civil (professional) liability in the biomedicine establishment period. *Medical law*, núm. 1.

- NGUYEN, T. B., (2019), Comparative analysis of medical malpractice law. *Asian Journal of Law and Economics*, núm. 10, disponible en: <https://doi.org/10.1515/ajle-2019-0006>.
- OGG, J., *et al.* Extended Working Life Policies (Ní Léime *et al.* eds., *Springer International Publishing 2020*), disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-40985-2>.
- OGUS, A., *et al.*, *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems* (Willem H. van Boom & Michael G. Faure eds., Springer 2007), disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-211-71554-3>.
- PARIZOT, I. *et al.*, (2017), Inequity of compensation trajectories for victims of medical injuries. A survey in the French out-of-court settlement mechanism. *Journal of epidemiology and public health*, núm. 65, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.respe.2016.12.027>.
- POSPELOVA, S. I., (2020), Undue medical assistance rendering: relevant qualifications issues. *Medical law*, núm. 6.
- RAPOSO, V., (2015), How Can Asian Countries Deal with Medical Liability and Patient Compensation. *International Journal of Social Sciences*, núm. 4, disponible en: <https://doi.org/10.20319/pijss.2015.s11.942956>.
- ROY, A. & ROSS, N., (2020), *Personal Injury Limitation Law*, (Bloomsbury Professional 4th ed. 2020), disponible en: <https://doi.org/10.5040/9781526508638>.
- RIEDEL, J., (2019), Framework rules for procedures implemented by expert and arbitration commissions of medical associations. *Medical law*, núm. 37, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s00350-019-5184-0>.
- STAUCH, M. S., (2011), Medical Malpractice and Compensation in Germany. *Chicago-Kent Law Review*, núm. 86.
- SVECHNIKOVA, I. V., (2020), Debatable issues of civil liability for improper provision of medical services, *Laws of Russia: experience, analysis, practice*, núm. 9.
- WALLIS, K. A., (2017), No-fault, no difference: no-fault compensation for medical injury and healthcare ethics and practice. *British Journal of General Practice*, núm.67, disponible en: <https://doi.org/10.3399/bjgp17X688777>.
- WATSON, K. & KOTTENHAGEN, R., (2018), Patients' Rights, Medical Error and Harmonisation of Compensation Mechanisms in Europe. *European Journal of Health Law*, núm. 25, disponible en: <https://doi.org/10.1163/15718093-12460348>.
- ZGONNIKOV, A. P. & PUSHKAREVA, A. N., (2015), The professional liability insurance of medical professional and the problem of patient confidentiality in the Russian Federation: theoretical aspect. *Legislation and economics*, núm. 9.

\* ORCID [0000-0003-3645-2861](https://orcid.org/0000-0003-3645-2861). Department of State and Civil Law Disciplines, Ryazan Branch of the Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia (Ryazan, Russia)–sole author. Correspondence information: Prof. O. Kolesnichenko, Department of State and Civil Law Disciplines of the Ryazan Branch of the Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia.

(1st Krasnaya, 25, building 8, Ryazan, 390043, Russia). Correo electrónico: [olja\\_korn@mail.ru](mailto:olja_korn@mail.ru).

<sup>1</sup> Such an approach is found in the works of specialists in criminal law, seeking to delimit the term «medical negligence» from related concepts (Hippolyte V. Davydovsky, 1941, p. 3; Anatolij M. Bagmet & Lyudmila I. Cherkasova, 2015, p. 15-17; Anton V. Bykov & Denis Yu. Zemlyanskiy, 2020, p. 33).

<sup>2</sup> This opinion is typical for studies that substantiate the special, risky, nature of medical activity and the need for professional liability insurance (Aleksandr A. Mokhov, 2020, p. 12-18; Andrey P. Zgonnikov & Anna N. Pushkareva, 2015, p. 48).

<sup>3</sup> In such a narrow sense, a medical error is considered, as a rule, in relation to particular cases of improper provision of medical services (Irina V. Svechnikova, 2020, p. 32-37).

<sup>4</sup> Studies of this kind are especially numerous (Tural A. Kuli-Zade, 2019, p. 42; Svetlana I. Pospelova, 2020, p. 14; Arseny A. Bimbinov, 2019, p. 4-10),

<sup>5</sup> Russian Federation Collection of Legislation 2011, No. 48, Item 6724.

<sup>6</sup> Civil Code ch. 59.

<sup>7</sup> Appeal ruling of the Sverdlovsk Regional Court of the Russian Federation of 22 September 2020 No. 33-11370/2020, disponible en: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=SOUR&n=261251#08861604083898194>; Appeal ruling of the Moscow City Court of the Russian Federation of 26 November 2019 No. 33-48439 / 2019, disponible en: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=SOCN&n=1220623#04162993922820244>.

<sup>8</sup> Patientskadelag 1996:799, disponible en: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfatningssamling/patientskadelag-1996799\\_sfs-1996-799](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfatningssamling/patientskadelag-1996799_sfs-1996-799).

<sup>9</sup> Skadeståndslag 1972:207, disponible en: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfatningssamling/skadestandslag-1972207\\_sfs-1972-207#:~:text=I%20§%20Den%20som%20uppsåtligen,Lag%20\(2001%3A732\).&text=skall%20ersätta%20skadan.,Lag%20\(2001%3A732\).](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfatningssamling/skadestandslag-1972207_sfs-1972-207#:~:text=I%20§%20Den%20som%20uppsåtligen,Lag%20(2001%3A732).&text=skall%20ersätta%20skadan.,Lag%20(2001%3A732).)

<sup>10</sup> Hållbarhetsrapport 2018 (Trafikförsäkringsföreningen), disponible en: [https://www.holmgrensbil.se/globalassets/pdfer/hallbarhetsrapport\\_holmgrens\\_2018.pdf](https://www.holmgrensbil.se/globalassets/pdfer/hallbarhetsrapport_holmgrens_2018.pdf).

<sup>11</sup> Potilasvakuutuslaki 22.8.2019/948, disponible en: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2019/20190948>.

<sup>12</sup> Lov om patientforsikring nr 367 af 06/06/1991, disponible en: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/1991/367>.

<sup>13</sup> Lov om erstatning for lægemiddelskader nr 1120 af 20/12/1995, disponible en: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/1995/1120>.

<sup>14</sup> Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) nr 53 af 15/06/2011, disponible en: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2001-06-15-53>.

<sup>15</sup> Code de la santé publique, art. L1142-1, disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006072665/2021-04-01/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/2021-04-01/).

<sup>16</sup> Arzneimittelgesetz, § 84, disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/amg\\_1976/](https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/).

<sup>17</sup> Produkthaftungsgesetz, §§ 1, 8, disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftgf/>.

<sup>18</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_823.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_823.html).

<sup>19</sup> Bundesgerichtshof, 2008, VI ZR 221/06, disponible en: <https://openjur.de/u/75714.html>; BGH, 2010, VI ZR 286/09, disponible en: <https://openjur.de/u/83681.html>; BGH, 2019, VI ZR 113/17, disponible en: <https://openjur.de/u/2172420.html>.

<sup>20</sup> BGH, 2019, VI ZR 318/17, disponible en: <https://openjur.de/u/2135686.html>; Landgericht Köln, 2008, 25 O 179/07, disponible en: <https://www.juris.de/jportal/nav/index.jsp#/>; Oberlandesgericht Hamm, 2013, 3 U 54/12, disponible en: <https://openjur.de/u/653256.html>; Landgericht München II, 2020, 1 O 4890/17 Hei, disponible en: <https://openjur.de/u/2301349.html>.

<sup>21</sup> Federal Decree Law No. (4) of 2016 on Medical Liability, art. 6o., disponible en: [https://www.dha.gov.ae/Asset%20Library/MarketingAssets/20180611/\(E\)%20Federal%20Decree%20no.%204%20of%202016.pdf](https://www.dha.gov.ae/Asset%20Library/MarketingAssets/20180611/(E)%20Federal%20Decree%20no.%204%20of%202016.pdf).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,  
nueva serie, año LV, número 163,  
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17498](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17498)

Recibido: 26 de abril de 2022

Aprobado: 22 de junio de 2022

## EL ACCESO A LAS MEDICINAS. EL DERECHO HUMANO ANTE LOS MONOPOLIOS FARMACÉUTICOS

### ACCESS TO MEDICINES. THE HUMAN RIGHT FORHEAD PHARMACEUTICAL MONOPOLIES

**Beatriz LEMUS MACIEL\***  
**Carla Angélica GÓMEZ MACFARLAND\*\***

#### Resumen:

El artículo pretende mostrar que los lineamientos establecidos por la Organización Mundial del Comercio, en materia de medicamentos, margina del acceso a estas a la población vulnerable, por los altos costos de las medicinas de patente y el retraso de la incorporación de los productos genéricos debido a aranceles, ganancias, rentas y control monopólico; los dos

#### Abstract:

*The propose of this paper is to show that the guidelines established for the World Trade Organization, about of medicines, marginalize the access to those to the vulnerable population, because of to the high costs of the patent medicines and the retardment in the incorporation of generic products due; tariffs, profits, rents, and monopolistic control;*

últimos se fundamentan en el uso de las patentes y los mecanismos que alargan su vigencia.

Para ello, se identificaron los principales instrumentos jurídicos en torno al derecho humano a la salud y los cambios económicos y jurídicos en materia de propiedad intelectual, producto de la globalización, para visibilizar el impacto del monopolio temporal en la producción de medicinas.

El método analítico permitió identificar los numerales de los acuerdos que vulneran el derecho a la salud que rigen a los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio. Posteriormente, se describen ciertos elementos para sostener la hipótesis de que los instrumentos internacionales señalados posibilitan la monopolización de la producción, distribución y venta de las medicinas para la población mundial, priorizando las utilidades de empresas transnacionales sobre el derecho a la salud. Por último, el método sintético permitió establecer algunas conclusiones sobre las evidencias jurídicas y estadísticas, para robustecer la hipótesis planteada.

En cuanto a la originalidad, este trabajo pretende mostrar que se han priorizado los derechos económicos sobre los derechos

*the last two are based in the use of patents and the mechanisms that lengthen their validity.*

*To do this, the main legal instruments regarding the human right to health were identified; the economic and legal changes about of intellectual property, because of globalization, to make visible the impact of the temporary monopoly in the production of medicines.*

*The analytical method allowed to identify the numerals of the agreements that are violating the right to health that rule the member states of the World Trade Organization. Subsequently, certain elements are described to support the hypothesis about of the international instruments allow the monopolization of the production, distribution, and sale of medicines for the world population, prioritizing the profits of transnational companies over the right to health. Finally, the synthetic method allowed to establish some conclusions about the legal and statistical evidence, to strengthen the proposed hypothesis.*

*In terms of originality, this work aims to show that economic rights have been prioritized over human rights. Among the findings, was found that pharmaceutical companies, taking advantage of legal*

humanos. Dentro de los hallazgos se encontró que las farmacéuticas, aprovechando los vacíos legales, han fortalecido y alargado la vida de sus monopolios.

*vacuum, have strengthened, and lengthened the life of their monopolies.*

### **Palabras clave:**

Derecho humano a la salud, empresas transnacionales, medicinas, monopolio

### **Keywords:**

*Human right to health, transnational companies, medicines, monopoly*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la salud como norma universal y bien público.* III. *Globalización e instituciones: garantes del derecho a la salud.* IV. *El monopolio en la producción y distribución de las medicinas.* V. *Conclusiones.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

**A** principios del siglo XXI, las políticas en materia de salud se enfocaban en las enfermedades infecciosas, que actualmente afectan principalmente a los países de ingresos bajos y son la principal causa de muerte en éstos; en los países de ingresos medios son la tuberculosis y el VIH/sida, y en los países de ingresos altos, las enfermedades crónico-degenerativas; esto último debido a que en estos países la población tiene una esperanza de vida superior a los setenta años (Organización Mundial de la Salud, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Organización Mundial del Comercio [OMS, OMPI, OMC], 2013).

El objetivo principal de este artículo es mostrar que debido a los lineamientos establecidos en el Acuerdo ADPIC, en aras de proteger la propiedad intelectual en materia de medicamentos y todo lo relacionado con la industria farmacéutica, se ha desprotegido a la población más vulnerable, al marginarla del acceso a los medicamentos, por los altos costos de las medicinas de patente y el retraso de la incorporación de los productos genéricos.

El acceso a los medicamentos es uno de los elementos sustanciales para el ejercicio del derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud, el cual se ve obstaculizado por diversos factores, como son: a) aranceles, b) ganancias, c) rentas d) control monopólico. Las rentas y el control monopólico tienen su fundamento en la propiedad intelectual, específicamente el uso de las patentes y en los diversos mecanismos que existen para alargar la vigencia de éstas, así como las marcas y derechos de autor en el diseño del empaquetado.

En primera instancia se identificaron los principales instrumentos jurídicos donde se aborda el derecho a la salud, como un derecho humano; posteriormente, se plantean los cambios económicos y jurídicos en materia de propiedad intelectual, producto de la globalización y del establecimiento del Acuerdo ADPIC y los llamados ADPIC plus, para posteriormente plantear el impacto de la monopolización de la producción de medicinas en la salud de la población, debido a la importancia de las rentas que se generan a partir de las licencias.

Lo anterior se realiza bajo el método analítico, estudiando lo señalado por organismos internacionales en el tema de salud como un derecho humano y su relación con los acuerdos ADPIC y ADPIC plus; poniendo énfasis en determinados numerales de estos instrumentos, que rigen a los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Una vez aplicado el método analítico, se procede a la descripción puntual de ciertos elementos, para sostener la hipótesis de que los instrumentos internacionales señalados conllevan a la monopolización de la producción, distribución y venta de las medicinas en la población mundial, priorizando las utilidades de empresas transnacionales de países desarrollados sobre el derecho humano a la salud. Por último, se aplica el método sintético para brindar algunas conclusiones sobre las evidencias jurídicas y estadísticas, para robustecer la hipótesis planteada.

## **II. EL DERECHO A LA SALUD COMO NORMA UNIVERSAL Y BIEN PÚBLICO**

**E**l derecho a la salud, como un derecho humano, y entendido como el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr, incluye el acceso oportuno, aceptable y asequible a las medicinas y servicios de atención de salud de calidad suficiente,

sin ningún tipo de discriminación (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2022) Este derecho se encuentra incluido en diferentes instrumentos jurídicos de orden internacional, donde destacan: a) la Declaración Universal de Deberes del Hombre c) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), d) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), e) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), f) la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), g) la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos (2005), entre otros.

A finales del siglo XX, en abril-mayo de 2000 en Ginebra, Suiza, se realizó la observación 14, referente al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se reconoce en el artículo 50. que para millones de personas en el mundo, el derecho a la salud es un objetivo remoto, a causa tanto de la pobreza como de obstáculos estructurales resultantes de factores internacionales y otros factores fuera de control de los Estados (Consejo Económico y Social, 2000).

Los principios en los que se sustentan los derechos humanos son: universalidad, interdependencia, indivisibilidad; además son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y dinámicos, es decir, que a medida que avanza la historia; se reconocen avances a los derechos ya establecidos o se suman nuevos derechos.

Diversos factores socioeconómicos como son la alimentación, la vivienda digna, las condiciones sanitarias, los ingresos, el medio ambiente, tienen una incidencia fundamental en el acceso al derecho a la salud, en la medida en que alrededor del 10% de la población mundial vive en condiciones de pobreza extrema (Banco Mundial [BM], 2021).

La salud, que es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (OMS, 2022), es vital para el ejercicio del conjunto de los derechos humanos;<sup>1</sup> por esa razón, se debe asegurar el disfrute del más alto nivel posible de ésta, con el fin de garantizar una vida digna; este es alcanzable, si confluyen diferentes procesos; como son: a) la

formulación de políticas en materia de salud; b) la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS); c) la adopción de instrumentos jurídicos concretos<sup>2</sup> (Consejo Económico y Social, 2000). Además de garantizar el acceso a las medicinas.

En 1975, la Asamblea de la Salud de la OMS introdujo los conceptos de *medicamentos esenciales y política farmacéutica nacional*. En la Declaración de Alma-Ata de 1978<sup>3</sup> se identificaba el suministro de medicamentos esenciales como un elemento importante para la atención primaria de salud. El 21 de octubre de 2002<sup>4</sup>, la OMS conmemoró el 25 aniversario de la primera Lista Modelo de Medicamentos Esenciales (LMME), donde se estableció una variedad limitada de medicamentos que buscan satisfacer las necesidades sanitarias prioritarias de cada país, con objeto de mejorar la calidad de la atención, una mejor gestión de los medicamentos, una utilización más eficiente de los recursos financieros y, por consiguiente, un mayor acceso a la atención (OMS, 2003).

El acceso a los medicamentos —señala la OMS—, incluye la selección y el uso racional de los medicamentos, precios asequibles, financiación sostenible, sistemas de salud y de suministro fiables, con la calidad como elemento subyacente (OMS. OMPI, OMC, 2013). Adicionalmente, Raúl Allard (2015) añade que el acceso, presenta tres retos: a) ser económicamente asequibles para toda la población; b) ser accesibles sin discriminación, y c) proveer el acceso a la información fidedigna.

Cuando se trata de medicamentos de patente, los sistemas de salud enfrentan precios altos, lo que les crea problemas financieros y dificulta la asequibilidad de un sector importante de la población a los avances científicos en la materia.

La LMME, y la Lista Modelo de Medicamentos Pediátricos (LMMP), han servido de base a 150 países para conformar los listados nacionales. México cuenta con el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos que elabora, actualiza y difunde la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud; por tal motivo, se incluyen, modifican o excluyen medicamentos (DOF, 2011). Si bien normalmente aumenta el número de medicamentos

incluidos, existen algunos años, donde han sido excluidos algunos, como fue el caso de 2013, que pasó de 957 a 891 medicamentos, y 2017, donde se pasó de 969 a 951 genéricos. Es conveniente resaltar que el número de medicamentos en la lista no garantiza el acceso a éstos, debido a que se presentan problemas, como puede ser el desabasto de estos o prácticas monopólicas en la distribución de los medicamentos.<sup>5</sup>

Por lo tanto, es necesario que los Estados, para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en el marco del derecho internacional, deben buscar que su marco jurídico en materia de propiedad intelectual proteja el derecho a la salud (Raúl Allard, 2015). En ese sentido, el Comité de expertos que elaboraron la LMME EN 2021, señalaron la necesidad urgente de actuar para promover un acceso equitativo y asequible a los medicamentos esenciales a través de medidas complementarias, como los mecanismos de concesión de licencias voluntarias, adquisición mancomunada y la negociación de precios (OPS, 2022). Adicionalmente, los Estados deben invertir en I+D en torno a las enfermedades desatendidas por las grandes corporaciones, como son las que afectan a un sector muy reducido de la población o aquellas que se desarrollan en los países pobres.

El derecho humano a la salud se encuentra vinculado a los sistemas nacionales de salud, y debe verse como un bien público, lo que implica que debe existir una planeación, distribución y abastecimiento que garantice la oferta de salud a la ciudadanía, financiados por el Estado, con la finalidad de proveer un servicio de salud desmercantilizado e integrado, que no se encuentre supeditado a la capacidad de compra de las personas, es decir, vinculado a sus niveles de ingresos, riqueza y nivel de crédito (José Díaz, 2021).

En México, para el caso de la propiedad intelectual, se establece, en el Artículo 89 fracción XV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cámara de Diputados, 2021), como atribución del presidente conceder a los inventores privilegios exclusivos por tiempo limitado y en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (Cámara de Diputados, 2020), se observan lineamientos para la explotación de patentes por seguridad nacional, emergencia, enfermedades graves de atención prioritaria, entre otras, para

priorizar el acceso a ciertos medicamentos como parte de la materialización del derecho humano a la salud.

En la Ley General de Salud (LGS), el numeral 20., fracción V, indica que una de las finalidades del derecho a la protección de la salud es “el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población”, otorgando el acceso a medicamentos que satisfagan necesidades detectadas y urgentes. Por su parte, el artículo 30., fracción II bis, indica que es materia de salubridad general “La prestación gratuita de los servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados para personas sin seguridad social”. Aunados a los artículos ya mencionados, se encuentran los considerados como servicios básicos de salud en el numeral 27, como, por ejemplo, el relacionado a la atención médica integral, que abarca desde la prevención hasta la rehabilitación, pasando por acciones paliativas y de curación (Cámara de Diputados, 2022).

Resulta pertinente subrayar que el capítulo IV de medicamentos del título décimo segundo del Control Sanitario de Productos y Servicios de su Importación y Exportación de la LGS menciona las facultades de dependencias públicas en relación con la autorización de medicamentos, registro sanitario, entre otros aspectos. Así también, el numeral 226 bis 1 establece la obligación de la Secretaría de Salud, de promover medidas y acciones para comunicar a la población lo relacionado con medicamentos genéricos y biocomparables, entre otras funciones.

La existencia de un marco jurídico, nacional e internacional, es insuficiente cuando el acceso a los medicamentos depende en parte de la producción y precios fijados por empresas transnacionales<sup>67</sup>, las que, por un lado, pueden solicitar el registro de patente en cualquier país miembro del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), a través de las solicitudes internacionales, lo que permite ampliar el espacio de protección cuando estas son otorgadas por los países receptores de la solicitud. Por otro lado, para el caso de medicamentos genéricos, en la medida en que frecuentemente siguen siendo las grandes farmacéuticas las productoras quienes han utilizado el desabasto como práctica monopólica<sup>8</sup> para incrementar los precios; o bien, discontinúan medicamentos

donde las ganancias no son significativas, además de otras problemáticas que se presentan dentro de las cadenas globales (Irene Bernal, Eva Iráizoz, José María González, y Susana García, 2020).

Por lo anterior, como señala la Secretaría General de las Naciones Unidas (2015), millones de personas quedan rezagadas a la hora de acceder a medicamentos y tecnologías sanitarias que puedan garantizar su salud y bienestar. El hecho de que no se reduzcan los costos de los medicamentos patentados ha provocado que millones de personas no puedan acceder a tratamientos vitales para enfermedades transmisibles, como: el VIH, la tuberculosis, la malaria y la hepatitis viral, enfermedades no transmisibles (ENT), así como las enfermedades tropicales desatendidas y enfermedades raras. Esta situación afecta a gobiernos e individuos de todos los países, independientemente de los niveles de ingresos; por lo mismo, los presupuestos se reasignan, con el fin de acceder a los tratamientos, lo que conlleva la desatención de otros sectores.

Para 2019, en México, el 93% de los medicamentos que se comercializaron fueron genéricos; sin embargo, éstos tardan un promedio de dos años para entrar al país una vez vencida la patente, y el precio promedio es 28.6% menor que el medicamento original, a diferencia de la Unión Europea, donde es del 40% (Ingrid Chávez, Nataly Hernández, Fátima Masse y Luis Mauricio Torres, 2021).

### **III. GLOBALIZACIÓN E INSTITUCIONES: GARANTES DEL DERECHO A LA SALUD**

Quinn Slobodian (2021) plantea que el neoliberalismo surgió en Austria en la década de 1920, para implementar las regulaciones a nivel mundial, debido a que, los cambios políticos en diferentes partes del mundo amenazaban la estabilidad del sistema capitalista global, por lo que intelectuales austriacos como Friedrich Hayek, Ludwig von Mises, Wilhelm Röpke y Michael Heilperin buscaron reorganizar el mundo a través de los Estados y las instituciones globales, con el fin de aislar a los mercados de la soberanía estatal, los cambios políticos y las turbulentas demandas democráticas de igualdad y justicia social.<sup>9</sup> Sobresalen dos eventos realizados en el siglo XX: el Coloquio de Lippmann y la Sociedad Mont Pèlerin, donde se han discutido diferentes aspectos en torno al Estado y el

mercado. Sin embargo, cabe destacar que el proyecto neoliberal, en su búsqueda por proteger al capitalismo a escala global, ha acentuado la desigualdad y la injusticia social.

Las instituciones globales, como fueron la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco mundial (BM), se consolidan durante el Estado de bienestar, que entró en crisis a mediados de los setenta, lo que dio paso al neoliberalismo y al proceso de globalización; asimismo, el GATT se convierte en la OMC, donde se regula el comercio de propiedad intelectual y obliga a los países miembros a adecuar sus leyes en torno a sus normas.

El proceso de globalización, producto de la crisis estructural y de la incorporación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se va a caracterizar, en el ámbito internacional, por la liberalización del comercio, la apertura a la inversión extranjera directa y la protección a la misma, así como el establecimiento de garantías de seguridad legal en torno a los derechos de propiedad industrial. Estos tres aspectos formaron parte de las reformas impuestas a los países deudores tanto del FMI, como del BM y de la Reserva Federal de Estados Unidos, conocido como Consenso de Washington (Sergio Berumen, 2009).

El proceso globalizador, además se acompaña por la transición de los países llamados comunistas, a la economía de mercado, lo que trae consigo la expansión de flujos de bienes y servicios, capitales, tecnología, conocimiento y personas. Este proceso ha tenido como resultado la integración de los países en estructuras supranacionales, como la OMC y la OMPI.

El ADPIC, diseñado en torno a los intereses de las grandes empresas para impedir la circulación del conocimiento, refuerza el poder monopolista, y contribuye a crear rentas, las cuales son el origen de la desigualdad; adicionalmente, el acuerdo ha impuesto severas restricciones al diseño del régimen de propiedad intelectual de cada país, lo que ha socavado la autodeterminación de los países y ha restringido el acceso al conocimiento y a los medicamentos que salvan vidas (Joseph Stiglitz , 2012).

Las empresas transnacionales ejercen poder en sus economías *home y host*, debido a que actúan como fuertes oligopolios en los principales mercados de bienes y servicios mundiales, en la medida en que protagonizan la mayor parte de la producción internacional; como producto de la centralización de capital a través de del otorgamiento de licencias (Enrique Palazuelos, 2015).

En el marco de la apertura comercial y los cambios estructurales, producto de la globalización:

se encuentra la paulatina liberación de los precios de las medicinas, la descentralización de las compras de medicamentos de las instituciones federales, las reformas a la ley de propiedad industrial, la reforma a la ley de salud en 1995 para introducir los medicamentos genéricos y la liberalización de la inversión extranjera (Carlos E. Arcundia y Verónica Hernández, 2021, p. 105).

El proceso de liberalización del comercio se vio fortalecido a través de los tratados de libre comercio y la incorporación a la OMC, que nace formalmente el primero de enero de 1995; estos dos instrumentos incluyen los llamados ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). Este acuerdo fue resultado de la interacción y coordinación de intereses de las empresas multinacionales, lideradas principalmente por Estados Unidos y Japón, a través del Intellectual Property Committee (IPC), donde participaban empresas de la rama farmacéutica, como Bristol-Myers, Merck, Pfizer y Johnson&Johnson, que permitió instaurar una regulación a nivel global (Ramón Gálvez y Fernando Lamata, 2019).

La base jurídica que sustenta el comercio de la propiedad intelectual en el contexto internacional, a través del ADPIC, ha resultado controversial, debido a que ha limitado el acceso a la salud pública y paralelamente, es un pilar fundamental de valorización de capital, en la medida en que ésta protege aspectos como la investigación, la creación, la invención e innovación, y obliga a los Estados miembros a garantizar la protección de estos derechos para todos los miembros de la OMC.<sup>10</sup>

Los ADPIC suponen, por primera vez en la historia, la regulación de la propiedad intelectual explícita y específicamente para la comercialización. Este cambio cualitativo y radical, internacionaliza los intereses de los países de la OCDE y en

especial de EE. UU. referidos a la alta protección a las multinacionales cuya producción está centrada en las nuevas disciplinas científico-tecnológicas (biotecnología, nanotecnología, informática y telemática), mediante el fortalecimiento y homogenización de los Derechos de Propiedad Intelectual (Mikel Gómez *et al.*, 2008).

La aplicación del ADPIC no permite la imitación; por ello no es casualidad que las industrias de contenidos fácilmente copiables, como la farmacéutica y el *software* son las que han impulsado la implementación de estos acuerdos (James R. Markusen y Keith E. Maskus, 2002), lo que retrasa la producción de medicamentos genéricos y el acceso a la innovación farmacéutica.

La estandarización de la norma jurídica a nivel global en materia de propiedad intelectual ha sido uno de los objetivos de la OMC y de la OMPI, lo que ha agudizado los niveles de desigualdad y de acceso a los derechos humanos, específicamente a los medicamentos, a pesar de las flexibilidades que fue imperativo incluir a través de la Declaración de Doha en 2001.

El artículo 8o. del ADPIC señala, entre otras cosas, que sus miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública “siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo”.

Adicionalmente, en el artículo 27 se establece que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial; asimismo, señala que las patentes se podrán obtener, y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país. Este artículo es el que ha obligado a los países que han signado y ratificado este acuerdo e incorporado a sus leyes nacionales, a permitir que se patenten medicamentos.

En el artículo 65 se concede un plazo de máximo cinco años para que los países miembros otorguen el registro a productos farmacéuticos y cualquiera que tenga aplicación industrial. En el artículo 66 se señala que cuando no se conceda la

protección a estas patentes por alguno de los miembros de la OMC, deberán establecer algún medio por el cual se puedan presentar las solicitudes de patentes para esas invenciones, lo que les otorgará prioridad.

La implementación de los ADPIC Plus a través de los tratados de libre comercio va a profundizar las dificultades que enfrentan los países de menor desarrollo; para el caso de México, por ejemplo, encontramos que estos acuerdos, además de permitir la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, dieron vigencia retroactiva a patentes sobre invenciones que estaban en el estado de técnica y vincularon la concesión de patentes al proceso de registro sanitario (Carlos Arcundia y Verónica Hernández, 2021).

Con la firma del T-MEC se incorpora, en el artículo 20.36, la patentabilidad de los segundos usos, que permite el registro de un nuevo uso sobre una sustancia ya existente; además, en el artículo 20.44 permite extender la vigencia de la patente si existen retrasos en el proceso de concesión (Secretaría de Relaciones Exteriores [SRE], 2020).

En la Declaración de Doha, sobre los ADPIC y la salud pública, en el párrafo 6, la OMC establece: “Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC” (OMC, 2001). Adicionalmente, se incorporan algunas flexibilidades en el acuerdo de los ADPIC, bajo el entendido de que deberían permitir a los gobiernos, satisfacer sus necesidades de acceso a los medicamentos.

Las flexibilidades de las que pueden hacer uso los gobiernos, siempre que no se encuentren imposibilitados por otros acuerdos, como son los ADPIC plus, son: las licencias obligatorias, importaciones paralelas, la cláusula Bolar, la protección no exclusiva de los datos de prueba y la capacidad de decidir si el agotamiento de una patente es nacional o internacional.

Las licencias obligatorias posibilitan a los gobiernos, aunque una empresa tenga la patente vigente, a permitir que otra empresa pueda fabricar un genérico

en el país o que se permita la importación de un genérico de otros países. Es importante destacar que esto sólo es posible en ciertas condiciones, como son: a) precios injustificadamente altos, b) desabasto, c) situaciones de emergencia nacional. Lo anterior ha tenido como respuesta, demandas por parte de las empresas farmacéuticas y presiones políticas y comerciales (Ramón Gálvez y Fernando Lamata, 2019).

Las importaciones paralelas se refieren a la compra de productos farmacéuticos que primero se colocan en el mercado de otro país y se importan por un canal paralelo al autorizado por el titular del derecho; este proceso se basa en la doctrina de la primera venta, según la cual el titular del derecho de la propiedad intelectual no puede evitar la distribución ni la reventa posterior de las mercancías a partir de la primera venta. Esta doctrina facilita el acceso a los medicamentos a un precio menor, cuando los países han adoptado el régimen de agotamiento internacional y cuando el contrato suscrito entre el titular del derecho y el distribuidor no prohíbe la exportación del producto. Otro factor que se debe considerar en este proceso es si en los tratados de libre comercio no limitan las importaciones paralelas (OMS. OMPI, OMC, 2013).

La excepción Bolar<sup>11</sup> permite a un fabricante no titular de la patente, iniciar el cumplimiento de los requisitos de registro sanitario antes de la expiración de ésta, lo que facilita la incorporación del fármaco genérico, al vencimiento de la patente. Sin embargo, esta cláusula ha sido obstaculizada con procesos como las solicitudes de segundo uso.

La protección de los datos de las pruebas es un tema polémico entre el debate de la salud pública y los derechos de propiedad intelectual. El acuerdo sobre los ADPIC prevé la protección de esta información como una forma de evitar la competencia desleal, en la medida en que se considera información no divulgada, pero necesaria para solicitar la autorización reglamentaria en los países; los periodos que se establecen están entre los cinco y diez años, con posibilidad de ampliación en algunos casos, lo que también puede obstaculizar el otorgamiento de licencias obligatorias y el retraso en la entrada de los medicamentos genéricos (OMS. OMPI, OMC, 2013).

Formalmente se les otorgó a los gobiernos la posibilidad de definir los estándares y criterios de patentabilidad, en la medida en que la industria farmacéutica, a través de procesos como el *evergreening*, recicla patentes, lo que ha servido para bloquear la comercialización de los medicamentos genéricos. Para el caso de México, en el artículo 20.48 del T-MEC regula la protección de los datos de prueba u otros datos no divulgados, y señala que el Estado miembro no permitirá que terceras personas comercialicen el producto o uno similar por al menos cinco años, y en el artículo 20.49 se señala que para el caso de los medicamentos biológicos será de al menos diez años desde la fecha de la primera autorización de comercialización de ese producto (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2020).

Tanto el sector público como el sector privado contribuyen a la investigación y el desarrollo (I+D) de preparaciones farmacéuticas. Muchos de los descubrimientos de medicamentos nuevos tienen lugar en el sector público. El sector privado, que se centra en el desarrollo, depende en gran medida de las patentes. Aunque se supone que éstas recompensan auténticas invenciones, la laxitud de las normas acerca de la patentabilidad y los fallos de los procedimientos permiten obtener protección para innumerables desarrollos de poca importancia. Estas patentes, aunque poco consistentes y posiblemente carentes de validez en muchos casos, se usan para restringir la competencia y retrasar la introducción de medicamentos genéricos. Los países en desarrollo deben diseñar y aplicar sus leyes en la materia de manera que prevengan las patentes estratégicas y promuevan la competencia y el acceso a los medicamentos (Carlos M. Correa, 2004, p. 784) (Collazo, 1997).

Estados Unidos, a través de la United States Trade Representative (USTR), publica anualmente una lista de vigilancia prioritaria (Priority Watch List), donde incluye a los países que a su juicio no protegen de forma adecuada la propiedad intelectual, la cual es utilizada a través de los tratados de libre comercio para inhibir las iniciativas que buscan conseguir precios razonables para los medicamentos a través de las licencias obligatorias o las importaciones paralelas.

La posibilidad de obtener una patente contribuye poco o nada a la innovación si el mercado es demasiado pequeño o la capacidad científica o tecnológica es inadecuada. Cuando la mayor parte de los consumidores de productos sanitarios son pobres, como la inmensa mayoría de la población de los países en desarrollo, los costos de monopolio asociados a las patentes pueden limitar la asequibilidad de los productos sanitarios patentados que necesita la población pobre si no se

aplican otras medidas para reducir los precios o aumentar la financiación (OMS. OMPI, OMC, 2013, p. 26).

En ese tenor, nos encontramos con las llamadas “enfermedades raras”, que normalmente afectan a sectores muy reducidos de la población, por lo que no representan mercados atractivos para los laboratorios farmacéuticos, o bien cuando el mercado se torna reducido porque la demanda se encuentra ubicada en países pobres que no pueden cubrir los costos impuestos por las empresas transnacionales; en ese sentido, podemos hablar de las enfermedades desatendidas.

Las enfermedades desatendidas son aquellas donde existen carencias en la investigación para el desarrollo de medicamentos esenciales y en donde la participación del sector público se vuelve esencial; por esta razón, la DNDi<sup>12</sup> (Iniciativa Medicamentos para las Enfermedades Desatendidas) considera que la investigación farmacéutica debe considerarse un bien público, y debería orientarse a mejorar la salud de la población, debido a que para los laboratorios farmacéuticos la investigación sobre estas enfermedades no les resulta rentable.

La declaración de Doha reconoció que “la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos” pero también consideró las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios. La dificultad a la que se enfrentan los gobiernos es como utilizar los instrumentos de política de los que disponen para abordar ambos aspectos de manera que se refuercen mutuamente (OMS. OMPI, OMC, 2013, p. 24)

Los Estados nacionales de los países menos favorecidos se enfrentan, además de a las presiones de los organismos internacionales, al incremento de los costos de los medicamentos, que genera presión en los presupuestos de salud de sus países, teniendo una fuerte incidencia en el gasto en salud.

Por otra parte, el Comité<sup>13</sup> introdujo el concepto de “obligación fundamental mínima”, entendida como el compromiso asumido por los Estados partes para asegurar la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada derecho contenido en el Pacto, de modo que un Estado en el que los individuos han sido privados de la alimentación básica, o de atención mínima de salud, o de los servicios de educación, estaría incurriendo a primera vista en una violación de sus obligaciones en virtud del Pacto (Rainer Grote, 2011, p. 134)

Los Estados nacionales se han obligado, a través del derecho internacional, a dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas, para asegurar que sus regímenes nacionales de propiedad intelectual protejan el derecho a la salud. Sin embargo, por otro lado, deben respetar los acuerdos internacionales, que son quienes establecen las características de las normas nacionales.

La Ley de Derechos Humanos de la ONU debe superar su prolongado descuido de las libertades económicas, los derechos de propiedad y la ley de competencia como complemento necesario de los derechos humanos (E-U Petersmann, 2001, p. 3). Es decir, es importante prestar atención al impacto que tienen los monopolios, con relación a los derechos humanos.

Asimismo, es necesario señalar que como estableció el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH) en 2016, existen conflictos reales o potenciales entre el acuerdo ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, como consecuencia de las restricciones que representan las patentes farmacéuticas y las implicaciones en la salud que conllevan (Ramón Gálvez y Fernando Lamata, 2019), como es la reducida o ausencia en la inversión en I+D, porque hay desatención a enfermedades que no resultan rentables.

Así también se requieren instituciones públicas internacionales que promuevan la acción colectiva global, como es el caso de las cuestiones sanitarias, no sólo con la difusión de enfermedades altamente contagiosas que no respetan fronteras, sino con la erradicación de enfermedades infecciosas y crónico degenerativas, por lo que en el ámbito de la salud, el conocimiento debería considerarse un bien público global: los frutos de la investigación pueden beneficiar a cualquiera, en cualquier lugar, a un coste esencialmente nulo (Joseph Stiglitz, 2002)

Uno de los aspectos que resalta en este proceso es que algunas organizaciones internacionales como son la OMS, la OMC y la OMPI, no han podido resolver las contradicciones que se generan en torno a la protección de la propiedad intelectual, que ha puesto en riesgo un derecho fundamental de toda la humanidad, como es el acceso a los medicamentos que garantiza un acceso pleno a la salud.

## **IV. EL MONOPOLIO EN LA PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LAS MEDICINAS**

La teoría económica dominante se basa en el supuesto de que el mercado es el medio más eficiente para la distribución de los recursos, dejando de lado las relaciones sociales que esto implica, tanto en la producción, distribución y consumo,<sup>14</sup> aspecto que consolidó la política neoliberal, caracterizada por el incremento de los niveles de desigualdad en ámbitos tan importantes como es el acceso a las medicinas. Actualmente, más de 2,000 millones de personas carecen de acceso regular a medicamentos esenciales, lo que provoca que más de quince millones de personas mueran cada año por enfermedades para las cuales existe tratamiento, pero no acceso al mismo; adicionalmente, el 20% de la población mundial consume el 80% de los medicamentos, debido a las diferencias existentes entre países desarrollados y en vías de desarrollo (Farmamundi, 2012). Además, el 50% de la población mundial carece de acceso a los servicios de salud esenciales (OMS, 2021). Simultáneamente, los ingresos de la industria farmacéutica pasaron de 390.2 miles de millones de dólares en 2001, a 1265.2 para 2020 (Statista,2022).

En la actualidad, la medicina produce directamente riqueza: la salud es entendida como algo que se consume y que tiene un mercado específico de bienes y servicios médicos. La salud como mercancía se produce por un sistema de salud y tiene un valor determinado fundamentalmente por mercados. Los consumidores tienen un poder adquisitivo que determina los bienes y servicios de salud que pueden adquirir. Por último, la distribución de esos bienes sociales es asimétrica y, en consecuencia, produce desigualdades respecto a la calidad de la salud de los distintos grupos de la población (Martin de la Ravanal y Diana Aurenque, 2018, p. 426).

El acceso a las medicinas se ha convertido en un elemento de discusión fundamental en la medida en que la dinámica propia del desarrollo del capitalismo ha generado obstáculos en torno al acceso de un sector de la población a las medicinas; lo anterior, producto de los derechos de propiedad intelectual, que generan un monopolio temporal, no sólo en la producción, independientemente de las flexibilidades que han sido incorporadas en las normas, sino también en la distribución de éstos. Si bien hay que preservar la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos, también es esencial que éstos

puedan salvar vidas a partir de su descubrimiento y no veinte años después, como es el caso de la vacuna contra el virus del papiloma humano, dirigido a niñas entre nueve y catorce años, misma que para 2019 solo se aplicaba al 12% de la población (OMS, 2020). O como es el caso del Dostarlimab, medicina oncológica que está siendo probada con resultados muy prometedores, con un costo por tratamiento de 88,000 dólares por persona, lo que lo hace poco asequible al grueso de la población (NIUS, 2022).

El sistema de patentes, administrado por la OMPI, se ha justificado como un mecanismo de promoción de la innovación que garantiza el acceso de la sociedad al fruto de esta. Sin embargo, en relación con la salud pública, y específicamente en el acceso a los medicamentos, los Estados nacionales de los países en desarrollo encargados de generar las políticas públicas se enfrentan, por un lado, a los compromisos contraídos en el ADPIC (1995) y los ADPIC plus,<sup>15</sup> contemplados en los tratados bilaterales, y por otro, a las necesidades de un sector importante de la sociedad, quienes enfrentan consecuencias debido a la falta de acceso a los medicamentos, y por lo mismo, al no acceso a un derecho humano.

La Convención de París otorgaba la libertad a los países, de escoger los sectores donde se otorgarían las patentes, lo que llevó a los países a excluir a las medicinas de la patentabilidad o bien otorgar la protección por siete años (Elías Mizrahi, 2010). El acuerdo sobre los ADPIC, en el artículo 27, estableció los criterios fundamentales para definir la materia patentable, como “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial” (OMC, 1994). Quién patenta, puede hacerlo a través del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (TCP), administrado por la OMPI, lo que posibilita el registro de la misma en los países miembros del TCP. Este tratado ha dejado al descubierto las desigualdades entre los países desarrollados y los no desarrollados.

Durante el periodo de vigencia de las patentes el laboratorio goza del derecho exclusivo de fabricar el producto, comercializarlo, licenciarlo, importarlo y exportarlo. Si a esta realidad le sumamos el hecho de que un grupo reducido de

laboratorios poseen la gran mayoría de las innovaciones en el campo farmacéutico, podemos concluir que el acceso a los medicamentos protegidos por patentes depende fundamentalmente de decisiones empresariales (Sebastián Lema, 2015, p. 85).

Otro aspecto importante asociado a las patentes farmacéuticas es la marca, aspecto adicional que incrementa los precios de los medicamentos. Adicionalmente existen las Denominaciones Comunes Internacionales (DCI); son nomenclaturas de carácter internacional, para los principios farmacéuticos, que facilitan que los medicamentos se puedan identificar y recetar de forma segura; estas nomenclaturas se establecen con base en los nombres genéricos de los principios activos farmacéuticos y no están sujetos a derechos exclusivos (OMS, OMPI, OMC, 2013). Las DCI son de dominio público, y, por lo tanto, las oficinas de marcas deben cuidar que las solicitudes que reciben no conlleven algún posible conflicto con las DCI.

La adhesión de los países menos adelantados a la OMC implicó la modificación de sus leyes y reglamentos en materia de propiedad intelectual, donde destacan la inclusión como materias patentables los productos químicos, farmacéuticos, medicamentos, procesos biotecnológicos para la obtención de fármacos, la ampliación a veinte años el uso exclusivo de la patente (Jaime Aboites y Manuel Soria, 2008).

Un aspecto distintivo del mercado de medicamentos es su carácter global, caracterizado por las asimetrías entre los países; existe una gran concentración de capacidades de invención y de comercialización diseminadas en pocos países.

Al establecer el ADPIC, acuerdo que regula actualmente las relaciones entre los países en materia de medicamentos de patente, se favoreció a grandes empresas transnacionales para que dominaran el mercado farmacéutico (Elías Mizrahi, 2010, p. 9).

Adicionalmente, como señalan Jaime Aboites y Manuel Soria (2008), los cambios que se producen en materia de propiedad intelectual a nivel internacional incluyen tres aspectos: a) la expansión del conocimiento tecnológico patentable, b) el predominio de la jurisprudencia estadounidense que se inclina a la protección de la propiedad intelectual y c) comercialización de los resultados de I+D en las universidades e instituciones financiadas con recursos públicos. Esta

propuesta fue diseñada por el Intellectual Property Committee, donde participan empresas como Squibb, Pfizer, Johnson & Johnson, de la rama farmacéutica.

En 2001, eran notorios los efectos negativos que produjo el ADPIC en torno al acceso de las medicinas para los países en desarrollo y menos adelantados, lo que obligó a la OMC a emitir la Declaración de Doha, relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, donde se reconocen las preocupaciones respecto al impacto de la propiedad intelectual en los precios de los medicamentos y otorga a los Estados, flexibilidades para la concesión de licencias obligatorias.<sup>16</sup>

En ese tenor, las principales herramientas que utilizan los Estados son: a) expedición de licencias obligatorias, b) importación de los medicamentos de otros países (importaciones paralelas)<sup>17</sup> y c) producción y/o importación de medicamentos genéricos, aspectos que con frecuencia producen colisiones entre los derechos de propiedad intelectual y las necesidades de protección de la salud pública (Raúl Allard, 2015) (Elías Mizrahi, 2010).

Las patentes en materia farmacéutica se concentran mayoritariamente en empresas de capital transnacional. La International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFPMA, 2020) tiene en su registro treinta y siete laboratorios farmacéuticos, de los cuales el 24% corresponde a Estados Unidos, el 22% Japón, el 11% Alemania, Dinamarca 8%, Francia 8%, Reino Unido el 8%, Suiza 5%, Italia el 5%, Bélgica 3%, España 3% e Israel 3%; es decir, tres países concentran el 57% de los laboratorios para la producción de medicamentos. Adicionalmente, incorpora asociaciones farmacéuticas de 49 países y tres regionales, correspondientes a África, Europa y Latinoamérica. Por lo anterior, “en mayor o menor medida, todos los países dependen de las importaciones para satisfacer las necesidades de atención sanitaria de su población. La dependencia es sensiblemente mayor en el caso de los sistemas de salud nacionales de los países en desarrollo más pequeños” (OMS. OMPI, OMC, 2013).

Cuando analizamos las solicitudes de registro de patentes farmacéuticas corporativas, nos encontramos que en 2020, Estados Unidos concentró el 32%, Alemania el 18%, Japón 13%, Suiza el 12% y China el 8.6% es decir, que sólo cinco países concentraron el 83% de las solicitudes en la materia (cuadro I), y el 16.9 %

restante lo cubren Francia, Bélgica, Dinamarca, Corea, Gran Bretaña, Irlanda, España, Italia, Israel y Países Bajos, todos países desarrollados.

Cuadro I						
Solicitudes de registro de patentes farmacéuticas corporativas a través del PCT 2015-2020						
Porcentajes						
	2020	2019	2018	2017	2016	2015
Estados Unidos	31.5	31.0	27.4	31.1	39.6	33.9
Alemania	18.4	18.7	23.2	18.4	21.9	18.2
Japón	12.9	10.2	11.0	11.2	11.2	9.5
Suiza	11.7	14.0	17.0	15.1	8.7	17.4
China	8.6	6.7	4.6	7.3	4.7	2.0
resto del mundo	16.9	19.5	16.8	16.9	13.8	19.1
	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: elaboración propia con datos de (WIPO, 2020).

La Iniciativa de la OMPI, que brinda información sobre patentes para medicamentos (Pat-INFORMED), es de especial utilidad para los servicios de adquisición de productos farmacéuticos, servicios farmacéuticos nacionales, servicios públicos de salud. La base de datos se compone de patentes relacionadas con enfermedades con VIH, cardiovasculares, hepatitis C, oncología, afecciones respiratorias y todos los productos de la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS), adicionales a las áreas antes mencionadas. Hasta el momento son veinte las compañías que componen el Pat-Informed, (cuadro II), todas son integrantes de IFPMA, se caracterizan por ser empresas transnacionales, y destacan Estados Unidos y Japón como países de origen, y todas ellas tienen subsidiarias en México.

Cuadro II	
Compañías participantes en Pat-INFORMED	
<i>País de Origen</i>	<i>Laboratorios</i>
Estados Unidos de América	AbbVie
	Bristol-Myers Squibb
	Gilead Sciences, Inc.
	Johnson & Johnson

	Lilly
	MSD (aka Merck & Co., Inc.)
	Pfizer
Japón	Astellas Pharma Inc.
	Daiichi-Sankyo
	Eisai (México)
	Takeda (México)
	Shionogi Inc.
Dinamarca	Leo Pharma
	Novo Nordisk
Suiza	Novartis
	Roche
Alemania	Merck KGaA

Reino Unido	GlaxoSmithKline (GSK)
Francia	IPSEN
Bélgica	UCB
Fuente: (Schultz, M. & Jaci, A., 2018).	

El argumento principal en torno al sistema de patentes es que éste se creó con el fin de promover la innovación y disponer asimismo de un mecanismo para garantizar el acceso de la sociedad al fruto de dicha innovación. En el contexto de la salud pública, los encargados de formular políticas se enfrentan con el desafío de buscar un equilibrio óptimo entre los derechos de los titulares de patentes, autores de innovaciones tecnológicas que mejoran las condiciones sanitarias, y las necesidades del público en general (OMPI, 2021),<sup>18</sup> lo cual no es una tarea fácil.

De acuerdo con un estudio realizado por Ramón Gálvez y Fernando Lamata (2019), los principales laboratorios farmacéuticos gastan generalmente más recursos en el *marketing* con relación a la inversión en I+D. En 2017, Bayer gastó 152% más en *marketing* en relación con I+D, GSK 118%, Sanofi 84%, Novartis 43% y Hoffman-La Roche, gastó solamente 13% menos en publicidad que en I+D. Adicionalmente, señala que únicamente 8 de 87 medicamentos autorizados suponen avances reales, lo que genera costos indirectos (Manuel Collazo, 1997).

Una razón por la cual los laboratorios farmacéuticos invierten más en publicidad, no sólo, de los medicamentos disponibles, sino también de los que se encuentran en proceso, y las perspectivas de éstos, tiene que ver con el comportamiento del valor de sus acciones, lo que además les permite fijar precios muy altos (Ramón Gálvez y Fernando Lamata, 2019).

Un aspecto que resulta relevante en la materia es la titularidad y las políticas de concesión de licencias relativas a innovaciones derivadas de la investigación pública, para garantizar el reparto eficiente de los fondos públicos y los programas públicos de I + D; se plantea que el sistema de patentes también beneficia a la sociedad,<sup>19</sup> dado que pone la información sobre patentes a disposición de los investigadores de forma gratuita para que sigan perfeccionando las tecnologías existentes (OMPI, 2021); sin embargo, esto no se da de forma inmediata, debido a que la protección de los datos de prueba no son públicos de forma inmediata.

El sistema de patentes se basa en la concesión de un derecho exclusivo, dotado de un mecanismo de concesión de licencias voluntarias, con vistas a garantizar el acceso a las tecnologías patentadas y facilitar su comercialización. Adicionalmente, en aras del interés público y de los objetivos políticos subyacentes del sistema de patentes, se han incluido en éste varios mecanismos flexibles, como la posibilidad de otorgar licencias obligatorias, las excepciones a los fines de la investigación y las importaciones paralelas (OMPI, 2021). Esto último, producto de la ronda de Doha en 2001.

El ADPIC ha extendido los derechos de exclusividad de las invenciones farmacéuticas, extensión que antepone los intereses particulares a un interés general supremo, sobre todo cuando se utilizan los segundos usos, los certificados complementarios y la obstaculización y exclusividad frente a las licencias obligatorias (I. Vargas-Chaves, 2014).

Además, existen otras formas de ampliar la vigencia de las patentes que fortalecen el control monopólico, como es el *evergreening*, los *patent thickets*, los *patent trolls* y los *patent pools*. Estos mecanismos se convierten en obstáculos para garantizar la salud pública a través de la propiedad intelectual, problema que se presenta con mayor intensidad en los países pobres.

El ADPIC establece monopolios de propiedad intelectual de dominio privado vinculante a todos los miembros de la OMC, y en particular, se ha generado una ampliación y reforzamiento de los derechos de patentes farmacéuticas.

El proceso conocido como *evergreening* o renovación permanente de la validez de las patentes, basadas en innovaciones incrementales, “consiste en la presentación de solicitudes de patentes de productos ya existentes en formas nuevas o con otras variaciones menores que no aportan ningún valor terapéutico y tienen escaso nivel inventivo” (OMS, OMPI, OMC, 2013). Este mecanismo se ha utilizado para prolongar de forma indebida la vigencia de una patente.

La falta de rigor en la aplicación de los estándares de patentabilidad permite que la industria farmacéutica siga manteniendo y reciclando las patentes (*evergreening*), obteniendo, por ejemplo, patentes adicionales para una forma cristalina diferente, una nueva formulación o un nuevo uso de un medicamento conocido (patentes de segundo uso), y eso puede utilizarse para bloquear o retrasar la comercialización de equivalentes genéricos en galvez (Carlos M. Correa 2004).

Los *patent thickets*<sup>20</sup> fortalecen los monopolios, a través de prácticas anticompetitivas, y en esencia se pueden definir como un conjunto de patentes superpuestas que obligan a quienes quieren comercializar nuevas tecnologías, a obtener las licencias respectivas que les permitan utilizar las múltiples patentes, lo cual va acompañado de un incremento en los costos, o bien puede ser objeto de hostigamiento jurídico por parte de los titulares de las patentes (Miriam Martínez, 2017). Este proceso se suscita, señala Olga Gurgula (2017), en tecnologías modulares y complejas, es decir, que se pueden ensamblar diferentes conjuntos de componentes para producir una variedad de productos tecnológicos. Las superposiciones pueden ser parciales o completas. Si las patentes superpuestas pertenecen a diferentes empresas, entonces nos encontramos con un *patent thickets*, producto de vacíos institucionales y estrategias empresariales.

Olga Gurgula (2017) establece que en el caso de la industria farmacéutica, se da un proceso que identifica como “acumulación estratégica de patentes”, en la medida en que sólo participa una empresa que construye una valla de varias capas alrededor de un compuesto básico con fines estratégicos de exclusión.

La acumulación estratégica de patentes permite a las empresas farmacéuticas, ampliar artificialmente su monopolio de mercado extendiendo el periodo de exclusividad más allá de la expiración de la fecha de la patente base,

para lo cual presentan una multitud de solicitudes de patente, las cuales buscan cubrir cualquier aspecto potencialmente importante desde el punto de vista comercial de los productos, como son los procesos, formulaciones bajo el esquema de patente secundaria o subsidiaria, lo que les ha permitido crear varias capas protectoras. Lo anterior tiene como resultado que las empresas de genéricos retrasen su entrada al mercado (Olga Gurgula, 2017).

Este mecanismo ha permitido que la industria farmacéutica pueda generar, como fue el caso del Ritonavir, 805 patentes, lo que ha desincentivado la producción de genéricos, debido al alto costo de las licencias, además de que frena que terceros lleven a término investigaciones relacionadas ante la posibilidad de infringir el conjunto de patentes (Ramón Gálvez y Fernando Lamata, 2019).

Otro proceso que se vive en el entorno de las patentes son los consorcios conocidos como *patent pools*, que se caracterizan por ser acuerdos entre múltiples titulares de patentes que ponen en común sus derechos de propiedad industrial y conceden licencias a terceros; esto puede facilitar la transferencia tecnológica si los consorcios no realizan prácticas anticompetitivas. Sin embargo, en la práctica se les conoce como cárteles que buscan controlar los precios de los bienes proporcionados a los consumidores (Miriam Martínez, 2017).

El fenómeno de los *patent trolls* se presenta cuando las empresas se dedican a patentar invenciones que no usan y que no tienen intención de usar, con la única finalidad de demandar o amenazar con la demanda a terceros que consideren competidores potenciales y que utilicen tecnología relacionada con la patente (Miriam Martínez, 2017). Esta estrategia adoptada por los *patent trolls* tiene incidencia en el progreso de la ciencia por un lado, aumentan los costos de transacción asociados al desarrollo tecnológico relacionados con la propiedad intelectual por las búsquedas exhaustivas que deben realizarse; por otro lado, se pueden agregar costos legales asociados a los litigios que realizan los *patent trolls*, para bloquear el desarrollo de patentes (Jay Pil Choi, 2017).

Estos mecanismos, utilizados por la industria farmacéutica, han sido discutidos en diferentes foros, en la medida en que si bien se ejercen bajo prácticas justificables en el marco jurídico en materia de patentes, también se

puede argumentar que violan la libre competencia, una de las principales banderas del capitalismo.

Ahora bien, la existencia de los monopolios temporales se ha justificado en la necesidad de la recuperación de los costos de innovación, y con objeto de fomentar ésta a través del incremento en los recursos de investigación; sin embargo, no ha sido proporcional a la introducción de productos nuevos.

## **V. CONCLUSIONES**

La crisis actual de salud no puede desvincularse de las políticas gubernamentales neoliberales impuestas por los Estados capitalistas hegemónicos a partir de la década de los ochenta, lo que ha representado recortes en el sector salud público, y paralelamente un proceso de privatización de éste, lo que dificulta que los Estados nacionales puedan proveer a la población de los medicamentos necesarios que garanticen la salud plena.

El libre mercado basado en la competencia y en el contexto de la globalización ha tenido varios efectos en el mercado de medicamentos de patente:

- a) El libre mercado en la producción y comercialización de medicamentos es relativo, en la medida en que los instrumentos internacionales relacionados con la propiedad intelectual propician un monopolio temporal que, además, pueden ser alargados por diferentes procedimientos utilizados, señalados en el apartado anterior, producto de los vacíos en los marcos jurídicos y afianzados a través de los tratados de libre comercio.
- b) La concentración de la ciencia aplicada en materia de medicamentos en pocas empresas farmacéuticas que han generado un blindaje a sus patentes a través de la acumulación estratégica de éstas conlleva la existencia de oligopolios en la investigación en materia de salud.
- c) La producción y comercialización de nuevas drogas, basadas en la mercantilización de la medicina y la búsqueda de la ganancia a expensas de la salud del grueso de la población, han dejado al descubierto el abandono de la investigación que cubre enfermedades poco comunes o de países pobres, y ha provocado la exclusión de un sector importante de la población, considerando los niveles de pobreza, que van en aumento en el mundo.

- d) La producción y comercialización de medicamentos genéricos se ha planteado como una solución para garantizar el acceso a la salud de la población mundial; sin embargo, nos encontramos que su producción se ve obstaculizada por los acuerdos ADPIC y los ADPIC plus, además de que éstos sólo pueden producirse una vez que vence el monopolio temporal, que es al menos de veinte años, es decir, que los países pobres son excluidos temporalmente de estos avances científicos. Adicionalmente, nos encontramos que los laboratorios farmacéuticos también generan monopolios con los medicamentos genéricos e imponen precios sobre éstos a través del desabasto o la eliminación de la producción de éstos.
- e) La propiedad intelectual se rige por normas internacionales que en teoría otorga cierto margen de maniobra a los Estados nacionales siempre que no contravengan sus criterios; sin embargo, al darle el mismo tratamiento a las medicinas que a cualquier otra mercancía sin incorporar regulaciones específicas que deberían existir en torno a la producción y distribución de los medicamentos, han puesto en jaque el acceso a éstos, a un sector importante de la población mundial.

Si, en la búsqueda de la remediación del problema y a instancias de la OMS, se establecieron las llamadas flexibilidades del ADPIC, resultan insuficientes para salvaguardar el derecho humano a los medicamentos, por lo que se requiere, como señalan (Ramón Gálvez y Fernando Lamata, 2019), un convenio internacional para el acceso a los medicamentos y el desarrollo de un modelo diferente para la financiación de la investigación y desarrollo, a partir de un fondo global, una agenda de investigación basada en las necesidades de salud y en la investigación abierta y cooperativa, que garantice la asequibilidad a los medicamentos a todo el mundo.

Adicionalmente, se puede establecer como requisito para el otorgamiento de patentes la expedición de licencias voluntarias a los países más pobres, y en el caso de los países en vías de desarrollo se les debe permitir la adquisición mancomunada de patentes, de tal manera que regiones como América Latina puedan producir a menores costos los medicamentos.

Las flexibilidades han resultado ser paliativos, reducidos por los ADPIC plus, que han obstaculizado su aplicación, garantizando la rentabilidad de las empresas

farmacéuticas e impidiendo el goce pleno del derecho humano a la salud, anteponiendo como eje la ganancia empresarial.

Esta problemática nos lleva a plantearnos la disyuntiva en torno a los medicamentos, por la envergadura que representan, ¿se les puede tratar como mercancías o debemos darles el tratamiento de bienes sociales o públicos? Es decir, debemos proteger los derechos económicos, vulnerando los derechos humanos, o los Estados en conjunto con los organismos internacionales deben generar los lineamientos para que, sin vulnerar los derechos económicos, se proteja el derecho al acceso a los medicamentos.

En ese sentido, la (OMS, OMPI, OMC, 2013) ante una problemática tan compleja, han hablado de generar nuevos modelos de patentes en materia de medicamentos y han propuesto las licencias socialmente responsables y las licencias voluntarias, con el fin de forjar alianzas y facilitar la innovación a través de la cooperación para generar nuevas tecnologías médicas. Sin embargo, estas propuestas resultan poco viables mientras no se eliminen los vacíos legales que han permitido, a través de diferentes mecanismos, blindar la producción de patentes protegidas por los laboratorios farmacéuticos.

La ciencia abierta permite el acceso al conocimiento de un sector importante de la población mundial. Se sabe que la ciencia básica generalmente se produce en las instancias públicas, como son las universidades y centros de investigación. Dichas investigaciones, por lo tanto, se llevan a cabo con recursos públicos, y estos conocimientos sirven de base para el desarrollo de las patentes. Este es un elemento que se debe considerar al momento del otorgamiento de las patentes, en la medida en que es la sociedad la que provee al Estado de recursos, por lo que financia la investigación pública; por lo mismo, debe beneficiarse, aunque sea parcialmente por las investigaciones derivadas de la ciencia financiada con recursos públicos.

#### Abreviaturas

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de	LMME	Lista Modelo de Medicamentos
-------	---	------	------------------------------

	Propiedad Intelectual		Esenciales
BM	Banco Mundial	LMMP	Lista Modelo de Medicamentos Pediátricos
CDH	Comisión de Derechos Humanos	OMC	Organización Mundial del Comercio
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica	OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
DCI	Denominaciones Comunes Internacionales	OMS	Organización Mundial de la Salud
DNDi	Iniciativa Medicamentos para las Enfermedades Desatendidas	ONU	Organización de las Naciones Unidas
EMA	Asociación Europea de Medicamentos	OPS	Organización Panamericana de la Salud
ENT	Enfermedades no transmisibles	Pat.INFORMED	Información sobre Patentes para Medicamentos
FMI	Fondo Monetario Internacional	PCT	Acuerdo de Cooperación en Materia de Patentes

GATT	El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio	SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
I+D	Investigación y Desarrollo	T-MEC	Tratado México, Estados Unidos y Canadá
IFPMA	International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations	USTR	United States Trade Representative
LGS	Ley General de Salud	VIH	Virus de la Inmunodeficiencia Humana

## TRABAJOS CITADOS

ALLARD, Raúl (2015), “El acceso a los medicamentos: Conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública”, *Acta Bioethica*, vol. 21, núm. 1, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2015000100011>.

ABOITES, Jaime y SORIA, Manuel (2008), *Economía del conocimiento y propiedad intelectual*, México, Siglo XXI-UAM Xochimilco.

ARCUNDIA, Carlos E. y HERNÁNDEZ, Verónica (2021), “Las patentes farmacéuticas en México: de la prohibición a su potenciación por el T-MEC”, *Revista de la propiedad inmaterial*, enero-junio de 2021, núm. 31, disponible en: <https://doi.org/10.18601/16571959.n31.04>.

Banco Mundial (2021), Banco Mundial, obtenido de Banco Mundial, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/10/07/covid-19-to-add-as-many-as-150-million-extreme-poor-by-2021>.

BERNAL, I.; IRÁIZOZ, Eva; GONZÁLEZ, José María y GARCÍA, Susana (2020), *El desabastecimiento y la escasez de medicamentos*, España, Salud por Derecho

y Organización de Consumidores y Usuarios.

BERUMEN, Sergio (2009), “Evaluación de las reformas del Consenso de Washington en Brasil y México”, *Comercio Exterior*, vol. 59, núm. 9.

Cámara de Diputados (1976), *Ley de Invenciones y Marcas*, México, Cámara de Diputados.

Cámara de Diputados (1991), *Ley de la Propiedad Industrial*, México, Cámara de Diputados.

Cámara de Diputados (2020), *Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*. México, *Diario Oficial de la Federación*.

Cámara de Diputados (2021), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, *Diario Oficial de la Federación*.

Cámara de Diputados (2022), *Ley General de Salud*, México, *Diario Oficial de la Federación*.

COLLAZO, Manuel (1997), “El poder de mercado de la industria farmacéutica”, *Revista Cubana de Farmacia*, recuperado el 12 de junio de 2022, disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75151997000200009&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75151997000200009&lng=es&tlng=es).

Consejo Económico y Social (2000), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud”, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, ONU.

CORREA, Carlos M. (2004), “Ownership of knowledge-the role of patents in Pharmaceutica R&D”., *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 82, núm. 10.

CHÁVEZ, Ingrid.; HERNÁNDEZ, Nataly.; MASSE, Fátima, y TORRES, Luis Mauricio (2021), *El mercado de medicamentos en México, Retos y oportunidades*. CdMx, IMCO.

DAVE, Chintan *et al.* (2018). “Predictors of Drug Shortages and Association with Generic Drug Price: A Retrospective Cohort Study”, *Health Policy Analysis*, 21(11), DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jval.2018.04.1826>.

Reglamento Interior de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud (22 de junio de 2011), *Diario Oficial de la Federación*, México, Cámara de Diputados.

- DÍAZ, José (2021), *Diagnóstico sobre la mercantilización de la salud en México y propuestas para la construcción de un sistema universal desde la perspectiva del derecho humano a la salud*, Santiago, CEPAL.
- Farmamundi (2012), *Medicamentos esenciales: recetas que salvan vidas*, España, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación España.
- GÁLVEZ, Ramón y LAMATA, Fernando (2019), *Monopolios y precios de los medicamentos: un problema ético y de salud pública*, Madrid, Fundación Alternativas.
- Gobierno de México (12 de enero de 2021), *Tratados y acuerdos con México*, disponible en: <http://omawww.sat.gob.mx/aduanasPortal/Paginas/index.html#!/mapaTratado>.
- GONZÁLEZ PIER, Eduardo (2008), “Política farmacéutica saludable”, *Salud Pública de México*, vol. 50, núm. 4.
- GROTE, Rainer (2011), “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¿hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?”, en Fix Fierro, H. F., Ferrer Mac-Gregor, E. y Bogdandy, A., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México: UNAM, Max-Plank Institut.
- GÓMEZ, Mikel; LÓPEZ, María del Socorro; ARAUJO DE LA MATA, Andrés (2008), “Los ADPIC Plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo”, *Revista de Economía Mundial*, núm. 20.
- GUILLÉN, Héctor (2018), “Los orígenes del neoliberalismo. Del Coloquio Lippman a la Sociedad del Mont-Pèlerin”, *Economía UNAM*, vol. 15, núm. 42.
- GURGULA, Olga (2017), “Strategic accumulation of patents in the pharmaceutical industry and *patent thickets* in complex technologies-two different concepts sharing similar features”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 48, núm. 4.
- IFPMA (13 de noviembre de 2020), *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations*, disponible en: <https://www.ifpma.org>.
- LEMA, S. (2015), “Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos. Las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 34, disponible en: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.34.12068>.
- MARKUSEN, James y MASKUS, Keith (2002), “Discriminating Among Alternative Theories of the Multinacional Enterprise”, *Review of International*

*Economics*, vol. 10, núm. 4, disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-9396.00359>.

MÁRQUEZ, R. y MARVEYA, M. (2019), “Configuración económica de la industria farmacéutica”, *Actualidad Contable FACES*, vol. 21, núm. 38, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/257/25757716005/html/>.

MARTÍNEZ, Miriam (2017), “Los *patent thicket*s y los *patent troll*s. Análisis a la luz del derecho de competencia de la Unión Europea, España, Universidad Santiago de Compostela.

MIZRAHI, Elías (2010), *Regulación y competencia en el mercado de medicamentos: experiencias relevantes para América Latina*, México, CEPAL.

OMC (1994), *El Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos internacionales a los que hace referencia*, Ginebra, OMC.

OMC (2001), *Organización Mundial del Comercio*, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/mindecl\\_trips\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm).

OMPI (2008), *Informe sobre el Sistema Internacional de Patentes*, Ginebra, OMPI.

OMPI (20 de diciembre de 2021), *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, obtenido de Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: <https://www.wipo.int/patent-law/es/developments/publichealth.html>.

OMS (2003), *Estrategia farmacéutica de la OMS, informe sobre los progresos realizados*, Ginebra, OMS.

OMS (2020), *Estadísticas Sanitarias Mundiales Monitoreando la salud para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Ginebra, OMS.

OMS (27 de febrero de 2020), *Organización Mundial de la Salud*, disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/27-02-2020-who-launch-e-empl>.

OMS (1 de abril de 2021), *Organización Mundial de la Salud*, obtenido de Organización Mundial de la Salud, disponible en: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc)).

OMS (6 de enero de 2022), *Temas de salud*, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.

- OMS (4 de febrero de 2022), *Organización Mundial de la Salud*, disponible en: <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>.
- OMS, OMPI, OMC (2013), *Promover el acceso a las tecnologías médicas y la innovación. Intersecciones entre salud pública, la propiedad intelectual y el comercio*, Ginebra, OMS, OMPI, OMC.
- OPS (9 de junio de 2022), *Organización Panamericana de la Salud*, disponible en: <https://www.paho.org/es/documentos/22a-lista-modelo-oms-medicamentos-esenciales-ingles>.
- PALAZUELOS, Enrique (2015), *Economía política mundial*, España, Akal.
- PETERSMANN, E. (2001), Human Rights and international economic law in the 21st century. *Journal of International Economic Law*, disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiel/4.1.3>.
- PIL CHOI, J. (2017), *A Model of patent trolls*, Michigan, University of Queensland, disponible en: <https://doi.org/10.1111/iere.12330>.
- RAVANAL, M. y Aurenque, D. (2018), “Medicalización, prevención y cuerpos sanos: la actualidad de los aportes de Illich y Foucault”, *Tópicos*, núm. 55, disponible en: <https://doi.org/10.21555/top.v0i55.914>.
- SLOBODIAN, Q. (2021), *Globalistas. El fin de los imperios y el nacimiento del neoliberalismo*, Capitán Swing Libros.
- SCHULTZ, M. y Jaci, A. (octubre de 2018), “Pat- INFORMED. Una nueva herramienta para la adquisición de medicamentos”, *Revista OMPI*, vol. 5, núm. 3036, disponible en: WIPO: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2018/05/article\\_0006.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/05/article_0006.html).
- Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, Los Estados Unidos de América y Canadá, (2020), Ciudad de México, *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Relaciones Exteriores.
- The United Nations secretary-general high-level panel on access to medicines*, (2015), obtenido de he United Nations secretary-general’s high-level panel on access to medicines, Secretaría General de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.unsgaccessmeds.org/terms-of-reference/>.
- SPENCER, H. (1891), *La Justicia*, Madrid, La España Moderna.
- Statista (2022), *Statista*, disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/635153/ingresos-mundiales-del-sector-farmaceutico/>.

STIGLITZ, J. (2012), *El precio de la desigualdad*, México, Taurus.

STIGLITZ, J. (2002), *El malestar de la globalización*, Madrid, Taurus.

TORRES, Edwin, (13 de mayo de 2019), “6 cosas que las grandes farmacéuticas no quieren que sepas”, *Médicos sin Fronteras*, recuperado el 12 de junio del 2022, disponible en: <https://www.msf.es/actualidad/6-cosas-que-las-grandes-farmaceuticas-no-quieren-que-sepas>.

VARGAS-CHAVES, I. (2014), “Análisis ético e implicaciones de la prolongación de los derechos de exclusividad sobre las invenciones farmacéuticas”, *Revista Jurídicas*, vol. 11, núm. 2, disponible en: <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php./juridicas/article/view/4078>.

WIPO (20 de diciembre de 2020), *World International Property Organization*, disponible en: <https://www.wipo.int/ipstats/en/>.

---

\* ORCID: [0000-0001-9358-3548](https://orcid.org/0000-0001-9358-3548). Licenciada y maestra en economía, doctoranda en derecho económico; docente en la Facultad de Economía UNAM. Correo electrónico: [beatrizlm@economia.unam.mx](mailto:beatrizlm@economia.unam.mx)

\*\* ORCID: [0000-0002-3584-6968](https://orcid.org/0000-0002-3584-6968). Maestra en gestión pública por el ITESM; doctora en política pública por el ITESM; investigadora en el Instituto Belisario Domínguez; docente en la Universidad Internacional Iberoamericana. Correo electrónico: [carlagomezmacfarland@gmail.com](mailto:carlagomezmacfarland@gmail.com).

<sup>1</sup> Los Estados suelen utilizar las cuestiones relacionadas con la salud pública para justificar la limitación del ejercicio de otros derechos fundamentales” (artículo 28 de la Observación General 14, 2000) (Consejo Económico y Social, 2000).

<sup>2</sup> Si bien la participación de los Estados nacionales y organismos internacionales son fundamentales para garantizar el acceso al derecho humano a la salud mediante política pública, programas e inversión, en el presente trabajo abordaremos exclusivamente el problema de acceso a las medicinas.

<sup>3</sup> Promovida por la OMS y The Pan American Health Organization Promoting Health en the Americas.

<sup>4</sup> La primera lista modelo se estableció en 1977, conformada por 220 medicamentos, ésta que se revisa cada dos años; actualmente se utiliza la 22ª lista a partir del 1o. de octubre de 2021, y consta de 479 medicamentos, donde se incluyen nuevos tratamientos para diferentes tipos de cáncer, análogos a la insulina y nuevos medicamentos orales para la diabetes, antimicrobianos y nuevos medicamentos para dejar de fumar. En el caso de medicamentos pediátricos, actualmente se utiliza la 8a. lista, que consta de 350 medicamentos (OMS, 27 de febrero de 2020).

<sup>5</sup> Dos ejemplos de este fenómeno son: en agosto de 2021, la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) en México sancionó a seis empresas por restringir el abasto, manipular e incrementar el precio de los medicamentos con prácticas monopólicas (Cofece, 2021), en 2014, laboratorios Aspen era el único comercializador de cinco medicamentos genéricos para el cáncer, y aumentó repentinamente los precios entre 1,500 y 4,000% en países europeos y ante la negativa de los ministerios de aceptar los aumentos desorbitados, cesó la comercialización, creando desabasto (Irene Bernal, Eva Iráizoz, José maría González y Susana García, 2020).

<sup>6</sup> La industria farmacéutica es muy compleja, altamente competitiva, con un alto grado de información restringida, alto grado de regulación por parte de los Estados, un relativo control de precios, protección de patentes y con la existencia de la gestión de portafolios de medicamentos (M. Marveya Márquez R., 2019).

<sup>7</sup> El funcionamiento oligopólico de las farmacéuticas acarrea tres tipos de costos indirectos: a) beneficios excesivos, b) mala asignación de los gastos de investigación y desarrollo (despilfarro) y c) costo de la investigación de mercado (Manuel Collazo, 1997).

<sup>8</sup> En Estados Unidos, de 1,300 millones de reclamos de recetas, correspondieron a 1,114 medicamentos genéricos. Los medicamentos de menor precio son los que más riesgo de escasez han presentado (Chintan Dave, Ajinkya Pawar, Erin R Fox, Gregory Brill, y Aaron Kesselheim, 2018). En 2019, la Asociación Europea de Medicamentos, en un lapso de seis meses reportó el desabasto de 52 medicamentos (Irene Bernal, Eva Iráizoz, José Ma. González y Susana García 2020).

<sup>9</sup> El Coloquio de Lippmann se realizó del 26 al 30 de agosto de 1938, con la participación de eminentes economistas, altos funcionarios y empresarios, donde destacaron Rueff y Baudin, de Francia, los austriacos Hayek y Mises y los alemanes Rüstow y Röpke, y en donde se tomó como base para la discusión el libro de Lippmann, “The Good Society”;

centrándose en la discusión de la amenaza contra la libertad por el nazismo y el socialismo, y las condiciones para implantar un orden liberal renovado, dejando de lado el laissez-faire. Donde se va a plantear que la agenda del neoliberalismo está guiada por la necesidad de adaptación permanente de hombres e instituciones a un orden económico intrínsecamente variable y fundamentado en la competencia generalizada y sin tregua. La Sociedad de Mont-Pèlerin aparece como una prolongación del Coloquio de Lippmann en abril de 1947, y en donde se incorpora la escuela de Chicago. Se redefine el papel del Estado y se defiende el libre mercado, y siguen actualmente liderando las propuestas de política económica (Guillén, 2018).

**10** El derecho exclusivo conferido por una patente es negativo en la medida en que impide que otros utilicen esa invención sin consentimiento del titular, por lo que ésta se utiliza por éste; también sirve para bloquear la entrada de la competencia, como mecanismos financieros y como mecanismos de litigio. En torno al impacto en la investigación, un estudio señala que el 40% de los entrevistados indicaron que su investigación se veía obstaculizada por las tecnologías patentadas, el 58% notificó retrasos en la investigación, el 50% cambió su investigación, y un 28% tuvo que abandonarla por la complejidad de las negociaciones de concesión de licencias y las elevadas regalías (OMPI, 2008)

**11** Recibe el nombre de excepción Bolar debido a que en 1984, en los tribunales estadounidenses, se llevó a cabo un juicio entre Laboratorios Roche contra Bolar Pharmaceuticals, lo que dio lugar a una legislación en ese país, generando una excepción admisible en el derecho de patente.

**12** La DNDi es una organización de investigación y desarrollo colaborativa, sin fines de lucro, orientada a satisfacer las necesidades de los pacientes, y su finalidad es cerrar las brechas en la investigación y el desarrollo sobre medicamentos esenciales para tratar las enfermedades desatendidas (OMS. OMPI, OMC, 2013, p. 140).

**13** Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la ONU.

**14** Para el caso del mercado farmacéutico, los precios no son regulados por la oferta y demanda; por un lado, debido a la existencia de la patente y, por el otro, debido a que el paciente no cubre el costo total del producto por los subsidios estatales (M Marveya Márquez R., 2019).

**15** Los tratados de libre comercio incluyen un apartado en materia de propiedad intelectual, donde se abordan aspectos que delimitan mejor el monopolio que se otorga a través de los derechos de propiedad intelectual. Actualmente México tiene vigentes doce tratados de libre comercio que vincula a cuarenta y seis países; en todos existe un apartado de propiedad intelectual (Gobierno de México, 2021).

**16** La licencia obligatoria es un instrumento que permite a las autoridades públicas conceder licencia a un tercero sin el consentimiento del propietario de la patente. En el ADPIC se contempla emitir licencias obligatorias por diversos motivos, en particular para hacer un uso público no comercial del medicamento o en situaciones de emergencia. Asimismo, en este acuerdo se establece que las licencias obligatorias solamente estarán vigentes por el tiempo necesario para atender la necesidad por la que fue emitida. En el plano comercial las licencias obligatorias tienen el objetivo de garantizar el abasto adecuado de medicamentos a precios razonables cuando esto no lo asegura el propietario de la patente (Elías Mizrahi, 2010, p. 9).

**17** Las importaciones paralelas solo son posibles si la vigencia de la patente ha vencido en el país exportador.

**18** Edwin Torres (2019), miembro de Médicos sin Fronteras, señala que los costos de desarrollar nuevos medicamentos son entre diez y treinta veces menos de lo que señalan las farmacéuticas, que 30% de los medicamentos que llegan al mercado no son mejores a los existentes, que gastan más en marketing que en I+D y que un gasto importante en esta materia se realiza con gasto público.

**19** En todo invento, señala Herbert Spencer (1891), “la sociedad gana siempre más que el inventor”, p. 156. Sin embargo, señala algo también muy importante, y es que para recoger los provechos de su invención es necesario que conceda ventajas a los demás hombres, proporcionándoles mercancías mejores a un precio ordinario, o mercancías iguales a más bajo precio. Si este principio se aplicara en el caso de las patentes farmacéuticas, efectivamente toda la población ganaría, y los beneficios podrían verse multiplicados. Si fracasa su invento, señala Spencer, es como si no existiera, y es el caso de los grandes descubrimientos, que por sus altos costos solo llegan a un porcentaje exiguo de la población mundial, o simplemente se archivan.

**20** Este concepto fue introducido por la Comisión de la Unión Europea, para describir una práctica estratégica específica de patentamiento de las compañías farmacéuticas, que tiene la característica de acumulación de patentes con fines excluyentes y anticompetitivos (Olga Gurgula, 2017)

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17493](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17493)

Recibido: 28 de diciembre de 2021

Aprobado: 26 de abril de 2022

## LOS ÓRGANOS “AUTÓNOMOS” DE EVALUACIÓN EN MÉXICO ¿AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA?

### “AUTONOMOUS” EVALUATION AGENCIES IN MEXICO ¿AUTONOMY OR INDEPENDENCE?

Blanca LÓPEZ RODRÍGUEZ\*

#### Resumen:

Los sistemas de monitoreo y evaluación (M&E) de programas públicos en los gobiernos locales y central de México operan desde entes centralizados, descentralizados o autónomos. Por ello, el propósito de este estudio es examinar el nivel de autonomía o control gubernamental de los tres órganos constitucionales autónomos (OCA) de evaluación conocidos como Inevap, Evalúa CDMX y Coneval, mediante un análisis descriptivo y una visión multidimensional de la autonomía gerencial, adopción de políticas, estructural, financiera, legal e intervencionista. Derivado del análisis, se concluye que ninguno cumple el nivel máximo, y aunque tienen rasgos de relevancia constitucional, no son reconocidos

#### Abstract:

*The Monitoring and Evaluation (M&E) systems of public programs at the local and central level in the Mexican government operate within centralized, decentralized, or autonomous agencies. For this reason, the aim of this paper is to examine whether the level of autonomy or governmental control of autonomous evaluation agencies (OCA) known as Inevap, Evalúa CDMX y Coneval, through a descriptive analysis and multidimensional view of managerial, policy, structural, financial, legal, and interventional autonomy. The analysis concludes that none of these agencies are recognized as autonomous. It also discusses the lack of accountability, performance evaluations, citizen participation,*

como OCA. También se discute la falta de rendición de cuentas, evaluaciones de desempeño, participación social, legitimidad y democratización de los procesos de designación de titulares y consejera(o)s de los OCA, la importancia de evaluar los poderes Judicial y Legislativo, otros OCA y municipios, y se compara la autonomía versus independencia de estos sistemas M&E. Finalmente, si la creación de los OCA tiene como objetivo desempeñar funciones altamente especializadas y técnicas como la política de evaluación, que son exclusivas del Estado, la existencia de sistemas M&E dentro de los poderes tradicionales como el Ejecutivo es una contradicción para el sistema constitucional y el diseño institucional de los órganos "autónomos" de evaluación.

### **Palabras Clave:**

Sistemas M&E, órganos constitucionales autónomos, independencia.

*legitimacy and appointment of agency head and board members of these OCA, the relevance to evaluate the Legislative and Judicial branches, another autonomous agency, and municipalities, as well as to compare autonomy versus independence of these M&E systems. Finally, while the creation of autonomous agencies aims to performance highly specialized and technical functions such as evaluation policy, which is the exclusive competence of the State, the mere existence of M&E systems within the Executive branch is contradictory to the State's constitutional system and the design of "autonomous" evaluation agencies.*

### **Keywords:**

*M&E systems, autonomous agencies, independence.*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Institucionalización de los sistemas de monitoreo y evaluación M&E. III. La autonomía de la evaluación. IV. Los órganos constitucionales autónomos. V. Metodología y taxonomía de la autonomía. VI. Resultados de la autonomía de los órganos de evaluación. VII. Conclusiones... ¿autonomía o independencia de la evaluación? VIII. Bibliografía.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

**E**l surgimiento de los sistemas de monitoreo y evaluación (M&E) de proyectos, programas, políticas y organismos públicos en los gobiernos locales y central de México ha sido muy diverso, ya que algunos operan desde la Secretaría de Hacienda/finanzas (centralizados), entes descentralizados u órganos autónomos, como el Instituto de Evaluación de Políticas Públicas del estado de Durango, (Inevap) o en transición, como el

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) y el Consejo de Evaluación de la Ciudad de México (Evalúa CDMX), los cuales son objeto de este estudio, para analizar su autonomía.

Con este propósito, en primer lugar, se presenta un recuento histórico y los elementos para la institucionalización de los sistemas M&E en países latinoamericanos y México, donde destacan las reformas constitucionales en 1983 a favor de la Ley de Planeación, el Plan Nacional de Desarrollo y el Sistema de Control y Evaluación Gubernamental, entre los más importantes. Sin embargo, no tuvo los efectos esperados, y recobra relevancia con las evaluaciones de la política social, la creación del Coneval y el presupuesto basado en resultados.

En segundo lugar, se aborda la autonomía como factor determinante para institucionalizar estos sistemas M&E, cuyo concepto está asociado al paradigma neoliberal de la nueva gestión pública, (NGP) basado en la descentralización de agencias públicas para delegar servicios con mayor eficiencia, lo cual tiene ciertas implicaciones para estos órganos.

Posteriormente, se examinan el origen y características de los órganos constitucionales autónomos (OCA) en México, destacando la falta de consenso acerca de los OCA existentes, que en su mayoría fueron creados o transformados durante 2000-2018, coincidente con las reformas gerenciales. Además del desacuerdo entre juristas y especialistas acerca de las características de la autonomía, lo cual produce OCA disímiles, y requieren establecer una taxonomía para medir el nivel de control gubernamental o autonomía de una agencia pública. También se presentan el origen, funciones y características de los tres órganos autónomos (o en transición) de evaluación que existen en el país conocidos por sus acrónimos como el Inevap, Evalúa CDMX y Coneval, para entender su operación y examinar su autonomía.

El siguiente apartado explica la metodología utilizada, la cual tiene un enfoque cualitativo con base en las diversas dimensiones sobre la autonomía elaborada por Koen Verhoest *et al.* (2004), y dividida en estructural, financiera, legal, intervencionista, gerencial-gestión y de adopción de políticas. Esta visión multidimensional tiene como propósito examinar el control gubernamental o autonomía de estos órganos de evaluación mediante un ejercicio comparado según sus atribuciones en tres niveles: mínimo, medio y máximo de las dimensiones referidas.

Derivado del análisis, se concluye que ninguno cumple el nivel máximo de estas dimensiones, y aunque el Inevap y Evalúa CDMX presentan debilidades solamente en la

autonomía financiera, según la teoría, no son reconocidos como OCA, sino como “órganos de relevancia constitucional”, mientras el Coneval continúa como entidad paraestatal con algunos problemas de coordinación interinstitucional observados. También se discute la falta de rendición de cuentas, evaluación de desempeño, participación social, legitimidad y democratización de los procesos de designación de titulares y consejera(o)s de los OCA, e importancia de evaluar los poderes Judicial, Legislativo, OCA y municipios, donde el Inevap tiene importantes avances.

No obstante estas debilidades en la autonomía de los OCA, estos sistemas M&E, junto con los que operan desde dependencias centralizadas y entes descentralizados, lograron independencia mediante la autonomía técnica de la evaluación y los evaluadores externos, lo que lleva a exponer las ventajas y dificultades de la autonomía frente a la recentralización de las agencias públicas e independencia de los sistemas M&E. Al final, se concluye lo siguiente: si la creación de los OCA tiene como objetivo desempeñar funciones altamente especializadas y técnicas como la política de evaluación, que son exclusivas del Estado, la existencia de sistemas M&E dentro de los poderes tradicionales como el Ejecutivo es una contradicción para el sistema constitucional y el diseño institucional de los órganos “autónomos” de evaluación.

## **II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE MONITOREO Y EVALUACIÓN M&E**

La literatura define a la institucionalización como un proceso de canalización de evaluaciones aisladas hacia un enfoque sistemático y formal que opera a distintos niveles de la organización, dependencia, sectorial o nacional, y necesita de un sistema democrático y actores políticos para liderar el proceso; por ejemplo, Congreso, Ministerio de finanzas, Presidencia, y capacidades técnicas (Marie Gaarder y Bertha Briceño, 2010).

Requiere de evaluadores o consultores calificados y universidades, quienes facilitan la cooperación de autoridades de distintos niveles de gobierno incrementando la cultura de la evaluación (Steve Jacob *et al.*, 2015). También demanda una estructura jurídica, organizativa y técnica para convertir la práctica de evaluación rutinaria, así como un órgano rector independiente, aunque integrado al ciclo presupuestario (Daniel Catalá y María de Miguel, 2019), y para considerarse un sistema exitoso necesita de información de calidad y confiable, que se utilice intensivamente y sea sostenible en el tiempo y las administraciones (Keith Mackay, 2012).

Así, en la década de 1990, se comienza a institucionalizar la evaluación como parte de las reformas en América Latina en países como Chile, Brasil, Colombia, México, Argentina, Costa Rica y Uruguay, con la cooperación [o bajo la presión] de organismos internacionales, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, para fomentar las capacidades de evaluación (Osvaldo Feinstein, 2012).

Aunque en México se identifican acciones de evaluación desde 1930 (Alejandro Oropeza, 2005), la institucionalización inicia con las reformas constitucionales de 1983, que promulgaron la Ley de Planeación, el Sistema Nacional de Planeación Democrática y el Plan Nacional de Desarrollo, normatividad que destaca la importancia de la evaluación y la creación del Sistema de Control y Evaluación Gubernamental (SICEG) como sistema M&E, a cargo de la Secretaría de la Función Pública (SFP).

Sin embargo, no tuvo los efectos esperados, y hasta 1992 recobra relevancia con las evaluaciones de la política social, su formalización en la Ley General de Desarrollo Social, y en 2005, con la creación del Coneval. A lo anterior, se suma la Reforma hacendaria de 2006 y el modelo presupuesto basado en resultados (PbR), el cual vincula el diseño, la planeación e implementación de programas públicos con el proceso presupuestario, mediante la evaluación, la cual es obligatoria para todos los poderes de la administración pública federal (APF) y entes autónomos que ejerzan recursos públicos.

En cuanto al seguimiento, se incorpora el Sistema de Evaluación del Desempeño (SED), que incluye indicadores de gestión y estratégicos (Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria [LFPRH], 20/05/2021, artículos 25, 110, 111) para monitorear el desempeño gubernamental.

Así, se fueron creando sistemas M&E en los gobiernos central y local que operan de diferentes formas y desde organismos públicos bajo distintas figuras administrativas. Bertha Briceño (2012) los clasifica en: i) agencias externas e independientes; ii) sistema centralizado gubernamental, y iii) sistema descentralizado gubernamental. Al respecto, a nivel central, la coordinación del sistema M&E está a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y el Coneval, es decir, una mezcla entre centralizado y descentralizado, lo cual se explicará más adelante.

Aunque existen otras instituciones, como la SFP, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), el Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC),<sup>1</sup> la Secretaría de Energía (Sener) y la Auditoría Superior de la Federación (ASF), que operan sistemas M&E de forma independiente sin coordinación interinstitucional.

Adicionalmente, desde 2008, el artículo 134 constitucional y la LFPRH prevén la evaluación en los gobiernos locales. Por lo tanto, existen 33 sistemas M&E, uno por entidad federativa y nivel central (revisar origen de estos sistemas en Myriam Cardozo, 2020) y la mayoría (30) se encuentran en la Secretaría de Hacienda/finanzas, contraloría, planeación o desarrollo social (centralizados), aunque también hay descentralizados y algunos órganos autónomos o en transición, como el Inevap o Evalúa CDMX.

También es necesario señalar que desde el año 2016, la Constitución Política del Estado de Sinaloa (Periódico Oficial, 06/04/2016, artículo 77 ter) refiere la creación del Consejo Estatal de Evaluación de la Política de Desarrollo Social como órgano autónomo, para lo cual el Congreso sería responsable de expedir la ley respectiva, y en los siguientes 120 días iniciaría operaciones este Consejo. Sin embargo, a la fecha no se ha publicado la ley, el Consejo es inexistente, y no se identifican acciones para implementarlo, por lo cual no se incluye en el análisis.

A partir de lo anterior, en este artículo se analizan solamente los tres órganos de evaluación considerados autónomos desde una perspectiva comparada, con el fin de examinar el control gubernamental de estos órganos para ejercer sus funciones de evaluación con autonomía y responder la pregunta central ¿Los órganos de evaluación cumplen con las seis dimensiones de autonomía para ser considerados OCA?

### **III. LA AUTONOMÍA DE LA EVALUACIÓN**

También se exploran las ventajas y dificultades de estos OCA frente a la independencia de los sistemas M&E que operan desde las agencias públicas centralizadas y descentralizadas, lo que lleva a cuestionar lo siguiente: ¿se requiere un órgano autónomo de evaluación o que el sistema M&E sea independiente del ente, política o programa público evaluado? Incluso, una hipótesis planteada es que la existencia de sistemas M&E dentro de los poderes tradicionales como el Ejecutivo, cuya función (política de evaluación) es exclusiva del Estado, es una contradicción para el sistema constitucional y el diseño institucional de los órganos “autónomos” de evaluación.

Un factor determinante para la institucionalización de un sistema M&E es la autonomía, la cual aporta una visión externa, objetiva e imparcial de los programas a evaluar. Es un concepto central de la NGP basado en la teoría de derechos de propiedad, nuevo institucionalismo económico y teoría de la agencia, que destaca “...los beneficios de la autonomía es la especialización y mejor desempeño (economía, eficiencia y efectividad)

pero solo si existen suficientes incentivos para las agencias públicas en dar resultados” (Koen Verhoest *et al.*, 2004, pp. 101 y 102).

La autonomía comprende tanto el contexto organizacional como político (Peter Teirlinck *et al.*, 2013), y considera equivalentes las evaluaciones independientes y externas, mientras las evaluaciones internas son consideradas no independientes (Osvaldo Feinstein, 2012). Para garantizar esta independencia, la evaluación debe ser realizada por personas y entidades ajenas al control de los responsables de las intervenciones [programas públicos] que pueden ejercer influencia política o presiones, tener acceso a la información y autonomía para investigar y notificar los hallazgos (OCDE, 2002).

Otros académicos la definen como la medida en que el organismo puede decidir por sí mismo las cuestiones que considera importantes; es la exención de las obligaciones en las competencias y decisiones de las agencias públicas en materia estructural, financiera, legal e intervencionista (Koen Verhoest *et al.*, 2004). El grado de discreción y responsabilidad para tomar control del gobierno y ejecutar las decisiones por sí mismo (R.A.W. Rhodes, 1996), aislado de la autoridad y supervisión política ejercida por la autoridad central (Jorgen Christensen, 1999).

Es así como en el interés de mantener un sistema M&E independiente, algunos gobiernos han optado por crear órganos autónomos para fortalecer la soberanía no solamente del sistema, sino de la entidad que lo opera. No obstante, Bertha Briceño (2012) advierte que la independencia de un sistema de M&E no debe ser a tal grado como para perder relevancia, sino para lograr credibilidad y legitimidad social,

... hay estudios que muestran que los varios errores de política pública, de asignación de recursos, de organización y seguimiento de operaciones, que cometen los altos funcionarios al momento de dirigir a sus corporaciones, y hasta hechos de corrupción se deben a que gozan de una amplia autonomía decisoria, a que no están sujetos a reglas..., ni existen instancias de contrapeso y control para anticipar o corregir eventuales errores de decisión (Luis Aguilar, 2014, p. 27)

Por ello, es importante entender la operación de los órganos autónomos, lo cual se describe en la siguiente sección.

#### **IV. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS (OCA)**

El apelativo de “cuarto poder” se identifica desde 1887, con la creación de agencias independientes en el gobierno de Estados Unidos (Strauss, 1984 en Rodrigo Camarena *et al.*, 2021). Mientras la literatura sobre los OCA en México refiere el origen griego de la

autonomía como una forma de división de poder con potestad de asignarse leyes y ordenamientos jurídicos, funciones específicas establecidas en la Constitución, que actúa por fuera de partidos políticos y grupos de presión, e incluye espacios privilegiados para la ciudadanía generando capital social (Susana Pedroza, 2020; José Ruiz, 2017a, 2017b), aunque no son mecanismos de acceso ciudadano al poder (José Caballero, 2000), tienen funciones de evaluación, regulación y control (César Cansino y Luis Patiño, 2020), y son una vía para conciliar grupos económicos y sociales, poderes tradicionales y democracia de partidos (Jaime Cárdenas, 1996).

En ese sentido, el motor en la creación de agencias o entes públicos autónomos es la delegación de servicios para incrementar la satisfacción de los ciudadanos, generar impactos positivos en la confiabilidad y participación política (Sjors Overman, 2015, 2016), independientes del control político de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los gobiernos central y subnacional. La teoría de la descentralización señala que, entre mayor autonomía, los agentes [funcionaria(o)s] se especializan y desempeñan con mayor eficiencia, siempre que sus resultados sean monitoreados (Shirin Ahlbäck y Helena Wockelber, 2020). Esta ola descentralizadora se ubica en México en los ochenta y arranca en 1994 con la autonomía al Banco de México (César Cansino y Luis Patiño, 2020), con su auge entre 2000-2012 (Juan Olmeda y Alejandra Armesto, 2017).<sup>2</sup>

En general, se reconoce al Instituto Nacional Electoral en 1996, la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1999, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en 2008, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales en 2014, la Comisión Federal de Competencia Económica en 2013, el Instituto Federal de Telecomunicaciones en 2013, el Coneval en 2014 y la Fiscalía General de la República en 2018 (John Ackerman, 2016; José Caballero, 2000; César Cansino y Luis Patiño, 2020; Laura Guerra, 2014; Miguel López *et al.*, 2021; Marybel Martínez, 2015; Susana Pedroza, 2020; José Ruiz, 2017a).

Sin embargo, existe disenso entre estos especialistas sobre los OCA existentes. Por ejemplo, otros incluyen las universidades desde 1980, la ASF en 1999, estados y municipios (Susana Pedroza, 2020), tribunales agrarios en 1992 (José Caballero, 2000; Marybel Martínez, 2015), y aunque los artículos 73 constitucional y 21 de la Ley Orgánica refieren la autonomía de gestión y técnica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, existe una discusión sobre su autonomía.<sup>3</sup> También, en 2002 surgió el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE); sin embargo, en 2019 se realizaron reformas que condujeron a su disolución y la reciente creación de la Comisión Nacional para la Mejora Continua de la Educación (Mejoredu).<sup>4</sup> Además, en los gobiernos subnacionales existen

otros OCA análogos del nivel federal en cuanto a su operación, aunque algunos mantienen independencia del poder central y tienen funciones específicas.

Destaca que la mayoría de estos especialistas señalan al Coneval como órgano autónomo, pero es una entidad del sector social con algunos rasgos de autonomía; por ejemplo, técnica y de gestión (Relación de entidades paraestatales de la APF, *DOF* 13/08/2021), lo cual se describe posteriormente.

También resulta claro que a diferencia de lo que señalan Juan Olmeda y Alejandra Armesto (2017) respecto a la tendencia descentralizadora que se revirtió en la administración 2012-2018, por ejemplo, recentralización del sector educación e instituto electoral, aquí se observa que la mayoría de los OCA se crearon o transformaron en autónomos durante la pasada administración 2012-2018. Esta descentralización proviene de las reformas gerenciales y la NGP, que introducen cambios en la estructura gubernamental, mediante la desregulación, privatización, descentralización y creación de unidades autónomas, entre otros, con el objetivo de generar valor público y eficiencia (Luis Aguilar, 2011).

Algunas de las causas en favor de los OCA son el prestigio e influencia en los sistemas constitucionales comparados, las sugerencias de instancias internacionales, las necesidades del Estado y sociedad atendidas por estos organismos (Jaime Cárdenas, 2015), y para dotar a políticas gubernamentales estratégicas de legitimidad, credibilidad e independencia del control político (López *et al.*, 2021). En democracias contemporáneas, la percepción es que “...los OCAs materializan reivindicaciones ciudadanas legítimas y canalizan la desconfianza y el desencanto de la ciudadanía hacia las estructuras de autoridad” (César Cansino y Luis Patiño, 2020, p. 30).

Así, desde los noventa, en sistemas políticos con altos niveles de corrupción, los poderes del Estado (principalmente el Ejecutivo) ceden sus funciones legítimas a otros entes o poderes, ante su incapacidad de conducir procesos democratizadores, aunque no escapan de la corrupción (Marybel Martínez, 2015) ni se cuestionan si la creación de un OCA implica solucionar un problema social, político o regulatorio (Rodrigo Camarena *et al.*, 2021), con lo cual corren el riesgo de fragmentación de organismos públicos en unidades administrativas,

... el enfoque tradicional de la administración pública no consideró que el crecimiento y la diferenciación de los organismos, políticas y programas representaran un riesgo para la unidad estructural y operativa del gobierno, puesto que podían ser controlados por el formato jerárquico de la organización burocrática del gobierno ... (Luis Aguilar, 2011, p. 29).

En ese sentido, crear un OCA tiene costos políticos para el Estado, como la susceptibilidad a la manipulación externa, por no ser responsables ante autoridades, o enfocarse en un solo problema e ignorar otros “visión de túnel”, así como la falta de coordinación con otros OCA o poderes generando controversias constitucionales (Rodrigo Camarena *et al.*, 2021).

Por otra parte, también se observan diferencias desde la Constitución en las denominaciones como “organismos constitucionales autónomos”, “órganos constitucionales autónomos” y “organismos públicos autónomos”, que “...en la realidad generan confusión teórica y práctica” (Miguel López *et al.*, 2021, p. 7), así como la falta de consenso entre juristas y especialistas en derecho administrativo acerca de las características de la autonomía. José Ruiz (2017a) y Filiberto Ugalde (2010) refieren la autonomía funcional con atribuciones específicas para mayor especialización, agilidad, control y transparencia de demandas sociales, autonomía personal para la designación de sus miembros, autonomía financiera para definir y ejercer sus presupuestos, autonomía administrativa para las gestiones administrativas y autonomía de fiscalización para la transparencia y rendición de cuentas.

Para César Cansino y Luis Patiño (2020) los OCA deben estar formalizados en la Constitución, mantener coordinación con otros órganos y atender funciones del Estado en beneficio de la sociedad. John Ackerman (2016) los clasifica en enfoques maximalista y minimalista; este último es el que define a cualquier órgano que no forme parte de los tres poderes tradicionales; sin embargo, se considera como negativo, porque define lo que no son; mientras el enfoque maximalista está basado en Manuel García-Pelayo (2014), quien señala que los OCA no deben ser simplemente mencionados en la Constitución, “... sino que [se debe] determina[r] su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias...” (p. 17).

Aunque tampoco es suficiente la mención de los métodos de designación, se requiere autonomía, máxima publicidad y transparencia en los procesos de designaciones. Jaime Cárdenas (1996) subraya la importancia de la apoliticidad y reglas para remoción de sus titulares, servicio civil de carrera, transparencia y responsabilidad para informar periódicamente al Congreso y ciudadanos. Otras características del enfoque maximalista son la participación en la dirección política del Estado (normas y políticas diseñadas por estos órganos), tener paridad de rango por ser jurídicamente independientes en el ejercicio de sus competencias y no estar subordinados a ningún otro órgano o poder del Estado (Manuel García-Pelayo, 2014). Adicionalmente, Miguel López *et al.* (2021) identifican en

las 32 Constituciones locales y sus 203 OCA otros tipos de autonomía, como la plena, operativa, resolutive y para gobernarse, que inciden en el diseño institucional.

Como se observa, esta falta de homogeneidad en las características produce OCA disímiles, como señala José Ruiz (2017a, p. 103) “...las características que definen la autonomía de cada órgano se establecen *ad hoc* y no guardan similitud”; debido a que surgieron en distintos niveles, sin directrices comunes ni criterios transparentes sobre el presupuesto (José Caballero, 2000). Esto plantea la necesidad de establecer una taxonomía más amplia, que se explica más adelante, aunque previamente se presentan el origen, funciones y características de los tres órganos autónomos (o en transición) de evaluación que existen en el país, los cuales entran en el grupo de órganos de rendición de cuentas y son el objeto de estudio.

#### 1. *El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval)*

Es preciso comenzar señalando que el sistema M&E a nivel federal opera de forma muy particular, debido a la coordinación dividida entre el Coneval y la SHCP. Al respecto, con base en la SHCP y en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF 2022) existen 639 políticas, programas y proyectos públicos (programas presupuestarios).<sup>5</sup> De este total, el Coneval, coordina la evaluación de 125 programas y fondos del sector social,<sup>6</sup> lo cual representa aproximadamente el 20% del universo, mientras la SHCP coordina el 80% restante, lo que tiene ciertas implicaciones para la “autonomía” del Coneval, y se analizarán más adelante.

Con relación a su origen, en 2004 se prevé el Coneval en la Ley General de Desarrollo Social (LGDS, 20/01/2004 y aunque el decreto de creación (24/08/2005) fue publicado en 2005, inició operaciones el siguiente año y hasta 2014, con las reformas al artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ([CPEUM], 10/02/2014) se le designa como órgano autónomo. No obstante, a la fecha no se ha expedido la normatividad reglamentaria, y opera como un organismo público descentralizado sectorizado a la Secretaría de Bienestar,<sup>7</sup> con autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica, patrimonio propio, cuyas funciones principales son:

- 1) Normar y coordinar la evaluación de la política nacional de desarrollo social (PNDS) y las políticas, programas y acciones que ejecuten las dependencias públicas, sin perjuicio de las atribuciones que en materia de control y evaluación tienen las secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Función Pública.
- 2) Establecer los lineamientos y criterios para la definición, identificación y medición de la pobreza, garantizando la transparencia, objetividad y rigor técnico en dicha

actividad.

La estructura del Consejo<sup>8</sup> (figura 1) está conformada por el Comité directivo, Comisión ejecutiva, Secretaría ejecutiva, unidades administrativas y Órgano Interno de Control (OIC). El Comité directivo u Órgano de gobierno está integrado por seis investigadores académicos (consejeros), la(el) titular de la Secretaría de Bienestar, un representante de la SHCP, una Secretaría técnica y una Prosecretaria. La(el) titular de la Secretaría ejecutiva permanece cinco años pudiendo ser reelectos por un periodo igual (CPEUM, artículo 26).

Por otra parte, para lograr autonomía presupuestal y sectorial, la respuesta a la reforma política del Coneval señala que los investigadores son la piedra angular de la autonomía,<sup>9</sup> quienes son seleccionados por convocatoria pública de forma transparente, imparcial y apartidista, operan como cuerpo colegiado independiente, y no pueden participar en las evaluaciones de programas de desarrollo social para no generar conflicto de interés. Sin embargo, de acuerdo con la LGDS, la selección está a cargo de la Comisión Nacional de Desarrollo Social (CNDS), cuyos miembros son la(o)s titulares de varias secretarías del Ejecutivo, presidentes de las comisiones de Desarrollo Social de las cámaras de Diputados y de Senadores, responsables del desarrollo social de gobiernos locales y representantes de asociaciones nacionales de autoridades municipales.

Sin menoscabo de lo anterior, la autonomía técnica del sistema M&E está considerada en la LGDS (25/06/2018, artículo 72), la cual establece realizar la evaluación por sí mismo o a través de organismos independientes del programa público, es decir, mediante el evaluador externo como instituciones de educación superior, investigación científica u organizaciones no lucrativas para hacer una valoración imparcial e independiente.

Por último, el patrimonio se integra por: i) bienes muebles e inmuebles que adquiera por cualquier título; ii) recursos asignados en el PEF; iii) aportaciones voluntarias, donaciones, herencias o legados que reciba de personas físicas o morales nacionales o extranjeras; iv) ingresos que obtenga por las actividades que realice; y v) bienes, recursos y derechos que adquiera por cualquier título.

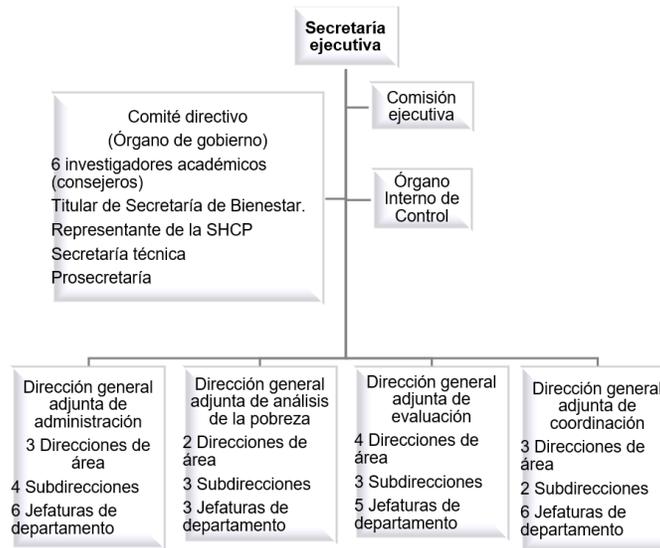


Figura 1. Organigrama Coneval.

Fuente: elaboración propia con base en el Manual de Organización y específico y Estatuto orgánico del Coneval.

### 1. *El Consejo de Evaluación de la Ciudad de México (Evalúa CDMX)*

Desde el 2000, en la Ley de Desarrollo Social del Distrito Federal (*Gaceta Oficial de la Ciudad de México [GOCDMX], 23/05/2000*) se incluyeron acciones de evaluación de programas y proyectos de desarrollo social. Eventualmente, en 2007 se crearía el Consejo de Evaluación del Desarrollo Social de la Ciudad de México,<sup>10</sup> el cual operó como un organismo público descentralizado de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social, con personalidad jurídica y patrimonio propio autonomía técnica, de gestión y presupuestaria, y sus principales funciones son:

- 1) Evaluar la política social de la administración pública de la CDMX.
- 2) Definir y medir de manera periódica la desigualdad y la pobreza en la CDMX.
- 3) Definir, medir y clasificar de manera periódica el grado de desarrollo socioeconómico de las unidades territoriales de la CDMX.

Estaba integrado por una Junta de Gobierno (jefa/e de Gobierno, titulares de diez secretarías, dos entidades y dos contralores ciudadanos), la Dirección general y el Comité de evaluación y recomendaciones, constituido por la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social y seis consejera(o)s ciudadana(o)s (ver figura 2).<sup>11</sup> Estos últimos operaban como órgano colegiado designados por la(el) jefa(e) de Gobierno de forma irrevocable e inamovibles por cuatro años, pudiendo ser reelectos por un periodo igual para garantizar autonomía, independencia, libertad de criterio e imparcialidad en la toma de decisiones.

El Consejo establecía su autonomía técnica, mediante el Comité de evaluación y recomendaciones que era el órgano de toma de decisiones de atribuciones sustantivas, el cual realizaba las evaluaciones externas directamente o a través de terceros. Al respecto, el ente evaluador puede ser investigador(a) de instituciones de educación superior o investigación científica, profesionales con experiencia de organizaciones civiles o sociales sin fines de lucro o profesionistas independientes. Finalmente, por ser un organismo sectorizado era financiado con los recursos destinados al sector social.

Este organismo se fortaleció en 2017, cuando la Asamblea Constituyente promovió la reforma política, y la Constitución Política de la CDMX ([CPCDMX], 05/02/2017, artículo 47) le otorgó autonomía técnica y colegiada para evaluar las políticas, programas y acciones de los entes de la administración pública y las alcaldías.<sup>12</sup> Sin embargo, el proceso estuvo pausado por varios años, hasta que recientemente el Congreso aprobó la Ley de Evaluación de la CDMX (GOCDMX, 09/06/2021, 614), normatividad reglamentaria necesaria para la transición del Evalúa CDMX hacia un OCA con mayores facultades para evaluar los sectores de desarrollo económico, urbano y rural, seguridad ciudadana, medio ambiente y social.

Con relación a los cambios más relevantes, la ley lo reconfigura como Consejo de Evaluación de la Ciudad de México, integrado por cinco personas consejeras electas por mayoría calificada del Congreso que estarán cuatro años, con la posibilidad de ser ratificadas por única ocasión por otro periodo igual, garantizando paridad de género; además, la(el) titular será designada(o) por esta(o)s consejera(o)s.<sup>13</sup> Para otorgar legitimidad al proceso de designación, el Congreso convocó un Consejo ciudadano (*Gaceta Parlamentaria de la Ciudad de México [GPCDMX], 12/08/2021, 648*) conformado por once personas, el cual propuso varias ternas, de las cuales fueron designadas estas cinco consejeras(o)s del OCA de evaluación (*GPCDMX, 30/08/2021, 659*).

Además, el OCA estará vinculado al Sistema Integral de Derechos Humanos, y promoverá la participación social para mejorar los indicadores y las funciones del Consejo, a través de los mecanismos establecidos en la Ley de Participación Ciudadana CDMX; esto representa un proceso innovador respecto a los órganos de evaluación. Otra figura jurídica nueva es el OIC nombrado por el Congreso y adscrito al Sistema Local Anticorrupción, y en cuanto a sus objetivos, continuará midiendo la desigualdad y la pobreza en la CDMX de forma bienal, al igual que el Coneval, mientras el Inevap no tiene considerada esta atribución.

Por otra parte, la ley no describe el proceso de selección de los evaluadores externos, sino que únicamente refiere los comités de evaluación integrados por dos consejeras(o)s y otra persona experta en la materia a evaluar, cuyo funcionamiento será regulado en el Estatuto orgánico, el cual está en proceso de emisión. Finalmente, la reciente creación del Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva permite cerrar el proceso de planeación estratégica y el ciclo de política pública.<sup>14</sup> Este organismo público con autonomía técnica, de gestión y financiera, tendrá bajo su responsabilidad la elaboración y seguimiento del Plan General de Desarrollo y se vinculará con el Evalúa CDMX;

“Los resultados de las evaluaciones serán instrumentos esenciales para fundamentar y motivar la planeación, programación y presupuesto, así como para el diseño de políticas públicas y proyectos” (CPCDMX, 05/02/2017, artículo 15).

Con relación al patrimonio, el cual es inalienable e inembargable, se integrará de: i) bienes muebles e inmuebles adquiridos por cualquier título; ii) recursos asignados del presupuesto, y iii) bienes, recursos y derechos adquiridos por cualquier título según las disposiciones jurídicas aplicables.

A la fecha de este artículo, del proceso de transición referido, únicamente se han designado las personas consejeras, por lo cual este análisis se basa en la operación actual, aunque se considerarán estos cambios previstos en la Ley de evaluación que están por implantarse.



Figura 2. Organigrama Evalúa CDMX.

Fuente: elaboración propia con base en el Estatuto Orgánico del Evalúa CDMX.

## 2. El Instituto de Evaluación de Políticas Públicas del Estado de Durango (Inevap).

En 2013, la Constitución Política del Estado de Durango (*Periódico Oficial del estado de Durango [POD]*, 19/08/2013, artículo 45) prevé el Sistema Estatal de Planeación del Desarrollo, y en 2014 promulgó la Ley que crea el Inevap (*POD*, 16/02/2014), el cual operó formalmente hasta el 2016, con los siguientes objetivos:

- 1) Evaluar el desempeño de las políticas públicas y programas presupuestarios, por sí mismo, o a través de evaluadores independientes, a cargo de los entes públicos obligados, favoreciendo el uso racional y optimización de los recursos públicos, y el impulso del presupuesto basado en resultados.
- 2) Generar la información para que los entes públicos obligados realicen un mejor diseño e implementación de sus políticas públicas y programas presupuestarios.
- 3) Promover la cultura de evaluación y calidad de las políticas públicas y los programas presupuestarios.

Para realizar sus actividades, el Instituto cuenta con un Consejo General, conformado por tres consejeras(o)s propietaria(o)s: i) Consejería presidente-Dirección General, ii) Consejería Secretaría Ejecutiva-Dirección de Evaluación, y iii) Consejería, Administración del Patrimonio-Dirección de Administración (véase figura 3). Estarán cinco años en su encargo, y pueden ser reelectos por un periodo igual; sesionarán por lo menos seis veces al año de manera ordinaria y cuando sea necesario de manera extraordinaria.

El artículo 130 constitucional (*POD*, 15/07/2021) le otorga autonomía jurídica, técnica, operativa, de gestión y presupuestaria, y “la naturaleza de su relación con la administración pública no será de índole laboral” (Ley que crea el Inevap, *POD*, 17/11/2019, artículo 17). El Instituto podrá evaluar por sí mismo (interna) o mediante evaluadores independientes (externa), aunque, para no generar algún conflicto de interés, las evaluaciones, consultorías o asesorías que realicen los consejeros no podrán ser remuneradas para ninguna entidad pública de los tres órdenes de gobierno.

La(o)s evaluadores externos pueden ser personas físicas y/o morales especializadas en evaluación de políticas públicas y programas presupuestarios que cumplan con independencia, imparcialidad y transparencia. A diferencia de los otros organismos, los artículos 30., 40. y 50. de la Ley que crea el Inevap le dan facultades para evaluar los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los 39 municipios, entes autónomos y entidades de la administración pública paraestatal y paramunicipal.

Con relación al financiamiento, de acuerdo con el artículo 56 del Reglamento Interior, el patrimonio es administrado por la Dirección de Administración, y permite obtener

recursos de diversas fuentes: i) Ley de Egresos; ii) bienes muebles e inmuebles que adquiera por compraventa, donación, legados, herencia o título legal; iii) aportaciones voluntarias de personas físicas o morales nacionales o extranjeras; iv) asignaciones de recursos que obtenga por la participación en convocatorias que promuevan las buenas prácticas en materia de evaluación y v) ingresos que perciba por cualquier concepto.

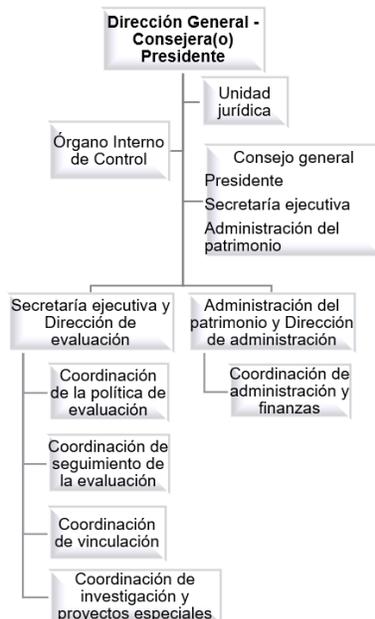


Figura 3. Organigrama Inevap.

Fuente: elaboración propia con base en el Reglamento Interior y en la Ley que crea el Inevap.

A partir de este recuento sobre la operación de estas tres entidades, en el siguiente apartado se describe la taxonomía de la autonomía y metodología utilizada para analizar el nivel de autonomía de cada entidad.

## V. METODOLOGÍA Y TAXONOMÍA DE LA AUTONOMÍA

El nivel de control gubernamental o autonomía de una agencia pública se puede analizar mediante una visión multidimensional que incluya la capacidad de decisión en cuestiones de adopción de políticas y gerencial, y limitaciones de la autonomía estructural, financiera, legal e intervencionista (Shirin Ahlback y Helena Wockelber, 2020). Además, el enfoque cualitativo es útil para refutar o apoyar teorías, construir conocimiento y ampliar el entendimiento de políticas (Lawrence Neuman, 2014).

Por ello, la metodología empleada es un análisis descriptivo de diversas dimensiones sobre la autonomía basado en el estudio de Koen Verhoest, Guy Peters, Geert Bouckaert y Bram Verschuere (2004), aunque también explicativa para abordar las causas y razones del

problema o situación a estudiar (Lawrence Neuman, 2014), para construir interpretaciones cualitativas de los resultados (Norman Denzin e Yvonna Lincoln, 2005); esto es, de las dimensiones de autonomía.

Este estudio proviene de la diversidad y falta de neutralidad de conceptos para medir la autonomía, por lo que, a partir de numerosos autores, la evidencia empírica y el planteamiento central que la autonomía está relacionada con las competencias de las decisiones públicas y la medida en que el gobierno controla estas decisiones, estos autores construyen las siguientes dimensiones:

- 1) Autonomía estructural. Es la medida en que el órgano, ente, entidad u organismo está protegido de la influencia del gobierno, a través de su estructura jerárquica y la rendición de cuentas.
- 2) Autonomía financiera. Es la medida en que el organismo depende del financiamiento público o de sus propios recursos y su responsabilidad ante las pérdidas.
- 3) Autonomía legal. Es la medida en que el estatus legal del organismo es ajeno a la operación del gobierno, alterando la toma de decisiones respecto a sus funciones. Es necesario precisar que los autores del estudio realizan el análisis de la autonomía de entes en regímenes parlamentarios, por lo cual, en esta dimensión refieren el nivel máximo cuando una agencia tiene personalidad legal bajo el derecho privado. Sin embargo, en el sistema político mexicano la naturaleza jurídica de los OCA deriva del derecho público (Laura Guerra, 2014), por lo que esto será considerado para el análisis.
- 4) Autonomía intervencionista. Es la medida en que el organismo está libre de requerimientos solicitados por el gobierno o poder público para reportar, evaluar o auditar sus decisiones y resultados.
- 5) Autonomía gerencial/gestión. Es la medida en que el organismo puede establecer sus procedimientos y decide respecto a los aspectos administrativos y gerenciales.
- 6) Autonomía en la adopción de políticas. Es la medida en que el organismo puede decidir sus instrumentos de política, normatividad, reglamentos y los resultados que pretende lograr.

Como se mencionó previamente, al no existir consenso por parte de los especialistas respecto a las características o elementos necesarios para considerar un ente autónomo, la clasificación que proponen Koen Verhoest *et al.* (2004) es relevante para realizar un análisis multidimensional de la autonomía. Incluso, esta visión desde la gestión pública,

descentralización y teoría de la agencia contrasta con una postura tradicional del derecho constitucional y administrativo; sin embargo, para entender la complejidad de los OCA, estas dimensiones agrupan ciertas características, como control político externo, fiscalización o sanciones desde el gobierno central en conceptos unificados, como la autonomía intervencionista, entre otros.

Con base en esta taxonomía, la siguiente tabla clasifica los tres OCA de evaluación según sus atribuciones en alguno de los tres niveles: mínimo, medio y máximo<sup>15</sup> de las dimensiones referidas. Posteriormente, se examinan las características particulares de cada órgano para establecer la relación entre la autonomía y el nivel designado.

Tabla 1

Taxonomía de los OCA de evaluación

Tipo autonomía / Órgano evaluación			Coneval	Evalúa CDMX	Inevap
<b>AUTONOMÍA GERENCIAL</b>					
<b>Mínimo</b>	<b>Medio</b>	<b>Máximo</b>			
Las decisiones sobre su gestión son desde el gobierno central	La agencia puede tomar algunas decisiones, por ejemplo, financieras dentro de las normas impuestas por el gobierno central	El organismo establece y decide los aspectos administrativos y gerenciales como lineamientos, procedimientos y transacciones	medio	máximo	máximo
<b>AUTONOMÍA EN LA ADOPCIÓN DE POLÍTICAS</b>					
<b>Mínimo</b>	<b>Medio</b>	<b>Máximo</b>	medio	máximo	máximo

La agencia no puede decidir sobre políticas, resultados, objetivos y servicios; esto se realiza desde el gobierno central	Se puede decidir sobre políticas, resultados, objetivos y servicios y normas establecidas por el gobierno central	El organismo decide sus instrumentos de política, procesos y procedimientos para producir bienes y servicios a grupos o población objetivo y los resultados que pretende lograr. Además, dicta su normatividad y reglamentos de aplicación general			
---	---	--	--	--	--

**AUTONOMÍA ESTRUCTURAL**

<b>Mínimo</b>	<b>Medio</b>	<b>Máximo</b>			
No existe consejo u órgano supervisor, y su titular es designado y directamente responsable ante el gobierno central	El titular es nombrado por el gobierno central, y rinde cuentas ante un órgano de vigilancia, cuyos miembros representan al gobierno central y pueden destituir en cualquier momento	El órgano está protegido de la influencia del gobierno, a través de su estructura jerárquica y la rendición de cuentas. Además, su titular es designada; por un órgano de vigilancia representado por terceros	medio	máximo	máximo

**AUTONOMÍA FINANCIERA**

<b>Mínimo</b>	<b>Medio</b>	<b>Máximo</b>			
La entidad es totalmente financiada por el gobierno central, sin capacidad de cubrir costos o déficits ni generar recursos propios	La agencia está financiada en su mayoría por el gobierno central, y en menor parte sufragado por otros gobiernos, servicios autogenerados o deudas	El organismo está financiado exclusivamente de recursos propios y otras fuentes no provenientes del gobierno, cubre sus costos, déficits y es responsable ante las pérdidas	mínimo	mínimo	mínimo
<b>AUTONOMÍA LEGAL</b>					
<b>Mínimo</b>	<b>Medio</b>	<b>Máximo</b>			
El organismo forma parte del gobierno central	La entidad tiene una condición separada del gobierno central basado en acciones tomadas por el ministerio de finanzas, su personalidad legal creada por decreto del Congreso	El estatus legal del ente es ajeno al gobierno central, creado por decreto del Congreso, alterando la toma de decisiones respecto a sus funciones	medio	máximo	máximo
<b>AUTONOMÍA INTERVENCIONISTA</b>					
<b>Mínimo</b>	<b>Medio</b>	<b>Máximo</b>	mínimo	máximo	máximo

<p>La operación de la agencia es supervisada, y cualquier desviación es sancionada por el gobierno central</p>	<p>El ente debe cumplir requerimientos minuciosos, está sujeto a evaluaciones y auditorías, y puede ser sancionado e intervenido por el gobierno central</p>	<p>El organismo está exento de requerimientos solicitados por el gobierno central, ni obligado para reportar, evaluar o auditar sus decisiones y resultados. Tampoco será sancionado o intervenido por el gobierno central</p>			
--	--	--	--	--	--

Fuente: elaboración propia con base en la taxonomía de Verhoest *et al.* (2004).

## **VI. RESULTADOS DE LA AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DE EVALUACIÓN**

El análisis comienza con la revisión de la autonomía gerencial de estas entidades. El resultado del Coneval es medio, debido a que continúa siendo ente sectorizado a la Secretaría de Bienestar, a pesar de haber sido designado como autónomo en 2014. Además, dentro de su estructura, existe el Comité directivo, en cuyas decisiones intervienen esta Secretaría y la SHCP, lo cual limita la capacidad de decisión del ente y la paridad de rango para ser jurídicamente independiente, “Por un lado, un órgano constitucional digno de llamarse así no debe estar subordinado a ningún otro órgano o poder del Estado, sino que debe ser plenamente autónomo y contar con poder supremo en su ámbito de competencia” (John Ackerman, 2016, p. 21).

Por el contrario, el Evalúa CDMX que estaba sectorizado a la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social y tenía injerencia en aspectos administrativos y gerenciales cambió de estatus jurídico con la reciente aprobación de la Ley de Evaluación CDMX, con lo cual comienza la transición programada desde 2017 del Evalúa CDMX hacia un OCA, lo que le permite contar con autonomía gerencial para decidir sobre estos aspectos administrativos como su Estatuto orgánico, integración de los comités de evaluación, reformas legales o constitucionales en el ámbito de su competencia, entre otros, sin intervención de la Junta de Gobierno.

En el mismo sentido, el Inevap opera con máxima autonomía para decidir sobre aspectos administrativos y gerenciales, como su Reglamento Interior, el Código de ética y conducta, y procedimientos internos.

Respecto al nivel de autonomía de adopción de políticas, el Evalúa CDMX está en un nivel máximo, transitando de una estructura orgánica que consideraba una Junta de Gobierno conformada por la(el) jefa(e) del Gobierno de la CDMX, titulares de diez secretarías y dos entidades, entre otras, quienes tenían facultades para definir las políticas generales y prioridades del Consejo (artículo 22, Estatuto orgánico) hacia un OCA con autonomía técnica colegiada e imparcial y de gestión necesaria para la adopción de políticas como los procesos de evaluación interna y externa, metodologías para medir las condiciones de pobreza, índice de bienestar social y evaluar políticas y programas sociales y económicos.

El Coneval está en nivel medio, debido a que cualquier mandato debe estar consensuado y en muchos casos, aprobado por la SHCP, responsable de coordinar la evaluación del 80% de los programas públicos y de la relación con los sistemas M&E operados por las secretarías de Hacienda/finanzas locales. Adicionalmente, en cuanto a la denominación como Consejo “Nacional”, que implica normar y coordinar la evaluación de la PNDS, se observa que debe operar bajo la supervisión de la Secretaría de Bienestar o a través de la SHCP, por los motivos referidos. No obstante, los sistemas M&E locales reconocen al Coneval como referente en metodologías y normatividad.

A diferencia de este último, el Inevap decide sus instrumentos de política y procesos como convocatorias, lineamientos y programa anual de evaluación, y emite regulaciones sin requerir aprobación de externos, por lo cual su autonomía está al nivel máximo.

En cuanto a la autonomía estructural, no se identifican procesos transparentes de designaciones públicas de los titulares del Coneval para garantizar su autonomía. Previo al surgimiento del Consejo, el secretario y varios integrantes formaban parte de la actual Secretaría de Bienestar, quienes venían impulsando la evaluación del sector social. De modo que en 2005, cuando se aprobó la creación del Consejo, la estructura se conformó principalmente con este grupo de funcionaria(o)s, cuya designación fue directa desde el Poder Ejecutivo.

Adicionalmente, aunque el artículo 26 constitucional especifica la duración del encargo de secretario por cinco años, pudiendo ser reelegido una sola vez, el primero excedió el límite legal, al permanecer catorce años, y en 2019 se designó al actual titular. No obstante, este último nombramiento también fue promovido desde el gobierno central,

por su condición de descentralizado.<sup>16</sup> En cuanto a la designación de la(o)s investigadores, también participan instancias del Poder Ejecutivo federal, el Congreso y los gobiernos locales, cuya injerencia afecta la imparcialidad y apoliticidad en la selección de los miembros, además de la autonomía promulgada por el Coneval.

Respecto al Evalúa CDMX, el nivel de autonomía es máximo, aunque es importante describir los recientes cambios, ya que operaba como organismo descentralizado hasta hace unos meses, y la(el) jefa(e) de Gobierno designaba al director(a) general del Consejo. A la fecha, fueron nombrados tres titulares en los periodos 2008-2012, 2013-2018 y 2019-2024, esto debido a la facultad de la jefa(e) de Gobierno para revocar el mandato en cualquier administración. Sin embargo, esto cambió con la reconfiguración del Consejo, el cual para consolidar su autonomía fue elegido por mayoría calificada del Congreso, previa terna propuesta por un consejo ciudadano, con el objetivo de legitimar las designaciones públicas.

En el Inevap también existe máxima autonomía en el proceso de designación. El Consejo General (Dirección General, Dirección de Administración y Dirección de Evaluación) fue designado por el Congreso estatal, mediante convocatoria en 2016, cuando inició el Instituto (*Gaceta Parlamentaria del Congreso del Estado de Durango [GPD], 11/05/2016, no. 323*), y recientemente, con la renovación del Consejo (GPD, 19/05/2020, no. 155 y 15/04/2021, no. 236) como lo establece la Ley. También es relevante mencionar que la revisión de la experiencia profesional de los integrantes del Consejo confirma que alguna(o)s pertenecían a la Secretaría de Finanzas y Administración, donde se planeó la creación del Instituto, y aunque las designaciones públicas se refieren a la(o)s titulares, no existe un servicio civil de carrera para las otras posiciones ni con sistema de competencias; esto se identificó en el Inevap y en los otros órganos.

Con relación a la autonomía financiera de todas las entidades, ésta es mínima. Al respecto, sus reglamentos o estatutos refieren que su patrimonio se integra por recursos del presupuesto de egresos, bienes muebles e inmuebles, aportaciones voluntarias de personas físicas o morales nacionales o extranjeras, e ingresos que perciba por cualquier concepto, lo cual representa la capacidad para fortalecer su independencia económica. Así, para lograr el nivel máximo implica que el financiamiento sea con recursos propios o autogenerados e independiente del gobierno central.

Sin embargo, la revisión de la plataforma de transparencia de estos órganos en las secciones de ingresos, presupuesto, recursos recibidos y autogenerados muestra que en todos los ejercicios fiscales los recursos provienen del presupuesto estatal o federal,

aprobado por el Congreso, y no se identifican ingresos propios o financiamiento externo para mantener esa independencia financiera. Incluso, el Coneval carece de autonomía presupuestal para ejercer sus funciones por su dependencia con el poder Ejecutivo central.

Otra dimensión es la legalidad, es decir, un órgano es legalmente autónomo cuando tiene personalidad jurídica creada por decreto del Congreso sin interferencia del gobierno central, mientras que el nivel mínimo significa que la entidad no tiene personalidad legal diferente del gobierno central. Por ello, aunque los tres órganos fueron creados por decreto del Congreso para otorgarles autonomía, en la práctica solamente el Inevap y Evalúa CDMX operan legalmente como autónomos, por lo cual se clasifican en el nivel máximo.

En el caso del Coneval, sigue siendo descentralizado, y se clasifica en el nivel medio, cuyo estatus legal representa cierto riesgo. “Las facultades en la toma de decisiones delegada a agencias autónomas sin personalidad legal pueden ser revertidas por el gobierno fácilmente debido a que no requieren una acción parlamentaria” (Koen Verhoest *et al.*, 2004, p. 106); por ejemplo, revertir su estatus jurídico y controlar la autonomía en ciertas dimensiones como el Coneval.

Por último, la autonomía intervencionista se refiere a la independencia para reportar cualquier requerimiento o estar sujetos a evaluaciones, auditorías, sanciones o intervenciones desde el gobierno central. Así, en el nivel máximo se encuentra el Inevap, en cuya estructura está el OIC designado por el Congreso estatal, el cual realiza las funciones de vigilancia, pero con independencia del Poder Ejecutivo.

Al contrario, el nivel mínimo impone supervisión, sanciones e intervención del gobierno central. Por ello, el Coneval entra en este nivel, cuya normatividad refiere un órgano de vigilancia y un OIC dependiente de la SFP, por su condición de entidad descentralizada, y limita su autonomía a las intervenciones del gobierno central.

Por otra parte, aunque la Constitución CDMX (CPCDMX, 05/02/2017, artículo 46) refiere que el OIC del Evalúa CDMX será seleccionado por un sistema de profesionalización y rendirá cuentas ante el Sistema Local Anticorrupción, aún no está constituido, y se espera que en el corto plazo se designe al titular del OIC desde el Congreso.

Con relación a la pregunta central ¿los órganos de evaluación cumplen con las seis dimensiones de autonomía para ser considerados OCA?, de los órganos evaluadores revisados se puede afirmar que ninguno cumple el nivel máximo de las seis dimensiones de autonomía, aunque tienen rasgos o características de la taxonomía referida. Por ello, como señalan Miguel Carbonell y Pedro Salazar (2006) y César Astudillo (2009), los entes con

algunos atributos y rango constitucional son “órganos de relevancia constitucional”, pero no se les puede denominar autónomos,

Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones “constitucionalmente relevantes, ... (Manuel García-Pelayo, 2014, p. 17).

Así, la autonomía como factor político e institucional es un elemento incipiente y relativamente desarrollado en el diseño de estos órganos de evaluación. Incluso, parece que algunos órganos son más autónomos que otros (Lavilla, 1995 cita en Susana Pedroza, 2020). No obstante las debilidades identificadas en las dimensiones de autonomía de estos órganos de evaluación, se ha logrado establecer independencia en los sistemas M&E en algunos aspectos; por ejemplo, para dar autonomía técnica a la evaluación; en todos los sistemas del país se tiene prevista la contratación de evaluadores externos, así como la inclusión de consejos académicos y/o comités directivos en la toma de decisión organizacional, los cuales generalmente cuentan con independencia y liderazgo, aunque hay áreas de oportunidad para mejorar las designaciones públicas.

Por otra parte, la debilidad más relevante de estos órganos de evaluación es la autonomía financiera, de los cuales, al no identificarse recursos obtenidos por cuenta propia para fortalecer su autonomía, mantienen cierto grado de dependencia, lo que implica cierto intervencionismo para reportar a una autoridad superior el destino de los recursos y/o permanecer supervisado por el gobierno central. Incluso, la autonomía intervencionista puede afectar otras dimensiones como la gerencial,

Cuando las organizaciones tienen altos niveles de autonomía gerencial, pero niveles bajos de autonomía intervencionista, las organizaciones pueden ser inhibidas en el uso extensivo de la autonomía gerencial debido a la rigurosa presentación de informes, evaluaciones, auditorías y sanciones promovida por las autoridades de vigilancia (Koen Verhoest *et al.*, 2004, p. 114).

Un ejemplo es el Inevap debido a que la autonomía financiera es la única dimensión con nivel mínimo; sin embargo, aunque no se identifican recursos obtenidos por cuenta propia, la Ley que crea el Inevap (artículo 13) señala que el proyecto de presupuesto e informe se presenta ante el Congreso, y no existe la supervisión desde el Poder Ejecutivo, porque concurre el OIC designado desde el Congreso.

En cambio, en el Evalúa CDMX, la Ley de Evaluación (artículo 8o.) refiere que el presupuesto aprobado será enviado a la Secretaría de Administración y Finanzas conforme

a la Ley de Austeridad, Transparencia en Remuneraciones, Prestaciones y Ejercicio de Recursos de la CDMX (GOCDMX, 31/12/2018, artículos 70. y 10), y aunque esta última reconoce la autonomía presupuestaria de los OCA, debe reportar a esta Secretaría actividades administrativas, como calendarios presupuestales, rendimientos financieros, destino y saldo de fideicomisos y sistema informático de planeación de recursos gubernamentales, entre otras, lo cual genera dependencia al gobierno central.

Por ello, vale la pena destacar el caso del Banco de México, considerado como el único con autonomía presupuestaria y presupuesto propio, como escudo ante amenazas políticas (Rodrigo Camarena *et al.*, 2021). Desde otra perspectiva, el sistema M&E “Evalúa Jalisco” tiene un esquema que permite el financiamiento, a través de un fideicomiso, donde la Secretaría de Planeación, Administración y Finanzas retiene hasta un 2% del monto total de los programas con recursos estatales para financiar al organismo; sin embargo, es un financiamiento parcialmente sufragado, lo que implica cierta dependencia; pero se pueden adoptar otros esquemas para generar recursos propios.

Otro de los problemas generalizados de los OCA es la falta de rendición de cuentas “La autonomía no debe confundirse con autarquía o irresponsabilidad” (John Ackerman, 2016, p. 36), por lo que, para evitar un comportamiento oportunista, incongruencias y asimetrías de información en agencias autónomas, es necesario un control externo de los resultados (Shirin Ahlbäck y Helena Wockelber, 2020). Por ejemplo, estos autores señalan que los hallazgos de su estudio en gobiernos de Suecia durante 2003-2017 muestran que a las agencias que se les concede autonomía de gestión se les limita la autonomía intervencionista, con el objetivo de tener mayor control externo. Es decir, para que la autonomía de los organismos opere con eficiencia debe ser monitoreado.

Otra dificultad asociada a la constante crítica desde la sociedad civil<sup>17</sup> y academia es por la discrecionalidad y falta de transparencia en las designaciones públicas de los OCA. Para César Cansino y Luis Patiño (2020);

la legitimidad de los integrantes de los OCA y la capacidad para conectar con la ciudadanía es un déficit democrático que responde a regímenes presidencialistas, donde los cargos son aprobados por el Poder Legislativo en interacción con el Ejecutivo y grupos de poder; por ejemplo, partidos políticos, empresarios, y no pasan por el voto popular o inclusión ciudadana, lo cual es antidemocrático y contrario a la condición de autonomía,... la confección y la modificación de las leyes que los crean han estado cargados de los mismos vicios que han caracterizado la apertura democrática del país desde hace más de cuarenta años: gradualismo, cortoplacismo y oportunismo (p. 42).

Para ello, John Ackerman (2016) sugiere ir más allá de los controles básicos del Congreso y establecer un consejo de supervisión especializado; por ejemplo, comisión legislativa, consejo ciudadano (CNDH) o comisión de vigilancia externa (ASF). Estos filtros para seleccionar a titulares son necesarios en el diseño institucional de los OCA para resolver los problemas de selección adversa y riesgo moral, que también deben incluir mecanismos de monitoreo para fiscalizar su comportamiento, deliberaciones, impugnación de decisiones, así como para la remoción de sus miembros (Rodrigo Camarena *et al.*, 2021).

En ese sentido, el papel de la academia y de la ciudadanía es relevante para las actividades de M&E y para responder a los vacíos en la operación de los órganos de evaluación, representando el elemento de la gobernanza para distribuir el poder del Estado en la resolución de los problemas públicos. No obstante, aunque la participación ciudadana en los OCA es una obligación, “...son pocos los órganos autónomos que mantienen una colaboración constante con la ciudadanía” (José Ruiz, 2017b, p. 164); solamente la CNDH y el INE prevén la participación ciudadana en la selección de sus consejeros (José Ruiz, 2017b), aunque esta figura fue incluida por la elite política para neutralizar la disidencia social (César Cansino y Luis Patiño, 2020).

También debe mencionarse el proceso incipiente que opera dentro del Evalúa CDMX, gracias a la Ley de Evaluación, donde el Congreso convocó un Consejo ciudadano, el cual propuso varias ternas de consejera(o)s del OCA de evaluación, y aunque faltó mayor publicidad, esta figura otorga legitimidad al proceso de designación, por lo cual debe estar vigilado por la ciudadanía, para evitar fallas desde esta etapa.<sup>18</sup>

Además, el Evalúa CDMX incorporará a la ciudadanía para mejorar indicadores y funciones del órgano, mediante la Ley de Participación Ciudadana y el Sistema Integral de Derechos Humanos, mecanismo que se perfila innovador entre los órganos de evaluación, aunque está pendiente su implementación.

Esto representa una contrademocracia de institucionalización de poderes de vigilancia, soberanía negativa y democracia del juicio desde la ciudadanía-sociedad política (Rosanvallon, 2006 en César Cansino y Luis Patiño, 2020), para evitar la “neocorporativización” implementando contrapesos entre poderes y órganos, mediante la transparencia, movilidad, democracia interna y rendición de cuentas social (Jaime Cárdenas, 1996). En otro sentido, la privatización o mercantilización de servicios públicos no debe limitar la “rendición de cuentas social”, que empodera los derechos ciudadanos,

invita a participar a la ciudadanía activamente en el Estado y evita los efectos de la inequidad y corrupción (John Ackerman, 2016).

Por otra parte, un OCA de evaluación debe tener la capacidad de evaluar el desempeño de otros entes autónomos y poderes, como el Judicial y el Legislativo, los cuales han quedado rezagados de este proceso evaluativo, es decir, como objeto evaluado, “... existe un potencial riesgo para la autonomía del organismo que coordina la evaluación, cuando está localizado dentro del ejecutivo, cuyas responsabilidades y poder están restringidas para exigir la efectividad de la evaluación del Poder Judicial y Legislativo” (Blanca López, 2017, p. 156).

Al respecto, el Inevap es la única entidad que a partir de su autonomía tiene la facultad para evaluar los tres poderes, municipios, entes autónomos y entidades paraestatales y paramunicipales. Sin embargo, según los informes de actividades 2016-2020, se han evaluado principalmente programas públicos del Poder Ejecutivo, municipios y algunos OCA, como el Centro Estatal de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia Administrativa, por lo que el gran reto es la evaluación al Legislativo y Judicial.

## **VII. CONCLUSIONES... ¿AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA DE LA EVALUACIÓN?**

A partir de este análisis, se presentan las siguientes conclusiones, con el objetivo de generar debate y cuestionar algunos resultados. De los órganos revisados, el Coneval es la entidad con menor autonomía y mayor control gubernamental, por lo que para conocer las ventajas y dificultades entre la autonomía versus la independencia del sistema M&E, y si se requiere un órgano autónomo de evaluación o que el sistema M&E sea independiente del ente, política o programa público evaluado se sugiere realizar un ejercicio comparativo entre el Coneval y la SHCP para analizar el desempeño, atribuciones, operación de la política de evaluación, nivel de especialización, y particularmente la eficiencia.

Este ejercicio debe partir desde el Coneval como entidad en transición hacia un OCA, que coordina la evaluación del 20% del total de programas públicos, mientras la Secretaría tiene un sistema M&E que, aunque está dentro del Poder Ejecutivo es independiente de los programas evaluados y es coordinador de la evaluación del 80% de programas restantes.

También es conveniente realizar evaluaciones entre pares, como lo hace la ASF y/o auditorías más robustas que incluyan la eficiencia de estas entidades. Incluso, congruentes con la LFPRH y la Ley Federal de Austeridad Republicana, que buscan la eficiencia del gasto público y evitan duplicidad de funciones, este ejercicio permitiría la reestructuración

de estos sistemas M&E y la armonización normativa, para mejorar el diseño institucional de un OCA a nivel federal con una visión crítica e integral,

Para evaluar si un órgano cuenta con estas características [autonomía], García-Pelayo propone imaginar qué pasaría si el órgano en cuestión llega a desaparecer... Por el contrario, si la desaparición del órgano no causa mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces de nuevo estaríamos apenas ante un órgano de “relevancia constitucional” (John Ackerman, 2016, p. 20).

Al respecto, el problema del Coneval es que intentó transformarse en OCA sin realizar la homologación normativa con las agencias públicas que coordinan otros sistemas M&E, lo cual es un riesgo de las medidas descentralizadoras de corte neoliberal, que ha generado problemas de coordinación interinstitucional. Por ejemplo, la SHCP o la SFP, que continúa siendo responsable de la evaluación de la gestión gubernamental y la valoración cuantitativa y cualitativa de objetivos y metas de las dependencias y entidades (Reglamento interior SFP, 16/04/2020, artículo 8o.). Además, como se refirió al inicio del artículo, están los otros sistemas M&E a cargo de la Semarnat, el INECC, la Sener y la ASF que traslapan funciones.

Estos son los costos políticos que debe asumir los OCA, así como el Coneval, por la necesaria coordinación con otros poderes, que pueden generar controversias constitucionales. Por ello, la autonomía legal e intervencionista representa un reto mayor para el Coneval, el cual difícilmente logrará su autonomía sin antes realizar esta armonización jurídica para concentrar las facultades de los organismos referidos. Incluso, en 2007, cuando se presentaron dos iniciativas de ley con este propósito fueron rechazadas por el Congreso para no alterar las atribuciones constitucionales (*Gaceta Parlamentaria*, 24/04/2007 y 21/06/2007).

Este es un desafío para el sistema constitucional el diseño institucional de este órgano y su naturaleza jurídica respecto a otros sistemas M&E, lo cual tiene ciertas consecuencias. Por ejemplo, Marybel Martínez (2015) señala que el exponencial número de órganos autónomos genera un problema de legitimidad, cediendo poder político y debilitando al Poder Ejecutivo en contra del sistema político:

... pareciera que, al crear un organismo de este tipo, el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo están tratando de evitar el reto de reformar los organismos centrales del gobierno, delegando la problemática tarea en un organismo autónomo en lugar de implementar una reforma más profunda del Estado (John Ackerman, 2016, pp. 26 y 27).

Ante el dilema de la autonomía o la recentralización, los hallazgos del estudio de Sjors Overman (2016) refieren que un sector público con múltiples agencias autónomas o

semiautónomas es menos eficiente, se dificulta su coordinación, su personal está menos satisfecho, disminuye la satisfacción de la ciudadanía y la rendición de cuentas, “Si se busca un buen desempeño, rendición de cuentas, y ciudadanía y empleados felices, crear agencias autónomas en la forma en que se ha hecho hasta ahora, no funciona” (p. 181).

En general, los OCA en México no gozan de legitimidad social, y al contrario de la tendencia de adelgazar y hacerlo eficiente, “el Estado es obeso pese a su “nueva” configuración” (Marybel Martínez, 2015, p. 142). Además, desde la ciudadanía existe una percepción negativa hacia algunos OCA por su ineficiencia, discrecionalidad en las designaciones públicas, gastos onerosos y escasas auditorías con enfoque de eficiencia y evaluaciones para conocer su desempeño.

A lo anterior, se suma la controversia constitucional 32/2005 en el 2006, donde la Suprema Corte de Justicia reconoce que “...la Constitución no prevé (ni regula) la creación de órganos constitucionales autónomos, a pesar de que los mismos existen y son jurídicamente aceptados” (José Ruiz, 2017a, p. 92). Incluso “...una asignatura pendiente para los juristas es ofrecer una propuesta integral, es decir, definir todo un estatuto jurídico para los OCA...” (José Caballero, 2000, p. 163), repensar el diseño institucional respecto a la naturaleza jurídica y funciones (John Ackerman, 2016) y reformar la Constitución para agrupar, homologar y jerarquizar los entes autónomos (Marybel Martínez, 2015).

Por otra parte, Juan Olmeda y Alejandra Armesto (2017) refieren que la recentralización es una reversión del poder, recursos y/o autonomía de decisiones de los procesos de descentralización, los cuales son apoyados cuando presidentes o gobernadores perciben que la fragmentación es una amenaza o en contextos de escasez de recursos fiscales; sin embargo, afecta la relación de los niveles de gobierno fiscal, administrativo y político. No obstante, aunque la disolución de entes autónomos o semiautónomos implica un daño a la reputación de la gobernanza, estos efectos se disipan rápidamente (Sjors Overman, 2016). Al respecto, es importante revisar el caso del INEE para conocer los efectos de su disolución en el modelo de gobernanza.

Resultado del análisis, se confirma que estamos ante órganos “constitucionalmente relevantes”, pero no autónomos. Esta premisa es válida para el Inevap y el Evalúa CDMX, los cuales se definen como OCA y cumplen con la mayoría de las dimensiones de autonomía, excepto la financiera, mientras que para el Coneval, este análisis puede ser considerado para el proceso de transición hacia un órgano autónomo, como señala Laura Guerra (2014, p. 9) “... no todos los entes que la Constitución califica como «autónomo» o

«dotados de autonomía» cumplen con las características... tal como los describe la doctrina”.

Finalmente, se plantea el siguiente dilema; si la creación de los OCA tiene como objetivo desempeñar funciones altamente especializadas y técnicas, exclusivas del Estado, sin depender de los tres poderes (César Astudillo, 2009; Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2006; Filiberto Ugalde, 2010) como los derechos humanos (CNDH), derechos político-electorales (INE), política monetaria o preservar el valor de la moneda nacional (Banxico), se espera una escalada de conversión de entidades que coordinan sistemas M&E en OCA. Sin embargo, no ha ocurrido, por lo que surgen los siguientes cuestionamientos acerca de la política de evaluación:

¿Por qué existen treinta sistemas M&E a cargo de dependencias dentro del Poder Ejecutivo a nivel central y local?

¿Por qué a nivel federal, la SHCP realiza las mismas actividades de evaluación que el Coneval?

¿Cuál es el objetivo de mantener la autonomía del Coneval delimitado a la política social?

¿Cuáles son los resultados y la eficiencia entre la SHCP y el Coneval?

La existencia de sistemas M&E dentro de los tres poderes tradicionales del Estado, principalmente en el Ejecutivo, es contradictoria con la construcción de un OCA, cuya función (política de evaluación) es exclusiva del Estado. En ese sentido, estas contradicciones representan un desafío tanto para el sistema constitucional, como para los especialistas en el tema y para el diseño institucional de los órganos “autónomos” de evaluación.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, John (2016), *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

AGUILAR, Luis (2011), “Políticas públicas y transversalidad”, en Ramos, José, Sosa, José Sosa y Acosta, Félix (coords.), *La evaluación de políticas públicas en México*, México, El Colegio de la Frontera Norte. Instituto Nacional de Administración Pública.

AGUILAR, Luis (2014), “Las dimensiones y los niveles de la gobernanza”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 1, núm. 1.

- AHLBÄCK, Shirin y WOCKELBERG, Helena (2020), “Agency Control or Autonomy? Government Steering of Swedish Government Agencies 2003-2017”, *International Public Management Journal*.
- ASTUDILLO, César (2009), “Auditoría Superior de la Federación. Contenido, alcances, garantías y fortalecimiento de su autonomía constitucional”, en Ackerman, John y Astudillo, César (coords.), *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BRICEÑO, Bertha (2012), “Defining the type of M&E System: Clients, Intended Uses, and Utilization”, en López-Acevedo, Gladys, Krause, Philipp y Mackay, Keith (eds.), *Building Better Policies. The Nuts and Bolts of Monitoring and Evaluation Systems*, Washington, D. C., International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank.
- CABALLERO, José (2000) “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”, *Revista Jurídica*, núm. 30.
- CAMARENA, Rodrigo; GUIM, Mauricio y ZORRILLA, Ana (2021), “Deconstruir para reconstruir: un análisis de los órganos constitucionales autónomos en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. LIV, núm. 160.
- CANSINO, César y PATIÑO, Luis (2020), “¿Cuál autonomía de los órganos constitucionales autónomos de México? El caso del Instituto Nacional Electoral en perspectiva comparada”, *Ius Comitalis*, vol. 3, núm. 5.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (2006), *División de poderes y régimen presidencial en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CÁRDENAS, Jaime (1996), *Una Constitución para la democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CÁRDENAS, Jaime (2015), “Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos”, en Serna, José (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARDOZO, Myriam (2020), “Los órganos de evaluación de la gestión pública mexicana”, *Alegatos*, vol. 104.
- CATALÁ, Daniel y MIGUEL, María de (2019), “La institucionalización de la evaluación de las políticas públicas en la Comunitat Valenciana: una necesidad inaplazable”, *Anales de la Real Academia de Cultura Valenciana*, núm. 94.
- CHRISTENSEN, Jorgen (1999), “Bureaucratic autonomy as a political asset. Dinamarca: Mannheim”, artículo presentado en la ECPR talleres conjuntos.
- DENZIN, Norman y LINCOLN, Yvonna (2005), “Introduction: The Discipline and Practice of Qualitative Research”, en Denzin, Norman e Lincoln, Yvonna (eds.), *The Sage Handbook of Qualitative Research*, London, Sage Publications Ltd.

- FEINSTEIN, Osvaldo (2012), “La institucionalización de la evaluación de políticas públicas en América Latina”, *Presupuesto y Gasto Público*, vol. 68.
- GAARDER, Marie y BRICEÑO, Bertha (2010), “Institutionalisation of Government Evaluation: Balancing Trade-Offs”, *International Initiative for Impact Evaluation 3ie*, working paper, disponible en: [https://www.3ieimpact.org/sites/default/files/2017-11/Working\\_Paper\\_8.pdf](https://www.3ieimpact.org/sites/default/files/2017-11/Working_Paper_8.pdf)
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (2014), “El «status» del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 100.
- GUERRA, Laura (2014), “Órganos constitucionales autónomos. Naturaleza jurídica y notas distintivas”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Servicios Académicos Intercontinentales SL, núm. 08.
- JACOB, Steve; SPEER, Sandra y FURUBO, Jan-Eric (2015), “The Institutionalization of Evaluation Matters: Updating the International Atlas of Evaluation 10 Years Later”, *Sage journals Evaluation*, vol. 21, núm. 1.
- LÓPEZ, Blanca (2017), *The Effectiveness of Policy Evaluation: Insights from the Health Care Sector in Mexico and Chile*. [Tesis de doctorado, Universidad de Sussex]. Repositorio institucional.
- LÓPEZ, Miguel; MEZA, Enrique; CONTRERAS, Marco y ACUAYTE, Gerardo (2021), *Los órganos constitucionales autónomos en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- MACKAY, Keith (2012), “Conceptual Framework for Monitoring and Evaluation”, en López-Acevedo, Gladys; Krause, Philipp y Mackay, Keith (eds.), *Building Better Policies. The Nuts and Bolts of Monitoring and Evaluation Systems*, Washington, D. C. International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank.
- MARTÍNEZ, Marybel (2015), “Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente ¿Fortaleza o debilidad del Estado?”, *El Cotidiano*, núm. 190.
- NEUMAN, Lawrence (2014), *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*, Pearson Education Ltd.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (2002), *Glosario de los principales términos sobre evaluación y gestión basada en resultados*, disponible en: <https://www.oecd.org/dac/evaluation/2754804.pdf>.
- OLMEDA, Juan y ARMESTO, Alejandra (2017), “La recentralización y los gobernadores: ¿por qué no siempre se oponen? Analizando el caso de México”, *Foro Internacional*, vol. 57, núm. 1.
- OROPEZA, Alejandro (2005), *La evaluación de la función pública en México*, México, Plaza y Valdés.
- OVERMAN, Sjors (2015), “Great Expectations of Public Service Delegation: A Systematic Review”, *Public Management Review*, vol. 18, núm. 8.
- OVERMAN, Sjors (2016), “Autonomous Agencies, Happy Citizens? Challenging the Satisfaction Claim”, *Governance an International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol.

PEDROZA, Susana (2020), Los órganos constitucionales autónomos en México”, en López Olvera, Miguel (coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RHODES, R. A. W. (1996), “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies Association*, vol. 44, núm. 4.

RUIZ, José (2017a), “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37.

RUIZ, José (2017b), “Los órganos autónomos como espacios para el gobierno abierto”, *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, núm. 75.

TEIRLINCK, Peter; DELANGHE, Henri; PADILLA, Pierre y VERBEEK, Arnold (2013), “Closing the Policy Cycle: Increasing the Utilization of Evaluation Findings in Research, Technological Development and Innovation Policy Design”, *Oxford University Press, Science and Public Policy*, núm. 40.

UGALDE, Filiberto (2010), “Órganos constitucionales autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 26.

VERHOEST, Koen; PETERS, Guy; BOUCKAERT, Geert y VERSCHUERE, Bram (2004), “The Study of Organisational Autonomy: A Conceptual Review”, *Public Administration and Development*, vol. 24, núm. 2.

---

\* ORCID: [0000-0003-3663-1552](https://orcid.org/0000-0003-3663-1552). Doctora en política y posgrado en Métodos de investigación social por la Universidad de Sussex, Inglaterra. Maestría en administración Pública. Licenciatura en ciencias políticas y administración pública (mención honorífica) por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), donde es profesora. Correo electrónico: [bo.lopez@politicas.unam.mx](mailto:bo.lopez@politicas.unam.mx).

<sup>1</sup> La Semarnat (comunicado de prensa 133, 17 de diciembre de 2021) inició recientemente una reforma administrativa del sector, que incluye la desaparición del INECC por haber identificado complementariedad de responsabilidades entre ambas instituciones, por lo que en el corto plazo se integrará a la estructura de la Secretaría.

<sup>2</sup> La fecha que se presenta es cuando estos OCA lograron su autonomía, pero en varios casos ya operaban como entes públicos.

<sup>3</sup> Mosri, Magda, “Naturaleza autónoma del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, s/f, disponible en: <https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/naturalezaautonomadeltfjfa.pdf>.

<sup>4</sup> Inicialmente se propuso la creación del Centro Nacional para la Revalorización del Magisterio y la Mejora Continua de la Educación, el cual se transformó en Mejoredu, Diario Oficial de la Federación, 19 de junio de 2020.

<sup>5</sup> Disponible en: <https://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/>, consulta 31/03/2022.

<sup>6</sup> Los programas del sector social son modalidad S (Reglas de Operación), U (Subsidios), E (prestación de servicios públicos), B (provisión de bienes públicos) y cinco Fondos del Ramo General 33 (FAM, FAIS, FASSA, FAETA y FONE), disponible en: <https://www.coneval.org.mx/evaluacion/ipfe/Paginas/default.aspx>, consulta 31/03/2022.

<sup>7</sup> Relación de entidades paraestatales de la APF, *Diario Oficial Federación*, 13 de agosto de 2021.

<sup>8</sup> Estatuto Orgánico del Coneval, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de agosto de 2020.

<sup>9</sup> Alejandro Navarro, “La institucionalización de la evaluación de las políticas públicas en México y la autonomía del Coneval”, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, LXII Legislatura, cuaderno de investigación núm. 8, junio de 2014, disponible en: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/1958>. Coneval, “Autonomía de hecho y autonomía de derecho: los retos de la reforma política para el Coneval”, 2018, disponible en: [https://www.coneval.org.mx/Informes/COMUNICADOS\\_DE\\_PRENSA/REFLEXIONES\\_SOBRE\\_LA\\_AUTONOMIA\\_DEL\\_CONEVAL.pdf](https://www.coneval.org.mx/Informes/COMUNICADOS_DE_PRENSA/REFLEXIONES_SOBRE_LA_AUTONOMIA_DEL_CONEVAL.pdf).

<sup>10</sup> Decreto de creación del Evalúa de la Ciudad de México, *Gaceta Oficial del Gobierno de la Ciudad de México*, 21 de septiembre de 2007.

<sup>11</sup> Estatuto orgánico del Evalúa de la Ciudad de México, *Gaceta Oficial del Gobierno de la Ciudad de México*, 8 de julio de 2019.

<sup>12</sup> “Una propuesta para dar autonomía al Evalúa CDMX”, *Gaceta Parlamentaria de la Ciudad de México*, 26 de noviembre de 2013.

<sup>13</sup> En el primer Consejo, tres personas consejeras estarán por un periodo de cuatro años y dos consejeras por dos años (artículo 6o. transitorio, Ley de Evaluación CDMX).

<sup>14</sup> En los artículos transitorios de la Constitución (I, XV y XVIII), las reformas entraron en vigor el 17 de septiembre de 2018 y aunque estaba previsto expedir la legislación y creación del Instituto entre abril y julio de 2019, hasta mayo de 2021 se aprobó el presupuesto y estructura orgánica.

<sup>15</sup> El estudio original clasifica en cuatro niveles (mínimo, bajo, alto y máximo), aunque los últimos dos son similares, por lo cual en este análisis se consideran tres niveles: mínimo, medio y máximo.

<sup>16</sup> Coneval, comunicado de prensa núm. 8, 22 de julio de 2019, disponible en: [https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/Comunicado%2008\\_RELEVO\\_SECRETARIO\\_EJECUTIVO.pdf](https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/Comunicado%2008_RELEVO_SECRETARIO_EJECUTIVO.pdf).

<sup>17</sup> Disponible en: <https://designaciones.org/federales/#!/principal>, consulta 31/03/2022.

<sup>18</sup> Existe un proceso muy similar de designación de integrantes tanto del Comité de selección y del Comité de participación ciudadana de los Sistemas nacional y estatales anticorrupción, los cuales han sido cuestionados por la falta de transparencia desde la integración del Consejo de selección ciudadano como los casos de Colima, Chihuahua, Nuevo León y nivel central, entre otros.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17501](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17501)

Recibido: 20 de mayo de 2022

Aprobado: 21 de junio de 2022

## EL MULTILATERALISMO FISCAL DEL SIGLO XXI

### THE FISCAL MULTILATERALISM IN THE 21ST CENTURY

**Doris Teresita MENDOZA LÓPEZ \***

#### **Resumen:**

El multilateralismo es la principal característica del siglo XXI, máxime en el ámbito fiscal. De esa forma, lo representan las normas que son diseñadas en el escenario internacional a fin de brindar solución a los diversos problemas de carácter tributario que han afectado las relaciones económicas internacionales. El estudio vaticina un nuevo ordenamiento internacional en materia impositiva dirigido por medidas multilaterales, a través de la presentación de algunas complejidades fiscales que han limitado el libre flujo transfronterizo del comercio internacional y de los instrumentos que se han

#### **Abstract:**

*Multilateralism is the main feature of the 21st century, especially in the fiscal sphere. This is represented by the rules that are designed on the international stage to provide solutions to the various fiscal problems that have affected international economic relations. The study, in its extensive, predicts a new international tax system led by multilateral measures, through the presentation of some fiscal complexities that have limited the free cross.-border flow of international trade, and the instruments that have been established to provide resolution or, where appropriate, diminish their negative effects; these latter*

establecido para dar solución o, en su caso, para disminuir sus efectos negativos; estos últimos elaborados en el seno de organismos internacionales, como la OCDE, y en la celebración de foros globales. Es decir, la normativa multilateral se desarrolla mediante el consenso de la comunidad internacional. Asimismo, se expone la formalización del multilateralismo fiscal vía adhesión a la Convención Multilateral OCDE/G20 y la adopción del estándar de intercambio automático de información fiscal, principalmente.

### **Palabras clave:**

Doble imposición internacional, Plan de Acción OCDE/G20, instrumento multilateral, intercambio automático de información, impuesto mínimo global.

*developed within international organizations, such as the OECD, and through global forums, that is, multilateral rules are developed through the consensus of the international community. It also presents the formalization of fiscal multilateralism through accession to the OECD/G20 Multilateral Convention and the adoption of the Automatic Fiscal Information Exchange Standard.*

### **Keywords:**

*International double taxation, OECD/G20 Action Plan, Multilateral Instrument, automatic exchange of information.*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Asimetrías en las legislaciones nacionales, fuente de problemas fiscales globales. III. Lucha contra problemas fiscales globales en la nueva era de la tributación. IV. La formalización del multilateralismo fiscal en el siglo XXI: el Instrumento Multilateral del Plan de Acción OCDE/G20 y el intercambio automático de información tributaria. V. Reflexiones. VI. Referencias.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

**A** pesar de que en los años recientes del siglo XXI el comercio mundial ha enfrentado tensiones comerciales como consecuencia de políticas monetarias restrictivas de mayor volatilidad financiera, y del aumento de aranceles sobre mercancías comercializadas entre economías desarrolladas, máxime entre Estados Unidos de América y China, la Organización Mundial de Comercio (OMC en

adelante) determinó que el comercio de bienes y servicios registró un profundo desplome en 2020 debido a la pandemia de *Covid-19*. El comercio global registró 22 billones de dólares, una disminución del 12% por respecto a 2019. El comercio de bienes disminuyó un 8%, y el comercio de servicios se contrajo un 21% interanual. Es decir, el valor de las exportaciones de mercancías se situó en 17, 58 billones de dólares, el valor de las exportaciones de servicios se cifró en 4, 91 billones de dólares (Robert Koopman, 2021, p. 10). En el mismo sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE en adelante) señaló que pese al largo periodo de lento crecimiento, en 2018 la economía mundial creció un 4.0%, cuyo fortalecimiento derivó del repunte de la inversión y el comercio, caldo de cultivo de las políticas fiscales establecidas en diversas naciones; estas últimas recomendadas por la OCDE (2018, p. 7). No obstante, el organismo estima que el crecimiento mundial será del 3% en 2022, y 4% en 2023 (OCDE, 2022, p. 33). De ahí que muchos gobiernos, miembros y no miembros de la OCDE, han iniciado una mayor consolidación fiscal; es decir, sus sistemas tributarios son cada vez más parecidos.

En el crecimiento del comercio y la economía internacionales, las redes globales de producción o cadenas de valor mundiales (CCVMM en adelante) han sido claves, puesto que gracias a la tecnología las empresas de operación global desarrollan nuevos modelos de negocios, máxime a través de la economía digital.

En tanto, en el escenario económico internacional se refleja la integración de las economías nacionales en un único mercado global, en virtud del aumento de las transacciones internacionales de bienes y servicios, de las zonas de libre comercio; del desarrollo de nuevas tecnologías en telecomunicaciones; del rápido establecimiento de empresas multinacionales en distintas jurisdicciones del planeta y de su presencia universal a través de bienes y servicios digitales (Robert Koopman y Andreas Maurer, 2019, pp. 8 y ss.).

De tal forma que la globalización ha sido promotora del nacimiento del mercado global, puesto que ha influido en los gobiernos nacionales para la toma de decisiones de política económica, y en las empresas internacionales para decidir el destino de sus inversiones. Los gobiernos nacionales, en aras de motivar el desarrollo y la aceleración de una economía mundial en auge, diseñan políticas gubernamentales conforme a los intereses de integración y de apertura comercial; esto es, concentran su normativa en la desregulación del comercio y las inversiones, principalmente en el

ámbito impositivo. De la misma forma, el mercado global influye en las decisiones empresariales, en el desarrollo de estructuras de operación internacional, ya que tras la disminución de restricciones comerciales y el libre flujo transfronterizo de bienes y servicios a nivel mundial las empresas pueden aprovechar las diferencias normativas y establecer en espacios territoriales que más convengan a sus intereses, máxime cuando las distintas legislaciones fiscales que convergen en el orbe permiten que la generación de riqueza transnacional se sujete a tasas impositivas muy bajas, o sea, libre de impuestos.

Empero, tanto los gobiernos nacionales como las empresas de operación internacional han enfrentado el punto de inflexión de las relaciones económicas transnacionales; sin duda, éstas traen consigo efectos positivos, como el dinamismo de la economía mundial, el crecimiento del comercio y la inversión internacionales; la generación de empleos, principalmente en el territorio destino de la inversión, el impulso a la investigación y desarrollo, la disminución de costos de producción, entre otros. Sin embargo, en el mercado global acaecen algunos conflictos; por ejemplo, los gobiernos nacionales tienen la obligación de evitar supuestos de doble imposición y de no imposición, entre éstos inicia una competencia fiscal perniciosa, los convenios fiscales bilaterales permiten reducir al máximo el pago de impuestos; los países carecen de normas propias respecto a los precios de transferencia, amén de mecanismos de resolución de controversias entre administraciones tributarias y contribuyentes internacionales. Las empresas, por su parte, afrontan el descontento de la comunidad internacional, quienes califican como agresivas sus estrategias de planeación fiscal. Es en el proceso de búsqueda de soluciones cuando estas empresas y sus estrategias fiscales influyen en el diseño de las políticas nacionales, pues para continuar con el proceso de globalización o beneficiarse de las transacciones internacionales las políticas nacionales o la solución a problemas derivados del comercio internacional deben armonizarse con las del resto del mundo. De ahí que la normativa se gestó en el seno de organismos internacionales o en foros globales, para regular actos o hechos con proyección internacional, los cuales dan pie a normas internacionales, y una vez adoptados por gran parte de las legislaciones nacionales reflejan el nacimiento del multilateralismo fiscal del siglo XXI.

Así lo afirma John Ruggie (1992, pp. 561 y ss.), quien señala que las soluciones multilaterales expresan una forma institucional que coordina las relaciones entre tres

o más Estados basados en principios generalizados de conducta, es decir, que éstos especifican la conducta adecuada para cada tipo de acción sin considerar los intereses particulares de las partes o las exigencias estratégicas que puedan darse en cada caso; en la misma idea. Robert Keohane (1988) define al multilateralismo como la práctica de coordinar políticas nacionales en grupos de tres o más Estados por medio de mecanismos *ad hoc*, instrumentos jurídicos o de instituciones (pp. 45 y ss.). Sin duda, hay muchos conceptos sobre multilateralismo; no obstante, Guillermo Sánchez (2018) asegura que el multilateralismo es una solución fiscal en aumento en la comunidad internacional; para Guillermo Sánchez- el multilateralismo consiste en el acuerdo entre un elevado número de Estados para articular medidas e instrumentos comunes que se apliquen en todos aquellos partícipes del acuerdo (2018, p. 9).

Habida cuenta, en los próximos epígrafes se hace un recorrido por algunos de los problemas en materia impositiva que se han desarrollado en el marco de los negocios internacionales, así como por las soluciones globales a dichas complejidades; estas últimas son propuestas realizadas por organismos internacionales y por países afectados o interesados, a través de su participación en los foros globales de consulta. Principalmente, se exponen aquellas acciones diseñadas bajo el Plan de Acción OCDE/G20 que forman parte de los estándares mínimos y son de obligatoria aplicación, además de ser parte integral del Instrumento Multilateral OCDE/G20. Asimismo, en el marco del multilateralismo se hace referencia al intercambio automático de información tributaria, debido a que es un modelo del multilateralismo fiscal, ya que su adopción representa el consenso de un amplio número de Estados, a fin de mejorar la transparencia fiscal internacional.

En suma, no es baladí mencionar que la imposición a la riqueza transnacional se sujeta a normas de carácter global; es decir, normas que tras su adopción y aplicación en los países que convergen en el orbe alcanzan un grado multilateral.

## **II. ASIMETRÍAS EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES: FUENTE DE PROBLEMAS FISCALES GLOBALES**

Un gobierno nacional, en ejercicio de su soberanía, diseña el sistema tributario acorde a los compromisos derivados de la administración del país, exigencias de la sociedad respecto a la inversión en distintos sectores, salud y educación,

principalmente, y de conformidad con los ingresos necesarios para financiar el gasto público. Empero, un efecto negativo de la soberanía, aun cuando es elemento característico del Estado, se presenta con la interacción de los distintos ordenamientos fiscales en cuanto al trato impositivo de las operaciones comerciales y financieras que realizan las empresas multinacionales, entre empresas relacionadas o independientes.

En este apartado se analizan algunas diferencias fiscales entre las legislaciones nacionales que obstaculizan el libre comercio y/o la movilización de recursos, y en consecuencia, las relaciones económicas internacionales, con el propósito de identificar las normas que han sido diseñadas en el marco del escenario global para darles solución, máxime las desarrolladas en el seno de organismos internacionales y en foros globales, y que son adoptadas en la mayoría de las legislaciones nacionales, y por ello se consideran normas que integran el nuevo multilateralismo fiscal, porque van más allá de la adopción de una norma internacional entre dos o tres Estados, sino que su aceptación y adopción se representa en un mayor número de países, lo que da vida o fortaleza a la concepción de multilateralismo, esta vez en el ámbito fiscal. Entre otras situaciones pueden destacar la doble imposición internacional, la manipulación de los precios de transferencia entre empresas de un grupo multinacional, máxime entre empresas relacionadas, la erosión de bases gravables como consecuencia del distinto trato fiscal a mecanismos de efecto híbrido, y la competencia fiscal internacional en su fase perjudicial.

### *1. Doble imposición internacional*

Los diversos significados sobre la doble imposición internacional hacen referencia a un problema tributario ocasionado por el ejercicio del poder fiscal de dos Estados sobre una misma manifestación de riqueza.<sup>1</sup>

Juan Rubio (2007) define a la doble imposición como aquella situación caracterizada por la existencia de un supuesto gravable que determina el nacimiento de diversas obligaciones tributarias por un único concepto y periodo (p. 80); Carlos López (2010) señala el nacimiento de este problema como consecuencia de la imposición de dos Estados ante una sola manifestación de riqueza (p. 87); por su parte, Ramón Falcón, junto a Elvira Pulido (2010), opinan que la doble imposición internacional se produce cuando una única renta o elemento patrimonial se grava en

el mismo año fiscal por dos administraciones tributarias a través de un impuesto de igual o similar naturaleza (p. 87); César García (2006) advierte que este supuesto se origina por el ejercicio del poder tributario de distintos Estados sobre circunstancias vinculadas a sus sistemas estatales; asevera el autor que los gobiernos pueden exigir tributos a cualquier persona ubicada dentro del ámbito de su potestad de imperio, lo cual es fuente de conflictos de doble imposición (p. 5).

En virtud de lo citado, puede manifestarse que la doble imposición internacional ocurre cuando dos Estados ejercen su poder tributario y someten a imposición la renta obtenida por la realización de un único hecho imponible, ya sea dentro de sus fronteras territoriales a través de sujetos residentes, nacionales y no residentes, o por las ganancias obtenidas por sus residentes fuera de su territorio; es decir, por un hecho imponible se tributa en dos Estados.

Existen dos tipos de doble imposición internacional, económica y jurídica. La primera se produce cuando se somete a imposición una misma renta, capital o patrimonio por dos tributos de naturaleza similar sobre dos personas de distinta personalidad jurídica; a nivel internacional, el requisito diferenciador es la existencia de perceptores distintos; la doble imposición jurídica se origina cuando una persona es gravada más de una vez por un solo concepto y periodo en varios sistemas tributarios. En los dos supuestos se afecta doblemente un rendimiento o una ganancia de capital; por eso se recomienda definir estos hechos bajo el término de “doble imposición internacional” (Mercé Costa *et al.*, 2005, p. 442; Jesús Sol, 2006, p. 70; Juan Rubio, 2007, p. 80; Ramón Falcón y Elvira Pulido, 2010, pp. 88 y 89).

En reflexión, entre los factores que originan la doble imposición internacional caben mencionarse la aplicación simultánea de los principios de asignación impositiva de residencia y de territorio por parte de los Estados involucrados; o en su caso, la implementación del mismo principio de asignación impositiva, en especial el criterio de residencia, pues el principio de la fuente no da lugar a doble imposición, porque exenta las rentas de origen extranjero.

Cualquiera que sea su origen, la doble imposición requiere solución, porque provoca distorsiones en el proceso de una economía globalizada. La sobreimposición constituye un obstáculo en la movilización de capitales, tecnología, bienes y servicios;

a su vez, resta competitividad a las empresas nacionales en la búsqueda de su internacionalización, y afecta la economía de un país en su totalidad.

Respecto a las normas internacionales para disminuir los problemas de doble imposición, la muestra es el convenio para evitar la doble imposición y evasión fiscal; su contenido se fundamenta en estándares internacionales comunes con el propósito de evitar la sobreimposición y la no imposición de las actividades comerciales o financieras transfronterizas. Un convenio fiscal, señala Ramón Falcón y Elvira Pulido (2010), atribuye a uno de los Estados contratantes la competencia exclusiva de aplicar el impuesto, o bien reparte entre ellos la recaudación; e igualmente, obliga a que uno de los dos Estados corrija la doble imposición mediante los distintos mecanismos de coordinación que se establezcan (p. 13).

## *2. Manipulación de precios de transferencia*

El principal motor en la expansión del comercio mundial e inversiones es el sector empresarial, de manera particular las empresas de operación internacional, por lo que es indispensable normar las operaciones que las empresas de grupos multinacionales efectúan.

El desarrollo de transacciones comerciales y financieras transfronterizas ha traído a colación situaciones complejas en materia fiscal, tanto a las administraciones tributarias como a las empresas multinacionales; en especial, cuando las operaciones se realizan entre las empresas de un mismo grupo multinacional, partes vinculadas o asociadas; negocios entre la sociedad matriz y una filial o entre las filiales a escala global, ya que podrían establecer condiciones especiales en sus transacciones intragrupo, distintas a las pactadas por empresas independientes, particularmente en sus precios de transferencia, ya que en este ámbito puede presentarse la sobrefacturación de importaciones y/o subfacturación de exportaciones, mediante la manipulación de precios de transferencia;<sup>2</sup> además, porque los precios de transferencia determinan en gran medida la distribución de la renta, los gastos y los beneficios imponibles de las empresas asociadas situadas en diferentes jurisdicciones, o podrían provocar supuestos de doble o múltiple imposición. Otra forma de manipular precios de transferencia entre empresas relacionadas se centra en transferir los riesgos más importantes y los activos intangibles, máxime de propiedad intelectual, hacia las empresas del grupo multinacional situadas donde los

ingresos se favorecen de una tasa fiscal mínima, de esta manera se reduce la carga tributaria en el momento de vender dichos bienes.

Asimismo, la transferencia de deuda por medio de un mecanismo intragrupo o la creación artificial de deuda, donde el adeudo se concentra en sociedades con elevada carga tributaria y el pago de intereses se deduce de la factura fiscal, constituyen una manera simple y directa de manipular precios de transferencia y lograr un ahorro de impuestos a nivel del grupo multinacional; y con el mismo propósito de reducir la base gravable, las empresas relacionadas trasladan los intereses a una empresa filial establecida en una jurisdicción donde el cobro de intereses está exento de tributación o disfruta de una tasa impositiva muy baja (OCDE, 2013a, p. 49).

Las empresas relacionadas vulneran el principio de plena competencia,<sup>3</sup> por el que deben regirse los precios intragrupo en gran parte de las transacciones y de su estructura empresarial; se ha identificado que la asignación de funciones, activos y riesgos son inconsistentes con la atribución de beneficios y con la actividad que la empresa realmente efectúa. Algunas empresas asumen o se les asignan riesgos que no pueden controlar, no tienen solvencia económica o carecen de capacidad para afrontar las consecuencias del riesgo asumido; los riesgos se asignan a una empresa situada en una jurisdicción de baja imposición o a una empresa que posee capital y financia una actividad de la cadena de valor del consorcio multinacional. También se manifiesta que los precios de transferencia no están en línea con la creación de valor del grupo multinacional; como las operaciones están sumamente integradas, es difícil definir la operación real de cada una de las partes. La transmisión de activos intangibles e intangibles de difícil valoración, al no existir comparables precisos, provocan una mala distribución del ingreso generado en la explotación de bienes intangibles entre las partes relacionadas (OCDE, 2014b, p. 17; Adolfo Martín y José Calderón, 2014, p. 91).

En este sentido, para las administraciones tributarias es difícil definir la renta y los gastos correspondientes a una empresa del grupo multinacional situada en su territorio, así como atribuir la renta sujeta a imposición, e incluso no imponer una renta gravada en el exterior; y para las empresas relacionadas implica costes elevados cumplir con la diversidad de requisitos legales y administrativos de todos los países donde operan a fin de demostrar que sus operaciones se realizan a valor mercado,

conforme al principio de plena competencia (OCDE, 2012, p. 27; Jaime Aneiros, 2011, p. 4; Blanca Entrena, 2010, p. 65).

### *3. La erosión de bases gravables: estrategias fiscales para disminuir el pago del impuesto a la renta societaria a nivel mundial*

La discordancia entre las legislaciones tributarias del orbe, distinto trato y calificación fiscal de pagos transfronterizos, dividendos y sus equivalentes, así como de entidades extranjeras, ocasiona el mal uso de los pagos que realiza una empresa a otra, situadas en territorios distintos, en la manera en que un mismo pago se deduce de una base imponible, o de varias, pero no se considera ingreso gravable en la contraparte; en efecto, los pagos transfronterizos se reflejan en deducciones para el pagador y en exenciones para el beneficiario. Esto es, ya que ciertos ingresos disfrutan de exención fiscal en el país de destino aunque no sean gravados en el país de origen o tributen a tipos muy bajos.

La implementación de mecanismos de efecto híbrido, instrumentos como los pagos transfronterizos y el distinto trato a empresas extranjeras o de residencia dual, en las nuevas estructuras empresariales globales, han dado efectos de doble exención, doble o múltiples deducciones o el diferimiento a largo plazo de la factura tributaria. En ese sentido, existe doble exención cuando el ingreso correspondiente a un pago deducible en una entidad se libera del pago de impuestos en manos del beneficiario; el problema de la doble o de múltiples deducciones se presenta en caso de que un pago sea deducible para varias empresas situadas en distintas jurisdicciones, bajo el fundamento legal de evitar la doble imposición.

Dentro de la estructura para disminuir la base imponible se identifica la excesiva deducción de gastos financieros, derivados de las deudas asumidas entre empresas relacionadas y éstas con empresas independientes; de manera que la exagerada deducción de intereses por el prestatario no corresponde a la inclusión de rendimientos del prestamista (OCDE, 2013a, p.87). En este tipo de circunstancias se aprecia la necesidad de intercambiar información fiscal entre las administraciones tributarias, en virtud de la inexistencia del principio de correspondencia en el impuesto a la renta societaria a nivel internacional en la regulación de mecanismos de efecto híbrido y de instrumentos financieros; en consecuencia, la baja o nula imposición de los hechos económicos acaecidos en el escenario internacional.

Las estrategias fiscales de las empresas multinacionales son diversas, en particular cuando éstas tienen su sede en distintos países. En términos generales, las actividades de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios se orientan al desplazamiento de rentas a territorios cuya tributación es reducida, y los gastos se transfieren a países donde los tipos impositivos son elevados, con el propósito de maximizar los efectos de deducción y disminuir el pago de impuestos.<sup>4</sup>

En suma, la falta de coordinación tributaria y de instrumentos para el intercambio de información automático en materia fiscal, a nivel internacional, coadyuva a que los sistemas impositivos nacionales reflejen ser ante la comunidad empresarial un conjunto de normas fáciles de vulnerar.

#### *4. Competencia fiscal internacional*

En el contexto de libre circulación de capitales y libertad de establecimiento, aunado a la deslocalización de inversiones mobiliarias, el factor fiscal es determinante para que las empresas elijan el destino del ahorro y de los negocios; el resultado, una competencia fiscal mundial tendente a la desfiscalización del ahorro y la inversión, lo que origina una política competitiva de atracción de capitales. En tanto, como una actividad propia de la globalización, la competencia fiscal ha desencadenado una fuerte rivalidad entre los Estados del orbe por la captación de capitales y de actividades empresariales susceptibles de deslocalización, donde los países someten las rentas de dichas actividades a un tipo de gravamen proporcional o reducido en comparación con el del mercado mundial (José Calderón, 2006, p. 6; Ignacio Cruz, 2003, p. 61).

Habida cuenta de la contienda, se ha producido una carrera de progresivas reducciones fiscales sobre las rentas de capital e inversión, en la que los gobiernos renuncian a las prácticas impositivas tradicionales ante la necesidad de ganar competitividad en el campo global. Los Estados, inmersos en la competencia fiscal internacional, disminuyen la presión tributaria efectiva del impuesto a la renta societaria, reducen la tasa impositiva o incorporan regímenes fiscales preferentes, los cuales algunas veces representan prácticas tributarias perjudiciales de nula transparencia; estos últimos constituyen reducciones del tipo impositivo en el impuesto sobre sociedades para determinados tipos de ingresos o, en su caso, una tasa efectiva impositiva menor en comparación con los demás territorios. Los

gobiernos, a fin de atraer capital extranjero, rentas, inversiones y transacciones, otorgan incentivos fiscales a diversas actividades económicas de la cadena de valor global o a distintos tipos de rentas.

Al estudiar la competencia fiscal internacional se identifica un factor común: el elemento fiscal y su influencia en el comportamiento de las empresas y de otros agentes económicos en el escenario globalizado. Empero, aun cuando César García (2015) afirma que la competencia es una expresión tradicional de la soberanía fiscal de los Estados, distintas organizaciones internacionales han calificado a la competencia impositiva como perjudicial, ya que coadyuva en la concepción de estrategias fiscales elusivas al pago del impuesto a la renta societaria a escala global (p. 188).

### **III. LUCHA CONTRA PROBLEMAS FISCALES GLOBALES EN LA NUEVA ERA DE LA TRIBUTACIÓN**

Habida cuenta de las situaciones citadas, las cuales reflejan que las medidas para regular las operaciones comerciales y financieras transnacionales se crean bajo principios unilaterales, en el seno de organizaciones internacionales y en foros globales, diversos gobiernos nacionales han desarrollado medidas para disminuir los efectos negativos que dichas medidas traen consigo, como la obstaculización al comercio internacional y la baja imposición a la renta societaria.

#### *1. El MC OCDE en la eliminación de la doble imposición internacional*

En virtud del incremento de las relaciones económicas internacionales en el ámbito de comercio e inversión, intercambio de bienes, servicios y capitales, desde 1921 diversos países y la Sociedad de Naciones iniciaron trabajos relativos a la eliminación de la doble imposición internacional. Algunos países consideraron medidas unilaterales, mientras que la Sociedad de Naciones propuso la implementación de convenios bilaterales o multilaterales como vía principal de adaptación en los sistemas tributarios de los Estados. En 1928 se publicó la primera versión del Modelo de Convenio Tributario, por iniciativa de la Sociedad de Naciones; posteriormente, la Organización Europea de Cooperación Económica, la cual en los años subsiguientes se convierte en OCDE, dio lugar a dos modelos de convenio: i. México 1943, en cuya elaboración contribuyeron naciones

latinoamericanas, por lo que su contenido otorgó poder tributario en el Estado fuente; en cambio, ii. Londres 1946, limitó considerablemente el principio de asignación territorial.<sup>5</sup> Empero, Francisco García (2009), Ramón Falcón y Elvira Pulido (2010) aseguran que ninguno de los modelos fue aceptado en su totalidad (p. 103; p. 20).

Habida cuenta de un largo trabajo en investigación, en 1963 el Comité Fiscal de la OCDE presentó el informe final “Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio”; sin embargo, por mor de los cambios que trae consigo el proceso de globalización económica, el Comité revisó el Proyecto de Convenio de 1963, lo que condujo a la publicación del nuevo Convenio Modelo y Comentarios en 1977; a partir de este último modelo, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE continuó analizando diversas cuestiones relacionadas con el Convenio Modelo, dando lugar a recomendaciones relativas a la modificación del instrumento y sus comentarios; en efecto, y en línea con las necesidades del entorno económico, en 1991 se adoptó el Convenio Modelo dinámico, el cual permite modificar y actualizar periódicamente las disposiciones convenidas sin necesidad de llevar a cabo revisiones (OCDE, 2012, pp. 3 y ss., Ramón Falcón y Elvira Pulido, 2010, p. 20).

Más adelante, derivado de la aceptación del Convenio Modelo en la comunidad internacional y el aumento de su adopción en la firma de acuerdos fiscales entre terceros países con miembros de la OCDE, el Comité de Asuntos Fiscales incluyó en las versiones de 1992 y 1997, en las disposiciones del Convenio Modelo y sus comentarios, las aportaciones de los países no miembros de la organización; se incorporaron al Modelo de Convenio los puntos de vista y contribuciones externas de las distintas jurisdicciones interesadas en la eliminación de supuestos de doble imposición internacional (Fernando Serrano, 2014, p. 50).<sup>6</sup>

La penúltima versión del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio data en el año 2010, puesto que la inclusión de los resultados del Plan de Acción OCDE/G20 para dar vida al nuevo MC OCDE depende de la adhesión de los países a la Convención Multilateral, de la que se habla en los próximos epígrafes.

No es baladí mencionar que el Modelo de Convenio surgió como mecanismo complementario a los acuerdos fiscales entre los Estados, ante la necesidad de alinear el tratamiento impositivo de sus relaciones económicas, por lo que se fijó una

estructura y contenido homogéneo;<sup>7</sup> sus normas distribuyen la potestad tributaria entre los Estados contratantes para gravar el hecho imponible, asegurar una aplicación uniforme de la legislación fiscal en ambos territorios; impedir la competencia fiscal perniciosa y las conductas elusivas, y reglamentar las operaciones llevadas a cabo por empresas de un mismo grupo empresarial, empresas relacionadas. Dicho de otro modo, el MC OCDE crea un pequeño sistema tributario homogéneo atinente a la realidad económica entre los Estados contratantes del convenio fiscal y entre los países miembros de la OCDE.<sup>8</sup>

En ese sentido, el MC OCDE, infiere García P. (2009), es un esquema que se puede adaptar a los intereses de sus partes contratantes, cuya misión es servir de guía en el proceso de negociación de la estructura y de los criterios de reparto de competencia tributaria, así como para definir los términos y reglas en el momento de su aplicación e interpretación (p. 106). Señala el autor que entre las características del MC OCDE resalta su función para delimitar la potestad tributaria de los Estados contratantes.

La interpretación de las normas de los convenios fiscales bilaterales se encuentra tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como en el propio acuerdo y en el ordenamiento interno de los Estados contratantes.<sup>9</sup> Los criterios de interpretación establecidos en cada convenio y en las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son principios uniformes para regular posibles problemas en materia tributaria entre los países signatarios. Sin embargo, como señala César García (2006, pp. 15 y ss.), en algunos casos las modificaciones al derecho nacional conducen en sentido distinto en el momento de ejecutar la normativa convenida, provocando supuestos de doble imposición o doble no imposición.

En suma, la influencia de la globalización en los sistemas impositivos ha ocasionado que los métodos nacionales sean insuficientes para atenuar la doble tributación y prevenir conductas que disminuyan la factura fiscal, fomentando la búsqueda de alternativas a nivel global.

## 2. Directrices OCDE aplicables en materia de precios de transferencia

Las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias son la base normativa de las operaciones entre empresas relacionadas y de sus precios de transferencia (Directrices OCDE en adelante); la finalidad del estándar internacional es aproximar a las legislaciones tributarias en materia de precios de transferencia, compatibilizar los derechos de gravamen sobre la renta de un contribuyente entre las jurisdicciones involucradas para evitar la doble o múltiple imposición de la misma renta; en cuanto a la documentación, requisitos legales y administrativos, las Directrices OCDE intentan disminuir la carga y los costes de cumplimiento para las empresas multinacionales armonizando la información que brindan a las distintas administraciones fiscales donde actúan. Amén de lo anterior, las Directrices OCDE se utilizan como medidas de prevención del fraude fiscal, proveen reglas y métodos para la valoración de transacciones intragrupo (Jaime Aneiros, 2011, pp. 5 y ss.; Blanca Entrena, 2010, pp. 67 y ss.; OCDE, 2013b, pp. 22 y ss.).

Las Directrices OCDE tienen su origen en el MC OCDE, en particular en el artículo noveno, ya que la aplicación de éste necesita una explicación detallada respecto al cumplimiento del principio de libre competencia en las transacciones vinculadas. Por mor de la complejidad de la materia de precios de transferencia y en general de la implementación del artículo noveno, en los años setenta, la OCDE estableció un grupo de trabajo para que analizara lo relativo a dicha materia de forma que en 1979 se publicó el informe principal Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales, cuyo objetivo fue recomendar la determinación del precio de libre competencia entre empresas asociadas; en 1986, la OCDE anunció un nuevo informe en el cual confirmó la validez de las Directrices de 1979 para la aplicación del precio de libre competencia (Blanca Entrena, 2010, p. 66; OCDE, 2013b, pp. 24 y ss.).<sup>10</sup>

Finalmente, las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias se publicaron en 1995; desde esa fecha han sido objeto de profunda revisión y mejoras de redacción; con distintos complementos a través de los años la versión reciente data de 2010. Las Directrices OCDE de 2010, a diferencia de la versión de 1995, dan el mismo valor a los métodos tradicionales y a los métodos basados en el beneficio, e incluyen un proceso de diez pasos para la realización del análisis de comparabilidad; conjuntamente, explican detalladamente cómo llegar al precio de libre competencia

(OCDE, 2013b, pp. 22 y ss., 25; Jaime Aneiros, 2011, p. 3 y Blanca Entrena, 2010, pp. 68 y ss.).

Las Directrices OCDE 2010, en el curso de su capitulado, nueve en total, guían a las administraciones tributarias y a las empresas multinacionales en la aplicación del principio de plena competencia, y exponen las vías necesarias para solucionar satisfactoriamente cuestiones que pudieran ocurrir en temas de precios de transferencia; además, protegen las bases imponibles de supuestos de doble imposición y promueven la seguridad jurídica, a propósito de aumentar los flujos de inversión y comercio a escala internacional.

Aun cuando la naturaleza del texto sea sólo de recomendaciones o guías en cuanto a precios de transferencia, la OCDE insiste en que los aspectos relativos a esta materia se realicen desde la perspectiva de las directrices emitidas por ella, ya que su implementación proporciona a las empresas multinacionales, seguridad jurídica sobre el trato fiscal aplicable en el país en cuestión y reducen el riesgo de doble imposición económica; asimismo, éstas aportan reglas equitativas entre los países involucrados, con el propósito de minimizar distorsiones a los flujos comerciales.

En tanto, la OCDE insta en sus países miembros el seguimiento y adopción de sus Directrices, en las prácticas internas relativas a precios de transferencia, a empresas multinacionales y administraciones tributarias; es decir, implementar las directrices para valorar, a efectos fiscales, si sus precios de transferencia satisfacen el principio de plena competencia. La OCDE infiere que la simetría de las normas internas con las directrices aplicables a precios de transferencia proporciona a los países, medios de lucha contra el traslado artificial de beneficios entre diversas jurisdicciones fiscales (OCDE, 2011, p. 2; Jaime Aneiros, 2011, p. 10).

### *3. El Plan de Acción OCDE/G20 en la armonización de legislaciones fiscales nacionales*

En conformidad con Rajul Awasthi (2014), quien ha señalado que un problema presentado en el contexto global requiere una solución global, la OCDE y el G20 diseñaron y presentaron el Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, proyecto *Beps*, puesto en marcha a partir de sus primeros informes de trabajo presentados en 2014 (OCDE, 2015a, p. 2; OCDE, 2015c).

El Plan de Acción OCDE/G20 se integra por quince medidas diseñadas para prevenir que las sociedades multinacionales modifiquen sus esquemas contables, máxime la erosión de bases gravables, cuyo fin es incumplir con sus obligaciones impositivas en las jurisdicciones donde operan (OCDE, 2014b, pp. 11 y ss.).

Las quince acciones del proyecto OCDE/G20 se clasifican en cuatro grupos; cada uno persigue un objetivo; el primero, promueve la coherencia internacional del impuesto a la renta societaria; el segundo, procura reinstaurar los efectos y beneficios de los estándares internacionales vigentes; el tercero, intenta garantizar la transparencia, promoviendo mayor certeza y previsibilidad en las operaciones económicas transfronterizas, y el cuarto, busca la rápida implementación de las medidas que resulten del Plan de Acción y la firma del Instrumento Multilateral (Adolfo Martín y José Calderón, 2014, p. 88; Robert Feinschreiber y Margaret Kent, 2013, pp. 31 y ss.; OCDE, 2014, p. 15).

Con el propósito de crear coherencia internacional en el impuesto sobre la renta societaria, se constituyen de las siguientes acciones: i. neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos; ii. limitar la erosión de bases imponibles vía deducciones de intereses y otros pagos financieros; e igualmente, iv. combatir las prácticas tributarias perniciosas.

El logro de cada una de las acciones se conduce por la actualización y modificación de la regulación fiscal internacional, y las recomendaciones para el diseño del ordenamiento nacional. En este sentido, para alcanzar un grado máximo en la armonización de las legislaciones fiscales nacionales la estrategia es implementar las metodologías comunes desarrolladas.

#### *A. Neutralizar mecanismos de efecto híbrido (acción 2)*

La discrepancia en el trato fiscal de instrumentos financieros y entidades extranjeras de efecto híbrido en los distintos ordenamientos nacionales ha permitido a las empresas multinacionales, utilizar ese tipo de mecanismos en esquemas fiscales de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios.<sup>11</sup>

Con el propósito de corregir la discordancia entre las legislaciones tributarias del orbe, y de encaminar la coherencia internacional del impuesto a la renta

societaria, la acción 2 brinda recomendaciones dirigidas a la modificación del derecho interno y del MC OCDE (OCDE, 2014b, p. 15; OCDE, 2015b, p. 7).

A lo largo de las actividades de la acción 2 se diseñó la metodología común a implementarse en legislaciones nacionales y en convenios fiscales como estrategia de convergencia entre las administraciones tributarias; la metodología se concentra en el tratamiento fiscal de pagos efectuados por medio de instrumentos financieros o entre entidades fiscalmente transparentes y el correspondiente trato en manos del beneficiario. De forma global se persigue alinear el régimen impositivo de los pagos transfronterizos si dan lugar a deducciones para el pagador y exenciones para el receptor, que se caractericen como ingresos sujetos a imposición en la jurisdicción del beneficiario, lo cual significa prevenir la doble no imposición, impedir múltiples deducciones por único pago o aquellas sin la correspondiente tributación de la renta en otro país, terminar con la generación de numerosos créditos fiscales por supuestos de doble imposición internacional con arreglo del impuesto pagado en el extranjero.

La metodología común propone dos normas, principal y secundaria o defensiva; su aplicación será de forma automática; la norma principal indica a la administración tributaria negar a los contribuyentes la posibilidad de deducir un pago si no se encuentra incluido en la base imponible o en las rentas sujetas a gravamen en territorio del beneficiario, o resulte deducible para este último; la norma exige reflejar el pago dentro de los ingresos o se impide la deducción de éste. En tanto, la norma defensiva se aplica de no aplicarse la norma principal.

La iniciativa OCDE/G20 para esta acción se aplica si las empresas están bajo el mismo grupo multinacional o si el pago se efectúa por un acuerdo empresarial estructurado y el contribuyente es parte del acuerdo; la eficacia de la normativa de mecanismos de efecto híbrido en ordenamientos nacionales depende de la coordinada implementación y aplicación entre las administraciones tributarias del mundo (Silvia López, 2014, p. 17 y Mar Barreno *et al.*, 2015, p. 17).

Finalmente, las reglas propuestas a la legislación nacional se formulan a fin de ser coordinadas con reglas de otras jurisdicciones. Las recomendaciones al derecho interno permiten a las administraciones tributarias realizar los ajustes correspondientes, utilizar conceptos existentes en la ley local y acorde al marco de

política fiscal del Estado (Carlos Concha, 2017, p. 4; OCDE, 2015d, pp. 93 y ss., 100 y ss.).

Las recomendaciones hacia el texto del MC OCDE buscan impedir la utilización de estructuras empresariales de efecto híbrido y de empresas con doble residencia, cuyo interés es beneficiarse de las disposiciones convenidas; las normas se refieren a la aplicación de los acuerdos fiscales a entidades de efecto híbrido, en los cuales ninguna de las partes les atribuyen la condición de contribuyentes; por ejemplo, las asociaciones personalistas o *partnerships*; se propone incluir disposiciones y comentarios que garanticen el empleo del tratado fiscal en circunstancias competentes, y la negación en casos donde ningún Estado considere las ganancias de las empresas como ingresos de uno de sus residentes.<sup>12</sup>

En cuanto a la implementación, es importante reconocer que esta acción podría enfrentarse a la falta de voluntad política en el aspecto de intercambio automático de información con fines fiscales y a la distinta calificación fiscal de los mecanismos de efecto híbrido en las jurisdicciones involucradas y no cooperantes.

#### *B. Limitar la erosión de bases imponibles vía deducciones de intereses y otros pagos financieros (acción 4)*

La globalización coadyuva los rápidos movimientos de capital financiero de una jurisdicción a otra. A partir de las áreas de riesgo identificadas en el ámbito de endeudamiento, en el cual afluyen prácticas de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, la acción provee una metodología común para impedir la disminución de la base gravable vía deducción de pagos de intereses derivados del financiamiento. La normativa recomendada debe garantizar la vinculación de la deducibilidad de intereses con la renta gravable producto de las actividades económicas, no generar doble imposición, y conjuntamente, facilitar la convergencia de diversas normas nacionales en esta materia (OCDE, 2015g, p. 17; OCDE, 2015e, p. 16; OCDE, 2015f, p. 7; OCDE, 2015c, pp. 11 y ss.).

El estándar común sugiere dos normas, de *ratio* fijo y de *ratio* global; la primera limita las deducciones netas de empresas de grupos multinacionales en concepto de pagos de intereses y económicamente equivalentes a intereses a un porcentaje determinado de beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y

amortizaciones (EBITDA por sus siglas en inglés); se aconseja una *ratio* fija entre el 10% y el 30%.<sup>13</sup>

El *ratio* global complementa el *ratio* fijo en determinadas circunstancias, lo cual permite a distintas empresas del grupo multinacional, sobrepasar el límite de sus deducciones; verbigracia, en casos ajenos a tributación se propone aplicar ambas normas, *ratio* grupo y *ratio* fijo, pues concede a las empresas con gastos en intereses por encima del *ratio* fijo, deducir cantidades máximas en intereses, de acuerdo con la correlación entre pagos netos y EBITDA del grupo a nivel mundial; aunque la recomendación afecta a empresas que registren un *ratio* superior al *ratio* global del grupo que forman parte, asegura la relación entre el gasto financiero de toda la entidad y las rentas imponibles resultado de sus operaciones económicas. Las reglas de limitación de intereses se implementan a gastos sobre todas las formas de deuda, pagos económicamente equivalentes a intereses y gastos vinculados a la financiación de una entidad, también pagos relacionados con el aumento de las finanzas, incluyendo honorarios y derechos (Rafael Fuster *et al.*, 2017, pp. 2 y ss; OCDE, 2015g, pp. 17 y ss; OCDE, 2015e, p. 16; OCDE, 2015f, p. 7; OCDE, 2015c, p. 29).

Un aspecto negativo de la norma *ratio* fijo para grupos multinacionales es no considerar la posibilidad de financiarse mediante entidades independientes, y cuyos propósitos de financiación constituyen menos riesgos de prácticas elusivas; en estos supuestos el enfoque recomendado permite a los países, complementar las normas *ratio* fijo y *ratio* grupo con las siguientes disposiciones de buenas prácticas: i. fijar un umbral impositivo mínimo para excluir entidades con bajos niveles de gastos en intereses, y en caso de existir dos o más empresas de un grupo en un país, aplicar el umbral a gastos por intereses totales incurridos por el conjunto local; ii. excluir de intereses pagados a prestamistas independientes cuando el préstamo sea utilizado para financiar proyectos públicos de interés común la empresa deudora podrá registrar alto nivel de endeudamiento; iii. imputar a ejercicios posteriores gastos por intereses no deducidos cuando el importe esté por debajo del máximo permitido; iv. excluir del ámbito de aplicación a bancos y aseguradoras; esto permitirá disminuir efectos de volatilidad en ganancias, en caso de registrar pérdidas, la sociedad podrá solicitar la deducción fiscal cuando sus transacciones generen rendimientos.

Cada administración tributaria aplica un enfoque propio en la determinación de los gastos considerados intereses y deducibles a efectos fiscales; aunque se deja a

criterio de cada país, el proyecto OCDE/G20 presenta algunos ejemplos de pagos que pueden ser cubiertos por las normas recomendadas; por ejemplo: gastos en virtud de pagos de intereses por préstamos, por instrumentos financieros, como bonos y otros mecanismos de financiación alternativos, por pagos de arrendamiento, por amortización de intereses capitalizados, por instrumentos derivados y acuerdos de préstamos y de financiación de una entidad, por honorarios, y por gastos vinculados con préstamo de fondos (OCDE, 2015c, pp. 29 y ss.).

### C. *Combatir prácticas perniciosas (acción 5)*

Los regímenes preferenciales y los *tax rulings*, carentes de actividad económica sustancial y de transparencia, encabezan las modernas estrategias fiscales perjudiciales; el traslado de actividades económicas móviles, y la falta de transparencia en ciertas decisiones administrativas y fiscales gubernamentales en relación con contribuyentes específicos, se han manifestado como puntos de análisis en todos los sistemas tributarios del orbe. La acción cinco centró su análisis en los regímenes fiscales preferentes y en los acuerdos de las administraciones tributarias o *tax rulings*, ya que los regímenes preferentes ofrecen condiciones fiscales ventajosas en el desarrollo de determinadas actividades, lo cual supone un incentivo en la deslocalización de funciones empresariales.

Los mecanismos propuestos por la acción 5, de exigencias de transparencia y actividad sustancial, representan el nuevo marco para prevenir las prácticas fiscales perniciosas por parte de los gobiernos nacionales, manifiesta José Calderón (2015a, p. 13).

Aunque la competencia fiscal perniciosa es un tema abordado años antes del proyecto OCDE/G20, el empeño de esta acción es establecer las condiciones bajo las cuales las empresas pueden acceder a los beneficios fiscales, es decir, la existencia de una actividad sustancial que justifique la aplicación de un régimen fiscal preferente, y la transparencia en los acuerdos alcanzados entre las administraciones fiscales y las empresas, lo que ocasiona la eliminación o modificación de las características perjudiciales de los regímenes preferentes y los *tax rulings*.

El criterio de actividad económica sustancial examina si un régimen fiscal acerca al territorio a operaciones interesadas puramente en la ventaja tributaria, y pretende alinear la función sustancial con la tributación de las entidades; de manera

que el beneficio fiscal se otorgue a quien efectúe la actividad económica sustancial. Junto al análisis de factores clave, el requisito de actividad sustancial se evalúa por medio del estándar mínimo acordado, llamado mecanismo *nexus* que este se aplica inicialmente a regímenes de propiedad intelectual por ser uno de los ámbitos de mayor preocupación donde se ocultan conductas evasivas. El enfoque *nexus* utiliza los gastos que efectúa la empresa como indicadores de funciones desempeñadas en la creación de activos de propiedad intelectual, en cuanto permite a la administración tributaria otorgar el beneficio fiscal a los ingresos generados por los activos de propiedad intelectual (en adelante PI), siempre y cuando los gastos contribuyan a la obtención de ganancias; esto es, los desembolsos y ganancias estén directamente relacionadas con las actividades de investigación y desarrollo (en adelante I+D) efectuadas por la empresa a fin de poseer activos intangibles (PI); el enfoque garantiza si los contribuyentes se encuentran realmente involucrados en operaciones para generar patentes y otros activos funcionalmente equivalentes para otorgarles el beneficio fiscal que solicitan. *Nexus*, además, contribuye al logro del propósito subyacente del régimen preferencial de propiedad intelectual, fomentar la generación de conocimiento por medio de la I+D, otorgando ventajas impositivas a los contribuyentes inmersos en dichas funciones. Si una empresa se dedica únicamente a la producción de bienes intangibles (PI) y sus gastos se efectúan para la obtención de éstos, el enfoque concede los beneficios a la totalidad de la renta procedente de los activos de propiedad intelectual. Si el modelo de negocio de la empresa es complejo, tendrán que realizar la correspondencia entre costes y rendimientos, generadores y provenientes de PI, respectivamente; en esta situación, *nexus* define la renta a la cual se le atribuye el beneficio fiscal aplicando una fórmula respecto a lo gastado para financiar la creación de activos de PI (OCDE, 2015g, pp. 22 y ss; OCDE, 2015e, p. 16; OCDE, 2015b, p. 23; Matthew Herrington, 2015, pp. 21 y ss.).<sup>14</sup> En la expresión matemática se realiza el siguiente cálculo: el numerador tiene en cuenta la clasificación de desembolsos para el desarrollo de bienes de PI; el denominador considera los costes generales para la producción de activos de PI; el cociente multiplica la ganancia derivada de los bienes de PI resultando el monto de la renta que recibirá el beneficio fiscal. Para el cálculo, se consideran adquisiciones o desembolsos realizados entre empresas residentes, establecimientos permanentes de entidades extranjeras en el territorio y establecimientos permanentes extranjeros de sociedades residentes sujetas a imposición en el territorio donde se proporciona el régimen preferencial.

El sistema de intercambio de información obligatorio en relación con regímenes preferenciales o procedimientos administrativos emitidos por algunos Estados, *tax rulings*, pretende mejorar la transparencia a nivel internacional, ya que la falta de comunicación podría originar un distinto trato fiscal y situaciones de doble no imposición; por tanto, se acordó un marco de referencia para la intercomunicación tributaria en el cual se incluyen regímenes preferenciales, y casos concretos, como acuerdos: i. relativos a la aplicación de regímenes fiscales preferentes; ii. previos sobre valoración de precios de transferencia de carácter unilateral y transfronterizo, o iii. otros acuerdos fiscales en el mismo ámbito, concediendo un ajuste a la baja de beneficios; iv. respecto a establecimientos permanentes, relativos a la existencia de éstos o a la atribución de resultados; v. en materia de sociedades canalizadoras de rentas —*conduit companies*—, y vi. aquellos acuerdos que se considere en un futuro podrían exponer riesgos de estrategias fiscales artificiosas frente a la ausencia de información. Conjuntamente, bajo el objetivo de mejorar la transparencia, se elaboró una relación de buenas prácticas para el diseño y la operación de regímenes preferentes, sólo para contribuyentes generales: i. cumplimiento de normas nacionales e internacionales y procedimientos administrativos; ii. en caso de otorgar un trato fiscal preferente, éste se realice por un periodo de tiempo, y su extensión se someta a revisión y a procesos de control, y iii. las resoluciones generales se publiquen en la página oficial de la administración tributaria (OCDE, 2015c, pp. 22 y ss; Matthew Herrington, 2015, pp. 21 y ss.).

De acuerdo con el informe, el intercambio de información se realiza respecto a *tax rulings* concedidos desde el 1 de enero de 2010, en vigor al 1 de enero de 2014, y los *rulings* emitidos a partir del 1 de abril de 2016; los países que podrán acceder a la información son: i. país de residencia de las empresas relacionadas, ii. país de residencia del socio directo, y iii. país de residencia del socio último (Diego Arribas, 2017, pp. 11 y ss.).

#### **IV. LA FORMALIZACIÓN DEL MULTILATERALISMO FISCAL EN EL SIGLO XXI: EL INSTRUMENTO MULTILATERAL DEL PLAN DE ACCIÓN OCDE/G20 Y EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA**

A la última medida del proyecto OCDE/G20, acción 15, se le encomendó diseñar un instrumento para agilizar y simplificar la implementación de las nuevas directrices

del MC OCDE en los convenios fiscales bilaterales vigentes, desarrolladas en el marco del Plan de Acción OCDE/G20; es decir, el mecanismo que garantiza el rápido funcionamiento de las modificaciones propuestas, así como de futuras actualizaciones, y la articulación entre el contenido del MC OCDE con los convenios fiscales en vigor (OCDE, 2015b, p. 7; Mar Barreno *et al.*, 2015, p. 30).

Habida cuenta del reto propuesto, diversos países desarrollaron un tratado internacional para la renovación del MC OCDE, el cual fue publicado el 24 de noviembre de 2016; es un planteamiento sin precedente igual en el ámbito impositivo, un mecanismo viable de acuerdo con el Derecho Internacional público, el derecho tributario y la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados Internacionales. El tratado es conocido como Convención Multilateral o Instrumento Multilateral; se caracteriza por contener un enfoque innovador en el mundo fiscal, considerar en sus disposiciones el avance de la economía mundial y la necesidad de adaptarse a los cambios que ella trae consigo (Cym Lowell y Matthew Herrington, 2013, p. 372).

La adhesión al Instrumento Multilateral permite a un país, implementar de forma armonizada, coordinada y rápida los resultados del Plan de Acción OCDE/G20 en sus convenios fiscales, relativos al MC OCDE, evitando la renegociación individual de su red de acuerdos; además, los países signatarios aseguran que sus socios se comprometen en implementar las mismas medidas, lo que aporta coherencia y seguridad al proceso de renovación del principal estándar de fiscalidad de las operaciones comerciales y financieras internacionales.

La renovación del MC OCDE asegura reducir o, en el mejor de los casos, suprimir los efectos fiscales negativos derivados de las asimetrías entre legislaciones tributarias respecto al trato fiscal de pagos transfronterizos y de deducciones de gastos financieros; asimismo, establecer una competencia fiscal leal entre los países contratantes de un acuerdo tributario, y proveer un mecanismo para la solución de conflictos originados por la interpretación y aplicación de los convenios para evitar la doble imposición; entre otros, promover el cumplimiento tributario internacional, a través del intercambio automático de información y asistencia administrativa para efectos fiscales, a nivel global.

A pesar de considerar el Instrumento Multilateral un verdadero desafío, es el tratado internacional más ambicioso y completo en la lucha contra las estrategias fiscales artificiosas que erosionan bases imponibles y permiten el traslado de beneficios, a fin de disminuir el pago del impuesto de la renta societaria, en noviembre de 2016 más de cien jurisdicciones concluyeron las negociaciones respecto a las medidas que actualizarán los más de tres mil convenios firmados bajo el estatuto del MC OCDE, y el 7 de junio de 2017 en París, se llevó a cabo la ceremonia de firma del Convenio Multilateral para aplicar las medidas del proyecto OCDE/G20, relativas al MC OCDE, donde se unieron sesenta y ocho jurisdicciones, para quienes el Convenio Multilateral entró en vigor el primero de julio de 2018.

Hasta el 1 de junio de 2022, el Convenio Multilateral ha integrado noventa y nueve países; cada uno de los signatarios proporciona una lista de reservas y notificaciones, en relación con sus convenios fiscales en vigor.<sup>15</sup> En efecto, con la modificación de más de 1,680 tratados fiscales a la fecha, correspondientes a los más de 3,500 tratados fiscales cubiertos por el IM, se garantiza la normativa mundial en material fiscal.

No es baladí mencionar que sólo serán modificados los convenios fiscales bilaterales donde ambos Estados parte hayan aceptado y pactado la normativa de aplicación en el Instrumento Multilateral. Empero, si el Instrumento Multilateral no es suscrito por una gran cantidad de países, no podrá alcanzar los objetivos que se pretenden en el ámbito de la fiscalidad internacional; para que surta efecto se requiere el consentimiento de la mayoría de los países.

Amén de luchar contra la evasión fiscal internacional mediante diversas medidas, formar parte del Instrumento Multilateral facilita la regulación y el control de los aspectos tributarios de los que carezca, de forma persistente o futura, tanto la legislación fiscal nacional como los estándares de fiscalidad internacional; el Convenio Multilateral representa la materialización o formalización del multilateralismo fiscal del siglo XXI, este último dirigido por los negocios internacionales.

En el mismo escenario, se presenta el intercambio automático de información tributaria, que se define como la verdadera revolución en la fiscalidad internacional; de esa forma lo manifiestan Domingo Carbajo (2015, pp. 37 y ss.) e Ignacio Cruz

(2003, p. 62); puesto que tal como señala María Sánchez (2016),<sup>16</sup> la falta de transparencia y coordinación entre las administraciones tributarias nacionales pone en riesgo el desarrollo y fortalecimiento de las medidas de fiscalidad internacional y las hoy propuestas por el proyecto OCDE/G20, que aun cuando ninguna de las acciones OCDE/G20 relaciona de manera directa al intercambio de información fiscal para su óptima consecución, es un mecanismo que atiende la implementación y aplicación coordinada de algunas de las acciones OCDE/G20 (pp. 144 y ss.); por ejemplo, el intercambio de información de los acuerdos entre contribuyentes y administraciones tributarias, citado en la acción 5 OCDE/G20.

El intercambio de información fiscal es un instrumento de cooperación internacional establecido con la finalidad de salvaguardar la justicia tributaria del Estado que grava sobre la renta mundial de sus residentes, garantizar la efectividad del principio de capacidad económica en un escenario impositivo globalizado, asegurar el potencial recaudatorio y la capacidad efectiva de cobrar impuestos por los acontecimientos ocurridos en el marco de la mundialización económica; en virtud de ello, concluye César García (2015) que la proliferación de instrumentos de elusión fiscal global ha reforzado la cooperación internacional en materia de intercambio de información impositiva (p. 169).

La OCDE y los países del G20 diseñaron la nueva norma en materia de intercambio automático de información, aprobada por el Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, el Foro Global, órgano internacional encargado de garantizar y supervisar la aplicación de estándares internacionales de transparencia e intercambio de información fiscal en los países miembros comprometidos con tal implementación; un total de 96 Estados socios del Foro Global se comprometieron en poner en funcionamiento el intercambio recíproco de información sobre cuentas financieras con carácter automático desde el 2017; algunos iniciaron a finales de 2018. En este sentido, la nueva norma mundial se refuerza con el marco jurídico internacional para implantar el intercambio de información con la firma del Convenio multilateral sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal y el acuerdo multilateral entre autoridades competentes, firmados por más de 130 y cien jurisdicciones, respectivamente.<sup>17</sup> La norma mundial común se integra al ordenamiento interno, el proceso de intercomunicación se realiza conforme a la reglamentación. Finalmente, el estándar

internacional en cita aborda la finalidad de fortalecer las administraciones tributarias (OCDE, 2014a, pp. 2 y ss.).

Hasta el 22 de noviembre de 2018, la implementación del estándar de intercambio automático de información ha logrado 4,500 intercambios bilaterales exitosos que tuvieron lugar bajo el nuevo estándar en 2018 entre 86 jurisdicciones. Cada intercambio contiene información detallada sobre las cuentas financieras que los contribuyentes de cada jurisdicción mantienen en el extranjero.

Aunque los propósitos del Plan de Acción OCDE/G20, del Convenio Multilateral y del intercambio automático de información tributaria, en conjunto, son evitar el desarrollo de estrategias fiscales que disminuyen el pago del impuesto a la renta societaria a nivel mundial, aumentar el cumplimiento tributario internacional, y la cooperación fiscal internacional, principalmente, el efecto de la implementación de estas regulaciones trasciende a un escenario donde todos los países interactúan con las mismas normas, es decir, la normativa fiscal para regular las operaciones comerciales y financieras en la aldea global es igual para todos. Esto es, se materializa la unificación del mercado mundial con un ordenamiento tributario multilateral; un marco legal igual para todos, lo cual hace vaticinar en una administración tributaria global.

## **V. REFLEXIONES FINALES**

A través de las líneas citadas, se puede afirmar que el nuevo ordenamiento jurídico internacional para el ámbito tributario diseñado en el escenario internacional conlleva en su creación el multilateralismo como idea fundamental en sus normas; esto es, el multilateralismo se erige como uno de los principios en el desarrollo de la normativa para las operaciones comerciales y financieras transnacionales, máxime en el ámbito impositivo amén de regular a quienes realizan dichas transacciones. Este principio se refleja en el Instrumento Multilateral OCE/G20, y el Estándar Común para el Intercambio Automático de Información Tributaria, principalmente, además de aquellas situaciones donde el consenso de la comunidad internacional mediante foros globales aprueba la adopción de las medidas que se desarrollan en el seno de éstos.

El escenario económico internacional refleja la integración de las economías nacionales en un único mercado global, lo que ha traído a colación el reciente paradigma empresarial dirigido por estructuras internacionales y por modelos de cadenas de valor globales, para lo que es imperante su regulación por medio de la armonización de normas en todas las legislaciones nacionales partícipes en el mercado económico global. Por un lado, para resolver situaciones que afectan las relaciones económicas entre los países, entre administraciones tributarias, y entre estas últimas con empresas de operación global; por otro lado, favorecer el desarrollo de los negocios internacionales, operaciones comerciales y financieras, que traen consigo el desarrollo económico de los países a través de la generación de empleos, la mejora en la investigación y el desarrollo, entre otros beneficios. Donde la OCDE, los países del G20 y el Marco Inclusivo por medio de sus estudios representan la punta de lanza para mediar en las complejidades que trae a colación el reciente entorno económico global a través de instrumentos y mecanismos de carácter multilateral, fortaleciendo la cooperación fiscal mundial.

No es baladí exponer algunas de las medidas del Plan de Acción OCDE/G20, los estándares mínimos, puesto que son medidas que adoptan las legislaciones nacionales de manera armonizada con las de otros países, y de esa forma cerrar oportunidades del impago de impuestos a nivel global por parte de empresas multinacionales, una de las recientes complejidades en el ámbito de fiscalidad internacional; en ese sentido, se puede afirmar la creciente cooperación internacional, amén de la idea fundamental del multilateralismo en las normas internacionales.

El Plan de Acción OCDE/G20 se considera el puente para la creación del nuevo orden tributario internacional fundamentado en el multilateralismo, puesto que a través de éste se ha impulsado la firma del Instrumento Multilateral OCDE/G20 para la adopción de todas sus medidas: estándares mínimos, metodologías comunes, y las recomendaciones a las legislaciones nacionales.

En suma, el multilateralismo fiscal en su máxima expresión se manifiesta en el Instrumento Multilateral OCE/G20, así como en la adopción del Estándar Común para el Intercambio Automático de Información tributaria; ambos aceptados por más de un centenar de gobiernos nacionales.

## VI. REFERENCIAS

- ANEIROS, J. (2011), Soft law e interpretación: las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, *Crónica Tributaria*, núm. 6.
- ARRIBAS, D. *et al.* (2017), Plan de Acción *BEPS*. Acción 5: combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia. *Fundación Impuestos y Competitividad*.
- AWASTHI, R. (2014), Five ideas to help close international tax loopholes, *Banco Mundial*. disponible en: <http://blogs.worldbank.org/governance/plugging-international-tax-loopholes-and-boosting-domestic-resources-call-action-world-bank>.
- BARRENO, M.; Ferreras, J.; Mas, J.; Musilek, A.; Ranz, A. (2015). El proyecto *BEPS* de la OCDE/G20: resultados de 2014, *Documentos de trabajo*, DOC. núm. 5.
- CALDERÓN, J. (2006), La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI, *Documentos de trabajo*, núm. 20.
- CALDERÓN, J. (2015), La modernización *BEPS* del marco de principios de *soft law global* sobre prácticas perniciosas (segunda parte), *Revista Análisis Tributario*, núm. 332.
- CARBAJO, D. (2015), El futuro del plan de acción *BEPS*; algunas reflexiones acerca del *post-beps*, *Boletín Fiscal Iberoamericano*, núm. 21.
- CASTAÑEDA, V. (2016), La globalización y sus relaciones con la tributación, una constatación para América Latina y la OCDE, *Cuadernos de Economía*, vol. XXXV.
- CHECA, C. (2010), Globalización económica y principios Tributarios, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*.
- COLLADO, Miguel (2007), Las fuentes del derecho tributario Internacional, en Córdón, Teodoro (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- CONCHA, C. (2017), Acción 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos, *Fundación Impuestos y Competitividad*.
- COSTA, M. *et al.* (2005), *Teoría básica de los impuestos: un enfoque económico*, Aranzadi.
- CRUZ, I. (2003), Globalización económica: sinónimo de desnaturalización tributaria, *Crónica tributaria*, núm. 109.

- ENTRENA, B. (2010), La revisión de los capítulos I y III de las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia, *Cuadernos de información*, núm. 11.
- FALCÓN, R. y Pulido, E. (2010), *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons.
- FEINSCHREIBER, R. y KENT, M. (2013), OECD responds to base erosion and profit shifting, *Corporate Business, Taxation Monthly*, núm. 15.1.
- FUSTER, R. *et al.* (2017), Acción 4: limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros. *Fundación Impuestos y Competitividad*.
- GARCÍA, Marco (2014), El derecho tributario nacional frente a la normativa internacional fiscal: el *soft law*, en Ríos, Gabriela (coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA, C. (2015), *El derecho tributario actual: innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- GARCÍA, César (2006), Interpretación de los convenios de doble imposición internacional, en Godoy, Juan (coord.), *Estudio de derecho internacional tributario: los convenios de doble imposición*, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- GARCÍA, F. (2009), *Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición*, *Crónica Tributaria*, núm. 133.
- HERRINGTON, M. (2015), The OECD BEPS Project: A status Update, *International Transfer Pricing Journal*, núm. 4.
- KEOHANE, R. (1988), *Después de la hegemonía: cooperación y discordia en la política económica mundial*, Grupo Editor Latinoamericano.
- KOOPMAN, R. (2021), Examen estadístico del comercio mundial 2021, *Organización Mundial de Comercio*.
- LÓPEZ, C. (2010), *Principios básicos de fiscalidad internacional*, Marcial Pons.
- LÓPEZ, S. (2014), BEPS ¿un plan para la acción?, *Boletín Fiscal Iberoamericano*, núm. 18.
- LOWELL, C. y HERRINGTON, M. (2013), A Call to Rewrite the Fundamentals of International Taxation: The OECD BEPS Action Plan, *International transfer pricing journal*, núm. 6.
- MARTÍN, A. y Calderón, J. (2014), El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio? *Quincena Fiscal Aranzadi*.

Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, Viena 1969.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), 10 preguntas sobre *beps*. *OECD Publishing*, disponible en: <http://www.oecd.org/tax/beps.htm>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting. *OECD Publishing*. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. *OECD Publishing*, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (2014), Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters. *OECD Publishing*, disponible en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/lospaisess.ecomprometenaintercambi> págs. 2 y ss.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2013), Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010, Instituto de Estudios Fiscales, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2014), "Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, Berlín, Alemania", *OECD Publishing*, disponible en: <http://www.oecd.org/tax/transparency/berlin-statement-of-outcomes-es.pdf>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, Bridgetown, Barbados. *OECD Publishing*, disponible en: <https://www.oecd.org/tax/transparency/declaracion-de-resultados-2015.pdf>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. *OECD Publishing*, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2012), Modelo de convenio tributario sobre la renta y el patrimonio: versión abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264184473-es>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2–2015 Final Report,

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. *OECD Publishing*. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, OCDE. *OECD Publishing*, disponible en: [www.oecd.org/ctp/beps-2015-nota-explicativa.pdf](http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-nota-explicativa.pdf).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2022), *OECD Economic Outlook, Volume 2022 Iss.ue 1: Preliminary version*. *OECD Publishing*, disponible en: <https://doi.org/10.1787/62d0ca31-en>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2014), Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. *OECD Publishing*, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018), *OECD Economic Outlook, (Summary in Spanish)*, *OECD Publishing*, Volume 2018 Iss.ue 1.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios: informes finales, resumen informativo. *OECD Publishing*. disponible en: [www.oecd.org/fr/fiscalite/beps.htm](http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps.htm).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015), Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios: informes finales 2015, resúmenes. *OECD Publishing*, disponible en: [www.oecd.org/fr/fiscalite/beps.htm](http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps.htm).

RAMÍREZ, S. (2014), *Lecciones de fiscalidad internacional*, Tecnos.

RUBIO, Juan (2007), Principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional, en Cordón, Teodoro (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

RUGGIE, J. (1992), Multilateralism: The Anatomy of an Institution. *International Organization*, núm. 46/3.

SÁNCHEZ, G. (2018), El multilateralismo frente a los problemas fiscales internacionales del siglo XXI, *RCyT Centro de Estudios Financieros (CEF)*, núm. 148.

SÁNCHEZ, María (2016), La iniciativa BEPS a la luz de las perspectivas abiertas por el intercambio automático de información, en García-Herrera, Cristina (coord.), *IV Encuentro de Derecho financiero y tributario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

SAN MARTÍN, J. *et al.* (2017), Evasión del impuesto al valor agregado y del impuesto sobre la renta. *UDLAP*.

SERRANO, F. (2014), El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 72.

SOL, Jesús (2006), Alcance general, impuestos cubiertos y definiciones en los convenios de doble imposición, en Godoy, Juan (coord.), *Estudio de derecho internacional tributario: los convenios de doble imposición*, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

VALLEJO, José (2007). La competencia fiscal, en Cordón Ezquerro, Teodoro (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

Páginas web

Guerra Comercial entre China y Estados Unidos, disponible en: <https://www.ig.com/es/estrategias-de-trading/guerra-comercial-entre-ee-uu-y-china--el-mayor-conflicto-comer-200218>.

Intercambio automático de información, disponible en: <https://www.oecd.org/tax/transparency/el-foro-global-marca-un-cambio-dramatico-en-la-lucha-contra-la-evasion-fiscal-con-el-inicio-generalizado-del-intercambio-automatico-de-informacion-financiera.htm>.

Países signatarios de instrumento multilateral OCDE/G20, disponible en: línea en <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

---

\* ORCID: [0000-0002-4119-7917](https://orcid.org/0000-0002-4119-7917). Profesora adscrita a la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Autónoma de Sinaloa, en México; doctora en administración, Hacienda y justicia social por la Universidad de Salamanca; doctora en estudios fiscales por la Universidad Autónoma de Sinaloa; miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correos electrónicos: [dorismendoza@usal.es](mailto:dorismendoza@usal.es); [dorismendoza@uas.edu.mx](mailto:dorismendoza@uas.edu.mx).

<sup>1</sup> La OCDE señala que la doble imposición jurídica internacional puede definirse como el resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo periodo de tiempo (OCDE, 2012, p. 7).

<sup>2</sup> Los precios de transferencia son los precios que pactan las empresas de un mismo grupo empresarial respecto a sus operaciones comerciales y financieras (OCDE, 2013b, p. 44).

<sup>3</sup> El principio de libre competencia regula los precios de transferencia de las transacciones entre empresas partes relacionadas y la evaluación de estos; su objetivo es tratar a las empresas intragrupo y sus operaciones como si las realizaran entidades independientes (OCDE, 2013b, pp. 22 y ss. 44).

<sup>4</sup> Juan San Martín *et al.* (2017, p. 46) manifiestan que hay dificultad para obtener información de operaciones que por naturaleza son ilícitas, por lo que se requieren metodologías que permitan conocer a profundidad las cuestiones de evasión fiscal, con el propósito de aportar evidencia de las prácticas evasivas y de realizar propuestas para combatir la evasión fiscal.

<sup>5</sup> El principio de territorialidad, fuente u origen de la renta sujeta a imposición a personas residentes y no residentes que obtienen beneficios en su territorio; el principio de residencia o personalista implica gravar la riqueza mundial de los sujetos residentes o nacionales, generada dentro y fuera de territorio nacional, el cual admite dos modalidades: residencia y nacionalidad (Jesús Sol, 2006, p. 75; Juan Rubio, 2007, p. 79 y Mercé Costa *et al.*, 2005, pp. 440 y ss).

<sup>6</sup> De acuerdo con Fernando Serrano (2014), el MC OCDE de 1992 fue el primero en incluir una recomendación general para incluir medidas antiabuso en los convenios de doble imposición; sin embargo, el autor advierte que en las disposiciones del MC OCDE relativas al abuso de convenio o la cláusula genérica antiabuso, comentarios al artículo 1, persiste la posibilidad

de que la diferente concepción de abuso o fraude ocasione problemas en su aplicación; en tanto, aconseja incluir en los convenios, cláusulas de beneficiario efectivo (p. 50).

<sup>7</sup> El Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos es utilizado por la mayoría de los países; no obstante, existe el Modelo de Convenio de la Organización de las Naciones Unidas, elaborado en 1980 y revisado en 2001, el cual otorga mayor importancia al criterio de la fuente favoreciendo a países en vías de desarrollo en comparación con el gravamen basado en la residencia; Estados Unidos tiene su propio Modelo de Convenio (Ramón Falcón y Elvira Pulido, 2010, p. 22, y Francisco García, 2009, pp. 103 y ss.).

<sup>8</sup> En reflexión de Miguel Collado (2007, p. 154); Marco García (2014, pp. 139 y ss); Salvador Ramírez (2014, pp. 17 y ss.) y Jesús Sol (2006, pp. 80 y ss.).

<sup>8</sup> En los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organismos Internacionales o entre Organizaciones internacionales se describen las reglas generales de interpretación y los medios de interpretación complementarios de los tratados internacionales.

<sup>10</sup> Otros informes hacen referencia a cuestiones sobre precios de transferencia en contextos específicos; precios de transferencia y empresas multinacionales, tres cuestiones fiscales de 1984, y el informe de subcapitalización de 1987.

<sup>11</sup> Existe un híbrido, instrumento financiero o entidad de efecto híbrido, en la manera en que un pago transfronterizo realizado a través de esos mecanismos genere desajuste al no considerar la tributación del ingreso en manos de la contraparte.

<sup>12</sup> Se considera pertinente garantizar la no obtención de beneficios del convenio a entidades con doble residencia; por ello, la acción 6 del Plan de Acción OCDE/G20 mediante la modificación del artículo 4.3 del MC OCDE da respuesta a la preocupación suscitada de prácticas elusivas relacionadas a sociedades con doble residencia (Mar Barreno *et al.*, 2015, p. 17; OCDE, 2015g, pp. 10 y ss; OCDE, 2015e, p. 15 y OCDE, 2015f, p. 7).

<sup>13</sup> *ratio* fija y *ratio* global son normas centradas en limitar la deducción de intereses y pagos financieros; *ratio* fija determina el porcentaje de las deducciones de una empresa del grupo multinacional, en cambio, mediante la *ratio* global se establece el porcentaje de deducciones del grupo multinacional.

<sup>14</sup> Matthew Herrington (2015) indica el aumento del 30% en el gasto cualificado considerado en el numerador de la fórmula, es decir, 30 por ciento más del total gastado por la empresa matriz originado por otras empresas del grupo. En este sentido, Mar Barreno *et al.* (2015) señalan que *nexus* es un enfoque basado en la relación existente entre ingresos y gastos directamente vinculados con el desarrollo del intangible o patente (pp. 19 y ss.); asimismo, *nexus* analiza la proporcionalidad entre ingresos derivados de la creación del intangible o patente y los gastos incurridos. Es importante mencionar que el aumento del 30 por ciento de los costes cualificados fue aprobado por la OCDE y el G20, a merced de la propuesta germano-británica modified *nexus* approach, la cual constituye dos elementos: i. incremento de costos cualificados, y ii. la limitación y desmantelamiento gradual de los regímenes de propiedad intelectual, junio de 2016 y junio de 2021, respectivamente; así lo explica José Calderón (2015, pp. 16 y 17).

<sup>15</sup> Las reservas previstas que admite el Convenio Multilateral se expresan en el artículo 28 de la Convención Multilateral (OCDE, 2016, p. 37).

<sup>16</sup> De ahí que María Sánchez (2016) apueste por la precisa contextualización del Plan de Acción OCDE/G20 en el escenario del intercambio automático y obligatorio de información fiscal, y la instauración de sistemas estandarizados y coordinados respecto a la captura de información fiscal, a fin de que los datos sean intercambiados y procesados de forma rápida por los países, y se utilicen únicamente para alcanzar los objetivos para los que fue creado; en coincidencia con la autora, es pertinente el intercambio de información para la correcta aplicación de algunas de las acciones *Beps*, en aras de evitar supuestos de doble imposición y no imposición de la renta transnacional (pp. 144 y ss.).

<sup>17</sup> La inclusión de los países en la iniciativa citada refleja su voluntad política para combatir la evasión fiscal internacional, instaurar sistemas coordinados de intercambio automático de información fiscal, constituir una cultura de cooperación administrativa mediante la coordinación y cooperación entre Administraciones tributarias, afirma María Sánchez (2016, p. 146); (OCDE, 2014b, pp. 2 y ss; OCDE, 2015c, pp. 2 y ss).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,  
nueva serie, año LV, número 163,  
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17492](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17492)

Recibido: 26 de octubre de 2021

Aprobado: 17 de mayo de 2022

## DIME DÓNDE PÚBLICAS, ¿Y TE DIRÉ?: TIEMPO, FORMA Y SELECCIÓN EN LAS REVISTAS JURÍDICAS LATINOAMERICANAS

TELL ME WHERE YOU PUBLISH AND I'LL TELL YOU?: TIME, FORM  
AND SELECTION IN LATIN AMERICAN LEGAL MAGAZINES

**Rodrigo MENESES REYES\***  
**Juan Jesús GARZA ONOFRE\*\***

### Resumen:

La publicación de revistas jurídicas es una práctica generalizada y bicentenaria en América Latina. Sin embargo, es muy poco lo que sabemos sobre las políticas editoriales que han adoptado las revistas jurídicas en la región. No se cuenta con información clara sobre el tipo de procedimientos, criterios y decisiones que deben esperar los estudiosos del derecho para publicar sus trabajos. Después de reflexionar sobre las principales discusiones y aproximaciones sobre el tema, este trabajo avanza la cuestión presentando información sistematizada sobre poco más de

### Abstract:

*The publication of legal journals is a widespread and bicentennial practice in Latin America. However, we know extraordinarily little about the editorial policies that legal journals have adopted in the region. There is no clear information on the type of procedures, criteria, and decisions that legal scholars should expect to publish their works. After reflecting on the main discussions on the subject, this work advances the discussion by presenting systematized information on little more than seven hundred legal journals that are published periodically in the region, as well as*

setecientas revistas jurídicas que se publican periódicamente en la región, así como los lugares y años en que fueron fundadas. Los datos sirven para describir los formatos y tiempos en que estas publicaciones son puestas a disposición del público, así como también, explica la estructura y procedimiento seguido por estas publicaciones para determinar qué se publica y qué no. De esta manera, intentamos ofrecer una representación estadístico-descriptiva de las principales características de los formatos, criterios, procedimientos y prácticas públicas y explícitas que dan sustento adjetivo y material a las revistas jurídicas en América Latina.

### **Palabras Clave:**

Educación jurídica, sociología del derecho, revistas jurídicas.

*the places and years in which they were founded. The data is used to describe the formats and times in which these publications are made available to the public, as well as explain the structure and procedure followed by these publications is explained to determine what is published and what is not. In this way we try to offer a statistical-descriptive representation of the main characteristics of the formats, criteria, procedures, and public and explicit practices that give adjective and material support to legal journals in Latin America.*

### **Keywords:**

*Legal education, sociology of law, legal journals.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *(Re)conociendo a las revistas jurídicas. Discusiones y aproximaciones*. III. *Fuentes, métodos y criterios de selección*. IV. *Hallazgos: tiempos, formas y escrutinio en la publicación de ideas jurídicas*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La trascendencia del campo de las publicaciones jurídicas periódicas —revistas en términos generales— es innegable dentro de la cultura legal latinoamericana.<sup>1</sup> Tan sólo el hecho de que se trate de un ámbito de divulgación del conocimiento fundado desde hace más de un siglo, y de que esté presente, sin excepción, en todos y cada uno de los países de la región, demuestra la relevancia que han tenido las revistas en la formación, divulgación, consolidación y transformación del conocimiento y la profesión en una parte del mundo caracterizada por la inestabilidad política y el cambio constitucional.<sup>2</sup> Pero quizá por la diversidad cultural, étnica y política que se extiende a lo largo de los países

de América Latina, o acaso por la multiplicidad de debates, instituciones y subsistemas jurídicos que se despliegan en esta región continental, lo cierto es que resulta escasa la información sistematizada con que contamos sobre las prácticas, reglas y políticas editoriales que han adoptado las revistas jurídicas en esta parte del globo.

Son muy pocas las investigaciones, bancos de datos o repositorios bibliográficos que permiten dar cuenta del tipo de procedimientos, procesos, criterios y decisiones que deben seguir los juristas y los teóricos del derecho para publicar sus investigaciones. Tampoco se tiene información certera en torno a los estándares de veracidad, equidad, pluralidad o innovación que siguen estos medios de comunicación y divulgación del conocimiento jurídico. En otras palabras, poco sabemos sobre qué opciones y alternativas editoriales existen en la región latinoamericana para divulgar periódicamente las ideas, desarrollos, implementaciones o debates que surgen sobre las principales instituciones jurídicas, a qué reglas deben sujetarse los estudiosos del derecho que desean publicar y divulgar sus ideas entre la comunidad jurídica latinoamericana y qué tan periódicamente se divulgan estos debates y bajo qué formato.

Además de ofrecer algunas respuestas a estas interrogantes, en este artículo nos proponemos alcanzar dos objetivos. Por un lado, proveer información sistematizada sobre una muestra integrada por más de setecientas revistas jurídicas que se publican periódicamente en la región, presentando información sobre los países y años en que fueron fundadas, formatos y tiempos en que estas publicaciones son puestas a disposición del público, así como la estructura y procedimiento seguidos para determinar qué se publica y qué no. Por otro lado, ofrecer una caracterización empíricamente documentada sobre las reglas, criterios, procedimientos y prácticas públicas y explícitas que, en mayor o menor medida, dan sustento adjetivo y material a las revistas jurídicas en América Latina.

Partimos de hipotetizar que el mundo de las revistas jurídicas latinoamericanas es un campo heterogéneo y discrecional de divulgación pública e influyente de ideas, debates y conocimientos en torno a la estructura, operación o funcionamiento de las normas, instituciones y prácticas que sustentan a los sistemas legales de la región. Mostramos su “heterogeneidad” mediante el análisis estadístico-descriptivo de los criterios, formatos y reglas editoriales, públicas y explícitas, sobre las que se construye la determinación de publicar o no un artículo en una muestra de revistas jurídicas latinoamericanas (N=753). Aquí, el trabajo demuestra que, al menos dentro de la muestra analizada, no existe consenso entre los cuerpos editoriales que integran las

revistas jurídicas en torno a los formatos, periodicidad, idiomas y procesos de selección de artículos. Asimismo, mostramos que dentro de las prácticas que predominan en la región se encuentran: la preferencia por los formatos impresos (no *online*); la predilección por publicar artículos en una lengua única, preponderantemente español o portugués (no bilingües); la inclinación a no dictaminar los artículos bajo las reglas convencionales del conocimiento científico contemporáneo.

Para ilustrar la dimensión “discrecional” del campo, nos concentramos en explicar cuáles son los criterios y reglas que ordenan el proceso editorial de las revistas latinoamericanas incluidas en la muestra. Reflexionamos en torno a los tipos de “dictaminación” que predominan en el campo de las revistas científicas en general y los que predominan en el campo de las publicaciones jurídicas latinoamericanas incluidas en la muestra. Mostramos que, a diferencia de lo que ocurre en otras disciplinas, el proceso de dictaminación por pares doble ciego es, aun, una práctica no preeminente en la región. Concluimos que el carácter impreso, monolingüe y no dictaminado de las revistas jurídicas latinoamericanas, en conjunto, han configurado un ámbito poco transparente, que pareciera rayar en el hermetismo.

Cerramos el artículo con una serie de ideas en torno al estado actual de las revistas jurídicas latinoamericanas. En primer lugar, hacemos notar la permanencia y vigencia con que cuenta este dispositivo de difusión entre la comunidad jurídica. Reflexionamos en torno a la forma en que este campo ha impulsado poco a poco la difusión, legitimación, almacenaje y registro del conocimiento científico dentro del derecho. En segundo lugar, presentamos un recuento de las principales características identificadas en el estudio. Teorizamos respecto a la forma en que la permanencia y generalidad de un campo predominantemente impreso, monolingüe y con reglas poco claras y transparentes de selección y publicación de artículos sobre el derecho en América Latina refuerza y se adhiere a una imagen del derecho en la región como un sistema de reglas e instituciones monoculturales, escritas y discrecionales. En tercer lugar, destacamos algunas tendencias y prácticas recientes en las revistas jurídicas latinoamericanas. Subrayamos la importancia que ha tenido el surgimiento de formatos digitales, bilingües y dictaminados por pares como un medio para cuestionar y reconfigurar las reglas, criterios y estándares a través de los que se comunica y difunde el conocimiento jurídico en la región.

Una vez realizada la presente introducción, el contenido del artículo se despliega a partir de tres secciones. En la primera, revisamos la literatura en torno a las revistas

jurídicas tanto en México como en otras comunidades jurídicas. Después, exponemos los datos sobre los que construimos el análisis y explicamos la forma, los criterios de inclusión y sistematización de la información que utilizamos para construir la muestra. Por último, discutimos los principales hallazgos obtenidos en la investigación. De esta manera, intentamos ofrecer una representación estadístico-descriptiva de las principales características de los formatos, criterios, procedimientos y prácticas públicas y explícitas que, en mayor o menor medida, dan sustento adjetivo y material a las revistas jurídicas en América Latina para proponer algunas respuestas a nuestra hipótesis de investigación. El trabajo finaliza al momento en que resumimos esquemáticamente algunos de nuestros hallazgos y presentamos diversas conclusiones para avanzar la discusión y el conocimiento en torno al campo de las revistas jurídica latinoamericanas.

## **II. (RE)CONOCIENDO A LAS REVISTAS JURÍDICAS: ALGUNAS DISCUSIONES Y APROXIMACIONES**

En este trabajo, compartimos la idea de que las revistas especializadas juegan un papel central en la formación de la cultura jurídica dentro de un determinado contexto. Partimos de presumir que cada institución jurídica que cuenta con un órgano periódico de divulgación de ideas tiene el potencial de afectar la naturaleza de la enseñanza del derecho tanto en términos formales (por ejemplo, determinado la estructura y organización de las narrativas y discursos jurídicos expertos) como en términos sustantivos (por ejemplo, determinando qué es lo que la academia jurídica puede publicar y leer) y materiales (por ejemplo, determinando el formato y la extensión de los materiales que se publican) (Friedman, 1998, p. 661). De hecho, habrá que decirse, “la revista fue también el instrumento ideado por los juristas para elaborar un discurso común en torno a las normas y otorgarle así la categoría de ciencia” (Carlos Petit, 2020, p. 13).

A diferencia de lo que ocurre con otras tradiciones o culturas jurídicas (notablemente Norteamérica, ver Friedman, 1998),<sup>3</sup> el conocimiento que se tiene sobre las revistas jurídicas en América Latina es muy incipiente, acaso fragmentado y heterogéneo. Si bien es cierto que en nuestras latitudes de manera excepcional es posible encontrar bibliografía actualizada, rigurosa y cuantitativa (que no sea propiamente de corte histórico o analítico) sobre este tema en particular, también lo es que la mayor parte de la información disponible se enmarca dentro de la organización de congresos, coloquios, jornadas de reflexión, y demás eventos afines a redes y conglomerados organizados en torno *a* y en ocasiones, *por* las propias revistas jurídicas (véase por

ejemplo: José L. Nieto Mingo, 1988; Agustín Squella, 2000; Abel L. Packer, 2015; Thomas Duve, 2016; José Omar Orler, 2016; Edgar Corzo Sosa, 2018). No por nada, afirmamos que hace apenas algunos años el análisis y el estudio de las revistas jurídicas y de sus alcances apenas parece haber comenzado.

Sin embargo, en una profesión marcada por las costumbres y las formas, habrá que recordar la preponderancia que han tenido los libros y los manuales en la formación de capital cultural dentro del ámbito jurídico. Ante la severidad y reflexión que (supuestamente) encierra la publicación de vastas obras bibliográficas realizadas de manera exclusiva por un solo autor, las revistas, muchas veces, fueron contempladas como proyectos híbridos, y más bien de corte efímero que, antes que generar conocimiento serio y bien ponderado, su difusión se ponía en entredicho, por su premura, y es que, “en los momentos de la transformación del método científico, la revista ofrecía aún un terreno natural al ensayo y al experimento; era la palestra intelectual para luchar por una obra todavía inacabada que había de resistir la prueba de la prensa periódica antes de merecer la dignidad reservada al volumen autónomo” (Carlos Petit, 2020, p. 13). Esto, en definitiva, provocó desde sus orígenes que las revistas no fueran bien recibidas y, por ende, el interés en su teorización haya sido a contracorriente. Como lo señala Pérez Perdomo,

Savigny destacó la importancia de las revistas de derecho con ocasión de fundar la Revista de la Escuela Histórica. En la época era considerado más apropiado publicar libros en vez de artículos de revista. Savigny consideró que las revistas tienen la ventaja de ofrecer a los autores ocasión frecuente de comunicar su pensamiento. "La literatura de una nación no se da ni permaneciendo inmóvil, ni manifestándose parcial y exclusivamente en libros y autores aislados: al contrario, se produce y anima por los sabios todos en comunidad y mutua acción y reacción con el público" (Rogelio Pérez Perdomo, 2015, p. 224).

Tanto por sus orígenes como por su naturaleza, no cabe duda de que la falta de reflexión sobre la importancia de las revistas jurídicas en la construcción de la cultura jurídica ha dificultado su análisis y comprensión en la práctica del derecho.

El andamiaje de las revistas jurídicas en Latinoamérica ha impulsado poco a poco la legitimación, almacenaje y registro del conocimiento científico en el derecho; sin embargo, al comunicar y difundir tal información entre una determinada comunidad epistémica, se comparte una base intersubjetiva que fija tanto los objetivos de

investigación como los propios métodos para alcanzarlos, los enfoques y los procesos, e incluso hasta las formas de evaluar los resultados obtenidos; los márgenes de discrecionalidad en estudiar un tema que, en ocasiones, parecería rayar en el hermetismo. Así, aunque muchas de las respuestas que giran en torno a las interrogantes anteriores oscilan entre un abanico de posibilidades, una primera manera de aproximarse a la comprensión del proceso de formación de este campo parece sustentarse en un común denominador, que es posible ubicar dentro del exacerbado formalismo que permea todos los ámbitos de la cultura jurídica en Latinoamérica. Es decir, bajo el afamado y conocido refrán de que en el gremio abogadil “la forma es fondo”, al solventar una serie de requisitos, estándares y cumplir con lo que se suele esperar en la tramitación y transmisión del conocimiento jurídico. De tal suerte que el ámbito académico suele fungir como el vehículo idóneo para legitimar una serie de doctrinas e ideas reelaboradas a lo largo de siglos gracias a la interpretación de leyes positivas, construyéndose así una especie de ideología profesional “cuya virtud consiste en el conocimiento de la historia de las interpretaciones o en la habilidad para construir nuevas lecturas de los textos en sí mismos, con escasa referencia a las prácticas sociales que surgen de ellos y, a la vez, les dan sentido” (Alberto Binder, 2007, p. 11).

De este modo, las revistas jurídicas se pueden llegar a convertir en una especie de “carta de presentación”, un elemento ornamental (incluso de mercadotecnia) de un sinnúmero de escuelas de derecho o de instituciones dedicadas a la investigación legal, las cuales, sin que necesariamente importe lo que ahí se publique, o acaso cumplir con los estándares de calidad mínima, se consideran suficientes para intentar ser parte de una comunidad global en donde la lógica de las formas jurídicas se superpone a cualquier otro aspecto.

Así, bajo un lente idealizado y ornamental, estos instrumentos son contemplados a manera de “vitrina” de la realidad, al trasuntar los cambios que se producen en la sociedad y que repercuten en la jurisprudencia, en la doctrina, en la legislación, y no sólo en la propia, sino en la de países latinoamericanos y europeos” (María Rosa Pugliese, 2015, p. 89), o incluso percibidos como centros de creatividad, donde se celebra la efervescencia y el compromiso de la juventud. Sirviendo de facilitador para el contrapunteo de ideas... Pues con su análisis riguroso sobre asuntos noveles, su pensamiento creador con la objetividad de análisis y capacidad de sistematización, las revistas jurídicas están llamadas a ser partícipes del constante crecimiento del Derecho (Anabelle Rodríguez, 2011, p. 485).

Frente a este carácter tan idílico como hermético de las revistas, parece importante recordar que la masificación de escuelas de derecho y sus estudiantes que desde hace años existe en nuestras regiones (Rogelio Pérez Perdomo, 2005, p. 7), aunado a un “exceso de autonomía” y una “democratización incontrolada” del ingreso a la profesión (Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos, 2019), en definitiva, han ido cambiando el *ethos* público del derecho. La excesiva liberalización de un ámbito jurídico cada vez más dominado por las exigencias del mercado, entre otros múltiples factores, generó una proliferación de revistas especializadas (como se verá más adelante) cuyo análisis y sistematización, simple y sencillamente, resultará difícil abarcar y conocer a profundidad no sólo debido a un mero factor cuantitativo, sino también, y quizá sobre todo, en ocasión de su intermitencia respecto a su publicación, edición y mantenimiento a lo largo del tiempo. No obstante, la existencia de una diversidad de temáticas, instituciones y tradiciones en la materia, y a pesar de que muchas de las revistas se caracterizan por ser publicadas en acceso abierto “bajo el concepto de que el conocimiento científico es un bien público” (Abel L. Packer, 2015), lo cierto es que los requerimientos para poder ser reconocidas como revistas de calidad implica una fuerte reorientación de esfuerzos administrativos y financieros. Por eso, no resulta casual que algunos afirmen que las revistas de investigación jurídica han adquirido “una forma globalizada (capitalista/mercantil) de concebir y divulgar la ciencia” (César Jiménez-Yañez, 2020), forma, por demás, difícil de rastrear bajo efímeros parámetros de eficiencia y productividad,<sup>4</sup> que terminan por desincentivar su conocimiento —muy en línea con la creciente privatización del derecho—. En ese orden de ideas, como lo han escrito en un reciente artículo Daniel García López y Luisa Winter Pereira, vale la pena dejar constancia que en este campo

Seis editoriales científicas controlan el 50% de la producción académica (Elsevier, Springer, Taylor&Francis, Wiley-Blackwell, American Chemical Society, Sage publications) e imponen el inglés como lengua neutra y universal al modo del latín medieval. Dos de ellas, empresas privadas transnacionales con ánimo de lucro, financian los índices de impacto internacionales JCR y SCOPUS. Si a éstas sumamos las agencias de evaluación de cada país, conforman una suerte de troika académica que gobierna el saber a partir de establecer los criterios del saber válido y legítimo y del saber espurio e ilegítimo, produciendo austericidios epistémicos. La troika académica nos muestra que el rey (la Universidad) reina, pero no gobierna. Desde su poder imperial, esta troika académica es la encargada de conceder ciudadanía académica y estatus epistemológico en una situación de deuda permanente. Lo que tenemos son dinámicas endógenas de

privatización en la educación superior por medio de tecnologías de control que evalúan constantemente la producción académica (Daniel J. García López y Luísa Winter Pereira, 2021, p. 187).

Aquí, la urgencia por mantener renovados los contenidos de las revistas jurídicas en una región con constantes cambios políticos, en donde la faceta que cumplen quienes escriben en dichas publicaciones se torna crucial, en definitiva, depende de un factor temporal, esto “no tanto porque sea así como se adiciona un nuevo contenido, sino también porque así se logra actualización en los diversos aspectos abordados y una constante evaluación de los contenidos a difundir” (Edgar Corzo Sosa, 2018). Como han escrito algunos en la era de la academia netflixizada, los papers no permiten juego ni seducción. Escribir sobre un tema se vuelve maquinal. El imperativo neoliberal de rendimiento reduce el texto académico a un objeto funcional que debe ser optimizado al tiempo que exige la producción masiva de lo nuevo. Lo que hace que quien se dedique a la academia sea totalmente fungible, intercambiable en tanto repetitivamente igual. Las condiciones materiales de la academia imposibilitan lo singular, lo incomparable, expulsando lo distinto en tanto no encuadrable en el algoritmo de las acreditaciones académicas para poder entrar, sobrevivir y promocionar en la academia (Daniel J. García López y Luísa Winter Pereira, 2021, p. 186).

A la par de esto, mientras el objetivo de las personas que ahí intenten publicar sea ahondar en sus temáticas particulares para intentar posicionarlos dentro de los espacios relevantes de discusión jurídica, el desarrollo de trabajos sobre cómo se conforman esos espacios editoriales se torna algo secundario. Así, escribir en revistas jurídicas sobre revistas jurídicas es una actividad que no será del todo conveniente, pues si se parte de que una de las características de cualquier publicación científica debe ser su vocación crítica (Edgar Corzo Sosa, 2018), al final, habrá que indagar en aspectos que necesariamente resultarán incómodos para su posterior teorización y análisis.

Ante razones tan divergentes y poco exploradas, no queda más que subrayar la falta de interés dentro de la academia jurídica latinoamericana por comprender el contenido, funcionamiento, organización y efectos que tiene el campo de las revistas jurídicas. Y aunque se puede “revisar y mejorar la calidad de las revistas, evaluando la calidad de los autores”, también es cierto que “poco sabemos del impacto de esas publicaciones entre los lectores”. “Las publicaciones académicas electrónicas, especialmente las gratuitas, administradas por instituciones educativas, de a poco van desligándose del público lector, quien no suele tener espacio como tal (por ejemplo, «en cartas de lectores» o

debates) y pasa a ser un número en el reporte de clics de artículos descargados (Inés Beriso, 2016, p. 25).

Como una vía para comenzar a saldar esta brecha, en este artículo recurrimos a diversas herramientas que brinda el análisis cuantitativo, con el fin de presentar un panorama general sobre el campo de las revistas jurídicas latinoamericanas: dónde se publican, qué tan frecuentemente aparecen en el mercado, en qué formatos se publican, bajo qué reglas editoriales se seleccionan los artículos que publican estas revistas, son algunas de las preguntas que respondemos en las secciones posteriores.

Por ahora, queremos destacar que nuestra preocupación no es novedosa, pero se adhiere a una nota marginal casi siempre presente en los debates sobre las condiciones en que se presentan y discuten las ideas dentro de las comunidades jurídicas latinoamericanas. De hecho, desde hace veinte años, el jurista chileno Agustín Squella señaló:

hay una cuestión que tal vez no hemos medido, porque también en esto sería bueno disponer algún día de datos empíricos, o sea, saber cuál es el acceso de los operadores jurídicos a las revistas jurídicas. No estamos habituados a hacer estudios en esta situación, y todos incurrimos en el mismo error mío, que es hacer planteamientos analíticos. Bueno, yo creo que ese tipo de planteamientos sirven para algo, al menos para motivar el ejercicio intelectual, y por eso los he hecho, pero también en este campo estamos necesitados de estudios empíricos. Si queremos preguntarnos cuánto influye la literatura jurídica, y en particular las revistas, en la cultura jurídica de los operadores jurídicos, deberíamos tener no solo una buena identificación de cuáles son las revistas jurídicas, sino también de cuál es realmente el acceso de los operadores jurídicos a nuestras revistas. Y todavía no habríamos terminado la investigación, porque habría que sondear algo más fino, más difícil de escrutar: si efectivamente los operadores jurídicos que acceden a las revistas jurídicas obtienen de ellas elementos que influyen en su manera de trabajar con el derecho (Agustín Squella, 2000, p. 662).

### **III. FUENTES, MÉTODOS Y CRITERIOS DE SELECCIÓN**

El presente trabajo se construye sobre el análisis estadístico-descriptivo de una muestra compuesta por un total de 753 revistas jurídicas publicadas a lo largo de dieciocho países latinoamericanos. Para la búsqueda de las revistas, recurrimos a los motores de búsqueda por Internet de Google, Google Académico, Latindex, Scielo y Redalyc. Las

voces usadas para la búsqueda fueron: *revista, boletín, anales, anuarios y cuadernos*. La selección de la muestra se realizó a través de una pesquisa dirigida en diferentes buscadores con el propósito de averiguar la cantidad y características generales de las revistas jurídicas latinoamericanas. Se realizó la búsqueda de revistas jurídicas país por país, así como por el año en que fueron fundadas. Un criterio común de selección fue que se tratara de revistas vigentes al menos durante los últimos diez años. Otro criterio es que tuvieran más de dos números editados. Por último, incluimos revistas que aparecían en al menos dos motores de búsqueda utilizados.

Dada la escasa producción de trabajos sobre el tema, no se cuenta con información que permita contrastar el grado de representatividad de la muestra. Pero algo que sí podemos describir es la forma en que se distribuyen las 753 revistas a lo largo de los dieciocho países incluidos en la muestra. Por país, la cantidad promedio de revistas jurídicas incluidas es de 41.8 (Min. 1/Max. 294; Desv. Est. 207). Los países que mayor cantidad de revistas representan en la muestra son: Brasil (294), Argentina (140), Chile (84), México (84). Los países que menos revistas aportan en la muestra son Bolivia y Paraguay, con una observación por país. La tabla siguiente sintetiza la distribución de revistas por país incluidos en la muestra.

Tabla 1  
Cantidad de revistas incluidas en la muestra por país de publicación

País	Cantidad de revistas incluidas en la muestra
Bolivia	1
Paraguay	1
Cuba	3
Guatemala	3

Puerto Rico	3
Nicaragua	5
Panamá	6
Costa Rica	13
Venezuela	13
Perú	14
Ecuador	15
República Dominicana	17
Colombia	28
Uruguay	29
Chile	84
México	84
Argentina	140
Brasil	294

Una vez identificadas las revistas que cumplieron con los criterios de selección, procedimos a sistematizar la información referente a: (1) País de publicación; (2) Formato (*online*-impreso); (3) Tipo de publicación; (4) Nombre de la publicación; (5) Editorial; (6) Temas o áreas de concentración; (7) Año de fundación; (8) Idioma de publicación (español-portugués/bilingüe); (9) Frecuencia con que aparece la publicación; (10) Número de páginas por tomo; (11) Número promedio de páginas por artículo publicado; (12) Proceso de selección (dictaminado/no dictaminado); (13) Tipo de dictamen (pares doble ciego/otro). Así, el análisis que presentamos se fundamenta en la búsqueda, sistematización, revisión y exploración de un total de 9,789 observaciones.

Además de permitirnos construir una descripción sistemática de cada una de las publicaciones identificadas, la información contenida en la muestra nos facilitó la problematización y documentación empírica de algunas cualidades del campo de las revistas jurídicas que hasta ahora no han sido plenamente discutidas en la literatura experta en la materia, y que nos parece necesario comenzar a poner sobre la mesa, tales como los formatos, procedimientos y las reglas que deben seguir los artículos que se publican en estas revistas.

Y es que si bien es cierto, como mencionó Paolo Grossi, “esas Revistas, que salieron hace cien años o tan solo ayer, constituyen a menudo durante su ininterrumpida existencia un signo de continuidad entre el pasado y el presente, y pueden representar un banco de trabajo común donde el historiador del derecho y el experto del derecho positivo se sienten conjuntamente para trabajar, bien con diversos instrumentos o bien con diferentes lentes de lectura” (Paolo Grossi, 1997, pp. 22-26), también lo es que mientras las repercusiones de esas revistas no se analicen a profundidad, difícilmente se podrán tender puentes que sirvan a un mejor entendimiento generacional de la realidad por medio de la cultura jurídica.

Así, por ejemplo, nos parece que el idioma en que son publicadas estas revistas no es únicamente relevante en términos descriptivos (ejemplo: en qué lenguas se transmiten las ideas jurídicas en la región), sino además en términos políticos y culturales, pues permite cuestionar o reafirmar el aparente monismo jurídico que predomina en una región del mundo en que trashuman más de 520 pueblos indígenas que se comunican en más de 420 lenguas diferentes (Óscar Correas, 2007).<sup>5</sup>

De la misma forma, consideramos que averiguar el formato en que se publican estas revistas (*online-impreso*) no sólo tiene relevancia para documentar la capacidad que muestra el campo de las publicaciones jurídicas latinoamericanas para adaptarse a los nuevos medios y racionalidades que dictan los tiempos y mecanismos de transmisión de la información en un mundo virtualizado y digitalizado, pues al mismo tiempo nos permite ilustrar las condiciones en que las ideas jurídicas que se desarrollan en esta parte del mundo son difundidas y expuestas frente a una mayor cantidad de lectores, regiones, idiomas, redes epistémicas o repositorios, motores y *softwares* de acopio, búsqueda y control de originalidad de los trabajos que se difunden a través de este campo.

Asimismo, averiguar los procesos a través de los que son seleccionados y publicados los artículos que aparecen en estas revistas (dictamen/no dictamen) nos permite tanto prefigurar algunas expectativas y prácticas operativas del campo como inquirir acerca de los grados de exposición y escrutinio que deben transitar las ideas jurídicas para ser seleccionadas y puestas a disposición del público en América Latina.<sup>6</sup>

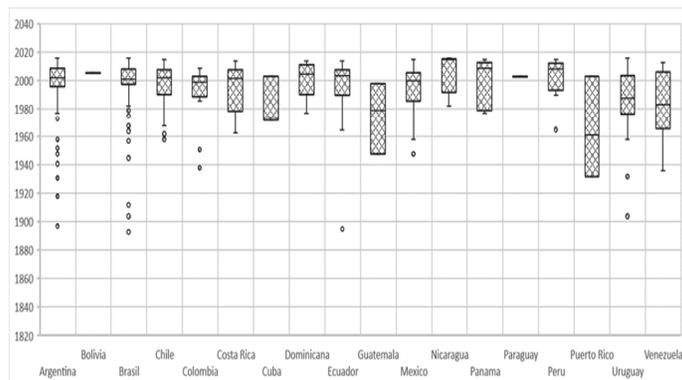
Una vez definida la muestra y las categorías de interés, realizamos un análisis de corte estadístico-descriptivo en torno a la información. A continuación, presentamos la información en términos univariados (medias, proporciones, porcentajes) y por medio de algunas representaciones gráficas. En la siguiente sección exponemos, describimos y explicamos los principales resultados obtenidos de este proceso.

#### **IV. HALLAZGOS: TIEMPOS, FORMAS Y ESCRUTINIO EN LA PUBLICACIÓN DE IDEAS JURÍDICAS**

Como hemos insistido a lo largo de este trabajo, en una región subcontinental en donde la inestabilidad política y el cambio legal han configurado una racionalidad sociocultural susceptible a la discontinuidad y debilidad de las prácticas e instituciones a través de las que la ley se comunica y es puesta en marcha, es destacable que tanto en América Latina el campo de las revistas jurídicas reporte sus orígenes desde, por lo menos, el siglo XIX, como que este campo de divulgación de ideas tenga presencia y siga su desarrollo a lo largo de la mayor parte de las comunidades legales de la región [véase Ilustración 1].

##### Ilustración 1

Revistas incluidas en la muestra por país de publicación y año de fundación



La ilustración I representa el número de revistas incluidas en la muestra por país de publicación y año de fundación para las que fue posible localizarlo (N=734). Dentro de las que aparecen representadas se encuentran algunas publicaciones, como la *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, fundadas hacia finales del siglo XIX (1893), así como algunas bastante recientes, como *Trabajo y Derechos Humanos*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, fundada en 2016. Asimismo, destaca que el año promedio de fundación de las revistas incluidas en la muestra sea 1997. De hecho, que en la década de los noventa se reporte la fundación de la generalidad de las revistas analizadas parece indicar que a pesar de la permanencia que ha tenido este campo no logró institucionalizarse plenamente en la región hasta casi un siglo después de haberse fundado la primera revista del universo analizado.

Sin embargo, no sólo el número de revistas jurídicas se incrementó durante las últimas décadas. En igual forma cambiaron los formatos, la periodicidad y la pluralidad de idiomas en que las revistas jurídicas latinoamericanas aparecen en el mercado de ideas hoy en día.

En el caso de los formatos, aunque es notable la preferencia que tiene la publicación impresa de revistas jurídicas sobre cualquier otro tipo de opción (65%), también llama la atención que casi una cuarta parte de las revistas incluidas en la muestra se publiquen de forma exclusiva en formato electrónico (24%), y que únicamente, 11% de las revistas jurídicas opten por tener formatos mixtos (*online*-impreso). En resumen, según nuestra muestra, apenas 35% de las revistas jurídicas latinoamericanas se encuentran disponibles en formatos digitales, el resto, por el contrario, deben ser obtenidas, consultadas y leídas físicamente en papel.

Tabla 2  
Revistas jurídicas latinoamericanas. Formatos y páginas por tomo y artículo

	Formatos	Media	Desviación estándar
<b>Número de páginas por tomo (promedio)</b>	<i>Online</i>	206	342
	Impreso	240	834
	Mixto	256	389
<b>Número de páginas por artículo (promedio)</b>	<i>Online</i>	15	24.7
	Impreso	12	69.3
	Mixto	50	67.1

La hegemonía y tradición que tiene la publicación impresa de revistas jurídicas sobre los formatos digitales parece corresponderse y encontrar sintonía con el activo papel que ha jugado la expresión escrita de las ideas jurídicas en la conformación cultural de los sistemas legales latinoamericanos. Se trata, quizás de uno de los rasgos más distintivos del pasado colonial de la región que ni los cambios culturales que han sido impulsados durante los últimos años, ni tampoco el andamiaje e influjo del sistema anglosajón frente al romano-germánico, han logrado subvertir.<sup>7</sup> Pero aun en este contexto, es posible distinguir varias diferencias importantes. Por mencionar algunas: las revistas jurídicas que se publican en formatos mixtos (digitales e impresos) suelen ser aquellas que publican artículos y tomos con una mayor cantidad de páginas; en igual sentido, las revistas que se publican en formato impreso son las que presentan una menor uniformidad en cuanto al número de páginas que suelen publicar, al menos a juzgar por los valores de la desviación estándar [tabla 2].

En cuanto a los tiempos en que son publicadas las revistas jurídicas latinoamericanas, resalta que el formato semestral (dos números al año) es el más común entre las publicaciones analizadas (49%), seguido por los anuarios (18%) y los números

trimestrales (15%). En este sentido, es posible que la preponderancia de organizar dichas publicaciones cada seis meses corresponda a la forma como se suele estructurar el calendario escolar que siguen la mayoría de las instituciones educativas de estas latitudes; esto, aunado a que el capital humano y la cantidad de recursos económicos que son necesarios para solventar todos los procesos editoriales involucrados será menor siempre y cuando el tiempo de publicación entre cada número o edición sea más espaciado.

En relación con eso, también vale la pena mencionar que el 6% de las revistas que integran la muestra tienen una temporalidad indefinida o irregular. Podría pensarse que este dato es un indicio de la supuesta “irregularidad” o falta de “seriedad” con que operan las revistas jurídicas de la región. Aun así, es importante considerar que esta “irregularidad” parece disminuir en correspondencia con el formato en que estas revistas son puestas a disposición del público. Por ejemplo, mientras que el 78% de las revistas que tienen una temporalidad irregular se compone por publicaciones impresas, solo el 1% de las revistas publicadas en formato electrónico presentan tal característica.

Para finalizar, aunque el castellano y el portugués continúan siendo las lenguas predominantes en las revistas jurídicas latinoamericanas (56% y 35%, respectivamente), nos parece importante subrayar que el 9% restante se compone por un conjunto multilingüe de publicaciones jurídicas estructurado de la siguiente forma: 32% publicaciones en español e inglés; 25% publicaciones en español, portugués e inglés; 30% publicaciones en español, portugués, inglés y francés. Ninguna de las revistas incluidas en la muestra reporta la posibilidad de publicar trabajos, o al menos resúmenes, en alguna lengua originaria. En definitiva, las interpretaciones que se pueden hacer de la muestra obtenida en torno a las revistas jurídicas pueden llevarnos a conocer cada vez de mejor manera diferentes elementos cruciales para la conformación de la cultura jurídica en la región. En ese sentido, la revista puede reflejar una concepción homogénea del derecho, o de una rama de éste. O puede reflejar una posición política con impacto en el derecho. También es posible que el foro sea plural y acoja opiniones divergentes, eventualmente polémicas, pero debe tener un elemento cohesionador o la revista perdería vitalidad muy rápidamente. La diversidad de opiniones no descarta que consideremos a los colaboradores como grupo. El hecho mismo que publiquen en la misma revista en una época determinada configura a los colaboradores como grupo, aunque no conste que existan otras relaciones entre ellos. Lo usual es que la revista tenga un grupo de colaboradores asiduos cuyos elementos comunes indicarán la orientación o proyecto de la revista, pero se considera el pluralismo, es decir la diversidad de opiniones

y las polémicas, como una virtud y un signo de vitalidad (Rogelio Pérez Perdomo, 2015, p. 225).

La información recolectada hasta ahora permite caracterizar al campo de las publicaciones jurídicas en América Latina como un reflejo de las propias contradicciones que experimenta la profesión legal en la región (Rodrigo Meneses y Antonio Caballero, 2018). Por un lado, sobresale una inmensa mayoría de profesionales del derecho que aún se comunican en papel, de manera exclusiva en español, y que se desenvuelven en un contexto altamente local y monista en términos jurídicos.

La mayor parte de las revistas jurídicas de la región parecen responder a estas preferencias de consumo. Por otro lado, se presume la existencia de un grupo privilegiado de abogados capaces de comunicarse en nuevos formatos (*online*) e idiomas (predominantemente inglés), y que se desempeñan en áreas jurídicas transnacionales. Para este grupo, un nuevo tipo de publicaciones jurídicas parece haber comenzado a surgir. Sin embargo, los “posibles lectores” no son los únicos “usuarios” de las revistas, mucho menos los únicos actores que “determinan” el tipo de materiales que se publican.

De hecho, habrá que tener presente que el ámbito de las revistas científicas se fundamenta de manera preponderante en una serie de reglas, procedimientos y prácticas públicas y explícitas, es decir, en un conjunto de dinámicas editoriales que, en mayor o menor medida, dan sustento a las publicaciones que se intentan insertar y, eventualmente, consolidar dentro de una determinada cultura. En suma, una de estas prácticas esenciales es la de constituir un cuerpo editorial; otra es la de diseñar normas o criterios para estandarizar y determinar el tipo y formato de los materiales que se intentan publicar.

En cuanto a los cuerpos editoriales, sobra decir que se trata de un elemento esencial de la existencia de cualquier proyecto de esta índole, pues es el espacio donde se discuten y deciden desde elementos tan fundamentales como el nombre de la publicación, el formato, la periodicidad, así como las reglas que deberán seguir los posibles autores de artículos. Incluso se podría decir que es en este espacio donde se “constituyen” las revistas, así como las reglas y procedimientos que deberán seguir quienes desean publicar en ellas. En cuanto al segundo elemento, es posible afirmar que se trata de una consecuencia directa de las decisiones que toman los cuerpos editoriales. Básicamente se intenta responder a las preguntas: ¿quién decide qué tipo de materiales se publican? y ¿en qué condiciones?

La existencia de políticas editoriales claras, sostenidas en el tiempo y compartidas por una buena parte de la comunidad académica representa un elemento esencial del prestigio con que cuentan las revistas científicas especializadas. Y, dentro de estas políticas, la que mayor controversia ha generado en los últimos años es la existencia del dictamen, es decir, de un procedimiento claramente establecido para determinar la viabilidad de un artículo o idea que se pretende difundir.

Si bien existen diferentes procesos de dictaminación editorial y beneficios asociados a ellos, en el área particular de los estudios jurídicos el tipo de dictaminación suele estar relacionado con dos elementos primordiales. Por un lado, en algunos países como Estados Unidos, la tradición es que las revistas jurídicas sean editadas por estudiantes,<sup>8</sup> quienes se encargan de evaluar la pertinencia, integralidad y suficiencia de las fuentes y el análisis realizado por sus profesores (L. M. Friedman, 1998), lo que contribuye a fortalecer algunas habilidades y destrezas entre los estudiantes de derecho (J. H. Leibman y J. R. White, 1989), y, de alguna manera, a revertir las jerarquías que estructuran la profesión legal; y es que, por lo general las revistas jurídicas de facultad, incluidas las más prestigiosas donde publican los grandes juristas norteamericanos, siempre han sido editadas por un consejo de redacción formado por estudiantes, y pertenecer a ese consejo equivale a algo similar —salvando las distancias— a aparecer en aquellos “cuadros de honor” con que se premiaba a los alumnos más destacados en nuestras escuelas (acceden a ese privilegiado consejo los cuatro o cinco mejores expedientes tras el primer año, o quienes vencen en un examen-oposición organizado para este fin) (J. P. Pérez Lledó, 2006, p. 238).

En cambio, otros autores han señalado que la existencia de procesos de dictaminación que no sean realizados por pares anónimos promueve que las revistas — particularmente las jurídicas— publiquen artículos basados más en el prestigio, el género o las relaciones que han logrado acumular los autores, que en la calidad o grado de innovación de los materiales que se presentan (Gingerich, 2009). No por nada, en distintas ocasiones se han hecho notar los defectos de este método, entre los que sobresalen estar expuesto a los subjetivismos de los pares y los editores; además, que retarda los tiempos de publicación o que está sujeto a riesgos de contexto, como la falta de pares evaluadores capacitados o la falta de incentivos a esta actividad, ya que de forma general esta no es remunerada. Si bien es cierto que estos problemas son una realidad, los editores pueden tomar medidas preventivas al respecto para minimizar su ocurrencia (J. C. Villalba Cuéllar y A. González Serrano, 2014).

Según esta discusión, las políticas editoriales que siguen las revistas jurídicas serían un reflejo tanto: (a) de la cultura jurídica que predomina en un tiempo y espacio determinados, como de (b) la diversidad y el grado de innovación que estén dispuestos a impulsar los miembros de dicha cultura o comunidad jurídica. Por eso, cabe preguntarse: ¿existe un criterio de selección de artículos común o predominante en la región jurídica latinoamericana? Y de ser así, ¿cuál es dicho criterio?

Un hallazgo de la muestra obtenida sugiere que la mayor parte de las revistas jurídicas en América Latina (55%) utilizan un medio distinto al dictamen como vía para seleccionar los materiales que publican. Un segundo hallazgo, mucho más sugerente e interesante, indica que dentro del universo de revistas analizadas que sí dictaminan los artículos que publican, 21% refiere a dictámenes que se realizan por pares externos (no ciegos) o por miembros de los propios comités editoriales. En ese sentido, de acuerdo con la información que se cuenta, se podría llegar a afirmar que el dictamen, particularmente el que es realizado por pares doble ciego, no es la principal práctica que predomina dentro del campo en análisis.

Tabla 3  
Revistas jurídicas latinoamericanas. Tipo de dictaminación

Tipo de publicación		Tipo de dictamen	
Dictaminada	45%	Pares doble-ciego	37%
No dictaminada	55%	Otro	63%

No cabe la menor duda de que si se anhela llegar a consolidar un amplio cuerpo de publicaciones periódicas en el campo jurídico regional será indispensable que, de una vez por todas, se puedan conocer sus verdaderos alcances y limitaciones; que si se aspira a poder evaluar el impacto de las revistas jurídicas resulta urgente impulsar una agenda que pueda trascender coyunturas y acontecimientos ornamentales y efímeros.

Ojalá esta primera aproximación, que combina el análisis cualitativo y una óptica cuantitativa, pueda ayudar modestamente a lograr tal objetivo y motivar una discusión

en torno a este tema, que ha pasado más bien desapercibido a lo largo de los años en América Latina.

## V. CONCLUSIONES

Ante una realidad cada vez más fragmentada, donde el derecho parecería perder el rol que tradicionalmente ocupó dentro los sistemas políticos contemporáneos, resulta indispensable conocer de mejor manera los alcances y limitaciones que se han ido generado por medio de estas prácticas a través del tiempo. Por decirlo pronto, no se puede hablar del influjo que tienen las ideas jurídicas para propulsar mejores escenarios si, simple y sencillamente, no se analizan los insumos que las generan.

La desatención por parte de la academia jurídica en torno al fenómeno de las publicaciones periódicas en la materia es algo que no puede seguir pasando desapercibido. Si bien las razones que lo explican pueden ser de distinta índole (naturaleza de las revistas, carácter difuso de la temática, tendencia privatizadora en el derecho y temporalidad, premura e incomodidad por vocación crítica), esto no es excusa para no comenzar a explorar desde una óptica analítica, pero, sobre todo, cuantitativa, los aspectos materiales y adjetivos que las conforman.

Cuando “la globalización está teniendo ya, y seguirá teniendo, un impacto importante en el paisaje de los ámbitos jurídicos especializados” (William Twining, 2010, p. 346), la verdad es que la idea de explorar en la región algunos de los datos más importantes en torno a las revistas jurídicas se torna un imperativo para disciplinas como la sociología y la metodología jurídicas, pues a pesar de la importancia que parecen tener en la formación, divulgación, consolidación y transformación del conocimiento y la profesión legal, la información con que contamos en América Latina sobre las políticas editoriales que han adoptado las revistas jurídicas en la región es escasa. En ese sentido, las conclusiones puntuales que arroja este artículo son las siguientes:

En primer lugar, el análisis que presentamos parece confirmar nuestra hipótesis inicial dirigida a observar el campo de las revistas jurídicas en América Latina como un ámbito heterogéneo y discrecional de divulgación pública e influyente de ideas, debates y conocimientos en torno a la estructura, operación o funcionamiento de las normas, instituciones y prácticas que sustentan a los sistemas legales de la región. Es heterogéneo, puesto que no existe uniformidad en cuanto a los tiempos, formatos y condiciones en que se seleccionan y publican los artículos en las revistas jurídicas. Es

discrecional, porque tampoco existe consenso en torno a cómo y quién decide qué se publica y qué no.

En segundo lugar, nuestros hallazgos sugieren que la publicación impresa de revistas jurídicas es, aún, una práctica predominante en la región latinoamericana. En efecto, según se ha mostrado, apenas 35% de las revistas jurídicas se encuentran disponibles en formato electrónico, mientras que la cantidad de papel impreso por artículo se ha incrementado con el devenir del siglo XXI.

En tercer lugar, el artículo muestra que la mayor parte de las revistas jurídicas analizadas (55%) utilizan un medio distinto al dictamen para seleccionar los materiales que publican. Aun así, los datos muestran que en la región latinoamericana se ha incrementado con cierta consistencia el número de revistas que han optado por el dictamen por pares doble ciego como el medio idóneo para determinar qué tipo de artículos publican.

Si como sugiere la literatura, las políticas editoriales que siguen las revistas jurídicas —particularmente el tipo de dictamen que utilizan— son un reflejo tanto *(a) de la cultura jurídica que predomina en un tiempo y espacio determinado, como de (b) la diversidad y el grado de innovación que estén dispuestos a impulsar los actores que conforman el sistema legal*, nuestros hallazgos parecieran confirmar la imagen de la cultura jurídica latinoamericana como un conjunto de prácticas constituidas a lo largo de más de dos siglos, que se expresan predominantemente de manera escrita y sin un sistema claro de reglas, procedimientos o, al menos, dentro de un sistema de reglas y procedimientos que favorecen la discrecionalidad. Sin embargo, los datos también parecen confirmar que esta representación de la cultura jurídica latinoamericana se encuentra inmersa en un proceso de transformación que privilegia el desarrollo de nuevas formas y debates jurídicos, así como la informatización, digitalización y diversificación de los medios y lenguajes a través de los que se comunican las ideas jurídicas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I. CUDOLÀ, V. (2018), “La clasificación de las revistas jurídicas en bases de datos”, *Observatorio de Derecho Público*, 25 de octubre de 2018.

ANDRÉS AUCEJO, E. (2017), "La evaluación de la actividad investigadora en ciencias jurídicas: hacia un impacto nacional y un impacto internacional en las ciencias jurídicas Autores/as",

*Revista de Educación y Derecho*, Barcelona, núm. 16, disponible en: <https://revistesub.edu/index.php/RED/article/view/22298>.

- BOTO ÁLVAREZ, A. (2012), “El potencial de las revistas jurídicas”, *revista electrónica “Docencia y Derecho”*, Facultad de Derecho y CC. EE. y Empresariales, núm. 4, 2012, disponible en: [https://www.uco.es/docencia\\_derecho/index.php/reduca/article/viewFile/59/74](https://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/reduca/article/viewFile/59/74).
- CORZO SOSA, E. “Aportación científica de las revistas de derecho constitucional”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 39, Ciudad de México, julio-diciembre 2018, Epub 08-Ene-2021, disponible en: [www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932018000200439](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932018000200439).
- DEZALAY, Y. y GARTH, B. G. (2010), *The Internationalization of Palace Wars*. University of Chicago Press.
- FRIEDMAN, L. M. (1997), “Law Reviews and Legal Scholarship: Some Comments”, *Denv. UL Rev.*, vol. 75, núm. 661.
- GARCÍA LÓPEZ, D. y WINTER PEREIRA, L. (2021), “Write Now, Everywhere: Gobernar la precariedad académica”, *Soft Power. Revista Euro-americana de Teoría e Historia de la Política y del Derecho*, vol. 8, núm. 1, enero-junio 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/v3cbw2jt>.
- GARCÍA VILLEGAS, M. y CEBALLOS, M. (2019), *La profesión jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado*, Colección Dejusticia, Bogotá.
- GINGERICH, J. (2009), A Call for Blind Review: Student Edited Law Reviews and Bias”, *Journal of Legal Education*, vol. 59, núm. 2.
- GÓMEZ DEL PULGAR RODRÍGUEZ DE SEGOVIA, Gloria (2006), “Difusión por Internet de las revistas jurídicas españolas de edición impresa”, *Revista Española de Documentación Científica*, vol. 29, núm. 2, abril-junio de 2006.
- GÓMEZ, M. y PÉREZ PERDOMO, R. (eds.), (2017), *Big Law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services*, Springer.
- GROSSI, P. (1997), *Las revistas jurídicas: un vacío historiográfico que es necesario colmar*, 1997.
- LEIBMAN, J. H. y WHITE, J. P. (1989), “How the Student-Edited Law Journals Make Their Publication Decisions”, *Journal of Legal Education*, vol. 39, núm. 3.
- LLOREDO, Luis. (2021), “La comunalización de la salud. Entre los derechos, los deberes y los comunes”, *Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud*, Carlos Lema (ed. lit.).
- LÓPEZ-ORNELAS, M. y CORDERO-ARROYO, G. (2005), “Un intento por definir las características generales de las revistas académicas electrónicas”, *Revista Razón y Palabra*, vol. 10, núm. 43, disponible en: <http://eprints.rclis.org/15700/>.

- MENESES-REYES, R. y CABALLERO, J. A. (2018), "Global and Traditional: A Profile of Corporate Lawyers in Mexico", *Big Law in Latin America and Spain*, Palgrave Macmillan.
- NELKEN, D. (2016), "Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches, and Values", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, núm. 1.
- NIETO MINGO, J. L. (1988), "Importancia de la revista jurídica estudiantil en el desarrollo del estudiante. Experiencia de la Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico", *Lecciones y Ensayos*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, núm. 50, disponible en: [historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/50/unv/unv12.pdf](http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/50/unv/unv12.pdf).
- ORLER, J. O. (2016), *Enseñanza del derecho: debates del Congreso de Enseñanza del Derecho del 20 y 21 de octubre de 2016 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, José Omar Orler (ed.), Vicente Santos Atela (prol.), La Plata, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- PACKER, Abel L. (2015), "Sobre el porvenir de las revistas jurídicas de Chile", en RDUCN, vol. 22, núm. 1, Coquimbo, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532015000100001](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000100001).
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002), "Teoría y práctica en la enseñanza del derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6.
- PÉREZ PERDOMO, R. (2005), "Educación jurídica, abogados, y globalización en América Latina", *Sistemas Judiciales Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, (CEJA), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP, núm. 9.
- PÉREZ PERDOMO, R. "Las revistas jurídicas venezolanas en tiempos de revolución (2000-2013)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-IIIJ, vol. 48, núm. 142, enero-abril de 2015.
- PETIT, C. (2020), "Derecho por entregas", *Estudios sobre prensa y revistas en la España liberal*, Madrid, Dykinson, 2020, disponible en: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/30841/derecho\\_petit\\_hd86\\_2020.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/30841/derecho_petit_hd86_2020.pdf).
- PUGLIESE, M. R. (2015), "Las revistas jurídicas: un instrumento didáctico para el estudio de la evolución del derecho en la Argentina", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 13, núm. 25, Argentina.
- RÍOS ORTEGA, J. "Normalización de revistas científicas mexicanas: campo de investigación y aportación", *BIBL. UNIV.*, Nueva época, julio-diciembre de 2000, vol. 3, núm. 2, disponible en: <https://www.dgb.unam.mx/rbu/ne-2000-02/rios-ort.pdf>.
- SQUELLA, Agustín. (2000), "Cultura y cultura jurídica (el contexto de las revistas jurídicas)", *Actas 11 Simposio Revistas Jurídicas*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 4.
- THOMAS, Duve, *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

TWINING, William. (2000), “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, vol. 44.

UNICEF, 2022. UNICEF presenta el *Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina*, disponible en: <https://www.unicef.es/prensa/unicef-presenta-el-atlas-sociolingüístico-de-pueblos-indígenas-en-américa-latina#:~:text=En%20Am%C3%A9rica%20Latina%20hay%20522,en%20dos%20o%20m%C3%A1>.

VILLALBA CUÉLLAR, J. C. y GONZÁLEZ SERRANO, A. (2014), “Reflexiones sobre el sistema de arbitraje en revistas jurídicas indexadas en Colombia”, *Prolegómenos*, vol. 17, núm. 33, Bogotá, enero-junio 2014, disponible en: [www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-182X2014000100001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2014000100001&lng=es&nrm=iso).

---

\* ORCID: [0000-0001-8482-1583](https://orcid.org/0000-0001-8482-1583). Investigador de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE-Ciudad de México). Profesor visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II). Correo electrónico: [rodrigo.meneses@cide.edu](mailto:rodrigo.meneses@cide.edu).

\*\* ORCID: [0000-0002-3011-1014](https://orcid.org/0000-0002-3011-1014). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Correspondencia: Circuito, Mario de La Cueva s/n, C.U., Coyoacán, 04510 Ciudad de México. Correo electrónico: [garza.onofre@unam.mx](mailto:garza.onofre@unam.mx).

<sup>1</sup> Entendida como el conjunto de prácticas, expectativas, creencias y valores compartidos entre los operadores del derecho en una región y tiempo determinados (Friedman, 1975). Sobre esta idea el desarrollo que ha tenido dentro de los estudios sociolegales, véase (Nelken, 2016).

<sup>2</sup> Sobre las dinámicas y lógicas del cambio constitucional en México y América Latina, véase (Negretto, 2015).

<sup>3</sup> Adicionalmente, puede consultarse en: <https://blog.scholasticahq.com/post/law-review-article-submission-tips-for-authors/>, para explorar consejos, estrategias y un panorama general sobre el estado de las revistas jurídicas en Estados Unidos.

<sup>4</sup> “A nadie se le escapa cómo todos los aspectos de nuestras vidas están cada vez más condicionados e inoculados por la cultura de los rankings, las estadísticas, los índices y toda clase de instrumentos de categorización y cuantificación” (Luis Lloredo, 2021, pp. 1 y 2).

<sup>5</sup> Desde 2007, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 2022) ha aglutinado esfuerzos para presentar el Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina, con el fin de visibilizar la diversidad étnica, cultural y lingüística de la región. Esto sin contar el amplio público hispano/luso parlante que habita fuera de la región, como en Estados Unidos, Portugal, España o África. Al respecto, el profesor Correas señala: “La teoría del derecho fue formulada, y puesta a punto, por juristas ideológicamente formados en el monismo jurídico: en un país existe el sistema jurídico y cualquier otra norma es «no» jurídica-moral, de trato social, uso, costumbre, el Estado es único y su derecho también), pero quizá se te ocurre otra forma de destacar que publicar de manera predominante en español no sólo implica dejar de hablar con el resto del mundo occidental, sino también dejar fuera a los pueblos indios”.

<sup>6</sup> Véase, en particular (L. M. Friedman, 1998; J. H. Leibman y J. P. White, 1989; J. A. Pérez Lledó, 2006; J. C. Villalba Cuéllar y A. González Serrano, 2014).

<sup>7</sup> Esto a pesar de que desde hace ya varios años “estamos viviendo una auténtica revolución en el mundo de la comunicación científica con el desarrollo del movimiento conocido como «Open Access» (acceso abierto), que aboga por facilitar el acceso a los documentos científicos de forma libre, dejando en manos de los autores el control sobre sus trabajos. A los editores de revistas les toca ahora adaptarse no a un nuevo soporte, como podría considerarse hasta hace poco a la Web, sino a una nueva realidad en la que hay que conjugar aspectos relacionados con los derechos de los autores, la calidad científica, los intereses de las entidades editoras, etc.” (Gómez del Pulgar Rodríguez de Segovia, 2006, p. 259).

<sup>8</sup> Aunque algunas revistas se lleguen a profesionalizar, lo cierto es que se sigue invitando a los estudiantes a participar para realizar, por ejemplo, tareas de revisión de notas al pie o de actualización de citas, lo que permite perfeccionar el conocimiento de la documentación jurídica en bases de datos y bibliotecas (Boto Álvarez, 2012, p. 2 y 3).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,  
nueva serie, año LV, número 163,  
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17495](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17495)

Recibido: 30 de marzo de 2022

Aprobado: 30 de junio de 2022

## LA INCAPACIDAD PARA SER JUZGADO Y EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD. RETOS, DESAFÍOS Y TENSIONES PARA EL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO

### UNFITNESS TO STAND TRIAL AND THE SOCIAL MODEL OF DISABILITY. CHALLENGES AND TENSION FOR LATIN AMERICAN CRIMINAL LAW

Ezequiel MERCURIO\*

#### Resumen:

El modelo social de la discapacidad trajo importantes transformaciones legislativas en el campo del derecho civil en diversos países de América Latina. Los modelos de sustitución en la toma de decisiones fueron reemplazados por modelos basados en apoyos que respeten la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló que la

#### Abstract:

*The social model of disability brought important legislative modifications in the civil law in several Latin American countries. Models of substitution in decision-making were replaced by models based on support and respect will and preferences of persons with disabilities. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities has pointed out that the legal concepts of unfit to stand trial and insanity defense are contrary to*

incapacidad para ser juzgado y la inimputabilidad son contrarias a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal latinoamericano la influencia del modelo social en la dogmática y en el campo procesal penal es todavía muy escaso. México y Argentina incorporaron en forma reciente en sus Códigos de Procedimientos Penales, ajustes al procedimiento y apoyos. México mantuvo las medidas de seguridad para personas que no pueden ser juzgadas; la Argentina deriva las posibles intervenciones a la justicia civil. A pesar de estos avances procesales, la mayoría de los comentaristas mantienen visiones tradicionales sobre la incapacidad para ser juzgado. El modelo social de la discapacidad le presenta al derecho penal nuevos retos y desafíos, que serán abordados en el presente trabajo.

*the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. However, in the field of Latin American criminal law, the influence of the social model in dogmatic and criminal procedure is still scarce. Mexico and Argentina have recently incorporated procedural accommodations and supports in their Codes of Criminal Procedure. These initiatives have both light and dark sides. Mexico maintains security measures for persons who are unfit to stand trial, but Argentina does not, as it derives possible interventions to civil system. Both countries use the term reasonable accommodation and concepts that lend themselves to confusion. Despite these procedural advances, most authors maintain traditional views on the unfit to stand trial. The social model of disability presents to criminal law new challenges that are addressed in this paper.*

#### **Palabras clave:**

Capacidad para estar en juicio, modelo social, derechos humanos.

#### **Keywords:**

*Fit to stand trial, social model, human rights.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* III. *Capacidad para estar en juicio y psicopatología forense.* III. *Capacidad para estar en juicio y psicopatología forense.* IV. *La capacidad para estar en proceso en los Códigos Procesales de México y de Argentina.* V. *Ajustes al procedimientos y apoyos. Propuestas para su implementación.* VI. *Desafíos, retos y tensiones.* VII. *Conclusiones.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

**E**

El modelo social de la discapacidad (Agustina Palacios, 2008) trajo importantes transformaciones legislativas en el campo del derecho civil en algunos países de América Latina. Los procesos de determinación de la capacidad jurídica basados en la sustitución de la voluntad como las curatelas e insancias fueron reemplazados por modelos basados en apoyos y ajustes para la toma de decisiones en Argentina (Ley 26.994, 2015), Costa Rica (Ley 9.379, 2016), Perú (Decreto legislativo 1384, 2018) y Colombia (Ley 1996, 2019). En países como México y Chile (Ley 21.331, 2021) se comienzan también a vislumbrar cambios. Chile y México promulgaron recientemente diversas leyes en materia de salud mental. México avanzó hacia un régimen de internaciones voluntarias (artículo 75, Ley General de Salud, Diario Oficial de la Federación, 16 de mayo de 2022). La Suprema Corte de México declaró la inconstitucional de la curatela (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2019, Amparo en Revisión 1368/2015).

Por su parte, en el ámbito del derecho penal, la influencia del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad es todavía muy incipiente. Si bien las medidas de seguridad para personas inimputables vienen recibiendo muy fuertes críticas por tratarse de medidas de privación de libertad indeterminadas y/o basadas en tratamientos involuntarios para personas con discapacidad psicosocial e intelectual (María Florencia Hegglin, 2016; 2017; Renata Bregaglio Lazarte y Julio Rodríguez Vásquez, 2017), la dogmática penal regional no ha incluido en sus debates a la inimputabilidad (Ezequiel Mercurio, 2021) ni la capacidad para estar en proceso (Calderon García *et al.*, 2020), tal como sí ha sucedido en el derecho penal anglosajón (Christopher Slobogin, 2000; 2015; Donna McNamara, 2018; Eric Roytman, 2020; Tina Mikowitz, 2015).

El objetivo del presente trabajo será analizar las modificaciones introducidas en el ámbito del derecho procesal penal a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), sobre la capacidad para estar en juicio, o capacidad para declarar. En la primera parte se desarrollarán las diferencias entre la capacidad jurídica y la capacidad mental a la luz del artículo 12 de la Convención,<sup>1</sup> luego se definirá la capacidad para estar en juicio desde el punto de vista de la psicopatología forense, se analizarán los cambios introducidos sobre esta figura en los códigos de procedimientos de México y Argentina, y, por último, se enunciarán algunos retos, desafíos y tensiones.

## **II. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS FIV DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

En 2014, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) emitió la primera Observación General dedicada a delinear una interpretación más precisa sobre el artículo 12 de la Convención (igual reconocimiento como persona ante la ley).

El Comité señala que las personas con discapacidad (en adelante PcD), históricamente han visto limitado el derecho a tomar sus propias decisiones bajo figuras jurídicas como la insania, la curatela, la interdicción y la inhabilitación. Así, las personas con discapacidad psicosocial e intelectual declaradas jurídicamente insanas no podían casarse, votar, tomar decisiones patrimoniales, suscribir contratos, tomar decisiones médicas, entre muchas otras. Ésta continúa siendo la realidad de muchas personas en los países donde persisten estas figuras. Es por ello por lo que el Comité ha reafirmado la necesidad de que dichas prácticas sean abolidas, y que las personas con discapacidad tengan la plena capacidad jurídica en igual de condiciones (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 8).

El Comité, en su observación, diferencia la capacidad jurídica de la capacidad mental. Mientras la primera es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar), la segunda es la aptitud para tomar decisiones. Esta aptitud para tomar decisiones es diferente en cada persona, y está atravesada por diversas variables, ambientales y sociales. En este sentido, la capacidad jurídica es una condición inherente a todos los seres humanos. La Observación ratifica que todas las personas, incluidas las PcD, gozan de capacidad legal y de legitimación para actuar, por el hecho de ser personas.

El Comité ha señalado que las personas con discapacidad intelectual o psicosocial se enfrentan a la limitación de su capacidad jurídica basada en evaluaciones sobre el estado o funcionamiento psíquico y resalta tres criterios mayormente utilizados: el criterio basado en un diagnóstico o condición, el criterio basado en los resultados, y el criterio funcional. En el primero se trata de un diagnóstico fundado en la deficiencia o en una categoría médica, el segundo se trata de una valoración de las consecuencias de la decisión, y en el tercero se trata de una valoración del funcionamiento; sí es

deficiente, entonces la persona no podrá tomar decisiones. Este último criterio ha sido criticado por el Comité, por ser discriminatorio, es decir, que sólo se aplica a las personas con discapacidad y por las consecuencias que conlleva el no atravesar satisfactoriamente tal evaluación, la negación de un derecho fundamental. Es por ello que el artículo 12 obliga a que se le brinden apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad que lo requieran.

La figura de apoyo debe respetar los derechos, los intereses, la voluntad y las preferencias de las PcD, y no sustituirlas en la toma de decisiones. Para ello, también, el Comité resalta que deberán diseñarse mecanismos de salvaguardas, con el objetivo de prevenir potenciales situaciones de abuso, que se respete la voluntad y las preferencias de cada persona. Asimismo, los apoyos no deben utilizarse como fundamento para limitar otros derechos fundamentales, como el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio, a establecer una unión civil, a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas, el tratamiento médico y el derecho a la libertad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 29 inc. f).

Por otra parte, la observación resalta que cuando se han realizado esfuerzos para determinar la voluntad y las preferencias y esto no fuera posible, “el interés superior” debe ser reemplazado por la “mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 21).

El artículo 12 está íntimamente relacionado con otros derechos humanos establecidos en la Convención (artículos 13, 14, 17, 23, entre otros). En este sentido, ya en 2009 el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas había señalado la relación entre el artículo 12 y el campo del derecho penal. Particularmente, había explicado que la inimputabilidad por motivos de salud mental —*insanity defense* en el ámbito anglosajón— debería ser abolida, y propuso la aplicación de criterios neutrales sobre la discapacidad y que apuntaran a los elementos de la subjetividad del delito teniendo en cuenta las características individuales de cada sujeto (Consejo de Derechos Humanos, 2009, párr. 47). En esa misma línea, el Comité se expidió con relación a la capacidad para estar en proceso. Señaló que las figuras que impiden la plena participación de las personas con discapacidad de los procesos judiciales son contrarias a la Convención, y que debe garantizarse la implementación

de ajustes al procedimiento, con el objetivo de garantizar el debido proceso (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, parr. 16).

Por otra parte, el artículo 12 tiene una íntima relación con el derecho al acceso a la justicia, por tal motivo, nos referiremos a su vinculación con el artículo 13.

En forma reciente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la enviada especial del secretario general de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, junto con otros organismos y organizaciones, publicaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y Directrices) en línea con los artículos 12 y 13 de la Convención. En este sentido, y con el objetivo de garantizar la plena participación en igualdad de condiciones que las demás personas, los Estados deberán proporcionar ajustes de procedimiento y apoyos para el acceso a la justicia para las PcD.

Los ajustes de procedimiento han sido confundidos en la práctica y en algunas legislaciones como ajustes razonables (María Silvia Villaverde, 2021). Sin embargo, se trata de cuestiones diferentes, ya que en el caso de ajustes de procedimiento no se encuentran limitados al concepto de “carga desproporcionada o indebida” (Consejo de Derechos Humanos, 2017, párr. 35) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 9). Los ajustes de procedimiento son:

modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, principio 3.1, p. 15).

Se recomienda que dichos ajustes se establezcan previo al proceso.

En tanto que los apoyos pueden ser personas que le brinden contención emocional y moral, que acompañen a la PcD en todas las etapas del proceso, pero también pueden ser tecnologías, dispositivos o sistemas que faciliten la comunicación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 16).

Como se ha señalado, la perspectiva del artículo 12 de la Convención influyó fuertemente el campo del derecho civil. Argentina, por ejemplo, restringió sustancialmente la figura interdicción, y la reservó de forma exclusiva para situaciones en las que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Por su parte, incorporó al Código Civil y Comercial Argentino el sistema de apoyos para la toma de decisiones y la obligación de determinar la extensión y alcance de las sentencias de restricción a la capacidad. Si bien pueden realizarse críticas al modelo adoptado por Argentina, debe resaltarse que para 2015 fue pionero en la región. En un sentido similar, Perú avanzó en 2018 hacia un sistema basado en ajustes y apoyos para el ejercicio de la capacidad, al igual que Costa Rica y Colombia.

### **III. CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO Y PSICOPATOLOGÍA FORENSE**

Los peritajes psiquiátricos y psicológicos son ampliamente utilizados en el ámbito del derecho penal. Las evaluaciones sobre la capacidad para estar en juicio, la capacidad para declarar y el análisis sobre el estado mental al momento del hecho son frecuentemente requeridas para determinar si una persona acusada de un delito está en condiciones de ejercer su derecho de defensa y si es imputable o no.

La capacidad para estar en juicio es también conocida como “capacidad para estar en proceso”, “capacidad para ser juzgado” o “capacidad para defenderse”. En tanto que en el ámbito anglosajón se le conoce bajo la forma de *Competence to stand trial*, *Fitness to plead*, *Fitness to stand trial*. Esta figura debe diferenciarse de la inimputabilidad. Mientras en la inimputabilidad se analizan las facultades mentales al momento del hecho, en la capacidad para estar en juicio se analizan las facultades mentales en el aquí y ahora no al momento del hecho, con el objetivo de determinar si el acusado está en condiciones psíquicas de poder defenderse y declarar (Mariano Castex, 2007; Manuel Checa Gonzalez, 2010).

La capacidad para estar en juicio se encuentra fuertemente arraigada a los conceptos de juicio justo, al derecho a ser oído y a defenderse, presentes en diversos tratados de derechos humanos (artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos,

artículo 60. de la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este sentido, al momento de ser acusado de un delito la persona debe poder comprender los cargos en su contra y poder participar activamente de su defensa por sí o a través de su abogado/a.

En el derecho continental, los códigos de procedimientos penales, en general, no brindan una definición sobre qué es la capacidad para poder ser juzgado ni qué competencias se requieren para tal fin, motivo por el cual se trata de un concepto que lleva a amplias interpretaciones en el campo jurídico y psicopatológico forense.

En 1960, el caso *Dusky* de la Corte Suprema de Estados Unidos (*Dusky vs. United States of America*, 1960) marcó los lineamientos generales para una definición operativa sobre la capacidad para estar en juicio en el ámbito del derecho anglosajón. La Corte señaló que no es suficiente que el imputado esté orientado en tiempo y espacio y que pueda recordar algunos hechos, sino que tiene que poseer un nivel razonable de competencia para: 1) asistir a su abogado con un grado razonable de racionalidad en su comprensión, y 2) comprender racional y fácticamente el proceso en su contra. No se explicitó ninguna condición psíquica que llevara a dicha incapacidad, es decir, no hizo mención a ningún cuadro psicopatológico específico.

Luego de *Dusky*, vinieron otros fallos relacionados, *Drope v. Missouri* (1975) y *Godinez v. Moran* (1993). En estos fallos se amplió que el imputado debe estar en condiciones de participar en la construcción de su defensa, para lo cual debe evaluarse su capacidad para la toma de decisiones relacionadas con el proceso. Otros fallos analizaron el impacto de las alteraciones en la memoria en la capacidad para estar en juicio (*Wilson v. United States of America*, 1968).

La mayoría de las normas procesales continentales no brindan definiciones afirmativas sobre qué competencias se requieren para poder defenderse. Tal como lo señala García Garduza (2015) para el caso de México

la falta de una definición jurídica y de criterios médicos para el estudio y revelación de cómo debe conocerse y quién debe señalar la aptitud para declarar provoca confusión en los médicos acerca de qué significa o comprende exactamente el término, por lo tanto, señalan dicha aptitud —por exigencia de los agentes del MP [Ministerio Público]— sin un procedimiento estandarizado. Asimismo, se ha observado que los agentes del MP tampoco conocen que involucra la frase y cómo se diagnostica (Ismael García Garduza, 2015, pp. 6 y 7).

Es por ello que en el foro se ha echado a la mano definiciones restrictivas y acotadas sobre las habilidades cognitivas que se requieren para poder ser juzgado. Se ha delimitado que para ser juzgado se requiere sólo el conocimiento de que se está bajo una acusación de un delito, y que el imputado pueda diferenciar entre las funciones de cada uno de los participantes del proceso (juez/jurado, defensor/a, fiscal).

Sin embargo, desde la psicopatología forense el concepto de capacidad para estar en juicio ha sido ampliamente desarrollado, principalmente en el mundo anglosajón (Amanda Beltrani y Patricia Zapf, 2020; Graham Glancy *et al.*, 2015; Patricia Zapf *et al.*, 2013; Mossman *et al.*, 2007; Alec Buchanan, 2006; Richard Bonnie, 1992). Parte de los instrumentos periciales sobre la capacidad para estar en proceso se iniciaron como adaptaciones herramientas diseñadas para evaluar la competencia para tomar decisiones en el ámbito de sanitario (Paul Appelbaum y Thomas Grisso, 1988; Thomas Grisso y Paul Appelbaum, 1998). En este sentido, la competencia para tomar decisiones en el ámbito de salud también es intensamente abordada por la bioética bajo el principio de respeto a la autonomía (Tom Beauchamp y James Childress, 1999).

Richard Bonnie (1992) distinguió que la capacidad para ser juzgado requiere de dos dimensiones: 1) la capacidad para asistir a su defensa, y 2) la capacidad para la toma de decisiones. Dentro de las dimensiones que se requieren para asistir a su defensa se encuentran: a) la capacidad para entender los cargos en su contra, el objetivo del proceso penal y del sistema adversarial, el rol del defensor/a; b) la capacidad para apreciar su situación como acusado en el juicio; c) la capacidad para reconocer y relatar aquella información relevante sobre el caso a su defensa. En tanto que las competencias relacionadas con la toma de decisiones se encuentran: i) capacidad para comunicar una preferencia; ii) la capacidad para comprender la información relevante; iii) capacidad para valorar la información relevante en su caso (sopesar los riesgos y beneficios de una decisión). El autor señala que lo importante es el proceso de toma de decisión que se pone en juego y no el resultado en sí mismo.

En nuestro medio, Castex (2007) fue pionero en estudiar en profundidad la temática. Así, desde la psicopatología forense, la capacidad para estar en juicio puede definirse como las competencias psicofísicas que le permiten a una persona imputada

defenderse de un delito (Mariano Castex, 2007; María Florencia Hegglin, 2013; Daniel Silva y Norma Miotto, 2010):

- Saber de que se encuentra acusado y poder comprender los detalles y pruebas en su contra.
- Poder mantener una comunicación razonable con su abogado/a defensor/a y brindar instrucciones a su defensa.
- Poder rebatir los testigos y pruebas en su contra, además de saber a quién y cómo manifestar su desacuerdo.
- Poder objetar a uno o más miembros del jurado.
- Poder comprender y discernir sobre las diferentes alternativas procesales, y lo que éstas representan, como por ejemplo, las diferencias entre un juicio abreviado y la suspensión de juicio a prueba, las medidas que debe cumplir y las consecuencias de no hacerlo.
- Poder defenderse razonablemente de la acusación solo o en conjunto con su letrado/a defensor/a.
- Poder seguir el curso del proceso e instruir a sus abogados defensores.

La capacidad para estar en proceso involucra una serie de competencias cognitivas que se interrelacionan entre sí. En otras palabras, se requiere entender el funcionamiento de un proceso penal, los roles de los diferentes intervinientes, la acusación que se enfrenta, las pruebas en su contra, las posibles sanciones y salidas alternativas; se necesita hacer un análisis costo-beneficio sobre determinadas decisiones, como declarar o no declarar, qué declarar, realizar inferencias y proyectar escenarios futuros y consecuencias posibles de éstos; se precisa una razonable capacidad para comunicar sus opiniones y pareceres a su abogado. Durante un juicio se maneja información compleja, dictámenes de expertos, testigos que brindan información sobre acciones y hechos en un tiempo y un lugar. Por todo ello, se requiere una adecuada capacidad atencional y de memoria para manejar y procesar información relevante, realizar juicios valorativos y tomar decisiones.

Son pacíficas la bibliografía y la jurisprudencia sobre la necesidad de la evaluación pericial para valorar la capacidad/incapacidad para estar en proceso (Alberto Pravia, 2019, Roberto Daray, 2019; La Rosa y Romero Villanueva, 2019; Suresh Math *et al.*, 2011). En este sentido, en el ámbito anglosajón se han desarrollado una amplia variedad de instrumentos específicos para la valoración psiquiátrica forense de la capacidad para estar en proceso basados en los criterios jurisprudenciales delineados por la Corte Suprema estadounidense. Algunos de esos instrumentos son: *The Competency to Stand Trial Screening Test*, *The Competency to*

*Stand Trial Screening Test*, *The Georgia Court Competency Test* y su modificación por Hospital del Estado de Mississippi, *Interdisciplinary Fitness Interview* y su versión revisada, *Compute-Assisted Determination of Competency to Stand Trial*, *Competence Assessment for Standing Trial for Defendants With Mental Retardation*, *MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication*, entre otros. (Douglas Mossman *et al.*, 2007). Sin embargo, ninguno de estos instrumentos es utilizado de manera generalizada en la práctica pericial latinoamericana.

#### **IV. LA CAPACIDAD PARA ESTAR EN PROCESO EN LOS CÓDIGOS PROCESALES DE MÉXICO Y DE ARGENTINA**

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha venido señalando la necesidad de evitar normativas, legislaciones y prácticas basadas en la incapacidad de las personas con discapacidad para defenderse de cargos criminales, incapacidad para estar en proceso (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 30). Asimismo, se expidió que tanto las figuras legales de “incapacidad para estar en juicio”, “incapacidad para estar en proceso”, “incapacidad sobreviniente” y la inimputabilidad por motivos de salud mental son contrarios al artículo 14, derecho a la libertad (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015), y deben garantizarse los ajustes de procedimiento y los apoyos para garantizar una plena participación (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 32, b; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015). En este sentido, también se ha expresado en contra de la privación de libertad indeterminada basada en la incapacidad para ser juzgado (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 31).

En un reciente caso en el que se sancionó a México, el Comité resaltó que los Estados tienen la obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, en todos los procedimientos judiciales (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019, párr. 10.7).

Particularmente los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” señalan que los Estados deberán derogar

aquellas legislaciones, prácticas, o normativas, que establezcan o apliquen conceptos como “no apto para ser juzgado» e «incapaz de defenderse” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, Principio 1.2 inciso e, p. 12).

La observación 1 del Comité señala que los diferentes criterios, por condición, por la valoración de las consecuencias y por el nivel de funcionamiento, que son utilizados para valorar la capacidad para tomar decisiones, van en contra del artículo 12 de la Convención. En este sentido, las evaluaciones periciales realizadas para determinar la capacidad de una persona para ser juzgado utilizan criterios basados en el nivel de funcionamiento y en el resultado de la decisión. Es decir, se realizan valoraciones sobre las funciones cognitivas, el nivel de comprensión sobre la decisión a tomar, la capacidad para comunicar la decisión, y del proceso valorativo sobre el análisis de costo-beneficio. Es por ello que dichas evaluaciones periciales son contrarias al artículo 12. En este sentido lo explicita Tina Minkowitz (2015), cuando propone que no debería haber, bajo el paradigma de la Convención, declaraciones de incapacidad para estar en proceso o para ser juzgado, ni evaluaciones que afirmen que una persona no es competente para estar en juicio, ya que todas las personas tienen el mismo derecho a participar en su propia defensa, sin discriminaciones sobre su condición o sobre habilidades para toma de decisiones. Tina Minkowitz (2015) señala que para ello deberían proveerse todos los ajustes al procedimiento y los apoyos que sean necesarios a lo largo de todo el proceso.

En razón de lo expuesto, siguiendo la perspectiva de derechos humanos de la discapacidad, la incapacidad procesal va en contra del artículo 12 de la Convención, sobre el derecho a la capacidad jurídica, pero también implica la violación al derecho a ser oído, transformándose en una situación de discriminación basada en la discapacidad (artículo 5 de la Convención) Esta figura procesal priva a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial del ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones que las demás. Muchas personas declaradas como no aptas para ser juzgadas son privadas de su libertad bajo la forma de medidas de seguridad por tiempo indeterminado, motivo por el cual a las afectaciones ya enunciadas se les adiciona la violación al principio de inocencia, al derecho a la contradicción y el derecho a la libertad (artículo 14 de la convención) (María Florencia Hegglin, 2016; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, párr. 16).

En este marco, en 2014, México sancionó el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), y en 2019 Argentina sancionó el Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF). El Código argentino, en sus artículos 67 y 68,<sup>2</sup> y el Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus artículos 10,<sup>3</sup> 414,<sup>4</sup> 416,<sup>5</sup> 417<sup>6</sup> incorporan en parte, la perspectiva de derechos humanos que plantea la Convención y el Comité. Ambos artículos presentan claros y oscuros, que se analizarán.

Diversos autores y autoras han venido señalando en las últimas cuatro décadas que cuando llega a la justicia criminal una persona con discapacidad psicosocial e intelectual acusada de un delito la gran mayoría de los operadores judiciales se centran exclusivamente en el análisis de la culpabilidad (María Florencia Hegglin, 2017; Eurosocietal, 2013); Jubert Joshi (1989). La discusión y análisis sobre la materialidad del hecho, el dolo u otros elementos de la teoría del delito no son, en general, profundamente abordados. Jubert Joshi (1989) señala que una persona con padecimiento mental podría actuar bajo la falta de acción, bajo un error de tipo, bajo una causa de justificación, o miedo insuperable (p. 127). Asimismo, ilustra con claridad las consecuencias negativas y el trato discriminatorio que conlleva decantarse por una defensa de inimputabilidad sin haber agotado y probado concienzudamente los otros elementos del delito (Jubert Joshi, 1989, p. 128). Por tal motivo, es muy dable resaltar la introducción de la obligación de analizar, previo a la inimputabilidad, la participación en el hecho de la persona imputada, la tipicidad u otras causales de justificación.

En el caso de Argentina, los artículos 67 y 68 del CPPF incorporan las figuras de ajustes razonables, de apoyos y la derivación al ámbito de la justicia civil en los casos de sobreseimiento por inimutabilidad. Se elimina, así, la privación de libertad, bajo la forma de medida de seguridad, en el marco de la suspensión del proceso por incapacidad sobreviniente o inimputabilidad, situación que sí prevén los artículos 76 y 77 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.<sup>7</sup>

El CPPF es claro y preciso al derivar al ámbito de la justicia civil para proteger los derechos que correspondan de acuerdo con la legislación específica en salud mental; tampoco se utilizan palabras como peligrosidad para sí o para terceros. Esto debería representar una fuerte barrera contra las medidas de seguridad indeterminadas para personas con discapacidad en el marco de los procesos penales.

El artículo 68 del CPPF señala que deberán establecerse ajustes razonables y apoyos para el caso que el imputado tuviera su capacidad restringida como consecuencia de un padecimiento mental sobreviniente. Si bien se trata de buenos intentos para incorporar el modelo social de la discapacidad al ámbito de los procedimientos penales, lo cierto es que hasta el momento los autores no han profundizado lo suficiente sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito de la justicia criminal.

En primer lugar, puede señalarse que el legislador utilizó el concepto de ajustes razonables, y no de ajustes al procedimiento. Como se ha señalado, el acceso a la justicia, como puerta de entrada para el ejercicio de múltiples derechos, no puede estar ceñido a la razonabilidad o la carga desproporcionada, motivo por el cual el concepto más ajustado es el de ajustes al procedimiento. Asimismo, el artículo sólo incorpora un tipo de ajuste concreto, el establecimiento de plazos especiales, pero deja al juez una amplia discrecionalidad para la implementación de otros ajustes y apoyos.

En este sentido, la mayoría de los comentaristas argentinos mantienen aún la visión tradicional sobre la suspensión del proceso por incapacidad sobreviniente, y no se analizan de manera amplia los conceptos de ajustes razonables y apoyos. Así, todos coinciden que para el caso que se presente una incapacidad mental durante el desarrollo del proceso, que restrinja la capacidad, se suspenderá la participación del imputado en el mismo proceso (Alberto Pravia, 2019, p. 215; Roberto Daray, 2019, p. 322; Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, 2019, p. 666). Sin embargo, el artículo 68 del CPPF, a diferencia del artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, no explicita de forma taxativa que debe suspenderse el proceso, sino que deben establecerse ajustes y apoyos para la substanciación de este. Es decir, los comentaristas mantienen el concepto de incapacidad procesal y el control de los actos procesales por el defensor del incapaz (Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, 2019, p. 666).

Por su parte, Roberto Daray (2019) señala que se requiere que la enfermedad mental desaparezca para restablecer el proceso (p. 322), Es decir, sostiene el paradigma médico rehabilitador, ya que se propone la cura como requisito para establecer la participación en el proceso y no la implementación de apoyos y ajustes para el ejercicio del derecho de defensa.

En otro orden, Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, (2019) y Alberto Pravia (2019) explican que ante la incapacidad definitiva deberá archivers el proceso. Esta mirada sobre la incapacidad permanente para el ejercicio de un derecho no es sustentada por el paradigma social.

En otro sentido, algunos comentaristas mantienen algunas denominaciones, conceptos y normativas, ya en desuso o que han sido reemplazadas por el Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Alberto Pravia (2019) utiliza el concepto de “inimputabilidad durante el curso del proceso” (p. 14), lo que puede prestarse a confusión, ya que inimputabilidad remite la capacidad de culpabilidad, a la valoración y análisis de las facultades mentales al momento del hecho y no a la competencia para poder ejercer su derecho de defensa.

Como se ha señalado, el CPPF incorpora en sus artículos 67 y 68, al menos en parte, el espíritu de la Convención. No obstante, la mayoría de los comentaristas todavía no han realizado análisis profundos y específicos sobre las modificaciones introducidas, y más bien se han quedado con las interpretaciones tradicionales sobre la incapacidad para ser juzgado.

Por su parte, en el ámbito mexicano de manera similar a lo que sucede en Argentina el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) incorpora la figura de ajustes razonables, pero también los intercala con ajustes de procedimiento, motivo por el cual caben las mismas consideraciones ya realizadas previamente.

En este sentido, el artículo 414 del CNPP señala que las audiencias deberán realizarse con los “ajustes razonables” para garantizar el acceso a la justicia. Como se ha señalado previamente, cuando se trata de garantizar el acceso a la justicia, los ajustes no deben estar sometidos a la razonabilidad y al análisis de carga desproporcionada. Por tal motivo, lo que se deben aplicar son los ajustes de procedimiento. Sin embargo, autores como Pérez Daza (2016) mantienen la confusión sobre ajustes razonables y de procedimiento y el acceso a la justicia (Alfonso Pérez Daza, 2016, p. 797 y 798).

En el artículo 416 del CNPP de México resulta equívoco el concepto de “estado de inimputabilidad”, que se confunde con la capacidad para estar en juicio o capacidad para estar en proceso, ya que señala que deben aplicarse ajustes de procedimientos si se determina el “estado de inimputabilidad”, y para el caso de que dicho estado cese, se

continuará con el procedimiento ordinario sin los ajustes. Es decir, dicho artículo parecería referirse a la capacidad para estar en proceso, y para el caso de que exista una afectación de dicha capacidad deberán ponerse en marcha ajustes de procedimiento. Sin embargo, utiliza el término “estado de inimputabilidad” y cese de dicho estado. Además ancla la implementación de los ajustes a la presencia o ausencia de un estado de estado de inimputabilidad, concepto que resulta de muy poca claridad.

En otro sentido el artículo 414 hace referencia la inimputabilidad de carácter permanente o transitoria, sin embargo debe señalarse que desde la teoría del delito la inimputabilidad nunca podrá ser considerada como permanente. La inimputabilidad como categoría de análisis en la teoría del delito, no puede ser considerada permanente ya que no se trata de una cualidad ontológica del sujeto, es decir la inimputabilidad no emana de él de manera inmanente, si no que se trata de una relación entre un estado mental y un hecho determinado. Por tal motivo, si un sujeto presenta un trastorno mental, será imputable o inimputable dependiendo de cómo dicha condición afectó la comprensión de la criminalidad del acto o la dirección de sus acciones. (Ezequiel Mercurio, 2013; Ezequiel Mercurio y Viviana Schweizer, 2013; Eric García López y Ezequiel Mercurio, 2019) En este orden ideas una persona con un padecimiento mental podrá ser considerada imputable para un hecho, pero inimputable para otro. En todo caso, lo que podría considerarse permanente o transitorio son las perturbaciones o afecciones psíquicas, a partir de la cual podrían derivarse eventualmente consecuencias distintas (Manuel Checa González, 2010 p. 193). Dado que esta temática excede el ámbito de los objetivos del presente, no será profundizada. Por otra parte, el CNPP de México mantiene la posibilidad de otorgar medidas de seguridad para personas cuyo proceso se encuentra suspendido y para aquellos declarados inimputables, (artículos 416 y 417) asimismo, Marfil Gómez *et al.* (2015) y Pérez Daza (2016) en su comentario al artículo 416, señalan que debe tomarse en consideración el nombramiento de un representante legal, familiar o tutor para la persona inimputable (Marfil Gómez Sergio Javier *et al.*, 2015, p. 350; Alfonso Pérez Daza, 2016, p. 798). Como se ha señalado, las medidas de seguridad y la sustitución de la voluntad y representación a través de tutor van en contra de lo planteado por la Convención y el Comité.

En definitiva, a diferencia de las transformaciones que se han dado en el ámbito del derecho civil, el campo del derecho penal no ha incorporado aún de manera extendida y generalizada el paradigma de la Convención, a pesar de que se trata de un

instrumento de jerarquía constitucional, y que lleva más de diez años dentro de los plexos normativos, situación que ya fuera señalada por María Florencia Hegglin (2016) al discutir las medidas de seguridad.

## **V. AJUSTES AL PROCEDIMIENTOS Y APOYOS. PROPUESTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN**

En 2020 producto de un trabajo conjunto entre la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la enviada especial del secretario general de Naciones Unidas sobre Discapacidad Accesibilidad se lanzaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y Directrices). Estos principios son herramienta indispensable para analizar las relaciones entre los artículos 12 y 13 y la capacidad para estar en proceso.

De igual modo, brindan definiciones y lineamientos prácticos sobre ajustes al procedimiento y apoyos para el acceso a la justicia. Se trata de una mirada más específica y profunda sobre la discapacidad que la iniciada por las 100 Reglas de Brasilia en 2008 (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008).

Los principios y directrices definen como ajustes de procedimiento a “todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 9). A su vez, diferencia los ajustes de procedimiento de los ajustes razonables, ya que los primeros no están limitados por el concepto de «carga desproporcionada o indebida». Asimismo, señala que los ajustes y los apoyos deben ser diseñados de manera individualizada.

Los principios no abordan de manera exclusiva la situación de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial ni de las personas imputadas de delitos, sino que se trata de un abordaje amplio y transversal para todas las personas, incluyendo niños y niñas, con diferentes tipos de discapacidad, que se enfrentan a la justicia en diversos contextos, tanto como imputados, testigos o víctimas.

El principio 10. se centra en la capacidad jurídica, y propone en sus directrices derogar o modificar las legislaciones que incluyan la incapacidad para ser juzgado, que no se utilicen constructos como “incapacidad cognitiva” e “incapacidad mental”, y que no se realicen evaluaciones sobre el estado funcional o mental que puedan derivar en la limitación de la capacidad jurídica. En este sentido, propone la incorporación de facilitadores o intermediarios de la comunicación, que permitan una comunicación clara y efectiva entre las personas con discapacidad y los operadores de justicia. Refuerza la necesidad de derogar los internamientos indefinidos para personas con discapacidad en el ámbito de la justicia penal basados en la peligrosidad o en la necesidad de tratamiento.

El principio 30. aborda el derecho a los ajustes de procedimiento. En este aspecto resalta que éstos deberían establecerse antes del inicio del proceso, y realiza aportes concretos, como por ejemplo la participación de intermediarios o facilitadores, terceros intervinientes independientes a las partes. En dicho principio se enumeran una serie de ajustes, tales como los intermediarios y facilitadores, ajustes y modificaciones de los procedimientos, apoyo en la comunicación, ajustes de procedimiento para las personas acusadas de delitos, los presos y los detenidos.

Los facilitadores o intermediarios tienen la función de evaluar de forma individualizada las necesidades de comunicación que puedan existir, determinar los tipos de ajustes y de apoyos que pueda requerir la persona. En nuestra región existen al menos dos iniciativas de intermediarios de justicia.

Hace una década, la Argentina fue pionera en la región en desarrollar un programa especializado en acceso a la justicia para personas con discapacidad. El Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Es un equipo interdisciplinario conformado por personas con discapacidad, familiares de personas con discapacidad, profesionales de diversos campos con y sin discapacidad —profesionales del derecho, de la salud mental y expertos/as en lenguaje y comunicación—, ADAJUS trabaja tanto en el terreno participando en diversos fueros de la justicia de toda la Argentina, como intermediarios en audiencias y peritajes, como también generando insumos académicos para mejorar el acceso a la justicia. Se destacan el Protocolo de atención para el efectivo Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual, (versión

1.0), el censo sobre personas con discapacidad en prisión, entre otros. También se han generado recomendaciones relacionadas con las garantías del debido proceso, (Eurosocial, 2013).

En el ámbito latinoamericano, en una línea similar a ADAJUS, la organización civil Documenta de México lleva adelante un programa sobre facilitadores en el sistema de justicia (Victor Lizama y Diana Sheinbaum, 2020). Por su parte, en España, Plena Inclusión se encuentra trabajando sobre la persona facilitadora en procesos judiciales (Plena Inclusión, 2020).

Algunas de las modificaciones que se proponen son: realizar modificaciones arquitectónicas de los edificios y salas de audiencia, como de los tiempos de las audiencias, la participación de personas especializadas en lenguaje de señas, las adaptaciones de las preguntas que se realizan o de documentos judiciales, así como permitir que las personas con discapacidad puedan permanecer con personas de su confianza como apoyo emocional. También se proponen apoyos en la comunicación, como por ejemplo: subtítulo abierto, codificado y en tiempo real, y dispositivos y decodificadores de subtítulo; productos de telecomunicación basados en voz, texto y vídeo; videotexto; personas encargadas de tomar notas.

Teniendo en cuenta que los ajustes al procedimiento y los apoyos deben brindarse en todas las instancias, incluyendo las detenciones por parte de las fuerzas de seguridad, los principios y directrices refuerzan que los policías y los fiscales deben conocer los derechos de las personas con discapacidad, velar por que existan terceras personas, como facilitadores, que puedan sugerir adaptaciones; por ejemplo, para la toma de huellas dactilares, o de muestras biológicas, o para las medidas de restricción de la movilidad, como el uso de esposas.

El principio 40. se dedica al derecho al acceso a la información y notificación de instrumentos legales. En este ámbito se sugiere que las notificaciones, citaciones y sentencias deben realizarse en un lenguaje simple o a través de medios alternativos, que se preste apoyo a través de terceras personas para aquellos casos en donde se necesite ayuda para la comprensión de las notificación o el acto procesal a realizar. En la directriz 4.1.d sobre el principio 40. se recomienda que

las notificaciones y la información incluyan explicaciones claras y comprensibles sobre el funcionamiento de un acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso,

lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la ley, el reglamento, la política o la directriz, por ejemplo, en un lenguaje sencillo (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 18).

Se resalta el deber del Estado, de garantizar el debido proceso a través de la presunción de inocencia, de velar por que todas las personas con discapacidad sospechosas de un delito tengan información accesible y comprensible sobre sus derechos, incluido el derecho a no declarar con sí mismo, que puedan acceder a los apoyos que se requieren, que los ajustes al procedimiento puedan ser incluidos desde el momento de su detención.

En nuestra región no puede dejar de destacarse la muy reciente publicación del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Discapacidad realizado por la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (2022), donde se incorporan los últimos y más altos estándares sobre los derechos de las personas con discapacidad en su relación con la justicia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022). En ese sentido, incorpora los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020) y reseña las recomendaciones realizadas por el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad al estado mexicano en el caso Arturo Medina Vela *vs.* México (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019).

Como hemos sintetizado, existen propuestas concretas y programas específicos sobre ajustes al procedimiento y apoyos para las personas con discapacidad imputadas de un delito que van en consonancia con la Convención y lo enunciado en los artículos 67 y 68 del Código Procesal Penal Federal en Argentina y en los artículos 10, 414, 416 y 417 del Código Nacional de Procedimientos Penales en México. Sin embargo, tal como se abordará en el siguiente apartado, el abandono de la figura de incapacidad para ser juzgado traerá nuevos retos, desafíos y tensiones.

## **VI. DESAFÍOS, RETOS Y TENSIONES**

Tal como hemos señalado, la incapacidad procesal va en contra del artículo 12 de la Convención, sobre el derecho a la capacidad jurídica. Implica la violación al derecho a

ser oído, y resulta en una situación de discriminación basada en la discapacidad (artículo 50. de la Convención). Esta figura procesal priva a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial del ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones que las demás, y muchas personas consideradas no aptas para ser juzgadas son privadas de su libertad bajo la forma de medidas de seguridad por tiempo indeterminado. Por este motivo, a las afectaciones ya enunciadas se les adiciona la violación al principio de inocencia, al derecho a la contradicción y el derecho a la libertad. Es por ello que para la plena y efectiva participación de una persona con discapacidad imputada de un delito se requiere la implementación de ajustes al procedimiento y de apoyos.

No obstante, en la práctica existe una fuerte tensión entre el derecho a ser oído, a la no discriminación, y el derecho a un juicio justo. Es necesario contar con mecanismos de salvaguardas para aquellos casos en los que aun con la implementación de ajustes de procedimiento y de apoyos pudieran presentarse dudas sobre si se está llevando adelante un juicio justo.

Es por ello que es indispensable poner en debate posibles soluciones a situaciones prácticas donde los ajustes al procedimiento y los apoyos podrían no resultar eficaces *per se*. Tal podría ser el caso de una persona con un trastorno amnésico (Organización Mundial de la Salud, 2019)<sup>8</sup> o un trastorno cognitivo mayor (American Psychiatric Association, 2014)<sup>9</sup> que tiene que ejercer su defensa material. En ese sentido, si bien se podrían emprender ajustes que orienten hacia acortar los tiempos de las audiencias, modificaciones en la forma de realizar las preguntas, la falta de recuerdo, no podría ser suplida, los apoyos personales no serían suficientes, y el recuerdo resulta esencial para poder participar de forma activa en su defensa. Sin las debidas salvaguardas, la persona podría asumir la responsabilidad de los cargos en un hecho que pudo no haber participado, o sobre el cual podría ofrecer otras defensas. Otra situación que podría poner en duda el concepto de juicio justo es aquella persona que niega tener asistencia técnica como consecuencia de un delirio de perjuicio y que considera que hay un complot en su contra organizado por su abogado/a defensor/a ¿se podría llevar adelante un juicio penal sin una defensa jurídica profesional?

Las mecanismos de salvaguarda deberán ser sólidos y eficientes para evitar situaciones de influencia indebida o potenciales abusos en los casos de personas con discapacidad intelectual o psicosocial imputadas, debido a que algunas personas

pueden tener una postura aquiescente, ser crédulas e influenciables y podrían ser persuadidas o inducidas para realizar confesiones o admitir su responsabilidad, aún en hechos en los que no participaron (Melanie Mogavero, 2020; Nigel Beail, 2002). Es por ello que mecanismos de salvaguarda que garanticen la plena comprensión y comunicación, con ajustes y apoyos, son ineludibles en el marco de un juicio criminal.

Uno de los desafíos concretos que enfrentará la implementación de los sistemas de apoyos y los ajustes al procedimiento, será sostenerlos a lo largo de todo el proceso, y que esto incluya la eventual ejecución de la pena en una prisión o el cumplimiento de reglas de conducta o las tareas comunitarias, o cualquier otra salida alternativa a la privación de libertad. En otras palabras, sería riesgoso implementar sólo ajustes de procedimientos y apoyos para llegar a una sanción, pero no sostenerlos en el cumplimiento de la misma. El concepto de juicio justo no puede limitarse a la condena, sino que debe incluir su ejecución.

En este sentido, el siguiente ejemplo puede resultar ilustrativo. Una persona con discapacidad intelectual tiene dificultades para orientarse temporalmente sin apoyos ni intermediarios. No conoce el uso de agendas ni calendarios ni viaja sólo a lugares que no conoce, recibe una suspensión de juicio a prueba, a partir de la cual debe presentarse en un determinado día y horario en un juzgado alejado de su domicilio. En ese caso, la participación de un intermediario, durante el juicio o la audiencia, como apoyo en la comprensión y comunicación es central, pero también es indispensable que la persona cuente con un apoyo efectivo después. Sin la valoración de las necesidades de apoyo de esa persona, y sin la implementación de un sistema de apoyo, el compromiso asumido se transforma en un acuerdo de imposible cumplimiento, no por las deficiencias de la persona, sino por la falta de aplicación de los apoyos que requiere. Sin embargo, el sistema penal suele poner en cabeza de la persona ese incumplimiento, y no en la inadecuada valoración de las necesidades individuales, y falta de incorporación de apoyos. Estas falencias, que no deberían ser adjudicadas a la persona, sino al Estado, finalizan con un impacto desproporcionado para la persona con discapacidad intelectual, a la cual se le privará de libertad por su falta de cumplimiento, por su rebeldía o por su incomparecencia.

Son muchos los casos en los que personas con discapacidad intelectual son detenidas por no cumplir con citaciones judiciales que no comprendieron o que no podían gestionar sin los apoyos correspondientes. En un sentido similar, es muy

frecuente que a personas con discapacidad intelectual o psicosocial que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, viviendo en calle, se les deniegue su libertad por no contar con domicilio o arraigo. En estos casos, ajustes de procedimiento, como acotar los plazos para tomar decisiones o para realizar ciertas medidas para que las personas puedan acceder a hostales o paradores u organizaciones que representan los derechos de las personas con discapacidad, podrían ser medidas tendientes a disminuir el impacto de las condiciones de la reclusión (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, Principio 3. Directriz 3.2.j).

Resulta muy ilustrativo lo señalado por Clarisa Ramos Feijoo (2013) con relación a la falta de acceso a los sistemas de apoyos previos a la detención:

(a) ser considerado un colectivo con mayor probabilidad de vulnerabilidad [se refiere a las personas con discapacidad intelectual], consideramos que debieron pasar a lo largo del desarrollo vital de estas personas una serie de dispositivos de protección social. Cabe preguntarse por la actuación de las redes de apoyo, así como los dispositivos de detección y prevención de situaciones de riesgo, y la influencia que pudieron tener para que una persona con discapacidad intelectual llegue al sistema penitenciario. Nos preguntamos si la presencia de personas con discapacidad intelectual en el sistema penitenciario pone de manifiesto que estos dispositivos han estado ausentes o han fallado en sus estrategias de integración social satisfactoria (p. 18).

En este sentido, no pueden pensarse la implementación de ajustes al procedimiento y de apoyos sólo para el sistema de justicia penal. Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial tienen el derecho a acceder a los sistemas de apoyo a lo largo de toda su vida, en los diferentes contextos que los requieran y según sus necesidades; por su parte, el Estado tiene la obligación de brindarlos. En este sentido, la implementación de un sistema de apoyos que permita la accesibilidad puede ser enmarcada dentro de la estrategia global de la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible propuesta por la Organización de Naciones Unidas (Naciones Unidas, 2015).

La incorporación de ajustes y de apoyo de manera aislada, parcial y de forma exclusiva para solventar una condena penal que se llevará en una prisión sin apoyos, sin accesibilidad ni ajustes, pueden transformarse en condiciones de detención más

gravosas y de mayor sufrimiento, que pueden convertirse en formas de trato cruel, inhumano o degradante (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 9.2.d.).

Un reto central para la implementación de ajustes de procedimiento y de apoyos es la identificación adecuada y oportuna de dichas necesidades. Diversas investigaciones en México y Argentina reportaron que la falta de identificación oportuna no permite un acceso adecuado a apoyos, ajustes, requerimientos e intervenciones especializados (Lucila Bernardini *et al.*, 2018; Ezequiel Mercurio, 2021); como por ejemplo la derivación a un servicio de salud o a dispositivos alternativos a la prisión. Asimismo, las intervenciones sociales, educativas y en salud en etapas posteriores del proceso se ven retrasadas o son inexistentes por la falta de identificación.

La falta de identificación puede deberse a la falta de un protocolo específico para la detección de personas con discapacidad intelectual en el ámbito de las comisarías y cárceles, tal como fuera descrito previamente por Jenny Talbot (2011). La implementación de ajustes de procedimientos y de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica requieren en primer lugar de una adecuada identificación de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial que se encuentran sometidas a un proceso penal (Torcuato Recover y Ines Araoz, 2014; Diana Sheinbaum y Sara Vera, 2016, p. 162; Plena Inclusión, 2018). Es por ello por lo que deberían fortalecer los mecanismos para la identificación de personas con discapacidad intelectual o psicosocial.

En consonancia con recomendaciones internacionales, se deben poner en marcha protocolos específicos para garantizar el acceso a la justicia, para lo cual se requiere mejorar la detección (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020; Keith Bradley, 2009; Susan Hayes, 2007). Estos protocolos deberían realizarse tanto al ingreso de los detenidos en la comisaría como en las cárceles. Asimismo la identificación temprana y oportuna de la discapacidad debe ser utilizada como puerta de entrada para implementar los ajustes y apoyos que pueda requerir cada persona, y no como elemento de discriminación, si bien sería deseable que los ajustes y apoyos no requieran de un diagnóstico médico. En el ámbito de la justicia penal nos encontramos en un estado muy incipiente del debate, donde se

presenta como escenario muy poco probable prescindir, en un futuro próximo, de peritajes psiquiátrico y psicológicos en esta temática.

Por lo expuesto, la sensibilización y capacitación de todos los intervinientes, incluyendo las fuerzas de seguridad, jueces, fiscales y peritos, es ineludible.<sup>10</sup>

## VII. CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introdujo importantes cambios y modificaciones normativas en el ámbito del derecho civil. Los modelos basados en la sustitución de la voluntad que acompañaron en los últimos dos siglos las legislaciones sobre la curatela, la insania y la incapacidad civil dejaron a su paso modelos basados en los ajustes, apoyos y salvaguardas para la toma de decisiones que propone el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad.

Argentina y México incorporaron en sus códigos de procedimientos penales, ajustes y apoyos para el proceso, y se excluyó la suspensión por incapacidad sobreviviente por motivos de salud mental. Sin embargo, México mantuvo las medidas de seguridad para personas con el proceso suspendido o declarados inimputables. Por su parte, Argentina dio un importante avance al retirar las medidas de seguridad del código de procedimientos para personas que pudieran ser declaradas inimputables o que tuvieran un padecimiento mental sobreviniente; pero se mantuvo la posibilidad de suspender el juicio si “el imputado se encuentra en condiciones adversas de salud que no le permitan continuar su asistencia o actuación en el juicio” (Código Procesal Penal Federal, 2019, artículo 291 inciso e).

A pesar de estas modificaciones, el campo del derecho penal no ha incorporado aún el modelo social en los debates sobre la dogmática penal de la imputabilidad ni sobre la capacidad para estar en proceso. Los comentaristas mantienen miradas tradicionales sobre la incapacidad sobreviviente, y no se ha profundizado sobre la implementación de ajustes al procedimiento y el acceso a un sistema de apoyo para las personas imputadas de delitos a lo largo de todo el proceso penal.

El modelo social de la discapacidad le presenta al derecho penal interesantes retos y desafíos. Futuras investigaciones serán necesarias para conocer la implementación de este modelo en la justicia criminal.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- American Psychiatric Association, (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-5*, Madrid, Médica Panamericana.
- APPELBAUM, P. S. y GRISSE, T. (1988), “Assessing Patients’ Capacities to Consent to Treatment”, *New England Journal of Medicine*, vol. 319, núm. 25, doi: [10.1056/NEJM198812223192504](https://doi.org/10.1056/NEJM198812223192504).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2006), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada el 13 de diciembre de 2006.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- BEAIL, N. (2002), “Interrogative Suggestibility, Memory and Intellectual Disability”, *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, vol. 15, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.1046/j.1468-3148.2002.00108.x>.
- BEAUCHAMP, T. y CHILDRESS, J. (1999), *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson.
- BELTRANI, A., y ZAPF, P. A. (2020), “Competence to Stand Trial and Criminalization: an Overview of the Research”, *CNS spectrums*, vol. 25, núm. 2, doi: [10.1017/S1092852919001597](https://doi.org/10.1017/S1092852919001597).
- BERNARDINI, L., MERCURIO, E., SHEINBAUM, D. (2018), “Los retos en el acceso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo de México y Buenos Aires”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 2, núm. 2, disponible en: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/109>.
- BONNIE, R. J. (1992), “The Competence of Criminal Defendants: A Theoretical Reformulation”, *Behavioral Sciences y the Law*, vol. 10, núm. 3, disponible en: <https://doi.org/10.1002/bsl.2370100303>.
- BRADLEY, K. (2009), *The Bradley Report. Lord Bradley’s review of people with mental health problems or learning disabilities in the criminal justice system*, disponible en: <https://lx.iriss.org.uk/sites/default/files/resources/The%20Bradley%20report.pdf>.
- BREGAGLIO LAZARTE, R. y RODRIGUEZ VÁSQUEZ, J. (2017), “Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano”, en Documenta, Análisis y acción para la justicia social, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*, México, Ubijus.

- BUCHANAN, A. (2006), "Competency to Stand Trial and the Seriousness of the Charge". *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 34, núm. 4.
- CASTEX, M. (2007), *Capacidad para estar en juicio*, Buenos Aires.
- CHECA GONZÁLEZ, M. (2010), *Manual Práctico de Psiquiatría Forense*, Barcelona, Elsevier.
- Código Nacional de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, (2014).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), Observación general núm. 1, CRPD/C/GC/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013), Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, CRPD/C/AUS/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2019), Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 50. del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación 32/2015, CRPD/C/22/D/32/2015.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), Comunicación 8/12, CRPD/C/11/D/8/2012.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, The right to liberty and security of persons with disabilities. Adopted during the Committee's 14th session, held in September 2015.
- Consejo de Derechos Humanos (2009), Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/10/48.
- Consejo de Derechos Humanos (2017), Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del secretario general A/HRC/34/26.
- Consejo de Europa (1953), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia, del 4 al 6 de marzo
- DARAY, R. (2019), *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.

- Decreto Legislativo 1384 (2018), Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, sancionado en Perú el 4 de septiembre de 2018.
- Drope V. Missouri (1975), 420, United States of America, núm. 162.
- Dusky v. U.S. (1960), 362, United States of America, núm. 402.
- Equipo Adajus (2012), "Los derechos de las personas con Discapacidad en situación de encierro, una política de inclusión social intramuros", en Rosales, O. (dir.), *Discapacidad, justicia y Estado. Acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Ediciones Infojus.
- Equipo Adajus (2013), "Relevamiento de población con discapacidad privada de libertad dentro del Servicio Penitenciario Federal Avances de la primera etapa de investigación", en Rosales, O. (dir.), *Discapacidad, justicia y Estado, discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, Ediciones Infojus.
- Eurosocial (2013), *Protocolo para el Acceso a la Justicia, Propuestas para un trato adecuado*, Colección Documentos de Política núm. 2, Área Justicia, disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5221-protocolo-para-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad>.
- GARCÍA GARDUZA, I. (2015), "Apto para declarar: ¿diagnóstico psiquiátrico o médico-forense?", *Revista de la Facultad de Medicina (México)*, vol. 58, núm. 2, disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0026-17422015000200005&lng=es&esytlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0026-17422015000200005&lng=es&esytlng=es).
- GARCÍA LÓPEZ, E. y MERCURIO, E. (2019), *Psicopatología forense y justicia restaurativa: perspectivas desde el Neuroderecho*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- GARCÍA, J. C., LÓPEZ, M. D. C. V. M., y GONZÁLEZ, A. S. S. (2020), "Los derechos humanos de las personas con discapacidad mental en el sistema de justicia penal mexicano", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 4, núm. 2.
- GLANCY, G. D. *et al.* (2015), "AAPL Practice Guideline for the Forensic Assessment", *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 43, núm. 2, Suppl, S3-S53, disponible en: [http://jaapl.org/content/43/2\\_Supplement/S3.long](http://jaapl.org/content/43/2_Supplement/S3.long).
- GRISSE, T., y APPELBAUM, P. S. (1998), *Assessing competence to consent to treatment: A guide for physicians and other health professionals*, Oxford University Press, United States of America.
- GODINEZ V., Moran (1993), 509, United States of America.

- HEGLIN, F. (2013), “La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad”, *Revista de Derecho Penal*, vol. 2, núm. 5.
- HEGLIN, M. F. (2016), “La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta”. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*.
- HEGLIN, M. F. (2017), “Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho Penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Documenta, Análisis y acción para la justicia social, Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. Ciudad de México: Ubus.
- JOSHI, J. (1989), “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 42, núm. 1.
- LA ROSA, M. y ROMERO VILLANUEVA, H. (2019), *Código Procesal Penal Federal comentado*, tomo 1, Buenos Aires, La Ley.
- Ley General de Salud, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de Salud Mental y Adicciones, Mexico, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de mayo de 2022.
- Ley 26.994 (2014), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado en Argentina el 7 de octubre de 2014.
- Ley 21.331 (2021), *Ley que establece el Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental*, publicada en Chile el 11 de mayo de 2021.
- Ley 1996, (2019), Ley que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, sancionada en Colombia el 26 de agosto de 2019.
- Ley 9379 (2016), Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, sancionada en Costa Rica el 18 de agosto de 2016.
- LIZAMA, V. y SHEINBAUM, D. (2020), “Hacia un sistema de justicia incluyente: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y psicosocial”, en Martínez, N. (Ed.), *Salud Mental Forense*, México: Tirant lo Blanch.
- MARFIL GÓMEZ, S. J. *et al.*, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Poder Judicial del estado de Yucatán.
- MATH, S. B. *et al.* (2011), Chapter 11. Fitness To Stand Trial, *Minds imprisoned: Mental health care in prisons*, Bangalore, National Institute of Mental Health Neuro Sciences.

- McNAMARA, D. M. (2018), “The Insanity Defence, Indefinite Detention and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Dublin ULJ*, vol. 41.
- MERCURIO, E. (2013), *Neurociencias y derecho penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago,
- MERCURIO, E. (2021), *¿Cuál es el futuro de la inimputabilidad? Entre las neurociencias y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disertación del 27 de agosto, Foro Internacional de Neurociencia y Derecho, organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México.
- MERCURIO, E. (2021), “Dificultades para la detección de personas con discapacidad intelectual y psicosocial detenidas por la policía en la Ciudad de Buenos Aires”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 9, núm. 1, disponible en: <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.01.06>.
- MERCURIO, E. y SCHWEIZER, V. (2013), “Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del artículo 34, inc. 10., del Código Penal Argentino”, *Revista Derecho Penal*, II, vol. 5, Infojus.
- MINKOWITZ, T. (2014), “Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead, and Beyond”, *Griffith Law Review*, vol. 23, núm. 3, disponible en: <https://doi.org/10.1080/10383441.2014.1013177>.
- MOGAVERO, M. C. (2020), An Exploratory Examination of Intellectual Disability and Mental Illness Associated with Alleged False Confessions, *Behavioral Sciences y the Law*, vol. 38, núm. 4, 299F316, disponible en: <https://doi.org/10.1002/bsl.2463>.
- MOSSMAN, D. *et al.* (2007), “AAPL Practice Guideline for the Forensic Psychiatric Evaluation of Competence to Stand Trial”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 35 (Supplement 4), S3-S72, disponible en: [http://jaapl.org/content/35/Supplement\\_4/S3.long](http://jaapl.org/content/35/Supplement_4/S3.long).
- Naciones Unidas, (2015), Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Enviada Especial del secretario general de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad (2020), *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Ginebra.
- Organización de Estados Americanos (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José).

- Organización Mundial de la Salud (2019), Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas de salud conexos (11a. ed.), disponible en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es>.
- PALACIOS, A. (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cerami.
- PÉREZ DAZA, A. (2016), *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch.
- Plena Inclusión (2020), *La persona facilitadora en procesos judiciales*. Plena Inclusión, disponible en: <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/la-persona-facilitadora-en-procesos-judiciales/>.
- Plena Inclusión (2018), *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad y del desarrollo*. Plena Inclusión, disponible en: <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/acceso-a-la-justicia-ajustes-de-procedimiento-para-personas-con-discapacidad-intelectual-o-del-desarrollo/>.
- PRAVIA, A. (2019), *Código Procesal Penal Federal, Ley 27.063 con la actualización de la ley 27.482, Comentado y Concordado*. San Miguel de Tucuman, Bibliotex.
- Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (2019), *Informe de buenas prácticas*, disponible en: <https://bit.ly/3wSCLfd>.
- RAMOS FEIJOO, C. (2013), “Las personas con discapacidad intelectual en el sistema penal-penitenciario. ¿Un fracaso de las políticas de inclusión?” *Revista Internacional de Organizaciones*, núm. 11, ISSN 1886-4171, disponible en: [http://www.revista-rio.org/index.php/revista\\_rio/article/view/](http://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio/article/view/).
- RECOVER, T. y ARAOZ, I. (2014), *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal. Análisis sobre la intervención de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal y el cumplimiento de condenas y medidas de privación de libertad derivadas de éste*, Madrid, FEAPS.
- ROYTMAN, E. (2020), “Kahler v. Kansas: The End of the Insanity Defense?”, 15 *Duke Journal of Constitutional Law y Public Policy Sidebar*, disponible en: [https://scholarship.law.duke.edu/djclpp\\_sidebar/184](https://scholarship.law.duke.edu/djclpp_sidebar/184).
- SLOBOGIN, C. (2000), “An end to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases”, *Virginia Law Review*, disponible en: <https://doi.org/10.2307/1073944>.

- SLOBOGIN, C. (2015), “Eliminating Mental Disability as a Legal Criterion in Deprivation of Liberty Cases: The Impact of the Convention on the Rights of Persons with Disability on the Insanity Defense, Civil Commitment, and Competency Law”, *Vanderbilt Public Law Research Paper*, núms. 14-23, DOI: [10.1016/j.ijlp.2015.04.011](https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.04.011).
- SHEINBAUM, D. y VERA, S. (2016), *Hacia un sistema de justicia incluyente: proceso penal y discapacidad psicosocial*. Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social.
- SILVA, D. y MIOTTO, N. (2010), “Capacidad psicofísica para estar en Juicio: «Incapacidad Sobreviniente»: Prisión domiciliaria”, *Cuadernos de Medicina Forense*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022), Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad. Mexico, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-04/Protocolo%20para%20Juzgar%20con%20Perspectiva%20de%20Discapacidad.pdf>.
- TALBOT, J. (2011), “Prisoners with Learning Disabilities and Learning Difficulties”. *Prison Service Journal*, núm. 195, disponible en: <https://www.crimeandjustice.org.uk/publications/psj/prison-service-journal-195>.
- HAYES, S. (2007), “Offenders with Learning Disabilities”, *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 35, núm. 3, disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-3156.2007.00463.x>.
- VILLAVERDE, M. S. (2021), “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Ajustes de procedimiento en contextos capacitistas”, en Villaverde, M. S. *et al.*, *Adajus, a 10 años de su creación. Acceso a la justicia para personas con discapacidad*, Buenos Aires, Infojus.
- WILSON, V. U.S. (D.C. Cir. 1968), 391 F.2d 460.
- ZAPF, P. A., Roesch, R., y Pirelli, G. (2013), “Assessing competency to stand trial”, en Weiner, I y Otto, R., *The Handbook of Forensic Psychology*, New Jersey, Willey.

---

\* ORCID: [0000-0002-0521-6981](https://orcid.org/0000-0002-0521-6981). Magister en Criminología y Ciencias Forenses. Correo electrónico: [ezequielmercurio@gmail.com](mailto:ezequielmercurio@gmail.com).

<sup>1</sup> Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:
4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean

proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

<sup>2</sup> Artículo 67. Presunta inimputabilidad en el momento del hecho. Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía alguna alteración mental que le impidiera comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sus derechos de parte serán ejercidos por el defensor particular o, en su defecto, por el defensor público, con los apoyos y ajustes razonables que fueran necesarios, con comunicación al curador, si lo hubiere.

Si el imputado fuere menor de dieciocho (18) años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor, ello sin perjuicio de la intervención que prevea la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En caso de que se dictara el sobreseimiento por inimputabilidad, se deberán analizar en forma previa las causales en el orden dispuesto en el artículo 269. Si correspondiere, se dará intervención a la Justicia Civil a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo con la legislación específica en salud mental.

Artículo 68. Padecimiento mental sobreviniente. Si durante el proceso sobreviniere un padecimiento mental que restringiere la capacidad del imputado, el juez establecerá los apoyos y los ajustes razonables que sean necesarios, incluyendo el establecimiento de plazos especiales para el desarrollo del proceso, según el momento en que se produzca, sin perjuicio de que se lleven a cabo los actos para la averiguación del hecho que no requieran su presencia o se prosiga aquél contra los demás imputados.

Se comunicará al juez en lo civil y al defensor particular o, en su defecto, al defensor público, la situación del imputado, a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo a la legislación específica.

<sup>3</sup> Artículo 10: Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.

<sup>4</sup> Artículo 414. Procedimiento para la aplicación de ajustes razonables en la audiencia inicial.

Si en el curso de la audiencia inicial, aparecen indicios de que el imputado está en alguno de los supuestos de inimputabilidad previstos en la Parte General del Código Penal aplicable, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez de control que ordene la práctica de peritajes que determinen si efectivamente es inimputable y en caso de serlo, si la inimputabilidad es permanente o transitoria y, en su caso, si ésta fue provocada por el imputado. La audiencia continuará con las mismas reglas generales, pero se proveerán los ajustes razonables que determine el Juez de control para garantizar el acceso a la justicia de la persona.

En los casos en que la persona se encuentre retenida, el Ministerio Público deberá aplicar ajustes razonables para evitar un mayor grado de vulnerabilidad y el respeto a su integridad personal. Para tales efectos, estará en posibilidad de solicitar la práctica de aquellos peritajes que permitan determinar el tipo de inimputabilidad que tuviere, así como si ésta es permanente o transitoria y, si es posible definir si fue provocada por el propio retenido.

<sup>5</sup> Artículo 416. Ajustes al procedimiento.

Si se determina el estado de inimputabilidad del sujeto, el procedimiento ordinario se aplicará observando las reglas generales del debido proceso con los ajustes del procedimiento que en el caso concreto acuerde el Juez de control, escuchando al Ministerio Público y al Defensor, con el objeto de acreditar la participación de la persona inimputable en el hecho atribuido y, en su caso, determinar la aplicación de las medidas de seguridad que se estimen pertinentes.

En caso de que el estado de inimputabilidad cese, se continuará con el procedimiento ordinario sin los ajustes respectivos.

<sup>6</sup> Artículo 417. Medidas cautelares aplicables a inimputables.

Se podrán imponer medidas cautelares a personas inimputables, de conformidad con las reglas del proceso ordinario, con los ajustes del procedimiento que disponga el Juez de control para el caso en que resulte procedente.

El solo hecho de ser imputable no será razón suficiente para imponer medidas cautelares.

<sup>7</sup> Incapacidad. Artículo 76. Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hacía inimputable, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros. En tal caso, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o si no lo hubiere, por el defensor oficial, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados. Si el imputado fuere menor de dieciocho (18) años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor.

Incapacidad sobreviniente Artículo 77. Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión

del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados.

<sup>8</sup> El trastorno amnésico es un cuadro que se caracteriza por una afectación en la memoria, que se acompaña de un déficit en la adquisición, aprendizaje y/o retención de nueva información, y puede incluir la incapacidad de recordar información previamente aprendida.

<sup>9</sup> El trastorno cognitivo mayor es un cuadro caracterizado por un declive significativo comparado al nivel previo en uno o más dominios cognitivos, que interfiere en la autonomía de las actividades cotidianas.

<sup>10</sup> En el ámbito iberoamericano existen interesantes iniciativas en este sentido. Se recomienda ver Recover, T. y Araoz, I. (2014). Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal. Análisis sobre la intervención de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal y el cumplimiento de condenas y medidas de privación de libertad derivadas de éste, Madrid, FEAPS; Plena Inclusión (2018), Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad y del desarrollo, Madrid, Plena Inclusión.

La Defensoría General de la Nación (Argentina), a través de su área de Capacitación, desarrolló actividades específicas de formación y sensibilización sobre la importancia de la identificación temprana de personas con discapacidad intelectual en el ámbito de la justicia penal para defensores y defensoras públicos. Se desarrolló un programa piloto con defensores y defensoras que actúan en el proceso de flagrancia, y se brindó una guía de preguntas que se recomiendan realizar durante las entrevistas con las personas privadas de Libertad, con el objetivo de obtener datos que puedan orientar a una sospecha fundada de que una persona puede tener una discapacidad intelectual. Los resultados del programa han sido exitosos. Los abogados y abogadas defensores que transcurrieron en dicho programa mejoraron su nivel de sospecha y identificación de personas con discapacidad intelectual.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17502](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17502)

Recibido: 19 de mayo de 2022

Aprobado: 30 de junio de 2022

## LA NECESIDAD DE LA DECLARACIÓN BAJO JURAMENTO O PROMESA DE HONOR DEL IMPUTADO COMO MEDIO DE PRUEBA

### THE NEED FOR THE DECLARATION UNDER OATH OR PROMISE OF HONOR OF THE DEFENDANT AS A MEANS OF PROOF

**Gino Augusto Tomás RÍOS PATIO \***  
**Augusto Renzo ESPINOZA BONIFAZ \*\***

#### Resumen:

Resumen: El artículo parte de un dato objetivo y comprobable en la práctica privada en el proceso penal peruano, que es pasible de ser extendido a los países de la región indoamericana, en los que la conceptualización de la opinión pública acerca de la defensa técnica en un proceso penal, lindan con un ejercicio hábil no precisamente en hermenéutica y dogmática penal, sino en prestidigitación de los hechos y las pruebas, como es el hecho de que generalmente en los países latinoamericanos la

#### Abstract:

*The article is based on objective and verifiable data in private practice in the Peruvian criminal process, which is likely to be extended to the countries of the Indo-American region, in which the conceptualization of public opinion about technical defense in a process punishment, border on a skilful exercise not precisely in criminal hermeneutics and dogmatics but in sleight of hand of facts and evidence, such as the fact that generally in Latin American countries, the statement made by*

declaración que realiza el imputado no es considerada un medio de prueba, sino un medio de defensa, por lo que en la motivación de la decisión jurisdiccional no es ponderada debidamente y, antes bien, se asume que obstaculiza la justicia y perturba el proceso, de donde ha surgido la inveterada, pero falsa idea de que el imputado tiene derecho a mentir. Esta problemática, en un sistema procesal penal garantista, atenta contra los derechos fundamentales del infractor y la víctima, así como no resulta funcional a la finalidad del proceso, cual es lograr un resultado satisfactorio al interés público de coadyuvar a la paz social merced a la solución del conflicto que todo crimen supone, a través de alcanzar la justicia para las partes involucradas.

Los autores plantean una propuesta innovadora, que consiste en que la declaración libre y voluntaria del imputado, expresada sin coacción alguna, cuando no desea guardar silencio, sea garantizada y considerada como un auténtico medio de prueba y, por ende, valorada en conjunto con los demás medios de prueba.

### **Palabras clave:**

Declaración del imputado, proceso penal garantista, ética en el derecho de defensa.

*the accused is not considered a means of proof but a means of defense, for which reason the jurisdictional decision is not duly considered and, rather, it is assumed that it hinders justice and disturbs the process, from which the inveterate but false idea has arisen that the accused has the right to lie. This problem, in a guaranteed criminal procedural system, violates the fundamental rights of the offender and the victim, as well as is not functional to the purpose of the process, which is to achieve a satisfactory result in the public interest of contributing to social peace thanks to the solution of the conflict that every crime involves, through achieving justice for the parties involved.*

*The authors propose an innovative proposal, which consists in that the free and voluntary declaration of the accused, expressed without any coercion, when he does not wish to remain silent, be guaranteed and considered as an authentic means of proof and, therefore, valued in conjunction with other means of proof.*

### **Keywords:**

*Statement of the accused, Criminal procedure guarantee, Ethics in the right of defense.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Garantías judiciales a favor del imputado.* III. *La declaración del imputado.* IV. *Relevancia probatoria de la declaración del imputado.* V. *La declaración bajo juramento o promesa de honor del imputado*

*como nuevo medio de prueba. VI. Aspectos positivos de tomarle juramento o promesa de honor al imputado. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l derecho penal es la última *ratio* que tiene el Estado en el orden racional para dirimir y solucionar un conflicto intersubjetivo, última razón que es superior a cualquier otra. Su aplicación es a través de un proceso dialéctico con plenas garantías para el imputado, el cual está regido por una serie de principios jurídicos que salvaguardan la dignidad de la persona humana, que es el fin supremo de la sociedad y el Estado democrático y de derecho; de lo contrario, el proceso se asemejaría a uno de índole inquisitiva.

La finalidad del proceso penal es binaria, pues, de un lado, garantiza la vigencia y respeto a los derechos humanos del imputado y, de otro lado, soluciona el conflicto de intereses que supone todo crimen, para lo cual busca la verdad aproximativa que deriva de la confrontación de los hechos alegados y probados mediante los distintos medios permitidos.

¿Qué ocurre cuando el proceso no garantiza el respeto a los derechos humanos del imputado ni soluciona el conflicto de intereses inmerso en el crimen? El proceso adolece de legitimidad, de aprobación social, resultando por ello menos garantista de lo que se predica; contradice el deber ético que los sujetos procesales deben observar en el proceso, y refuerza maliciosamente la errada idea de que existe el derecho del imputado a mentir.

Ocurre, específicamente en el Perú y, por lo general, en los países latinoamericanos, que la declaración del imputado no es tomada en cuenta como un medio de prueba, sino únicamente como un medio de defensa, y, en tal virtud, resulta soslayada en la motivación de la decisión jurisdiccional, cuando podría favorecerlo, a la par que es asumida como obstaculización de la justicia y perturbación del proceso para perjudicarlo, como en el caso de decidir la prisión preventiva.

La administración de justicia, sin embargo, es de interés general, pues la potestad de hacerlo emana del pueblo, de tal modo que la salvaguarda de los derechos de la persona humana, en este caso del imputado, no es el único fin a garantizar por el proceso, sino también el interés social de que el proceso se realice con respeto a los derechos humanos de todos los sujetos procesales para que arribe a un resultado

satisfactorio y, de esa manera, contribuya a alcanzar la restauración de la paz social quebrada con el conflicto violento que supone todo crimen.

¿Cómo hacer entonces para que la declaración libre y voluntaria del imputado, expresada sin coacción alguna, cuando no desea guardar silencio, sea garantizada y considerada como un auténtico medio de prueba y, por ende, valorada en conjunto con los demás medios de prueba? Se propone que dicha declaración sea bajo la forma solemne de un juramento o promesa de honor.

Esta propuesta es innovadora, y no obsta con la vigencia del principio de la prohibición de obligar al imputado, física o moralmente, a autoincriminarse. Tampoco el principio se contradice con la proposición que se presenta.

Adicionalmente, la propuesta pretende contribuir con la ética procesal e higienizar el proceso penal, erradicando el mal hábito de practicar el noble ejercicio de la defensa con base en mentiras que enturbian el proceso, y la fabricación de pruebas que mancillan y deshonoran la administración de justicia.

## **II. GARANTÍAS JUDICIALES A FAVOR DEL IMPUTADO**

De acuerdo con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Asimismo, el artículo 11 de la misma Declaración establece que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

La misma disposición se encuentra establecida en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precisándose además que toda persona debe ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre un

defensor de oficio gratuitamente; a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable, entre otras garantías.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece exactamente igual en el artículo 8o., añade que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVI que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable, y que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas

En el Perú, el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política establece el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; que toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención, y que tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Evidentemente, las precitadas garantías judiciales que la normatividad internacional en materia de derechos humanos y la carta política peruana acuerdan en favor del imputado se encuentran sostenidas por el derecho de igualdad ante la ley, el cual se encuentra regulado en las mismas normas en el sentido que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en ellas sin distinción de ninguna índole.

Así lo establece el artículo 30. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”, y el artículo 14, al preceptuar: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas”.

Por su parte, la Convención Americana de Derecho Humanos señala en el artículo 1: “2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes

garantías mínimas”, y en artículo 24 establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Finalmente, en la legislación peruana, la Constitución Política establece en el artículo 20. que: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley”.

### **III. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO**

La declaración del imputado constituye un acto formal con la que responde en su interrogatorio, sin juramento o promesa de honor, con la finalidad de conocer sus circunstancias personales (identidad, antecedentes procesales, patrimonio, y relación con el agraviado o con otros imputados, si los hubiera), hacerle saber los hechos que se le atribuyen, oír lo que crea conveniente manifestar sobre los mismos y, eventualmente, ofrecer los actos de investigación que considere oportunos.

Es un acto complejo, ya que si bien en esencia es un acto defensivo, también permite que el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación pueda perfilar la misma, es decir, utilizar la declaración del imputado para ordenar la realización de actos de investigación que sirvan para conocer y probar los hechos materia de imputación.

En el interrogatorio las preguntas formuladas al imputado deben ser claras y precisas; están prohibidas las preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas, con objeto de garantizar los derechos y garantías del imputado y no tenderla una emboscada. Durante su declaración, podrá reconocer documentos, personas, cosas, voces o sonidos, debiéndose cumplir las formalidades establecidas en la ley procesal para ello. No se permite durante la declaración coaccionar al procesado ni inducirlo o determinarlo a declarar en contra de su voluntad ni hacerle reprimendas para buscar que confiese. Si durante la declaración se observan signos de cansancio o falta de serenidad en el imputado, aquella deberá suspenderse hasta que ellos desaparezcan.

Asimismo, el acta que contenga la declaración del imputado debe consignar de la manera más fiel posible lo que ha esta manifestado. El procesado puede dictar sus respuestas, y tiene derecho a leer su declaración y a negarse a firmarla si considera que durante la misma no se han respetado sus derechos y garantías procesales.

Sin embargo, en la práctica no se respeta escrupulosamente o estrictamente lo que preceptúan las normas procesales al respecto; sensiblemente ocurre que aun con la

presencia del defensor, en muchos casos, y pese a que el imputado pueda dictar su declaración, el asistente fiscal no escribe fielmente lo que se le dice, aun cuando no cambie el sentido de la declaración, con la excusa de ordenar cronológica o lógicamente los hechos y redactar mejor las respuestas; pero lo peor acontece por el hecho de que se trata de una mera declaración, es decir, no es una declaración prestada bajo juramento o promesa de honor, por lo que aparece *ab initio* como algo desvalorado.

#### **IV. RELEVANCIA PROBATORIA DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO**

Como señala Luigi Ferrajoli (1995):

En el interrogatorio del imputado es donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba “el comienzo de la guerra forense”, es decir, el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión (p. 607).

Agrega el iuspositivista crítico ítalo francés:

Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse (p. 608).

Es por ello por lo que la doctrina mayoritaria identifica a la declaración del imputado como el principal medio de defensa de fondo con el que cuenta aquel para contradecir la imputación esgrimida por el fiscal en su contra, y exponer su posición sobre cómo sucedieron los hechos. Sin duda, la declaración del imputado es un acto complejo de aportación fáctica que preeminentemente tiene una función defensiva; no obstante, ello no impide que le pueda servir al juez para formarse convicción sobre la veracidad de los hechos imputados en el requerimiento acusatorio, al contener información contrastable con otros medios de prueba.

La mayoría de los códigos procesales de nuestra región no consideran como medio de prueba a la declaración del imputado cuando es empleada para negar o contradecir la imputación formulada en su contra. Sin embargo, sí lo hacen cuando éste confiesa o acepta los cargos, cuando su declaración es brindada en un proceso de colaboración eficaz, o cuando pueda servir para demostrar la culpabilidad de otro coimputado, lo cual evidencia un sesgo inquisitivo, pues resulta evidente que sólo es tomada en cuenta la

declaración cuando constituye un medio que permite acreditar la responsabilidad penal de él mismo o de otro imputado.

Creemos que el hecho de que la declaración del imputado sea considerada como un medio de defensa no imposibilita que se le pueda conceder valor probatorio a aquélla pues su actuación tiene la finalidad de acreditar la versión defensiva del imputado sobre los hechos; por ende, si no se le concediera valor probatorio alguno a la declaración, en realidad, no serviría para nada.

De esta manera, es indudable que la versión de los hechos que ofrece el imputado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta para ser valorado en conjunto con los otros medios de prueba actuados durante el juzgamiento.

Además, de conformidad con las garantías judiciales reconocidas en los tratados internacionales antes mencionados y en las Constituciones políticas de la mayoría de los países de la región, toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal, lo cual quiere decir que el imputado tiene el derecho de que su declaración tenga igual valor que la declaración del agraviado o del testigo, a los efectos de que tenga el mismo valor probatorio.

Asimismo, toda persona tiene el derecho de contar con todos los medios adecuados para su defensa, y teniendo en cuenta que su declaración es su principal medio de defensa, el hecho de que no sea reconocido probatoriamente no garantiza plenamente lo señalado por las normas internacionales sobre derechos humanos anteriormente señaladas.

Es por ello por lo que reconocer el valor probatorio de la declaración del imputado garantizaría de mejor manera el principio acusatorio de igualdad de armas; además, como bien señala Luigi Ferrajoli (1995):

La verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos (p. 610).

Por ello, sostenemos que la declaración del acusado debe tener aptitud probatoria para ser valorada por el órgano jurisdiccional. El hecho de que la doctrina procesal mayoritaria le otorgue la calidad de medio de defensa no la excluye de tener la capacidad

para dar a conocer al juez los hechos expuestos por el acusado en ella, y ser utilizada para motivar y sustentar probatoriamente las decisiones jurisdiccionales. No obstante, creemos en la necesidad de que goce de mayor credibilidad revistiéndola de la misma exigencia formal que tiene la declaración del agraviado, testigo o perito, es decir, la existencia del juramento o promesa de honor previo.

## **V. LA DECLARACIÓN BAJO JURAMENTO O PROMESA DE HONOR DEL IMPUTADO COMO NUEVO MEDIO DE PRUEBA**

En nuestra región, mayoritariamente, la legislación procesal no exige juramento o promesa de honor del imputado previa a su declaración.<sup>1</sup> A razón de ello, es común escuchar entre los mismos miembros del foro la aseveración de que el acusado tiene derecho a mentir durante su declaración, ya que al no haber prestado juramento o promesa puede afirmar hechos falsos. Además, se fundamenta que esto es así porque el imputado tiene el derecho a no autoincriminarse cuando brinda su declaración.

Lo señalado es una falacia argumentativa, que el acusado tenga el derecho a no autoincriminarse, es decir, a no aceptar que ha cometido el delito que se le imputa en su declaración, no le otorga ningún derecho a mentir. Si bien es cierto que actualmente en el Código Penal peruano no existe un delito que tipifique y sancione la declaración falsa del acusado en juicio, tal impunidad no puede llevar a sostener la existencia de un derecho a mentir.

Sabemos que todo derecho siempre viene asistido de la capacidad de accionar ante el Estado en caso de afectación o vulneración, lo que denominamos procesalmente “tutela jurisdiccional efectiva”. Por tanto, resulta evidente la inexistencia de acción alguna para reclamar ante la justicia que se permita mentir en la tramitación de un proceso judicial.

De acuerdo con Gino Ríos (2019):

En principio, el imputado tiene derecho a guardar silencio porque es el Estado el que, al imputarle un cargo, está obligado a probarlo y acreditar su responsabilidad, conforme al principio jurídico según el cual *et eo probare oportet ea quae asserit*, esto es, quien alega un hecho debe probarlo, lo que constituye el *onus probandi* o carga de la prueba; y también asume dicha obligación como consecuencia lógica del estatus jurídico de la garantía y derecho de presunción de inocencia. El añejo aforismo jurídico según el cual lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba, es el fundamento del *onus probandi*, en la medida que quien dice algo que fracciona el estado de normalidad, debe probarlo, en otras palabras, a quien afirma, incumbe la prueba o *affirmanti*

*incumbit probatio*. Por cierto, romper el estado de normalidad significa alegar y aseverar que se posee una nueva verdad sobre un tema. Es menester destacar aquí que, al fin y al cabo, debe tratarse de una verdad nueva, mas no de una falsedad o mentira, por ello es por lo que de antiguo se descarta la existencia de un supuesto derecho a mentir en el imputado (p. 643).

Algo más, la misma científicidad del derecho procesal, cuyo fin es la búsqueda de la verdad palmaria, sirve también para negar que exista el derecho a mentir del imputado. En ese sentido, permitir o reconocer a la mentira como un derecho desnaturalizaría la operatividad del sistema y engendraría un verdadero galimatías procesal, agravando el conflicto que se supone debe componer. Por ello, la mentira no tiene cabida en el mundo de la ciencia jurídica.

Por ende, el derecho a no autoincriminarse tampoco configura un supuesto derecho a mentir del imputado. Es más, la exigencia del juramento o promesa de honor previo a su declaración no vulneraría su derecho a no autoincriminarse, ya que siempre quedaría la posibilidad de que el acusado guarde silencio, y que esto no pueda ser interpretado en su contra.

La obligación de juramento o promesa de honor del imputado desterraría la idea del supuesto derecho a mentir, contribuyendo a mejorar la calidad de información que este introduzca al juicio a través de su manifestación. En este orden de ideas, la juramentación o promesa de honor previa haría al imputado responsable penalmente de lo afirmado en su declaración; por lo tanto, si se descubre que ha faltado a la verdad sería sancionado penalmente por este nuevo hecho.

Cabe destacar que, sin embargo, la sola juramentación o promesa de honor del imputado no le otorga *per se* certeza absoluta a su declaración, pues ésta deberá ser valorada en su momento conjuntamente con los demás medios de prueba que han sido actuados durante el proceso, con la finalidad de corroborarla. Asimismo, el relato debe ser sólido y coherente, y, sin ser una regla que no admita matizaciones, deberá requerirse la uniformidad de sus afirmaciones en el decurso del proceso, lo cual ha sido expresado en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, emitido por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República del Perú, que señala en su fundamento jurídico 8:

8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial —no existe por ese

hecho descalificación procedimental—, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad —no de mera legalidad—, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

Es más, el citado acuerdo plenario establece las siguientes reglas de valoración en el fundamento jurídico 9:

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones de este coimputado se haya sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

En este orden de ideas, una modificación normativa que incluya el juramento o promesa de honor del imputado antes de brindar su declaración en juicio permitiría dotar de mayor credibilidad a la versión ofrecida, ya que el hecho de que el imputado pueda responder penalmente si miente generaría una mayor certeza de que está diciendo la verdad sobre los hechos materia de imputación.

Asimismo, se debe tener en consideración el fundamento 3.7 de la sentencia expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Recurso de Nulidad 2467-2017-Tacna, que señala:

La declaración preliminar del imputado en la que reconocería la intencionalidad de agresión sexual a la agraviada no puede ser empleada como medio de prueba de cargo,

dado que la versión del propio imputado no puede ser medio empleado en su perjuicio, en virtud del principio de no autoincriminación, siempre que no obren medios probatorios que corroboren la imputación fiscal (página 6).

De igual manera, resulta relevante lo señalado en el fundamento 4.4 de la Sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expediente 92-2017:

Es doctrina aceptada mayoritariamente que la declaración del imputado es un medio de defensa, y no uno de investigación o de prueba, en efecto, la declaración del imputado perfecciona el contradictorio procesal, por tanto, configura el proceso mismo. De esta forma la declaración del imputado no puede ser considerada información probatoria, peor aún, en contra de los intereses del imputado. En todo caso la “mala justificación” sólo puede ser considerada un indicio posterior, si tiene la idoneidad razonable para engarzarse con otros indicios adicionales. La valoración de la declaración del imputado como fuente de información, revela en el fondo la pretensión de considerar al propio imputado como fuente de información idónea de cargo para su propia responsabilidad (página 4).

Asimismo, el fundamento 3.3 de la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expediente 2324-2015 señala:

3.3.1. Debe tenerse presente que, en el modelo inquisitivo, la declaración del imputado fue considerado como objeto, centralmente como objeto de prueba, de tal manera que era la principal fuente de información para probar el hecho punible imputado. Sin embargo, en el modelo procesal acusatorio el imputado es considerado como parte procesal (sujeto procesal); por consiguiente, la declaración del imputado es una expresión de voluntad contraria a la pretensión penal, la resiste; en efecto, la pretensión penal y la oposición deben generar un contradictorio coherente internamente que constituye el núcleo procesal. En ese orden, la declaración del imputado por regla general no es considerada un medio probatorio dado que no es una fuente de prueba personal (puede ser fuente de prueba material), conforme a la naturaleza del hecho imputado, por ejemplo, para efectos de un examen de ADN.

3.3.2. En el caso la declaración de la imputada solo puede ser considerada como una expresión de su resistencia u oposición, de tal manera que no constituye fuente de prueba de la pretensión penal, pero tampoco constituye prueba de la resistencia, dado que en esta última no podría considerarse como un tema de prueba y a su vez considerarse como medio de prueba, lo contrario llevaría a incurrir en la falacia de petición de principio “lo que afirmo es verdad porque lo he afirmado” (página 3).

Por tanto, de las jurisprudencias citadas se evidencia que en el Perú no se le otorga a la declaración del imputado valor probatorio, debido a que no existen las condiciones necesarias para creer lo que está declarando, lo cual podría verse superado si se le

tomará juramento o promesa de honor al imputado al momento de brindar su declaración durante el juzgamiento.

## **VI. ASPECTOS POSITIVOS DE TOMARLE JURAMENTO O PROMESA DE HONOR AL IMPUTADO**

### *1. Revaloración del sujeto procesal imputado*

El inculpado fue, bajo el régimen inquisitivo, objeto del proceso, es decir, una cosa, de ahí que se le denominara “reo”, término proveniente del latín *reus*, derivado a su vez de *res*, que significa cosa, hecho o asunto, de donde reo era la persona sobre la que se ponía en cuestión una cosa, asunto o hecho. Hoy, bajo el sistema acusatorio, el inculpado es, sin duda alguna, un sujeto activo del proceso, que está dotado de derechos y toma parte en el proceso ejerciéndolos plenamente. Este cambio de modelo se basó precisamente en una revaloración del concepto de dignidad humana del imputado, la cual proscribió degradar a una persona a la condición de objeto (Albin Eser, 1998).

No existe aquí ninguna contradicción entre dicha dignidad humana y permitir que una persona imputada ayude a la búsqueda de la verdad en el proceso, pues en principio existe la prohibición de no ser obligada a declarar contra sí misma, pero de lo que se trata en el presente trabajo es demostrar la conveniencia de que un imputado ejerza su libertad plenamente, declarando bajo juramento o promesa de honor, si así lo desea, como crea conveniente; lo contrario sería degradar a la persona y volver a negarle en el nuevo modelo procesal acusatorio su calidad de sujeto activo.

Pero, además, como señala Stefan Kirsch (2000), se tiene también una visión polítocriminológica de hondo contenido ético forense y eficacia jurídica, dirigida a higienizar el proceso y hacer de él un instrumento idóneo para la búsqueda de la verdad, de suyo trascendental para la vida en sociedad, permitiendo que el inculpado, *motu proprio*, sin ninguna obligación ni exigencia, bajo juramento o promesa de honor, exprese si así lo desea él, su verdad para que sea tomada en cuenta y valorada como medio de prueba.

Es claro que el fin del proceso no es la búsqueda de la verdad histórica, absoluta ni material, meta imposible de lograr no sólo porque la verdad absoluta no existe, la realidad es inasible, y conforme pasa el tiempo peor aún, sino de la verdad formal, lo cual permite que todos los medios de prueba se actúen conforme a los principios de igualdad

de armas y de contradicción, escenario procesal que permite alcanzar con la sentencia una verdad consensual (Tomás Vives, 1992).

La Ley Orgánica del Ministerio Público establece al respecto en su artículo 10. que dicho organismo autónomo tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil.

De dicha función institucional se advierte que la libre voluntad del inculpado como expresión de su dignidad, dirigida a prestar juramento o promesa de honor antes de declarar, precisamente para coadyuvar a la búsqueda de la verdad procesal, es el ejercicio de un derecho humano cuya defensa es una de las funciones del Ministerio Público. Resulta hasta la fecha algo contradictorio que la declaración del imputado no sea considerada como un medio de prueba en la investigación dirigida por el Ministerio Público, una de cuyas funciones constitucionales es, precisamente, velar por los derechos humanos y la legalidad, lo que comprende indudablemente las garantías judiciales y principios de la administración de justicia.

No resulta razonable, entonces, sostener que permitir al inculpado que declare bajo juramento o promesa de honor es un atentado contra su dignidad; por el contrario, negarle dicha posibilidad lo colocaría en desigualdad de condiciones con el agraviado, y, sobre todo, le impediría que contribuya eficientemente a la búsqueda de la verdad objeto del proceso, que como sujeto de este tiene derecho a ello. Nada debe, en el proceso acusatorio, obstar al ejercicio de los derechos fundamentales del imputado, pues se corre el riesgo de considerarlo como objeto pasivo del proceso.

La revaloración de la dignidad de la persona del imputado está vinculada a los derechos fundamentales de presunción de inocencia y de defensa. Así, al estar seguro de no ser responsable del delito que se le imputa, podría guardar silencio o declarar, libre y voluntariamente, bajo juramento o promesa de honor, lo que le convenga a tal efecto, lo que servirá para ser valorado como medio de prueba, contrariamente a lo que sucede hoy en día, en que la declaración de imputado no es tomada en cuenta en algunos casos y, en otros casos, como por ejemplo en la decisión de una medida cautelar personal, como es la prisión preventiva, es considerada como una perturbación del proceso y obstrucción de

la justicia, por estar teñida de la contaminante errónea idea de que tiene derecho a mentir.

Debemos subrayar que el hecho de que el inculpado declare bajo juramento o promesa de honor no significa, como en el pasado inquisitivo, que se viole la prohibición de no autoincriminarse ni de proporcionar pruebas en su contra. Es, contra lo que pueda pensarse, la expresión más libre y genuina de una persona imputada para defenderse con rigor y formalidad que aseguren que su declaración jurada o bajo promesa será considerada un medio de prueba y valorada como los demás medios de prueba.

En abono de esta posición, debemos enfatizar que el Ministerio Público ya dejó de ser el enemigo del imputado, como lo era en tiempos inquisitivos como procurador del rey, al tener ahora como función la defensa de los derechos ciudadanos y los intereses públicos. Ahora es una institución constitucionalmente autónoma en un Estado democrático y de derecho, que busca la verdad procesal aproximativa sin afectar los derechos humanos.

Si bien los derechos del imputado a no autoincriminarse y no suministrar pruebas en su contra nacen con el proceso acusatorio y adversarial, no es sensato seguir manteniendo su concepción absoluta bajo un régimen que se caracteriza justamente por los derechos a la igualdad de armas y de contradicción, en el que los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa adquieren suprema relevancia.

En otras palabras, fuera del panorama inquisitivo, en el que la ausencia de la declaración del imputado permitía arrancar la confesión vía tortura, su existencia más bien abona en favor del más amplio ejercicio de los derechos del imputado y no debe ser vinculado exclusivamente a la idea de la confesión y admisión del cargo formulado en su contra, antes bien debe ser comprendido como un reforzamiento de sus derechos y una revaloración de la dignidad humana del imputado, con la finalidad de que aquello que declare bajo juramento o promesa de honor sea valorado como medio de prueba al igual que las demás que se actúen en el proceso. Puntualmente, el imputado, si así lo desea, podría declarar bajo juramento o promesa de honor contradiciendo los cargos en su contra.

Como afirma al respecto Manuel Montón (1995) “la declaración del imputado es un dato trascendente para el conocimiento de la verdad procesal” (p. 198), a lo que cabe agregar que siendo así resulta indispensable por la trascendencia de dicha declaración, que sea tomada en cuenta como un medio de prueba proporcionado en el ejercicio de su

derecho de defensa, a valorarse al igual que los demás y no a ser tomado como un mera manifestación, para lo cual es conveniente dotarla de una característica formal calificada como es el juramento o la promesa de honor.

La declaración del imputado expresada libre y voluntariamente no es consecuencia de una coerción moral, basada en amenazas o promesas, sobre su persona; tampoco es un medio utilizado para que se autoinculpe. Eso es una idea del régimen inquisitivo que no debe subsistir.

No resulta razonable sostener que en la declaración bajo juramento o promesa de honor hay una exigencia moral que condiciona al imputado a declarar su verdad; por el contrario, vemos en ello una saludable oportunidad para el imputado de defenderse con una manifestación que será valorada como medio de prueba y no quedará exenta de valoración, como ocurre hoy en día con la declaración simple y pura que presta. Además, lo que declare no siempre debe presuponerse como aceptación de los cargos en su contra; por el contrario, puede defenderse de éstos mismos con mayor peso, a través de su declaración prestada con esa formalidad cualificada. No va a aportar a su ruina procesal aún en el caso que acepte los cargos; por el contrario, ello lo beneficiaría con una reducción o exención de pena o acaso con una causa de justificación, como ocurre con el principio de oportunidad y la colaboración eficaz, en vigor en los procesos acusatorios.

La facultad del imputado de declarar bajo juramento o promesa de honor, si así lo desea, no sería inconstitucional, pues la Carta Política de la mayoría de los países de la región establece la preeminencia del derecho a la libertad en todas sus modalidades, tal como, para este caso, a la libertad de expresión. Precisamente, los derechos a la libertad y la igualdad son los pilares en los que descansa el principio-derecho de la dignidad humana.

Todos tienen el derecho de colaborar con la administración de justicia, como sostienen Vicente Gimeno *et al.* (1999); en ese sentido, le asiste al inculpado la facultad de declarar si así lo quiere; en tal caso, debería hacerlo bajo juramento o promesa de honor, para que su manifestación expresada como medio de defensa pueda servir como medio de prueba y valorada en tal calidad con los demás medios probatorios.

Tenemos, entonces, que no se le está obligando a declarar, pues puede guardar silencio, ni se le está constriñendo a autoincriminarse, pues si desea declarar, al hacerlo bajo juramento o promesa de honor, lo hará libremente con todas las garantías; pero su manifestación podrá ser valorada como medio de prueba. Y en caso de que desee

declarar, no se puede presuponer racionalmente que lo hará en su contra, eventualidad que no eximiría al representante del Ministerio Público, de aportar otras pruebas corroborativas de la responsabilidad penal de quien declaró en su contra bajo juramento o promesa de honor; es decir, dicha declaración solemne constituiría prueba, pero no plena ni absoluta, sino relativa.

De esa manera, frente a los cargos en su contra, el imputado podrá guardar silencio como medio de defensa; o declarar manifestando libremente, sin estar sujeto a coacción, si se considera culpable o no culpable de los cargos; pero lo hará bajo la formalidad calificada del juramento o la promesa de honor, para que su dicho no solo sea un medio de defensa, sino también un medio de prueba. En cualquiera de estos extremos, su declaración deberá ser corroborada y contrastada con otros medios de prueba.

Recuérdese, al efecto, que el vocablo “prueba” proviene del latín *probus*, que significa, bueno, honrado, y el *Diccionario* de la Real Academia establece que “prueba” es razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo (Sentís, 1979). En consecuencia, lo que es probado es lo que corresponde a la realidad, en una demostración ideográfica (Taruffo, 2005), que se consigue mediante el proceso penal por cuanto en este último se busca dar una descripción completa de lo ocurrido en la realidad que se juzga. De ahí que resulte un contrasentido no concebir la declaración del imputado bajo juramento o promesa de honor como un medio de prueba indispensable para coadyuvar a la búsqueda de la verdad, sino tan solo como un simple medio de defensa que por expresarse sin compromiso ni deber alguno termina no siendo valorado razonablemente.

## *2. La recuperación de la ética en el proceso*

La propuesta de permitir que el imputado, si así lo desea, declare bajo juramento o promesa, no sólo persigue la revaloración plena de su dignidad humana como sujeto activo del proceso, al valorar su libertad de expresar lo que crea conveniente, si así lo ha decidido, respecto a los cargos formulados en su contra, sino también pretende higienizar el proceso y dotarlo de un mayor contenido ético.

Gino Ríos (2019) sostiene que

El proceso judicial es una empresa social que necesita de verdades suficientes para proporcionar una plataforma prudentemente fundada para la toma de la decisión que solucione el conflicto. No es una palestra inescrupulosa de falacias para hacer incurrir en error al Estado. En tal medida, no existe impedimento para alcanzar la verdad, por el

contrario, existen suficientes razones que justifican su búsqueda, entre las cuales destaca la justicia de la decisión final, en la que todos los ciudadanos creemos por haber acordado en el pacto social hacerlo. La obligación de decir la verdad, analizada jurídicamente, se asienta en que el respeto o violación de dicho precepto se califica como honradez o fraude, cuya correspondencia en la moral es, respectivamente, verdad y mentira (p. 651).

Por su condición de medio de control social, el derecho penal en la práctica tiene la capacidad de establecer usos, conformar costumbres y robustecer la moral, siendo frecuente comprender las estrechas relaciones entre derecho penal y moral, aun cuando cabe relieves, se trata de ámbitos autónomos.

Específicamente, la relación entre ética y derecho penal es una cuestión permanente y relevante, que permite extraer el sentido histórico y actual de un sistema jurídico, así como acompañar su evolución. Con alguna frecuencia, las modificaciones normativas corresponden a una variación en las convicciones éticas, o a la superación de la óptima regulación de las relaciones sociales y la solución de los conflictos.

En este orden de ideas, si bien el proceso debe servir para salvaguardar los intereses individuales de la persona, contemporáneamente no quiere decir que ésta se encuentre al margen de la consideración que se debe a la sociedad, pues siendo la criminalidad un problema social y comunitario, más que individual, en materia penal el interés público está en un plano distinto al de la subordinación frente al individuo, lo cual tiene que estar reflejado en la noción holística del proceso, que aunque sin ignorar la salvaguarda del interés personal, reconoce el interés social en un orden importante de prioridad, a fin de que pueda cumplir con su misión de solucionar el conflicto violento intersubjetivo que supone todo crimen, y, de esa manera, restablezca la paz social realizando la justicia.

Por ello es por lo que cabe considerar que a toda la sociedad le interesa la manera en que se administre la justicia, porque implica la búsqueda de la verdad para la solución de los conflictos, de ahí la necesidad de verificar un mínimo ético expresado en los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesal.

Es decir, en todos los procesos judiciales se exige a todos los sujetos procesales el cumplimiento de lo que requieren las normas del ordenamiento jurídico respectivo, y proceder con rectitud, integridad y honradez; de esa manera, el proceso será el espacio por excelencia de la transparencia y del enfrentamiento dialéctico limpio.

¿Hay lealtad, probidad y buena fe procesal cuando la declaración pura y simple del imputado no es valorada como medio de prueba sino como un mero medio de defensa? Simultáneamente, ¿existen esas condiciones cuando la defensa y los agentes del sistema penal creen que el imputado tiene derecho a mentir?

Siguiendo a Gino Ríos (2019):

Al recordar que Alfred Tarsky (1991, p. 275) define el concepto de verdad como la correspondencia entre las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico y lo ontológicamente ocurrido en él; y que Luigi Ferrajoli (2006, p. 48) adhiere a dicha definición; se comprueba que el concepto de verdad está íntimamente ligado al de la justicia de la decisión, dicho del modo más pragmático posible, es indudable que dicha decisión debe ser siempre sensata, prudente y razonablemente justa, lo cual nos remite indefectiblemente a la verdad de los hechos probados en el proceso. Efectivamente, concordando con Taruffo, M. (1997, p. 317) una decisión judicial será justa si es el corolario de un proceso justo; si es consecuencia de la recta interpretación y aplicación de la norma pertinente; y si se han determinado y probado previamente los verdaderos hechos. Nuevamente, la verdad en el proceso aparece como un dato indispensable a respetar por la trascendencia que tiene en el orden social, que es el espacio natural de destino del resultado del proceso. Esa trascendencia no es otra que la paz social. Es que, coincidiendo nuevamente con Taruffo, M. (1997, p. 418) la verdad es un valor ético que hace inadmisibles un sistema moral que legitime la falsedad en cualquiera de sus formas; es también un insumo político de la democracia liberal porque la política debe asumir un acuerdo social verdadero entre toda la ciudadanía; y tiene, asimismo, un valor jurídico, desde que para ejercer un derecho, como es el derecho de la acción o el derecho de defensa, la persona debe reunir las condiciones fácticas que la ley acepta para consagrar tal derecho, como sostiene también Taruffo, M. (2012, p. 44), siendo que ninguna ley otorga el derecho de mentir en un proceso (p. 650).

Lo que importa para este tema es subrayar la conveniencia que sociológicamente tiene el hecho de que una institución como la procesal se encuentre amparada en una base moral para que pueda ser plenamente legítima y goce de mayor aceptación social, en la medida en que la conciencia colectiva tenga presente aquello que debe esperarse del sistema de administración de justicia.

La consideración de la declaración del imputado bajo juramento o promesa de honor, si no desea guardar silencio, es congruente con la ética procesal en la medida en que uno de los fines del proceso es suprimir toda manifestación de ilegitimidad en la sociedad, por lo que no es posible considerar que la normatividad no considere la voluntaria y libre declaración bajo juramento o promesa del imputado como un medio de prueba, pues la ética debe regir todo el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

Al respecto José Hidalgo (2013) analiza la prueba en el proceso acusatorio y la relaciona con la ética y los derechos humanos, al sostener que: “Es imposible referirse a la prueba sin contar con un planteamiento ético, por cuanto la prueba es una ética del procedimiento probatorio por ser una acción humana, en virtud de la cual se puede ocasionar bien o mal y se puede llegar a la verdad” (p. 2).

Otro aspecto concomitante con la ética en el proceso penal acusatorio es el respeto del principio a los derechos humanos, que obliga a todas las personas involucradas en el nuevo paradigma procesal penal a velar por ellos, los cuales tienen como base fundamental la dignidad de la persona humana, núcleo consagrado desde el pórtico de la constitucionalidad peruana, pues el artículo 10. de la Constitución Política preceptúa que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde desciende inconcusamente que teniendo el Ministerio Público la función principal, entre otras, de representar a la sociedad en juicio, como lo señala el artículo 10. de su Ley Orgánica, y siendo el Poder Judicial el mismo Estado en la nobilísima función de discernir justicia, los derechos humanos deben ser prolijamente respetados, como es el derecho a la verdad material que buscan el Estado, la sociedad, el imputado y la víctima a través del proceso, de ahí que la declaración del imputado debe merecer ser considerado un medio probatorio y no un mero medio de defensa, para lo cual se necesita que preste juramento o promesa de decir la verdad, con lo cual, además, se refuerza la idea, inexistente o confusa, que se tiene en el inconsciente colectivo de que el inculpado tiene derecho a mentir.

El principio de veracidad también está vinculado con la ética en el proceso penal, que es el correlato al principio de verdad en las ciencias, porque consiste en una determinación de hechos que van a tener una consecuencia jurídica de impacto en las personas involucradas en el proceso, razón por la cual debe ser cierta y corresponder a lo ocurrido en la realidad, dado que sancionar a una persona por actos ilícitos no cometidos o absolverla por actos ilícitos cometidos, resultaría infame (Adato, s/f). La declaración del imputado bajo juramento o promesa de decir la verdad contribuiría significativamente a la búsqueda de la verdad procesal y, adicionalmente, zanjaría la extendida creencia de que tiene derecho a mentir.

La idea que se postula en este trabajo, acerca de la ética en el proceso penal en general y en el sistema acusatorio en particular, se enfrenta al problema de la exigua bibliografía al respecto, pues si bien hay libros y artículos sobre la parte sustantiva y adjetiva del nuevo sistema procesal, la literatura jurídica sobre la ética aplicada en dicho

campo es casi nula, siendo el trabajo de Hidalgo Murillo, que relaciona la ética, la prueba y los derechos humanos el que brinda soporte axiológico a las reflexiones deontológicas del nuevo sistema procesal penal, en el sentido de que es imposible referirse a la prueba sin un planteamiento ético, ya que es, en sí misma, el resultado de una acción humana a través de la cual se arriba a la verdad material en el proceso (Saldaña, 2019).

## VII. CONCLUSIONES

Actualmente, en la relación personal y social se vive el ocaso de los valores éticos y el auge de las antinomias. El narcisismo individualista y la conducta autorreferente privilegian el actuar según el interés personal, alejado de la opinión de los demás y ajeno a las normas de conducta sociales. “El fin justifica los medios” es un mal hábito que como práctica de vida configura a una persona destinada a hacer cualquier cosa para lograr su fin, dejando de lado la ética y la moral, y vanagloriándose de ser exitosa por los resultados obtenidos con esa forma de actuar.

Pero ¿cuando el fin es lícito, también lo son los medios? Definitivamente, no. Los medios empleados son los que definen la esencia del fin a lograrse. Por ello, los fines no se subordinan a los medios. Así, no es ético que el imputado mienta en un proceso penal, así ello no lo beneficie, a lo más puede guardar silencio o responder parcialmente en aquello que no lo perjudique.

La busca del bien tanto personal como social debe estar presidida por la ética; por ello es preciso buscar siempre el ajuste del conocimiento con la realidad, para estar en mejor condición de conocer la razón de ser de las cosas como son, lo cual tiene sentido social al dotar de respetabilidad a la relación humana y vigorizar la conciencia moral de la sociedad.

No hay nada tan demoledor para la vida social que la falta de verdad que engendra la desconfianza. Por ello, al pretender el Estado resolver un conflicto violento como es el crimen, se hace indispensable que las partes en conflicto digan su verdad bajo juramento o promesa de honor, para que el agente jurisdiccional del Estado tenga una base sólida y esté obligado a valorar ambas declaraciones y pueda resolver razonablemente el conflicto en aras de restaurar la paz social resquebrajada.

Si en el proceso penal el imputado expresara falsedades con relación a los hechos investigados y los cargos que se le atribuyen, sería imposible acceder a la verdad mediante el proceso, y no se alcanzaría ni justicia ni paz social; quizá al pseudo-derecho a

mentir que las gentes y los operadores de justicia creen interesadamente asiste al imputado, se deba el precario índice de credibilidad que tienen por parte de los ciudadanos las autoridades jurisdiccionales de los países periféricos latinoamericanos, del que da cuenta el Informe Latinobarómetro 2018.

En efecto, en nuestro sistema judicial existe la leyenda de que el imputado declara sin juramentar porque tiene derecho a mentir, lo cual no es cierto, ya que además de las razones expresadas en el presente estudio, ninguna norma consagra semejante atribución.

Definitivamente, como ha quedado demostrado, degenerar y desnaturalizar los hechos que son materia de investigación en un proceso penal es una conducta honra de ética y de razonabilidad; además resultaría ser un medio ilegítimo de cara al interés público que comporta el proceso el hecho de pretender, por medio de la mentira, alcanzar una decisión judicial favorable. De hecho, obrar con dolo procesal para lograr propósitos distintos a los auténticos fines de un proceso es enajenar su esencia y encaminar al proceso a su ruina como institución jurídica pública y denota deslealtad para con los operadores jurídicos y un grado de temeridad digno de mejor causa.

Recuérdese que la maquinaria judicial estatal no está a disposición de las partes procesales para que sea usada faltando a la verdad deliberada y alevosamente, para esconder sus propios timos. De hecho, declarar mentirosamente en un proceso constituye un fraude a la ley, de modo tal que la ley no puede cohonestar semejante actitud.

Imposibilitar la litigación temeraria, específicamente para el caso materia de este artículo, la conducta procesal basada en que el imputado declare mentiras resulta opuesto al orden público, y el Estado tiene el deber de salir al frente, para reformar y mejorar el proceso, como también dotar de más ética el ejercicio del derecho de defensa.

En el sistema judicial del *common law*, el imputado presta juramento al declarar, de donde resulta que si miente, incurre en el delito de perjurio. En el sistema jurídico romano germánico, ante una eventualidad semejante no pasa nada; se le considera falsamente un derecho, y así se ha consolidado y generalizado esta creencia, que perturba el fin del proceso, contamina el dicho del justiciable, deprecia el valor de la palabra y degrada la institución procesal.

Si, por el contrario, las personas recobraran la buena y positiva práctica ética de no estar al margen ni en conflicto con la verdad sino de su lado, la conflictividad se vería neutralizada y el ejercicio del derecho de defensa se reivindicaría como ejercicio dialéctico, sirviendo para higienizar la praxis forense.

La importancia del proceso penal exige mantener una actitud de vigilia desde la política criminológica, para identificar y prevenir la criminalización secundaria de los imputados, salvaguardando sus derechos fundamentales, entre los que debe relieves el derecho a la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso en su manifestación del derecho a la igualdad de armas.

La trascendencia del resultado del proceso penal para la persona del imputado es de tal gravedad que reclama para todas sus etapas un fundamento ético que lo dote de legitimidad social.

En ese orden de ideas, el imputado viene sufriendo un recorte a sus derechos cuando su declaración frente a los cargos que se le formulan y que pueden acarrear su responsabilidad, sólo es considerada como un medio de defensa, bajo el prurito malsano del derecho a mentir que se cree que tiene el imputado, lo que origina que no se valore ni contraste con los medios de prueba producidos y, finalmente, resulte declarado responsable, incluso perjudicado con el dictado de alguna medida cautelar personal como la prisión preventiva, por supuestamente obstaculizar la acción de la justicia y perturbar el proceso.

El proceso penal, como empresa social, requiere ser un escenario muy bien acondicionado para gestar la mejor toma de decisión que busque dar solución a un conflicto. No debe ser una liza donde los actores se lían sin escrúpulos propiciando dislates en la autoridad a cargo.

La propuesta que se presenta busca innovar el sistema procesal penal, reforzando su carácter garantista, a fin de salvaguardar plenamente los derechos humanos del imputado, como el de presunción de inocencia y debido proceso, en su manifestación de igualdad de armas, postulando que la declaración libre y voluntaria del imputado, que no desea ejercitar su derecho a guardar silencio, manifestada bajo declaración o promesa de honor, sea asumida como un medio de prueba, a los efectos de que sea valorado conjuntamente con los demás, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la ponderación racional, a los efectos de la debida motivación de la decisión jurisdiccional.

Aspira, asimismo, a correr el velo de la mala praxis de un supuesto, pero inexistente, derecho a mentir del imputado, y en esa medida reforzar el carácter ético del proceso penal, que puede ser considerado desde la praxis cotidiana como el espacio donde se ventilan los conflictos violentos asfixiados en prácticas carentes de lealtad, probidad, integridad y honor, principios que son de aplicación en todo proceso judicial, por interesar su resultado a la colectividad, como titular de la potestad de administrar justicia.

Además, la proposición que se presenta contribuye oblicuamente a revalorizar la palabra, tan venida a menos en las relaciones interpersonales en la sociedad y, sobre todo, ante la autoridad estatal, cuya devaluación se evidencia al soslayarse la mera declaración, con lo cual se recortan derechos fundamentales y se afectan las manifestaciones eficaces de las libertades de pensamiento, opinión, expresión e investigación.

Fundamentalmente, persigue ayudar a reintroducir en el Perú el planteamiento ético en el ejercicio de la defensa técnica, ante su retiro en el currículo universitario, que ha preterido la deontología pese a ser de primera necesidad, toda vez que no es suficiente el conocimiento técnico, la habilidad oratoria o la maña pragmática para ser un buen defensor en los tribunales, pues a “la sociedad le interesa la resolución de los conflictos existentes, más por lo mismo, le han de interesar necesariamente los instrumentos que el Estado crea para conseguir este fin” (Nieto, 2003, p. 36).

Los autores esperan haber contribuido con esta propuesta a avivar el debate sobre un pleno y real garantismo en el proceso penal, sin subterfugios que pongan en cuestión el carácter democrático del derecho penal, que en el caso subexamen avizora la debilidad para efectos procesales de una simple declaración del imputado desprovista de solemnidad y rigor ético.

Asimismo, abrigan la honda convicción de haber presentado una propuesta innovadora que combina aspectos centrales de toda reforma, como lo es una mejora procesal humanista, con base en un componente ético indispensable en toda actividad humana y la erradicación de una mala praxis que si no se detiene amenaza con corroer todo el sistema penal.

## **VIII. REFERENCIAS**

- Acuerdo Plenario No. 2-2005/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. 30/09/2005, disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7d2767804075bb2db7aff799ab657107/acuerdo\\_2005\\_CJ\\_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7d2767804075bb2db7aff799ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7d2767804075bb2db7aff799ab657107/acuerdo_2005_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7d2767804075bb2db7aff799ab657107).
- ADARO, V. (s/f), *Los principios éticos que rigen el procedimiento penal mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bju/libros/3/1374/4.pdf>.
- Constitución Política del Perú, 19/05/2022, disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 19/05/2022, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf).
- Corporación Latinobarómetro (2018), *Informe*, disponible en: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19/05/2022, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 19/05/2022, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- ESER, A. (1998), *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial Idemsa.
- Expediente No. 2324-2015, Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Arequipa. 05/12/2017, disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Expediente-02324-2015-59-LP.pdf>.
- Expediente No. 92-2017. Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Arequipa. 05/09/2017.
- FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón, una teoría sobre el garantismo penal*, Editorial Trotta.
- GIMENO, V.; Moreno, V. y Cortes, V. (1999), *Derecho procesal penal*, Editorial 3a. ed., Colex.
- HIDALGO, J. (2013), *Hacia una teoría de la prueba para el juicio oral mexicano*, Editorial Flores.
- KIRSCH, S. (2000), “¿Derecho a no autoinculparse?”, en Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares.

Ley Orgánica del Ministerio Público. 19/05/2022, disponible en: [https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/26\\_ley\\_organica\\_mp.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/26_ley_organica_mp.pdf).

MONTÓN, M. (1995), *AAVV derecho jurisdiccional*, vol. III, *El proceso penal*, Bosch.

NIETO, A. y Gordillo, A. (2003), *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 19/05/2022. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

Recurso de Nulidad 2467-2017, Tacna. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. 18/09/2018, disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-2467-2017-Tacna-Legis.pe\\_.pdf?fbclid=IwARojAroIcDACE4icfQo67fxPlglgmfDUVjw5ss-jE\\_gXdsDsSx6iWGn8NOE](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-2467-2017-Tacna-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwARojAroIcDACE4icfQo67fxPlglgmfDUVjw5ss-jE_gXdsDsSx6iWGn8NOE).

RÍOS, G. (2019), ¿Tiene el imputado derecho a mentir? *Revista CES Derecho*, vol. 10, núm. 2.

SALDAÑA, J. (2019), *Ética en el nuevo sistema penal acusatorio y oral. Un primer acercamiento*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5549/11.pdf>

SENTÍS M., S. (1979), *La prueba*, Buenos Aires, Ejea.

TARUFFO, M. (2005), Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXVIII.

VIVES, T. (1992), *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch.

---

\* ORCID: [0000-0002-0209-2645](https://orcid.org/0000-0002-0209-2645). Gino Augusto Tomás Ríos Patio, doctor en derecho por la Universidad de San Martín de Porres; director del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de San Martín de Porres. Correo electrónico: [griosp@usmp.pe](mailto:griosp@usmp.pe)

\*\* ORCID: [0000-0002-3641-4868](https://orcid.org/0000-0002-3641-4868). Maestro en derecho por la Universidad de San Martín de Porres; miembro del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de San Martín de Porres. Correo electrónico: [aespinozab@usmp.pe](mailto:aespinozab@usmp.pe)

<sup>1</sup> El Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906, establece en el artículo 394. Acusado y Coacusado Como Testigo. [Apartes en cursiva condicionalmente exequibles] Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio *comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento* serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código.

Apartes en cursiva declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-782-05 de 28 de julio de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra; “en el entendido que el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante”.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,  
nueva serie, año LV, número 163,  
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17494](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17494)

Recibido: 26 de octubre de 2021

Aprobado: 17 de mayo de 2022

## ¿CÓMO SE DEBE REGULAR UN PROCESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO? REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA CHILENA

### HOW SHOULD A DEMOCRATIC CONSTITUENT PROCESS BE REGULATED? REFLECTIONS FROM THE CHILEAN EXPERIENCE

Gabriel NEGRETTO\*  
Francisco SOTO BARRIENTOS\*\*

#### Resumen:

A lo largo de la historia los reemplazos constitucionales han estado asociados a procesos de independencia o a transiciones del autoritarismo a la democracia; sin embargo, en las últimas décadas se han hecho cada vez más frecuentes en democracias ya establecidas, particularmente en América

#### Abstract:

*Throughout history, constitutional replacements have been associated with independence processes or transitions from authoritarianism to democracy. However, in the last decades they have become more frequent in established democracies, particularly in Latin America. Constitutional*

Latina. Los reemplazos constitucionales en democracia tienen consecuencias políticas y normativas que no han sido visibilizadas ni cuentan con un sustento analítico suficiente en la teoría constitucional tradicional. En este artículo, argumentamos que la regulación legal y constitucional anticipada de un proceso constituyente presenta claras ventajas para un régimen democrático cuando persigue como objetivos mantener un balance entre continuidad y cambio, facilitar el consenso entre las fuerzas políticas y promover la participación ciudadana. No obstante, el intento de someter un reemplazo constitucional a un marco legal preestablecido y detallado en la Constitución anterior tiene límites en un contexto de crisis de representación, que hace necesaria la elaboración de la nueva Constitución por una convención independiente. Para ilustrar este argumento, examinaremos el origen y contenido de la reforma constitucional que hizo posible el recientemente fallido proceso constituyente en Chile, las leyes que la complementaron y los reglamentos aprobados por la convención constitucional en este país.

*replacements in democracy have political and normative consequences that have remained unnoticed or have not been properly analyzed in traditional constitutional theory. In this article, we argue that an anticipated legal regulation of a constituent process has clear advantages for democratic regimes when it aims to maintain a balance between continuity and change, facilitate consensus among political forces, and promote citizen participation. Nevertheless, the attempt to subject a constitutional replacement to a detailed and pre-established legal framework in the previous constitution has its limits in a context of representation crisis that makes it necessary the drafting of the new constitution by a special convention. To illustrate this point, we will examine the origins and content of the constitutional amendment that made possible the recently failed constitution-making process in Chile, the laws that complemented this reform, and the regulations adopted by the constitutional convention in this country.*

### **Keywords:**

*Constituent process, Chile, constitutional replacement,*

## Palabras Clave:

Proceso constituyente, Chile, reemplazo constitucional, democracia, regulación legal, convención constitucional.

*democracy, legal regulation, constitutional convention.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación legal de los procesos constituyentes*. III. *La experiencia chilena y su modelo de reemplazo*. IV. *Funcionamiento de la Convención*. V. *Los reglamentos de la Convención*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La teoría constitucional ha insistido tradicionalmente en que los procesos constituyentes no pueden ni deben ser regulados por una Constitución o ley anterior, pues ellos expresan la soberanía del pueblo, que es absoluta, indelegable y no puede estar sujeta a norma alguna que la anticipe (Emmanuel-Joseph Sieyès, 1993). Esta idea, surgida a partir de los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII, y de las transiciones a la democracia de los años setenta y ochenta, no debería aplicarse cuando la Constitución es reemplazada en el contexto de instituciones democráticas preexistentes. Cuando la legitimidad de las instituciones vigentes en una democracia es cuestionada socialmente, es preciso renovarlas por medio de nuevas formas de representación de la ciudadanía. Pero esto llama a perfeccionar y complementar los canales legales establecidos para expresar la voluntad popular en un régimen democrático, no a suprimirlos suponiendo que es deseable o posible organizar un proceso constituyente sin partidos y fuera de toda institucionalidad.

Esta mirada tiene asidero en una larga tradición constituyente latinoamericana. Muchas Constituciones en la región, incluso algunas que datan del siglo XIX, prevén un procedimiento para la reforma general o el reemplazo total de la Constitución vigente. Más recientemente, varias Constituciones creadas en el contexto de democracias establecidas (incluyendo algunas sancionadas mediante la ruptura con el sistema legal precedente) incorporaron

estos procedimientos. Sin embargo, hay un escaso análisis sistemático sobre este fenómeno y su impacto político.

En este artículo argumentamos que la regulación anticipada de un proceso constituyente presenta claras ventajas para un régimen democrático cuando persigue como objetivos mantener un balance entre continuidad y cambio, facilitar el consenso entre las fuerzas políticas y promover la participación ciudadana. No obstante, el intento de someter un reemplazo constitucional a un marco normativo preestablecido y detallado en la Constitución anterior tiene límites en un contexto de crisis de representación, que hace necesaria la elaboración de la nueva Constitución por una convención independiente. Para ilustrar este argumento, examinaremos el origen y contenido de la reforma constitucional que hizo posible el recientemente fallido proceso constituyente en Chile, las leyes que la complementaron y los reglamentos aprobados por la convención constitucional en este país.

## **II. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS PROCESOS CONSTITUYENTES**

Tanto en las revoluciones como en las transiciones a la democracia, la elaboración de una Constitución tiene como objetivo producir una estructura institucional en la que los principios que regulan el acceso a los cargos públicos y el ejercicio del poder se oponen radicalmente a los del antiguo régimen. Es por esta razón cuestionable que un proceso constituyente en este contexto sea regulado por la legalidad precedente.<sup>1</sup> La situación es muy distinta cuando se busca reemplazar una Constitución dentro de un orden democrático, pues aquí algunas instituciones básicas y sus principios animadores deben permanecer en su lugar, si el régimen ha de mantener su identidad. Si la legitimidad del sistema institucional es la misma, también debe existir un puente entre la vieja y la nueva legalidad constitucional. Sin embargo, la teoría jurídica ha tratado la posibilidad de reemplazos constitucionales regulados por una legalidad precedente como un fenómeno análogo a las enmiendas o reformas y de una importancia histórica y política relativamente marginal.

Desde la teoría del derecho se ha cuestionado la sola posibilidad lógica de que una Constitución establezca reglas para su propio reemplazo. Dicho procedimiento se situaría en una jerarquía superior al procedimiento legislativo. Con esto se apelaría a un procedimiento que sólo tiene apariencia de jurídico, ya que no tiene ninguna norma superior que le dé competencia. En consecuencia, las Constituciones que regulan la figura del reemplazo establecen un procedimiento que nunca sería jurídico ni constitucional (Riccardo Guastini 2001; Gustavo Zagrebelsky 2000; Alf Ross, 1993). La teoría constitucional, por su parte, ha estado mayormente ligada a la concepción clásica del poder constituyente como atributo de la soberanía popular, y por tanto desligada de todo constreñimiento legal, en la línea de pensamiento fundada por Sieyès y elevada a teoría general por Carl Schmitt (1982) en su crítica al normativismo.

En su discusión sobre modelos de procesos constituyentes, Claude Klein y Andrés Sajó (2012) oponen las instancias de creación constitucional *ex nihilo* a aquellas “sujetas a reglas”. Sin embargo, su análisis se enfoca principalmente en los primeros modelos, y dedican solamente unos pocos párrafos a analizar los segundos, por considerarlo un fenómeno inusual y desviado del concepto de poder constituyente. Ernst-Wolfgang Bockenförde (2000) argumenta que el poder constituyente puede y debe ser contemplado a través de un procedimiento que permita incluir a la democracia y a la participación en la forma de Estado, estableciendo un mandato claro a los poderes constituidos en orden a mantener un vínculo con el pueblo en el cumplimiento de la Constitución. Sin embargo, tampoco teoriza sobre esta alternativa como un modelo general de reemplazo constitucional en democracia.

Andrew Arato (1995, 2016) ha insistido en la idea de continuidad legal como una característica central de lo que denomina un proceso constituyente “postsoberano”. Según este autor, un proceso democrático de elaboración de una Constitución debería incluir la adopción inicial de una Constitución interina cuyas reglas limiten la adopción de la Constitución final, el uso de las reglas de enmienda existentes para brindar continuidad legal, y la aplicación de la Constitución interina por un tribunal constitucional. Si bien la crítica de Arato a la idea clásica del poder constituyente es acertada y algunos de sus componentes

podrían extenderse a los procesos de reemplazo constitucional en democracia, aplica principalmente a las particularidades de algunas transiciones a la democracia, como la de Polonia o Sudáfrica, que inicialmente crearon Constituciones interinas como parte de un proceso de negociación gradual para regular y moderar el conflicto entre los representantes del viejo régimen y las fuerzas democráticas.

Recientemente, Joel Colón-Ríos (2020) ha propuesto conciliar la teoría clásica del poder constituyente con la regulación de este, distinguiendo entre límites sustantivos y de procedimiento. Según este autor, imponer límites sustantivos a las disposiciones que un cuerpo constituyente puede adoptar como parte de una nueva Constitución puede ser incompatible con una teoría democrática del poder constituyente, dado que los ciudadanos o sus representantes no deberían tener restricciones para decidir el contenido del nuevo texto. Sin embargo, las restricciones de procedimiento establecidas de antemano para canalizar las preferencias y decisiones de los ciudadanos podrían facilitar en lugar de impedir elaboración democrática de la Constitución. Desde esta perspectiva, argumenta, es perfectamente coherente con los principios democráticos tener una Constitución que prescriba procedimientos para realizar la voluntad popular en un reemplazo constitucional, particularmente facilitando la participación de toda la ciudadanía en la elaboración de la Constitución, o que se acerque, en la medida de lo posible, a ese ideal. En varios trabajos, Colón-Ríos ha llamado también la atención al hecho de que este tipo de regulación legal ha sido establecido en algunas de las Constituciones sancionadas recientemente en América Latina, como la de Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009 (Joel Colón-Ríos, 2012).

Acordamos con la postura de Colón-Ríos en cuanto a que ciertas restricciones de procedimiento pueden facilitar más que obstaculizar la elaboración de una Constitución dentro de un régimen democrático establecido. Sin embargo, creemos que su visión sigue en aspectos esenciales arraigada en la idea revolucionaria del poder constituyente del pueblo al postular que no es posible establecer limitaciones de contenido a la nueva Constitución. En un contexto de continuidad del Estado y del régimen político debería ser posible

establecer ciertas limitaciones legales al contenido de las decisiones del cuerpo encargado de elaborar la Constitución, como por ejemplo respetar tratados internacionales firmados por el país desde el inicio de la democracia, pues esos tratados fueron firmados por representantes elegidos por medio de elecciones libres y equitativas. Por otra parte, consideramos que si bien el involucramiento ciudadano debe ser un componente esencial en un proceso constituyente democrático, no puede ser el único principio que maximizar. En un contexto democrático plural, también es importante facilitar acuerdos incluyentes al nivel de los representantes de fuerzas políticas organizadas.

La tradición constitucional latinoamericana es en efecto muy rica en ejemplos de regulación legal de procesos constituyentes (Gabriel Negretto, 2018). En varios procesos de transición a la democracia, la propia Constitución vigente contenía una regulación básica que hacía posible un proceso de reemplazo (o de reforma total) diferenciado de (o alternativo a) las reformas parciales. Estas disposiciones, en muchos casos heredadas del siglo XIX, se emplearon o sirvieron como modelo para regular la sustitución de la Constitución vigente durante los años iniciales de la transición a la democracia en países como la Argentina (1949), Guatemala (1985), Honduras (1982), Paraguay (1992) y el Uruguay (1942). En otros casos, cuando la Constitución vigente no regulaba su sustitución, se modificó el procedimiento de enmienda con el fin de autorizar la posibilidad de llevar a cabo una reforma total. Esto sucedió, por ejemplo, con la Constitución de Brasil de 1988 (basada en una enmienda de 1985 a la Constitución de 1967).

La enmienda de la Constitución vigente para canalizar legalmente su reemplazo fue una alternativa a la que también se recurrió en contextos ya democráticos, como el de Bolivia (2006-2009). También se han enmendado Constituciones para un eventual reemplazo que aún no se ha concretado, como fue el caso de Panamá, con la enmienda de 2004. En contraste con esta tendencia, en varios procesos de reemplazo constitucional en democracia de las últimas décadas, como el de Colombia (1990-1991), Venezuela (1998-1999), y Ecuador (2007-2008), hubo una ruptura inicial del orden legal. Aun así, los nuevos textos incluyeron invariablemente un procedimiento para que en el futuro se pueda canalizar el reemplazo del texto vigente de manera legal.

Además de establecer un proceso de reemplazo o de reforma total, la regulación de procesos constituyentes en la región ha indicado el cuerpo colectivo encargado de deliberar y aprobar el nuevo texto. Este cuerpo ha sido frecuentemente una asamblea o convención especial, que suele denominarse “constituyente”, teniendo por encargo exclusivo redactar y aprobar una nueva constitución. Sin embargo, hay países, como Uruguay, donde existe la alternativa de que esta tarea la realice, mediante un procedimiento especial, el propio Congreso (Francisco Soto, 2014).

También se regula quién tiene la iniciativa para activar el proceso de reemplazo, generalmente el congreso, mediante un proyecto de ley de convocatoria aprobado por la mayoría absoluta (Bolivia, Nicaragua y Uruguay) o dos tercios de sus miembros (Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Venezuela). En varias cartas se condiciona su convocatoria a un referéndum aprobado por la mayoría del Congreso (Colombia) o un porcentaje del padrón electoral (Bolivia, Ecuador y Venezuela). En algunos casos se permite convocarlo al presidente de la República (Bolivia, Ecuador y Venezuela) y, como caso anecdótico, Venezuela da iniciativa a las dos terceras partes de los concejos municipales reunidos en cabildo. También hay Constituciones, como la de Bolivia, que permiten que la propia ciudadanía, por iniciativa popular, pida un referendo de inicio.

Aspectos específicos de la elección e integración de los cuerpos constituyentes suelen ser regulados por vía de leyes secundarias y leyes de convocatoria. En este sentido, se han diseñado fórmulas electorales especiales para elegir asambleas constituyentes, distintas de las que se emplean para seleccionar a los miembros ordinarios del congreso, generalmente con el fin de generar una mayor pluralidad e inclusión en la representación.<sup>2</sup> También se observa una tendencia incipiente, pero creciente, en la región, a facilitar la elección de independientes y delegados extrapartidarios, mejorar el equilibrio de género y representar a pueblos originarios (sea por asientos reservados o procesos especiales de votación). También se suele regular tanto por medio de ley como por medio de reglamentos de los cuerpos constituyentes los procesos de participación ciudadana durante la redacción de la Constitución.

No todas estas regulaciones, sin embargo, presentan características deseables, ni desde el punto de vista normativo ni desde las consecuencias que han tenido en la práctica. Por ejemplo, si tanto la participación ciudadana como el pluralismo representativo son objetivos deseables en un proceso democrático, un reemplazo constitucional podría activarse por una iniciativa popular o por la iniciativa de los poderes constituidos de someter la convocatoria de un cuerpo constituyente a referendo popular siempre y cuando se obtenga un acuerdo entre el Ejecutivo y la legislatura, el apoyo de una mayoría calificada en esta última, o ambas cosas. Estas características permitirían activar el proceso en caso de que los representantes políticos no logren llegar a un acuerdo frente a demandas populares de cambio e impedir que un solo actor político o institución se aproveche de mayorías circunstanciales para realizar reformas que redistribuyan poder en su favor.

En sentido contrario, no se debería activar el proceso por la convocatoria de un plebiscito hecha exclusivamente por el Ejecutivo, como se establece en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. La razón es que, al otorgarse esta capacidad al Ejecutivo, este último pudiera arrogarse la facultad exclusiva de reglamentar no sólo las condiciones de la votación popular, sino también de las etapas posteriores del proceso. Ésta fue la forma en que primero Chávez en Venezuela y luego Correa en Ecuador lograron construir un proceso plebiscitario que fue capturado por el partido de gobierno para sentar las bases de un régimen de marcadas tendencias autoritarias.

Como veremos en el apartado siguiente, la experiencia chilena profundiza en las temáticas de la regulación constitucional del proceso constituyente, llegando a tratar con mayor detalle la elección y atribuciones de la asamblea a la que se llama “convención” buscando lograr un balance entre el pluralismo representativo y la participación ciudadana. Si bien esta regulación buscó ser exhaustiva, no pudo prescindir, y en verdad requirió ser complementada por vía legal y reglamentaria. Este desarrollo fue crucial para regular la totalidad del proceso, aunque no estuvo exento de vicisitudes e incertidumbres, que fueron imposibles de superar totalmente, y que de alguna manera afectaron el resultado final.

### **III. LA EXPERIENCIA CHILENA Y SU MODELO DE REEMPLAZO**

Hace más de una década se vienen sucediendo iniciativas para reemplazar la Constitución vigente en Chile, que si bien tuvo origen en una dictadura fue reformada numerosas veces desde 1989, con el fin de que se adaptara a un contexto democrático. Ya en las elecciones presidenciales de 2009, tres de los cuatro candidatos hicieron propuestas en este sentido. No obstante, el presidente electo, Sebastián Piñera, quien representaba a amplios sectores de centro derecha, fue el único que permaneció escéptico ante este espíritu reformista. El debate se retomó durante el segundo gobierno de Bachelet (2014-2018), quien impulsó un proceso de diálogos ciudadanos, que comprometió buena parte de su gobierno (Francisco Soto y Yanina Welp, 2017). En marzo de 2018, a pocos días de asumir el segundo gobierno de Sebastián Piñera (2018-2022), la mandataria envió el proyecto de nueva Constitución al Congreso (Boletín 11.617-07). Sin embargo, uno de los primeros actos de Piñera al comenzar su periodo fue abandonar este proyecto de manera absoluta y por un tiempo indefinido.

Esto fue así hasta la crisis de octubre de 2019, que desencadenó un movimiento por el cambio constitucional y logró sumar a amplios sectores del oficialismo. Fue entonces cuando se acordó entre todos los partidos con representación parlamentaria un itinerario para cambiar la Constitución vigente, que se tradujo en un procedimiento de reemplazo que fue finalmente promulgado en la Ley de Reforma Constitucional No. 21.200/2019, del 24 de diciembre, que incorpora un nuevo título al capítulo XV de la Constitución de 1980: “Reforma de la constitución y del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República” (Humberto Nogueira, 2020; Jaime Quintana, 2020).

La regulación del proceso por medio de una enmienda a la Constitución que se quiere reemplazar asocia el caso chileno a otros recientes, como el boliviano. Sin embargo, llama la atención el detalle con que se quiso canalizar el proceso. En Bolivia, se establecieron una serie de principios o lineamientos básicos, que luego serían completados por una ley de convocatoria sancionada por la legislatura, y eventualmente por un reglamento especial del cuerpo constituyente. En Chile, en

cambio, se buscó encauzar todos los aspectos posibles del proceso desde la propia constitución. Se incluyeron en la reforma un total de trece nuevos artículos que preveían desde la votación inicial autorizando el proceso hasta su aprobación final, pasando por la conformación del cuerpo constituyente y sus reglas de decisión (Gabriel Negretto, 2021).

Ciertos eventos no previstos afectaron estas regulaciones. Por ejemplo, producto de la pandemia sufrida al comenzar el 2020, la versión original del artículo 130, y que regulaba el plebiscito de entrada, tuvo que ser modificada, pues establecía como fecha para la realización de esta consulta el 26 de abril del 2020.<sup>3</sup> Fruto de un nuevo acuerdo político, la fecha definitiva fue acordada en la Ley de Reforma Constitucional 21.221/2020, que establece que la consulta tendría lugar el 25 de octubre 2020 (Claudia Heiss, 2021; María Cristina Escudero, 2021).

En cuanto a la pregunta que se formuló en este plebiscito, el mismo artículo 130 señalaba que la ciudadanía dispondría de dos cédulas electorales. La primera contendría la siguiente pregunta: “¿Quiere usted una nueva Constitución?”. Bajo la cuestión planteada, se establecieron dos opciones: “Apruebo” o “Rechazo”, a fin de que el elector pudiera marcar su preferencia sobre una de las alternativas. La segunda cédula contenía la pregunta “¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva Constitución?”. Bajo la cuestión planteada, de nuevo se establecieron dos opciones: “Convención Mixta Constitucional” o “Convención Constitucional”. Bajo la expresión “Convención Mixta Constitucional” se incorporó la oración “Integrada en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios o parlamentarias en ejercicio”. Bajo la expresión “Convención Constitucional” se incorporó la oración “Integrada exclusivamente por miembros elegidos popularmente”, a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas.”

En términos porcentuales, la participación en el plebiscito del 25 de octubre 2020 alcanzó el 51% (dos puntos más que en la elección presidencial de 2017), pero registró la mayor participación de la historia de Chile en términos absolutos: 7.562,173 votos (la que sería largamente superada con la participación en el

plebiscito de salida). El 78.27% de los ciudadanos que votaron aprobaron iniciar el proceso de redacción de una nueva Constitución, mientras que el órgano encargado de hacerlo sería la Convención Constitucional, que se impuso a la opción de Convención Mixta por un 78.99%.

Por otra parte, y una vez aprobado el proyecto de nueva Constitución por la Convención Constitucional, cuyas características y funcionamiento veremos más adelante, el artículo 142 señaló que ésta debía ser enviada al presidente de la República para que éste convoque dentro de los tres días siguientes a dicha comunicación, mediante decreto supremo exento, a un plebiscito nacional constitucional para que la ciudadanía apruebe o rechace la propuesta.

En el caso de este plebiscito de salida, o como lo definió el artículo 142 “Plebiscito Constitucional”, el sufragio será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral en Chile. La sanción por no sufragar se estableció en una multa a beneficio municipal de 0.5 a 3 unidades tributarias mensuales, lo que equivale a aproximadamente 200 dólares.

Además, el artículo 142 señala:

En el plebiscito señalado, la ciudadanía dispondrá de una cédula electoral que contendrá la siguiente pregunta, según corresponda a la Convención que haya propuesto el texto: “¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Mixta Constitucional?” o “¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional?”. Bajo la cuestión planteada habrá dos rayas horizontales, una al lado de la otra. La primera de ellas tendrá en su parte inferior la expresión “Apruebo” y la segunda, la palabra “Rechazo”, a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas.

Este plebiscito se realizaría sesenta días después de la publicación en el *Diario Oficial* del decreto supremo de convocatoria del presidente de la República, vale decir, el 4 de septiembre de 2022. También el artículo 142 señala

que el proceso de calificación del plebiscito nacional deberá quedar concluido dentro de los treinta días siguientes a la fecha de éste. La sentencia de proclamación del plebiscito será comunicada dentro de los tres días siguientes de su dictación al presidente de la República y al Congreso Nacional. Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito nacional constitucional fuere aprobada, el presidente de la República deberá, dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de la sentencia referida en el inciso anterior, convocar al congreso en pleno para que, en un acto público y solemne, se promulgue y se jure o prometa respetar y acatar la Nueva Constitución Política de la República. Dicho texto será publicado en el *Diario Oficial* dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigor en dicha fecha. A partir de esta fecha, quedará derogada la presente Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra establecido en el decreto supremo No. 100, de 17 de septiembre de 2005. La Constitución deberá imprimirse y repartirse gratuitamente a todos los establecimientos educacionales, públicos o privados; bibliotecas municipales, universidades y órganos del Estado. Los jueces y magistrados de los tribunales superiores de justicia deberán recibir un ejemplar de la Constitución. Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazada, continuará vigente la presente Constitución.

La tendencia latinoamericana antes descrita, que distingue procedimientos de reforma y de reemplazo, suele regular estos últimos en un solo artículo o en unas pocas disposiciones, donde se establecen de manera general las condiciones para activar el proceso de reemplazo, la intervención de los poderes constituidos y de la ciudadanía, y eventualmente algunos aspectos del proceso, como el *quorum* de aprobación de los acuerdos y el número de integrantes del cuerpo constituyente. En el caso de Chile, la regulación fue mucho más exhaustiva y particularista.

En el afán de regular desde la Constitución todos los pormenores de la elaboración de la nueva Constitución, se estableció en Chile una fórmula rígida de reemplazo vinculada a una circunstancia que sólo podrá ocurrir por una vez, bajo los plazos y condiciones estableció en los artículos citados. Aunque es probable que la nueva Constitución recoja la experiencia previa y establezca a futuro un

mecanismo más general y flexible de reemplazo, la reforma al capítulo XV de la Constitución de 1980 en principio apartaría a Chile del reconocimiento del reemplazo constitucional como fórmula permanente y que se proyecte en el tiempo. Constatamos, entonces, una primera diferencia, que aleja este mecanismo de reemplazo de los restantes textos latinoamericanos, aunque se reproduce la fórmula de establecer un plebiscito de entrada y cierre como se establece en otras Constituciones.

A continuación, la reforma constitucional extiende la aplicación de varios cuerpos legales a la votación de los plebiscitos, convención y plebiscito de salida. Esto, con el objetivo de homologar a los procesos electorales nuevos (plebiscito de entrada y de salida, elección de convencionales) a los existentes. Así, frente a cada una de las votaciones se remiten las disposiciones pertinentes de la ley 18.700, orgánica constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, la ley 18.556, orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, la ley 18.603, orgánica constitucional de partidos políticos, entre otras.

Lo fundamental de esta derivación a la ley vigente es que si la opción “Convención Constitucional” resultaba aprobada, como fue el caso, se hacía extensiva la fórmula para elegir diputados en las elecciones de convencionales, vale decir, se utilizaría un sistema proporcional (método D’Hondt) para la selección de 155 convencionales en los mismos veintiocho distritos en que se eligen diputados. Esto quiere decir que habría de tres a ocho convencionales constituyentes por distrito, con una magnitud promedio de distrito a nivel nacional de 5.53. Así, se establece expresamente el artículo 131, que señala que serán aplicables los cuerpos legales vigentes al 25 de junio de 2020.

En el caso de haberse aprobado la opción “Convención mixta constitucional”, 86 convencionales hubieran sido elegidos a través del procedimiento descrito en el párrafo anterior (o sea, por votación popular), y los 86 restantes, vale decir los parlamentarios, hubieran sido electos en una sesión del congreso en pleno, convocada para este efecto por el presidente del Senado.

La regulación de la elección de la convención se complementó con dos leyes posteriores, la ley 21.216/2020, del 20 de marzo, y 21.298/2020, del 23 de

diciembre. Ambas incorporaron demandas de los movimientos sociales referidas a la paridad de género, participación de independientes y escaños reservados para pueblos originarios. En el caso de la primera ley, la fórmula aprobada interviene respecto al equilibrio en la representación de mujeres y hombres en la convención. Establece que las listas conformadas por un solo partido, las listas de personas independientes y los pactos electorales al órgano constituyente deberán estar encabezadas por una candidata mujer, y se ordenarán sucesivamente de forma alternada con las candidaturas de hombres. Asimismo, en los distritos que reparten un número par de escaños deberán resultar electos un 50% de mujeres y un 50% de hombres. También se establece la fórmula para distritos impares, para lo cual se aplicará una corrección por distrito, en el caso de que los resultados no sean paritarios. De esta forma, si un género se ve sobrerrepresentado, los delegados electos de dicho género se ordenarán de mayor a menor, y los con menor votación serán reemplazados por el o la candidata del género en minoría de su misma lista, pacto o partido.

La ley 21.216/2020 también reguló las candidaturas independientes, y permite la conformación de listas para la elección de los integrantes de la Convención constitucional, conformada por dos o más candidatos independientes. Esta lista regiría exclusivamente en el distrito electoral en el que declaren sus candidaturas, y se podrían presentar, en cada distrito, hasta un máximo de candidaturas equivalente al número inmediatamente siguiente al número de convencionales constituyentes que corresponda elegir en el distrito de que se trate. La declaración e inscripción de esta lista estuvo sujeta a las mismas reglas que las candidaturas a diputado, en lo que les sea aplicable, la que además deberá contener un lema común que los identifique y un programa en el que se indicarán las principales ideas o propuestas relativas al ejercicio de su función constituyente. Adicionalmente, cada candidato o candidata que conforme la lista, considerado individualmente, requeriría el patrocinio de un número de ciudadanos independientes igual o superior al 0,4 por ciento de los que hubieran sufragado en el distrito electoral en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones, con un tope de 1.5% por lista de quienes hubieran sufragado en el distrito electoral respectivo.

La ley 21.298/2020 buscó la representación y participación de los pueblos indígenas reconocidos en la ley 19.253/1993.<sup>4</sup> Se trata de los pueblos Mapuche, el Pueblo Aimara, Rapanui, quechua, Diaguita, Atacameño, Colla, Kawesqar, Yagán y Chango. Además, se estableció que cada declaración de candidatura debería inscribirse designando a su vez una candidatura del género opuesto, para guardar coherencia con la antes analizada 21.216/2020.

La ley 21.298/2020 permitió que haya diecisiete escaños reservados dentro de los 155 originalmente previstos. Las declaraciones a las candidaturas debían ser individuales, acreditar su pertenencia a un pueblo originario a través de registro oficial reconocido en la ley 19.253 y domicilio en función de las etnias que van a representar. En los casos de aimaras, diaguitas y mapuche, la ley estableció que se debía contar con el patrocinio de al menos tres comunidades o cinco asociaciones indígenas registradas en la ley 19.253, o un cacicazgo tradicional reconocido por la Ley, entre otros requerimientos. En los otros pueblos bastaba el patrocinio de una comunidad, asociación registrada o asociación indígena no registrada, o la recolección de firmas. De acuerdo con la reforma, quienes no estuvieran en el listado y se identificaran como electores indígenas podían solicitar, el día previo a la elección, y con una declaración jurada, autorización al Servicio Electoral.

La evolución de la regulación acerca de la forma en que se conformaría la convención permite afirmar que se pasó gradualmente de una mínima a una mayor innovación. A diferencia de otros procesos en América Latina, no se pensó inicialmente en tener un cuerpo constituyente radicalmente distinto de la legislatura ordinaria. Los delegados serían electos por la misma fórmula que la cámara baja y en los mismos distritos. Es más, una opción favorecida por importantes sectores de la coalición de gobierno (opción finalmente derrotada en el plebiscito de entrada) era que la convención se integrara en parte con miembros del congreso. Fue justamente con posterioridad a la enmienda constitucional que por vía de ley se completó la regulación del proceso de manera más novedosa y original, por medio de la paridad de género, la participación de independientes y pueblos originarios.

El procedimiento establecido fue muy claro en cuanto a lo que ocurriría de no ser aprobada la propuesta de la convención constitucional en el plebiscito de salida: continuaría vigente la Constitución de 1980. Y esto fue lo que finalmente ocurrió luego del masivo rechazo del borrador de Constitución en el plebiscito de salida. Esta no era la única solución posible. Se podría haber establecido que en caso de rechazarse el proyecto de nueva Constitución se prorrogaría automáticamente por un periodo adicional el funcionamiento de la convención para que se proponga un nuevo texto. O se podría haber establecido que se disolvería la convención y se elegiría una nueva, de manera similar a lo que se previó en Sudáfrica en la Constitución interina de 1993, o se hizo en Francia en 1946.

Sin embargo, mantener la Constitución de 1980 en caso de rechazo es un resultado que no terminó complaciendo a ningún sector político, ni siquiera a los sectores que en el pasado se oponían al cambio de Constitución. Esta es la consecuencia de que el reemplazo constitucional en Chile fuera pensado sólo para una ocasión y no como un procedimiento general.

#### **IV. FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCION**

La Ley de Reforma Constitucional No. 21.200/2019 reguló varias materias referidas al funcionamiento de la convención. En cuanto a los poderes y funciones de las asambleas constituyentes, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas dejan implícito que será la propia asamblea la que deberá autoregularse, o bien entregar dichas definiciones a la ley de convocatoria en temas puntuales (Costa Rica, Colombia, Paraguay). También hay cartas que asimilan a la asamblea con los procedimientos del congreso (Guatemala y Brasil).

Generalmente, las restricciones a las asambleas o convenciones constituyentes están dadas por los plazos de funcionamiento, que se extienden entre seis meses y un año. Particularmente se señalan otros temas; por ejemplo, en el caso colombiano la actual Constitución reserva al poder constituido, a través de una ley, establecer la forma de elección de los convencionales. En dicha ley se tendrán que definir las competencias, el período y las reglas del proceso electoral en su conjunto para la elección. Otras Constituciones establecieron limitaciones a

la intervención del cuerpo constituyente en el funcionamiento de los cuerpos constituidos o la prohibición de arrogarse atribuciones de éstos. En la Constitución de Panamá, por ejemplo, se establece que la Asamblea Constituyente no puede tomar decisiones retroactivas ni alterar el periodo de los órganos electos. En otras palabras, la asamblea sólo tiene capacidad plena para redactar la nueva Constitución, pero carece de potestad soberana y actúa bajo el imperio de la Constitución vigente hasta tanto ésta sea reemplazada legalmente. En algunos casos, se establece un umbral mínimo de votos para la aprobación del nuevo texto, como mayoría absoluta (Uruguay) o dos tercios de sus miembros presentes (Bolivia). Por último, varias Constituciones subordinan el resultado deliberativo de la Asamblea a un referéndum de ratificación para que la nueva Constitución entre en vigor (Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá y Uruguay).

En el caso chileno, las materias previstas por el legislador han sido variadas. Por lo pronto, el artículo 133 estableció que a los tres días siguientes a la recepción de la comunicación de la sentencia que califica la elección de Convencionales, el presidente de la República deberá convocar a la primera sesión de instalación de la convención, señalando, además, el lugar de la convocatoria. En su primera sesión, la convención debía elegir a un presidente y a un vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio.

En cuanto al procedimiento, se estableció que la Convención debía aprobar las normas del nuevo texto y el reglamento por el voto de dos tercios de sus miembros en ejercicio. El mismo artículo 133 señalaba que la convención no podía alterar los quórum ni los procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos. La convención debía constituir una secretaría técnica, la que estaría conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional. Correspondía al presidente de la República, o a los órganos que éste determine, prestar el apoyo técnico, administrativo y financiero que sea necesario para la instalación y funcionamiento de la convención.

La regla de decisión establecida para que la convención aprobara la nueva Constitución es inusual en la mayoría de los procesos constituyentes que se han dado en el mundo. Por razones prácticas, en particular, para producir una

decisión de cambio, las nuevas Constituciones suelen ser aprobadas tanto en sus disposiciones particulares como en su texto general, por regla de mayoría, normalmente absoluta (Gabriel Negretto, 2017, 2020). Sin embargo, varios procesos de reemplazo constitucional realizados en democracia, como los de Sudáfrica, Túnez, Kenia y Nepal, han establecido reglas de decisión supermayoritarias, con el fin de fomentar decisiones consensuales y coaliciones incluyentes de reforma. En estos casos, sin embargo, siempre se han previsto mecanismos de desbloqueo en caso de que no se alcance el umbral requerido.

Una disposición común en cuanto a mecanismos de desbloqueo, incluida en los procesos de elaboración de la Constitución de Sudáfrica y Túnez, es someter el texto final a la aprobación popular si los reformadores no alcanzan la mayoría cualificada requerida. De manera similar, los referendos podrían usarse para la aprobación de disposiciones particulares en disputa en lugar de todo el texto, como en Bolivia. También es común la posibilidad de intervención de comisiones de expertos o políticas para que en caso de desacuerdo y luego de algunas rondas de votación, tengan la capacidad de forjar un texto de compromiso que se someta al pleno para su aprobación o rechazo sin enmiendas, para su aprobación con un umbral más bajo de votos, o para su aprobación por defecto si no se alcanza una mayoría cualificada para rechazar la solución de compromiso. Distintas combinaciones de estos mecanismos se aplicaron en los procesos de elaboración de las Constituciones de Kenia, Nepal y Sudáfrica (Gabriel Negretto, 2021).

Desde este punto de vista, lo peculiar del caso chileno no es tanto que se haya dispuesto que la Constitución debe adoptarse por mayoría calificada, sino la falta de previsión en cuanto a mecanismos de desbloqueo. Este vacío se dio por el potencial conflicto que existía entre sectores de izquierda y de derecha en cuanto a la interpretación del mecanismo de decisión. En tanto la derecha (para preservar su poder de veto) entendía que debían aplicarse los dos tercios para la aprobación de disposiciones en particular y el texto íntegro al final, la izquierda sólo aceptaba la primera interpretación, alegando que el texto vigente no podía continuar como opción por defecto en caso de no alcanzarse el umbral.

El artículo 135 establecía que la convención no podía intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes. Mientras no entre en vigor el nuevo texto en la forma establecida en este epígrafe, la Constitución de 1980 seguiría plenamente vigente, sin que pueda la convención negarle autoridad o modificarla. De conformidad con el artículo 50., inciso primero, de la Constitución, mientras la convención estuviera en funciones, la soberanía residiría esencialmente en la nación y sería ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que la Constitución establece. Quedó prohibido a la convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconocía la Constitución.

Más allá de lo procedimental, si bien no se establecieron límites estrictos de contenido ni de principios que debieran seguirse en la redacción de la nueva Constitución, también en este punto se buscó someter el proceso a una regulación previa. El texto de nueva Constitución que se sometiera a plebiscito debía respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Otra novedad del proceso chileno tuvo que ver con la definición de una instancia de reclamación de terceros o convencionales ante el incumplimiento del procedimiento de reemplazo antes descrito. Según el artículo 136, se podía reclamar por una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia convención. En ningún caso se podía reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración. Conocerían de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada. La reclamación debía ser suscrita por al menos un cuarto de los miembros en ejercicio de la convención, y se interpondría ante la Corte Suprema, dentro del plazo de cinco

días desde que se tomó conocimiento del vicio alegado. La reclamación debía indicar el vicio que se alegaba.

Por último, el artículo 137 estableció que el trabajo de la convención debía durar nueve meses, y podría prorrogarse, por única vez, por tres meses más. No fue un plazo irrazonable, aunque forjar acuerdos sobre temas en los que no exista consenso y, sobre todo, el intento de involucrar intensamente a la ciudadanía en el proceso de redacción de la Constitución, lo hizo un tanto restrictivo. Además, el plazo máximo fue rígido por haber sido establecido en la propia Constitución. En los hechos, se dio la extensión prevista de tres meses adicionales, y la convención terminó su cometido a tiempo.

## **V. LOS REGLAMENTOS DE LA CONVENCIÓN**

Una vez instalada la convención el 4 de julio 2021, se dio a la tarea de elegir una mesa directiva y dictar una serie de reglamentos. Estos últimos fueron aprobados después de cerca de tres meses de trabajo, mediante la conformación de ocho comisiones provisorias.<sup>5</sup> Las comisiones provisorias se dieron tiempo para recibir, en extensas jornadas, audiencias públicas donde las organizaciones de la sociedad civil hicieron sus aportes. Sólo en la Comisión de Reglamento se realizaron más de cien audiencias, que tuvieron que ser sistematizadas para nutrir los informes finales. De las ocho comisiones provisionales, cinco elaboraron textos reglamentarios. Todas estas normativas terminaron fusionándose en cuatro reglamentos: General; de Participación Popular; de Participación y Consulta Indígena; y de Ética y Convivencia.

Los reglamentos establecieron una serie de materias consideradas indispensables para la gestión de la convención, tales como principios rectores que deben ordenar el trabajo de la convención; reglas sobre votaciones y acuerdos (iniciativa, debate, tramitación y votación de las normas constitucionales); deberes y derechos de las y los convencionales constituyentes; incompatibilidades y cesación en el cargo; mecanismos de participación popular e indígena; prevención y sanción de la violencia política y de género, entre otras materias relevantes.

También se regularon siete comisiones temáticas que ordenarían el debate de contenidos:

- Comisión sobre sistema político, gobierno, Poder Legislativo y sistema electoral;
- Comisión sobre principios constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía;
- Comisión de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal.
- Comisión sobre derechos fundamentales.
- Comisión sobre medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico.
- Comisión sobre sistemas de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional.
- Comisión sobre sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios.

Los textos fueron aprobados por amplia mayoría. Particularmente, la propuesta de Reglamento (general) logró la más alta aprobación al ser apoyada por 145 de 155 convencionales.

Con todo, quizá lo más importante de todo este proceso reglamentario se produjo en el debate referido a la ratificación de la regla de los dos tercios como criterio de aprobación del texto constitucional. Ya hemos referido al debate durante la discusión de la ley de reforma constitucional 21.200/2019. Este debate también se prolongó a la constituyente y dividió las posiciones de los convencionales.<sup>6</sup>

Después de diversos intentos iniciales de sectores de izquierda, de impulsar el reemplazo de la regla de dos tercios por una regla de mayoría, la paulatina deliberación de los meses iniciales fue de a poco despejando los prejuicios que existían sobre los acuerdos de noviembre de 2019, y que dieron paso a la ley 21.200/ 2019. Dos visiones pugnarón en este debate: la que vinculaba la regla de los dos tercios con las prácticas autoritarias de la dictadura y la que veía en esta fórmula una garantía para construir amplios consensos. La clave para que esta última posición ganara apoyos fue la conformación de la convención, ya que los resultados de la elección de convencionales llevaron a que en el cuerpo constituyente no existiera ninguna mayoría política que pudiera imponer decisiones, ni una minoría con capacidad de bloquearlas. De esta manera, la regla

de dos tercios se convirtió en la mejor garantía de que todas las voces fueran escuchadas y tomadas en cuenta en las decisiones finales.

Con todo, la ratificación en el reglamento de la regla de los dos tercios no terminó con las diferencias en la convención. Como lo referimos anteriormente, una peculiaridad del proceso constituyente de Chile fue adoptar una regla de mayoría calificada para tomar decisiones, pero ningún mecanismo para superar el bloqueo en caso de que no se alcanzara el umbral. La discusión sobre este tema fue retomada luego que el Reglamento de Participación Popular estableciera como posible mecanismo de desbloqueo convocar a un plebiscito dirimente. Este plebiscito sería convocado para adoptar decisiones frente a las propuestas que no lograran concitar el acuerdo de los dos tercios de la convención en el pleno, pero que superaran el apoyo de al menos tres quintos. Esta fórmula, promovida tanto por la izquierda como por sectores independientes, inmediatamente despertó el rechazo del oficialismo y de la oposición de centro. El mecanismo fue visto como una manera de vulnerar la regla de los dos tercios y de imponer las iniciativas que no logren el *quorum* constitucionalmente establecido.

Luego de sucesivos debates, el pleno aprobó finalmente los plebiscitos dirimientes. Lo hizo, sin embargo, con una fórmula que dificultaría mucho su aplicación. En caso de que surgieran propuestas que no obtengan el apoyo de los dos tercios, la iniciativa de convocar una consulta popular requería de una necesaria reforma constitucional que permitiera incorporar al plebiscito dirimente en la Constitución vigente. De esta manera, el debate se trasladaba nuevamente al Congreso Nacional. En los hechos, el mecanismo no fue nunca utilizado.

A pesar de que la convención logró en la discusión de procedimientos mantener el espíritu de consenso que existió en el proceso desde noviembre de 2019, es preciso notar que esto se logró sólo en parte, en virtud de la regulación inicial. La clave para disminuir la polarización fue la dispersión del voto en la elección de la convención, la alta presencia de independientes, y la ausencia de mayorías y minorías sólidas y cohesivas. Esto se debió, por supuesto, al haber adoptado reglas proporcionales de elección, normas de paridad de género, y

haber facilitado la elección de independientes. Pero estos resultados no estaban predeterminados. De hecho, es probable que el grado de conflictividad hubiera sido mayor si la elección, como se preveía, daba como resultado una convención compuesta por amplios sectores de izquierda y centroizquierda, opuestos por una minoría poderosa de derecha.

Sin embargo, fruto de un proceso de redacción descentralizado en una convención mayoritariamente compuesta por independientes y con organizaciones partidarias débiles, donde surgieron varios puntos de conflicto entre las propuestas iniciales de las comisiones temáticas y las votaciones en el plenario. Muchos de los reportes iniciales de las comisiones fueron rechazados en el pleno en gran parte de sus contenidos. Es muy probable que estos conflictos, a pesar de la aprobación final del texto por dos tercios, hayan dañado ante la opinión pública la imagen de la convención y del proceso.

El borrador definitivo se pudo presentar en los plazos comprometidos, en una ceremonia de cierre realizada el 4 de julio de 2022, donde el presidente de la República dictó el decreto que convocaba al plebiscito el 4 de septiembre. El texto definitivo contenía 388 artículos, 11 capítulos y 56 disposiciones transitorias.

Si bien en los meses previos a la culminación del proceso las encuestas venían señalando un creciente apoyo al rechazo de la propuesta, esta última se impuso por un margen mucho mayor al esperado. En el plebiscito, la opción de rechazar la propuesta alcanzó 7.882,958 votos (61.86%), mientras que la aprobación sólo logró 4.860,093 votos (38.14%). Con voto obligatorio, esta votación superó largamente el plebiscito de entrada, ya que participaron 13.021,063 de ciudadanos, equivalente al 85.82% del padrón electoral.

## **VI. CONCLUSIONES**

En la medida en que los procesos constituyentes se desarrollen en contextos democráticos, se hará cada vez más evidente la necesaria convivencia entre órganos constituyentes y legislativos. Es una falencia del constitucionalismo liberal clásico el pensar a los procesos constituyentes como un evento rupturista que no puede ser normado. Si bien ha tenido y tiene aspectos que pueden ser

criticables o mejorables, el constitucionalismo latinoamericano ha sido pionero en distinguir entre mecanismos de reforma y reemplazo y en permitir la sustitución de las constituciones de manera legal.

Someter un proceso constituyente a reglas establecidas de antemano en la Constitución saliente presenta claras ventajas. En primer lugar, puede reducir los costos y el riesgo de negociar las reglas de acuerdo con la distribución del poder partidario del momento y canalizar de manera pacífica las demandas ciudadanas de transformación institucional. También asegura la continuidad legal dentro de un régimen democrático preexistente, y puede servir para generar colaboración y consenso entre los representantes políticos y promover la participación ciudadana. No obstante, es extremadamente difícil someter a una regulación estricta e integral procesos que se desarrollan en contextos cambiantes.

Comparativamente, el modelo chileno de reemplazo constitucional es el intento más detallado y comprensivo de regulación anticipada. Sin embargo, aunque demostró ser útil para encauzar inicialmente el proceso de manera consensual y participativa, también mostró que no es posible definir desde la Constitución todos los detalles del funcionamiento de una convención. Pongamos por caso el umbral de dos tercios que se estableció para la aprobación de la nueva Constitución. Aun si se hubieran creado claros mecanismos de desbloqueo, como en otros procesos, es probable que la aceptación o rechazo posterior de los mismos, hubiera dependido de la conformación final del cuerpo constituyente. Los resultados de la elección de la Convención Constitucional en Chile, más allá de las reglas preestablecidas, fueron producto de la dispersión de preferencias electorales y de la fragmentación partidaria que derivaron de la crisis de representación en el país. Y fue sólo en un contexto sin actores con capacidad de imponer o de impedir decisiones de manera unilateral cómo se favoreció la ratificación de la regla de mayoría calificada.

Nos parece que además la excesiva derivación a normas legales que hace la ley 21.200/2019 no es una técnica adecuada para ser regulada en un texto constitucional permanente. Esto da cuenta de la clara desconfianza que desde el inicio del proceso constituyente chileno tuvieron las elites políticas por una

fórmula general y flexible de reemplazo constitucional. Un proceso democrático de reemplazo constitucional debe considerarse como un conjunto de regulaciones que no pueden resolverse en una única instancia, sino mediante la integración gradual de principios básicos que debe contener la Constitución, reglas operativas generales que se deben incluir en una ley de convocatoria, y finalmente normas de procedimiento específicas que debe establecer el reglamento de la Convención.

Paradójicamente, a pesar de la falta de generalidad y el excesivo celo con que se quiso regular todos los detalles del proceso constituyente, se dejó fuera un aspecto crucial: establecer las consecuencias del rechazo del texto. Ésta será otra lección que deja el fallido proceso chileno. Si la regulación del reemplazo se hace por medio de reglas básicas que se aplican en cualquier evento, como ha ocurrido en otras Constituciones de América Latina, el fracaso de un intento permite activar nuevamente esas reglas. Si en cambio la regulación del reemplazo se hace para un caso particular, como ocurrió en Chile, debería preverse algún mecanismo para que, en caso de fracaso inicial, sea posible continuar con el proceso hasta la sanción de un texto definitivo. La incertidumbre que deriva de la solución propuesta por el inciso final del artículo 142, vale decir, mantener la Constitución vigente, podría activar un escenario de nuevas movilizaciones y procesos fácticos que afectarían la gobernabilidad del país.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARATO, A. (2016), *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000), *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.
- COLON-RIOS, J. (2012), *Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, London, Routledge.
- COLON-RIOS, J. (2020), “Constitution Making Through Law”, en Gabriel Negretto (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press.
- CABO MARTÍN, C. de (2003), *La reforma constitucional, en perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta.

- ESCUADERO, M. C. (2021), "Making a Constituent Assembly Possible in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change", *Bulleting of Latin American Research*, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.14198/ambos.21034>.
- GUASTINI, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*. México, UNAM.
- HEISS, C. (2020), *¿Por qué necesitamos una nueva constitución?*, Santiago de Chile: Aguilar.
- HEISS, C. (2021), "Latin America Erupts: Re-founding Chile", *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 3, disponible en: <https://muse.jhu.edu/article/797784>.
- KALYVAS, A. (2005), "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power", *Constellations*, vol. 12, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x>.
- KLEIN, C., y Sajó, A. (2012), "Constitution-Making: Process and Substance", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michael Rosenfeld and András Sajó (eds.), Oxford, Oxford University Press.
- LANDAU, D. (2013), "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, núm. 47, disponible en: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf).
- LOUGHLIN, M. (2003), *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- NOGUEIRA, H. (2020), "El camino hacia una nueva Constitución", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.46.2020.29125>.
- NEGRETTO, G. (2016), "El Poder constituyente en la tradición constitucional americana. El legado problemático de los escritos federalistas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 3, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300002>.
- NEGRETTO, G. (2017), "Constitution Making in Comparative Perspective", en William R. Thompson (ed.), *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Oxford, Oxford University Press, disponible en: <https://oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-66>.
- NEGRETTO, G. (2018), *Constitution Building Processes in Latin America*, IDEA International, The Hague.
- NEGRETTO, G. (2020), (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University

Press.

- NEGRETTO, G. (2021), “Deepening Democracy? Promises and Challenges of Chile’s Road to a New Constitution”, *The Hague Journal on the Rule of Law*, disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-021-00158-2>.
- PARLETT, W. (2012), “The Dangers of Popular Constitution-Making”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1, disponible en: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=bjil>.
- PARTLETT, W., (2020), “Expanding Revision Clauses in Democratic Constitutions”, en Negretto, Gabriel (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press.
- ROSS, A. (1993), “La auto-referencia y un difícil problema constitucional”, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara.
- QUINTANA, J. (2020), *Sírvase conectar: crónica de los acuerdos y desacuerdo desde el estallido social a la pandemia*, Santiago, Catalonia.
- SCHMITT, C. (1982), *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad.
- SIEYÈS, E. (1993), *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica.
- SOTO, F. y WELP, Y. (2017), *Diálogos ciudadanos: Chile ante el giro deliberativo*, Santiago, LOM ediciones.
- SOTO, F. (2014), “Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100010>.
- ZAGREBELSKY, G. (2000), La Constitución y sus normas, en Carbonell, M. (coord), *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos*, México, Porruá-UNAM.

---

\* ORCID: [0000-0002-9196-8759](https://orcid.org/0000-0002-9196-8759). Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Máster en Asuntos Internacionales y Doctor en Ciencia Política por Columbia University. Actualmente es profesor titular y director del Programa de Doctorado del Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Email: [gabriel.negretto@uc.cl](mailto:gabriel.negretto@uc.cl). Este trabajo fue parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular N° 1200060: “Constitutional Change and Liberal Democracy in Comparative Perspective”

\*\* ORCID: [0000-0002-9358-5217](https://orcid.org/0000-0002-9358-5217). Abogado, Magister por la Universidad Diego Portales y Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Actualmente es director de Investigación de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, donde se encuentra adscrito al Departamento de Derecho Público, en calidad de profesor asociado. Correo electrónico: [fsoto@derecho.uchile.cl](mailto:fsoto@derecho.uchile.cl). Este trabajo fue parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular N°1220103: “Deliberación ciudadana en el proceso legislativo: modelos de "parlamento digital”.

- <sup>1</sup> Aun así, una característica saliente de algunos procesos constituyentes incrementales y prolongados en el tiempo ocurridos en transiciones a la democracia desde 1990, como el de Sudáfrica (1992-1996) y Polonia (1989-1997) ha sido la continuidad legal entre la vieja y la nueva constitución.
- <sup>2</sup> En Colombia, por ejemplo, se eligió a la Convención utilizando una fórmula electoral proporcional similar a la usada para el elegir al congreso, pero tomando todo el territorio nacional como un solo distrito, con el fin de hacer más plural la representación.
- <sup>3</sup> El tenor del artículo 130 original señalaba: Tres días después de la entrada en vigor de este artículo, el presidente de la República convocará mediante un decreto supremo exento a un plebiscito nacional para el 26 de abril de 2020.
- <sup>4</sup> Esta última ley regula normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena (en adelante Conadi).
- <sup>5</sup> Reglamento; Ética; Descentralización, Equidad y Justicia Territorial; Participación y Consulta indígena; Participación Popular y Equidad Territorial; Comisión de Presupuesto y Administración Interior; Comisión de Comunicaciones, Información y Transparencia; y la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición.
- <sup>6</sup> También tuvo cierta importancia el debate acerca de la regla de decisión en la comisión temática, donde primó la postura de que éstas adoptaran decisiones por mayoría simple contada sobre los miembros presentes que emitieran un voto expreso.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17500](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17500)

Recibido: 16 de mayo de 2022

Aprobado: 12 de septiembre de 2022

## ASSEMBLEIAS GERAIS VIRTUAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ABORDAGEM ALÉM DO POSITIVISMO COMPARADO

### ASAMBLEAS GENERALES VIRTUALES EN BRASIL Y PORTUGAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA: UN ENFOQUE MÁS ALLÁ DEL POSITIVISMO COMPARADO

### VIRTUAL GENERAL ASSEMBLIES IN BRAZIL AND PORTUGAL IN TIMES OF PANDEMICS: AN APPROACH BEYOND COMPARATIVE POSITIVISM

**Leonardo Rafael de SOUZA\***

**Cynthia OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS\*\***

**Deolinda MEIRA\*\*\***

#### Resumo:

O presente artigo teve por objetivo analisar comparativamente, a partir da perspectiva de pesquisadores do Brasil e de Portugal, como os ordenamentos jurídicos português e brasileiro responderam às demandas dos seus movimentos cooperativos para a realização das assembleias gerais virtuais das

#### Resumen:

Este artículo tuvo como objetivo analizar comparativamente, desde la perspectiva de un investigadores de Brasil y Portugal, cómo los sistemas legales portugués y brasileño respondieron a las demandas de sus movimientos cooperativos para la realización de

cooperativas na Pandemia de Covid-19. Para isso, realizou-se o estudo comparado não apenas para alcançar as *praesumptio similitudinis* de cada um dos ordenamentos jurídicos analisados, a partir da visão funcionalista de Konrad Zweigert e Hein Kötz. Buscou-se também compreender as razões jurídico-culturais que levaram cada país a adotar, como de fato adotaram, distintas soluções para exatamente o mesmo problema. Para este propósito em específico, admitiu-se a visão culturalista defendida por Pierre Legrand para contextualizar as respostas legais de Portugal e do Brasil à Pandemia de Covid-19 e, também, compreender as razões quanto às divergências de reações. Como conclusão, percebeu-se que tanto em Portugal quanto no Brasil a Pandemia foi capaz de, respectivamente, ratificar e produzir normas eficientes que hoje permitem a realização permanente de assembleias gerais virtuais com aderência ao princípio cooperativo da gestão democrática. Contudo, apesar da aparente harmonia dos resultados, a análise culturalista demonstrou que estes foram alcançados distintamente, revelando os vestígios jurídico-culturais próprios de cada movimento cooperativo. Com isso, acredita-se trazer uma importante reflexão para colaborar com a compreensão do Direito Cooperativo de cada país em sua autenticidade.

#### **Palavras-chave:**

Direito Comparado; Culturalismo;

cooperativas en la Pandemia de Covid-19. Por ello, se realizó un estudio comparativo no solo para llegar a la *praesumptio similitudinis* de cada uno de los sistemas jurídicos analizados, desde la visión funcionalista de Konrad Zweigert y Hein Kötz. También se buscó comprender las razones jurídico-culturales que llevaron a cada país a adoptar, como en realidad lo hizo, diferentes soluciones para exactamente el mismo problema. Para este propósito específico, se admitió la visión culturalista defendida por Pierre Legrand para contextualizar las respuestas jurídicas de Portugal y Brasil a la Pandemia de la Covid-19 y, también, para comprender las razones de la divergencia de reacciones. Como conclusión, se percibió que tanto en Portugal como en Brasil la Pandemia logró, respectivamente, ratificar y producir normas eficientes que hoy permiten la realización permanente de asambleas generales virtuales con apego al principio cooperativo de gestión democrática. Sin embargo, a pesar de la aparente armonía de los resultados, el análisis culturalista mostró que se lograron de manera diferente, revelando los vestigios jurídico-culturales de cada movimiento cooperativo. Con esto, se cree traer una importante reflexión para colaborar con la comprensión del Derecho Cooperativo de cada país en su autenticidad.

#### **Palabras clave:**

Derecho Comparado; Culturalismo; Derecho Cooperativo; Asambleas;

### **Abstract:**

This article aimed to analyse comparatively, from the perspective of a Brazilian researcher, how the Portuguese and Brazilian legal systems responded to the demands of their cooperative movements to develop the virtual general assemblies of cooperatives in the Covid-19 Pandemic. For this, the comparative study was carried out not only to reach the *praesumptio similitudinis* of the analyzed legal systems, from the functionalist perspective of Konrad Zweigert and Hein Kötz. We also sought to understand the legal and cultural reasons that induced each country to adopt different solutions for exactly the same problem. For this specific purpose, the culturalist perspective defended by Pierre Legrand was admitted to contextualize the legal responses of Portugal and Brazil to the Covid-19 Pandemic and also to understand the reasons for the divergence of reactions. In conclusion, both in Portugal and in Brazil, the Pandemic was able to, respectively, ratify and produce efficient laws that currently allow the permanent realization of virtual general assemblies with adherence to the cooperative principle of democratic member control. However, despite this apparent harmony between the results, the culturalist analysis showed that these were achieved distinctly, revealing the juridical-

cultural signs of each cooperative movement. With that, we believe to bring an important reflection to collaborate with the understanding of the Cooperative Law of each country in its authenticity.

### **Keywords:**

Comparative law; Culturalism;  
Cooperative Law; Assemblies;  
Covid-19.

*SUMARIO: I. Introdução. II. Um fenômeno comum com distintas posturas: a Pandemia da Covid-19 em Portugal e no Brasil. III. Uma análise positivista das soluções legais em cada país para a realização de assembleias gerais virtuais. IV. Um passo adiante: as razões de soluções distintas para um mesmo problema. V. Considerações Finais. VI. Referências.*

## **I. INTRODUÇÃO**

**A**ssim como outros grandes eventos da história contemporânea, a corrente história do coronavírus (Covid-19) restará marcada para a humanidade, notadamente a partir do emblemático dia 11 de março de 2020, data na qual o diretor geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmou que o mundo se depararia com uma nova Pandemia sem precedentes recentes. Ao final daquele mesmo mês, segundo dados Agência AFP (2020), aproximadamente 4 bilhões de pessoas em todo o mundo estavam em suas casas para evitar a disseminação de um vírus até então desconhecido e de consequências imprevisíveis.

Não obstante o avanço da história e as cicatrizes deixadas, as medidas de distanciamento e isolamento social transformaram a sociedade global, impondo e/ou acelerando transformações socioeconômicas até então

inimagináveis, como a quase que completa paralização da economia global e o fechamento das fronteiras nacionais ao redor do globo. Prova disso é que ainda não se pode mensurar os reais efeitos causados pela Pandemia às relações pessoais, empresariais, de trabalho e emprego, nos vínculos e obrigações contratuais, de consumo, entre outras.

Em relação às sociedades cooperativas, objeto do presente estudo, seus efeitos foram igualmente transformadores, dado que se tornou imperativo sobreviver aos desafios econômico-sociais, como também adotar novas formas telemáticas de interação. A primeira expressão desse desafio veio, ao redor de todo mundo e ao mesmo tempo, de inopino: como realizar as assembleias gerais das cooperativas, essência da participação democrática dos membros desde a fundação da primeira cooperativa moderna, em 1844, de forma virtual? Como alcançar —tendo como partida um pensamento jurídico ainda hoje concebido sobre uma racionalidade essencialmente lógico-formal e centrado na relação entre realidade e Direito do século XIX—, um conjunto normativo ideal que responda rapidamente a uma desordem real de tamanha monta? Como conciliar a incompatibilidade da dogmática jurídica insistentemente tradicional às agilidades demandadas pela Covid-19 em todo mundo, ao mesmo tempo? Foram essas perguntas que motivaram esta investigação.

Ciente de que todas essas respostas não seriam possíveis e que cada país buscou, ao seu modo, responder a todas essas perguntas, este estudo comparativo analisou como os ordenamentos jurídicos português e brasileiro —vinculados pela língua e uma racionalidade jurídica semelhantes—, responderam às demandas dos seus respectivos movimentos

cooperativos em relação à necessária realização das assembleias gerais das cooperativas.

Para tanto, cuidou-se de analisar comparativamente não apenas o teor dos seus textos legais em busca de apresentar, a partir de uma visão funcionalista como proposta por Konrad Zweigert e Hein Kötz, as *praesumptio similitudinis* de cada ordenamento jurídico, quer dizer, descobrir na vida legal de um determinado sistema estrangeiro semelhanças e substitutos que justifiquem uma harmonização da sua interpretação e aplicação. O presente artigo preocupou-se em ir além para, a partir da visão culturalista de Pierre Legrand, também contextualizar, mediante levantamento documental, análise descritiva de notas oficiais e reportagens, as razões jurídico-culturais que levaram cada país a adotar, como adotaram, distintas soluções para o mesmo problema.

Essa postura tem como única razão estabelecer uma forma de aprendizagem sobre as diferentes culturas jurídicas, as quais, para além da simples comparação, permitem a compreensão e o respeito às realidades distintas. E neste aspecto, preocupou-se o presente estudo em trabalhar as perspectivas das realidades jurídica-culturais brasileira e portuguesa a partir de autores que vivenciaram essas transformações em ambos os países.

## **II. UM FENÔMENO COMUM COM DISTINTAS POSTURAS**

A pandemia da covid-19 em Portugal e no Brasil

Nada obstante a contemporaneidade da Pandemia parecer afetar a noção do tempo hoje vivido, é necessário reportar que, apesar do primeiro caso oficial de Covid-19 ter sido reconhecido e comunicado pelas

autoridades chinesas à OMS, no dia 30 de dezembro de 2019, pesquisas atuais revelam que a data mais provável para o surgimento do Sars-Cov-2 foi o dia 17 de novembro de 2019, desconfortos estes que não elidem o fato de que já em janeiro de 2020, o vírus estava espalhado globalmente (David Roberts *et al.*, 2021).

Prova disso foi que no dia 30 de janeiro de 2020, o diretor geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declarou que os novos casos de coronavírus, então chamados de 2019-nCoV, seriam tratados como emergência de saúde pública de interesse internacional ante os sinais de disseminação da doença. Segundo dados contidos em seu discurso, naquele momento 98 casos, em 18 países, além da China, eram monitorados, como Alemanha, Japão, Vietnã e Estados Unidos, em sua grande maioria casos relacionados a um histórico de viagens ao local considerado como de início da Pandemia: a cidade de Wuhan, na Província de Hubei (WHO, 2020).

Como bem analisado por Cary Coglianese e Neysun Mahboubi (2021, p. 2), o fato de muitos países diferentes estarem ao mesmo tempo sujeitos essencialmente às mesmas dificuldades e incertezas da Covid-19 trouxe diferentes respostas regulatórias, com oportunidades de aprendizado, as quais estavam ligadas à capacidade de resposta de cada nação ao período de emergência. Para os autores, fatores como liderança e comunicação de risco se transformaram em peças fundamentais para o enfrentamento da crise, especialmente quando os sistemas legais e burocráticos vigentes foram pensados para rotinas que desconsideram a emergência.

Ao compararem as respostas internacionais à Covid-19 à luz do direito administrativo, e mesmo reconhecendo que nenhuma explicação

definitiva poderia ser apresentada, Cary Coglianese e Neysun Mahboubi (2021, pp. 8-17) concluíram que pelo menos quatro lições poderiam ser refletidas em plena Pandemia. Para eles, além das pandemias globais exigirem governança nacional e local integradas e eficazes, é necessária uma legislação regulatória que se adapte rapidamente também de forma a permitir supervisões e limites aos poderes de emergência. Além disso, ponderam o exercício de uma liderança honesta, ativa e baseada na ciência, o que se apresenta como fundamental, tanto para uma coordenação forte e confiável das autoridades governamentais regionais e locais como para assegurar a cooperação entre os setores públicos e privados.

Trazendo essas percepções ao presente estudo comparativo, pretendemos ponderar que distintas posturas foram adotadas pelo Brasil e por Portugal nas ações de enfrentamento à Covid-19, especialmente no exercício de suas lideranças nacionais. Isso porque apesar de ambas as nações apresentarem rapidamente suas primeiras respostas legais e normativas à Pandemia, conforme esmiuçado a seguir, foram as posturas de seus líderes políticos que determinaram os rumos de cada sociedade na compreensão dessas normas e de suas reais necessidades.

Não obstante as suas reconhecidas diferenças populacionais e territoriais, enquanto Portugal imediatamente adotou um amplo pacote nacional de restrição de mobilidade organizado pela autoridade nacional, em coordenação com as autoridades locais, por meio de um decreto presidencial ainda quando diante do baixo número de casos (Ana Santos Rutschman, 2020, p. 5), o Brasil mergulhou numa miríade de discussões políticas e judiciais sobre a competência da União, Estados e Municípios

para a regulação das restrições sanitárias então necessárias, sempre insuflados por decretos e discursos presidenciais que turvavam os esforços de comunicação em torno da saúde pública (Cary Coglianese e Neysun Mahboubi, 2021, p. 16).

No caso de Portugal, dois dias após a OMS declarar a Pandemia da Covid-19, a Presidência do Conselho de Ministros do país publicou, no dia 13 de março de 2020, o Decreto-Lei No. 10-A (2020), voltado a estabelecer “medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus–COVID 19”. Como indica o próprio texto de justificação do Decreto-Lei, seu objetivo central foi considerando tanto a emergência de saúde pública de âmbito internacional quanto a declaração de Pandemia como razões, a fim de “assegurar o tratamento da doença COVID-19 no Serviço Nacional de Saúde (SNS), através de um regime legal adequado a esta realidade excepcional, em especial no que respeita a matéria de contratação pública e de recursos humanos.”

Além disso, o referido Decreto-Lei foi claro em estabelecer medidas “que aumentem as possibilidades de distanciamento social e isolamento profilático”, estabelecendo em seus artigos medidas como a suspensão, em todo do país, de atividades letivas, não letivas e formativas (artigo 9o.), limitação de acesso a estabelecimentos (artigo 12o.), serviços e edifícios públicos (artigo 13o.), entre outros. Insta destacar que esta medida do Governo foi logo ratificada pela Assembleia da República, que por meio da Lei No. 1-A (2020a), de 19 de março de 2020, aprovou as medidas excepcionais adotadas pela Presidência do Conselho de Ministros de modo a tornar o texto do Decreto-Lei No. 10-A (2020) como parte integrante da agora lei (artigo 2o.).

É importante ainda salientar que essas medidas de interação entre Presidência da República, Primeiro-Ministro e Assembleia da República foram fundamentais para uma integração nacional em torno do combate à Pandemia. A grande demonstração disso, pondera Ana Santos Rutschman (2020, p. 5), foi a rápida aprovação da decretação do estado de emergência em Portugal já no dia 18 de março de 2020, o que foi validado pela Assembleia da República e renovada por diversas vezes, sempre sob um discurso de renúncia às celebrações e viagens em respeito ao necessário distanciamento social.

Com efeito, o que se estabeleceu inicialmente em Portugal foi um consenso de ações e medidas restritivas que permitiram à Presidência da República declarar o estado de emergência no país, centrando as ações coordenadas nas lideranças nacionais em integração com os governos regionais e locais.

Embora posteriormente criticada por certos relaxamentos ao longo da Pandemia, o que se viu nos primeiros meses em Portugal foi o sucesso no controle do avanço da doença, reconhecido também no Brasil por manter taxas de internação e mortalidade próximas à Alemanha (Folha de São Paulo, 2020). Enquanto isso, como dito, as guerras de discursos políticos sobre a competência dos seus entes federados levaram o Brasil a uma tensão entre os poderes da República, com uma profusão de decretos e medidas judiciais que turvaram a percepção social sobre os riscos e a importância das medidas de enfrentamento.

Embora desde o dia 06 de fevereiro de 2020, já vigesse a citada Lei No. 13.979 (2020), inclusive com os conceitos legais de isolamento e quarentena postos no artigo 2o., os quais admitiam ao texto legal as

definições estabelecidas no artigo 1o. do Regulamento Sanitário Internacional (Parágrafo único do artigo 2o.), o que se percebeu foi que a lei quedava silente quanto a qualquer disposição sobre as definições de serviços públicos e atividades essenciais, nada dispondo o artigo 3o. dessa lei sobre a competência da União, Estados e Municípios para adotar as medidas.

Com a chegada definitiva da Covid-19 ao Brasil, a partir do final do mesmo mês de fevereiro, e os precedentes internacionais de rápido contágio, proliferação e letalidade da doença, diversos Governadores de entes federados —especialmente aqueles onde vieram a ser confirmados casos da doença em seus territórios—, passaram a anunciar medidas de quarentena, a partir dos conceitos e autorizações garantidos pela Lei nº 13.979.<sup>1</sup> Não bastassem esses decretos estaduais, com espeque na competência comum para regulamentar, em caráter suplementar ações de saúde (CFRB/88, art. 23, inciso I c/c art. 30, inciso VII), diversos municípios brasileiros também editaram os seus decretos para ratificar o estado de calamidade pública e a situação de emergência na saúde.<sup>2</sup>

Provavelmente como resposta a essa multiplicidade de decretos estaduais e municipais, que buscavam regulamentar os efeitos locais da decretação do estado de calamidade pública e emergência na saúde, no dia 20 de março de 2020, a Presidência da República edita concomitantemente duas normas voltadas a alterar e regulamentar a Lei No. 13.979, especialmente para ampliar os poderes da Presidência no combate à Pandemia.

Invocando urgência e relevância,<sup>3</sup> a Medida Provisória No. 926 (2020), alterou a cabeça do artigo 3o. da Lei No. 13.979/2020, para, em

seus parágrafos finais, acrescer e estabelecer que caberia ao Presidente da República, mediante decreto, dispor sobre os serviços públicos e as atividades essenciais (§9o.), os quais que não poderiam ser afetados por qualquer tipo de restrição de circulação de trabalhadores e cargas (§11). E, de forma concomitante, a Presidência da República fez publicar o Decreto No. 10.282 (2020), que sob o pretexto de regulamentar a Lei No. 13.979, já a partir das alterações insertas pela Medida Provisória No. 926, definiu os serviços públicos e as atividades essenciais como aquelas “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (artigo 3o.), exemplificando algumas atividades essenciais em seus incisos.

Conforme explicitado por José Gomes *et al.* (2020, p. 194), porém, essas medidas tomadas pela Presidência da República levaram a União, Estados e Municípios a um litígio quanto aos limites das medidas sanitárias a serem aplicadas naquele momento de crise epidemiológica, notadamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) No. 6341, no dia 23 de março de 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) buscou ver declarada a incompatibilidade parcial da Medida Provisória No. 926, especialmente em relação aos acréscimos dos parágrafos 8o., 9o., 10 e 11, ao artigo 3o. da Lei No. 13.979. Na visão dos autores da ação, ante o fato do combate à Covid-19 tratar de temáticas atinentes à vigilância sanitária e epidemiológica, a competência para cuidar da saúde pública é comum à União, aos Estados e aos Municípios, como disposto no artigo 23, inciso II da Carta Magna brasileira, requerendo assim a concessão de tutela liminar pelo STF para afastar a aplicabilidade das alterações legais insertas na Medida Provisória

No. 926, e, por arrastamento, do então vigente Decreto No. 10.282. Tal pedido liminar foi parcialmente deferido pelo Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, sendo posteriormente confirmado em julgamento final em abril daquele ano (José Gomes *et al.*, 2020, pp. 194 y 195).

Como se percebe, não obstante a Constituição Federal brasileira determinar em seu artigo 23 que as leis devem fixar normas que propiciem a cooperação entre os entes federativos como ideário do federalismo equilibrado (Janaína Medina e José Miguel Medina, 2020, p. 2), o que poderia, portanto, ser coordenado por uma ação de cooperação conjugada para o combate à Pandemia, como ocorreu em Portugal, o que se viu — inclusive pelo julgamento da ADI No. 6341—, foi uma constante confrontação pública da autoridade do STF e dos governadores pela Presidência da República, somada à “flagrante situação de divergência política entre o Executivo federal e os demais entes quanto à intensidade do isolamento social e à natureza das medidas administrativas a serem tomadas” (José Gomes *et al.*, 2020, p. 213).

Portanto, na prática, não obstante a comum existência de legislações regulatórias foi que rapidamente se compreendeu a gravidade da Pandemia e ser estabeleceram as medidas recomendadas pela ciência e pela OMS — como refletido por Cary Coglianese e Neysun Mahboubi (2020) e bem absorvido tanto pelo texto original da Lei No. 13.979/2020, no Brasil, quanto pelo Decreto-Lei No. 10-A (2020) e a Lei No. 1-A (2020), em Portugal—, a grande diferença entre as posturas de cada país esteve essencialmente ligada ao exercício da liderança de seus governantes.

Neste contexto, este trabalho pretende compreender, a partir de uma análise dos textos legais promulgados ao longo da Pandemia, como cada

país enfrentou os efeitos do distanciamento social nas assembleias gerais virtuais, fazendo-a, porém, a partir de distintas abordagens, tais quais discutidas no âmbito do Direito Comparado.

### **III. UMA ANÁLISE POSITIVISTA DAS SOLUÇÕES LEGAIS EM CADA PAÍS PARA A REALIZAÇÃO DE ASSEMBLEIAS GERAIS VIRTUAIS**

Analisar comparativamente distintos ordenamentos jurídicos é uma tarefa que, por si só, encontra desafios doutrinários sobre o método de abordagem dessas comparações — e até mesmo se há a necessidade de um determinado método, como pondera Pierre Legrand (1988, p. 789). E se fala em método aqui, propositadamente, por também se adotar neste estudo as reflexões de Simone Glanert (2012, p. 61), a qual discorre sobre as correntes positivistas que convergem para a noção de que o direito comparado em si é um método de pensamento e de trabalho.

Neste sentido, Konrad Zweigert e Hein Kötz (1996, p. 34) enfatizam que o princípio metodológico básico de todo direito comparado é o da funcionalidade, ou seja, colocar em comparação distintos sistemas jurídicos em função de um problema previamente formulado, problema este que, para os autores, deve estar estabelecido sem qualquer referência aos conceitos do próprio sistema jurídico, produzindo assim a sua hipótese de trabalho. Não obstante as críticas quanto à sua eventual superficialidade (Ralf Michaels, 2019, p. 345), ao propor uma análise descontextualizada dos entendimentos doutrinários nacionais em busca de meras similaridades (Pierre Legrand, 2018, p. 53), o fato é que as abordagens funcionais — a partir de uma lógica positivista —, são a base para alguns dos mais famosos estudos em direito comparado por serem factuais, ou seja, concentrados em eventos comparáveis (Ralf Michaels, 2019, p. 347).

Este introito é essencial para argumentar que, não obstante a consciência quanto às críticas existentes, o presente artigo admite uma abordagem funcionalista na comparação entre as legislações portuguesa e brasileira, em função de um fato comum posto no direito positivo: a possibilidade legal de realização de assembleias gerais virtuais nas cooperativas ante as medidas de distanciamento social impostas em ambos os países, em decorrência da pandemia de Covid-19. Noutros termos, concebe-se aqui buscar nessas diferentes jurisdições a proposta de Konrad Zweigert e Hein Kötz (1996, p. 44) de iniciar um processo positivista de comparação sem considerar os contextos de seu próprio sistema para comparar puramente à luz da sua função.

Isso porque além de ambos os países enfrentarem simultaneamente os efeitos da Covid-19 sobre os seus atos e negócios jurídicos, outras similaridades como a língua, a estruturação de suas leis e a existência de regulação específica das sociedades cooperativas, a partir das mesmas premissas internacionais do movimento cooperativo estruturado pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI), permitem que uma análise positivista das soluções legais com menores chances de distorção do fenômeno observado.

#### *1. A gestão democrática das cooperativas por meio das assembleias gerais*

Antes de analisar comparativamente as soluções legais apresentadas em Portugal e no Brasil para a realização das assembleias gerais virtuais em cooperativas durante a pandemia de Covid-19, é necessário compreender a essencialidade dessas reuniões societárias para as cooperativas em ambos os países, estruturados a partir das premissas gerais internacionais. A partir do seu conceito globalmente definido pela *ACI* e absorvido pela

Recomendação No. 193 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), núcleo do direito público internacional cooperativo, as cooperativas são compreendidas como uma associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns através de uma empresa de propriedade comum e gerida democraticamente (Hagen Henry, 2012, pp. 88 y 89).

Como visto, as cooperativas em seu conceito internacional são caracterizadas pela integração de elementos de associação e empresa, as quais possuem como aspecto de fundamental distinção em relação às demais sociedades o fato de serem de propriedade comum e gerida democraticamente. Isso significa dizer, na prática, que ao contrário das empresas de capital, o funcionamento das cooperativas está necessariamente vinculado à efetiva participação dos associados com capacidade para influenciar nos assuntos da organização, participação esta que exige uma organização interna e de distribuição de competências que reflita essa natureza (Hagen Henry, 2012, pp. 88 y 89).

Neste sentido, para a *ACI* as assembleias gerais dos associados são a forma de garantir o efetivo exercício democrático-participativo dos membros, desde a concepção da primeira cooperativa moderna, devendo, portanto, não apenas ser protegidas e fomentadas pelos sistemas jurídicos nacionais, mas também para considerar e garantir os direitos e responsabilidades dos seus associados (ACI, 2016, p. 17).

Tais percepções são amplamente absorvidas pelos plexos normativos de Portugal e do Brasil, países que, como dito, possuem legislações específicas que regulam as sociedades cooperativas em alinhamento às premissas internacionais. No caso de Portugal, a Lei No. 119 (2015)

aprovou o novo *Código Cooperativo, aplicável às cooperativas de todos os graus e às organizações afins* (artigo 1o.). Nele, tanto o conceito de cooperativa (artigo 2o., 1o.) quanto os princípios cooperativos (artigo 3o.) declarados pela *ACI* são absorvidos no texto legal português, destacando Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos (2015, p. 8) que, além desse reconhecimento já ocorrer pelo acolhimento dos princípios cooperativos na Constituição da República Portuguesa, o Código Cooperativo de 2015, na senda dos Códigos Cooperativos anteriores (Código Cooperativo de 1980 e o Código Cooperativo de 1996), “associa a noção de cooperativa (art. 2o., do CCoop) à necessária obediência aos princípios cooperativos”, como é o princípio da gestão democrática, transcrevendo-o no seu artigo 3o.

No Brasil, a Lei No. 5.764 (1971), embora mais antiga, também está estruturada sobre as premissas da *ACI*. Seguindo o desenvolvimento de legislações cooperativistas na América Latina, Dante Cracogna (2019, p. 57) explica que após a realização do Primeiro Congresso Continental de Direito Cooperativo no ano de 1969, em Mérida, Venezuela, o qual buscava traduzir em legislações as revisões principiológicas realizadas pela *ACI* no Congresso da entidade em Viena, em 1966, a lei brasileira reconheceu de forma ampla e irrestrita o regime jurídico próprio das cooperativas, a partir dos modelos internacionais e com conceituações até então inéditas em legislações em todo o mundo, como explicou Waldírio Bulgarelli (1973, p. 136). Prova da absorção dos princípios vigentes é que ao conceituar as sociedades cooperativas (artigos 3o. e 4o.), cuidou a Lei No. 5.764 (1971) de tratar os princípios como aspectos identitários das cooperativas em comparação às demais sociedades da época, reconhecendo ser próprio das cooperativas a definição das regras democráticas de gestão pelos membros (artigo 4o., V e VI).

Outrossim, não obstante os tempos distintos de vigência das leis em Portugal e no Brasil, tanto o Código Cooperativo português quanto a Lei Geral das Sociedades Cooperativas brasileiras reconhecem que as assembleias gerais são o órgão supremo das cooperativas. Em outros termos, seja no artigo 33 da Lei No. 119 (2015), de Portugal, ou no artigo 38 da lei brasileira 5.794 (1971), é na assembleia geral que as deliberações dos sócios ocorrem a partir dos limites estabelecidos pela lei e pelo estatuto social, decidindo sobre os negócios relativos ao objeto da sociedade e vinculando todos os associados. No caso específico das assembleias gerais ordinárias, sua realização anual é obrigatória também em ambos os diplomas legais (artigo 34, 2, do Código Cooperativo e artigo 44 da Lei No. 5.764/1971), devendo ser realizadas nos três primeiros meses de cada ano.<sup>4</sup>

Efetivamente, a obrigatoriedade da realização das assembleias gerais em Portugal e no Brasil não apenas revelam a sua essencialidade para seus respectivos regimes jurídicos, como também e principalmente dão efetividade à gestão democrática pelos sócios enquanto característica axio-principiológica das sociedades cooperativas. Contudo, justamente em março de 2020, último mês para a realização das assembleias gerais ordinárias nas cooperativas portuguesas e brasileiras, a declaração de pandemia da Covid-19 e as medidas de distanciamento social já narradas impediram a realização dessas assembleias obrigatórias, levando cada país, a seu modo, buscar na virtualidade uma alternativa viável para a gestão democrática das sociedades cooperativas.

## *2. A redescoberta das assembleias gerais virtuais para as cooperativas portuguesas*

Diante das incertezas sobre o tempo de duração e os efeitos da pandemia, a primeira medida tomada em Portugal —notadamente pelo

artigo 18 do Decreto-Lei No. 10-A (2020)— foi postergar o prazo para a realização das assembleias gerais “das sociedades comerciais, das associações ou das cooperativas que devam ter lugar por imposição legal ou estatutária”. Assim, no caso das cooperativas, o que o dispositivo legal excepcional permitiu foi inicialmente relativizar a necessidade do Código Cooperativo de realizar as assembleias gerais ordinárias até o dia 31 de março, permitindo então a sua realização até o dia 30 de junho de 2020.

Dias depois, com a promulgação da Lei No. 1-A (2020), o artigo 5o. (1) estabeleceu expressamente que as reuniões em órgãos colegiais, como são as assembleias gerais das cooperativas, poderia considerar “[a] participação por meios telemáticos, designadamente vídeo ou teleconferência de membros de órgãos colegiais de entidades públicas ou privadas nas respetivas reuniões”, a qual além de considerar o respeito ao quórum e deliberações já estabelecidos, deveria “ficar registrado na respectiva ata a forma de participação”.

Conforme destacado por Deolinda Meira (2021, p. 503-506), o que as autorizações legais apresentadas trouxeram para as cooperativas foi a possibilidade de adotar um caminho alternativo à impossibilidade dos encontros presenciais, muito embora a utilização de meios telemáticos para a realização de assembleias gerais, não utilizados até a pandemia, não seja uma novidade no sistema jurídico português, inclusive para as cooperativas. Isso porque, acrescenta Deolinda Meira, não obstante a possibilidade das assembleias gerais telemáticas não estar expressamente prevista no Código Cooperativo português (CCoop), a aplicação subsidiária do Código das Sociedades Comerciais (CSC) às cooperativas<sup>5</sup> remete à possibilidade, prevista no artigo 384. (9) do CSC, dos cooperados participarem por meio

eletrônico para o exercício do seu voto, desde que garantida a autenticidade da sua manifestação (Deolinda Meira, 2021, p. 506).

Além disso, Paulo de Tarso Domingues (2020, p. 296) acrescenta que o mesmo CSC, em seu artigo 377 (6, b), “consagra, hoje, para as AG, a possibilidade de realização de assembleias pelo modelo tradicional (a AG presencial num local determinado), bem como a possibilidade de, em alternativa, a AG ser realizada com recurso a meios telemáticos.” Não obstante pontuais críticas quando à generalidade da Lei No. 1-A/2020, o referido autor reconhece que o seu artigo 5o. (1) trouxe maior amplitude à possibilidade de assembleias gerais telemáticas, fato que permitiu a redescoberta sobre a utilização das tecnologias da informação e comunicação (TIC’s) para suas realizações. E o termo redescoberta é utilizado por Paulo de Tarso Domingues (2020, p. 276) porque “apesar de já se encontrar consagrado e em vigor desde 2006, manteve-se, na nossa *práxis* societária, quase que completamente na penumbra.”

O que se observa, na prática, é que apesar de haver previsão legal subsidiária do Código das Sociedades Comerciais ao Código Cooperativo português para permitir a realização de assembleias gerais virtuais, o seu desuso no âmbito das cooperativas não permitiu uma rápida transformação digital das assembleias gerais durante os primeiros meses da pandemia. Demonstração disso é que, por meio do Decreto-Lei No. 24-A (2020), o artigo 18 do Decreto-Lei No. 10-A (2020) foi alterado para mais uma vez prorrogar o prazo de realização das assembleias gerais de cooperativas ou associações com mais de 100 cooperados, agora para o dia 30 de setembro de 2020.

Convém destacar que, por oportuno, em decorrência da persistência da pandemia ainda em 2021, por meio do Decreto-Lei No. 22-A (2021), foram estabelecidas as mesmas regras excepcionais de prorrogação dos prazos de realização das assembleias gerais nas sociedades cooperativas ocorridas em 2020. De acordo com artigo 18, mesmo diante da “possibilidade de realização de assembleias gerais através de meios telemáticos nos termos legais”, as assembleias gerais das cooperativas poderiam ser realizadas até 30 de junho de 2021, sendo para as cooperativas com mais de 100 cooperados, “as assembleias gerais que devam ter lugar por imposição estatutária podem ser realizadas até 30 de setembro de 2021.”

Como refletido por Paulo de Tarso Domingues (2020, p. 297), mesmo com a generosidade do Código das Sociedades Comerciais quanto à utilização das TIC's para a realização de assembleias gerais puramente virtuais e ainda que diversas plataformas permitam a participação dos sócios em reuniões, a realidade desse tipo de assembleia será mais fácil para sociedades com menor estrutura. Para além dessa percepção, Deolinda Meira (2021, p. 504) destaca que a relevância das assembleias gerais para o exercício da gestão democrática nas cooperativas demonstra que a sua implementação de forma a garantir a participação virtual ainda encontra possíveis dificuldades que devem ser mitigadas, especialmente por ações educativas e formativas voltadas a treinar os associados para essa participação virtual. Quer dizer, a educação e formação não são apenas princípios cooperativos para a ACI, como o é a gestão democrática, mas são reconhecidos como tais, também, pelo artigo 3o. do Código Cooperativo, portanto de caráter vinculante às assembleias gerais virtuais de hoje no âmbito das sociedades cooperativas.

Deolinda Meira (2020, 71-94), esclarece que em Portugal, este princípio cooperativo projeta-se no estatuto jurídico dos cooperadores, mediante o reconhecimento de um direito de participar nas atividades de educação e formação cooperativas (al. f do No. 1 do artigo 21 do Código Cooperativo), com a conseqüente obrigação de as cooperativas organizarem tais atividades de educação, formação e informação, devendo para o efeito constituir obrigatoriamente uma reserva, a qual se apresenta com caráter absolutamente irrepártível, constituindo uma das maiores especificidades do regime jurídico das cooperativas portuguesas (artigo 97 do Código Cooperativo).

### *3. A pandemia como justificativa para inclusão das assembleias gerais virtuais na Lei Geral das Sociedades Cooperativas brasileiras*

No caso brasileiro, com a Covid-19 caracterizada como pandemia, tratou a Presidência da República de publicar Medidas Provisórias voltadas a regular uma série de demandas da sociedade. Entre elas, foi editada, no dia 30 de março de 2020, a Medida Provisória No. 931 (2020), destinada a alterar dispositivos do Código Civil relativos à sociedade limitada (Lei No. 10.406/2002), da Lei das Sociedades Anônimas (Lei No. 6.404/1976) e a Lei das Sociedades Cooperativas (Lei No. 5.764/1971). Na exposição dos motivos apresentada pelo Ministério da Economia, a necessidade de isolamento social foi o fator determinante para a medida (Ricardo Lupion, 2020, p. 310).

Assim como em Portugal, as primeiras medidas excepcionais determinadas pela Medida Provisória No. 931 (2020), foram no sentido de garantir às sociedades anônimas (artigo 1o.), às sociedades limitadas (artigo 4o.) e às sociedades cooperativas (artigo 5o.) a prorrogação dos prazos para

a realização das suas respectivas assembleias gerais de sócios, ficando estabelecido de forma uníssona a possibilidade de prorrogação do prazo para os primeiros sete meses após, contado do término do seu exercício social. Insta destacar, porém, que com a conversão da referida Medida Provisória No. 931 na Lei No. 14.030 (2020), o prazo excepcionalmente permitido de sete meses foi ampliado, no caso específico das sociedades cooperativas, para nove meses, podendo as cooperativas brasileiras, então, realizar as suas assembleias gerais até o dia 30 de setembro de 2020.

O que chamou a atenção, porém, foi que apesar da autorização excepcional de realização das assembleias nos primeiros nove meses de 2020, tanto a Medida Provisória No. 931 (2020) quanto a Lei No. 14.030 (2020), em seu artigo 8º., estabeleceram o acréscimo do artigo 43-A à Lei No. 5.764/1971, para autorizar o cooperado, para além do período de pandemia, a “participar e votar a distância em reunião ou assembleia, do regulamento do órgão competente do Poder Executivo federal.”

Embora sem maiores reflexões sobre as capacidades tecnológicas para a realização de assembleias gerais virtuais em tão curto espaço de tempo, como pondera Oksandro Gonçalves (2020, p. 219), assim como sem bem considerar os efeitos da participação frente a baixa interação à distância, como explorado por Ricardo Lupion (2020, p. 327), o que se teve de concreto foi uma rápida regulação das assembleias gerais à distância pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI).

Por meio da Instrução Normativa DREI No. 79 (2020), logo incorporada pela Instrução Normativa DREI No. 81 (2020), o referido departamento regulamentou a participação e a votação a distância em

reuniões e assembleias autorizadas pela Medida Provisória No. 931 (2020), dispondo que elas poderiam ser semipresenciais (artigo 1o., §1o., inciso I); quer dizer, com a possibilidade de participação dos cooperados tanto presencialmente como à distância, ou; digitais (artigo 1o., §1o., inciso II), assim consideradas quando realizadas sem a existência de um local físico. Além disso, aos mesmos associados restou garantida a possibilidade de registro de votos de forma antecipada por meio de boletins de voto (artigo 1o., §2o.); para tanto, ressaltou, a iniciativa deveria garantir para todos os associados o exercício dos direitos sociais postos.

Como se percebe, então, a pandemia não apenas relativizou os prazos para a realização das assembleias gerais como inaugurou também para o Direito Cooperativo brasileiro a perene possibilidade do seu processo de virtualização, antecipando abruptamente um processo de digitalização dos eventos assembleares. Entretanto, tal processo de digitalização não representa a necessária transformação digital a ser enfrentada pelas assembleias gerais. Estas precisam ser pensadas e estruturadas não a partir da lógica de simples reprodução digital das já teatralizadas assembleias gerais presenciais, mas sim como um novo paradigma de participação e interação entre os sócios no bojo da sociedade informacional de hoje.

#### **IV. MOTIVOS PARA SOLUÇÕES DISTINTAS EM UM MESMO PROBLEMA:**

Um passo adiante

Não obstante a abordagem funcionalista, de cunho positivista, na comparação entre as legislações portuguesa e brasileira quanto à realização das assembleias gerais virtuais em cooperativas, nos termos adrede

propostos, há que se admitir as reflexões de Pierre Legrand (2018, p. 71) no sentido de que para os positivistas, “o Direito ‘posto’ é ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada da pesquisa comparativa, ao passo que para o culturalista, o Direito ‘posto’ nunca pode significar algo além de um ponto de partida e certamente não será um ponto de chegada.” Em assim sendo, a dogmática positivista extrai a norma jurídica do próprio texto da lei, literalmente; por sua vez, a culturalista extrai a mesma norma do contexto da lei.

Noutros termos, esclarece Pierre Legrand (2018, p. 72), admitir uma postura culturalista significa perseguir o que o direito “posto” omite, afinal, para “o culturalista, cada texto contém vestígios culturais que cabe a ele revelar, trazer à luz, elucidar, a fim de situá-lo em sua autenticidade (...). Assim, esse texto legislativo contém vestígios políticos, sociais, econômicos, históricos e outros” (Pierre Legrand, 2018, p. 72), podendo as comparações tornarem-se expressivas tão somente se compreendidas em um contexto que considere os pontos de vista do qual esses textos legais emanam (Pierre Legrand, 2014).

Este pensamento em muito se alinha a importantes doutrinadores de Direito Comparado, como James Gordley (2006, p. 1074 y 1075), que, ao comparar a proteção da privacidade na Europa e nos Estados Unidos, por exemplo, alertou que embora na maioria das vezes os problemas de análise sejam os mesmos, para o comparatista as respostas não serão necessariamente as mesmas. Isso indica, na visão do autor, que a análise da lei estrangeira é, acima de tudo, uma forma de aprendizagem sobre as diferentes culturas jurídicas que, por vezes, sequer permitem uma

comparação, como ocorre entre a *common law* estadunidense e o direito civil francês e alemão.

Sobre tema semelhante e neste mesmo sentido de uma análise culturalista, James Whitman (2004, p. 1219 y 1220) considerou que analisar comparativamente as leis de privacidade não pode criar um produto lógico e de realidades compartilhadas em todas as sociedades, pois, afinal, tais fenômenos são distintamente reconhecidos a partir de ideais e ansiedades locais que não permitem um verdadeiro universal, mas sim perscrutar quais valores fundamentais estão em jogo.

É, portanto, a partir da provocação de Pierre Legrand (2018, p. 74) que o presente artigo busca dar um passo adiante, quer dizer, identificar e compreender as razões que levaram Portugal e Brasil a adotarem as medidas analisadas, ou como indica o autor, superar o explícito, descobrir aquilo que não está escrito no texto. Para isso, desvelar as características do movimento cooperativo de cada país e identificar possíveis nuances políticas e da cultura cooperativista que envolveram as demandas pelas leis promulgadas e as soluções por estas apresentadas, poderão compor um quadro de aprendizado e compreensão das distintas visões legais que cada cultura jurídica dá às suas cooperativas.

Em assim sendo, o primeiro aspecto a ser enfrentado é compreender o desenvolvimento legal do movimento cooperativo em Portugal e no Brasil, questão estruturante do Direito Cooperativo em ambos os países. A importância da comparação entre essas distintas histórias e a culturas jurídico-cooperativas está no fato de que embora ambos os países expressamente reconheçam e estimulem o cooperativismo em seus textos constitucionais, suas origens possuem distintas raízes que interferem

diretamente na forma como hoje as entidades de representação do movimento cooperativo em Portugal e no Brasil atuam junto ao Estado na proposição das suas demandas – e no caso das legislações sobre as assembleias virtuais isso não foi diferente, conforme será mostrado a seguir.

Rui Namorado (2013, pp. 635 y 636) pontua que a primeira lei cooperativa portuguesa tem origem em 1867, a qual surgiu não como uma iniciativa isolada, mas sim a partir da difusão de uma ideia de liberdade associativa ocorrida em Portugal após a intensificação de movimentos operários organizados em associações na década de 1850 (Rui Namorado, 2000, p. 37).

Somado a isso, a discussão do seu texto expressamente reconhecia o desenvolvimento das cooperativas na Europa, reportando-se o seu projeto à *The Industrial and Provident Societies Act*,<sup>6</sup> de 1852, e as leis prussiana e francesa (Rui Namorado, 2000, p. 41). Assim, embora o autor reconheça que a lei de 1867 não tenha surgido pela sedimentação jurídica de uma prática anterior, mas sim consequência de iniciativas políticas —embora Portugal já tivesse iniciativas cooperativas—, o fato é que o seu ânimo assumiu o “enraizamento nos grandes problemas sociais da época, a confiança na força da associação e o vigor com que se exalta o princípio cooperativo emergente” (Rui Namorado, 2000, p. 42).

Na mesma linha, Sérvulo Correia (1970, p. 60) destaca que, ao contrário do que aconteceu na Grã-Bretanha, em que a cooperação foi uma “criação popular espontânea, não de todo alheia à influência do pensamento de alguns intelectuais”, na experiência portuguesa “a cooperação recebeu (...) o seu primeiro impulso dos meios possidentes e cultos.” De fato, mais do que o resultado de uma aspiração social que

reclamasse uma lei dedicada ao enquadramento das cooperativas, a Lei de 2 de julho de 1867 radica na vontade política de dotar a ordem jurídica portuguesa de um instrumento de cooperação à disposição das “classes laboriosas” que pudesse, por um lado, minorar as graves condições de vida por elas experimentadas e, por outro, contribuísse para pacificar ou minorar as reivindicações operárias.<sup>7</sup>

Em 1888, as cooperativas passam a ser regidas pelo Código Comercial de Veiga Beirão, que trata as sociedades cooperativas como sociedades de direito especial e *retira-lhes a autonomia formal*, integrando-as no Livro II, Título II, o capítulo V do Código, intitulado “Disposições especiais às sociedades cooperativas” (arts. 207 a 233.) (Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, 2017).

Segundo Rui Namorado (2000, p. 46), esta incorporação das cooperativas no Código Comercial português de 1888 acontece porque embora a difusão de cooperativas na década de 1870 tivesse provocado um “surto de desenvolvimento cooperativo” ante a criação do Partido Socialista e a presença em Portugal da Associação Internacional de Trabalhadores, por exemplo, fortes entre 1867 e 1888, o desenvolvimento de uma pequena burguesia autóctone fez com que as cooperativas fossem entendidas para além do associativismo operário.<sup>8</sup> Resultado disso foi uma regulação que não negou os preceitos cooperativos de 1867, mas os tornaram mais burocráticos.

Em 1935, Raul Barbosa Tamagnini (1935, p. 6 e 21) manifesta a aspiração de que seja publicado em Portugal um Código Cooperativo. Mais tarde, António Sérgio (1956) manifesta a preocupação pela necessidade de ser em Portugal publicado o Código Cooperativo, “com

cláusulas definidoras dos direitos e deveres das cooperativas e dos auxílios que lhes prestaria o Estado”.

Tal aspiração só aconteceria após a Revolução de abril de 1974, mais especificamente em 1980, com o Decreto-Lei No. 454/80, de 9 de outubro, que aprovou o Código Cooperativo. Iniciou-se então uma nova etapa legislativa em que o regime das cooperativas foi formalmente autonomizado da disciplina jurídico-societária. As cooperativas deixam de ser consideradas sociedades de direito especial. Esta autonomia formal mantém-se no Código Cooperativo de 1996 e no Código Cooperativo (CCoop) em vigor, aprovado pela Lei No. 119 (2015).

Um outro marco relevantíssimo na história do cooperativismo português e que muito contribuiu para a consolidação da identidade cooperativa em Portugal tem a ver com o acolhimento jurídico-constitucional das cooperativas. Este acolhimento aconteceu desde logo na versão de 1976 da “Constituição da República Portuguesa” (doravante CRP), consolidando-se nas revisões constitucionais de 1989 e de 1997. Assim, em Portugal, aprofundou Rui Namorado (2005, p. 81), as cooperativas são objeto de um tratamento jurídico autônomo por parte da CRP, que as protege através de um conjunto de princípios, como o princípio da coexistência dos três setores (público, privado e cooperativo e social), o princípio da liberdade de iniciativa cooperativa, o princípio da proteção do setor cooperativo e social, o princípio da obrigação do Estado estimular e apoiar a criação de cooperativas, o princípio da conformidade com os princípios cooperativos da ACI.

O Princípio da coexistência dos três setores, consagrado no artigo 82., é considerado um dos preceitos-chave da “constituição econômica”

configurada na CRP. Esta norma garante a coexistência de três setores económicos —o setor público, o setor privado, e o setor cooperativo e social—, no mesmo plano e com a mesma dignidade constitucional, enquanto estruturas necessárias de um modelo económico consagrado constitucionalmente e que podemos caracterizar como sendo de uma economia social de mercado. Nos termos do no. 4 do artigo 82. da CRP, o setor cooperativo e social reparte-se por quatro subsectores, que correspondem a duas vertentes: a cooperativa (que engloba o subsector cooperativo) e a social (que abrange os subsectores autogestionário, o comunitário e o solidário).

O Princípio da Proteção do setor cooperativo e social fundamenta quer as discriminações positivas deste setor relativamente aos restantes quer a previsão de medidas materiais que permitam o seu desenvolvimento. Na decorrência deste princípio, o artigo 85. afirma, no seu No. 1, que “o Estado estimula e apoia a criação e a atividade de cooperativas” e, no seu No. 2, garante que “a lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico”. O “estímulo” decorrerá, sobretudo, de medidas de natureza legislativa que suscitem o interesse pelo exercício da atividade cooperativa, enquanto o “apoio” decorrerá, essencialmente, de medidas de natureza administrativa que visem, em concreto, facilitar esse mesmo exercício (Rui Namorado, 2010).

Por sua vez, o artigo 61., No. 2, da CRP dispõe que “a todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos”. Na mesma linha, o art. 82., No. 4, al. a), da CRP consagra que o subsector cooperativo “abrange os meios de

produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos”.

A CRP não identifica os princípios cooperativos, sendo feita uma remissão expressa para os princípios definidos pela *ACI e que estão descritos no artigo 3o. do Código Cooperativo português*: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade.

Segundo Rui Namorado (1999, p. 20) esta posição adotada na CRP pôs à mercê das decisões da *ACI* a conformação do setor cooperativo português, pelo que quando a *ACI* alterar os princípios será a nova opção que passará a vigorar na ordem jurídica portuguesa. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 793) “As ‘cooperativas’ que não respeitem estes princípios cooperativos não são verdadeiras cooperativas no sentido constitucional, não podendo gozar, portanto, das respetivas garantias”.

No plano da legislação ordinária, o Código Cooperativo (2015) associa a noção de cooperativa (art. 2o. do CCoop) à necessária obediência aos princípios cooperativos. Assim, nos termos do No. 1 do art. 2o. do Código Cooperativo, serão cooperativas as “pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles”.

Outro ponto que merece destaque na evolução histórica e cultural do cooperativismo português é a harmoniosa compreensão das cooperativas como empreendimento social. Com as revisões constitucionais de 1989 e 1997, somado ao desenvolvimento e reconhecimento da economia social no ambiente comum Europeu, o Governo português criou, com o Decreto-Lei No. 282/2009, a Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES), “cooperativa de interesse público que congrega o Estado e diversas organizações de economia social.”

Neste sentido, o regime jurídico das cooperativas de interesse público (ou *régies* cooperativas) consta de um diploma próprio, o Decreto-Lei No. 31 /84, de 21 de janeiro.<sup>9</sup> O No. 1 do artigo 1o. deste diploma define as cooperativas de interesse público como pessoas coletivas, nas quais, para a prossecução dos seus fins, se associam o Estado ou outras pessoas coletivas de direito público e cooperativas ou utentes dos bens e serviços produzidos ou pessoas coletivas de direito privado, sem fins lucrativos.

No caso de Portugal, a CASES assumiu-se como uma peça central de um sistema de relações entre o Estado e as cooperativas, desenvolvendo importantes funções de supervisão do setor cooperativo em Portugal. Assim, tendo em conta o disposto nos artigos 115. a 118. do Código Cooperativo, compete à CASES fiscalizar, nos termos da lei, a utilização da forma cooperativa, com respeito pelos princípios cooperativos, e normas relativas à sua constituição e funcionamento. Para o efeito, as cooperativas estão obrigadas a remeter à CASES cópia dos atos de constituição e de alteração dos estatutos, dos relatórios anuais de gestão, dos documentos anuais de prestação de contas e do balanço social.

O apoio técnico e financeiro às cooperativas por parte das entidades públicas, decorrente do princípio da discriminação positiva consagrado constitucionalmente, está dependente de uma credencial, comprovativa da legal constituição e regular funcionamento das cooperativas, emitida pela CASES. No exercício das suas competências de supervisão do setor cooperativo, a CASES deve requerer, através do Ministério Público, junto do tribunal competente, a dissolução das cooperativas que não respeitem, no seu funcionamento, os princípios cooperativos, que utilizem sistematicamente meios ilícitos para a prossecução do seu objeto e que recorram à forma de cooperativa para alcançar indevidamente benefícios fiscais (Deolinda Meira, 2016). No entanto, estes mecanismos de supervisão não poderão pôr em causa a autonomia das cooperativas face ao Estado. Do princípio cooperativo da autonomia e independência decorre que as relações das cooperativas com o Estado não podem conduzir à sua instrumentalização. Em suma, em Portugal o Estado deve estimular o setor cooperativo e, nessa decorrência, apoiá-lo e supervisioná-lo, mas não o poderá tutelar (Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, 2019).

Como se pode concluir, portanto, o Direito Cooperativo português é marcado por um histórico reconhecimento associativo da sua atividade, a qual culmina com o reconhecimento constitucional do setor cooperativo — em harmonia com os setores social e solidário— pelo Estado. Além disso, sua vinculação a um Código Cooperativo que vige com pontuais mudanças desde 1980, faz com que a sua natureza jurídica própria seja histórica e reconhecidamente distinta das demais sociedades comerciais, admitindo a aplicação subsidiária destas em tópicos específicos, como no caso das assembleias virtuais por meios telemáticos, objeto deste estudo.

Talvez por essas razões foi que com a declaração da Covid-19 como Pandemia pela OMS, já no Decreto-Lei No. 10-A (publicado dois dias depois), o seu artigo 18 previu, como visto, a imediata prorrogação para realização das assembleias gerais para o dia 30 de junho daquele ano. Além disso, a já prevista possibilidade de realização de assembleias gerais por meios telemáticos pela Lei das Sociedades Comerciais, aplicáveis subsidiariamente às cooperativas, não trouxe dificuldades legais já para pensar a realização das assembleias virtuais.

Demonstração disso foi que no mesmo dia 13 de março de 2020, a CASES (2020) limitou-se a expedir um comunicado às cooperativas sobre o referido Decreto-Lei, dando imediata ênfase à possibilidade de realização das assembleias gerais virtuais “desde que a cooperativa assegure a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações e proceda ao registo do seu conteúdo e dos respetivos intervenientes.” Ademais, alertou, a segurança e a confidencialidade do voto, esta quando necessária, eram condição para realização dessas assembleias por meios telemáticos, assegurando o princípio cooperativo da gestão democrática.

Esta mesma aparente tranquilidade de Portugal —tanto em relação à resposta legal sobre a realização das assembleias gerais na pandemia quanto pela postura meramente informativa do seu órgão de representação cooperativo—, não foi a realidade enfrentada pelo movimento e pelo Direito Cooperativo brasileiros. Como em tantas outras demandas do setor, o que ocorreu no Brasil foi uma batalha política do seu movimento cooperativo organizado para permitir a realização das assembleias gerais virtuais ainda em 2020.

Isso porque, como ora tratado, a primeira medida a dispor sobre a prorrogação das assembleias gerais de 2020, foi editada tão somente no dia 31 de março daquele ano, por meio da Medida Provisória No. 931. Todavia, entre o reconhecimento da Covid-19 como pandemia mundial e as medidas tomadas pela Presidência da República, o movimento cooperativo brasileiro foi tomado por uma absoluta insegurança jurídica, mitigada pelas iniciativas do seu órgão de representação no Brasil, a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB).

Por meio de constantes audiências com órgãos públicos do país e comunicações com o setor cooperativo, tratou a OCB de organizar as demandas das cooperativas e comunicar à sua comunidade o andamento de suas medidas políticas, afinal, pelos termos do artigo 105 da Lei No. 5.764 (1971), cabe à entidade a representação e a organização das cooperativas brasileiras, sendo reconhecida como “órgão técnico-consultivo do Governo.”

Dentre as medidas tomadas em relação às assembleias gerais, com o apoio da Frente Parlamentar do Cooperativismo (FRENCOOOP),<sup>10</sup> a OCB (2020) “sugeriu a adoção de medida normativa para postergar os prazos de realização das AGOs, bem como o envio de informações originadas nestes atos, evitando possíveis sanções por eventual descumprimento do prazo.” E como mostra o mesmo documento, no dia 30 de março de 2020, “o pleito da OCB foi acatado, através da edição de Medida Provisória 931/2020”, ou seja, a norma que autorizou tanto a prorrogação das assembleias gerais como a sua realização virtual, foi resultado da ação política da OCB, deputados federais e senadores junto à Presidência da República.

Insta acrescentar que essa mesma ação política se manteve ativa para a conversão da Medida Provisória na Lei No. 14.030/2020. Segundo reconheceu a própria OCB (2020a), quando da promulgação da lei, “[d]epois de forte atuação da OCB e da Frencoop no Congresso Nacional, a matéria foi votada e encaminhada para a sanção presidencial”, acrescentando que essa “forte atuação” foi fundamental para alterar junto ao deputado relator do projeto a ideia inicial de permitir as assembleias gerais virtuais apenas durante a pandemia. Disse a entidade (OCB, 2020b): “[a]pós reunião com a OCB, o deputado decidiu mudar seu relatório que, inicialmente, autorizava as assembleias virtuais apenas durante a pandemia. Agora, com a alteração na Lei 5.764/71 fica permitida a participação e votação virtual de forma permanente.”

Como se percebe, portanto, a possibilidade de realização das assembleias gerais virtuais de forma permanente no Brasil não decorreu de uma anterior reflexão do movimento cooperativo sobre a transformação digital vivida pela atual sociedade, mas foi resultado de uma efetiva ação institucional que compreendeu os desafios impostos pela pandemia para, de maneira eficaz, exercer uma ação política integrada no estrito interesse de suas representadas. Demonstração disso, diga-se, foi o fato da atuação política da OCB para a promulgação da Lei No. 14.030/2020, ficar restrita às sociedades cooperativas, não abrangendo outras organizações da economia social.<sup>11</sup>

Esta realidade vivida pela OCB para acrescer à Lei No. 5.764/1971, a permanente possibilidade de realização das assembleias virtuais, muito revela sobre a história e a cultura jurídica da evolução do Direito Cooperativo brasileiro em relação à evolução do cooperativismo em si. Isso

porque embora a história legal das cooperativas brasileiras remonte ao século XIX, como em Portugal, sua evolução normativa demonstra uma recorrente dificuldade do Estado brasileiro em bem compreender os aspectos próprios das sociedades cooperativas. Prova disso, diz Adriano Campos Alves (2013, p. 272), é que até os dias atuais um dos entraves ao desenvolvimento do cooperativismo no Brasil é a falta de compreensão dos seus Governos sobre o propósito mutualístico de uma cooperativa, condição que limita o desenvolvimento legal do cooperativismo às iniciativas políticas organizadas do movimento cooperativo.

Observando especificamente seus aspectos históricos, a primeira iniciativa normativa relacionada a uma sociedade cooperativa no Brasil remonta de 1890. Criada por iniciativa do Marechal Deodoro da Fonseca, então presidente da República, o Decreto No. 796 (1890) não possuía qualquer vinculação ao surgimento das cooperativas Europeias, mas sim e tão somente autorizava a criação de uma sociedade cooperativa, sob a forma de sociedade anônima, destinada à prover aos sócios melhores artigos de uso militar ou civil pelos menores preços, além de permitir concessões de créditos a militares a juro módicos.

E como explicitam José Eduardo de Miranda e Leonardo Rafael de Souza (2019, p. 124), o Decreto No. 796/1890, tão somente inaugura o surgimento de legislações cooperativas que não compreendem a cooperativa como um fato social e solidário, formada essencialmente por pessoas. Foi assim que ocorreu com o Decreto No. 979/1903 e o Decreto No. 1.637/1907, os quais, respectivamente, compreenderam as cooperativas como vinculadas aos movimentos sindicais ou a definiram como sociedades anônimas, em nome coletivo ou em comandita,

qualificações societárias também aplicáveis às cooperativas de crédito pelo Decreto No. 17.339/1926.

A compreensão das sociedades cooperativas como sociedades de pessoas, portanto distinta das sociedades de capital, respeitando a singularidade do voto e a distribuição proporcional dos resultados, vai ocorrer apenas 43 anos depois, com a promulgação do Decreto No. 22.239/1932, o qual também pela primeira vez se aproxima dos preceitos cooperativos da *ACI* (José Eduardo de Miranda e Leonardo Rafael de Souza, 2019, p. 125). Entretanto, já na década de 1930, a crítica de Luis Amaral (1938, p. 107) é contundente ao afirmar que o desenvolvimento do cooperativismo brasileiro incorre “sempre com o mesmo erro: dando favores pecuniários para o fomento do Cooperativismo, em vez de procurar esse fomento por meio da boa assistência.” Consequência disso, do ponto de vista legal, acrescenta Luis Amaral (1938, p. 112), é que “o Cooperativismo no Brasil não póde ser fomentado a golpes de leis. É de mister promover-se a educação cooperativista, mostrar como é facil a pratica do systema, assistir directamente o povo.”

Em outros termos, o que a histórica crítica de Luis Amaral revela é que o desenvolvimento legal do cooperativismo brasileiro do início do século XX é mais resultado das ações políticas e assistencialistas do Estado do que fruto do agir cooperativo. Além disso, importante notar que as mais importantes legislações específicas destinadas às cooperativas desde 1932, até a redemocratização consolidada pela Constituição Federal de 1988, ocorreram vinculadas a momentos políticos autoritários, os quais apesar de manterem os aspectos particulares próprios das sociedades cooperativas — fruto dos esforços de alguns doutrinadores e idealistas como Walmor

Franke e Waldírio Bulgarelli—, revelaram um acentuado controle do Estado para o cumprimento de políticas públicas para além do real interesse dos sócios (José Eduardo de Miranda e Leonardo Rafael de Souza, 2019, pp. 125 y 126).

Exemplo dessa realidade jurídico-cultural do cooperativismo brasileiro é a própria Lei No. 5.764 (1971) que, não obstante ainda estar em vigência e por ser uma legislação doutrinariamente moderna, incorpora os preceitos fundamentais do movimento cooperativo – como ocorre, por exemplo, com a integral admissão dos então princípios cooperativos da *ACI* pelo seu artigo 4o. –, foi promulgada sob o regime da Ditadura Militar instalada em 1964, perpetuando-se “uma casuística forma de controle e fiscalização da ação coletiva historicamente praticada pelas sociedades cooperativas (José Eduardo de Miranda e Leonardo Rafael de Souza, 2019, p. 126).” Esta crítica, acrescente-se, não apenas foi objeto de ponderação quando da sua promulgação (Carlos Marques Pinho, 1973, p. 124), como também tem origem nas históricas divergências doutrinárias do cooperativismo e da economia social no Brasil (José Antônio Peres Gediel e Lawrence Estivalet de Mello, 2016, p. 201).

Não obstante isso, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, quase cem anos depois da primeira legislação, que o cooperativismo finalmente passou a exercer sua atividade com liberdade e estímulo do Estado (artigo 174, §2o.), o qual agora consolida as cooperativas como modelo de negócio capaz de equalizar as grandes distorções socioeconômicas do país (José Eduardo de Miranda e Leonardo Rafael de Souza, 2019, p. 127). Contudo, o que estou enraizado na cultura jurídica do Direito Cooperativo e do próprio cooperativismo brasileiro foi a

sua relação de interdependência com o Estado, traduzida na constante busca de reconhecimento legal de suas demandas. E com a busca de autorização para a realização das assembleias gerais virtual o caminho não foi diferente: agiu-se de modo eficaz à situação da Pandemia, contudo, de forma reativa e sem maiores reflexões sobre como será a transformação digital das assembleias a partir de agora.

## **V. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora os desafios impostos pela Pandemia de Covid-19 tenham sido contemporâneos e similares em todo o globo, especialmente diante das medidas de isolamento e distanciamento social indicados pela ciência e pela OMS, diversas posturas nacionais foram determinantes para os dessemelhantes índices de contaminações e mortes. No caso específico de Portugal e do Brasil, as diametralmente opostas condutas praticadas em cada país tiveram como consequência também soluções legais distintas em seus ordenamentos jurídicos, as quais influenciaram a conduta de cada sociedade e, aqui analisado, às cooperativas.

Em Portugal, os poderes constituídos admitiram um discurso uníssono de combate à pandemia, a partir das premissas científicas então existentes, as quais quase que imediatamente culminaram num plexo normativo que, entre outras respostas, garantiu às cooperativas a imediata prorrogação das suas assembleias gerais e ratificou a possibilidade da realização destas mesmas de forma virtual ante a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Comerciais ao Código Cooperativo. Já no Brasil, o que se viu foi um intenso conflito de discursos e normas que deram azo à judicialização das ações públicas de combate à Covid-19. Às cooperativas, organizadas em sua entidade de representação, restou a ação política,

revelando mais uma vez uma cultura jurídico-cooperativa de interdependência com Estado, típico da história legal do Direito Cooperativo brasileiro.

Ao realizar este estudo comparativo desses ordenamentos jurídicos, desde uma visão funcionalista, ou seja, dos aspectos estritamente dogmático-positivos da norma em busca de compreensões comuns, percebeu-se que tanto em Portugal quanto no Brasil, a pandemia foi capaz de ratificar e produzir normas eficientes que hoje permitem a realização de assembleias gerais virtuais com aderência ao princípio cooperativo da gestão democrática. Entretanto, o que uma análise comparada, a partir da perspectiva culturalista de Pierre Legrand, demonstrou foi que não obstante a aparente harmonia de resultados, estes foram alcançados de formas muito distintas. Enquanto no Brasil mais uma vez a interdependência do movimento cooperativo com o Estado mostrou-se latente, em Portugal a consciência social quanto à importância do setor cooperativo e da economia social trouxeram uma resposta legal rápida, precisa e factual, aparentemente sem influência política do movimento cooperativo português.

Em conclusão, foi possível identificar que, de fato – e como indica Pierre Legrand –, a perseguição ao que os direitos postos em ambos os países “omitem” revelou vestígios jurídico-culturais próprios de cada movimento cooperativo, auxiliando, assim, a revelar o Direito Cooperativo de cada país em sua autenticidade.

## **VI. BIBLIOGRAFIA**

AFP (2020) *Global virus cases near a million as Spain, Britain see record deaths*, disponível em: <https://www.afp.com/en/news/15/global-virus-cases-near-million-spain-britain-see-record->

- Alianza Cooperativa Internacional (2016). *Notas de orientación para los principios cooperativos*. Bruselas: ACI, disponible en: <https://www.ica.coop/es/medios/biblioteca/research-and-reviews/notas-orientacion-principios-cooperativos>.
- ALVES, A. C., (2013), Brazil. In: Cracogna, D.; Fici, A. e Henry, H. (Org.). *International Handbook of Cooperative Law*. Berlin: Springer.
- AMARAL, L., (1938), *Tratado Brasileiro de Cooperativismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BULGARELLI, W., (1973), A nova legislação cooperativista brasileira. In: Utumi, A. *et al.*, *A problemática cooperativista no desenvolvimento econômico*. São Paulo: Artegráfica.
- CANOTILHO, G., e MOREIRA, V., (2007), *Constituição da República Portuguesa anotada, vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CASES (2020), *Comunicado às cooperativas sobre a realização de assembleias gerais*, disponível em: <http://confc.coop/wp-content/uploads/2020/05/infocoop.pdf>.
- COGLIANESE, C., e MAHBOUBI, N. A., (2021), Administrative Law in a Time of Crisis: Comparing National Responses to COVID-19. *Administrative Law Review*, v. 73, p. 1, disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2300](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2300).
- CORREIA, S., (1970), O sector cooperativo português. Ensaio de uma análise de conjunto, *Boletim do Ministério da Justiça*, No. 169.
- CRACOGNA, D., (2019), Derecho Cooperativo e Identidad Cooperativa: una visión latinoamericana, in: Miranda, J. E., Souza, L. R., e Gadea, E., (Org.) *Direito Cooperativo e Identidade Cooperativa*. Curitiba: Brazil Publishing.
- Decreto No. 796, de 2 de outubro de 1890, (Brasil), Concede autorização ao capitão-tenente Carlos Vidal de Oliveira Freitas e outros para organizarem uma sociedade anónima sob a denominação de Sociedade Cooperativa Militar do Brasil, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-796-2-outubro-1890-504016-publicacaooriginal-1-pe.html>.
- Decreto No. 10.282, de 20 de março de 2020, (Brasil), Regulamenta a Lei No. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm).
- Decreto-Lei No. 10-A, de 13 de março de 2020, (Portugal), Estabelece medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus - COVID 19, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/130243053/details/maximized>.

- Decreto-Lei No. 24-A, de 29 de maio de 2020 (Portugal). Altera as medidas excepcionais e temporárias relativas à pandemia da doença COVID-19, disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/24-A/2020/05/29/p/dre>.
- Decreto-Lei No. 22-A, de 17 de março de 2021 (Portugal), Prorroga prazos e estabelece medidas excepcionais e temporárias no âmbito da pandemia da doença COVID-19, disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/159707317>.
- DOMINGUES, P. T., (2020), A Covid-19 e a (re)descoberta do regime relativo ao uso de meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, vol. I/II, p. 275-305, disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131424/paulo-de-tarso-domingues.pdf>.
- Instrução Normativa DREI No. 79, de 14 de abril de 2020, (Brasil), Dispõe sobre a participação e votação a distância em reuniões e assembleias de sociedades anônimas fechadas, limitadas e cooperativas, disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-drei-n-79-de-14-de-abril-de-2020-252498337>.
- Folha de São Paulo, (2020), *Exemplo europeu, Portugal sofre pressão para relaxar isolamento*, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/exemplo-europeu-portugal-sofre-pressao-para-relaxar-isolamento.shtml>.
- GEDIEL, J. A. P., e MELLO, L. E. de, (2016), Paradoxos da autonomia precária: legislação cooperativista e trabalho. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 61, No. 1, p. 193-218. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v61i1.44863>.
- GLANERT, S., (2012), Method? In: Monateri, P. G., (Ed.), *Methods of comparative law*. Edward Elgar Publishing.
- GOMES, J., CARVALHO, E., e BARBOSA, L. F., (2020), Políticas públicas de saúde e lealdade federativa: STF afirma protagonismo dos governadores no enfrentamento à covid-19, *Revista Direito Público*, v. 17, No. 94, disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>.
- GONÇALVES, O., (2020), Os impactos da tecnologia sobre o direito societário: reuniões e assembleias digitais. In: Lupion, R., e Araújo, F., (Org.), *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo*. Porto Alegre: Fi.
- GORDLEY, J., (2006), When Is the Use of Foreign Law Possible? A Hard Case: The Protection of Privacy in Europe and the United States. *Louisiana Law Review*, vol. 67.
- HENRÿ, H., (2012), *Guidelines for cooperative legislation*. 3. ed., Geneva: ILO.

- LEGRAND, P., (1988), Beyond method: comparative law as a perspective. *American Journal of Comparative Law*, vol. 36.
- LEGRAND, P., (2014), A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS*, vol. 9, núm. 1.
- LEGRAND, P., (2018), *Como ler o Direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente.
- Lei No. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, (Brasil), Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm).
- Lei No. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, (Brasil), Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm).
- Lei No. 14.030, de 28 de julho de 2020 (Brasil). Dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020; altera as Leis No. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); e dá outras providências, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14030.htm).
- Lei No. 119, de 31 de agosto de 2015, (Portugal), Aprova o Código Cooperativo e revoga a Lei No. 51/96, de 7 de setembro, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?cid=107981176>.
- Lei No. 1-A, de 19 de março de 2020, (Portugal), Medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/130473088/details/maximized>.
- LUPION, R., (2020), Assembleias Gerais Digitais: regulação, desafios e oportunidades. In: Lupion, R., e Araújo, F. (Org.) *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo*. Porto Alegre: Fi.
- Medida Provisória No. 926, de 20 de março de 2020 (Brasil). Altera a Lei No. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm).
- Medida Provisória No. 931, de 30 de março de 2020, (Brasil), Altera a Lei No. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei No. 5.764, de 16 de dezembro de 1971,

e a Lei No. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e dá outras providências, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv931.htm).

MEDINA, J., e MEDINA, J. M., (2020), Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro: bases constitucionais para a solução de conflitos relacionados à Pandemia (covid-19, coronavírus): breves considerações. *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/176430>.

MEIRA, D. (2011) O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal. *Cooperativismo e economia social*, núm. 33, disponível em: [https://www.cases.pt/wp-content/uploads/O\\_quadro\\_juridico-constitucional\\_do\\_coop\\_em\\_Portugal\\_Deolinda\\_APARICIO\\_MEIRA.pdf](https://www.cases.pt/wp-content/uploads/O_quadro_juridico-constitucional_do_coop_em_Portugal_Deolinda_APARICIO_MEIRA.pdf).

MEIRA, D., (2016), A fiscalização das cooperativas à luz do novo Código Cooperativo português. *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 28, disponível em: <http://ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/028-008.pdf>.

MEIRA, D., (2018), O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, núm. 53, DOI: <https://doi.org/10.18543/baidc-53-2018pp107-137>.

MEIRA, D., (2021), Cooperatives in transition facing crisis. In: International Cooperative Alliance Committee an Cooperative Research (ICA CCR) Europe Research Conference, July, 2021, Paris. *Proceedings [...]Paris: ICA*.

MEIRA, D., (2021), Digital transition and cooperative law. Some questions about virtual general assemblies. In: International Cooperative Alliance Committee an Cooperative Research (ICA CCR) Europe Research Conference, July, 2021, Paris. *Proceedings [...]Paris: ICA*.

MEIRA, D., e RAMOS, M. E., (2015), Os princípios cooperativos no contexto da reforma do Código Cooperativo português. *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, vol. 27, disponível em: <http://ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/027-011.pdf>.

MEIRA, D., e RAMOS, M. E. (2017). Lei Basilar das Cooperativas. Memórias de uma lei precursora e contraditória, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 77, Lisboa, disponível em: [https://portal.oa.pt/media/130399/deolinda-meira\\_maria-elisabete-ramos\\_roa\\_i\\_ii\\_2017-4.pdf](https://portal.oa.pt/media/130399/deolinda-meira_maria-elisabete-ramos_roa_i_ii_2017-4.pdf)

MEIRA, D., e RAMOS, M. E. (2019). Projeções do princípio da autonomia e da independência na legislação cooperativa portuguesa. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, núm. 55, DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/baidc-57-2020pp71-94>.

- MICHAELS, R., (2019), The Functional Method of Comparative Law. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.001.0001>.
- MIRANDA, J. E., e SOUZA, L. R. de (2019) O papel secundário dos princípios cooperativos no direito brasileiro e seu efeito sobre a autonomia do Direito Cooperativo. In: Miranda, J. E., Souza, L. R., e Gadea, E., (Org.), *Direito Cooperativo e Identidade Cooperativa*. Curitiba: Brazil Publishing.
- NAMORADO, R., (1999), *As Cooperativas. Empresas que não são Associações*. Coimbra: FEUC.
- NAMORADO, R., (2000) *Introdução ao Direito Cooperativo: para uma expressão jurídica da cooperatividade*. Coimbra: Almedina.
- NAMORADO, R., (2001), *Horizonte Cooperativo: política e projecto*. Coimbra: Almedina.
- NAMORADO, R., (2005), *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*. Almedina, Coimbra.
- NAMORADO, R., (2010), *Incidência no sector cooperativo e social dos Projectos de Revisão Constitucional*. Coimbra: FEUC.
- NAMORADO, R., (2013), Portugal. In: Cracogna, D.; Fici, A. e Henry, H. (Org.). *International Handbook of Cooperative Law*. Berlin: Springer.
- OCB, (2020), *Comunicado sobre AGOs de cooperativas. 2a. atualização*, disponível em: [https://srvrepositorio.somoscooperativismo.coop.br/arquivos/gecom/Comunicado\\_cooperativas\\_Coronavirus](https://srvrepositorio.somoscooperativismo.coop.br/arquivos/gecom/Comunicado_cooperativas_Coronavirus)
- OCB, (2020a), *Sancionada lei sobre AGOs digitais*, disponível em: <https://www.ocb.org.br/noticia/22036/sancionada-lei-sobre-agos-digitais>.
- OCB (2020b) *Câmara aprova a realização permanente de assembleias digitais*, disponível em: <https://www.ocb.org.br/noticia/21988/camara-aprova-a-realizacao-permanente-de-assembleias-digitais>.
- PINHO, C. M., (1973), O Estado brasileiro e as cooperativas. In: Utumi, A. *et al. A problemática cooperativista no desenvolvimento econômico*. São Paulo: Artegráfica.
- ROBERTS, D., ROSSMAN, J., and JARIĆ, I., (2021), Dating first cases of COVID-19. *PLoS Pathogens*, vol. 17, núm. 6, p. e1009620. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.ppat.1009620>.
- SANTOS RUTSCHMAN, A., (2020), Portugal's Response to COVID-19. *The Regulatory Review*, Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2020-15, disponível em: <https://scholarship.law.slu.edu/faculty/516/>.

SÉRGIO, A., (1956), *Boletim Cooperativista*, No. 27, out. 1955 a fev. 1956.

TAMAGNINI, R. B., (1930), *Modalidades e aspectos do cooperativismo*. Porto: Casa do Povo Portuense.

TAMAGNINI, R. B., (1935), *Direito Cooperativo*, Porto: Imprensa Nacional.

WHITMAN, J. Q., (2004), The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. *The Yale Law Journal*, núm. 113.

WHO–World Health Organization (2020) *WHO Director-General’s statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)*, disponível em: [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihremergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihremergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

ZWEIGERT, K., and KÖTZ, H., (1996), *An introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press.

---

\* ORCID: [0000-0003-2066-2661](https://orcid.org/0000-0003-2066-2661). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Mestre em Gestão de Cooperativas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil, com extensão em Cooperative Enterprise Law pela University of Helsinki, Finlândia. Integra a Asociación Internacional de Derecho Cooperativo (AIDC) e a IUS Cooperativum Community of Cooperative Lawyers, Luxemburgo. Correo electrónico [leonardo.rafael@pucpr.edu.br](mailto:leonardo.rafael@pucpr.edu.br).

\*\* ORCID: [0000-0002-7015-094X](https://orcid.org/0000-0002-7015-094X). Professora Titular e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Correo electrónico: [cinthia.freitas@pucpr.br](mailto:cinthia.freitas@pucpr.br).

\*\*\* ORCID: [0000-0002-2301-4881](https://orcid.org/0000-0002-2301-4881). Professora Adjunta no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto (ISCAP/PPorto); Doutora em Direito na Universidade de Vigo, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Integra a Asociación Internacional de Derecho Cooperativo (AIDC) e a IUS Cooperativum Community of Cooperative Lawyers, Luxemburgo. Correo electrónico: [meira@iscap.ipp.pt](mailto:meira@iscap.ipp.pt).

**1** Exemplos dessa postura são os decretos dos estados do Paraná (Decreto No. 4.230, de 16 de março de 2020) e de Santa Catarina (Decreto No. 515, de 17 de março), sendo que neste estado restou imposto de imediato o estado de emergência em território catarinense, declarando por consequência regime de quarentena pelo período de sete dias.

**2** Considerando os exemplos de Paraná e Santa Catarina, suas respectivas capitais, por exemplo, Curitiba (Decreto No. 421 e seguintes) e Florianópolis (Decreto No. 21.340 e seguintes) também editaram decretos.

**3** Requisitos postos no artigo 62 da Constituição Federal brasileira para a edição de Medidas Provisórias.

**4** No caso brasileiro há a exceção das cooperativas de crédito, cuja assembleia geral ordinária pode ser realizada nos quatro primeiros meses, conforme disposto no artigo 17 da Lei Complementar No. 130/2009.

**5** Esta aplicação subsidiária, explica a autora, encontra fundamento no artigo 9o. do Código Cooperativo, o qual estabelece que as lacunas do referido Código poderão ser supridas pelo Código das Sociedades Comerciais quando esta não desrespeitar os princípios cooperativos.

**6** É reconhecida como a primeira lei cooperativa que se tem notícia, publicada na Inglaterra apenas 8 anos depois do surgimento da primeira cooperativa moderna: a Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale, em 1844.

**7** Esta ideia de que, em Portugal, a gênese das cooperativas é o resultado do impulso de intelectuais e de uma elite que conhece experiências estrangeiras e as quer transpor para a ordem jurídica portuguesa (no século XX falou-se de “legal transplant”) (Raul Barbosa Tamagnini, 1930, p. 22 y ss.).

**8** Sobre o tema, importante a leitura do autor sobre o Estado Corporativista português, assim como os estudos realizados no Brasil sobre as características do Estado Novo imposto por Getúlio Vargas.

**9** Sobre as especificidades das cooperativas de interesse público: [http://www.cases.pt/0\\_content/actividades/doutrina/cooperativas\\_de\\_interesse\\_publico\\_em\\_portugal.pdf](http://www.cases.pt/0_content/actividades/doutrina/cooperativas_de_interesse_publico_em_portugal.pdf).

**10** No Brasil, é permitido ao Poder Legislativo a criação de “associações de parlamentares de vários partidos para debater sobre determinado tema de interesse da sociedade.” No Congresso Nacional, essas Frentes Parlamentares podem ser compostas por deputados ou mistas, que dizer, por deputados e senadores. A Frente Parlamentar do Cooperativismo (FRESCOOP) é uma frente mista historicamente ligada à OCB, que organiza também as demandas políticas junto ao Congresso Nacional e aos demais poderes da República. Em julho de 2021, a FRESCOOP contava com 261 deputados federais ( ) e 31 senadores ( ), configurando-

se como uma das mais coesas frentes do Congresso Nacional. Para mais informações: <https://www2.camara.leg.br/deputados/frentes-e-grupos-parlamentares>.

**11** As demais expressões da economia social, como as associações, no Brasil foram relegadas à regulação geral do “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”, postos na Lei No. 14.010/2020.