

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 165

Nueva Serie Año LV Número 165 Septiembre-Diciembre 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

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinador de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año LV, número 165, septiembrediciembre 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. Editor responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. 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: Celia Carreón Trujillo
Ricardo Hernández Montes de Oca
Raúl Márquez Romero
Enrique Rodríguez Trujano

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Elaboración y maquetación en HTML: Ignacio Trujillo Guerrero

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Director y editor

Raúl Márquez Romero

Editora asociada

Edith Cuautle Rodríguez

Coordinación editorial

Ricardo Hernández Montes de Oca

Comité Editorial

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

Comité Científico

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

Comité Asesor

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

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

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

Primera edición: 27 de septiembre 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)

Contenido

Artículos

El Convenio de La Haya de 2005 y los acuerdos de elección de foro en las relaciones comerciales entre México y los Estados miembros de la Unión Europea	3
Beatriz CAMPUZANO DÍAZ	
La protección del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico peruano. El caso del esquirolaje tecnológico	33
Javier Hildebrando ESPINOSA ESCOBAR	
Reconocimiento de la identidad no binaria: un desafío al sistema normativo chileno	61
Ximena GAUCHÉ MARCHETTI	
Domingo LOVERA PARMO	
Trabajo remoto y desconexión digital: implementación y regulación en el sector público peruano	93
Rosa Karina GONZALES MEDINA	
Rudy Alder DAGA SARAVIA	
Análisis comparado de la legislación sobre tráfico ilícito de bienes culturales en América Latina y el Caribe.	121
Norma Elizabeth LEVRAND	
Nahir CANTAR	
María Luz ENDERE	
Particularidades aplicables a la prueba y su valoración en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas	167
Hader Guillermo LUNA MORA	
Luis Orlando TORO GARZÓN	

Derecho ambiental y derecho animal. Semejanzas y diferencias . . .	199
César NAVA ESCUDERO	
Reflexiones sobre la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres (maternidad subrogada).	231
Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA	
El desvanecimiento de la política de asilo de la Unión Europea . . .	255
María Dolores REQUENA DE TORRE	
Evaluación del grado de adopción de los principios cooperativos en la legislación mexicana.	285
Juan José ROJAS HERRERA	
Las reclamaciones de los pasajeros de avión en el ámbito de la Unión Europea: ¿un agujero negro en la protección del consumidor? Un análisis en clave de competencia judicial internacional. . .	315
Juan M. VELÁZQUEZ GARDETA	

ARTÍCULOS

El Convenio de La Haya de 2005 y los acuerdos de elección de foro en las relaciones comerciales entre México y los Estados miembros de la Unión Europea¹

The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements In the Trade Relations Between Mexico and the Member States of the European Union

Beatriz CAMPUZANO DÍAZ

 <https://orcid.org/0000-0001-9737-5316>

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado.

Correo electrónico: bcampuza@us.es

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre las ventajas de los acuerdos de elección de foro en el comercio internacional, a propósito del Convenio de La Haya del 30 de junio de 2005. Desde un punto de vista metodológico, el estudio adopta la perspectiva de los países de la Unión Europea, que disponen de varios instrumentos internacionales para regular los acuerdos de elección de foro, para reflexionar después más ampliamente sobre el Convenio de La Haya, aplicable en las relaciones con países ajenos a este espacio de integración, como es el caso de México. En relación con el Convenio se analizan sus aspectos clave, poniendo de manifiesto las ventajas que de ellos derivan en términos de seguridad y previsibilidad jurídica. El análisis se acompaña de reflexiones sobre la influencia que en su aplicación puede tener el Reglamento 1215/2012, con especial atención a la forma de los acuerdos de elección de foro. El resultado es poner en valor un convenio internacional, que hasta la fecha está teniendo escasa trascendencia práctica, así como advertir de la interpretación que pueden realizar del mismo los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea. Se trata de un trabajo original, pues no existen estudios previos del Convenio de La Haya de 2005 que concreten la interpretación que puede hacerse del mismo por influencia de otros instrumentos internacionales. En las conclusiones se resaltan las principales aportaciones del trabajo, las cuales contribuirán a un mejor conocimiento del Convenio.

Palabras clave: relaciones comerciales, acuerdos de elección de foro, Convenio de La Haya 2005, Reglamento 1215/2012.

¹ Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto I+D+i, Ref. PID2020-113444RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

ABSTRACT: the purpose of this paper is to reflect on the advantages of choice of court agreements in international trade, with regard to The Hague Convention of 30 June 2005. From a methodological point of view, the study adopts the perspective of the countries of the European Union, which have several international instruments to regulate choice of court agreements, and then reflects more broadly on The Hague Convention, applicable in relations with countries outside this area of integration, such as Mexico. In relation to the Convention, its key aspects are analysed, highlighting the advantages that derive from them in terms of legal certainty and predictability. The analysis is accompanied by reflections on the influence that Regulation 1215/2012 may have on its application, with special attention to the form of choice of court agreements. The result is to highlight the value of an international Convention, which to date has had little practical significance, as well as to warn of the interpretation that can be made of it by the courts of the European Union. This is an original work, as there are no previous studies of the 2005 Hague Convention that specify the interpretation that can be made of it under the influence of other international instruments. The conclusions highlight the main contributions of the work, which will contribute to a better understanding of the convention.

Keywords: commercial relationships, choice of court agreements, 2005 Hague Convention, Regulation 1215/2012.

RECEPCIÓN: 16 de febrero de 2023

ACEPTACIÓN: 22 de junio de 2023

SUMARIO: I. *Objetivos, planteamiento y metodología.* II. *Desarrollo.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. OBJETIVOS, PLANTEAMIENTO Y METODOLOGÍA

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre las ventajas de los acuerdos de elección de foro en el comercio internacional, a propósito del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005. Desde un punto de vista metodológico, el estudio adopta la perspectiva de los países de la Unión Europea, que disponen de varios instrumentos internacionales para regular los acuerdos de elección de foro, que son objeto de presentación, para reflexionar después más ampliamente sobre el Convenio de La Haya, que será la norma aplicable en las relaciones entre personas vinculadas a la Unión Europea, y a países ajenos a este espacio de integración, como es el caso de México.

1. *Las ventajas asociadas a los acuerdos de elección de foro*

Los acuerdos de elección de foro suelen ser una cláusula habitual en los contratos internacionales, debido a las ventajas que conllevan. Son un im-

portante factor de previsibilidad y seguridad jurídica. En un mundo jurídicamente fragmentado, con una diversidad de normas estatales de competencia judicial internacional que permitirían acudir a los tribunales de un Estado u otro, las partes pueden fijar de antemano el tribunal competente para conocer de un eventual litigio, evitando quedar a merced de estrategias procesales oportunistas. Se añade que, con los acuerdos de elección de foro, indirectamente, también se consigue cierta previsibilidad y seguridad jurídica en torno a la ley que se aplicará al fondo del asunto, pues el tribunal recurrirá a sus normas de conflicto para determinar la validez de la cláusula de elección de ley, en caso de que también se hubiera incorporado este tipo de cláusula en el contrato, o para concretar la ley aplicable en defecto de elección.

Junto a dichas ventajas, que ya por sí solas son importantes, se añaden otras de carácter práctico, muy diversas (Jerzy Jodlowski, 1974, pp. 503 y 504; Gabrielle Kaufmann Kohler, 1980, pp. 1 y 2; Andrés Rodríguez Benot, 1994, pp. 41 y 42). Los acuerdos de elección de foro pueden representar un importante factor de reducción de costes para quien consiga concentrar todos los litigios derivados de su actividad comercial ante los tribunales de un determinado país, sometándolo también a un mismo derecho. Se añade que los contratantes pueden tener interés en elegir los tribunales de un país por razones de neutralidad, especialización, agilidad procesal, o simplemente porque en ese país sean menores las costas procesales. Puede ocurrir también que consideren que en un determinado país les resultará más fácil obtener un adecuado asesoramiento jurídico, porque, a modo de ejemplo, no existe la barrera idiomática, que siempre dificulta y encarece el proceso.

Ahora bien, la materialización de todas estas ventajas asociadas a los acuerdos de elección de foro depende, lógicamente, de que cuando efectivamente surge el litigio, desarrollen los efectos para los que han sido diseñados. Se requiere que el tribunal elegido acepte la competencia que han acordado otorgarle las partes (*prorrogatio fori*), esto es, que conozca del asunto que se le ha sometido. Resultará igualmente fundamental que los tribunales de cualquier otro país, ante los que una de las partes pretendiera iniciar el litigio y que podrían resultar competentes con base en sus normas de competencia judicial, acepten la derogación que se produce de su competencia como consecuencia de la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional extranjero (*derogatio fori*). En definitiva, que los tribunales concernidos reconozcan la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro en la doble vertiente de la *prorrogatio fori* y la *derogatio fori*, lo cual no será siempre así.

Cuando los Estados regulan unilateralmente los acuerdos de elección de foro pueden aparecer diferencias en relación con las materias sobre las que se permiten, o con los requisitos de validez formal o material que deben cumplir, o con los criterios de proximidad que debe tener la relación jurídica con un determinado país a efecto de admitir la sumisión a sus tribunales. Todas estas diferencias pueden afectar al reconocimiento de la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro y llevar, en consecuencia, a que no desplieguen los efectos de *prorrogatio fori* y *derogatio fori*, a los que van asociados las ventajas que señalábamos. Ello explica que a nivel internacional se haya desarrollado un importante esfuerzo de unificación normativa, plasmado en una pluralidad de instrumentos internacionales, que tienen por objeto crear el marco normativo necesario para que la validez de los acuerdos de elección de foro sea generalmente reconocida.

2. La pluralidad normativa sobre acuerdos de elección de foro en la Unión Europea y las relaciones con México

La Unión Europea se ha dotado de un marco normativo plural en relación con los acuerdos de elección de foro, que está protagonizado por tres instrumentos internacionales: un reglamento y dos convenios. Desde la perspectiva de los Estados miembros de la Unión Europea, el más importante es el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (refundición) —en lo sucesivo Reglamento 1215/2012—, que regula los acuerdos atributivos de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, independientemente del domicilio de las partes implicadas, siempre que el litigio se refiera a una materia cubierta por el Reglamento. Tiene una larga tradición jurídica, pues en una primera etapa los Estados miembros se vincularon por el Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Comercial (versión consolidada DOCE C 27, del 26 de enero de 1998), que sería sustituido después por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, del 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, hasta llegar a la norma actualmente vigente. Resulta conveniente referirse a esta evolución normativa, pues como

tendremos oportunidad de reflejar posteriormente, la regulación actual de los acuerdos de elección de foro está muy vinculada a la aplicación de estos instrumentos y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a propósito de los mismos.

Por otra parte, la Unión Europea se ha vinculado por el Convenio de Lugano del 30 de octubre de 2007 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, que también se aplica en Suiza, Noruega e Islandia. Este Convenio, destinado a establecer un paralelismo de soluciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y los tres Estados mencionados, también es fruto de una evolución normativa (Fausto Pocar, 2009, pp. 1-3): sustituyó al Convenio de Lugano del 16 de septiembre de 1988, para reflejar los cambios que se habían producido con la sustitución del Convenio de Bruselas de 1968 por el Reglamento 44/2001.² Su objetivo, tal como se deduce de la referencia realizada al paralelismo de soluciones, es extender la unificación normativa de la UE a países, que, sin ser Estados miembros, sí están estrechamente relacionados con este espacio de integración.³

Con carácter más reciente, la Unión Europea también se ha vinculado por el Convenio de La Haya del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro.⁴ Se trata de un instrumento de alcance más limitado,

² Dada su fecha, la regulación que se contiene en el Convenio de Lugano de 2007 sobre los acuerdos de elección de foro está adaptada a lo dispuesto en el Reglamento 44/2001 y no refleja las novedades introducidas por el Reglamento 1215/2012. Concretamente, se observa una falta de paralelismo en relación con el ámbito de aplicación, que en el Reglamento 1215/2012 es independiente del domicilio de las partes implicadas en el acuerdo de elección de foro; con la validez material del acuerdo, para lo que la norma europea introduce una solución que antes no se contemplaba; en relación con la autonomía que se consagra de este acuerdo con respecto al contrato en que se contiene; así como en la regla de litispendencia, dado que el Reglamento 1215/2012 introduce una excepción a su normal funcionamiento cuando uno de los tribunales sea competente en virtud de un acuerdo de elección de foro con carácter exclusivo.

³ Sobre la pertenencia de estos países al espacio económico europeo, que tiene como objetivo ampliar el mercado interior de la Unión, así como sobre la posición particular de Suiza, véase El espacio económico europeo, Suiza y el Norte, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo*. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/home>

⁴ Decisión del Consejo, del 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 133, del 29 de mayo de 2009; y Decisión del Consejo, del 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya del 30 de

pues se aplica únicamente a los acuerdos de elección de foro con carácter exclusivo, a diferencia de los instrumentos anteriormente mencionados, que contienen un abanico más amplio de foros de competencia judicial internacional, para designar también el órgano jurisdiccional que habrá de conocer del litigio en defecto de acuerdo.⁵ Al haberse gestado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado puede ser un instrumento de gran utilidad para generar seguridad jurídica en torno a los acuerdos de elección de foro, dada su vocación de universalidad. Aunque la realidad es que, por el momento, este Convenio está teniendo escaso éxito.⁶

México fue el primer país en vincularse por el Convenio de La Haya de 2005, al considerar que este Convenio ofrecía un marco jurídico seguro para quienes participan en las transacciones comerciales internacionales, dado que promueve el respeto a los acuerdos de elección de foro y el reconocimiento y ejecución de sentencias (Nuria González Martín et al., 2011, p. 6). Después lo hizo la Unión Europea, Singapur, Montenegro, Dinamarca y Rei-

junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 353, del 10 de diciembre de 2014.

⁵ Cuando comenzaron los trabajos que culminarían con este Convenio se tenían objetivos más amplios: la elaboración de un convenio general, que incluyera tanto normas de competencia judicial internacional, como de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Pero con el tiempo fueron destacando las dificultades de carácter político y técnico que harían muy difícil llegar a un acuerdo. Ello llevó a que se limitaran los trabajos a los acuerdos de elección de foro, buscando un paralelismo con la función que desarrolla en materia de arbitraje el Convenio de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado siguió trabajando sobre el proyecto inicial; recientemente concluyó el Convenio de La Haya del 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial. Este instrumento no se ocupa de la competencia judicial internacional; tiene carácter complementario del Convenio de La Haya de 2005, ya que regula el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en supuestos en los que no ha habido acuerdos de elección de foro. La Unión Europea también ha decidido participar en este Convenio, véase Decisión (UE) 2022/1206 del Consejo, del 12 de julio de 2022, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o mercantil, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 187, del 14 de julio de 2022.

⁶ No podemos dejar de señalar que con carácter reciente ha sido objeto de un intenso debate, con cruces de posiciones muy encontradas por parte de destacados especialistas en el ámbito de la litigación internacional, acerca de la conveniencia o no de vincularse por este Convenio. Véase Gary B. Born (2021, junio); Trevor Hartley (2021, junio); João Ribeiro-Bidaoui (2021, julio); Gary B. Born (2021, julio); Trevor Hartley (2021, agosto).

no Unido.⁷ En un trabajo dedicado a los acuerdos de elección de foro en las relaciones comerciales entre México y los Estados miembros de la Unión Europea, este Convenio debe ser el punto de partida obligado, dado que será el que apliquen preferentemente los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando una de las partes tenga su residencia en México, como tendremos ocasión de ver posteriormente. No obstante, en su aplicación e interpretación es muy probable que se produzcan interferencias con la norma que aplican con carácter general los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que es el Reglamento 1215/2012.

II. DESARROLLO

En este epígrafe relativo al desarrollo del trabajo se analizarán los aspectos clave del Convenio de La Haya de 2005, concretando sus aportaciones en las relaciones comerciales entre México y los Estados miembros de la Unión Europea, para después reflejar la influencia interpretativa que puede ejercer el Reglamento 1215/2012, tomando como muestra la forma de los acuerdos de elección de foro.

1. La aportación del Convenio de La Haya de 2005 en las relaciones comerciales entre México y los Estados miembros de la Unión Europea

A. El ámbito de aplicación del Convenio

El Convenio de La Haya de 2005 tiene como objetivos garantizar la eficacia de los acuerdos de elección de foro, tanto en su dimensión prorrogatoria como derogatoria, además de asegurar el reconocimiento y la ejecución de la

⁷ Cuando la Unión Europea aprobó el Convenio de La Haya de 2005, que prevé en sus artículos 29 y 30 la participación de organizaciones regionales de integración económica, vinculó a todos los Estados miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca, tal como se refleja en la Declaración realizada por la Unión Europea al amparo del artículo 30 (véase estado del Convenio, en la página web de la Conferencia de La Haya, <https://www.hcch.net>). Con posterioridad también se vincularía Dinamarca, así como al Reino Unido como consecuencia del Brexit; este último país ya había estado vinculado por el Convenio con anterioridad, pero como parte del derecho de la Unión Europea.

resolución dictada por el tribunal elegido. Se pretende que sea el espejo, en el ámbito judicial, del Convenio de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Francisco Garcimartín Alférez, 2014, p. 1), que es un instrumento de enorme trascendencia práctica en el arbitraje comercial internacional.

Según dispone el artículo 1, 1, del Convenio de La Haya, “en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia de carácter civil y comercial”. Son tres, por tanto, los requisitos que deben cumplirse para que se aplique este Convenio: que se haya formalizado un acuerdo exclusivo de elección de foro, en el marco de una relación jurídica en materia civil o comercial, en el contexto de una situación internacional. Vamos a referirnos a continuación brevemente a cada uno de ellos.

El carácter exclusivo del acuerdo se concreta en el artículo 3, a), del Convenio, que señala que es “un acuerdo celebrado por dos o más partes... y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal”. Los acuerdos de elección de foro, al ser fruto de la autonomía de la voluntad, pueden adoptar formas diversas: de carácter asimétrico, frecuentes en los contratos de préstamo internacional y que se caracterizan por estar dotados de exclusividad con respecto a una sola de las partes; de carácter alternativo, que permitirían acudir a los tribunales de un Estado u otro en función de quien fuera la parte demandada; de carácter no exclusivo, que permitirían acudir al tribunal elegido, sin perjuicio de que también pudiera acudir a cualquier otro tribunal que resultase competente. Pero el Convenio de La Haya limita su aplicación al acuerdo de elección de foro que designa los tribunales de un único país, con carácter exclusivo, que es quizás la modalidad más frecuente por su simplicidad y por la mayor dosis de seguridad jurídica que aporta.⁸ De hecho, el artículo 3, b), del Convenio establece una presunción en el sentido de que “un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente

⁸ Se incorpora, no obstante, la posibilidad de que los Estados contratantes puedan realizar declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro (artículo 22.1 CH 2005).

lo contrario”, lo cual da muestra de qué es lo que suele corresponderse con la voluntad de las partes.

Como dispone el artículo 1, 1, del Convenio de La Haya de 2005, el acuerdo de elección de foro debe estar referido a una relación jurídica comprendida en la materia civil y comercial. Se trata de un ámbito material muy amplio, que a continuación se acota a través de una larga lista de exclusiones, que no quitan, como veremos, que estemos ante un instrumento importante en el sector del comercio internacional, y más particularmente, de la contratación internacional. Por una parte, el artículo 2, 1, excluye del ámbito de aplicación del Convenio los contratos de consumo y de trabajo (apartados a y b), atendiendo a que las necesidades de protección de la parte débil de estos contratos requerirían de una regulación particular y diferenciada de los acuerdos de elección de foro, que este instrumento no ofrece. Por otra parte, el artículo 2, 2, recoge una larga lista de exclusiones, que obedecen a razones diversas: se trata de materias vinculadas al estado y capacidad de las personas, derecho de familia y sucesiones —apartados a), b), c) y d)—; de materias tradicionalmente objeto de regulación con foros de carácter exclusivo, donde no se permiten los acuerdos de elección de foro —apartados l), m), n), p) y confróntese con el artículo 24 del Reglamento 1215/2012—; de materias vinculadas a los daños y al sector de la responsabilidad extracontractual, donde no es tan habitual el recurso a los acuerdos de elección de foro —apartados g), h), i), j), k), o)—; o de materias que, por sus particularidades, como son los procedimientos de insolvencia o el arbitraje, siempre han sido objeto de regulación específica a nivel internacional —apartado e) y artículo 2.4—. ⁹

Dentro de la lista de exclusiones del artículo 2, 2, del Convenio de La Haya sí nos encontramos con una materia relevante en el sector de la contratación internacional, como es el transporte de pasajeros y de mercaderías —apartado f)—. La razón para ello fue que se trata de un sector abundantemente regulado a nivel internacional y se quiso evitar la concurrencia con otros convenios internacionales (Trevor Hartley y Masato Doguchi,

⁹ Ya hemos tenido ocasión de referirnos a la importancia del Convenio de Nueva York, del 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que el Convenio de La Haya de 2005 toma como modelo para ofrecer una alternativa en la vía jurisdiccional. En relación con la especificidad normativa que requieren los procedimientos de insolvencia, puede ponerse como ejemplo la Unión Europea, que aprobó el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido).

2013, p. 33), aunque ello ha sido objeto de crítica. Craig Forrest (2009, p. 494) se ha referido al transporte marítimo de mercancías para señalar que en algunos casos los convenios internacionales no se ocupan de las cuestiones de competencia judicial internacional; en otros sí se ocupan, pero cuando se trata de convenios aplicables entre un reducido número de Estados parte, y en otros, más recientes, se ha regulado la competencia judicial internacional de forma opcional, lo que significa que se da a los Estados contratantes la opción de quedar obligados o no por estas normas del Convenio.

Se añade, por otra parte, que el artículo 21, 1, del Convenio dispone que “cuando un Estado tenga un interés importante para no aplicar el presente Convenio a una materia específica, dicho Estado podrá declarar que no aplicará este Convenio a dicha materia”, lo cual ha hecho la Unión Europea en relación con los contratos de seguro. El Reglamento 1215/2012 ofrece una regulación en materia de contratos de seguro muy similar a la prevista en relación con los contratos de consumo y trabajo, y de ahí la declaración para que el Convenio de La Haya tampoco se aplicase a este sector.¹⁰ Es importante tener en cuenta, desde la perspectiva de los países que se relacionan con la Unión Europea, como sería el caso de México, que esta declaración también les afecta: según el artículo 21, 2, b), del Convenio de La Haya, los demás Estados contratantes no aplicarán este instrumento internacional cuando en el acuerdo de elección de foro relativo a un litigio sobre la materia excluida se haya designado a los tribunales del Estado que ha formulado la declaración, lo que supondría que no estarían obligados a respetar los efectos de este acuerdo.

Junto al carácter exclusivo del acuerdo, en el marco de un litigio relativo a una materia cubierta por el Convenio, también se requiere para su aplicación que estemos en el contexto de una situación internacional. En relación con las normas de competencia judicial internacional, este aspecto se precisa en el artículo 1, 2, del Convenio, que dispone que

¹⁰ En la Decisión del Consejo, del 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación en nombre de la Unión Europea del Convenio de La Haya, se hacen salvedades a la exclusión, que están tomadas del Reglamento 1215/2012. Estas salvedades coinciden con lo dispuesto en su artículo 15, en el que se especifica una serie de circunstancias en las que se permiten los acuerdos atributivos de competencia en relación con los contratos de seguro, y con lo dispuesto en su artículo 16, en el que se concreta una serie de contratos que cubren grandes riesgos y en relación con los cuales se permiten los acuerdos atributivos de competencia. En la Decisión del Consejo también se prevé la aplicación del Convenio de La Haya de 2005 a los contratos de reaseguro, que no están cubiertos por las reglas protectoras del Reglamento 1215/2012.

una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado.

En definitiva, que en las relaciones comerciales entre México y la Unión Europea disponemos de un instrumento internacional que se aplica a los acuerdos exclusivos de elección de foro, que son los más frecuentes e importantes en términos de seguridad jurídica; referidos con carácter general a la materia civil y mercantil, salvo una serie de excepciones que no disminuyen su importancia en el sector de la contratación internacional; y en situaciones internacionales, que son las que a nosotros interesan, por centrarse nuestro análisis en las relaciones entre personas físicas o jurídicas vinculadas a México y la Unión Europea.

B. Un marco normativo común para la forma y validez material del acuerdo de elección de foro

El Convenio de La Haya de 2005 crea un marco normativo común entre los Estados miembros de la Unión Europea y México, en relación con aspectos tan importantes como son la forma y validez material de los acuerdos de elección de foro. De la forma se ocupa el artículo 3, c), del Convenio, que dispone que un “acuerdo exclusivo de elección de foro debe ser celebrado o documentado: 1) por escrito, o 2) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta”. Se trata de un precepto que ofrece una regulación de mínimos y de máximos: de mínimos, en el sentido de que el Convenio de La Haya sólo se aplicará cuando se cumplan estos requisitos formales, y de máximos en el sentido de que los Estados parte no podrán establecer requisitos adicionales que condicionen la validez formal del acuerdo (Ronald A. Brand y Paul M. Herrup, 2008, p. 45; Spyridon Vrellis, 2010, p. 769).

Estamos ante una regulación menos detallada que la que ofrece el Reglamento 1215/2012 y que se presta a ser interpretada de forma flexible. Por acuerdo celebrado por escrito puede entenderse un documento firmado por ambas partes donde se haga constar el acuerdo de elección de foro, ya sea individualizado, o como ocurrirá más habitualmente, como una cláusula más en un determinado contrato. Cabría considerar también dentro de este

supuesto el intercambio de documentos separados, firmados cada uno de ellos por una de las partes, así como el documento firmado por ambas partes que no incluyera el acuerdo de elección de foro, sino una remisión expresa a las condiciones generales de contratación de una de ellas, donde sí figurara. Pero el artículo 3, c), del Convenio también se refiere al acuerdo documentado por escrito, que se entiende puede ser realizado unilateralmente por una de las partes (Jeffrey Talpis y Nick Krnjevic, 2006, p. 17), sin que se ofrezcan mayores detalles en cuanto a los requisitos que debe cumplir. En ambos casos, celebrado o documentado, se abre como alternativa el recurso a cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta, lo cual debe conectarse con los medios de comunicación electrónicos. Como veremos posteriormente, en torno al Reglamento 1215/2012 se ha desarrollado una abundante jurisprudencia del TJUE sobre los requisitos de forma de los acuerdos de elección de foro, que es muy probable que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros también extiendan al Convenio.

El Convenio de La Haya también se ocupa de la validez material del acuerdo de elección de foro, debiendo entenderse por ello cuestiones vinculadas a causas materiales (no formales) de nulidad, tales como incapacidad, error, fraude, intimidación o dolo (Trevor Hartley y Masato Dogauchi, 2013, p. 45). En este caso, a diferencia de los requisitos formales, no se regula en el propio Convenio, sino por remisión a la ley del Estado cuyos tribunales han sido elegidos. El Convenio precisa que el “acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo, de forma que no podrá ser impugnado por la sola razón de que el contrato no es válido” (artículo 3, d). Después prevé, tanto en relación con el tribunal que ha sido elegido, como en relación con los tribunales de los demás Estados contratantes, que si se plantea una cuestión de validez material se resolverá con arreglo al derecho del tribunal elegido. El artículo 5 del Convenio dispone que “el tribunal o los tribunales de un Estado contratante designados en un acuerdo exclusivo de elección de foro, serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado”. Esta misma obligación se proyecta sobre cualquier tribunal de otro Estado contratante conforme al artículo 6 del Convenio, donde se prevé que “suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección

de foro, salvo que... el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido”.

Se trata de una fórmula compleja, basada en una técnica de remisión, que además incluye, según precisa el Informe de Trevor Hartley y Masato Dogauchi (2013, p. 44), las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales han sido elegidos. En torno a los acuerdos de elección de foro existe un intenso debate acerca de su naturaleza jurídica, pues hay quienes defienden su naturaleza procesal y que se les aplique la *lex fori*, frente a quienes se posicionan a favor de su carácter contractual y su sujeción a *lex causae*, que fue lo que llevo a adoptar esta fórmula de compromiso. El Convenio unifica la perspectiva de solución, en el sentido de que todos los Estados parte deberán atender a lo que se prevea en el derecho del tribunal elegido —*lex fori* o *lex causae*— (Spyridon Vrellis, 2010, p. 771).

El problema no obstante es que las soluciones a nivel estatal para determinar el derecho aplicable a la validez material de los acuerdos de elección de foro distan de ser claras. Los tribunales mexicanos que tengan que resolver esta cuestión cuando los tribunales elegidos sean los de un Estado miembro de la Unión Europea se encontrarán al menos con que varios Estados miembros comparten una tendencia favorable a recurrir a las soluciones previstas en el Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I), del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, a pesar de que este Reglamento excluye los acuerdos de elección de foro de su ámbito de aplicación (artículo 1, 2, e).¹¹ Si bien esta aparente uniformidad de soluciones no está exenta de dificultades, ya que se observan ciertas diferencias en torno a cómo deben aplicarse las disposiciones del mencionado Reglamento en relación con la materia que nos ocupa (Mónica Herranz Ballesteros, 2014, p. 299).

¹¹ En Bélgica, la Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de Droit International Privé se refiere expresamente a las materias excluidas del Reglamento 593/2008 (Roma I), para extenderles las mismas soluciones del Reglamento (artículo 98.1) (véase Patrick Wautelet, p. 8). Una disposición similar se recoge en la Legge di Riforma del Sistema Italiano di Diritto Internazionale Privato (artículo 57) (véase Ilaria Queirolo, 2000, p. 208). En Alemania se propone la aplicación analógica del Reglamento 593/2008 (Roma I) en relación con las materias excluidas, señalando que las normas internas en materia contractual fueron derogadas desde que este Reglamento es aplicable (véase Ulrich Magnus, 2016, p. 629). En España también se defiende el recurso al Reglamento 593/2008 (Roma I), pero dado que las normas internas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales siguen vigentes, también hay quien propone que se acuda al artículo 10.5 del Código Civil (véase Federico Garau Sobrino, 2008, p. 199).

C. Un marco normativo común para los efectos de prórroga y de derogación del acuerdo de elección de foro

El Convenio de La Haya de 2005 establece un marco común en relación con los efectos de prórroga y de derogación de los acuerdos de elección de foro (artículos 5 y 6). Si lo aplicamos a nuestra perspectiva de análisis, ello quiere decir que cuando se cumplan los requisitos para la aplicación del Convenio, que hemos visto en los epígrafes precedentes, los tribunales de México o de un Estado miembro de la Unión Europea que hubieran sido elegidos en virtud del acuerdo de elección de foro, deberán conocer del litigio, salvo que sea nulo según la ley del tribunal elegido (artículo 5, 1). Se precisa a continuación que el tribunal competente “no declinará el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio” (artículo 5, 2), con lo que se descarta expresamente el *forum non conveniens*, que es una figura propia del mundo anglosajón (Ronald A. Brand y Scott R. Jablonski, 2007, pp. 7 y ss.). En el Informe explicativo del Convenio se precisa que tampoco podría tenerse en cuenta una situación de litispendencia, esto es, que se hubiera iniciado con anterioridad un proceso sobre lo mismo en otro Estado, dado que también supondría que el tribunal elegido no estaría ejerciendo su competencia (Trevor Hartley y Masato Dogauchi, 2013, p. 46).

La seguridad jurídica que obtienen quienes realizan el acuerdo de elección de foro con la obligación de conocer por parte del tribunal elegido, se completa con la regulación del efecto derogatorio en el artículo 6, que dispone que “cualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro”. Esta obligación es independiente de que ya se hubiera iniciado o no un procedimiento ante los tribunales del Estado contratante elegido, garantizándose así las ventajas asociadas a los acuerdos de elección de foro a las que nos referíamos al inicio de este trabajo. Desde la perspectiva mexicana se puede decir que el Convenio aporta en relación con esta cuestión una ventaja importante, porque los efectos de los acuerdos de elección de foro en favor de terceros Estados, de no existir este Convenio, serían competencia de cada Estado miembro de la Unión Europea, con las peculiaridades que cada uno de ellos pueda tener a este respecto. A modo de ejemplo,

en España no ha sido hasta hace muy poco que los efectos de los acuerdos de elección de foro en favor de terceros Estados se han regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto que esta cuestión antes estaba sujeta a una incierta casuística jurisprudencial (Beatriz Campuzano Díaz, 2018, p. 155). El Convenio de La Haya unifica, por tanto, la forma de proceder de todos los Estados miembros de la Unión Europea cuando el acuerdo es en favor de un Estado parte del mismo, como sería el caso de México.

En el artículo 6 se contempla no obstante que los tribunales de Estados parte distintos del elegido puedan conocer del litigio si se diera alguna de las circunstancias previstas en este precepto, que son fruto de los necesarios compromisos en una negociación internacional. En su apartado a) se refiere a la posible nulidad del acuerdo, sobre lo que ya tuvimos oportunidad de reflexionar en el epígrafe anterior, acompañándose en el apartado b) de un aspecto relacionado, como es el referente a que una de las partes careciera de capacidad para celebrar el acuerdo conforme a la ley del tribunal ante el que se ha acudido. El tribunal de un Estado contratante distinto del elegido también podría conocer (apartado c) en el caso de que fuera una manifiesta injusticia o resultase manifiestamente contrario al orden público dar efecto al acuerdo de elección de foro. En el artículo 6, d), se contempla que, por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado. En el artículo 6, e), se añade, como último motivo que también permitiría conocer a un tribunal de otro Estado contratante, que el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio. Se trata de un listado amplio de causas, que podrían comprometer el efecto derogatorio del acuerdo, pero debe reconocerse que, más allá de los aspectos relacionados con la validez material, se contempla su operatividad con carácter excepcional.

D. Un marco normativo común para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre México y los Estados Miembros de la Unión Europea

El Convenio de La Haya de 2005 también se ocupa del reconocimiento y ejecución de la resolución dictada por el tribunal elegido en el acuerdo exclusivo de elección de foro, lo cual es otro aspecto importante para que la vía judicial sea una alternativa eficaz al arbitraje (Louise E. Teitz, 2005, p. 548). En el artículo 8 se fijan los presupuestos de aplicación, señalando que el

Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución de “una resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro”. Las causas de denegación del reconocimiento o la ejecución se recogen en el artículo 9, presentándose con carácter facultativo, esto es, que el tribunal requerido puede denegar el reconocimiento y la ejecución con base en los motivos previstos en este precepto, pero sin estar obligado a ello. Se trata de causas relacionadas con la validez material del acuerdo de elección de foro (apartados a y b), con la protección del derecho de defensa del demandado y el orden público (apartados c, d y e), y con la incompatibilidad con otra resolución dictada en el Estado requerido o en otro Estado (apartados f y g). Se precisan los documentos que habrán de presentarse, añadiéndose que estarán exentos de legalización o cualquier otra formalidad análoga (artículos 13 y 18), y se remite para la tramitación del reconocimiento, declaración de ejecutoriedad y ejecución al procedimiento previsto en la ley de Estado requerido (artículo 14).

En el caso particular de España ya disponíamos de un convenio bilateral con México que se ocupa del reconocimiento y ejecución de sentencias: Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales, en Materia Civil y Mercantil entre España y México, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989. Pero qué duda cabe de que desde la perspectiva mexicana el Convenio de La Haya de 2005 es una aportación importante, pues establece un marco de reconocimiento y ejecución de resoluciones común con todos los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que se trate de una resolución dictada por el tribunal elegido en virtud de un acuerdo exclusivo de elección de foro. El Convenio de La Haya del 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial, en el que la Unión Europea también ha decidido participar, y que tiene carácter complementario del Convenio de La Haya de 2005, al ocuparse de supuestos en los que no ha habido acuerdos exclusivos de elección de foro, también podría ser instrumento fundamental en las relaciones con México, si este país decidiera participar.¹²

¹² El Convenio de La Haya del 2 de julio de 2019 entrará en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea el 1 de septiembre de 2023. Este Convenio por el momento no está consiguiendo atraer gran interés más allá de los países que conforman la Unión Europea, con la excepción de Ucrania (véase el estado del Convenio en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <https://www.hcch.net>).

Con anterioridad nos hemos referido al intenso debate que se ha producido en torno a la conveniencia de vincularse o no por el Convenio de La Haya de 2005, por parte de destacados especialistas en el ámbito de la litigación internacional (véase nota 6). Se cuestiona la conveniencia de vincularse por el Convenio en relación precisamente con sus normas sobre reconocimiento y ejecución, partiendo de la afirmación de que en muchos países no hay un adecuado funcionamiento del sistema judicial, por problemas de corrupción y falta de independencia, frente a lo cual las causas de denegación del reconocimiento y ejecución del Convenio de La Haya no ofrecerían una protección adecuada, por contraste con el recurso al arbitraje donde se afirma que no se plantearía este problema, entre otras cuestiones, por la mejor regulación que ofrece el Convenio de Nueva York de 1958. Pero en este debate la intervención final de Trevor Hartley (3 de agosto de 2021), haciendo una detallada comparación de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Convenio de Nueva York de 1958, pone de manifiesto que son ampliamente coincidentes y que no puede apreciarse que el segundo Convenio sea más protector que el primero.

2. La interacción del Convenio de La Haya de 2005 con el Reglamento 1215/2012

A. Circunstancias determinantes de la preferencia aplicativa del Convenio sobre el Reglamento por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea

El Reglamento 1215/2012 es la norma que se aplica con carácter general en la Unión Europea cuando las partes celebran un acuerdo de elección de foro en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en materia civil y mercantil. El Reglamento se aplica cuando las dos partes que celebran el acuerdo están domiciliadas en Estados miembros, cuando sólo una de las partes está domiciliada en un Estado miembro, e incluso cuando ninguna de las partes está domiciliada en un Estado miembro. Ello da una idea de la importancia que tiene el Reglamento 1215/2012 en la Unión Europea.

Como sabemos, los Estados miembros de la Unión Europea también se encuentran vinculados por el Convenio de La Haya de 2005 y el Conve-

nio de Lugano de 2007, que al regular igualmente los acuerdos de elección de foro obligan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a tener que resolver la espinosa cuestión de concurrencia de instrumentos internacionales. Dado el objeto de este trabajo nos centraremos en las relaciones con el Convenio de La Haya,¹³ que en su artículo 26, 6, prevé que cuando las partes se sometan con carácter exclusivo a los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea, el Convenio se aplicará con preferencia sobre el Reglamento cuando al menos una de las partes involucradas tenga su residencia en un Estado parte del Convenio, que no sea Estado miembro de la Unión Europea; esto es, que si una de las partes involucradas en el acuerdo de elección de foro tuviera por ejemplo su residencia en México, será el Convenio el que determinará la obligación que tiene el tribunal de un Estado miembro de conocer del asunto (artículo 5), así como la obligación que tendría el tribunal de un Estado miembro de no conocer del asunto en el caso de que el tribunal elegido fuera de México (artículo 6).

Esta regla de coordinación, en apariencia sencilla, puede ser causa no obstante de dificultades. Además de que el lugar de residencia de las personas físicas no se precisa, cuando se trata de entidades o persona no físicas puede estar plurilocalizado. Según el artículo 4, 2, “a los efectos del presente Convenio, se entenderá que una entidad o persona que no sea persona física, tiene su residencia en el Estado: *a)* de su sede estatutaria; *b)* bajo cuya ley se haya constituido; *c)* de su administración central, o *d)* de su establecimiento principal”. Como se trata de criterios alternativos, bastaría con que uno de estos lugares estuviera en un Estado parte no miembro de la Unión Europea, para que el Convenio tuviera preferencia aplicativa, sin que algunos, como la administración central o establecimiento principal, aparezcan nítidamente perfilados.

Por otro lado, a efectos de aplicar el Convenio de La Haya debe tenerse presente que se atiende a la persona involucrada en el litigio, que puede ser distinta de la persona que prestó inicialmente su consentimiento al acuerdo de elección de foro, por haberse visto vinculada por el acuerdo o porque tiene la facultad de invocarlo (Trevor Hartley y Masato Dogauchi, 2013, p. 81). Precisamente la jurisprudencia del TJUE a propósito del Reglamento 1215/2012 y normas precedentes (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento 44/2001), muestra que estas situaciones, en la que un tercero puede

¹³ Para las relaciones entre el Reglamento 1215/2012 y el Convenio de Lugano de 2007 hay que atender a lo dispuesto en el artículo 64 del Convenio de Lugano.

verse obligado por el acuerdo¹⁴ o puede invocarlo al haberse estipulado en favor de tercero,¹⁵ se dan con cierta frecuencia. En relación con la primera de las situaciones apuntadas, que es la que puede suscitar mayores dificultades, el Informe relativo al Convenio señala que siempre que las partes iniciales presten su consentimiento al acuerdo de elección de foro, este acuerdo podrá vincular a terceros que no hayan prestado expresamente su consentimiento, si su capacidad para incoar el procedimiento depende de la adquisición de los derechos y obligaciones de una de las partes iniciales, lo cual habrá de determinarse con arreglo al derecho nacional aplicable (Trevor Hartley y Masato Dogauchi, 2013, pp. 39 y 40). Como vemos, se trata de una solución de remisión compleja, que puede afectar a la seguridad y previsibilidad jurídica.

En definitiva, que la delimitación de la preferencia aplicativa del Convenio de La Haya sobre el Reglamento 1215/2012, aunque en apariencia sencilla, puede ser causa de dificultades y errores por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, acostumbrados a aplicar en la generalidad de supuestos el Reglamento 1215/2012.

B. La posible interpretación del Convenio con arreglo al Reglamento: una reflexión a propósito de la forma de los acuerdos de elección de foro

Las dificultades puestas de manifiesto en el epígrafe anterior para determinar la preferencia aplicativa del Convenio sobre el Reglamento se tratan de relativizar a través de una interpretación compatible de los instrumentos

¹⁴ Véase sentencia del TJCE del 19 de junio de 1984, C-71/83, Tilly Russ/Nova, ECLI:EU:C:1984:217; sentencia del TJCE del 10 de marzo de 1992, Powell Duffryn/Petereit, C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115; sentencia del TJCE del 16 de marzo de 1999, C-159/97, Castelleti, ECLI:EU:C:1999:142; sentencia del TJCE del 9 de noviembre de 2000, C-387/98, Coreck Maritime, ECLI:EU:C:2000:606; sentencia del TJUE del 7 de febrero de 2013, Refcomp, C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62; sentencia del TJUE del 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335; sentencia del TJUE del 20 de abril de 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282.

¹⁵ Véase sentencia del TJCE del 14 de julio de 1983, Gerling Konzern Spezial Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato, C-201/82, ECLI:EU:C:1983:217; sentencia del TJCE del 12 de mayo de 2005, Société financière et industrielle du Peloux, C-112/03, ECLI:EU:C:2005:280; sentencia del 13 de julio de 2017, Assens Havn, as. 368/16, ECLI:EU:C:2017:546.

concurrentes. Con arreglo al artículo 26, 1, del Convenio, este instrumento “se interpretará, en la medida de lo posible, de forma que sea compatible con otros tratados en vigor en los Estados contratantes, hayan sido celebrados antes o después de este Convenio”. Cuando este precepto se refiere a *otros tratados*, también debe entenderse aplicable en relación con las normas emanadas de una Organización Regional de Integración Económica, como es el Reglamento 1215/2012. Su sentido es invitar, en la medida de lo posible, a realizar una interpretación de las disposiciones del Convenio que favorezca su compatibilidad con otros instrumentos internacionales, de modo que la opción por un instrumento u otro carezca de trascendencia práctica.

Pues bien, si en la Unión Europea la tendencia natural de los tribunales de los Estados miembros será interpretar las disposiciones del Convenio con arreglo a la jurisprudencia existente a propósito del Reglamento 1215/2012 y textos precedentes, dada la similitud e incluso a veces identidad de soluciones existente entre ambos instrumentos, nos encontramos además con un precepto en el Convenio que invita precisamente a fomentar la “*compatibilidad*” en la interpretación. Por tanto, desde la perspectiva de los Estados parte del Convenio y ajenos a la Unión Europea, como es el caso de México, conviene conocer la interpretación que se hace de la normativa europea. En este epígrafe nos centraremos en la forma de los acuerdos de elección de foro, por ser uno de los aspectos que más jurisprudencia ha suscitado.

Como tuvimos oportunidad de señalar anteriormente, el Convenio de La Haya se ocupa de la forma del acuerdo de elección de foro en su artículo 3, en donde se asienta que “debe ser celebrado o documentado: 1) por escrito, o 2) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta”. Se trata de requisitos de cuyo cumplimiento depende la aplicación del Convenio (Trevor Hartley y Masato Doguchi, 2013, p. 42), que son menos detallados en su formulación que en el Reglamento 1215/2012, donde sí se configuran como condicionantes de la validez formal del acuerdo de elección de foro, además de haberse vinculado en la jurisprudencia del TJUE con la existencia del consentimiento de las partes.

En el originario artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 se preveía que el acuerdo atributivo de competencia se realizase por escrito o verbalmente con confirmación escrita. Se trataba de la forma que puede considerarse equivalente al Convenio de La Haya, donde se alude, como se ha visto, al acuerdo *celebrado* o *documentado* por escrito, pudiendo entenderse por esto

último el acuerdo verbal con confirmación escrita. Pero en el ámbito europeo se introduciría con posterioridad una modificación en el mencionado artículo 17 del Convenio de Bruselas, señalando que también sería válido en una forma admitida por los usos del comercio internacional y que las partes conocieran o debieran conocer.¹⁶

Además, no sería la única, pues se volvería a reformar más adelante para incorporar una referencia a que el acuerdo atributivo de competencia también sería válido con arreglo a una forma que se ajustase a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, así como para introducir una mayor precisión respecto de las características que debían reunir los usos del comercio internacional para ser vinculantes.¹⁷ Concretamente, se estableció que tenían que ser usos que las partes conocieran o debieran conocer y que en el comercio internacional fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Cuando el Convenio de Bruselas se transformó en el Reglamento 44/2001 se introdujo la que ha sido hasta la fecha la última modificación, que consistiría en una precisión adicional en el sentido de que se consideraría hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionase un registro duradero del acuerdo (artículo 23, 2). Esta precisión puede considerarse equivalente a la referencia que hace el Convenio de La Haya a que el acuerdo también puede celebrarse o documentarse, además de por escrito, “por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta”.

¹⁶ Esta modificación se produjo con motivo de la incorporación de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, a la entonces Comunidad Económica Europea, que llevó a que se celebrase un convenio de adhesión al originario Convenio de Bruselas de 1968. Véase *Informe del Sr. Schlosser relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*, DOCE C189, del 28 de julio de 1990, p. 179.

¹⁷ En esta ocasión el cambio fue con motivo del Convenio de adhesión de España y Portugal de 1989. Véase Informe de los Sres. Almeida, Desantes y Jenard relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, DOCE C 189, del 28 de julio de 1990, p. 26.

En definitiva, y tal como cabe observar, entre el Convenio de La Haya y el Reglamento 1215/2012 existe una coincidencia en la regulación de los requisitos de forma del acuerdo de elección de foro, pues en ambos instrumentos se contempla que el acuerdo se celebre por escrito o verbalmente con confirmación escrita o mediante un medio electrónico que proporcione un registro duradero del acuerdo. La diferencia reside en la relevancia que el Reglamento 1215/2012 concede a los hábitos que tuvieran las partes o a los usos del comercio internacional, para cuya comprensión resulta necesario referirse a la jurisprudencia del TJUE, como veremos a continuación.

En relación con el acuerdo celebrado por escrito se planteó un problema cuando la cláusula atributiva de competencia figuraba en las condiciones generales de una de las partes. Concretamente, en la sentencia del TJCE del 14 de diciembre de 1976, C-24/76, Estasis Salotti/Ruewa,¹⁸ se señaló que la simple impresión al dorso de un contrato formalizado sobre el papel comercial de una de las partes de una cláusula atributiva de competencia, inserta en las condiciones generales de esta parte, no cumplía las exigencias de validez formal, a menos que en el contrato, firmado por ambas partes, se hubiera hecho una remisión expresa a las condiciones generales que contenían dicha cláusula (pp. 9 y 10). Se precisó también que en el caso de que el texto del contrato se refiriese a una oferta anterior, que a su vez remitía a condiciones generales de venta donde se contenía la cláusula atributiva de competencia, se consideraría cumplido el requisito de forma escrita de ser una referencia explícita, susceptible de control por una persona que actuase con una diligencia normal, y siempre que quedase acreditado que las condiciones generales que contenía dicha cláusula fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante a través de la oferta a la que se hace referencia (pp. 11 y 12).¹⁹

El acuerdo *documentado* por escrito o acuerdo verbal con confirmación escrita también ha sido problemático cuando la confirmación se ha realizado mediante la remisión por una de las partes de sus condiciones generales,

¹⁸ ECLI:EU:C:1976:177.

¹⁹ Con carácter más reciente se ha reiterado esta jurisprudencia en la sentencia del TJUE del 20 de abril de 2016, C-366/13, Profit Investment SIM, referida a un folleto de emisión de bonos que contenía una cláusula atributiva de competencia, señalándose que se cumplía el requisito de forma escrita si el contrato firmado por las partes al emitir los títulos en el mercado primario mencionaba la aceptación de dicha cláusula o contenía una remisión expresa a dicho folleto, lo que correspondía comprobar al tribunal remitente (p. 29), ECLI:EU:C:2016:282.

en las que figura la cláusula de elección de foro. En la sentencia del TJCE del 14 de diciembre de 1976, C-25/76, Segoura/Bonakdarian,²⁰ se señaló que, aunque el comprador hubiera aceptado verbalmente celebrar un contrato de acuerdo con las condiciones generales del vendedor, ello no suponía que hubiera aceptado la cláusula atributiva de competencia que pudiera figurar en dichas condiciones generales, a menos que lo hiciera por escrito. El Tribunal apuntó que la solución habría sido distinta en el caso de que el acuerdo verbal formase parte de las relaciones comerciales habituales entre las partes, si se probase que, en su conjunto, dichas relaciones venían rigiéndose por las condiciones generales de la parte autora de la confirmación.²¹

Como se ha visto, en la jurisprudencia del TJUE se venía haciendo una interpretación restrictiva de la validez formal de las cláusulas de elección de foro insertas en las condiciones generales de la contratación de una de las partes, abriéndose no obstante la puerta a una cierta flexibilización interpretativa con base en la existencia de relaciones comerciales habituales entre las partes, que fue lo que motivó una de las reformas del Convenio de Bruselas de 1968 a la que con anterioridad nos hemos referido. Se cumplirían los requisitos de forma de ajustarse a los hábitos establecidos entre las partes, por los que debe entenderse una forma de actuar entre ellas ya consolidada en el tiempo. En esta misma línea hay que situar la referencia que se incorporaría a una forma con arreglo a los usos del comercio internacional, que las partes conozcan o deban conocer, con los requisitos ya señalados.²² Por usos,

²⁰ ECLI:EU:C:1976:178.

²¹ En la misma línea se situó posteriormente la sentencia del TJCE del 19 de junio de 1984, C-71/83, Tilly Russ/Nova (ECLI:EU:C:1984:217), relativa a una cláusula atributiva de competencia que figuraba en las condiciones impresas de un conocimiento de embarque.

²² En relación con los usos, podemos referirnos a la sentencia del TJCE del 20 de febrero de 1997, C-106/95, MSG/Les Gravières Rhénanes (ECLI:EU:C:1997:70), en la que se señaló que el silencio de una de las partes contratantes frente a un escrito comercial de confirmación enviado por la otra, en el que figuraba una referencia impresa al fuero, podía tener valor de consentimiento respecto a la cláusula atributiva de competencia objeto de litigio, cuando dicho comportamiento se correspondiese con un uso del comercio internacional en el que operasen las partes y cuando estas últimas conociesen dicho uso o debieran conocerlo. En la sentencia del TJCE del 16 de marzo de 1999, C-159/97, Castelleti (ECLI:EU:C:1999:142) se ofrecieron precisiones adicionales sobre cuándo cabe considerar que estamos ante un uso, señalando que el hecho de que los operadores de países que ocupan una posición preponderante en un determinado sector del comercio internacional observen de modo general y regular cierta práctica, puede constituir un indicio que facilita la prueba de la existencia del uso, si bien el criterio decisivo es que el sector del comercio internacional en el que las partes contratantes ejercen su

a diferencia del supuesto anterior, habría que entender una práctica seguida de modo general y regular en un determinado sector del comercio internacional. Como se ha puesto de manifiesto, en ambos casos tienen un efecto flexibilizador de los requisitos de forma del acuerdo de elección de foro, que es muy probable que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea proyecten en la interpretación de las disposiciones del Convenio de La Haya.

Por otra parte, con anterioridad ya hemos tenido ocasión de señalar que el Reglamento 44/2001 introdujo una precisión adicional, en el sentido de que se consideraría hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionase un registro duradero del acuerdo, que con una redacción algo diferente también se ha recogido en el Convenio de La Haya. Sobre esta cuestión también ha habido algunos pronunciamientos interesantes en la Unión Europea, que pueden guiar igualmente la interpretación que hagan los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la disposición equivalente del Convenio.

En la sentencia del TJUE del 21 de mayo de 2015, C322/14, El Majdoub²³ se señaló, a propósito del artículo 23, 2, del Reglamento 44/2001, que la técnica de aceptación mediante un «clic» en condiciones generales disponibles a través de Internet, constituía efectivamente una transmisión por medios electrónicos que proporcionaba un registro duradero del acuerdo, siempre que la mencionada técnica permitiera imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato. Más recientemente, en la sentencia del TJUE del 24 de noviembre de 2022, C-358/21, Tilman²⁴ (Sixto Sánchez Lorenzo, 2023, 110), dictada a propósito del Convenio de Lugano de 2007, se señaló que la remisión en el contrato escrito a condiciones generales mediante la mención del enlace hipertexto de un sitio web que permitía conocer dichas condiciones generales, equivalía a una prueba de comunicación de la información, siempre que ese enlace hipertexto

actividad siga o no el comportamiento de que se trate de modo general y regular. En este caso concreto se señaló que el hecho de que numerosos cargadores o endosatarios de conocimientos de embarque hubiesen impugnado la validez de una cláusula atributiva de competencia acudiendo a tribunales distintos de los designados en ella, no bastaba para que la inserción de dicha cláusula en los mencionados documentos perdiese su condición de uso, siempre que se hubiera acreditado que se correspondía con una práctica seguida de modo general y regular.

²³ ECLI:EU:C:2015:334.

²⁴ ECLI:EU:C:2022:923.

to funcionase y pudiera ser abierto por una parte que aplicase una diligencia normal. El TJUE añadió, como novedad adicional en relación con el formato electrónico, que el hecho de que en la página del sitio web no existiese ninguna casilla que pudiera marcarse para expresar la aceptación de las condiciones generales o que la página que contiene esas condiciones no se abriese automáticamente al acceder al sitio web, no podía desvirtuar tal conclusión, siempre que el acceso a las condiciones generales fuese posible antes de la firma del contrato. Se aludió, además, en relación con que la forma electrónica debe proporcionar un registro duradero del acuerdo, a la necesaria posibilidad de salvaguardar e imprimir las condiciones generales antes de la celebración del contrato, como necesaria para el cumplimiento de los requisitos de forma.

En definitiva, que la técnica de aceptación mediante un clic o a través de la remisión en el contrato a un enlace hipertexto de Internet, siempre que permita consultar las condiciones generales antes de la celebración del contrato y conservarlas una vez celebrado, cumple los requisitos de la modalidad electrónica como equivalente a la forma escrita. Se trata de criterios muy relevantes para el comercio internacional, con una presencia cada vez mayor del recurso a los medios electrónicos, que sin lugar a duda guiarán la interpretación que hagan los tribunales de la Unión Europea de la disposición equivalente del Convenio.

III. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos comenzado recordando las ventajas que ofrecen los acuerdos de elección de foro desde el punto de vista de la seguridad y previsibilidad jurídica, lo cual aconseja su consideración cuando se redacta un contrato internacional. De su importancia también dan muestra los diversos instrumentos internacionales que se han ocupado de su regulación, entre los cuales destaca, en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y México, el Convenio de La Haya del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro.

Se trata de un instrumento muy interesante en cuanto a sus objetivos: ofrecer un marco jurídico en torno a la regulación de los acuerdos exclusivos de elección de foro y al reconocimiento de las sentencias dictadas con base en estos acuerdos, que haga de la vía jurisdiccional un sistema atractivo para

la resolución de controversias, como vía alternativa al arbitraje comercial internacional, regulado por el Convenio de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. En relación con ello nos hemos acercado al contenido del Convenio, poniendo de manifiesto que puede desarrollar un importante papel en las relaciones comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea y México. El hecho de que la Unión Europea actúe como bloque representa una considerable ventaja para países ajenos a este espacio de integración, como es el caso de México, que se encuentran con un marco normativo uniforme que se extiende a todos los países de la Unión Europea, en relación con cuestiones tan importantes como la forma y validez material de los acuerdos de elección de foro, sus efectos de prórroga y de derogación, y el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en virtud de estos acuerdos. Nuestro enfoque parte de una valoración positiva del Convenio y de lo que puede aportar, porque creemos que así debe ser, aunque no dejamos de reconocer que está teniendo escaso éxito en la escena internacional, además de que ha recibido duras críticas que no consideramos plenamente justificadas.

En una segunda parte de este trabajo analizamos la relación entre el Convenio de La Haya de 2005 y el Reglamento 1215/2012, delimitando las circunstancias que determinan la preferencia aplicativa del Convenio sobre el Reglamento, donde se parte de una regla en apariencia sencilla, pero que puede acabar complicándose en función de las circunstancias del caso concreto. En relación con esta cuestión hay que tener presente que el Reglamento 1215/2012 será la norma que apliquen con carácter general los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea cuando haya un acuerdo de elección de foro, constituyendo el Convenio de La Haya de 2005 la norma que excepcionalmente aplicarán cuando una de las partes sea residente en un Estado vinculado por el Convenio que no sea miembro de la UE, que son, por el momento, muy pocos. Si a ello le unimos que existe una abundante jurisprudencia del TJUE a propósito del Reglamento 1215/2012 y textos precedentes (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento 44/2201), que contienen normas muy similares o incluso idénticas a las del Convenio, es lógico pensar que la tendencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea será interpretar las disposiciones del Convenio con arreglo también a dicha jurisprudencia, cuando además el propio Convenio invita a realizar una interpretación compatible con otros instrumentos internacionales. Por ello hemos concluido nuestro trabajo con un análisis de la

forma de los acuerdos de elección de foro, reflejando la jurisprudencia existente a propósito del Reglamento y qué consecuencias puede tener aplicarla al Convenio. Desde la perspectiva de los terceros Estados y de sus operadores jurídicos conviene ser conscientes de esta realidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Born, Gary B. (2021, junio). Why States Should not Ratify, and Should instead Denounce, The Hague Choice-of-Court Agreements Convention, Part I, Part II and Part III, *Kluwer Arbitration Blog* <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>
- Born, Gary B. (2021, julio). Why it is Especially Important that States not Ratify The Hague Choice of Court Agreements Convention”, *Kluwer Arbitration Blog* <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>
- Brand, Ronald A. y Herrup, Paul M. (2008). *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*: Cambridge University Press.
- Brand, Ronald A. y Jablonski, Scott R. (2007). *Forum non Conveniens. History, Global Practice, and Future under The Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press.
- Campuzano Díaz, Beatriz. (2018). La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Revista Española de Derecho Internacional*, 70(1), 155-179.
- Françq, S. (2014). Les clauses d’élection de for dans le nouveau Règlement Bruxelles I bis. En E. Guinchard (dir.). *Le nouveau Règlement Bruxelles I bis*, Bruylant (pp. 107-146).
- Garau Sobrino E. (2008). *Los acuerdos internacionales de elección de foro*. Colex.
- Garcimartín Alférez, Francisco J. (2014). El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: autonomía privada y competencia judicial internacional. *La Ley*, 8423.
- González Martín, Nuria, León Vargas, A., Cuevas Tavera, M. (2011). México y la Convención de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 22, 1-36. <https://www.reei.org>
- Hartley, Trevor. (2021, junio). “Is the 2005 Hague Choice-of Court Convention Really a Threat to Justice and Fair Play? A Reply to Gary Born”. <https://capil.org/blog>

- Hartley, Trevor. (2021, agosto). “The 2005 Hague Convention on Choice-of-Court Agreements: a Further Reply to Gary Born”. <https://eapil.org/blog>
- Hartley, Trevor y Dogauchi, Masato. (2013). *Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*. Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. <https://www.hcch.net>
- Herranz Ballesteros, Mónica. (2014). The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: The Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction, *Journal of Private International Law*, 10(2), 291-308.
- Jodlowski, Jerzy. (1974). Les conventions relatives a la prorogation et a la dérogation a la compétence Internationale en matière civile, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 143, 475-587.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle. (1980). *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*. Helbing & Lichtenhahn.
- Magnus, Ulrich y Mankowski, P. (2016). *ECPIL. European Commentaries on Private International Law*. I Brussels, I bis Regulation. Otto Schmid.
- Pocar, Fausto. (2009), Informe explicativo del Convenio de Lugano del 30 de octubre de 2007, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 319, EUR-Lex - 52009XG1223(04) - EN - EUR-Lex (europa.eu)
- Queirolo, Ilaria. (2000). *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale. Tra diritto comunitario e diritto interno*. Cedam.
- Queirolo, Ilaria. (2013/2014), Choice of Court Agreements in the New Brussels I-bis Regulation: A Critical Appraisal, *Yearbook of Private International Law*, XV, 113-142.
- Ribeiro-Bidaoui, João. (2021, julio). Hailing the HCCH (Hague) 2005 Choice of Court Convention, a Response to Gary Born. Kluwer Arbitration Blog. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>.
- Rodríguez Benot, Andrés. (1994). *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*. Eurolex.
- Sánchez Lorenzo, Sixto. (2023). Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. *La Ley Unión Europea*, 110.
- Talpis, Jeffrey y Krnjevic, Nick. (2006). The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: the Elephant that Gave Birth to a Mouse, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 13(1), 1-35.

- Teitz, Louise E. (2005). The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration, *American Journal of Comparative Law*. 53(3), 543-558.
- Vrellis, Spyridon. (2010). The Validity of a Choice of Court Agreement under The Hague Convention of 2005. En K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger y S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum K. Siehr*, Schulthess, pp. 763-776.
- Wautelet, Patrick, “Clauses d’élection de for et procédures concurrentes. Les innovations du Règlement 1215/2012”. <http://orbi.ulg.ac.be>

La protección del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico peruano. El caso del esquirolaje tecnológico

The Protection of the Right to Strike in the Peruvian Legal System. The Case of Technological Strikebreaking

Javier Hildebrando ESPINOZA ESCOBAR

 <https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>

Abogado. Profesor investigador de la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú. Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa (Universidad de Piura) y Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia (Universidad Rey Juan Carlos).

Correo electrónico: jespinozae@usil.edu.pe

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo examinar la protección otorgada al derecho de huelga en el ordenamiento peruano, especialmente, frente al esquirolaje tecnológico. Para el desarrollo de la investigación se ha utilizado el método hipotético deductivo. A partir de la investigación bibliográfica realizada sobre el contenido constitucional del derecho de huelga y el análisis de la legislación peruana y los antecedentes jurisprudenciales y administrativos del más alto nivel sobre huelga, esquirolaje externo y esquirolaje interno, se ha construido un conjunto de argumentos que sustentan la protección que se debe brindar al derecho de huelga frente al esquirolaje tecnológico. Los resultados obtenidos permiten hacer extensivas al esquirolaje tecnológico, las razones doctrinales, legales y jurisprudenciales que protegen el derecho de huelga frente al esquirolaje externo e interno. Se concluye que, a partir del contenido constitucional del derecho de huelga, el principio de razonabilidad y la exigencia del ejercicio constitucional del poder de dirección, es posible proteger al derecho de huelga frente al esquirolaje tecnológico, pese a la ausencia de regulación expresa que así lo determine.

Palabras clave: derecho de huelga, tecnología, esquirolaje tecnológico, Constitución peruana.

ABSTRACT: The objective of this article is to examine the protection granted to the right to strike in the Peruvian legal system, especially in relation to technological strikebreaking. The hypothetical-deductive method was used for the development of the research, as a set of arguments that support the protection that must be provided to the right to strike against technological strikebreaking was constructed based on the bibliographical research carried out on the constitutional content of the right to strike, as well as the analysis of Peruvian legislation and the highest-level jurisprudential and administrative precedents on strikes, external strikebreak-

ing, and internal strikebreaking. The obtained results make it possible to extend to technological strikebreaking the doctrinal, legal, and jurisprudential reasons that protect the right to strike against external and internal strikebreaking. It is concluded that, based on the constitutional content of the right to strike, the principle of reasonableness, and the requirement of the constitutional exercise of the power of direction, it is possible to protect the right to strike against technological strikebreaking, despite the absence of express regulation that determines it.

Keywords: right to strike, technology, technological strikebreaking, peruvian Constitution.

RECEPCIÓN: 15 de mayo de 2023

ACEPTACIÓN: 3 de agosto de 2023

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *El contenido constitucional del derecho de huelga.* III. *El esquirolaje como mecanismo que resta eficacia al derecho de huelga. El esquirolaje externo e interno en el ordenamiento peruano.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento, desarrollo y evolución del derecho del trabajo ha estado vinculado con los cambios tecnológicos. Diversos autores se han ocupado de la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Aquéllas no sólo tienen la capacidad de incrementar la productividad y mejorar los procesos productivos, generando reducción del volumen de empleo y simplificando el proceso de trabajo (Andrés Bilbao, 1999), sino también ser “una amenaza para los procedimientos tradicionales, las condiciones de trabajo y patrones de empleo establecidos” (Giovanni Dosi y María Virgillito, 2019, p. 640), e incluso poner en riesgo los derechos de los trabajadores, cuando se les utiliza indebida o abusivamente (Carolina San Martín y Santos Pavón, 2017). Se genera, por tanto, la necesidad de reconfigurar los derechos fundamentales y establecer nuevos mecanismos de protección y adecuar o ampliar los existentes, pues una de las consecuencias de la tecnología es que se reduce el valor del trabajador (Adrián Todolí, 2021, p. 62).¹

¹ Las consecuencias perjudiciales de la tecnología sobre el mundo del trabajo han generado diversas reacciones a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, entre noviembre de 1811 y enero de 1816 surgió en Gran Bretaña el movimiento ludita contra la mecanización de las fábricas conformado por trabajadores textiles. Éste se oponía al progreso industrial porque implicaba el desarrollo del liberalismo extremo promovido por el Estado que generaba “la sustitución radical de sus antiguos valores y creencias por la idea de progreso, velocidad, bús-

La incidencia de la tecnología no sólo se produce en el plano de las relaciones individuales de trabajo; especialmente, en el modo de trabajar y en el ejercicio de las facultades de control empresarial (con el uso de Internet y del correo electrónico en la empresa, la vigilancia electrónica, el fichaje informático y el control biométrico, la geolocalización, las tarjetas identificativas o el uso de la inteligencia artificial para la selección de personal; entre otras), sino también en el de las relaciones colectivas.

Autores como Djamil Kahale (2020) y Miriam Cherry (2021) dejan constancia de cómo las relaciones colectivas de trabajo se han visto afectadas por la fracturación del lugar de trabajo, la fragmentación de tareas y la desestructuración de la relación de trabajo producidas por el uso de las tecnologías, así como la “correlativa disminución del poder de negociación de los que viven de su trabajo” (Adrián Todolí, 2021, p. 68). En Perú a lo anterior se suma la falta de respuesta del ordenamiento jurídico y de las organizaciones sindicales para adecuarse a los nuevos tiempos, y la brecha digital que se concentra en los trabajadores de bajos ingresos y nivel educativo, de regiones de menor desarrollo económico que se desenvuelven en actividades primarias, mayores de cuarenta años, obreros y trabajadoras mujeres (Edgardo Balbín, 2022). Como se aprecia, se está frente un panorama nada propicio a la efectiva vigencia de los derechos colectivos.

Una cuestión muy puntual vinculada con el ejercicio del derecho colectivo de huelga, que ha cobrado especial importancia, es el uso de la tecnología para generar que “el impacto económico negativo de las huelgas pueda ser desvirtuado o reducido” (Carmen Grau, 2018, s. p.). A esto se le denomina esquirolaje tecnológico. El presente artículo revisará si las vigentes disposiciones del ordenamiento jurídico peruano, que regulan de forma genérica la figura del esquirolaje, permiten garantizar el derecho de huelga en el supuesto de esquirolaje tecnológico o si, más bien, los trabajadores se encuen-

queda del beneficio a cualquier precio, etcétera” (Patricia de la Fuente, 2004, s. p.). En la actualidad, el neoludismo o ludismo moderno se opone al desarrollo tecnológico, el consumismo y la globalización. Destaca el manifiesto “La sociedad industrial y su futuro” de Theodore Kaczynski (Unabomber): “4. Por eso nosotros abogamos por una revolución contra el sistema industrial. Esta revolución puede o no usar la violencia: puede ser súbita o puede ser un proceso relativamente gradual abarcando pocas décadas... No debe ser una revolución *política*. Su objeto no será derribar gobiernos, sino las bases económicas y tecnológicas de la sociedad actual”. Un estudio sobre la vinculación entre el movimiento ludita y el neoludismo moderno es el de Jones, S. (2006).

tran expuestos a la vulneración de este derecho fundamental ante la falta de respuesta expresa del legislador.

Para abordar este tema se partirá del análisis del contenido constitucional del derecho de huelga y de las diversas disposiciones normativas del ordenamiento peruano. Posteriormente, se examinará la figura del esquirolaje externo e interno, y la respuesta legal y jurisprudencial que lo combate. Más adelante, se plantea una serie de argumentos que sustentarán la protección del derecho de huelga frente al esquirolaje interno, a partir de la extrapolación de los argumentos vertidos para el esquirolaje externo e interno. Finalmente, se formulan algunas conclusiones.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA

Es innegable que la actuación organizada de los trabajadores para promover sus intereses profesionales, a través del ejercicio de la huelga, ha sido una de las piedras angulares del derecho del trabajo. En Perú tal cuestión se evidencia con las primeras normas sobre jornada máxima de trabajo que se dictaron como consecuencia de las medidas de lucha adoptadas por los trabajadores² (Juan Motta, 2018) y con su posterior reconocimiento como derecho constitucional, tanto en la Constitución de 1979,³ como en la de 1993.

En Perú la huelga es un derecho fundamental. La actual Constitución precisa que “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático... 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones” (Constitución peruana [CP], 12/03/2023, artículo 28, número 3). En la citada disposición se vislumbra el tratamiento legislativo que se le ha venido otorgando, con una vigencia muy reducida produc-

² Producto de diversas huelgas obreras y de procesos de negociación entre los sindicatos y empleadores con el gobierno peruano, la primera norma con carácter general que reconoce la jornada máxima de trabajo es el Decreto Supremo del 15 de enero de 1919 emitida para contrarrestar los efectos de la huelga nacional iniciada el 13 de enero de 1919. No obstante, previamente, el 10 de enero de 1913 y en agosto de 1917, se reconoció este derecho de manera específica para los jornaleros de muelles y dársenas del Puerto del Callao y los jornaleros de Huacho, respectivamente. En ambas ocasiones producto de la huelga y posterior negociación con los empleadores.

³ Se estableció que “La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley”. (Constitución peruana 1979 [CP79], 12/03/2022, artículo 55).

to de su regulación restrictiva y con un encuadramiento policial y represivo (Alfredo Villavicencio, 2010, p. 28). Se ha llegado a decir que estamos frente a un derecho “inexistente, en todo caso artificioso ya que la norma no da ni estabilidad ni seguridad a su ejercicio” (Francisco Gómez, 2007, pp. 478 y 479). Por esta razón ha recibido diversas observaciones del Comité de Libertad Sindical, sin que, hasta la fecha, haya sido modificada.

No obstante, al tratarse de un derecho fundamental, el derecho de huelga debe ser interpretado “en un sentido progresivo, irreductible y a favor *libertatis*” (Alejandro Castello, 2011, p. 25); esto es, pese al tratamiento restrictivo de las normas de rango legal, su interpretación y aplicación exige una visión constitucional que le otorgue efectiva vigencia y la mayor protección posible frente a cualquier acción u omisión de persona, autoridad o funcionario que lo amenace o afecte de cualquier forma.

La ley peruana regula la huelga según el modelo estático. Implica la suspensión colectiva de labores con abandono del centro de trabajo, realizada de forma voluntaria y pacífica (Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [LRCT], 12/03/2023, artículo 72). La misma norma establece que la huelga debe tener por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos (LRCT, 12/03/2023, artículo 73.a). Se trata de un derecho de doble titularidad, pues corresponde al sindicato o a la mayoría de los trabajadores reunidos en asamblea, en ausencia de aquél (Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [RLRCT], 12/03/2023, artículo 62). Debe ejercerse en la forma determinada por la ley y el estatuto de la organización sindical, cuando haya sindicato. Está sometida a una serie de requisitos para su declaración (LRCT, 12/03/2023, artículo 73). Será la autoridad administrativa de trabajo la que declare su procedencia.

Estamos frente a un derecho vinculado con la libertad sindical del cual es un “corolario lógico” (Janice Bellace, 2014, p. 32). En ese sentido, constituye una manifestación de la libertad sindical de actividad o del derecho de las organizaciones de trabajadores de formular su programa de acción (Convenio 87, OIT —Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación— [C87], 12/03/2023, artículo 2). Por ello se puede afirmar que, junto con la negociación colectiva, forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Si la relación de trabajo es una relación de poder, hace falta que se reconozca jurídicamente “un contrapoder que opere como factor de equilibrio

en la relación entre esas partes, teniendo a los derechos fundamentales como herramienta” (José Ugarte, 2020, p. 83). La huelga funciona como contrapoder en la medida que procura la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores con el fin de “lograr los objetivos legítimos que tienen los sindicatos desde su conformación y que la Constitución protege” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 04767-2017-PA/TC, fundamento jurídico 14).

Así, la huelga constituye una medida de acción directa que no tiene “una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40). En tanto mecanismo de presión, facilita a los trabajadores “la construcción de una posición de poder de la que originalmente carecen” (José Ugarte, 2020, p. 83). Su finalidad esencial es la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores (LRCT, 12/03/2023, artículo 73);⁴ de allí que la verdadera naturaleza del derecho de huelga es la de ser una “garantía de garantías, y, por tanto, un primer derecho de los trabajadores” (Ana Alfie, 2012, p. 13).

La suspensión colectiva de las labores en la que se traduce la huelga tiene una incidencia directa en la esfera organizativa del empleador. No es que con ella éste pierda sus potestades empresariales y su facultad de organizar los recursos humanos y materiales bajo su mando y el proceso productivo. Pero sí supone “perturbaciones y costos” (Organización Internacional del Trabajo, 2018, parágrafo 755) que significarán que aquellos se apliquen sobre los trabajadores y recursos materiales no involucrados en la huelga. Es esa la razón por la que constituye una medida de coacción o presión⁵ que limita la libertad del empresario, perturba el proceso productivo y afecta la marcha del negocio. Este es un aspecto fundamental que debe ser garantizado por el ordenamiento jurídico. Lo contrario, es perder la perspectiva de que la huelga tiene un marcado carácter instrumental y que para conseguir su propósito debe afectar al empleador.

⁴ Derechos e intereses que deben incluir “la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores” (OIT, 2018, parágrafo 758).

⁵ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que la huelga es “una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores”. Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40.

Por ello, el ejercicio del derecho de huelga encierra en sí mismo una autorización del ordenamiento jurídico para causar un daño al empleador (Wilfredo Sanguineti, 2020). Se trata de un daño lícito o justo, no reparable (Carlos Céspedes, 2017), consecuencia de “lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica” (STS, del 22 de noviembre de 2000, Tribunal Supremo español-Sala Cuarta de lo Social).

Cuestión distinta y trascendental en relación con lo que aquí nos ocupa es el tipo de daño que puede infligirse con el ejercicio del derecho de huelga. Teniendo en cuenta la regulación peruana (LRCT, 12/03/2023, artículo 72), el único tipo de daño tolerable será “el que se deriva de un normal no hacer” (Ana Alfie, 2012, p. 17), resultado de la “paralización de la actividad productiva, sin que se llegue a causar un daño adicional injusto” (Carlos Céspedes, 2017, p. 277).

Si la huelga implica una suspensión colectiva de trabajo, acordada mayoritariamente con abandono del centro de trabajo y pacífica, entonces uno de los daños no tolerados será el que se genere como producto de la “violencia sobre bienes o personas” (LRCT, 15/03/2023, artículo 84, b).

De la misma forma, y al margen de su oposición a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical,⁶ la norma peruana deja fuera de la cobertura jurídica a las que denomina modalidades irregulares de huelga. Así, establece lo siguiente:

No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo. (LRCT, 15/03/2023, artículo 81)

⁶ El Comité de Libertad Sindical ha precisado lo siguiente: “En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica” (OIT, 2018, parágrafo 784. En el mismo sentido, Ana Alfie (2012) opina que la huelga, entendida como la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, es sólo una forma de protesta, y que deberían admitirse otros formatos de protesta, pues la acción colectiva “debe ser esencialmente plástica si pretende lograr eficacia” (p. 31).

Esta es la razón por la que el ejercicio de alguna de estas modalidades convertirá a la huelga en ilegal y, por lo tanto, en intolerables los daños que con aquéllas se generen al empleador (LRCT, 15/03/2023, artículo 84, c).

En suma, el contenido del derecho de huelga no sólo incluye el derecho a dejar de trabajar voluntaria, temporal, colectiva y pacíficamente sin que quepa la imposición de una sanción por el empleador, sino que debe extenderse también a “salvaguardar la finalidad de presión (que no su resultado) que toda huelga conlleva” (Nancy Sirvent, 2015, p. 141). Es decir, las normas protectoras del derecho de huelga deben reconocer que “la finalidad misma de la huelga conlleva alguna nocividad” (Aída Kemelmajer, 1996, p. 17), y que, como lógica consecuencia, implica “la limitación de los derechos del empresario susceptibles de impedir el cumplimiento de su función constitucional” (Wilfredo Sanguinetti, 2020, p. 26).⁷ Así, el empleador está obligado a soportar el daño producido sin que pueda valerse de las facultades que conforman el poder de dirección para aminorarla o neutralizarla.

Si este es el contenido del derecho de huelga, entonces constitucionalmente se sustenta la prohibición de que el empleador reste eficacia a la huelga con medidas como la del reemplazo de los trabajadores huelguistas o el retiro de maquinarias, materias primas u otros bienes del empleador o cualquier otra, que, en otro escenario, tendrían fundamento y legitimidad en el poder de dirección del empleador. Lo contrario debilitaría el carácter de contrapoder del derecho de huelga y lo vaciaría de contenido.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otro derecho, la huelga no es un derecho absoluto, sino que admite límites impuestos por la legislación. Éstos, no obstante, no pueden significar o interpretarse en el sentido de vaciar de contenido al derecho.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que “la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40). En todo caso, debe tenerse en cuenta —como afirma la Corte Constitucional colombiana— que “las restricciones que se impongan al ejercicio del derecho de huelga deben ser necesarias, indispensables, razonables y proporcionales”.

⁷ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, para quien “el derecho de los huelguistas es un derecho a incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario” (sentencia 11/1981, del 8 de abril, fundamento jurídico 10).

das a la finalidad que se pretende alcanzar, con el fin de no hacerlo nugatorio o impracticable, pues si ello no es así, se atentaría contra la libertad sindical” (sentencia C-993/00, del 2 de agosto de 2000, Corte Constitucional de Colombia).

Esta es la razón por la que Alejandro Castello (2011), siguiendo a Ermida, manifiesta que “los únicos límites verdaderos de la huelga son el mantenimiento de los servicios esenciales y el carácter pacífico de las medidas de conflicto” (p. 29).

La Corte Suprema de Perú se refiere a los límites que se le imponen al derecho de huelga. Éstos son “de tipo subjetivo (por razón de las personas no prohibidas de ejercerla), objetivos (por razón de las actividades que no pueden afectarse por ella) y procedimentales (por razón de la exigencia del cumplimiento de requisitos previos previstos en la ley para poderla materializar)” (Casación laboral 22596-2018-Lambayeque, considerando séptimo).

En relación con los límites del derecho de huelga, el supremo intérprete ha manifestado que la ausencia de legislación sobre el tema “no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40). Este argumento será fundamental al momento de examinar el problema de ausencia de regulación sobre el esquirolaje tecnológico en el ordenamiento jurídico peruano.

Si la huelga debe ejercerse en armonía con el “interés social”,⁸ éste también incluye el interés del empleador.⁹ Ello no implica desaparecer el daño que, esencialmente, su ejercicio produce, pero sí evitar la desproporción.

⁸ Aunque —como ya se señaló— la Constitución peruana habla del “interés social”. No obstante, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en realidad, se debe entender como elemento armonizador del derecho de huelga al interés público “que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 42). En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 02211-2009-PA/TC, fundamento jurídico 12.

⁹ El supremo intérprete ha precisado también que “el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscribire, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de los derechos” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 3311-2005-PA/TC, fundamento jurídico 18).

Un ejemplo de lo anteriormente señalado se regula en la norma peruana, según la cual “Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga” (LRCT, 15/03/2023, artículo 78).

Se trata de los llamados servicios mínimos de mantenimiento que buscan “evitar un daño mayor al necesario al empleador y adicionalmente garantizar el reinicio inmediato de las labores de los trabajadores una vez levantada la medida por estos” (Juan Cortés, 2009, p. 678).

En todo caso, tanto el principio de razonabilidad cuanto el de buena fe incidirán en el ejercicio del derecho de huelga para garantizar que los daños sufridos por el empleador como consecuencia de la huelga sean razonables o proporcionados, producto de la abstención, de un no hacer. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha precisado que la huelga debe ser convocada teniendo en cuenta “La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 41).

Esta proporcionalidad y reciprocidad de las privaciones y daños que sufren las partes en conflicto no debe entenderse como equiparables o correlativos entre sí, pues —como ha quedado dicho— la huelga presupone un daño al empleador. Lo que no será tolerado es “una desproporción jurídica, un plus sobre el perjuicio que todo ejercicio de la huelga busca del lado empresarial de valoración ineludiblemente empírica, al suponer que los trabajadores causen daños innecesarios o incoherentes con su acción” (Guillermo Barrios y Begoña García, 2017, p. 98). Corresponderá al empleador probar la existencia de esos daños adicionales y que éstos son desproporcionados y ajenos a la finalidad misma de la huelga.

III. EL ESQUIROLAJE COMO MECANISMO QUE RESTA EFICACIA AL DERECHO DE HUELGA. EL ESQUIROLAJE EXTERNO E INTERNO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Determinado el contenido del derecho de huelga se facilita la actuación de las garantías para su protección. Si la huelga encierra en sí misma una finalidad

defensiva capaz de generar un daño lícito que el empleador debe tolerar, entonces cualquier acción del empleador que busque restarle eficacia deberá ser proscrita por afectar el contenido constitucional del derecho. De una forma u otra, esto supondrá una extralimitación de los poderes empresariales dada su ofensividad al derecho de huelga.

1. *Esquirolaje externo*

Una de estas situaciones de extralimitación de los poderes empresariales se produce con el esquirolaje externo. Éste ha sido regulado en diversos ordenamientos jurídicos,¹⁰ incluido el peruano. En Perú la norma que regula la huelga establece que, declarada una huelga, “todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para rea-

¹⁰ En España se prohíbe a las empresas “sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma” (Real Decreto Ley 17/1977, del 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajos [RDLRT], 22/03/2023, artículo 6.5). También se prohíbe celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria, como específica manifestación de dicho esquirolaje externo (Ley 14/1994, del 1 de junio que regula las empresas de trabajo temporal [LETT], 22/03/2023, artículo 8). A su vez, se tipifica como infracción muy grave los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores, consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento (texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/2000 [LIS], 22/03/2023, artículo 8.10).

En Chile, expresamente, “Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga” (Código del Trabajo de Chile [CTCH], 22/03/2023, artículo 345.2). Asimismo, que “La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes” (Código del Trabajo de Chile [CTCH], 22/03/2023, artículo 345.4).

En Colombia se establece que “La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias” (Código Sustantivo del Trabajo de Colombia [CSTC], 22/03/2023, artículo 449).

lizar las actividades de los trabajadores en huelga” (RLRCT, 20/03/2023, artículo 70).

Tampoco será posible recurrir a la intermediación laboral “para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga” (Ley que regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de Cooperativas de Trabajadores [LAEESCT], 20/03/2023, artículo 8). Finalmente, la tercerización de servicios “no puede ser utilizada con la intención o efecto de imitar o perjudicar la libertad sindical... , sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical” (Ley que regula la Tercerización de Servicios [LTS], 20/03/2023, artículo 7).

Como se aprecia, se impone legalmente la prohibición de sustituir a los huelguistas con personal externo a la empresa, sea a través de contratación directa o indirecta (intermediación laboral o tercerización de servicios). Admitir lo contrario, “entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales” (OIT, 2018, párrafo 919).

Se puede definir el esquirolaje externo como aquel acto empresarial de sustitución de trabajadores huelguistas por otros que “no formaban parte de la plantilla de la empresa, o en su caso, del centro de trabajo en el momento de iniciarse la huelga” (José Ruiz, 2021, p. 37). Se trata de una acción empresarial de vinculación de personal que, dirigida hacia fuera, pretende colocar reemplazantes dentro de la empresa, mientras dure la huelga o so pretexto de ella, con la finalidad de restarle eficacia.

La prohibición antes mencionada genera la posibilidad de intervención de la autoridad de fiscalización laboral. Aun cuando no se hace expresa mención del término ‘esquirolaje’, en la norma reglamentaria de inspección de trabajo, se ha contemplado como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la autoridad administrativa de trabajo. (Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo [RLGIT], 22/03/2023, artículo 25, 9)

Una cuestión que merece ser abordada es si existe la posibilidad de recurrir a la figura de la sustitución de trabajadores huelguistas en caso de incumplimiento de la obligación de los huelguistas de “garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan (LRCT, 22/03/2023, artículo 82), en caso de los servicios públicos esenciales.¹¹ Al tratarse de una situación de clara afectación del interés público, será posible que el empleador recurra a la sustitución de huelguistas (OIT, 2018, párrafo 917).

2. *Esquirolaje interno*

La legislación peruana no se refiere de manera expresa al esquirolaje interno. Éste implica el ejercicio irregular de las facultades que conforman el poder de dirección del empleador quien, extraordinariamente, ordena la movilidad interna del personal (sea que se trate de movilidad funcional, movilidad geográfica, a través de la variación de horario, modificación de turnos, etcétera) para cubrir, total o parcialmente, las funciones de los trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho de huelga en la empresa.

La decisión empresarial podría pasar como una de legítimo ejercicio del poder de dirección empresarial; no obstante, no lo es, al entrar en conflicto con diversas disposiciones normativas que regulan su ejercicio; entre ellas, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que es la norma general que regula las relaciones de trabajo del sector privado. Ésta faculta al empleador a realizar los cambios en turnos, días u horas de trabajo, así como en la forma y modalidad de la prestación, pero “dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”¹² (Ley de Productividad y Competitividad Laboral [LPCL], 22/03/2023, artículo 9).

¹¹ La norma establece que “Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga” (LRCT, 22/03/2023, artículo 78).

¹² Así también se ha planteado que el empleador utiliza abusivamente sus poderes empresariales “con fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 123/1992, del 28 de septiembre, fundamento jurídico 5).

Esta facultad empresarial conocida como el *ius variandi* se ejerce ante situaciones excepcionales que ocurren en la empresa. Por ninguna razón puede restar virtualidad o vaciar de contenido al ejercicio de un derecho fundamental, pues debe ejercerse con razonabilidad. Una medida de la razonabilidad es su conformidad con los derechos fundamentales. La fuerza normativa de la Constitución, aplicable también a las relaciones entre particulares, trae como consecuencia el ejercicio constitucional del poder de dirección y de todas las facultades empresariales. Téngase en cuenta además que la propia norma constitucional establece que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (CP, 22/03/2023, artículo 23).

Así lo ha precisado también el Tribunal Constitucional, el cual, partiendo del reconocimiento de los poderes de dirección y organización propios del empleador, afirma que

deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un *status* particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. (Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 6)

Teniendo en cuenta esta visión constitucional, y a pesar de la inexistencia de norma expresa que prohíba el esquirolaje interno, se ha dictado una serie de pronunciamientos administrativos y judiciales que han disipado toda duda sobre la proscripción del esquirolaje interno en el ordenamiento peruano.

Así, por ejemplo, a título de recomendación, la Dirección General de Inspección de Trabajo manifestó en 2011 que

la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprende también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíproco de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga. (Dirección

General de Inspección del Trabajo [DGIT], 01/04/2023, oficio circular 059-2011-MTPE/2/16, del 7 de octubre de 2011)

Inicialmente, la primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral mostró una postura restrictiva en la interpretación del artículo 15, 9, del RLGIT. Así, apoyando su decisión en el principio de tipicidad, manifestó que

El citado artículo no establece —siquiera— dentro de su fórmula una cláusula abierta que permita identificar otros tipos de supuestos de afectación al derecho de huelga más allá de los consignados actualmente: la sustitución externa de trabajadores o el retiro de los medios de producción sin la autorización de la autoridad administrativa de trabajo. (Tribunal de Fiscalización laboral, resolución N°717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6.15)

Por eso concluyó que nuestra legislación no ha tipificado la figura del esquirolaje interno y que, por esa razón, no pueden ser objeto de sanción administrativa los actos empresariales de sustitución interna de trabajadores.

Posteriormente, la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral se inclina por la posición contraria al establecer que el esquirolaje interno constituye una práctica empresarial vedada; esto es, “un supuesto de ejercicio desviado del poder de dirección” (Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6, 7) al afectar el derecho constitucional de huelga que constituye un bien jurídico protegido.

Además, la falta de reconocimiento expreso no produce afectación alguna del principio de tipicidad por cuanto la disposición del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo contiene “una premisa suficiente que, leída con la consecuencia jurídica prescrita, puede entenderse de la siguiente manera: son muy graves las infracciones consistentes en actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga” (Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6, 10); esto es, tiene tal amplitud que deja fuera de duda a su aplicación a cualquier acto restrictivo o limitativo del derecho de huelga implementado por el empleador.

Agrega también el Tribunal que lo que contiene el numeral citado es a título ejemplificativo; es decir, sólo se mencionan algunos supuestos que podrían configurar la conducta proscrita. No hay necesidad de recurrir “a la analogía ni a la interpretación extensiva en materia sancionadora para encuadrar el esquirolaje interno dentro de la regla examinada” (Tribu-

nal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6, 13).

En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la libertad sindical de actuación, aspecto de la libertad sindical con el que la huelga se encuentra estrechamente vinculada. Así, ha expresado que “cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resultará *vulneratorio* del derecho de libertad sindical” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 02211-2009-AA/TC, fundamento jurídico 7). *Contrario sensu*, tendrá que existir una razón objetiva, justificada y suficiente para que se tolere la actuación empresarial que restrinja el derecho de huelga. Ésta, en todo caso, estará vinculada con el mantenimiento de los servicios esenciales.

Por otro lado, la Corte Suprema, con una visión amplia y enfoque constitucional, ha precisado que “Toda medida que busque reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida” (casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016, considerando noveno). Asimismo, refiriéndose a las disposiciones del RLRCT que prohíben el esquirolaje externo, interpreta que “se encuentra incluida en esta prohibición, no sólo el esquirolaje externo sino también el interno” (casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016, considerando noveno). Como se aprecia, la Corte Suprema privilegia la protección del derecho de huelga al dejar claro que se incluye los actos de movilidad interna de su propio personal para sustituir al personal huelguista; así como “cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a cualquier medida de acción iniciado por los trabajadores en huelga” (casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016, considerando decimoprimero). Detrás de esta decisión se encuentra una visión protectora del derecho fundamental de huelga que obliga a adoptar todas las medidas que garanticen el cumplimiento de su finalidad.

La protección frente al esquirolaje interno debe tener un amplio campo de acción y estar referido a diversos supuestos. En ese sentido, debe considerarse esquirolaje interno “intensificar la producción durante el preaviso de la huelga con el fin de reducir o anular la reducción de la producción que se producirá durante la huelga” (Daniel Toscani, 2017, s. p.).

De la misma forma, hay esquirolaje interno en los casos en los que, sin existir orden de la alta dirección de la empresa, por propia iniciativa, los man-

dos intermedios desarrollaron tareas que ordinariamente no les correspondían. Así lo precisó el Tribunal Supremo de Justicia español que, partiendo de la idea de responsabilidad del titular de la empresa sobre las decisiones de sus mandos intermedios, concluye que existe un deber empresarial de prevenir la realización de actos de sustitución de huelguistas, sobre todo porque el empleador también es un garante de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, dentro de su círculo de organización y dirección (sentencia del Tribunal Supremo español, STS 499/2021, del 6 de mayo de 2021, RCUD, 4975/2018). En suma, el empresario tiene un deber “de respetar el derecho de huelga (y hacer que se respete), pero sin que ello signifique un deber de colaborar a su mayor éxito o eficacia” (Magdalena Nogueira, 2021, p. 5).

3. *Esquirolaje tecnológico*

La tecnología, entendida en el sentido más general, tiene en las empresas a una de sus principales usuarias, en la medida que la automatización, la inteligencia artificial y la robótica avanzada contribuyen a generar un mayor rendimiento en la productividad empresarial y al incremento de sus ganancias. De esta forma, se convierte en una herramienta fundamental para el desarrollo de las actividades empresariales que el empleador incorpora en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de empresa (CP, 01/04/2023, artículo 59).

Dependiendo de las herramientas tecnológicas y de las actividades empresariales, puede llegar a producirse lo que se conoce como la automatización de sustitución del trabajo humano, pues muchas de las tareas que realizaba el trabajador se programan para ser realizadas por aquellas (a través de la inteligencia artificial o la robótica avanzada); sobre todo si se trata de “tareas rutinarias, repetitivas, de baja complejidad o simples (en movimientos y/o cálculos), estandarizadas o fácilmente estandarizables (que pueden ser traducidas a algoritmos informáticos programados en aplicaciones de *software* y en acciones de robots con sus ‘actuadores’)” (Arturo Lahera, 2021, p. 3).

Esta cuestión que —desde el punto de vista empresarial— puede significar una ventaja para el logro de los objetivos empresariales, de cara a los trabajadores puede significar una amenaza a los derechos laborales; entre ellos, al derecho al trabajo y la estabilidad laboral, al derecho a la progresión profesional, al derecho a la remuneración o, en la cuestión que nos ocupa, al derecho de huelga.

Si bien en Perú aún no se han producido casos de esquirolaje tecnológico, sí han ocurrido en países como Canadá, en el ámbito del sector de los medios de prensa, y España, en el ámbito del sector audiovisual. Éstos han sido abordados por la jurisprudencia y la respuesta no necesariamente se ha inclinado en favor de la huelga (Andrea Talarico, 2021; Carmen Grau, 2018; Beatriz Sánchez- Girón, 2021). Lo cierto es que no existe regulación normativa específica sobre el esquirolaje tecnológico a nivel de la Unión Europea, Estados Unidos¹³ o Latinoamérica. En todos esos ámbitos —jurisprudencial o doctrinalmente— se ha planteado que —sin necesidad de un cambio legislativo— (Andrea Talarico, 2021), se lo puede abordar a partir de la prohibición general de esquirolaje,¹⁴ desde una visión progresiva de los derechos fundamentales, una interpretación favorable a la más amplia extensión de los derechos sindicales (Andrea Talarico, 2021; Anna Rota, 2018) y a la luz de la función que cumple la huelga en las relaciones laborales (Margarita Miñarro, 2018).

En consonancia con lo previamente manifestado, en Perú no se encuentra prohibido expresamente el esquirolaje tecnológico. Tampoco existen antecedentes jurisprudenciales —de orden jurisdiccional, administrativo o constitucional— relacionados con el uso de la tecnología como mecanismo perturbador del normal ejercicio del derecho de huelga. Por ello, partiendo de que en el ordenamiento peruano se proscribe cualquier acto empresarial que vacíe de contenido el libre ejercicio del derecho de huelga (RLGIT, 01/04/2023, artículo 25, 9), es posible afirmar que se encuentra proscrito también el esquirolaje tecnológico. Abonan a ello la *ratio legis* de las disposiciones normativas que prohíben el esquirolaje externo (RLRCT, 01/04/2023, artículo 70); así como la labor interpretativa de los tribunales de justicia y administrativos que se han pronunciado sobre el contenido del derecho de huelga o sobre la prohibición del esquirolaje interno, tal como se señaló previamente. Las mismas razones que sustentan la prohibición del esquirolaje, tanto externo como interno, son extrapolables al esquirolaje tecnológico,

¹³ En este sentido, Andrea Talarico (2021) manifiesta que poco se ha escrito sobre el esquirolaje tecnológico en América del Norte, probablemente porque la legislación antihuelgas está relativamente ausente en esta parte del mundo (p. 588).

¹⁴ Como ocurre en Chile donde a través del Dictamen 448/6, del 24 de enero de 2018 de la Dirección de Trabajo de Chile, y vía interpretación, se fija el sentido y alcance de la expresión “reemplazo” contenido en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d del artículo 403 del Código de Trabajo. <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114390.html>

pues de lo que se trata es de cautelar la finalidad del ejercicio del derecho fundamental de huelga y su contenido constitucional.

El esquirolaje tecnológico o virtual es una particular forma de esquirolaje caracterizada por el modo empleado para mantener la producción en un contexto de huelga utilizando “algún dispositivo tecnológico que, conveniente preprogramado por el empresario, pueda lograr la finalidad de que el proceso productivo se mantenga dentro de parámetros de normalidad durante el desarrollo de la huelga” (Rodrigo Tascón, 2020, p. 93). Se busca con ello minorar o desaparecer el impacto económico y social que se genera con la huelga. Por esta razón, se trata de una decisión empresarial organizativa que afecta el contenido constitucional del derecho de huelga y evidencia un ejercicio arbitrario del poder de dirección.

Para que se aprecie una situación de esquirolaje tecnológico es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) que la huelga se desarrolle en empresas que dispongan de medios tecnológicos a su alcance, sea que éstos se combinen con mano de obra o que se empleen de forma exclusiva reduciendo al mínimo la intervención humana, y 2) que el uso de estos medios tecnológicos vacíe de contenido el derecho de huelga, afectando la eficacia del derecho de huelga (Francisco Valle, 2018, pp. 190 y 191).

Se trata pues de una situación que implica el uso no habitual o inusual de los medios tecnológicos en el proceso productivo, sustituyendo —en todo o parte— las funciones, labores o tareas habituales asignadas al personal huelguista y que, bajo el manto del ejercicio ordinario del elemental poder de organización con el que cuenta el empleador (que no el *ius variandi*), se emplea con la finalidad de reducir los efectos de la huelga y no para la legítima consecución de los fines empresariales.

Siguiendo a Rodrigo Tascón (2020) se podría diferenciar entre esquirolaje tecnológico externo e interno. El primero implica la sustitución de los huelguistas con medios técnicos con los que no contaba la empresa al momento en que se convoca a la huelga y que son adquiridos ante su inminencia o mientras se desarrolla, con la finalidad de disminuir sus efectos. El segundo supone sustituir a los huelguistas con los medios técnicos de los que la empresa dispone al momento de la convocatoria de la huelga, “intensificando su uso o ampliando sus potencialidades” (pp. 97 y 98).¹⁵

¹⁵ En sentido similar, se ha señalado que el esquirolaje tecnológico se produce “redoblando el rendimiento del sistema automático ya instalado en la empresa o extendiéndolo a operacio-

El esquirolaje tecnológico interno requiere un análisis pormenorizado, pues se trata de dejar en evidencia el uso anormal o no habitual de la tecnología o la alteración de los procedimientos técnicos habituales que escondan la intencionalidad de alterar los efectos que la huelga produce mientras se desarrolla. El empleador pretenderá sustentar su actuación en el ejercicio de las facultades que le confiere el derecho de libertad de empresa; concretamente, la autonomía en la dirección de la empresa, esto es, la libertad de “dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 01405-2010-PA/TC, fundamento jurídico 13); sin embargo, este derecho no incluye dentro de su contenido facultades para reaccionar contra la huelga (Carmen Grau, 2018).

No se debe entender con ello que el empleador tenga impedida la posibilidad de hacer uso de los recursos tecnológicos con los que ya contaba la empresa antes del desarrollo de la huelga; antes bien, de lo que se trata es de comprobar cuál ha sido el uso habitual que de ellos ha hecho el empleador, de tal forma que “si el uso de tales medios es excesivo y las modificaciones del proceso productivo no son meros ajustes, sino cambios verdaderamente sustanciales” (Rodrigo Tascón, 2020, p. 99), entonces se puede concluir válidamente que se convierte en un uso abusivo que deja sin eficacia al derecho de huelga.

En todo caso, la cuestión de la protección frente al esquirolaje tecnológico se resume a una vinculada a dotar de mayor efectividad en el ámbito de las relaciones laborales a un derecho fundamental, toda vez que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. En la relación entre el derecho de huelga y el derecho de libertad de empresa, como en cualquier situación de conflicto entre derechos, el criterio interpretativo es otorgar la mayor eficacia posible al derecho y la restricción de cualquier límite que se haya impuesto a lo necesario.

Al igual que en el caso del esquirolaje interno, también cabría extender la prohibición del esquirolaje tecnológico a aquellos supuestos en los que el empleador, a través de los medios tecnológicos, se anticipa a la labor que dejará de efectuarse mientras se desarrolla la huelga, afectando, en la práctica, su función de medida de presión contra el empleador.

nes no habituales” (Dirección de Trabajo de Chile, Dictamen 448/6, del 24 de enero de 2018, que fija el sentido y alcance de la expresión “reemplazo” contenido en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d del artículo 403 del Código del trabajo, p. 5).

Una cuestión fundamental vinculada con la protección frente al esquirolaje tecnológico tiene que ver con su alegación y probanza en el proceso correspondiente. Justamente, dada la necesidad de brindar la mayor protección posible al derecho de huelga, en situaciones que involucren el uso de la tecnología como mecanismo que lesiona el derecho fundamental de huelga, bastará con que los trabajadores o el sindicato prueben con indicios suficientes que se ha producido la vulneración del derecho de huelga. Esta facilitación probatoria debe ir acompañada de la regla que obligue al empleador a demostrar que ha utilizado razonablemente los medios tecnológicos (en el sentido de uso habitual u ordinario) y “que su actuación obedece a fines productivos alejados de la pretendida vulneración del derecho de huelga” (Beatriz Sánchez-Girón, 2021, p. 45). La razón no es otra que el hecho de que los medios tecnológicos se encuentran bajo su esfera de dominio.

IV. CONCLUSIONES

En el análisis de la vigencia efectiva de un derecho fundamental, como el derecho de huelga, se debe partir de su contenido constitucional y de la adecuada identificación de su razón de ser o finalidad, no desde una óptica de la legalidad ordinaria, sino desde una visión constitucional. Sólo así, las decisiones que adopten los operadores jurídicos en un caso concreto otorgarán una mayor protección al derecho de huelga.

En el ordenamiento jurídico peruano está prohibido cualquier acto que implique vaciar de contenido el derecho de huelga y neutralizar, disminuir o eliminar el efecto dañoso que la huelga *per se* implica y que forma parte de su contenido. Esto incluye el esquirolaje externo, el interno y el esquirolaje tecnológico o virtual. No es relevante que no exista una norma expresa que prohíba el esquirolaje interno ni el tecnológico. Las mismas razones que sustentan la prohibición del esquirolaje externo son aplicables a las modalidades de esquirolaje interno y tecnológico.

Si el derecho de huelga incluye dentro de su contenido la producción de efectos perjudiciales al empleador, entonces no debe permitirse que éste impida la vigencia efectiva del derecho de huelga sustituyendo a los huelguistas con medios tecnológicos, sea que se adquieran con tal finalidad o que se usen de manera intensiva o distinta a los habituales con los que ya cuenta la empresa. Una interpretación constitucional, finalista y sistemática del orde-

namiento peruano debe llevar al operador jurídico a dotar de mayor protección al derecho de huelga, pues ni siquiera el derecho de libertad de empresa del empleador y los poderes empresariales que de él se derivan, contienen dentro de sí impedir los efectos de la huelga.

La cuestión fundamental que debe examinarse cuando se analice un caso de esquirolaje tecnológico tiene que ver con el uso infrecuente o no ordinario de los medios tecnológicos, durante el desarrollo de la huelga e incluso durante el periodo de preaviso que la antecede. Por tanto, debe verificarse cuál ha sido el uso ordinario, habitual o según los procedimientos empresariales que ha hecho el empleador en el tiempo para concluir si, en realidad, el empleador ha abusado de su derecho a disponer de sus recursos materiales, técnicos y humanos para el logro de los objetivos empresariales. La razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo siguen siendo los criterios fundamentales para examinar la decisión empresarial vinculada con el uso de los medios tecnológicos ante una situación de huelga.

En consonancia con ello, y procesalmente hablando, debe facilitarse la labor probatoria en caso de que se produzca acto de amenaza o vulneración del derecho de huelga mediante esquirolaje tecnológico. Bastará que los trabajadores presenten indicios que evidencien la vulneración del derecho de huelga; le corresponde al empleador la prueba de un uso razonable, habitual u ordinario de la tecnología.

V. REFERENCIAS

- Alfie, Ana (2012). Conflicto y derecho de huelga: reflexiones a partir del caso argentino. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 15, 3-33. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n15/1870-4670-rlds-15-3.pdf>
- Balbín, Edgardo (2022). *El ejercicio de los derechos sindicales en el Perú 2019-2021*. Plades.
- Barrios, Guillermo y García, Begoña (2017). *Efectos de la huelga y el cierre patronal en las relaciones laborales y de seguridad social*. Aranzadi.
- Bellace, Janice (2014). La OIT y el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 133(1), 31-76. <https://www.ugt-andalucia.com/documents/10157/1772791/La+OIT+y+el+derecho+de+huelga+JANICE+R.BELLACE.pdf>

- Bilbao, Andrés (1999). La globalización y las relaciones laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 15, 123-137. <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA9999220123A/32491>
- Casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/06/Casaci%C3%B3n-3480-2014-Lima-Legis.pe_.pdf
- Castello, Alejandro (2011). El derecho de huelga en Uruguay. *Derecho & Sociedad*, 37, 23-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13140>
- Céspedes, Carlos (2017). El daño lícito y el derecho de huelga. *Revista de Derecho*, 47, 250-289. <https://www.redalyc.org/journal/851/85150088009/html/#fn99>
- Cherry, Miriam (2020). Regreso al futuro. Continuidad del diálogo sobre el trabajo y la tecnología en la OIT. *Revista Internacional del Trabajo*, 139(1), 1-25. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_819537.pdf
- Código del Trabajo de Chile, 22/03/2023. https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_1.pdf
- Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, 22/03/2023. https://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo.htm
- Constitución peruana 1979, 12/03/2023. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf
- Constitución peruana 1993, 12/03/2023. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>
- Convenio 87, OIT, Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 12/03/2023. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087
- Cortés, Juan (2009). El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (pp. 673-689). Grijley.
- Dirección de Trabajo de Chile, Dictamen 448/6, del 24 de enero de 2018, que fija el sentido y alcance de la expresión “reemplazo” contenido en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d) del artículo 403 del Código de Trabajo, 22/03/2023 <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114390.html>

- Dirección General de Inspección del Trabajo, 01/04/2023, Oficio circular 059-2011-MTPE/2/16, del 7 de octubre de 2011. https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/oficio_circular_059-2011-MTPE-2-16.pdf
- Dosi, Giovanni y Virgillito, María E. (2019). ¿Hacia dónde evoluciona el tejido social contemporáneo? Nuevas tecnologías y viejas tendencias socioeconómicas. *Revista Internacional del Trabajo*, 138(4), 639-674. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_819536.pdf
- Fuente, Patricia de la (2004). Los luditas y la tecnología: lecciones del pasado para las sociedades del presente. *El Búho. Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, 2, 2. <https://elbuhorevistasaaafi.es/buho2/luditas.htm>
- Gómez, Francisco (2007). *Derecho social y del trabajo: La empresa y el empleador*. Editorial San Marcos.
- Grau, Carmen (2018). El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 206, 99-124. <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20impacto%20de%20las%20nuevas%20tecnolog%C3%ADAs%20en%20el%20derecho%20de%20huelga.pdf>
- Jones, S. (2006). *Against Technology. From the Luddities to Neo-Luddism*. Routledge Taylor & Francis Group.
- Kahale, Djamil T. (2006). Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: ¿avance o retroceso? *Revista de Derecho*, 25, 289-307. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102508.pdf>
- Kemelmajer, Aída (1996). Los daños producidos por las huelgas en la jurisprudencia posterior a 1990. *Idearium*, 18-22, 13-21.
- Lahera, Arturo (2021). El debate sobre la digitalización y la robotización del trabajo (humano) del futuro: automatización de sustitución, pragmatismo tecnológico, automatización de integración y heteromatización. *Revista Española de Sociología*, 30(3), 1-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7988220>
- Ley 14/1994, del 1 de junio, que Regula las Empresas de Trabajo Temporal, 22/03/2023, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554>

- Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido, aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/2000, 22/03/2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 22/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0081/tuo-decreto-legislativo-728-reglamento.pdf>
- Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, 12/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf>
- Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de Cooperativas de Trabajadores, 20/03/2023. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/\\$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf)
- Ley que Regula la Tercerización de Servicios, 20/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0108/Ley-Regula-Servicios-Tercerizacion.pdf>
- Miñarro, Margarita (2018). Según el Tribunal Constitucional “si es tecnológico, no es esquirolaje. Retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 429, 211-220. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/download/1450/1088/4638>
- Motta, Juan D. (2018). Apuntes para una historia del derecho del trabajo Peruano. *Themis Revista de Derecho*, 73, 209-224. <https://doi.org/10.18800/themis.201801.013>
- Nogueira, Magdalena (2021). El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 1-5. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001311
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6a. ed. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf
- Real Decreto Ley 17/1977, del 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, 22/03/2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-6061>
- Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, 12/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf>
- Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, 22/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0072/ley-general-inspeccion-trabajo-2021.pdf>

- Rota, Anna (2018). La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 420, 77-99. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1658>.
- Ruiz, José (2021). El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español. *Revista DELOS*, Especial noviembre 21, 35-51. <https://doi.org/10.51896/DELOS/KJGA8564>
- Sánchez-Girón, Beatriz (2021). El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico. *Estudios de Deusto*, 69(1), 39-47. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/2143/2589>
- Sanguinetti, Wilfredo (2020). La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática. *Laborem*, 22, 19-57. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22-19-57.pdf>
- San Martín, Carolina y Pavón, Santos (2014). Nuevas tecnologías y su incidencia en las relaciones laborales. Una visión desde el ordenamiento y la jurisprudencia española. En Pilar Charro y Javier Espinoza (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Un estudio desde las dos orillas* (pp. 43-84). Dykinson.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 1124-2001-AA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 3311-2005-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 02211-2009-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02211-2009-AA.html#:~:text=consiste%20en%20la%20suspensi%C3%B3n%20colectiva,abandono%20del%20centro%20de%20trabajo%E2%80%9D>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 01405-2010-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 04767-2017-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/04767-2017-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Supremo español STS 499/2021, del 6 de mayo de 2021, RCU 4975/2018. <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/755f8a6a7ead9e46>
- Sirvent, Nancy (2015). La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios. *Temas Laborales*, 128, 139-174. <https://core.ac.uk/download/pdf/32326546.pdf>

- Talarico, Andrea (2021). Technological Strikebreaking: A Case Study of Quebec's Anti Acab Legislation. *Revue trimestrielle Relations Industrielles*, 76(3), 587-606. <https://www.jstor.org/stable/27114736>
- Tascón, Rodrigo (2020). Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética ley orgánica de huelga. *Documentación Laboral*, 121, 91-103. [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N121/06%20Propuesta%20de%20regulaci%C3%B3n%20para%20el%20esquirolaje%20tecnol%C3%B3gico%20en%20el%20contexto%20de%20una%20hipot%C3%A9tica%20ley%20org%C3%A1nica%20de%20huelga%20\(Tasc%C3%B3n%20L%C3%B3pez\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N121/06%20Propuesta%20de%20regulaci%C3%B3n%20para%20el%20esquirolaje%20tecnol%C3%B3gico%20en%20el%20contexto%20de%20una%20hipot%C3%A9tica%20ley%20org%C3%A1nica%20de%20huelga%20(Tasc%C3%B3n%20L%C3%B3pez).pdf)
- Todoí, Adrián (2021). *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Thomson Reuters.
- Toscani, Daniel (2017). Prohibición de esquirolaje, externo, interno y tecnológico durante la huelga. <https://www.linkedin.com/pulse/prohibici%C3%B3n-de-esquirolaje-externo-interno-y-durante-la-gimenez/?originalSubdomain=es>
- Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Resolucion-717-2022-Sunafil-TFL-Primera-Sala-LPDerecho.pdf>
- Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2022/10/R3-874-2022-452-1.pdf>
- Ugarte, José (2020). Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, 14(45), 81-106. <https://www.redalyc.org/comocitar.oi?id=293264642005>
- Valle, Francisco (2018). La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas. *Ius Labor*, 3, 187-215. <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/348580/439817>
- Villavicencio, Alfredo (2008). Las huelgas en Perú actual: radiografía de atormentado ejercicio de un derecho constitucional. *Laborem*, 8, 121-135. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-118-132.pdf>

Reconocimiento de la identidad no binaria: un desafío al sistema normativo chileno

Non-Binary Or Non-Conforming Gender Identity: Challenging The Chilean Legal Landscape

Ximena GAUCHÉ MARCHETTI

 <https://orcid.org/0000-0001-9859-4596>

Doctora en derecho, Universidad Autónoma de Madrid; profesora titular,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile).
Correo electrónico: xgauche@udec.cl

Domingo LOVERA PARMO

 <https://orcid.org/0000-0002-3601-096X>

Ll.M. Columbia University, Ph.D., York University, Canadá; profesor asociado,
Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (Chile).

RESUMEN: La realidad de las personas trans ha adquirido mayor visibilidad en los últimos años en diversas partes del mundo. Varias leyes y/o políticas públicas han aportado al reconocimiento legal en diferentes latitudes. En materia de leyes de identidad de género encontramos los casos de Argentina, Uruguay, Portugal, Malta, Bélgica, Irlanda y Reino Unido. En Chile existe desde 2018 la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Aunque estas normativas han importado un indudable reconocimiento para la dignidad de las personas trans, algunas de ellas se han desarrollado a partir de un paradigma más bien estrecho de la identidad de género, pues el reconocimiento se realiza mayormente desde la lógica binaria “masculino/femenino”.

Considerando ese paradigma, este trabajo tiene por objetivo reflexionar, desde una metodología comparada, en torno a algunas ideas sobre la actual demanda de visibilización y reconocimiento de identidades trans no asumidas como femeninas o masculinas, con especial énfasis en la identificación del carácter binario de la legislación chilena. A su vez, repasamos estándares internacionales de derechos humanos y modelos jurisprudenciales comparados que se han hecho cargo de la existencia y realidad de personas que se identifican y perciben a sí mismas como no binarias o de género no conforme.

Este trabajo argumenta que el derecho a la identidad de género de tales personas, en cuanto desafío al carácter binario de los sistemas normativos, no puede quedar sin herramientas que les permitan proteger sus derechos.

Palabras clave: identidad no binaria, identidad de género, cisnormatividad.

ABSTRACT: The reality of trans people has gained greater visibility in recent years in various parts of the world. Various laws and/or public policies have contributed to legal recognition in different latitudes. Regarding gender identity laws, we find the cases of Argentina, Uruguay, Portugal, Malta, Belgium, Ireland and the United Kingdom. In Chile, Law 21,120 exists since 2018, which recognizes and protects the Right to Gender Identity.

Although these norms have imported an undoubted recognition for the dignity of trans people, some of them have been developed from a rather narrow paradigm of gender identity, since the recognition is carried out mainly from the binary logic “masculine/ female”.

Considering this paradigm, this work aims to reflect, from a comparative methodological perspective, on some ideas about the current demand for visibility and recognition of trans identities not assumed as feminine or masculine, with special emphasis on the identification of the binary character of Chilean law. In turn, we review International Human Rights standards and comparative jurisprudential models that have taken charge of the existence and reality of people who identify and perceive themselves as non-binary or non-conforming gender.

This work argues that the right to gender identity of such persons, as a challenge to the binary nature of normative systems, cannot be left without legal tools that allow them to protect their rights.

Keywords: non-binary identity, gender identity, cisnormativity.

RECEPCIÓN: 14 de febrero de 2023

ACEPTACIÓN: 15 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La diversidad de identidades de género en un modelo normativo de carácter binario. Algunas luces sobre el caso chileno.* III. *Las identidades no binarias o de género no conforme y la tensión al modelo social y normativo de sexo y género.* IV. *Jurisprudencia que traspasa el carácter binario de la identidad de género.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Tras años de ausencia en Chile de una normativa que reconociera los derechos de las personas trans¹ y el uso de las leyes 4.808 (Reforma la Ley sobre

¹ Este artículo considera como referencia el Glosario de Términos desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La Corte señala que transgénero o persona trans refiere “Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado

el Registro Civil [Ley 4.808], 26/01/2023) y 17.344 (Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en los Casos que Indica. Modifica Ley 4.808 sobre Registro Civil [Ley 17.344], 26/01/2023), para obtener, al menos, el cambio de nombre legal impuesto a cada persona sobre la base del sexo asignado al nacer cuando no se correspondía con su identidad de género, en 2018 se promulgó la Ley 21.120 (que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género [Ley 21.120], 26/01/2023) (en adelante LIG).

Estrictamente, esta Ley contiene la regulación de uno de los aspectos vinculados con el derecho a la identidad de género —sin agotarlo, desde luego—. En efecto, de acuerdo con el artículo 2o. de la citada ley, su objeto es: “regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género” (Ley 21.120, 26/01/2023, artículo 2o.).

Así, la LIG establece y regula un procedimiento administrativo para personas mayores de edad en sus artículos 9o. al 11. Este tipo de solicitud se puede presentar ante cualquier oficina del servicio de registro civil, sin importar domicilio o residencia de la persona solicitante, pudiendo la persona mayor de dieciocho años pedirlo hasta por dos veces sin exigencia de requisitos adicionales (Ley 21.120, 26/01/2023, artículos 9-11).

En sus artículos 12 al 17 la LIG establece un procedimiento judicial ante tribunales de familia para personas mayores de catorce años y menores de dieciocho (Ley 21.120, 26/01/2023, artículos 12-17). En su texto original, la misma disposición establecía el procedimiento para personas solicitantes de entre dieciséis y dieciocho años con vínculo matrimonial vigente, lo cual quedó sin efecto con la entrada en vigor de la Ley 21.400 (Modifica Diversos Cuerpos Legales para Regular, en Igualdad de Condiciones, el Matrimonio

al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa’afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual” (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, h).

Cada vez que se use el término trans en este trabajo se hace como comprensivo de todas las identidades no conformes o distintas del sexo asignado a una persona al nacer.

entre Personas del Mismo Sexo [Ley 21.400], 26/01/2023), el 10 de marzo de 2022.

Específicamente, para personas en etapa de la adolescencia se establece que, una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan. En el caso de personas menores de catorce años, la Ley 21.120 sólo contempla lo que llama un Programa de Acompañamiento Profesional que se desarrolla a través de normas reglamentarias como el Decreto 3 de 2019 del Ministerio de Desarrollo Social (Ley 21.120, 26/01/2023, artículo 26), que aprueba el Reglamento del artículo 26, inciso primero, de la LIG (en adelante “el Reglamento” o “el Reglamento del Programa de Acompañamiento Profesional”).

Por razones que ya han sido sostenidas, la exclusión de personas menores de catorce años de un procedimiento para obtener la rectificación es inconstitucional. Es una restricción desproporcionada y arbitraria dirigida contra determinados grupos de personas, a quienes se les priva de la adecuada expresión jurídica de sus derechos constitucionales a la identidad y la autonomía (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2019). Pese a esta constatación, se ha sostenido que las personas menores de catorce años pueden seguir reivindicando sus derechos de conformidad con las normas generales del derecho chileno, que se han visto influenciadas por la expansión de la LIG, sus principios y el enfoque de derechos en que se inspira, así como por estándares internacionales de derechos humanos, como lo ha reconocido alguna jurisprudencia nacional. También, por cuanto existe reconocimiento del carácter fundamental implícito del derecho a la identidad de género en la jurisprudencia interamericana y chilena (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2022).

Ahora bien, lo anterior no significa que se pueda dar por resuelto en el caso chileno el reconocimiento de derechos de las personas trans, tanto de las menores de dieciocho años como de las personas trans de toda edad y en general. Así, el supuesto que persigue este artículo es develar que el carácter binario del sistema normativo chileno y de la propia LIG, como vamos a sostener, plantean una serie de desafíos legales cuando las identidades reclamadas no se ajustan a tal modelo. Este trabajo reflexiona sobre ese vacío de texto normativo, pero en el marco de su visibilización en la jurisprudencia nacional y comparada.²

² Para resguardar los criterios éticos de la reserva debida de las causas y el principio de

Para esto, desde una metodología comparada, se analizan sentencias nacionales e internacionales que abordan y se vinculan con la temática. Así, en el caso de las sentencias nacionales, las incorporadas son aquellas que se han obtenido y trabajado como fuentes primarias a partir del seguimiento a los casos en el marco de labores académicas de quienes escriben, pues se trata de jurisprudencia que tiene carácter reservado. En el caso de las sentencias internacionales se incorporan ejemplos de países a partir de una búsqueda de referencias jurisprudenciales en fuentes secundarias, en las que este mismo reclamo ha recibido un tratamiento jurisprudencial similar y del que es posible extraer algunas conclusiones.

Este trabajo comienza (II) dando cuenta de cómo un modelo de reconocimiento de derechos basado en una estructura binaria, si bien es un avance para el respeto del derecho a la autonomía y libertad de muchas personas trans, no logra abordar la variedad de experiencias no binarias o de género no conforme que otras experimentan. Esto, junto con ser una forma de afectación de su reconocimiento, puede tener graves consecuencias en términos de la protección de sus derechos, especialmente en la niñez y adolescencia. En efecto, y como argumentamos a continuación (III), la realidad y los desarrollos científicos desde diversas disciplinas evidencian que hay muchas personas que no se identifican con ninguno de los lados de ese sistema binario, lo que también ha sido recogido por el Sistema Interamericano. Enseguida (IV), identificaremos alguna práctica jurisprudencial nacional y comparada en materia de derecho a la identidad de género no binaria o no conforme, a fin de evidenciar que éste es un tema de alcance normativo. Se trata, como mostraremos, de cuestiones de relevancia jurídica frente a la que varios países han comenzado a ofrecer respuestas consistentes. Terminamos (V) sosteniendo que todas las personas, cualquiera sea su edad, aunque identificadas a sí mismas como no binarias o de género no conforme, deben poder acceder al goce y ejercicio de todos los derechos y al reconocimiento de la identidad como un derecho personalísimo, ya que los costos de no hacerlo son demasiado altos como para no abordar esta realidad.

confidencialidad establecido en la propia LIG, en las sentencias citadas se omiten identificadores personales y se indican solamente en algunos casos los roles y fechas únicamente para los fines académicos de este artículo.

II. LA DIVERSIDAD DE IDENTIDADES DE GÉNERO EN UN MODELO NORMATIVO DE CARÁCTER BINARIO. ALGUNAS LUCES SOBRE EL CASO CHILENO

Antes de la LIG, los tribunales conocieron de solicitudes de cambio de nombre y sexo registral a través de las normas generales ya indicadas, las leyes 4.808 (26/01/2023) sobre Registro Civil y 17.344 (26/01/2023), que autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en Determinados Casos. Las personas trans invocaban ante juzgados civiles la causal de menoscabo moral o material, o la causal de haber sido conocida por más de cinco años con otros nombres y apellidos, quedando a criterio del Tribunal respectivo la decisión (Cristián Lepin, 2021).

Como se ha sostenido, la práctica jurisprudencial civil anterior a la LIG deambuló a su vez por una serie de etapas (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2022). En una etapa las solicitudes fueron rechazadas o acogidas previas diligencias que en algunos casos produjeron un daño a la dignidad y autonomía de las personas trans, tal como las peticiones de readecuación quirúrgica. Con el tiempo, si bien la justicia civil comenzó a aceptar las solicitudes de cambio de nombre (en algunos casos incluso dando lugar al cambio de sexo registral), en algunas de las sentencias de acogida de cambio de nombre y sexo registral se mantuvo un acercamiento *patologizante*, evidenciado en algunos casos, como se ha documentado, en el “examen de pericias invasivas e improcedentes, entre otras varias situaciones discriminatorias durante la tramitación del juicio” (Lorena Lorca, 2020, p. 125).

Una de las lógicas explicativas que encontramos en el tratamiento judicial descrito es la naturaleza binaria de nuestro ordenamiento que, a su vez, se proyecta en una lógica que “corporaliza” las identidades y que se nutre, de un modelo biomédico de las identidades de carácter binario. Así queda en evidencia, por ejemplo, en una sentencia de primera instancia del 22 de febrero de 2016, confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, pero invalidada por recurso de casación acogido por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia del 29 de mayo de 2018, que cita al juez civil y su fundamentación de rechazo a una solicitud interpuesta bajo el marco de las leyes 17.344 (26/01/2023) y 4.808 (26/01/2023). Dice el juez de primera instancia: “...no es posible acceder a lo pedido, por cuanto no se ha acreditado en autos antecedentes médicos que le otorguen validez a su petición... y tampoco se han acompañado antecedentes médicos que den cuenta

de la cirugía de reasignación genital o que den fe respecto de las circunstancias psicosociales” (Corte Suprema, rol 70.584-2016, del 29 de mayo de 2018, cons. 2o.).

En palabras simples, para quien se acerca a este trabajo sin familiaridad a esta línea jurisprudencial, se trataba, en buenas cuentas, de asumir que mientras la persona no exhibiera una corporalidad “adecuada” al sexo que corresponde al género cuyo reconocimiento solicita y que estaría determinado por lo que se suele llamar el “sistema binario del sexo/género”, comprendido como un modelo social y cultural dominante en la cultura occidental, que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra c), no se le podía dar lugar al cambio aun cuando la persona acreditara una determinada percepción de sí misma, contraria o no conforme a esa corporalidad. Ello sería así porque este sistema excluye a aquellas personas que no se enmarcan dentro de las dos categorías anteriormente mencionadas, tales como las personas trans o intersex (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra c).

Con ese contexto, resulta interesante recordar que la LIG tuvo por fundamentos la necesidad de profundizar los avances contra la discriminación de grupos en situación de vulneración, reformando y adecuando las normas legales sobre cambio y registro de nombre y sexo, para que la normativa chilena respondiera a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo está registrado de forma diferente a su identidad de género, además de cumplir también con estándares y obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (Cámara de Diputados y Diputadas, 2013).

Estos fundamentos dieron el marco para que durante el tiempo de tramitación legislativa de la LIG varios fueran los temas en torno a los cuales se promovieron intensos debates entre integrantes del Congreso Nacional, autoridades del Ejecutivo y personas que integran organizaciones de la sociedad civil, promotoras de los derechos de personas LGBTI. Algunos de esos asuntos fueron el propio concepto de identidad de género, la exigencia de certificaciones médicas o psicológicas, la incorporación de un procedimiento para personas menores de dieciocho años, la inclusión de un procedimiento para personas con vínculo matrimonial no disuelto y los efectos de la adecuación registral sobre el matrimonio, entre otros temas (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019; Chiletrans, 2019).

Una mirada al derecho chileno, desde el sistema binario sexo género conceptualizado antes, hace ver a la LIG en términos generales como una gran innovación legislativa por el solo hecho de su aprobación y entrada en vigor. Sin embargo, el carácter binario de la definición de identidad de género adoptada en el inciso 2o. del artículo 1o. de la LIG, la hace contradictoria con estándares internacionales y puede ser vista, a su vez y como un contrasentido, como una evidencia del carácter cisnormado que se puede atribuir al derecho chileno.

Los autores de este artículo comprendemos la cisnormatividad como “la idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino siempre crecen para ser mujeres” (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra t).

Así, las personas cisgénero son, entonces, quienes se identifican con su sexo asignado al nacer. Asimismo, tal concepción legal de la LIG aparece como una respuesta inadecuada a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo registrado es incongruente con su identidad de género de maneras diversas a lo binario. Todo esto, por cierto, al margen de una concepción robusta de los derechos constitucionales a la libertad y autonomía.

La LIG se alejó de esta forma de la definición consensuada internacionalmente a través de los Principios de Yogyakarta (en adelante PY). Tal instrumento internacional, revisado en 2017 en lo que se conoce como Principios de Yogyakarta+10 (en adelante PY+10), indica que por identidad de género se entiende

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta, 2006, p. 8).

Los PY+10 afirman explícitamente que las características sexuales (elemento que estaba ausente en los Principios originales) deben entenderse

como una categoría más protegida por los PY, junto con la orientación sexual y la identidad y expresión de género.³

Por su parte, la LIG establece que “Para efectos de esta Ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento” (Ley 21.120, 26/01/2023, artículo 1).

Esta definición legal puede resultar contradictoria, además, con las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género que regula el artículo 4o. de la LIG. Se refiere al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género, a ser reconocida e identificada de acuerdo con su identidad y expresión de género en instrumentos de identidad y al libre desarrollo de la persona. En efecto, en concordancia con los citados PY y con la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la LIG define “expresión de género” como “la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos” (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra g).

De esta manera, podemos sostener que en el sistema de la LIG, vigente al tiempo en que se escribe este artículo, hay un vacío normativo en relación con las personas que expresen su género desde una mirada no binaria o de género no conforme, de todas las edades, lo que permite calificar a esta Ley como parte de una concepción cisnormativa de las identidades de género. Ese vacío se identifica no desde una perspectiva puramente conceptual o abstracta, sino a partir de los diferentes reclamos jurídicos avanzados por personas que ven frustrada la protección de sus derechos a la autonomía y la libertad.

Esta aseveración no es irrelevante, especialmente desde la perspectiva de personas adolescentes, y aún más de personas menores de catorce años. En estos casos, independientemente de la identidad que manifiesten las personas menores de dieciocho años, la falta de reconocimiento de su identidad de género puede afectar el ejercicio de diversos derechos y dar lugar a situaciones de violencia, *bullying* o discriminación, situaciones de extrema gra-

³ PY+10 (2017) añaden, además, nueve principios a los veintinueve principios originales, junto con la adición de nuevas obligaciones para los Estados y nuevas recomendaciones.

vedad para su desarrollo presente y futuro, como han evidenciado diversos estudios y órganos de derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017).

Los estudios empíricos, tanto internacionales como nacionales, han identificado casos en que las personas han manifestado su identidad de género desde edades tempranas, evidenciando diversos contextos privados y públicos de afectación de derechos (Giancarlo Bravo *et al.*; Outright Action International, 2016).

Así, existirían contextos familiares y escolares especialmente adversos para el despliegue de la identidad de género desde la infancia, lo que ha sido también reconocido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en un informe que ha identificado el papel crucial que juegan las familias en la conformación de un entorno seguro y respetuoso. Esto permite develar los problemas y desafíos que enfrentan niños, niñas y adolescentes trans y de género diverso en relación con el reconocimiento legal de su identidad de género, su protección frente al hostigamiento escolar, el resguardo de salud mental, la atención sanitaria y el fin de la impunidad frente a la violación de sus derechos. De allí el llamado a los Estados para fomentar entornos familiares propicios para las personas trans y de género diverso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA, 2020, párrafo 100).

En el caso chileno se han realizado diversos estudios sobre la experiencia de niños, niñas y adolescentes LGBTI (Movilh, 2019; Fundación Todo Mejora, 2016), donde se han identificado numerosos casos de discriminación escolar, insultos verbales, ataques físicos, acoso sexual, sentimientos de inseguridad, *bullying*, *ciberbullying* y acoso escolar (Fundación Todo Mejora, 2016, p. 15).

Si se toma en consideración estos antecedentes y desde otra perspectiva de análisis, el derecho chileno vigente aparece no sólo como cisonormado, sino que la actual regulación binaria sobre identidad de género es prueba de que el derecho no es neutro ni objetivo ni racional y que ello tiene consecuencias que pueden ser muy graves en la vida de algunas personas, como se evidenció en los párrafos anteriores. Los autores compartimos la construcción teórica que apunta a que el pensamiento humano se estructura con base en dualismos que dividen las cosas en esferas contrastantes y apunta tres consecuencias para el derecho. Lo explicaremos somera y brevemente pues no es el objeto de este trabajo analizar teorías críticas al derecho. En primer lugar, el marco teórico referido apunta a que los dualismos están sexualizados (masculi-

no/femenino); luego, que tales dualismos están jerarquizados (lo “masculino” de cada dualismo es lo superior), y finalmente, que el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos (Frances Olsen, 2009). Aplicado a nuestra comprensión, al derecho le costará avanzar en desmarcarse de los binarios cuando deba regular el reconocimiento y la protección de derechos en torno a la identidad de género percibida por las personas.

III. LAS IDENTIDADES NO BINARIAS O DE GÉNERO NO CONFORME Y LA TENSIÓN AL MODELO SOCIAL Y NORMATIVO DE SEXO Y GÉNERO

El pensamiento binario se consolida en el mundo moderno y da forma al binarismo sexo género, donde se asume y espera una correspondencia del sexo y género que, tal como señala Bodenhofer, “está basada en la corporalidad y fundamentalmente en la genitalidad. Por ello, se concibe sólo dos sexo-género posibles, legitimando a hombres y mujeres cisgénero y limitando la multiplicidad de posibles identidades y cuerpos en el mundo” (2019, p. 101). Es este binarismo sexo-género el que sustenta la cisonormatividad, entendida desde un enfoque teórico conceptual como “el régimen de dominación que posiciona a las personas cisgénero en situación de privilegio con relación a las personas no cisgénero” (Canela Bodenhofer, 2019, p. 101).

En el apartado anterior exploramos definiciones de identidad de género. Para comprender las “identidades no binarias” o de “género no conforme”, consideramos relevante comprender primeramente que la identidad es un “concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada persona, como cada ser humano se ve y espera ser visto y reconocido por la sociedad, incluyendo todos los aspectos que forman la personalidad individual, sean estos estáticos o cambiantes y teniendo presente las interacciones sociales en que a cada individuo le toca participar” (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2019, p. 364).

Así, para comprender las identidades no binarias o de género no conforme, es necesario superar la dicotomía sexo-género, puesto que “las identidades no binarias son personas cuya identidad de género no está incluida en el binario hombre-mujer” (Jorge Palomares y Camila Roza, 2019, p. 118). Desde una matriz binaria, las teorías integradoras del desarrollo del rol de género coinciden en que la infancia y adolescencia van incorporando un aprendizaje

acerca de lo que (socialmente) significa (o se espera de) ser un hombre o una mujer mediante lo que la sociedad les ofrece en la forma de un “currículum de género” (Ministerio de Salud, 2021, p. 47).

El camino de reconocimiento de las identidades de género ha sido fuertemente influido por la cultura imperante en determinados momentos y lugares, pero también por el rol de las ciencias que, desde la *patologización* y la normalización a las que fueron sometidas las personas transgénero por parte de la medicina y el derecho —pero no sólo estas personas (Kenji Yoshino, 2006)— han afectado sus derechos básicos, llevando a que

las demandas del movimiento transgénero centradas en el reconocimiento del derecho a la identidad de género tienen como trasfondo la *patologización* de aquellos cuerpos y conductas distintas de las binariedades hombre/mujer y masculino/femenino que realiza la ciencia médica y que termina siendo receptada por, y en, las estructuras jurídicas. (Laura Saldivia, 2017, p. 35)

Como señala Ximena Gauché (2022), “quienes desde sus cuerpos o afectos han desafiado la ‘normalidad’ fijada por los binarios sexuales ‘hombre/mujer’ y sus consecuencias, se han visto limitados a vivir una vida no plena y llena de exclusiones y carencias de derechos” (p. 8). Juan Gavilán (2018), en tanto, da clara cuenta de que el modelo biomédico es “un modelo cultural desarrollado durante la segunda mitad del siglo XX, compuesto en torno a los valores y a la ideología de género del sistema clásico de las sociedades orientales” (p. 33).

Es en ese marco en que se produce para cada persona trans el proceso de socialización que interviene en todas las construcciones identitarias desde la infancia. Para estos fines entenderemos como socialización el “proceso por el cual los individuos, en su interacción con otros, desarrollan las maneras de pensar, sentir y actuar que son esenciales para su participación eficaz en la sociedad” (Zanden Vander, 1986, p. 2). Se trata así de cómo las personas aprenden los elementos socioculturales que les rodean y los integran en la formación de su personalidad.

La construcción y determinación de la identidad de una persona es un proceso complejo, dinámico y único que determina que existan tantas identidades como personas existimos; dicho proceso es particular y personal, aunque se compartan experiencias comunes, donde la sexualidad es una parte determinante: cómo cada ser humano se proyecta a sí mismo y espera ser vis-

to por la sociedad desde su cuerpo y su sexo biológico, su vivencia y expresión del género y su orientación sexual, como manifestaciones principales de la sexualidad humana. Se trata de un proceso que “es indefinido en su duración y empieza desde la primera infancia, como intercambio de ideas, conocimientos, normas, valores, formas de sentir y pensar” (Ximena Gauché, 2022, p. 11).

Las propias voces trans han puesto de relieve que deben tenerse especialmente en cuenta la diversidad y características únicas de cada identidad de género, incluso desde la niñez:

...puedo decirles que ninguna transición es igual a otra: las experiencias no son equivalentes sino únicas e irrepetibles, aun cuando existan entre ellas elementos en común. Es importante tener esto en cuenta al escuchar testimonios de personas trans, e incluso al momento de leerlas y verlas, porque ninguna persona nace en un cuerpo equivocado y las historias en relación con él siempre serán diferentes... así como hay niñas trans que cuando pequeñas juegan muñecas, vestidos y maquillaje, hay otras que no pasamos por algo similar. Hacer la conexión entre los juegos y la identidad de la persona es un error conceptual que involucra también los roles y estereotipos de género, y por esto, cada vez que me entrevistan hago el siguiente hincapié: que durante mi infancia no haya jugado con muñecas ni mostrado diferencias respecto a mi corporalidad, no le quita validez a mi identidad de género ni tampoco a la de otras personas trans que pudiesen identificarse con mi relato. (Constanza Valdés, 2021, p. 8)

Con el devenir de los tiempos, las interacciones que se dan en los procesos de socialización han comenzado a ser permeadas por la perspectiva de los derechos humanos, generando movimientos cuyo sentido es reivindicar las diferencias y la autopercepción en la construcción identitaria y asumiendo que reconocer la forma en que una persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, sin hacer valoraciones de identidades que puedan ser diferentes a lo que se ha entendido como el estándar aceptado, el binario en el caso que nos ocupa, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad.

No obstante esta aseveración, la historia de la humanidad muestra que no todas las identidades de género han recibido igual valoración ni han podido participar de manera igualitaria en relaciones de poder, principalmente por el

desarrollo de construcciones deterministas binarias sobre lo que es “normal” en temas de la sexualidad, la identidad y los cuerpos, y sobre lo que deben representar y cumplir los seres humanos en sus roles de vida como “hombres” o “mujeres”. A ello se puede adicionar para el caso de la niñez y la adolescencia, lo que Saldivia llama “el complejo tutela” con que ha estado gobernada la infancia históricamente y que se traduce en que no se les definía por sus carencias y como objeto de protección y control por parte del Estado, la familia y la sociedad, mirada que ha ido quedando en todo caso desplazada por la comprensión desde los derechos de la niñez (Laura Saldivia, 2016).

Estimamos que no es necesaria evidencia en cifras para sostener que el mundo se ha pensado y construido asumiendo que las personas estamos mayoritariamente conformes con el sexo que se nos asigna médicamente al nacer, que somos “hombres” o “mujeres” y que los distintos agentes de socialización (la familia, la escuela, las amistades, como principales) hacen su trabajo a través de distintas interacciones que nos van definiendo. Como refuerza Juan Gavilán (2018) sobre el tema, en el marco de las sociedades occidentales “durante las últimas décadas, se ha mantenido bajo el dominio del discurso biomédico, en el seno de una cultura con un modelo de ordenación de la sexualidad dualista y binario” (p. 27).

Por esto resulta relevante identificar que el modelo de socialización que venimos describiendo tiene, a su vez, algunos problemas que, desde el enfoque de este trabajo y la posición de sus autores, justamente deben ser relevados para aportar a la necesidad de deconstruir el modelo binario de sexo y género que entorpece la visibilidad y reclamamos por reconocimiento de personas trans no binarias y de género no conforme.

Es más, Raewyn Connell y Rebecca Pearse (2018) señalan que si bien se pueden rescatar elementos del relato sobre el modo en que se adquiere el género, hay también “importantes problemas con él, tan graves, de hecho, que el modelo de socialización debe ser abandonado” (p. 179). En concreto, apuntan a cuatro de estos problemas. Primero, que el relato de género suele ser monolítico, apelando con ello a la gran variedad de patrones de masculinidad y femineidad que complejizan los aprendizajes de género en el marco, a su vez, de la destrucción, fragmentación y recomposición de las culturas a través de los procesos de conquista, colonización, migración y globalización contemporáneos. En segundo lugar, apuntan a que el modelo de socialización supone que el aprendizaje de género consiste en adquirir rasgos regulares en el comportamiento de hombres y mujeres. En tercer lugar, revelan

que el modelo le entrega un rol pasivo a quien hace de “alumna” del mismo y un papel activo a quienes intervienen como agentes de socialización, lo cual no ocurre en la realidad, dando cuenta de que los niños y niñas no esperan las normas de género de forma tranquila, sino que son siempre activos. Finalmente, las autoras citadas señalan que el modelo de socialización reconoce sólo una dimensión del aprendizaje: en favor o en contra de las normas de roles sexuales, lo cual dificulta la comprensión de los cambios característicos de la vida de las personas jóvenes, “que parece que vienen de ninguna parte” (Raewyn Connel y Rebecca Pearse, 2018, pp. 179-181). Frente a estas críticas y a partir de ellas, estos autores proponen como un relato más ajustado el que llaman del “aprendizaje corporalizado”, que describen como una buena explicación cuando reconoce:

Tanto las contradicciones del proceso como la posición activa y no pasiva de quienes están aprendiendo. Debe reconocer la agencia de los cuerpos en el mundo social, puesto que la alumna activa está corporalizada. Ha de percatarse del poder y la complejidad de las instituciones que ocupan el mundo de la alumna. Tiene que dar cuenta de las competencias de género que se aprenden y de los diferentes proyectos de vida en los que se ponen en práctica. Y debe asimilar el cambio histórico en todas esas cuestiones. (Raewyn Connel y Rebecca Pearse, 2018, p. 181)

Situados desde estos enfoques sobre la socialización y la interesante propuesta crítica de las autoras citadas, los autores de este artículo creemos que una buena estrategia es avanzar en precisiones conceptuales que, sin llegar a la categorización rígida tan propia del modelo binario, aporten a visibilizar identidades de género excluidas que, a su vez, favorezcan identificar los problemas sociales y jurídicos que son consecuencia de ello. Así, se puede favorecer, por ejemplo, una mirada abierta a acompañar a una persona desde su temprana edad cuando va manifestando su identidad, más allá de pretender la categorización binaria como el objetivo que se debe alcanzar antes de la mayoría de edad.

En ese sentido, se pueden dar cuenta de buenas iniciativas desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de asumir la importancia de no categorizar. En la opinión consultiva 24/17, ya citada, la Corte IDH asume que en este tema

suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 31)

La Comisión Interamericana, en tanto, en su informe de 2020 sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas trans da cuenta de tener información sobre personas que

no se identifican con el género que les fue asignado al nacer, pero que tampoco se identifican a sí mismas como “trans”, ni con ninguna de las categorías identitarias que suelen incluirse bajo ese término paraguas. Asimismo, hay quienes se identifican como “trans” —o bajo alguna de las categorías identitarias incluidas bajo ese término paraguas— que se identifican específicamente por fuera de cualquier categoría que refleje elementos del binario mujer/hombre. Entre este universo de identidades y expresiones de género, se encuentran las personas que se identifican como “personas no binarias”, o bien “personas de género no binario” (o *genderqueer*, sobre todo en contextos anglófonos) entre muchas otras posibilidades. Cualquiera sea su configuración física de nacimiento, existen personas no binarias que se identifican con una única posición fija de género distinta de hombre o mujer. Otras personas no binarias no se identifican con ningún género en particular, en ocasiones denominándose personas “agénero”. En ocasiones, estas personas se consideran a sí mismas personas sin género, o bien disienten con la idea misma de género. Por su parte, las personas de “género fluido” vivencian el género de manera fluctuante, sin un género fijo y permanente. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA, 2020, párrafos 86 y 87)

Estos reconocimientos han sido seguidos de una jurisprudencia contenciosa en situaciones de vulneraciones a derechos de personas trans en los casos *Azul Marín vs. Perú* y *Vicky Hernández vs. Honduras*, fallados en 2020 (*Caso Azul Rojas Marín y otras vs. Perú*, 2020) y 2021 (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021), respectivamente, que reforzaron los estándares interamerica-

nos sobre los deberes estatales en relación con la igualdad y no discriminación a la comunidad LGBTI y también la importancia del principio de autopercepción en las identidades (Ximena Gauché, 2022).

Ello, empero, contrasta la concepción binaria y restringida de la identidad de género en los votos parcialmente disidentes de la jueza Elizabeth Odio Benito y del juez Eduardo Vio Grossi en el caso de Vicky Hernández. Si bien la víctima no se identificaba a sí misma como persona no binaria o de género no conforme, sino como mujer trans, las argumentaciones de ambos jueces para sostener que no era aplicable la protección que brinda la Convención de Belém do Pará (1994) a una mujer trans, vuelven a la argumentación binaria y a la *corporalización* de las personas como determinante en las identidades de género. En el primer caso, la jueza Odio Benito parte con una afirmación de suyo controversial y opuesta al sentido de la opinión consultiva 24/17, aun cuando tiende a matizarla. Dice la jueza que, para los efectos de su voto disidente,

resulta fundamental asentar desde el inicio que, en mi opinión, la llamada “identidad de género” es una expresión difusa que hoy busca erróneamente sustituir “sexo” por esa “identidad”. Y a partir de esa sustitución, borrar al sexo femenino con todas sus propiedades biológicas y mezclarlo todo en un sola categoría subjetiva y auto designada. (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrafos 5 y 7)

Los autores entendemos que no hay argumento riguroso que permita sostener que la diferencia de identidad de género y de sexo puede ser vista con pretensiones de sustitución o de borrado de quienes se identifican claramente como de sexo mujer y género femenino. Menos cuando ella, la reclamación de la identidad, se efectúa en sede jurídica. Luego señala que

se pretende que “identidad de género”, un sentimiento que incluso puede cambiar de un día al otro, sustituya y borre el sexo con el cual se nació. Ya no se hablará más de mujeres y hombres con sus características propias, sino de “personas”. En neutro, en indefinido. Parece que “género” —construcción cultural— también desaparece. Todo se vuelca a que sólo exista la “identidad de género”, vivencia individual y personal de cada uno de nosotros y nosotras. (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrafo 12)

Lo anterior, da cuenta de una posición argumental que tensa toda acogida a las identidades no binarias.

En su caso, el juez Vio Grossi fundamenta su disidencia parcial en que la Convención de Belém do Pará proscribiera la

“acción o conducta” contra la “mujer”, que le cause “muerte, daño o sufrimiento” “y que se lleve a cabo en razón de su género, es decir, en mérito a su “identidad, funciones y atributos construidos socialmente (en lo tocante a ella) ... y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” con el hombre, condición ésta que, lógicamente, no puede, entonces, corresponder a la de “mujer trans”. (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrafo 31)

IV. JURISPRUDENCIA QUE TRASPASA EL CARÁCTER BINARIO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

En las secciones anteriores hemos sostenido que hay buenas razones para desafiar la comprensión normativa estrecha de la identidad de género; esto es, como hemos reiterado, la reducción de la identidad de género al binomio “masculino/femenino”. Parte de estas razones están siendo ya acogidas de manera incipiente en Chile en alguna jurisprudencia de instancia.

Un juzgado de familia de Santiago debió resolver la solicitud presentada por el padre y la madre de su hija, de diecisiete años, conforme a la que demandaban el cambio de su nombre a uno que pudiera ser utilizado tanto para hombres como para mujeres. Su hija, señalaban sus progenitores, se identificaba como una persona de género fluido. Para resolver el reclamo, el Tribunal invocó una serie de disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, así como diversos derechos fundamentales. Enseguida, añadió que

las identidades no binarias son aquellas que no se identifican con uno de los dos géneros reconocidos en la mayoría de culturas occidentales: la de hombre o la de mujer. La etiqueta de no binario puede encapsular una multitud de significados, ya que uno puede o identificarse como hombre y mujer, o dentro del espectro masculino-femenino, o puede no identificarse como ninguno. (Tercer Juzgado de Familia de Santiago, rol R-X-2022, 25 de abril de 2022, cons. 7o.)

Con base en los principios de la LIG, en particular el interés superior de niños, niñas y adolescentes y la autonomía progresiva, el Tribunal concluye razonando que los y las adolescentes son titulares de derechos fundamentales y que deben adoptarse todas “las medidas por las autoridades administrativas para hacer efectivo este reconocimiento [de su derecho a la identidad de género], conforme como se ha razonado” (Tercer Juzgado de Familia de Santiago, rol R-X-2022, 25 de abril de 2022, cons. 13). Esto incluye, cierra el Tribunal, disponer en el servicio de registro civil como sexo registral no binario. En similar sentido falló un Tribunal de Familia en la ciudad de Puerto Montt también ante la petición de dos progenitores de que se reconociera un nombre y sexo no binario, con base en los principios de la LIG (Juzgado de Familia de Puerto Montt, rol desconocido, 25 de julio de 2022, cons. 9o. y 10).

En otro caso, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de apelación presentado por una persona en contra de la sentencia de un tribunal de instancia que había rechazado su solicitud de cambio de nombre y sexo registral. En ella solicitaba el cambio de nombre y su calificación de sexo registral como no binario. Sobre la base de parecidas referencias, incluidas las referencias a la LIG y al derecho internacional de los derechos humanos, revocó la sentencia ordenando la modificación de la inscripción, reemplazando “la mención de ‘masculino’, por ‘no binario’ con el marcador ‘x’” (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol X-2022, 28 de julio de 2022).

En sede de justicia civil, en tanto, y en el marco de una gestión voluntaria bajo las leyes 17.344 (26/01/2023) y 4.808 (26/01/2023) que, huelga decir, no quedaron derogadas por la sola entrada en vigor de la LIG, el Tribunal se enfrentó a tener que determinar qué se entiende por género no binario para resolver la procedencia de reconocer a la parte peticionaria su propia identidad sin más clasificación ni estereotipos que su propia autodeterminación. Con vista de prueba documental aportada por la persona solicitante, e interpretando expansivamente los principios de la LIG a través de reglas de interpretación, de atribución de competencia y principio de inexcusabilidad, llega hasta hacer control de convencionalidad para dar lugar a lo solicitado, y además ordenar la rectificación de la partida de nacimiento en el rubro alusivo al sexo, en el sentido de cambiar la mención “femenino” por “x” (Primer Juzgado Civil de Santiago, rol V-297-2021, 25 de mayo de 2022, cons. 6o., 7o., 8o., 10 y 11).

A nivel de experiencia comparada, en esta sección ofrecemos también una mirada a jurisdicciones extranjeras en las que los embates a la visión estrecha han recibido sustento incluso constitucional.

En las decisiones que revisaremos a continuación repasaremos los principales criterios que se han observado en cortes de constitucionalidad alrededor del mundo en las que se ha abordado la discusión relativa a si ocurre que el no reconocimiento de identidad de género de personas no binarias afecta o no derechos fundamentales. Tal como lo señala la Corte Suprema de Nepal.⁴ Esta revisión comparada tiene por objetivo revisar una problemática jurídica que no sólo es propia de Chile, sino que se ha venido enfrentando en diversas comunidades políticas alrededor del mundo. Como es propio del derecho, problemas jurídicos similares suelen ser tratados de forma parecida.

En primer lugar, las diferentes sentencias revisadas dan cuenta de un cúmulo más o menos parecido de derechos y libertades fundamentales que se consideran lesionados, allí donde no se dispone el reconocimiento de la identidad de género no binaria. Así, en Bélgica se sostuvo que la exclusión de personas no binarias del registro de su identidad de género de conformidad con su percepción, resulta en una discriminación desproporcionada que no puede ser justificada razonablemente. Afecta su derecho a autodeterminarse en condiciones de igualdad y su privacidad (Corte Constitucional de Bélgica, Arrêt 99/2019, 19 de junio de 2019, párrafo B, 6 y 7). La Corte Suprema de Nepal fue de la misma opinión. Además de afectar el reconocimiento de su derecho a la igualdad ante la ley, el desconocimiento de la posibilidad de registrar un tercer género atenta contra la privacidad de las personas, cuando un individuo identifica su identidad de género de acuerdo con sus propios sentimientos. Sostuvo ese Tribunal:

otros individuos, la sociedad, el Estado o la ley no son los apropiados para decidir qué tipo de pareja debe tener, qué tipo de pareja sexual debe elegir y con quién debe mantener relaciones maritales. Se trata más bien de una cuestión que entra de lleno en el ámbito del derecho a la autodeterminación de cada individuo. (National Judicial Academy Law Journal, 2008, p. 283)

⁴ Las referencias a la sentencia de la Corte Suprema de Nepal se toman de National Judicial Academy Law Journal (2008), p. 275.

En el caso alemán, este debate se abordó desde la afectación al derecho a la personalidad y la dignidad. Para el Tribunal Federal alemán, la personalidad y la dignidad incluyen la protección del derecho a la identidad de género, la que ciertamente incluye la protección de las personas que no quieren ser encasilladas como hombre o mujer. Ese derecho se ve afectado inconstitucionalmente cuando las personas que no se identifican ni como hombre ni como mujer, deben optar por encasillarse en uno u otro género, viendo desconocida su identidad, un aspecto clave de la personalidad. De paso, tal medida viola la dignidad, la personalidad y el trato justo en razón del sexo, lo que inevitablemente importa una afectación de la igualdad ante la ley. En concreto, ese Tribunal sostuvo que la ley, al obligar a las personas que no se sienten identificadas con el género masculino o femenino a tener que optar por alguna de esas dos categorías, les impone el deber de tolerar una calificación de su sexo que no corresponde a su identidad de género constitucionalmente resguardada (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafos 36-39).

La Corte Constitucional de Colombia, por su lado, sostuvo que la falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de personas que se autoperceben como no binarias, lesionan los derechos a la dignidad humana, la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia del individuo. Como es tradición ya en el caso de la Corte sudamericana, el análisis de la aceptación del principio de igualdad se realiza, además, a partir de la consideración de las personas que ven afectado su derecho a la identidad de género como un grupo que se encuentra en condiciones especialmente desventajosas, y por lo mismo requieren una especial reafirmación de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, pp. 55 y 56).

Lo mismo sostuvo la Corte Suprema de la India: “Las personas transgénero, en su conjunto, se enfrentan a múltiples formas de opresión en este país. La discriminación es tan grande y pronunciada, sobre todo en el ámbito de la atención sanitaria, el empleo, la educación, dejando a un lado la exclusión social” (Corte Suprema de India, W.P(C) 604 of 2013, 15 de abril de 2014, párrafo 45). Además, agregó que la imposibilidad de identificar un tercer género afectaba la libertad de expresión (Corte Suprema de India, W.P(C) 604 of 2013, 15 de abril de 2014, párrafos 66 y 67).

Un segundo aspecto relevante de las sentencias revisadas era que varias de ellas identificaban el rol de los sistemas de registros civiles o bancos de da-

tos públicos vinculados a la personalidad de las personas. La High Court de Australia, por ejemplo, sostuvo que el rol del registro público es indexar y registrar la información proporcionada por la ciudadanía, no evaluarla. Este tema es clave en casos como el de la identidad de género en que se ejerce una libertad e igualdad conforme a la cual la persona se identifica del modo en que se autopercebe, mientras la función estatal se limita al reconocimiento de esa identidad (NSW Registrar of Births, HCA 11, 2 de abril de 2014, párrafo 38): “ni la ley ni los reglamentos sugieren que la función del registro se extienda a la formulación de algún juicio moral o social; desde luego, no se extiende a la resolución de cuestiones médicas ni a la formación de una opinión sobre el resultado de un procedimiento de afirmación del sexo” (NSW Registrar of Births, HCA 11, 2 de abril de 2014, párrafo 16).

En el caso alemán, el Tribunal Federal de ese país dispuso que la obligación del sistema de registros del país impone no solamente deberes negativos, a saber, no cuestionar la forma en que la persona se presenta y entrega su información para ser indexada por el Estado, sino que, además, impone deberes positivos, esto es, la obligación de permitir que la persona, junto con poder eliminar una calificación incorrecta, pueda, además, ser inscrita de un modo que sea consistente con su identidad de género, lo que una certificación de “N/A” o simplemente dejar las marcas en blanco no satisfacen (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafos 43 y 44).

Otro tanto se sostuvo en el caso colombiano, en el que la Corte Constitucional distinguió entre las dimensiones internas y externas del derecho fundamental a la identidad de género. La dimensión externa del derecho a la identidad de género, se sostuvo, importa el reconocimiento a través de documentos oficiales de su identidad. Impedir el reconocimiento de la identidad de género de personas no binarias, trunca el ejercicio de derechos fundamentales en cuanto impide la proyección del propio género. Esta última dimensión del derecho a la identidad de género, la externa, como venimos diciendo, se recoge a través de los sistemas de registro e información que el Estado dispone para ser completados a partir de la información que ciudadanos y ciudadanas entreguen. El deber del Estado a este respecto, entonces, consiste sólo en reconocer y no juzgar: “un trámite que depende de la autonomía de la persona” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, p. 68), como cuando cada una de nosotras se identifica del modo en que quiera hacerlo en los censos.

Por ello, tal como acontece en el caso alemán, la Corte considera inadecuada la solución normativa, ofrecida por el sistema de registro colombiano, de no incluir marcador alguno para las personas que no puedan incluirse dentro de alguna de las categorías binarias. En palabras de la Corte:

Por otra parte, la propuesta sobre que la eliminación del componente opere únicamente para las personas con identidades de género no binarias, de modo que éstas puedan dejar en blanco el ítem correspondiente, es problemática. Conlleva a la idea equivocada de que sus construcciones identitarias, al no insertarse en el sistema binario, no pueden ser reconocidas. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, p. 90)

En tercer lugar, las sentencias acá revisadas enfrentaban invariablemente una objeción similar a la que se ha dejado sentir en el debate doméstico; a saber, que la posibilidad de las personas de alterar sus registros en materia de identidad de género podría ocasionar confusiones que pueden terminar afectando otros ámbitos jurídicos. En el caso australiano, la Corte sostuvo que para la mayor parte de las regulaciones legales, la indeterminación respecto al sexo de una persona es absolutamente irrelevante (NSW Registrar of Births, HCA 11, 2 de abril de 2014, párrafos 41 y 42). En todo caso, de existir algunos inconvenientes que la sociedad deba soportar, éstos son mínimos en comparación al respeto a la igualdad y a la autonomía (igualdad en la autodeterminación) de las personas que una medida así importa (Corte Constitucional de Bélgica, Arrêt 99/2019, 19 de junio de 2019, párrafo B, 6.6).

En Alemania se razonó en idéntica línea: las confusiones que la inclusión de un tercer género puede acarrear en el sistema legal, sostuvo el Tribunal Federal, son mínimas o inexistentes, y en cualquier caso, los intereses de terceras partes no son de una entidad tal como para permitir una interferencia en el desarrollo de la libre personalidad de un individuo. Puede haber ciertos costos y cargas administrativas de adecuación para el reconocimiento de un tercer género, pero ninguno de éstos son un argumento razonable como para permitir una interferencia en el derecho al desarrollo de la libre personalidad (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafos 51-53).

Por último, las diferentes sentencias optaron por distintos remedios legales. En el caso alemán, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que la Ley Fundamental no requiere que el estado civil de las personas tenga que ser identificado

en términos binarios, ni prohíbe que pueda reconocer un tercer género indeterminado. Por eso la Corte decidió que debía considerarse la posibilidad de que las personas se identifiquen con un tercer género, lo que, dicho sea de paso, confiere más seguridad, y más certeza, como se reclamó, en comparación con dejar esas casillas completamente en blanco o de forma indeterminada (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafo 50). La Corte Constitucional de Colombia se decanta por la denominación “no binario”, pues a diferencia de la X, ésta denominación no trata al otro o a la otra como un sujeto anónimo, sino que se trata de una alternativa más respetuosa de la diversidad de género (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, p. 109).

V. CONCLUSIONES

Este trabajo plantea un problema jurídico que, aunque se formula desde el entorno normativo chileno, se sitúa —como se ha evidenciado— en un contexto comparado y transnacional. El problema jurídico identificado es que los cuerpos normativos que reconocen el derecho a la identidad de género, allí donde existen, suelen estar anclados en una cierta comprensión del binomio sexo-género que sería uno, inmutable y universal. En efecto, esos sistemas normativos —de los que el chileno es sólo un ejemplo—, reposan en una cierta comprensión del derecho a la identidad de género que acá hemos denominado, siguiendo la literatura, cisnormativa.

Esta comprensión plantea desafíos legales de los cuales los diferentes sistemas legales al rededor del mundo —de un mundo muy variado, como hemos visto al revisar la jurisprudencia comparada— han comenzado a hacerse cargo.

¿Cuál es ese desafío? Las personas trans, cuyos derechos han sido reconocidos a partir de movilizaciones sociales que han incluido el litigio, siempre han debido idearse mecanismos jurídicos para poder reivindicar la protección de su identidad, el resguardo de su autonomía y la promoción de su libertad. En el caso de las personas con identidades no binarias, ello no ha sido la excepción. Así, diversos reclamos presentados ante tribunales de justicia han planteado un (nuevo) desafío al carácter binario de los sistemas normativos, que han puesto en evidencia que esos sistemas ofrecen un vacío cuya falta de tratamiento acarrea perjuicios para las libertades fundamentales de las personas.

En efecto, los sistemas normativos —de los que la LIG chilena es solo un ejemplo— presentan un vacío en relación con las personas que expresen su género desde una mirada no binaria o de género no conforme, lo que devela que estas leyes arrancan de, y se sitúa en, una concepción cisnormativa de las identidades de género, en las que estas personas no encuentran (el vacío) vehículos legales para portear sus demandas de protección. En otras palabras, carecen de herramientas para proteger sus libertades.

Desde luego comprendemos y reconocemos que al derecho le costará avanzar en desmarcarse de los modelos binarios cuando deba regular el reconocimiento y la protección de derechos y libertades en torno a la identidad de género percibida por cada una de las personas. Sin embargo, reconocemos algunas acciones que deberían considerarse estratégicas para superar los desafíos: avanzar en presiones conceptuales que aporten a visibilizar identidades de género excluidas, replicar buenas prácticas o iniciativas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de asumir la importancia de no categorizar jurídicamente a las personas, relevar el modelo de socialización para comprender y justificar la necesidad de deconstruir el binarismo sexo-género, generar capacitaciones y campañas de sensibilización sobre la temática y desafiar la comprensión normativa estrecha de la identidad de género, ampliándola más allá del binomio masculino/femenino. Todo esto, resulta necesario enfatizarlo, no por un afán de revisionismo científico, sino, simplemente pero en forma crítica, por razones de índole jurídica: de protección y resguardo de los derechos de las personas.

En efecto, no debemos perder de vista las situaciones lamentablemente cotidianas que dan cuenta y nos recuerdan la importancia, urgencia y relevancia de avanzar en la superación del binomio sexo-género desde una perspectiva de protección de los derechos de personas de todas las edades. Tal es el caso del adolescente trans José Matías de la Fuente Guevara, quien se suicidó lanzándose desde un piso 11 por el acoso que sufría en el establecimiento en el norte de Chile (Ellos hicieron masacre... El Mostrador, 2022), que había incumplido el mandato de la Circular 768, de 2017, de la Superintendencia de Educación (actualmente reemplazado por la Circular 812, de 2021) (Superintendencia de Educación, 2021), que obliga a los establecimientos en Chile a resguardar los derechos de la niñez y adolescencia trans.⁵

⁵ El impacto de su muerte impulsó la tramitación de un proyecto de ley —conocido como

Es de esperar que la discusión legislativa en Chile, y en otras partes del mundo, se expanda desde una concepción no binaria de la identidad de género —aspecto por el cual la niñez y la adolescencia puede ser vulnerada en sus derechos— e incluya además una mirada a la importancia del acompañamiento en los diversos procesos de socialización por agentes externos, lo que sería consecuente con el marco protector a la no discriminación que consagran los cuerpos normativos en materia de derechos de la infancia —en Chile el artículo 8o. de la Ley 21.430, de marzo de 2022 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (26/01/2023)—.

En lo que toca específicamente al reconocimiento normativo de identidades no binarias o no conformes, las esperanzas pueden cifrarse, asimismo, en uno de los proyectos de ley que buscan reformar la LIG, el cual persigue introducir mejoras en torno a la definición binaria de la Ley 21.120 (Cámara de Diputados y Diputadas, 2020).

Los avances normativos, como decimos, son relevantes, pues parece claro que, si bien la jurisprudencia chilena y la comparada han ido avanzando hacia el reconocimiento de identidades no binarias o de género no conforme, se trata sólo de un primer paso. El acceso a la justicia en general si bien es un derecho en sí mismo, que opera como vehículo para el reconocimiento de otros derechos, funciona *a posteriori*, esto es, cuando ya existe una vulneración, por lo que no siempre logra la reparación que se debe a quienes son declaradas las víctimas.

VI. REFERENCIAS

- Biblioteca del Congreso Nacional (2019). *Historia de la Ley 21.120*. Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7600/>
- Bodenhofer, Canela (2019). Estructuras de sexo-género binarias y cismormadas tensionadas por identidades y cuerpos no binarios: comunidades educativas en reflexión y transformación. *Revista Punto Género*, 12,

Ley José Matías— que busca reforzar la normativa sobre convivencia escolar, apuntando a que se reconozca explícitamente la libertad sexual y la identidad de género de estudiantes.

- 101-125. <https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/56250/59495>
- Bravo, Giancarlo, Sánchez, O. y Yáñez, C. (2015). Identidades trans e inclusión laboral. Perspectivas de adultos transexuales y transgénero residentes en el gran Concepción respecto a su proceso de búsqueda y desarrollo de un empleo (tesis de pregrado), Universidad de Concepción. En Camila Sepúlveda, *Discursos sobre la identidad de género en la configuración de las políticas sociales desde la perspectiva de actores políticos del gobierno nacional regional y sociedad civil organizada* (pp.1-209). Editorial Universidad de Concepción.
- Cámara de Diputadas y Diputados (2013). *Proyecto Ley Boletín 8.924-07. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género*. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=9331&prmBOLETIN%20=8924-07>
- Cámara de Diputadas y Diputados (2020). *Modifica la Ley General de Educación y la Ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos, para Reforzar la Normativa sobre Convivencia Escolar, considerando el Respeto de la Identidad Sexual y de Género, y Sancionar toda Forma de Discriminación basada en estas Circunstancias*. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14452&prmBOLETIN=13893-04>
- Cámara de Diputadas y Diputados (2022). *Modifica la Ley 21.120 y otros Cuerpos Normativos, en Materia de Reconocimiento y Protección del Derecho a la Identidad de Género*. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/autores.aspx?prmID=15498&prmBOLETIN=14985-34>
- Caso Azul Marín y otras vs. Perú* (2020). Corte IDH. Sentencia del 12 de marzo, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 1-298. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf
- Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Corte IDH. Sentencia del 26 de marzo, fondo, reparaciones y costas, párr. 1-33. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf
- ChileTrans (2019). *Historia de la Ley*. Movilh. <https://www.movilh.cl/trans/historia-de-la-ley/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA (2020). *Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. Organización de Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/282.asp>

- Connell, Raewyn y Pearse, Rebecca (2018). *Género. Desde una perspectiva global* (trad. Arantxa Graui Muñoz y Almudena A. Navas Saurin). Valencia, Universidad de Valencia.
- Convención Belém do Pará, 19 de junio de 1994. 26/01/2023. <https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>
- Corte Constitucional de Bélgica (2019), Arrêt 99/2019, 19 de junio de 2019.
- Corte Constitucional de Colombia (2022). Acción de tutela instaurada por Dani García Pulgarín contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Novena de Medellín, Sentencia T-033/22.
- Corte Federal Constitucional de Alemania (2017). 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017.
- Corte Suprema de Chile (2018). Recurso de Casación en el fondo en causa sobre rectificación de partida de nacimiento, 29 mayo 2018.
- Corte Suprema de India (2014). National Legal Services Authority vs. Union of India and others, WP(C) NO. 604 of 2013, 15 de abril de 2014.
- Ellos hicieron masacre con él: acoso, bullying y violación grupal habrían sido las motivaciones tras el suicidio de un joven trans según denuncia su madre (2022, febrero, 5). *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/braga/2020/02/05/ellos-hicieron-masacre-con-el-acoso-bullying-y-violacion-grupal-habrian-sido-las-motivaciones-tras-el-suicidio-de-un-joven-trans-segun-denuncia-su-madre/>
- Fundación Todo Mejora (2016). *Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016*. Todo Mejora ORG. <https://www.etsx.cl/wp-content/uploads/2021/05/Todo-Mejora.-2016.-Encuesta-Nacional-de-Clima-Escolar-en-Chile.pdf>
- Gauché, Ximena (2022). Protección de la identidad de género. Perspectivas internacional y nacional. *Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial*. Ediciones DER.
- Gauché, Ximena y Lovera, Domingo (2019). Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos. *Revista Ius et Praxis*, 25(2), 359-402. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000200359>
- Gauché, Ximena y Lovera, Domingo (2022). Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos. *Revista Ius et Praxis*, 28(1), 122-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000100122>
- Gavilán, Juan (2018). *Infancia y transexualidad*. Ediciones Octaedro.
- Itma. Corte de Apelaciones de Santiago (2022). Recurso de Apelación, 28 julio 2022.

- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017). Realidad y desafío: niños, niñas y adolescentes trans e intersex en contextos de salud y educación. En Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2017: Situación de los derechos humanos en Chile* (pp. 65-78). Ediciones Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Juzgado de Familia de Puerto Montt (2022). Procedimiento Ley 21.120, 25 de julio de 2022.
- Lepin, Cristián (2021). Procedimiento de rectificación de partida por identidad de género. En: Cristián Lepin e Issac Ravetllat (coords). *Identidad de género* (pp.123-140). Tirant Lo Blanch.
- Ley 17.344, Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en los Casos que Indica. Modifica Ley 4.808 sobre registro civil. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 1970. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28940>
- Ley 21.120, Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. *Diario Oficial*, 10 de diciembre de 2018. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>
- Ley 21.400, Modifica Diversos Cuerpos Legales para Regular, en Igualdad de Condiciones, el Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo. *Diario Oficial*, 10 de diciembre de 2021. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>
- Ley 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Diario Oficial*, 15 de marzo de 2022. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>
- Ley 4.808, Reforma la Ley sobre el Registro Civil. *Diario Oficial*, 10 de febrero de 1930. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=24928&r=5>
- Lorca, Lorena (2020). La intervención clínica. Repensando a personas transgénero y el cambio jurisprudencial logrado. En Cristian Lepin (dir). *Enseñanza clínica del derecho* (pp. 165-167). Tirant Lo Blanch.
- Ministerio de Educación (2022). Las alas rotas de José Matías y el proyecto que busca garantizar la vida de las y los estudiantes trans. *Revista de Educación*, 400, (s/p). <http://www.revistadeeducacion.cl/las-alas-rotas-de-jose-matias-y-el-proyecto-que-busca-garantizar-la-vida-de-las-y-los-estudiantes-trans/>
- Ministerio de Salud (2021). *Recomendaciones para la implementación del Programa de Acompañamiento para niños, niñas y adolescentes trans y género no conforme*. Di-

- prece Minsal. <https://diprece.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/05/RECOMENDACIONES-PARA-LA-IMPLEMENTACION-DEL-PROGRAMA-DE-ACOMPANAMIENTO-PARA-NINOS-NINAS-Y-ADOLESCENTES-TRANS-Y-GENERO-NO-CONFORME.pdf>
- Movilh (2019). *XVIII Informe anual de derechos humanos. Diversidad sexual y género en Chile*. <http://www.movilh.cl/documentacion/Informe-DDHH-Movilh-2019.pdf>
- National Judicial Academy Law Journal (2008). Decision of the Supreme Court on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersex (LGBTI) People. *NJALJ*, Vol.2 (1), 1-306. <http://njanepal.org.np/public/reports/21021143119-NJA%20Law%20Journal%202008%20.pdf>
- NSW Registrar of Births (2014). Deaths and Marriages v Norrie HCA 11, 2 de abril de 2014.
- Olsen, Frances (2009). El sexo del derecho. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (coords.). *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 1-42). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Opinión Consultiva OC-24/17. Corte IDH, del 24 de noviembre solicitada por la República de Costa Rica.
- Outright Action Internacional (2016). *Cartografía de los derechos trans en Chile*. OutRight International.
- Palomares, Jorge y Rozo, Camila (2019). El registro civil de las personas y el modelo no binario. *Revista Ius et Praxis*, 25(3), 113-144. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-113.pdf>
- Primer Juzgado Civil de Santiago (2022). Gestión Voluntaria Ley 17.344, 25 mayo 2022.
- Principios de Yogyakarta (2006). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>
- Principios de Yogyakarta +10 (2017). Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/los-principios-de-yogyakarta-10/>
- Saldivia, Laura (2016). El reconocimiento del derecho a la identidad de género de Luana. En Valeria Pavan (Comp.), *Niñez trans. Experiencia de recono-*

- cimiento y derecho a la identidad* (pp. 77-87). Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Saldivia, Laura (2017). *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Superintendencia de Educación (2021). Garantiza el derecho a la identidad de género de niñas, niños y estudiantes en el ámbito educacional. Ministerio de Educación. <https://www.supereduc.cl/contenidos-de-interes/circular-n812-garantiza-el-derecho-a-la-identidad-de-genero-de-ninas-ninos-y-estudiantes-en-el-ambito-educacional/#:~:text=Circular%20N%C2%B0812%3A%20Garantiza,%C3%A1mbito%20educacional%20%E2%80%93%20Superintendencia%20de%20Educa%3%B3n>
- Tercer Juzgado de Familia de Santiago (2022). Procedimiento Ley 21.120, 25 abril 2022.
- Valdés, Constanza (2021). *¿Un cuerpo equivocado? Identidad de género, Derechos y caminos de transición*. La Pollera Ediciones.
- Vander, Zanden (1986). Manual de psicología social. En Raquel Suriá, *Socialización y desarrollo social* (pp. 1-14). Psicología Social. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/14285/1/TEMA-2-SOCIALIZACION-Y-DE-SARROLLO-SOCIAL.pdf>
- Yoshino, Kenji (2006). *Covering. The Hidden Assault on Our Civil Rights*. Random House.

Trabajo remoto y desconexión digital: implementación y regulación en el sector público peruano

Remote Work and Digital Disconnection: Implementation and Regulation in the Peruvian Public Sector

Rosa Karina GONZALES MEDINA

 <https://orcid.org/0000-0002-5608-9484>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.
Correo electrónico: rosa.gonzales@unmsm.edu.pe

Rudy Alder DAGA SARAVIA

 <https://orcid.org/0000-0002-9814-9369>

Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú.
Correo electrónico: 2022031004@unfv.edu.pe

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo principal determinar la relación que existe entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022. El enfoque de la investigación es cuantitativo; el tipo de investigación que se trabajó fue básica, con nivel explicativo y diseño descriptivo correlacional. Se demostró la hipótesis de investigación, es decir, que entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable, $r=0.806$ y un valor de significancia de $p=0.000$. Asimismo, se obtuvo que existe entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital una correlación positiva débil, $r=0.430$ y un valor de significancia de $p=0.018$; entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.419$ y un valor de significancia de $p=0.021$. La investigación tuvo limitación espacial, debido a que las encuestas se realizaron de manera virtual, en consideración de las normas de convivencia por la pandemia COVID-19; de igual modo, es relevante porque no se han realizado investigaciones similares de correlación de las variables de estudio. En la presente investigación se concluyó que entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable; es decir, que a mayor implementación, conocimiento y manejo del trabajo remoto habrá mayores posibilidades del reconocimiento del derecho a la desconexión digital de los trabajadores.

Palabras claves: derecho a la desconexión digital, trabajo remoto, teletrabajo.

ABSTRACT: the main objective of this article is to determine the relationship that exists be-

tween remote work and the right to digital disconnection of administrative workers of a Calao National Hospital in 2022. The research approach is quantitative; The type of research that was worked on was basic, with an explanatory level, with a descriptive correlational design, the research hypothesis was demonstrated. In other words, there is a considerable positive correlation between remote work and the right to digital disconnection, $r=0.806$ and a significance value of $p=0.000$. Likewise, it was found that there is a weak positive correlation between technological tools and the right to digital disconnection, $r=0.430$ and a significance value of $p=0.018$; and, between training and the right to digital disconnection, there is a weak positive correlation, $r=0.419$ and a significance value of $p=0.021$. The research had spatial limitations, due to the fact that the surveys were carried out virtually, in consideration of the rules of coexistence due to the COVID-19 pandemic; Likewise, it is relevant because similar investigations of correlation of the study variables have not been carried out. In the present investigation it was concluded that between remote work and the right to digital disconnection there is a considerable positive correlation; In other words, the greater the implementation, knowledge, and management of remote work, the greater the chances of recognizing the right to digital disconnection of workers.

Keywords: right to digital disconnection, remote work, teleworking.

RECEPCIÓN: 20 marzo de 2023

ACEPTACIÓN: 17 de julio de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Precisiones conceptuales.* III. *Planteamiento del problema.* IV. *Antecedentes de la investigación.* V. *Metodología de la investigación.* VI. *Resultados de la investigación.* VII. *Discusión, conclusiones y recomendaciones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El COVID-19 alteró directamente el funcionamiento del sector laboral del mundo; los países latinoamericanos fueron los más afectados debido a que las actividades laborales de manera virtual ya se aplicaban en menor medida en países de primer mundo, pero no en la misma medida en los países latinoamericanos.

En el caso de Perú, antes de la pandemia del COVID-19, el trabajo realizado en el sector público era presencial, debido a que en Perú no se pudo incluir programas de trabajo a distancia en las entidades estatales.

Fue hasta la emisión del Decreto de Urgencia 026-2020 que se creó una nueva modalidad de trabajo, dirigida a las entidades públicas y privadas peruanas, proponiendo la incorporación del trabajo remoto con el objetivo

de que los trabajadores pudieran realizar las labores en sus domicilios, a efecto de salvaguardar su salud debido a la propagación del COVID-19, y así no afectar sus labores.

Posteriormente, se promulgaron el Decreto de Urgencia 127-2020 y el Decreto Supremo 004-2021-TR, en donde por primera vez se mencionó el derecho a la desconexión digital, comprendido como una atribución de los trabajadores de desentenderse de sus actividades laborales fuera de su horario de trabajo y el derecho a desconectarse de las tecnologías de la información y comunicación utilizados para la prestación de servicios.

En Perú el trabajo remoto trajo consigo ciertos beneficios a los trabajadores; el principal fue evitar la exposición de vulnerabilidad para el contagio de COVID-19. Fue así que la modalidad de trabajo remoto se convirtió en un medio principal para dar seguridad a los trabajadores de cualquier rubro, a efecto de que realicen sus labores desde su casa. Sin embargo, también trajo consigo ciertas desventajas; una de ellas, la hiperconexión por parte del trabajador sin medir los tiempos de descanso; un descontrol en el envío de tareas por parte del empleador fuera del horario de trabajo, entre otros, lo cual afectó no sólo la salud de los trabajadores, sino que, además, alteró la conciliación de su vida familiar y personal, así como su rendimiento en la entidad.

En la presente investigación hemos considerado importante realizar un estudio sobre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao, debido a que en el marco de la pandemia, los hospitales han sido lugares de primera respuesta para la atención de pacientes con una carga viral sumamente alta, por lo que, en el caso de los trabajadores administrativos, se priorizó el trabajo remoto a fin de continuar con el correcto funcionamiento administrativo de la entidad. Al respecto, en este apartado se aborda el estudio de ambas variables dentro de la actividad laboral desempeñada por el personal administrativo de un Hospital Nacional del Callao. Para ello destaca la problemática existente, con motivo de realizar las actividades propias dentro del citado nosocomio.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

1. *El trabajo remoto en Perú*

En el marco de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, Perú reglamentó el trabajo remoto a través del Decreto de Urgencia 026-2020, el cual estableció que:

El trabajo remoto se caracteriza por la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita (Decreto de Urgencia 026-2020 [D.U. 026-2020], artículo 16).

De igual forma, el trabajo remoto “no solamente se limita al trabajo que pueda realizarse a través de los ordenadores, telecomunicaciones o medios similares, sino que incluye cualquier tipo de trabajo que no requiera la presencia física de los trabajadores en el lugar de trabajo” (Celso René Vargas Parejo, 2021). En otras palabras, los trabajadores pueden realizar su trabajo, empleando para ello cualquier medio y no se limitan al uso exclusivo de los medios informáticos (ordenadores, computadoras) que caracterizan el teletrabajo.

2. *El derecho a la desconexión digital en Perú*

Con el Decreto de Urgencia 127-2020,¹ publicado el 1 de noviembre de 2020, Perú reguló el derecho a la desconexión digital sólo para los trabajadores que realizaban trabajo remoto, protegiendo el respeto a los trabajadores en cuanto a la conciliación de la vida personal y familiar, así como el derecho al descanso, a las vacaciones y al reposo; no obstante, el legislador sólo consideró la regulación del derecho a la desconexión digital a los trabajadores que realizan trabajo remoto.

¹ Decreto de Urgencia 127-2020, “Artículo 18. Obligaciones del empleador y trabajador
18.1. Son obligaciones del empleador:

...

18.1.4. Respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador...”.

Mediante la publicación del Decreto Supremo 004-2021 en el *Diario Oficial El Peruano* el 11 de marzo de 2021, se determinó que el derecho a la desconexión digital, descrito en el párrafo 18.1.4 del artículo 18 del Decreto de Urgencia 127-2020, el cual establece que todo trabajador tiene garantizado su derecho a desconectarse de los medios informáticos (ordenadores, computadoras), de telecomunicaciones y similares (Internet, telefonía, entre otros) empleados para la prestación de servicios. En otras palabras, se estableció que el empleador no puede exigir ni requerir que el trabajador realice tareas, coordine labores o responda comunicaciones de carácter laboral a través de los medios digitales, durante el tiempo de la desconexión digital, salvo que exista un acuerdo previo con el trabajador para que realice labores en sobretiempo, o se den casos que se justifiquen, como resultado de un hecho fortuito o por fuerza mayor, que ponga en grave peligro a las personas así como los bienes del centro de trabajo perjudicando la actividad productiva.

Asimismo, en virtud del citado Decreto Supremo además se estableció que el empleador deberá establecer las medidas oportunas que garanticen el correcto ejercicio del derecho a la desconexión digital; no obstante, advertimos que la norma no especifica el mecanismo para ejercer el derecho a la desconexión digital, por lo que corresponde a los empleadores decidir el establecimiento de los mecanismos para ejercer el derecho a la desconexión digital.

Por otro lado, para las infracciones la normativa determina que es infracción administrativa grave coaccionar a los trabajadores o realizar conductas tendentes a intimidarlos para que realicen tareas, respondan a la comunicación o establezcan coordinación entre las partes, de naturaleza laboral, a través de cualquier dispositivo o medio informático, de telecomunicaciones o similar, o para mantener operativas dichas instalaciones en tiempos de desconexión digital.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. *Descripción de la realidad problemática*

El trabajo remoto es una modalidad de trabajo a distancia que se implementó en Perú en el marco de la pandemia debida al COVID-19, el cual consiste en la realización de las labores en el lugar de aislamiento; ello originó

que los trabajadores realizaran sus labores fuera de su centro laboral, generando que en muchos casos se sobrepase la línea que existía entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Por lo anterior se reguló el derecho a la desconexión digital, a efecto de garantizar los derechos de los trabajadores en el ámbito de la jornada de trabajo, su horario y el tiempo de disposición.

En la presente investigación se realizó un estudio en el marco de pandemia del COVID-19. Al respecto, cabe señalar que según estadísticas globales proporcionadas por *The New York Times* al 16 de mayo de 2020, se advierte que definitivamente el trabajo remoto es una opción para no afectar las labores de los colaboradores administrativos (Erik Brynjolfsson et al., 2020). En esa línea los investigadores Belzunegui y Erro (2020) indicaron que “el trabajo remoto se ha convertido en un medio principal para dar seguridad a los trabajadores de cualquier rubro que realizan su labor desde su casa”.

Sin embargo, según algunas posturas como la de Lázaro Mendoza (2020), se considera que uno de los efectos del trabajo remoto es “la creación de derechos de los colaboradores para proponer garantía mínima de protección al teletrabajador, como es el derecho a la desconexión, en su casa”.

En ese sentido, en el contexto internacional, según Facundo Chiuffo (2018), explicó que, para contrarrestar los efectos nocivos de la conectividad, “en Francia se reconoció en la Ley núm. 1088 del 8 de agosto de 2016 —conocida como Ley El Khomri— el derecho a la desconexión para los trabajadores, a efecto de garantizar el respeto de la vida personal y familiar de los trabajadores” (p. 1).

En esa línea, según Ángel Delgado (2020) señala que debido a la expansión del COVID-19 en el mundo y en particular en Perú, el Ejecutivo se ha visto en la necesidad de emitir decretos de urgencia a fin de declarar el Estado de emergencia (Decreto de Urgencia 026-2020). Es así que “el aislamiento social obligatorio o cuarentena, generó restricciones y cambios disruptivos en las relaciones de trabajo”.

Sin embargo, se cuestiona en qué medida el trabajo remoto, como nuevo sistema de trabajo de carácter excepcional y temporal durante la emergencia sanitaria, se ha implementado en las entidades estatales peruanas, y si el derecho a la desconexión digital ha garantizado que no se vulnere el derecho al descanso y la salud de los trabajadores.

En ese contexto, pese a que la norma estableció que los empleadores adopten las medidas para la implementación del trabajo remoto y la desconexión digital; se ha identificado que, a la fecha de la presente investigación,

un Hospital Nacional del Callao no cuenta con algún instrumento de gestión (directiva, reglamento u otro) regulador de la implementación del trabajo realizado por los servidores civiles quienes vienen cumpliendo el trabajo remoto. En tal sentido, al no existir una norma interna respecto a la implementación de las labores de los trabajadores remotos, se podrían estar vulnerando los derechos de éstos, por lo que existe la necesidad de normalizar dicha implementación y la desconexión digital de las y los servidores en un Hospital Nacional del Callao.

2. *Formulación del problema*

Hemos advertido que en un Hospital Nacional del Callao no se han regulado la implementación del trabajo remoto y la desconexión digital de los trabajadores remotos mediante instrumentos de gestión como directivas y/o lineamientos u otros, y que, en muchos casos, no se está aplicando la desconexión digital de los trabajadores, ya que se evidencia el uso excesivo de las TIC (tecnologías de la información y comunicación) fuera de la jornada laboral por parte de los jefes y/o encargados de unidades, oficinas y departamentos, debido a que encargan labores usando los medios digitales (TIC) fuera de la jornada laboral, vulnerando el derecho al descanso y la salud de los trabajadores; además de afectar el rendimiento de los trabajadores en la entidad y el logro de los objetivos institucionales.

En ese sentido, la presente investigación busca aportar el análisis del trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022, a fin de brindar alternativas de solución para una buena gestión del trabajo remoto en la entidad y garantizar el respeto al derecho a la desconexión digital de los trabajadores.

A) Problema general ¿Qué relación existe entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022?

B) Problemas específicos:

a) ¿Qué relación existe entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022?

- b) ¿Qué relación existe entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022?
- c) ¿Qué relación existe entre la optimización de proceso y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022?
- d) ¿Qué relación existe entre capacitación y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022?

3. *Objetivos de la investigación*

A) Objetivo general

Determinar la relación que existe entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

B) Objetivos específicos

- a) Identificar la relación que existe entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.
- b) Identificar la relación que existe entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.
- c) Identificar la relación que existe entre la optimización de proceso y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.
- d) Identificar la relación que existe entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

4. *Limitaciones en la investigación*

Esta investigación tuvo una limitación espacial debido a que la encuesta se realizó de manera virtual entre los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao, que realizaban trabajo remoto; misma que fue superada mediante la utilización del Google Form para la aplicación de la encuesta.

Asimismo, la investigación tuvo limitación de recursos debido a que se realizó sin apoyo económico financiero, por lo que se optó por usar recursos propios de los investigadores para la ejecución de la investigación.

5. *Financiamiento*

Por lo anterior, los autores no recibieron ningún patrocinio para llevar a cabo este estudio-artículo.

6. *Delimitación del área de investigación*

Respecto a la delimitación geográfica o espacial, la investigación se realizó en el Hospital Nacional Daniel Alcides Carrión, ubicado en la provincia constitucional del Callao de Perú; en cuanto a la delimitación temporal, la investigación se realizó recopilando la información del primer semestre de 2022.

IV. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1. *Antecedentes nacionales*

Carlos Rojas (2021), en la investigación citada, tuvo como objetivo determinar la relación que existe entre las variables gestión del trabajo remoto y desempeño laboral, mediante el estudio de tipo básico, de nivel correlacional y diseño no experimental. El instrumento utilizado fue un cuestionario de veinticuatro preguntas; con muestreo probabilístico con sesenta trabajadores. En los resultados se aceptó la hipótesis alterna, concluyendo que existe relación entre estas dos variables. Finalmente, recomendó que “las autoridades de la Biblioteca Nacional del Perú continuaran con el trabajo remoto en las actividades que se pueden realizar desde los hogares”, así como “mejorar las condiciones de trabajo, principalmente respecto a los equipos informáticos y el préstamo de computadoras personales”. (p. 51)

Elva Valencia (2021), por su lado, intentó determinar la relación entre el trabajo remoto y la competencia laboral de los docentes, mediante un estudio de línea de base baja, un enfoque cuantitativo, con un diseño correlacional. Para la recolección de una población de 59 docentes, la muestra

no probabilística deliberada fue de 34 docentes. Los resultados muestran que el coeficiente de correlación de Rho Spearman es 0.454, lo cual permite concluir que existe una relación moderada y positiva entre las variables. A partir de ello, se recomendó que “MINEDU tenga consideraciones más específicas y viables en cuanto a las disposiciones para el trabajo remoto (horarios de trabajo coherentes) que permita su efectividad”; además, que “se tome en consideración dar un beneficio y/o ayuda a las familias de escasos recursos comprobados, ya que éstas no cuentan con dispositivos electrónicos y/o datos de Internet”. (p. 43)

Si atendemos al estudio de Claudia Aguilar et al. (2021), el objetivo fue identificar las diferencias en el desempeño laboral de los trabajadores remotos. La investigación se llevó a cabo de acuerdo con el método científico de inferencia hipotética, que es de tipo básico de investigación, con un enfoque cuantitativo y estimación de correlación descriptiva de corte transversal, no experimental. Para la recolección de la información se aplicó un cuestionario con diez entradas para la variable independiente y diez entradas para la variable dependiente. “Los resultados muestran que el vínculo entre la satisfacción laboral y el desempeño entre los teletrabajadores obligatorios en Perú es positivo”. (p. 132)

Rut Sánchez (2020) se planteó como objetivo establecer la regulación de la desconexión laboral mediante trabajo remoto y teletrabajo. El estudio se realizó a través del método de razonamiento y comparación. En cuanto a los resultados, se evidencia que el “72% de los trabajadores encuestados considera que no se respeta la jornada máxima legal del trabajo en el teletrabajo y trabajo remoto”; por otra parte, se obtuvo que “80% indica que cuando el trabajo es digital los empleadores se justifican para asignar labores más allá del horario establecido sin pagar horas extra”, y que “el 84% confirma haber realizado asignaciones fuera de la hora de trabajo en más de una oportunidad, siendo que el 78% indica que la jornada de trabajo remoto se ha extendido en referencia a su jornada presencial”. La investigadora concluyó que es necesario y factible proponer un instrumento normativo que regule el derecho a dejar de trabajar. Recomienda “promover la promulgación de normas, además de su socialización con los diversos sectores involucrados”; de igual forma, sugiere “realizar una mayor difusión de los derechos laborales de los trabajadores, con la finalidad de asegurar que sean competentes en el conocimiento y la defensa de sus derechos”. (p. 136)

El objetivo de Wilson López (2022) fue determinar la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital en nuestra legislación, frente a la implementación del trabajo remoto y del teletrabajo en las empresas. La investigación fue de enfoque cualitativo, razonada y comparativa, utilizando un diseño de investigación no experimental; desarrolla un sustento teórico de la existencia del derecho a la desconexión digital a nivel constitucional frente a las vulneraciones del ocio, la salud, la intimidad y los derechos fundamentales, como la conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo impacto es posible dada la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación en el trabajo a distancia. Para ello analizó la necesidad de su regulación. Del mismo modo, se compararon las normativas internacionales (Francia, Italia, España, Chile, Ecuador y Argentina). El autor concluyó que el derecho a la desconexión digital es “un derecho autónomo y limitado, que busca garantizar la protección de derechos fundamentales como el descanso, la salud, la intimidad y la conciliación con la vida familiar y laboral”; al mismo tiempo, concluye que “existe la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital frente al abuso de los empleadores de emitir órdenes o comunicaciones por herramientas digitales fuera de la jornada del trabajo”. En tal sentido, recomienda que el derecho a la desconexión digital “se debe regular en una ley especial, además en base al principio de igualdad ante la ley, se aplique tanto para el trabajo a distancia como al trabajo presencial”. (pp. 57 y 58)

En la investigación de Víctor Montenegro (2021) el objetivo fue determinar cómo el derecho a la desconexión digital, el derecho al descanso, la jornada de trabajo y el disfrute del tiempo libre aseguran y garantizan la conciliación entre la vida personal, profesional y familiar en el trabajo remoto. Los aspectos metodológicos incluyen métodos cualitativos y teoría fundamentada como diseño de investigación. El investigador concluyó que el “derecho a la desconexión digital constituye un mecanismo para garantizar el respeto de la jornada de trabajo, con la única y exclusiva finalidad de evitar que el trabajador preste labores de manera excesiva”. Por otro lado, el investigador recomendó que el Congreso de la República u otras instituciones competentes tomen iniciativas legislativas para modificar el Decreto Supremo 004-2021-TR, a fin de que pueda ampliar el alcance del derecho a la desconexión digital, de forma frecuente, “a efectos de incorporar de manera específica derechos, deberes y obligaciones claramente establecidos, sin estar sujetas a interpretaciones, tanto para el empleador como para el trabajador en la nueva modalidad de trabajo remoto”. (pp. 40 y 41)

2. *Antecedentes internacionales*

En el estudio de Mayerlin Justo (2020) se desarrolló un programa de teletrabajo para medir la productividad de los asociados. La investigación se realizó a través de una revisión de la literatura, mediante un estudio descriptivo. Adicionalmente, comparó los datos obtenidos con la información que arrojó la entrevista con el gerente de Contabilidad de la entidad. Los resultados mostraron que la regulación del teletrabajo puede aumentar la creación de empleo y mejorar la productividad y competitividad de la empresa; identificó que el “71.4% de los colaboradores incrementó su rendimiento y productividad durante el periodo de teletrabajo”; asimismo, recomienda que se deben dar seis pasos de implementación antes de que comience el teletrabajo o trabajo remoto: “creación de la comisión de teletrabajo, instrucción de las funciones y desarrollo de las políticas y normativas de cada representante, licitación y compra de los equipos necesarios, evaluación de los espacios de trabajo, capacitación y entrenamientos y puesta en marcha” (p. 69).

En el estudio de María del Carmen Tenorio Poma y Ricardo David Medina Velecela (2020) se aplicó la prueba de Yoshitake a 310 docentes y los resultados de la prueba se clasificaron en fácil, moderado y difícil. Las calificaciones se dividen por género, estado civil, educación profesional, carga de trabajo y grupo de edad. Los resultados mostraron que los docentes se ahorraron en promedio una hora de desplazamiento, pero su carga de trabajo llegó a un promedio de once horas diarias; mientras tanto, el tiempo de sueño fue de alrededor de siete horas. Menos de la mitad de los docentes están satisfechos con este tipo de trabajo. Se determinó que el 18.7% de los participantes presentó fatiga leve, el 35.5% fatiga moderada y el 45.8% fatiga severa. La fatiga leve disminuyó del 61.6% al 18.7%, mientras que la fatiga moderada aumentó del 24.5% al 35.5%, y la fatiga severa aumentó significativamente del 13.9% al 45.8%, en comparación con 2018. En resumen, durante el teletrabajo la fatiga en la comunidad aumentó significativamente entre los docentes. Recomienda crear mecanismos para disminuir la fatiga, especialmente para los trabajadores con responsabilidades familiares, como niños y adultos mayores, para no perjudicar su salud. Del mismo modo, aconseja que los médicos ocupacionales deben capacitarse en mecanismos que ayuden a prevenir o corregir la atención de la fatiga; de igual modo, que se debe “buscar mecanismos de capacitación que ayude a fortalecer las destrezas necesarias de los docentes para optimizar el tiempo y el teletrabajo con los insumos tecnológicos” (p. 27).

Jonnathan Peralta (2021) estableció como objetivo identificar los puestos más adecuados para el trabajo remoto, en función de las medidas tomadas durante la crisis del Coronavirus en 2020. El estudio fue no experimental y utilizó métodos cuantitativos, así como un estudio prospectivo exploratorio. La recolección de datos se realizó a través de una encuesta en línea, mediante la plataforma Google Forms, y se aplicó a los servidores de la Sexta Dirección Regional del Ministerio del Trabajo; participaron setenta y seis servidores. El estudio concluyó que “los servidores de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Cuenca se han adaptado a esta nueva forma de trabajo (teletrabajo)”;

además, que los teletrabajadores cuentan “con la motivación necesaria por el trabajo e inclusive mayor capacidad de realizar diferentes actividades, como planificación, organización, y control con el cargo que desempeñan” (p. 67).

En la investigación de Anthony Ponce (2020), el objetivo fue describir cómo el teletrabajo ha dado lugar a un nuevo concepto denominado derecho a la desconexión digital, que pretende garantizar el derecho al descanso de los trabajadores. Este estudio utilizó métodos mixtos cualitativos y cuantitativos; además, se revisó la literatura académica normativa. Los resultados mostraron que es necesario definir qué es el derecho a desconectarse (descanso). El investigador concluyó que “es la libertad de los trabajadores de no atender llamadas sobre sus actividades fuera del horario laboral, mensajes y notificaciones; sin estar sujeto a sanciones”. Recomienda a “los empleadores incorporen políticas relativas al derecho a la desconexión en los reglamentos internos de trabajo, para que exista el compromiso de cumplimiento de las partes” (pp. 74-76).

En el estudio de Edison Andrade (2021), el propósito fue analizar cómo la implementación y aplicación del derecho a la desconexión se ubica fuera del sector regulatorio ecuatoriano. La investigación utilizó un enfoque dogmático simple, con el objetivo de determinar el papel de los derechos de terminación, como una nueva garantía para el desempeño de las actividades laborales en el entorno digital y su aplicación directa en el marco legal con la ayuda del trabajo remoto. El estudio concluyó que el derecho a la desconexión digital tiene como finalidad “construir límites estrictos como barrera estable frente a la precariedad laboral”, convirtiéndolo en un instrumento jurídico que permitirá no solo la continuación del desarrollo de las actividades laborales en el futuro, “sino con ello desarrollar y optimizar de mejor manera las garantías básicas de las personas que hacen posible el correcto funcionamiento de nuestra sociedad” (p. 112).

Herling Cruz y Edna Delgado (2020) se propusieron identificar los fines de la regulación del derecho a desconexión en el Estado colombiano. Los métodos de investigación son la interpretación teleológica y la revisión bibliográfica. Los investigadores concluyeron que “la finalidad del Estado es garantizar a los trabajadores el derecho a la desconexión laboral con el fin de transgresión de los límites laborales con los espacios familiares y personales, lo que es bueno para la salud del trabajador”. Recomiendan a los legisladores realizar ajustes legislativos al modelo de trabajo remoto a fin de establecer medidas oportunas para atender los derechos de los trabajadores para que no sean vulnerados durante la implementación del nuevo modelo de trabajo, lo que ayudará a las empresas o instituciones a implantar acciones para proteger a los trabajadores, garantizando “[su] salud mental... iniciando por adaptar o diseñar nuevos manuales de funciones y competencias en los puestos de trabajo que desarrollen políticas de desconexión laboral” (p. 31).

3. Bases teóricas de nuestras variables de estudio

A. Trabajo remoto

1) *Definición de trabajo remoto.* Para Glasbel Belandria (2019) “el trabajo remoto es la aplicación de las tecnologías de la información y comunicaciones; de esta manera, con el apoyo de redes sociales para realizar el trabajo en un espacio geográfico local o regional” (p. 42), Héctor Buenrostro y María Hernández (2019) opinan que “el trabajo remoto se centra en disponibilidad de computadora y la accesibilidad de las tecnologías”. (p. 118)

Según Buitrago (2020) consiste en “el desarrollo de las actividades laborales sin que requiera la presencia física del trabajador en las instalaciones del empleador” (p. 2), toda vez que las actividades son realizadas en la casa del teletrabajador, mediante equipo técnico, apoyado con una plataforma de comunicación, revisa sus obligaciones en tiempo real de sus jefes. Para Alexander Paucar (2021), el trabajo remoto “es la prestación de servicios subordinada que realiza un/a trabajador/a que se encuentra físicamente en su domicilio o en lugar de aislamiento domiciliario... se realiza a través de equipos informáticos, de telecomunicaciones y análogos, así como cualquiera de otra naturaleza que permita realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de sus labores lo permita” (p. 5).

2) *Características del trabajo remoto*. Sandy Rueda (2021) señala que “el trabajo remoto es nuevo en algunos países de Latinoamérica, es así que para la adopción de esta modalidad de trabajo cada país tiene que analizar la realidad y la deficiencia que pueda generar” (p. 2). Victoria Chuco et al. (2020) señalan que el trabajo remoto se caracteriza por: 1) “permitir mantener la operatividad de las empresas, sin transgredir las normas dictadas por el Poder Ejecutivo, mientras se reanudan las actividades comerciales” (p. 3), y se garantice que el personal no esté expuesto al contagio del COVID-19, al restringir la interacción física y la cercanía con personas asintomáticas, y 2) “las actividades serán desarrolladas con el respaldo de la tecnología” (p. 3).

3) *Dimensiones del trabajo remoto*. Respecto al trabajador remoto, Agudo (2014) señala que “puede realizar sus labores fuera del centro de trabajo utilizando herramientas tecnológicas” (pp. 172 y 173); de esta manera, define cuatro dimensiones: cultura organizacional, herramientas tecnológicas, optimización de procesos y capacitación.

- a) La dimensión de cultura organizacional es “la expectativa para orientar el comportamiento de los miembros de la empresa; contempla los indicadores: compromiso, comunicación, desempeño y conocimiento”. (Idalberto Chiavenato, 2010)
- b) La dimensión de herramientas tecnológicas, definida como los elementos de apoyo para intercambiar información; los indicadores son utilizar equipos informáticos, wifi, herramienta de comunicar y video. (INEI, 2020)
- c) La dimensión de optimización de procesos, la cual consiste en “las funcionalidades de los productos o servicios para la organización; contempla los indicadores planificación, organización, coordinación, monitoreo y evaluación”. (María Agudo, 2014)
- d) La dimensión capacitación consiste en “el proceso sistematizado en un corto periodo, en el cual la persona adquiere conocimiento, habilidad y competencia en su desempeño; está enmarcada en los siguientes indicadores: participantes, tiempo, satisfacción y asistencia”. (Idalberto Chiavenato, 2010)

B. Derecho a la desconexión digital

1) *Definición de la desconexión digital*. La desconexión digital es “un derecho atribuido a los trabajadores a no realizar la labor después del trabajo,

así como no realizar ninguna atención al empleador, en ejercicio de su descanso o vacaciones”; también “implica la facultad de oposición del trabajador sin que por ello pueda ser sancionado” (Melissa Tavera, 2019, p. 63).

2) *Características del derecho a la desconexión digital*. Según Facundo Chiuffo (2018) la desconexión digital consiste en “la atribución del trabajador de desconectarse de las tecnologías de la información, ante la culminación de su jornada de trabajo, entendiéndose fuera de su jornada de trabajo, esto es, en su descanso, licencias o vacaciones” (p. 12). Las características de la desconexión digital son: 1) atribución del trabajador de desconectarse de los medios tecnológicos; 2) respeto a la culminación de la jornada de trabajo, y 3) respecto al derecho al descanso, licencias o vacaciones del trabajador.

3) *Dimensiones del derecho a la desconexión digital*. María Nieves (2019) precisa que “la desconexión digital es el derecho del trabajador a no tener contacto con herramientas digitales por temas relacionados con su trabajo durante su tiempo de descanso y vacaciones”. Igualmente, explica que pueden considerarse las siguientes dimensiones: 1) la libre determinación del trabajador y sus indicadores: discrecionalidad y desvinculación laboral, y 2) las herramientas digitales, respecto al uso adecuado.

Al respecto, la libre determinación está referida a “la capacidad del trabajador para delimitar el uso de las tecnologías de la información y comunicación durante la jornada laboral, de manera que no exceda su jornada laboral y pueda hacer uso de su tiempo libre y descanso” (p. 174). Ello además implica que “el trabajador pueda decidir atender situaciones de trabajo fuera del horario laboral o vacacional; además, que el trabajador no se sienta con la obligación a atender correos, mensajes o llamadas asociados a su trabajo durante su tiempo libre” (p. 178), a efecto de no vulnerar la conciliación familiar y personal del trabajador durante el tiempo de desvinculación laboral.

4. Formulación de hipótesis

A. Hipótesis general

Existe una relación significativa entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

B. Hipótesis específicas

1) Existe una relación significativa entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

2) Existe una relación significativa entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

3) Existe una relación significativa entre la optimización de procesos y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

4) Existe una relación significativa entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.

V. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Diseño metodológico

Empleamos la investigación básica, la cual, según Sergio Carrasco (2009), es aquella que permite “ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad. Su objeto de estudio lo constituyen las teorías científicas” (p. 43). El nivel de investigación es explicativo, ya que se consideraron no sólo resultados descriptivos, sino también prueba de hipótesis, la cual “nos permite explicar la relación entre las variables de estudio” (Sergio Carrasco, 2009, p. 57). Se trabajó con el diseño descriptivo correlacional. El método es hipotético deductivo, dado que se postulan hipótesis que son objeto de comprobación a través de la prueba estadística no paramétrica.

2. Muestra

Se trabajó con un muestreo no probabilístico intencional de 30 empleados contratados administrativos de un Hospital Nacional del Callao, que fueron los que voluntariamente participaron de la encuesta.

3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

La técnica de recolección de datos utilizada fue la encuesta, teniendo en cuenta que “es una técnica que pretende obtener información que suministra una muestra de sujetos sobre sí mismos, o en relación con un tema en particular” (Jesús Rodríguez et al., 2014); se utilizó como instrumento de recolección de datos el cuestionario, que “es un conjunto de preguntas respecto de una o más variables que se van a medir” (Roberto Hernández et al., 2014). Para la presente investigación se emplearon dos instrumentos de medición de las variables.

4. Técnicas para el procesamiento de la información

La recolección de datos se realizó mediante el formulario Google Form; se envió el correo y se proporcionó un tiempo de diez días aproximadamente para resolver los dos cuestionarios en coordinación con la dirección del hospital. Sobre el análisis y procesamiento de datos provenientes de los cuestionarios aplicados a nuestra población de estudio, recolectada y debidamente ordenada, se formó una base de datos, luego se procesó con el programa estadístico SPSS 25; posteriormente se realizó el análisis, para la estadística descriptiva. Para la inferencia estadística, la prueba de hipótesis de las variables trabajo remoto y derecho a la desconexión digital, se realizaron las mediciones para la investigación de correlacional a través del Rho de Spearman.

VI. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Prueba de hipótesis

A. Hipótesis general

En la presente investigación la hipótesis principal es:

Hg: *Existe relación significativa entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.*

Sobre la correlación entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital, los resultados del coeficiente Rho Spearman demuestran que entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital existe una correlación

positiva considerable, $r=0.806$ y un valor de significancia de $p=0.000$, menor de 0.05. Por tanto, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis general

B. Hipótesis específicas

1) Hipótesis específica 1

H_1 : *Existe relación significativa entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.*

Sobre la correlación Rho de Spearman de la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital, los resultados demuestran que entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable $r=0.898$ y un valor de significancia de $p=0.000$, menor de 0.05. Por lo tanto; se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 1.

2) Hipótesis específica 2

H_2 : *Existe relación significativa entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.*

Sobre la correlación Rho de Spearman de las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital, los resultados demuestran que entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.430$ y un valor de significancia de $p=0.018$, menor de 0,05. Por lo tanto, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 2.

3) Hipótesis específica 3

H_3 : *Existe relación significativa entre la optimización de procesos y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.*

Sobre la Correlación Rho de Spearman de la optimización de procesos y el derecho a la desconexión digital, los resultados demuestran que entre la optimización de procesos y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable, $r=0.818$ y un valor de significancia de $p=0.000$, menor de 0.05. Por tanto, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 3.

4) Hipótesis específica 4

H4: *Existe relación significativa entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022.*

Sobre la correlación Rho de Spearman de la capacitación y el derecho a la desconexión digital, los resultados demuestran que entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.419$ y un valor de significancia de $p=0.021$, menor de 0.05. Por tanto; se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 4.

VII. DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. *Discusión*

Para corroborar las hipótesis de la investigación se aplicó la prueba Shapiro Wilk, que es la prueba de normalidad cuyos resultados mostraron que los datos se encuentran dispersos, por lo que en el presente trabajo se aplicó el método estadístico no paramétrico de Rho de Spearman.

Así, de acuerdo con los resultados, se comprobó la hipótesis general: es decir, se comprobó que existe una relación significativa entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos de un Hospital Nacional del Callao en 2022, con una correlación positiva considerable, $r=0.806$ y un valor de significancia de $p=0.000$.

En ese marco, respecto al trabajo remoto y la desconexión digital de los trabajadores administrativos del Hospital Nacional del Callao, podemos observar que si bien se ha implementado y tiene un impacto positivo en los trabajadores, se ha advertido que, pese a que mediante el Decreto Supremo 004-2021-TR indica que el empleador es el encargado de establecer las medidas adecuadas para el ejercicio efectivo de la desconexión digital, al momento del presente estudio la entidad no ha elaborado un instrumento de gestión (directiva, reglamento u otro) que regule la implementación del trabajo remoto y la desconexión digital en el Hospital Nacional del Callao. Lo anterior se respalda por lo señalado por Wilson López (2022): “existe la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital en nuestra legislación, frente a la vulneración de derechos fundamentales tales como el descanso, la salud, la intimidad y la conciliación entre la vida familiar y laboral” (p. 8), dado que con el surgimiento de las tecnologías de información y de

comunicación, que se encuentran presentes en el trabajo a distancia, está latente dicha afectación.

De acuerdo con los resultados, se comprobó la hipótesis específica 1, es decir, que entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable $r=0.898$ y un valor de significancia de $p=0.000$, menor de 0.05. Por tanto, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 1.

La comprobación de la hipótesis específica 1 nos permite señalar que los trabajadores del Hospital Nacional del Callao consideran que el trabajo remoto y en equipo es una buena alternativa en época de pandemia, permitiendo que la cultura organizacional en la entidad, a través del compromiso y desempeño de los trabajadores, y la comunicación permanente en el entorno laboral, se garantice la desconexión digital de los trabajadores.

Por otro lado, de acuerdo con los resultados, se comprobó la hipótesis específica 2; es decir, que entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.430$ y un valor de significancia de $p=0.018$, menor de 0.05. Por tanto; se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 2.

La comprobación de la hipótesis específica 2 nos permite afirmar que el personal del Hospital Nacional del Callao tenía desarrollado 43% de sus competencias tecnológicas, lo cual dificultó el uso del derecho a la desconexión digital por parte de los trabajadores remotos.

Por otro lado, de conformidad con los resultados, se comprobó la hipótesis específica 3; es decir, que entre la optimización de proceso y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable, $r=0.818$ y un valor de significancia de $p=0.000$, menor de 0.05. Por tanto; se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 3.

La comprobación de la hipótesis específica 3 nos permite señalar que la optimización de procesos a través de la planificación, organización, coordinación, monitoreo y evaluación de los trabajadores permite que se garantice el uso del derecho a la desconexión de los trabajadores remotos.

De acuerdo con los resultados, se comprobó la hipótesis específica 4; es decir, que entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.419$ y un valor de significancia de $p=0,021$, menor de 0.05. Por tanto; se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis específica 4.

La comprobación de la hipótesis específica 4 nos permite señalar que los trabajadores del Hospital Nacional del Callao se enfrentaron a una nueva modalidad *on line* sin previas capacitaciones, lo cual significó mayor tiempo para su aprendizaje, que dificultó el uso del derecho a la desconexión digital por parte de los trabajadores remotos.

Finalmente, siguiendo la línea de Carlos Rojas (2021), quien en su investigación recomienda que “las autoridades de la entidad continúen sus labores a través del trabajo remoto, y también sugiere que la institución preste los equipos informáticos para asegurar la calidad de servicio” (p. 51), consideramos importante que las entidades públicas, como en este caso el Hospital Nacional del Callao, considere en su normativa de gestión (directiva, reglamento u otro), que regule el trabajo remoto y la desconexión digital de los trabajadores del hospital, considerando también la capacitación en el uso de las tecnologías de la información y comunicación, y que la entidad proporcione dichos equipos informáticos a sus trabajadores, a efecto de facilitar las labores de los trabajadores.

2. Conclusiones

De acuerdo con los resultados estadísticos, se concluye lo siguiente:

- a) Que entre el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable, $r=0.806$ y un valor de significancia de $p=0.000$; es decir, que a mayor implementación, conocimiento y manejo del trabajo remoto habrá mayores posibilidades de gozar el derecho a la desconexión digital.
- b) Que entre la cultura organizacional y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable $r=0.898$ y un valor de significancia de $p=0.000$, lo cual significa que los trabajadores del Hospital Nacional del Callao consideran que el trabajo remoto y en equipo es una buena alternativa en época de pandemia, permitiendo que la cultura organizacional en la entidad; a través del compromiso y desempeño de los trabajadores, así como la comunicación permanente en el entorno laboral, garantice la desconexión digital de los trabajadores.
- c) Que entre las herramientas tecnológicas y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.430$ y un valor de significancia de $p=0.018$. Significa que el personal del Hospital Nacional

del Callao tenía desarrollado 43% de sus competencias tecnológicas, lo cual dificultó el uso del derecho a la desconexión digital por parte de los trabajadores remotos.

- d) Que entre la optimización de proceso y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva considerable, $r=0.818$ y un valor de significancia de $p=0.000$. Significa que el acompañamiento o el monitoreo permanente facilita la optimización de procesos y posibilita el uso del derecho a la desconexión de los trabajadores remotos.
- e) Que entre la capacitación y el derecho a la desconexión digital existe una correlación positiva débil, $r=0.419$ y un valor de significancia de $p=0.021$. Significa que los trabajadores del Hospital Nacional del Callao se enfrentaron a una nueva modalidad *on line* sin previas capacitaciones, lo cual significó mayor tiempo para su aprendizaje, que dificultó el uso del derecho a la desconexión digital por parte de los trabajadores remotos.

3. Recomendaciones

- a) Recomendamos que las entidades estatales incorporen en sus documentos de gestión lineamientos respecto a la implementación del trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos, para lo cual la institución debe proporcionar las herramientas tecnológicas (equipos de cómputo, laptops, tablets, celulares, etcétera) para que cumplan sus labores durante su jornada laboral, para que no se afecte el rendimiento de los trabajadores en la entidad y el logro de los objetivos institucionales.
- b) Recomendamos que las entidades estatales implementen el trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores administrativos, mediante la realización de capacitaciones a los trabajadores administrativos sobre el buen uso de las tecnologías de la información y comunicación, el respeto del derecho a la desconexión digital y su importancia en la salud de los trabajadores.
- c) Recomendamos que las entidades estatales aprueben un instrumento de gestión (directiva y/o lineamientos u otros) respecto a la implementación del trabajo remoto y el derecho a la desconexión digital para los trabajadores administrativos, en el que consideren las recomendaciones antes señaladas.

VIII. REFERENCIAS

- Agudo, María (2014). El teletrabajo en las organizaciones: análisis de sus beneficios y barreras en las empresas españolas. *Cuadernos de Gestión de Información*, 4, 172-187. <https://bit.ly/3c9tFGh>
- Aguilar, C., Jumpa, S. y Martínez, L. (2021). *El teletrabajo y su relación con el desempeño laboral* [tesis de maestría, Universidad ESAN]. <https://hdl.handle.net/20.500.12640/2394>
- Andrade, Edison (2021). *Derecho a la desconexión digital como paradigma laboral del Estado ecuatoriano* [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <http://hdl.handle.net/10644/8594>
- Belandria, Glasbel (2019). El concepto de trabajo y las TIC, *Sapientia Organizacional*, 6(12), 21-56. <https://bit.ly/3KhsnFQ>
- Belzunequi, A., y Erro, A. (2020). Teleworking in the Context of the COVID-19 Crisis. *Sustainability*, 12(9), 36-62. <https://bit.ly/3T8xYC6>
- Brynjolfsson, Erik, Horton, John J., Ozimek, Adam, Rock, Daniel, Sharma, Garima y Tu Ye, Hong-Yi (2020). COVID-19 and Remote Work: An Early Look at us Data. *National Bureau of Economic Research, Working Paper* 27344. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w27344/w27344.pdf
- Buenrostro, Héctor y Hernández, María (2019). *The Incorporation of ICT in Firms. Factors of the Digital Divide in MSMEs of Aguascalientes*, 50(27), 101-124. <https://bit.ly/3CnP60Q>
- Buitrago, D. (2020). Teletrabajo: una oportunidad en tiempos de crisis, *Revista CES Derecho*, 11(1). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192020000100001
- Carrasco, Sergio (2009). *Metodología de la investigación científica: pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación, aplicaciones en educación y otras ciencias sociales*. Ed. San Marcos.
- Chiavenato, Idalberto (2010). *Innovaciones de la administración. Tendencias y estrategias, los nuevos paradigmas*. McGraw-Hill.
- Chiuffo, Facundo (2018, octubre 4 y 5). El derecho a la desconexión: contenidos y perspectivas para su implementación desde la experiencia francesa [ponencia]. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santa Fe, Argentina. <https://shre.ink/kKGW>
- Chuco Aguilar, Victoria Judith, Álvarez Pejerrey, José Antonio, Chávez, Ramírez, Manuel Greck Anderson y Cuba, Rosales, Luis Alexis Fernando

- (2020). El trabajo remoto y el desempeño laboral en el marco del COVID-19. *Review of Global Management*, 6(1), 50-55. <https://bit.ly/3cfNFqI>
- Cruz, Herling y Delgado, Edna (2020). *Derecho a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico colombiano* [tesis de pregrado, Universidad Libre]. <https://hdl.handle.net/10901/19404>
- Decreto de Urgencia 026-2020 [Presidencia de la República]. Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el Territorio Nacional. 15 de marzo de 2020. <https://bit.ly/3Afv9Xs>
- Decreto de Urgencia 127 de 2020 [Presidencia de la República]. Establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones. 1 de noviembre de 2020. <https://bit.ly/3chUWGA>
- Decreto Supremo 004 de 2021-TR [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]. Dicta disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto de Urgencia 127-2020, Decreto de Urgencia que establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones. 11 de marzo de 2021. <https://bit.ly/3AEvmVj>
- Delgado, Ángel (2020). El trabajo remoto en el Perú en tiempos del COVID 19. *Revista Iberoamericana de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 3(2), 73-84. <https://bit.ly/3AEPGGc>
- Hernández, Roberto, Fernández, C., y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Education.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI (2020). *Perú: Tecnologías de Información y Comunicación en las Empresas, 2017. Encuesta Económica Anual 2018*. <https://bit.ly/3QKK82q>
- Justo, Mayerlin (2020). *Diseño de un plan de teletrabajo aplicado a la Coordinación de Pagos de la Empresa de Transmisión Eléctrica Dominicana (ETED) para medir la productividad durante el periodo marzo a octubre 2020* [tesis de maestría, Universidad APEC Santo Domingo]. <https://bit.ly/3QY4SUa>
- Ley 1088 de 2016. [Président de la République Française]. Relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. 9 de agosto de 2016. <https://bit.ly/3KfnQnd>
- López, Wilson (2022). *La necesidad de regular el derecho a la desconexión digital frente la implementación del trabajo remoto y el teletrabajo en las empresas* [tesis

- de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/22161>
- Mendoza, L. (2020). *Garantías frente a los efectos colaterales del teletrabajo en los derechos laborales específicos e inespecíficos: Análisis y propuestas* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/19283>
- Montenegro Salinas, Víctor Abel (2021). El derecho a la desconexión digital en el trabajo remoto durante la pandemia en el sector privado, 2020 [repositorio de pregrado, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/82821>
- Nieves, María (2019). Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. 7(21), 161-185. <https://bit.ly/3PCo4Ww>
- Paucar, A. (2021). *Influencia del trabajo remoto en el desempeño laboral de los trabajadores administrativos de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa durante el estado de emergencia nacional COVID-19, 2021* [tesis de maestría, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. <https://bit.ly/3TgBdRd>
- Peralta, Jonnathan (2021). *Cargos que se adaptaron de mejor manera a la modalidad de teletrabajo durante la emergencia sanitaria de 2020 por COVID-19 en la Dirección Regional 6 del Ministerio del Trabajo* [tesis de maestría, Universidad del Azuay]. <https://bit.ly/3Am6tfQ>
- Ponce, Anthony (2020). *El derecho a la desconexión en el teletrabajo y su regulación en el Ecuador* [repositorio, Universidad de Guayaquil]. <https://bit.ly/3AiDxW5>
- Rodríguez, Jesús, Pierdant, A., y Rodríguez, E. (2014). *Estadística para administración*. Grupo editorial Patria. <https://bit.ly/3AIPtC3>
- Rojas, Carlos (2021). *Gestión del trabajo remoto y el desempeño laboral en la Biblioteca Nacional del Perú, 2020* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/53992>
- Rueda, S. (2021). *Trabajo remoto y la productividad laboral en la Municipalidad Distrital de Morales, 2021* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/66811>
- Sánchez, Rut (2020). La regulación de la desconexión laboral ante las nuevas formas de trabajo: teletrabajo y trabajo remoto [Universidad Señor de Sipán]. <https://shre.ink/kKju>
- Tavara, Melissa (2019). *El uso de las nuevas TIC y el derecho a la desconexión laboral: un límite al poder de dirección* [repositorio, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/1950>

- Tenorio Poma, María del Carmen y Medina Velecela, Ricardo David (2020). *Análisis comparativo de la fatiga laboral antes y durante la pandemia COVID-19 en docentes de las unidades educativas fiscales de la ciudad de Cuenca* [tesis de maestría, Universidad del Azuay]. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/10419>
- Valencia, Elva (2021). *Gestión del trabajo remoto y competencia laboral en instituciones educativas públicas del Rímac, 2021* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://shortest.link/kwFn>
- Vargas Pareja, Celso René (2021). *El teletrabajo y la gestión administrativa en la DIVINFOR-PNP, San Isidro 2021* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://bit.ly/3TdDd3p>

Análisis comparado de la legislación sobre tráfico ilícito de bienes culturales en América latina y el Caribe

Comparative Analysis of Legislation on Illicit Trafficking of Cultural Property in Latin America and the Caribbean

Norma Elizabeth LEVRAND

 <https://orcid.org/0000-0002-1396-3688>

Investigadora asistente del Instituto de Estudios Sociales (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Universidad Nacional de Entre Ríos, Argentina); doctora en derecho, especialista en derecho laboral, abogada y docente de la Facultad de Ingeniería y Ciencias Hídricas (Universidad Nacional del Litoral, Argentina); docente adjunta de la Facultad de Ciencias de la Gestión (Universidad Autónoma de Entre Ríos, Argentina).
Correo electrónico: normalevrاند@gmail.com

Nahir CANTAR

 <https://orcid.org/0000-0001-85002512>

Abogada (Universidad de Buenos Aires); licenciada en Antropología Or. arqueología y profesora titular de Legislación y manejo de recursos culturales, (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires); MA in Museum and Heritage Studies and PhD in Archaeology (University College London); investigadora principal del Instituto INCUAPA (Consejo Nacional de Investigaciones científicas y técnicas, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina).
Correo electrónico: mendere@soc.unicen.edu.ar

María Luz ENDERE

 <https://orcid.org/0000-0003-2610-5591>

Becaria posdoctoral del Instituto del Hábitat y del Ambiente (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina); doctora en geografía y arquitecta (Universidad Nacional de La Plata, Argentina).
Correo electrónico: nahir.cantar@gmail.com

RESUMEN: El tráfico ilícito de bienes culturales es una de las causas principales de empobrecimiento del patrimonio cultural de los Estados y sus comunidades. La lucha internacional con-

tra este delito es promovida por distintas organizaciones a través de medidas legales, políticas y judiciales. El objetivo de este trabajo es analizar la legislación de aquellos países de América Latina y el Caribe que ratificaron la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970.

Se utiliza la técnica de análisis comparado de las legislaciones nacionales de 27 países, en cuatro variables determinadas inicialmente como relevantes: definición de bienes culturales, régimen de propiedad, normas aplicables para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y regulación del comercio de bienes culturales.

Como resultado, se expone que la tasa de ratificación de las principales convenciones internacionales relacionadas al tráfico de bienes culturales como el desarrollo de la regulación nacional, evidencian la implementación de las disposiciones internacionales en el nivel sub-nacional. Asimismo, la legislación de los Estados de la región provee información relevante acerca de las posibilidades estatales para reclamar estos objetos ante la identificación de robo, hurto, sustracción o exportación ilegal.

Palabras clave: tráfico ilícito de bienes culturales, legislación comparada, derecho internacional, patrimonio cultural.

ABSTRACT: The illicit trafficking of cultural property is one of the leading causes of the impoverishment of the cultural heritage of States and their communities. Different organizations promote the international fight against this crime through legal, political and judicial measures. This paper will analyze the legislation of those Latin American and Caribbean countries that have ratified the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property.

The technique of comparative analysis of the 27 national legislations is used in four variables initially determined as relevant: definition of cultural property, ownership regime, applicable norms for the fight against illicit trafficking of cultural property and regulation of trade in cultural property.

As a result, the ratification rate of the main international conventions related to trafficking in cultural property and the development of national regulations show the implementation of international provisions at the sub-national level. Likewise, the legislation of the States in the region provides relevant information about the States' possibilities to reclaim these objects in the event that they are identified as stolen, larceny or illegally exported.

Keywords: illicit trafficking of cultural properties, comparative law, international law, cultural heritage.

RECEPCIÓN: 15 de mayo de 2023

ACEPTACIÓN: 31 de julio de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El ordenamiento internacional de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.* III. *Situación de la legislación vigente en los países de América Latina y el Caribe.* IV. *Normas aplicables para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.* V. *Regulación del comercio de bienes culturales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En 2019 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) adoptó el día 14 de noviembre de cada año como el “Día Internacional contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales”. En esa fecha, entre otras actividades, se divulga sobre las medidas preventivas y proactivas que propone la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de la UNESCO¹ (en adelante Convención de la UNESCO, 1970). A más de los 50 años de la aprobación de la Convención, y pese a los numerosos avances realizados, el dinamismo que caracteriza a los delitos contra el patrimonio —particularmente con el desarrollo de las tecnologías de la información y las oportunidades que se generaron durante la pandemia— han dado lugar a nuevos desafíos a enfrentar.

Latinoamérica y el Caribe es una región particularmente vulnerable al tráfico ilícito de bienes culturales, no solo por estar conformada por países que son típicamente lugares de origen —y en menor medida de tránsito— de objetos codiciados por saqueadores, traficantes y vendedores que operan en el mercado ilegal, sino también por poseer capacidades limitadas para su protección (Naomi Oosterman y Donna Yates, 2020). En ese marco, el patrimonio arqueológico es el que reviste mayor complejidad (María Luz Endere, 2021). La inmensidad del territorio y la extensión de los yacimientos arqueológicos en el continente vuelve muy difícil delimitarlos, custodiar los ya existentes, controlar las excavaciones ilegales de sitios no descubiertos, así como identificar las piezas en los puestos de control fronterizos. Adicionalmente, el patrimonio colonial de la región, en especial el que se encuentra en las iglesias, es particularmente vulnerable por su escasa seguridad y por la ausencia de inventarios de estos bienes (Eduardo Hernández Herrera, 2013; Marcelo El Haibe, 2013). También es significativo el tráfico de fósiles paleontológicos, obras de arte —particularmente pinturas—, piezas de numismática y documentos históricos (Fernando Báez, 2009).

En el ámbito internacional, tanto la UNESCO como la Organización de Estados americanos han elaborado sendas Convenciones que establecen

¹ Adoptada en París, 1970.

medidas y compromisos de los Estados en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.²

De esta manera, el Instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) suscribió, en 1995 el Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (en adelante Convenio de UNIDROIT). Además de estos tratados multilaterales que establecen obligaciones para los Estados parte, existen un conjunto de recomendaciones y normas no vinculantes (soft law) emanados de las propias organizaciones (e.g. Directrices Operativas para fortalecer y facilitar la implementación de la Convención de 1970 del 2015); o de asociaciones internacionales de expertos, tales como el Consejo Internacional de Museos (ICOM) o de organizaciones intergubernamentales como la Organización Internacional de policía criminal (INTERPOL).

Este cúmulo de normas jurídicas internacionales y recomendaciones requiere su adopción por parte de los Estados, como también la adecuación del ordenamiento interno a estas disposiciones para lograr mejores resultados en la prevención y sanción de estos delitos, como en la repatriación de objetos culturales exportados ilegalmente. Algunos de estos puntos han sido abordados en relevantes trabajos, puntualizando sobre los aspectos del derecho internacional privado o de las políticas policiales de algunos Estados de América Latina y el Caribe (María Ochoa Jiménez, 2021 y 2019; Naomi Oosterman y Donna Yates, 2020). Sin embargo, la incidencia de la ratificación de la Convención de la UNESCO de 1970 en los ordenamientos internos de los Estados, y la adaptación de las legislaciones a las normas internacionales establecidas en la misma, resulta un aspecto de vacancia en las investigaciones jurídicas. Teniendo en cuenta esto, el trabajo tiene como objetivo analizar la legislación de aquellos países de América Latina y el Caribe que ratificaron la Convención de la UNESCO de 1970, considerando como hipótesis de trabajo que las legislaciones de los Estados miembros han incorporado a sus ordenamientos jurídicos internos, en mayor o menor medida, las disposiciones establecidas en la misma.

La región de América Latina y el Caribe se compone de 33 países: Antigua y Barbuda; Argentina; Bahamas; Barbados (UK); Belice (UK); Bolivia

² Asimismo, además de la Convención de la UNESCO de 1970 mencionada en la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador, OEA, 1976).

(Estado Plurinacional de); Brasil; Chile; Colombia; Costa Rica; Cuba; Dominicana; Ecuador; El Salvador; Granada; Guatemala; Guyana; Haití; Honduras; Jamaica (UK); México; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; Saint Kitts y Nevis (UK); San Vicente y las granadinas (UK); Santa Lucía (UK); Suriname; Trinidad y Tobago; Uruguay y Venezuela. Para realizar el análisis de derecho comparado fueron revisadas las legislaciones nacionales de 27 países, teniendo como principales fuentes los sitios web oficiales de los Estados y el repositorio de legislación de la UNESCO. Sin embargo, no pudo hallarse información suficiente sobre algunos Estados del Caribe, como Barbados, Dominica, Granada, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Trinidad y Tobago, que no son incorporados en el estudio. Asimismo, fueron relevados los informes que los Estados remiten al Comité Subsidiario de la reunión de Estados parte en la Convención de 1970 y las respuestas al cuestionario preparado por UNESCO en 2017.³

El análisis de las legislaciones nacionales se realizó a partir de la identificación de cuatro variables determinadas inicialmente como relevantes: la definición de bienes culturales, el régimen de propiedad, las normas aplicables para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y la regulación del comercio de bienes culturales. La variable relativa a la definición resulta de interés por cuanto, conforme la Convención de la UNESCO de 1970 establece que se encuentran protegidos en el marco los bienes que son expresamente designados por cada Estado (artículo 1). Por su parte, la consideración del régimen de propiedad de los objetos culturales se relaciona directamente con el saqueo de bienes arqueológicos,⁴ que no pertenecen a museos o a co-

³ En 2017, mediante la Decisión 5.SC 6 bis, el Comité Subsidiario de la reunión de los Estados parte en la Convención de 1970 sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención de 1970), elaboró un cuestionario con el fin de identificar posibles medidas para fortalecer la aplicación, la eficacia y la visibilidad de la Convención en todos sus aspectos, especialmente los jurídicos, políticos y estructurales, incluida la posibilidad de establecer una lista de buenas prácticas. El cuestionario fue remitido a los Estados parte, quienes debían responder antes de 2018.

⁴ La relevancia del tema ha motivado la elaboración en 2011 de las disposiciones modelo en la que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos por parte de un grupo de expertos reunidos por invitación de las Secretarías de la UNESCO y del UNIDROIT para orientar a los países miembros en la redacción de sus normas internas de protección de bienes arqueológicos que se hallen en sus territorios a fin de facilitar la restitución en caso de exportación ilícita (Comité de Expertos sobre la Propiedad del Estado

leccionistas privados y que pueden encontrarse tanto sobre la superficie como bajo la misma e incluso sumergidos en aguas jurisdiccionales. Las variables relativas a las normas aplicables al tráfico ilícito y al comercio de bienes culturales procuran dar cuenta de las herramientas legales vigentes en los países de la región para prevenir y sancionar el tráfico ilícito de bienes culturales. Se incorporaron a modo contextual registros de comunicaciones personales en los casos pertinentes.

El trabajo presenta, en primer término, una reseña del ordenamiento internacional vigente en la temática y un análisis de la ratificación de estas normas por parte de los países de la región. En el segundo apartado se analizan las variables mencionadas, de manera particular. Finalmente, se presentan las conclusiones del estudio realizado.

II. EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL DE LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

En lo referente al tráfico ilícito de bienes culturales, UNESCO recomienda a los Estados parte la conveniencia de ratificar no sólo la Convención de 1970 sino también los demás instrumentos aplicables a fin de contar con una protección integral (UNESCO, 2006). En este sentido, al no existir una jurisdicción internacional de protección de estos bienes, las cuestiones referentes a las normas de derecho internacional privado aplicables a la restitución de estos bienes pueden ser resueltas a partir de la adopción, por diferentes instrumentos internacionales, de la regla *forum rei sitae* (María Ochoa Jiménez, 2021, p. 59). Ellos son: *a*) el Primer Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, ya que es el único instrumento internacional encaminado específicamente a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y de ocupación, situaciones que suelen ir acompañadas de pillaje y de exportación ilícita de los bienes culturales de los territorios ocupados, y *b*) el Convenio de UNIDROIT de 1995. Esta convención complementa a la Convención

con respecto al Patrimonio Cultural, 2011). Es dable aclarar que estas disposiciones modelo son normas no vinculantes para los Estados, que tienen como finalidad colaborar en la precisión a la hora de la redacción de normas internas de los Estados en la materia (María Ochoa Jiménez, 2021, p. 171).

de la UNESCO de 1970 desde la perspectiva del derecho internacional privado, cubriendo aquellos aspectos que esta no puede alcanzar.

El Convenio del UNIDROIT se caracteriza por: *a)* prever un tratamiento uniforme para la restitución de los bienes culturales robados o para la devolución de los exportados ilícitamente; *b)* disponer que las demandas se interpongan directamente ante los tribunales nacionales de los Estados Parte en los cuales se encuentra el bien cultural, reduciendo la posibilidad del forum shopping ya que contempla el principio forum rei sitae (María Ochoa Jiménez, 2021, p. 61); *c)* establecer los plazos de prescripción para presentar los reclamos; *d)* determinar que todos los bienes culturales robados o exportados ilícitamente están amparados (aunque establece diversas condiciones para la demanda en cada caso) y no solamente los inventariados como lo establecía la Convención de 1970; *e)* establecer que los objetos culturales que hayan sido excavados ilegalmente son considerados robados si se encuentran en un Estado contratante distinto del Estado en el cual fueron hallados y, por lo tanto, deben ser restituidos en caso de reclamo, y *f)* ordenar la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente si el Estado solicitante demuestra que el bien reviste importancia para su cultura. La Convención de UNIDROIT condiciona la indemnización al adquirente de buena fe a la prueba de la debida diligencia. En efecto el artículo 4, inciso 1 establece:

El poseedor de un bien cultural robado, que deba restituirlo tendrá derecho al pago, en el momento de su restitución, de una indemnización equitativa a condición de que no supiese o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y de que pudiera demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición. La comprobación de la debida diligencia podría incluir un examen de la calidad de las partes, el precio pagado, si hubo consulta del poseedor a cualquier base de datos accesible sobre bienes sustraídos, u otra documentación pertinente.

Además de los instrumentos mencionados, la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático (París, 2001) también resulta relevante, ya que la misma brinda protección a los bienes culturales que se encuentren sumergidos, generando una excepción a las normas de salvamento de precios que suelen regir en muchos países. El artículo 2, inciso , establece que “el patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial”. De igual manera en el Anexo “Normas re-

lativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático”, enuncia entre los principios generales, la Norma 2 que afirma:

La explotación comercial del patrimonio cultural subacuático que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable es absolutamente incompatible con una protección y gestión correctas de ese patrimonio. El patrimonio cultural subacuático no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial.

Finalmente, la organización de grupos delictivos que aprovechan las débiles condiciones institucionales y controles de algunos países para cometer delitos que se extienden más allá de las fronteras ha llevado a la comunidad internacional a aprobar la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en 2000. Esta Convención fue ratificada por todos los países de la región, y su principal objetivo es promover la cooperación internacional tendiente a combatir y prevenir la delincuencia organizada internacional. La Convención insta a los Estados parte a armonizar sus legislaciones con relación a la consideración de estos delitos y establece medidas específicas para combatir el blanqueo de dinero y contra la corrupción.

En lo que respecta a la Convención de 1970, el 72% de los países de la región la han ratificado. México y todos los países que conforman Centroamérica y Sudamérica la han incorporado a sus sistemas legales, siendo la adhesión más reciente la de Chile en el año 2014. No obstante, el resto de los 9 países que integran el estudio y no la han aprobado pertenecen todos al Caribe. Algunos de estos países han implementado medidas para efectivizar la ratificación de la Convención. Por ejemplo, Jamaica se encuentra finalizando la revisión de su principal legislación en materia de patrimonio, la cual ha tomado más tiempo del previsto conforme lo indica la ministra de cultura, género, entretenimiento y deportes.⁵ Una vez culminado este proceso, prevén elevar los instrumentos de ratificación al gabinete para su aprobación. En este punto resulta relevante considerar que la Convención comienza a regir a partir de su ratificación por los Estados, por lo cual la diferencia en las

⁵ Respuesta a cuestionario efectuado en el marco del estudio realizado por Endere et al. (2023).

fechas de ratificación puede resultar un inconveniente al momento de solicitar la restitución de bienes culturales exportados ilegalmente.

La Convención de UNIDROIT presenta una situación más crítica respecto a su adhesión, ya que sólo el 33% de los países que integran el estudio la ha ratificado. La mejor situación se presenta en Sudamérica donde un 70% de los países la han aprobado, seguido de Centroamérica y México, donde cuatro de los siete países que la conforman la han ratificado. La peor situación se presenta en el Caribe, ya que ningún país de la región la ha incorporado a su sistema legal.

Además de estas Convenciones, como se explicó precedentemente, se puede considerar un sistema normativo internacional referido a la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y la restitución de estos a partir de otras normas internacionales o regionales. Como indica María Ochoa Jiménez, los procesos de desarrollo de normas jurídicas y solicitud de restituciones en el ámbito latinoamericano preceden el desarrollo internacional que se produjo después de la segunda guerra mundial (María Ochoa Jiménez, 2012, p. 1226). Además de la Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas de 1976 ya mencionada y la Convención Centroamericana para la restitución y el retorno de objetos arqueológicos, históricos y artísticos firmada en Guatemala en 1995, así como los acuerdos celebrados en el marco de la Comunidad Andina.

Un análisis pormenorizado de los acuerdos bilaterales que numerosos Estados de la región han firmado entre sí y con otros Estados excede los objetivos de este trabajo.⁶ Estos acuerdos conforman una red de derecho internacional que posibilita la cooperación internacional en la identificación de objetos culturales robados o exportados ilegalmente como también su restitución en base a criterios de reciprocidad y acuerdos mutuos. Además, posibilitan el trabajo conjunto de organismos policiales y judiciales a fin de castigar a los infractores.

La información relativa a los países de la región que han ratificado cada una de las Convenciones mencionadas se describe en la Tabla I.

⁶ Al respecto puede consultarse a María Ochoa Jiménez (2021).

Tabla I. Ratificaciones de las Convenciones y Protocolos por los países de Latinoamérica y el Caribe

País	Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado - La Haya 1954	Protocolo a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado 1954	Convención 1970 Tráfico Ilícito	Convenio UNIDROIT 1995	Convención Patrimonio Subacuático 2001	Convención de San Salvador 1976	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional 2000
Argentina y Barbuda					25/4/2013		24/07/2002
Argentina	22/3/1989	10/5/2007	11/1/1973	3/8/2001	19/7/2010	27/05/2002	19/11/2002
Bahamas			9/10/1997				26/09/2008
Barbados	9/4/2002	2/10/2008	10/4/2002		2/10/2008		11/11/2014
Belize			26/1/1990				26/09/2003 (adhesión)
Bolivia	17/11/2004		4/10/1976	13/4/1999		17/01/2003	10/10/2005
Brasil	12/9/1958	12/9/1958	16/2/1973	23/3/1999			29/01/2004
Chile	11/9/2008	11/9/2008	18/4/2014				29/11/2004
Colombia	18/6/1998	18/6/1998	24/5/1988	14/6/2012			04/08/2004
Costa Rica	3/6/1998	3/6/1998	6/3/1996			14/5/1980	24/07/2003

Cuba	26/11/1957	26/11/1957	30/1/1980		26/5/2008			09/02/2007
Dominica								17/05/2013 (adhesión)
Ecuador	2/10/1956	8/2/1961	24/3/1971	26/11/1997	1/12/2006	31/08/1978	17/09/2002	
El Salvador	19/7/2001	27/3/2002	20/2/1978	16/7/1999		27/06/1980	18/03/2004	
Granada			10/9/1992		15/1/1999		21/05/2004 (adhesión)	
Guatemala	2/10/1985	19/5/1994	14/1/1985	3/9/2003	3/11/2015	24/10/1979	25/09/2003	
Guyana					28/4/2014		19/04/2004 (adhesión)	
Haití			8/2/2010		9/11/2009	28/10/1983	19/04/2011	
Honduras	25/10/2002	25/10/2002	19/3/1979	27/8/2013	23/7/2010	15/4/1983	02/12/2003	
Jamaica					9/8/2011		29/09/2003	
México	7/5/1956	7/5/1956	4/10/1972	01/11/2022	5/7/2006		04/03/2003	
Nicaragua	25/11/1959	25/11/1959	19/4/1977			06/02/1980	09/09/2002	
Panamá	17/7/1962	8/3/2001	13/8/1973	26/6/2009	20/5/2003	10/05/1978	18/08/2004	
Paraguay	9/11/2004	9/11/2004	9/11/2004	27/5/1997	7/9/2006	20/06/2006	22/09/2004	
Perú	21/7/1989	21/7/1989	24/10/1979	5/3/1998		28/11/1979	23/01/2002	
República Dominicana	5/1/1960	21/3/2002	7/3/1973				26/10/2006	

Saint Kitts y Nevis							3/12/2009		21/05/2004
San Vicente y las granadinas							8/11/2010		29/10/2010
Santa Lucía							1/2/2007		16/07/2013
Suriname									25/05/2007 (adhesión)
Trinidad y Tobago							27/7/2010		06/11/2007
Uruguay	24/9/1999	24/9/1999				9/8/1977			04/03/2005
Venezuela	9/5/2005					21/3/2005			13/05/2002

Fuente: elaboración personal.

III. SITUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

La Convención de la UNESCO de 1970 considera como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como importantes para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia (artículo 1). Este aspecto ha sido criticado por la doctrina, que considera que la redacción no atiende al hecho de que además del Estado, otros grupos deben ser considerados para evaluar la relevancia del bien cultural (María Ochoa Jiménez, 2010, p. 69). A continuación, el artículo detalla las categorías de bienes que son considerados patrimonio cultural, siendo esta enumeración no taxativa.⁷

La propia Convención establece que "...son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Parte en virtud de la presente Convención" (artículo 3).

Por este motivo, es necesario analizar la normativa de cada país a fin de determinar las regulaciones existentes en materia de tráfico ilícito, ya que la protección del patrimonio y de los bienes culturales depende en buena medida de la existencia y aplicación adecuada de las legislaciones nacionales. Como indica María Ochoa: "pueden distinguirse tres elementos en la conceptualización de bien cultural: el objeto en sí, el grupo a cuya identidad el bien está unido y el vínculo entre ellos" (María Ochoa Jiménez, 2010, p. 67), respecto del primer elemento, las legislaciones observan la tendencia de ampliar el universo de bienes incluidos, considerando no sólo los bienes materiales sino también los inmateriales.

De modo concordante, ha sido una preocupación de la secretaría de la convención analizar el estado de la legislación de los Estados parte como también ofrecer colaboración técnica para la mejora de las normas legales nacionales. En 2018 la secretaría de la convención indicó que la mayoría de los países han actualizado su legislación sobre protección del patrimonio cultural para adaptarla a la Convención de 1970 y de otros instrumentos internacionales referidos al tráfico ilícito (Secretaría de la Convención, 2018). Asimismo, muchos Estados realizaron capacitaciones para profesionales, fuerzas

⁷ La definición de bien cultural está establecida en el artículo 1 de la Convención de la UNESCO de 1970 y reproducida en el Anexo del Convenio UNIDROIT 1995.

de seguridad y personal de aduanas posibilitando una mejor aplicación de las medidas contra el tráfico ilícito.

En el reporte se menciona el interés de los Estados en promover la cooperación bilateral, multilateral e internacional con el fin de mejorar los intercambios de información y la seguridad en las fronteras. También se destaca la necesidad de que los Estados creen bases de datos nacionales de bienes y objetos culturales robados y que las mismas sean digitales, para facilitar su consulta internacional.

Finalmente, con relación al texto de la Convención, algunos Estados consideran necesario armonizar las sanciones para la exportación e importación de objetos e imponer restricciones legales a nivel nacional para la importación de objetos culturales. Asimismo, países como Ecuador consideran necesario revisar el procedimiento para la repatriación de objetos culturales exportados ilícitamente, a fin de facilitar la prueba de su origen.

El análisis de las variables determinadas al inicio de la investigación permitirá realizar un diagnóstico actualizado de los mecanismos jurídicos y las prioridades en materia de regulación en la temática.

1. Definición de bien cultural

En el ámbito nacional, la legislación de los países latinoamericanos presenta notables disparidades. Si bien la mayoría de los países de la región poseen normas que reconocen el patrimonio cultural como un derecho de los ciudadanos y establecen la obligación estatal de protegerlos, las cláusulas jurídicas sancionadas poseen diverso alcance. Como indica María Ochoa, el desarrollo legislativo latinoamericano durante buena parte del siglo XX y del siglo XXI se concentra, por un lado, en la creación de nuevas instituciones culturales nacionales y por otro, en la protección de la propiedad intelectual (María Ochoa Jiménez, 2012, p. 1226).

Uno de los aspectos que debe considerarse es la definición de los bienes que forman parte del patrimonio cultural de cada Estado. La Convención de 1970 establece, en su artículo 1 que:

se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, *hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia* y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación... (énfasis añadido).

La Secretaría de la convención y la sección de normas internacionales de la división del patrimonio cultural recomiendan que cada Estado proporcione una definición clara de los bienes u objetos culturales y/o del patrimonio cultural que entra en el ámbito de aplicación de la legislación (Secretaría de la Convención, 2018).

El análisis de las legislaciones de 25 Estados de la región da cuenta que en todos estos casos los Estados poseen una definición legal a nivel nacional de bienes culturales.⁸ Tomando en consideración las categorías que la propia Convención de 1970 establece en el artículo transcrito, se observa que todas estas definiciones contemplan los bienes arqueológicos e históricos. La gran mayoría contempla también los bienes prehistóricos, de valor para la literatura, el arte o la ciencia. Sin embargo, considerando la articulación entre la Convención de 1970 y la Convención sobre la protección del patrimonio subacuático (UNESCO, 2001), más de un tercio de los países no incluyen en la definición de patrimonio cultural nacional al patrimonio subacuático. No obstante, es necesario indicar que muchos países han ratificado la Convención incorporándola al derecho interno, por lo cual se evidencia que más del 75% de los países estudiados posee protección para este tipo de bienes, ya sea a través de su legislación interna o de la suscripción de la norma internacional. No puede establecerse una relación directa entre la ratificación de la Convención de 2001 y la adopción de normas internas de protección del patrimonio subacuático en la región, debiendo analizarse caso a caso. Sin embargo, entre aquellos países que no han ratificado la Convención y no poseen una norma interna que considere a los objetos sumergidos como patrimonio cultural, es preocupante que en todos los casos se trate de países que poseen frontera marítima.

2. Propiedad sobre el patrimonio cultural

La regulación de la propiedad del patrimonio que puede ser objeto de tráfico ilícito resulta relevante al momento de procurar reclamaciones internacionales sobre bienes robados o exportados ilícitamente⁹. En general, re-

⁸ En este aspecto, resulta un importante antecedente el trabajo de María Ochoa Jiménez (2012).

La sistematización de estas regulaciones se encuentra disponible en Levrand et al., 2023. <https://www.iccrom.org/es/node/3306>

⁹ No se aborda en este trabajo la vigencia territorial de las normas estudiadas. Al respecto, puede consultarse (María Ochoa Jiménez, 2021, pp. 169 y ss.).

sulta dificultoso sistematizar los ordenamientos de América Latina y el Caribe en este aspecto. Así, María Ochoa Jiménez (2021) realiza una clasificación en cuatro grupos: a) Estados que poseen normas que atribuyen la propiedad del Estado sobre sus bienes culturales (incluye aquí a México, Perú, Venezuela, Costa Rica); b) Estados cuyas normas no refieren al derecho de propiedad sino al “dominio” de bienes arqueológicos y paleontológicos (Argentina y Panamá); c) Estados cuyos ordenamientos establecen la “pertenencia” de los bienes culturales (Chile, Colombia); d) en el último grupo se encuentra Ecuador, que establece que los bienes son “patrimonio del Estado”. Sin embargo, más adelante aclara que la incorporación de derechos de propiedad privada sobre bienes culturales a favor de particulares y el reconocimiento de derechos adquiridos previamente a la sanción de normas referentes a la propiedad estatal de los bienes culturales complejizan el análisis comparado de este aspecto (María Ochoa Jiménez, 2021, pp. 173-174).

En este trabajo, optamos por distinguir las categorías de estos bienes. En general, los ordenamientos jurídicos de la región distinguen entre bienes arqueológicos y paleontológicos y otros bienes muebles de interés histórico, artístico, científico o religioso. Las Disposiciones Modelo elaboradas por UNESCO y UNIDROIT (Comité de Expertos sobre la propiedad del Estado con respecto al patrimonio cultural, 2011; UNESCO, 2006), en las que se define la propiedad del Estado sobre los bienes culturales no descubiertos, consideran como tales a objetos con valor arqueológico, prehistórico, histórico, literario, artístico o científico. Sin embargo, en las regulaciones nacionales analizadas, estas últimas categorías se consideran de propiedad estatal sólo cuando estos bienes forman parte de colecciones de museos, entidades científicas u otros organismos del Estado.

En el caso de los objetos arqueológicos, la mayoría de los países establecen una regulación específica, que contempla la propiedad estatal de aquellos que no han sido descubiertos. En algunos casos, también se establece legalmente la propiedad estatal de todos los objetos arqueológicos (e.g. Panamá, Honduras, Perú y Ecuador)¹⁰. En estos casos se exceptúa a aquellos que se encontraban en posesión de particulares y que han sido registrados como tales (e. g. Argentina). Sin embargo, algunos países aún no poseen una declaración

¹⁰ El caso de los bienes arqueológicos pertenecientes al sitio Machu Picchu, en Perú, ha suscitado la atención internacional tanto por parte de juristas, como arqueólogos. Entre otras, se pueden consultar las siguientes publicaciones: María Ochoa Jiménez (2018); Javier Flores (2019).

de este tipo (e. g. Colombia). Si bien la Constitución Política de Colombia establece la propiedad estatal sobre bienes arqueológicos (artículo 72), resulta necesaria una norma que específicamente declare la propiedad estatal sobre bienes arqueológicos no descubiertos. Esta norma facilitaría las solicitudes de reclamación ante otros Estados para el caso de bienes culturales excavados ilegalmente.

Las regulaciones de ciertos países de la región establecen que los objetos que son declarados “patrimonio cultural” pertenecen al Estado, independientemente de la categoría de estos (e.g. Bahamas, Belice, Bolivia o Venezuela).

Teniendo en cuenta lo anterior, se han clasificado las normas jurídicas de los países de la región en tres categorías. La primera describe aquellas regulaciones que establecen la propiedad del Estado sobre el patrimonio cultural no descubierto, que, como se mencionó, refiere en la gran mayoría de los casos al patrimonio arqueológico y paleontológico. La segunda categoría refiere a las normas jurídicas que regulan la propiedad de los bienes declarados patrimonio cultural conforme las definiciones indicadas ut supra y que consideran que estos bienes pueden ser de dominio del Estado o de dominio de particulares. Finalmente, en la tercera categoría se indican aquellas normas que establecen que los bienes declarados patrimonio cultural son de dominio estatal. En la Tabla II se presentan estos datos desglosados.

Tabla II. Normas nacionales que establecen la propiedad estatal o el derecho de preferencia sobre el patrimonio cultural no descubierto

<i>País</i>	<i>Norma que establece la propiedad del Estado del patrimonio cultural no descubierto</i>	<i>Norma que regula la propiedad del Estado de ciertos bienes culturales</i>	<i>Norma que regula la propiedad del Estado de todos los bienes muebles del patrimonio cultural</i>
Antigua y Barbuda			
Argentina	Ley 25743, art. 9. Código Civil y Comercial, artículo 235	Ley 25743, artículo 16. Ley 12665, artículo 3. Ley 26.306. Ley 15.930.	
Bahamas	Antiquities, Monuments and Museum Act, 1998, para. 10.		Antiquities, Monuments and Museum Act, 1998, para. 10.
Barbados			

Belice			Chapter 331, para. 37
Bolivia	Ley 530, artículo 13		Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 99.
Brasil	Constitución Política de la República Federativa de Brasil, art. 20. Código Civil, artículo 1.230. Ley 3.924/1961, artículo 1.		
Chile	Ley 17288, art. 21.	Ley 17236, artículo 6.	
Colombia	Constitución Política de Colombia, artículo 72. Ley 397, artículo 4° (inc. c). Decreto 138/2019, artículo 2.6.1.1		
Costa Rica	Ley 6703, artículo 3		
Cuba		Ley 1, artículo 5	
Dominica			
Ecuador	Constitución de la República del Ecuador, artículo 379, inciso 2. Ley de Patrimonio Cultural, art. 7. Ley Orgánica de Cultura, artículo 65.	Ley de Cultura - artículo 85.	
El Salvador		Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador, artículo 9.	
Granada			
Guatemala	Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, artículo 3.	Constitución Política de la República, artículo 121. Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, artículo 5 y 24 a 26.	
Guyana			

Haití		Ley del 23 de abril de 1940, artículo 3 y 16.	
Honduras	Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, artículo 4.	Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, artículo. 3.	
Jamaica (Jamaica National Heritage Trust Act, para. 12.	
México	Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas, art. 27 y 28 bis. Ley General de Bienes Nacionales, artículo 6 número VIII y XVI.	Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas, art. 6. Ley General de Bienes Nacionales, art. 7 núm. XII.	
Nicaragua		Decreto - ley 1142/1982, artículo 2.	
Panamá	Ley 175/2020, artículo 132	Ley 175/2020, artículo 128.	
Paraguay	Ley 5621/2016, artículo 5 i) y j).	Ley 5621/2016, artículo 18.	
Perú	Constitución Política de Perú, art. 21. Ley 28296, Capítulo II, artículo 5. Ley 28296, artículo 6.1	Constitución Política de Perú, artículo 21. Ley 28296, Capítulo II, artículo 5.	
República Dominicana	Ley 564.	Ley 564.	
Saint Kitts y Nevis (UK)			
San Vicente y las granadinas			
Santa Lucía			
Suriname			
Trinidad y Tobago			
Uruguay	Decreto 536/1972, artículo 9	Ley 14.040, artículo 8	

Venezuela	Ley 4623, artículo 35		Constitución Nacional de Venezuela, artículo 99
-----------	-----------------------	--	---

Fuente: elaboración propia

IV. NORMAS APLICABLES PARA LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

Varios países de la región poseen normas jurídicas internas específicas para la protección del patrimonio cultural del tráfico ilícito¹¹. Entre ellos, se encuentran Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

Previamente al analizar las principales disposiciones de estos países, resulta pertinente considerar aspectos comunes relativos a dos situaciones de gran actualidad: la incidencia del uso de detectores de metales y la influencia de Internet en el expolio y tráfico ilícito de bienes culturales. Una de las problemáticas más novedosas en la prevención de saqueo de yacimientos arqueológicos se relaciona al uso de detectores de metales para la búsqueda de bienes culturales (Neil Brodie, 2020; Juan Bellón Ruiz et al., 2020). La ausencia de regulación de estos artefactos se verifica en Argentina, Brasil, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Jamaica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Si bien existen previsiones regulatorias en el ámbito europeo y la doctrina ha elaborado ciertas propuestas (Javier Barcelona Llop, 2020), las mismas no han sido adoptadas en Latinoamérica y el Caribe.

Por otra parte, los sitios web dedicados a subastas y las redes sociales se han convertido en espacios de venta de obras de arte y antigüedades de procedencia ilegal y, lamentablemente este tráfico se ha incrementado durante la pandemia de COVID-19. La regulación del Internet por las normas nacionales en general es dificultosa; en ese marco, el control del tráfico ilícito de bienes culturales por este medio es una cuestión particularmente crítica. Como indica Neil Brodie, las dificultades se relacionan a la profusión de ob-

¹¹ Respecto a la aplicación de normas de derecho internacional privado referentes a la restitución de bienes culturales, puede consultarse María Ochoa Jiménez (2018) y (2019).

jetos vendidos en línea, la rapidez de este tipo de transacciones y las dificultades generales del control de transacciones en Internet (citado en Tom Mashberg, 2020, p. 21). Además del comercio ilegal, Internet ha propiciado la difusión de instrucciones para enseñar a eventuales saqueadores a localizar y saquear sitios vulnerables. Por ello, resulta relevante considerar si los países de Latinoamérica y el Caribe establecen medidas referidas a este tipo de comercio. Así, si bien en algunos países se evidencian medidas de control por parte de las autoridades policiales y gubernamentales contra el tráfico de bienes culturales en Internet (e.g. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Perú, Paraguay), esta modalidad no ha sido objeto de una regulación específica. A modo de ejemplo, en Chile, la Unidad de tráfico ilícito de bienes patrimoniales (Unidad TIBP) monitorea semanalmente las subastas nacionales e internacionales y ventas en línea, informando a las autoridades, levantando las alertas correspondientes, enviando cartas de sensibilización a las casas de subastas y galerías de arte y cartas con documentación que fundamentan la propiedad de Chile de los bienes arqueológicos y especímenes paleontológicos a subastar. A pesar de este control frecuente, no siempre se han obtenido resultados positivos en casos en los que se han identificado bienes que pertenecen al patrimonio cultural chileno.¹² En Colombia se han identificado algunas acciones puntuales en virtud de subastas en línea en Estados Unidos y Francia (María Rodríguez, 2021; EFE Servicios, 2021), no obstante, no se verifica una acción sistematizada jurídicamente en este punto. Por su parte, en Paraguay se identificaron campañas de difusión sobre el combate al tráfico ilícito de bienes culturales (Secretaría Nacional de Cultura de Paraguay, 2022).

A continuación, se presentan las características esenciales de los ordenamientos analizados. Sin embargo, debe considerarse que la exclusión de ciertos bienes culturales del comercio resulta una de las principales herramientas para prevenir el tráfico ilícito de los mismos. Al respecto, María Ochoa Jiménez describe el modo en el cual esta condición es incorporada en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en algunos casos referida exclusivamente a los bienes arqueológicos y paleontológicos y, en otros, sin distinción de ca-

¹² Conforme fue expuesto por el representante del servicio nacional del patrimonio cultural de Chile en la 2a. edición del Foro Cusco: “Hacia el fortalecimiento de la cooperación internacional para la protección, la devolución y la restitución del patrimonio cultural en el marco de la Convención de la UNESCO de 1970”, organizado por el gobierno de Perú en cooperación con la UNESCO (Cusco, 23/11/2022, modalidad semipresencial).

tegorías siempre que los bienes pertenezcan al patrimonio de entidades públicas (María Ochoa Jiménez, 2021, pp. 175-177).¹³ A su vez, esta cláusula puede encontrarse en los textos constitucionales o en legislaciones especiales.

Otro aspecto que resulta relevante caracterizar, se refiere a las normas que prohíben la exportación de bienes culturales. Sin embargo, estas normas, a pesar de pertenecer al derecho público, “no pueden, como regla general, tener efecto fuera de las fronteras del país que las dicta” (María Ochoa Jiménez, 2021, p. 179).

En el análisis de las características distintivas de la regulación contra el tráfico ilícito de bienes culturales de Argentina, puede observarse que recepta las medidas más relevantes propuestas por la Convención¹⁴. De igual forma, se establecen sanciones para estos delitos y se establecen medidas para controlar el comercio de bienes culturales en Internet. Las autoridades policiales y gubernamentales indican que entre estas medidas se realizan análisis y revisión de sitios de Internet que incluyen la venta de bienes culturales tanto nacionales como extranjeros (Marcelo El Haibe, 2013).

En Belice, se tipifica como delito el saqueo, la recolección, la posesión, la venta y la exportación del patrimonio cultural. Además, las disposiciones legales también tipifican como delito la incitación o la habilitación de las actividades mencionadas. La norma conocida como The National Cultural Heritage Preservation Act, de 2017, permite brindar mayor protección a los bienes patrimoniales de importancia nacional.¹⁵

Por su parte en Bolivia, la regulación prohíbe la exportación y la importación de bienes culturales, como también la restitución de bienes exportados ilícitamente de otros países. Para ello, se reglamenta la coordinación entre autoridades y se mantiene un listado de bienes robados, hurtados o exportados ilegalmente del país. Con relación a los sitios arqueológicos, se prevén normativamente medidas de control, se establece la necesidad de un permiso para excavaciones o prospecciones arqueológicas, y se sanciona administrativa

¹³ La autora mencionada también ha debatido sobre los fundamentos filosóficos de la inalienabilidad de ciertos bienes culturales (María Ochoa Jiménez, 2010).

¹⁴ Ley 15.930; Ley 24.633; Ley 25.743 y Decreto 1166/2003.

¹⁵ Además de esta norma y de The National Institute of Culture and History Act- Cap. 231, Belice sancionó las siguientes normas para la lucha contra el tráfico ilícito: customs regulations act-Cap. 49; protected areas conservation Act-Cap. 218; environmental protection act-Cap. 328 y abandoned wreck act-Cap. 23 8.2.

y penalmente a los infractores¹⁶. Se establece un inventario de objetos culturales y de bienes sustraídos o exportados ilegalmente. Sin embargo, del análisis de la regulación, no está claro que haya sanciones explícitas en las normas relativas al tráfico ilícito de bienes culturales, y por ende no existe un registro de infractores.

La legislación de Brasil para el patrimonio cultural se caracteriza por varias leyes y normas infralegales correspondientes a diferentes tipos y naturalezas de bienes (por ejemplo, bienes arqueológicos, archivísticos, musealizados, listados, paleontológicos, etcétera).¹⁷ Como resultado, no existe una ley única y centralizada sobre los bienes culturales, en general, y sobre el control de su circulación, en particular. Además, las atribuciones sobre la gestión de los bienes culturales (incluida la circulación de bienes) son comunes entre diferentes órganos y entidades de la administración pública federal (como el Instituto Nacional del patrimonio histórico y artístico, el Instituto brasileño de museos, el archivo nacional, la biblioteca y la agencia nacionales de minería, que posee atribución sobre los fósiles). Ello deriva en la necesidad de una articulación interinstitucional permanente para definir procedimientos y compartir información, la cual se expande hacia las entidades estatales y municipales y los cuerpos aduaneros y policiales.

En Chile, la regulación no establece normas que limiten la importación de bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Tampoco se prevé legislativamente la creación de un registro de infractores o el establecimiento de medidas de coordinación entre las autoridades competentes para la lucha contra el tráfico ilícito. La Ley 17.288 establece que ningún bien cultural puede exportarse sin un certificado emitido por el Museo Nacional de Bellas

¹⁶ Un experto consultado sobre el tema indica que los problemas en la implementación de la ley 530 (Ley de Cultura) pueden estar originados en la ausencia de un consenso con los sectores involucrados (arqueólogos, antropólogos, historiadores, arquitectos, gestores, etcétera); lo que dificulta la reglamentación y genera reclamos en su aplicación (comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere et al. (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre).

¹⁷ En particular pueden mencionarse: Decreto Ley 25/1937, artículos 14 y 15; Decreto Ley 4.146/1942; Ley 3.924/1961; Ley 4.845/1965; Ley 5.471/1968 y su decreto reglamentario 65.347/1969; Ley 8.159/1991; Ley 9.605/1998, artículos 62 a 65, artículo 13; Ley 11.906/2009; Instrucción Normativa RFB 1404/2013; Instrucción Normativa 1.602/2015; ordenanza IPHAN 197/2016.

Artes. Para expedir este certificado de autorización, es necesario garantizar el retorno de aquellas piezas que poseen interés patrimonial.¹⁸

En Colombia las normas jurídicas contra el tráfico ilícito incluyen la prohibición y control de exportación de bienes culturales, así como la exigencia de un certificado de exportación.¹⁹ Asimismo, se prevé la restitución de bienes culturales. Se regula la protección de sitios arqueológicos y se requiere un permiso para proceder a la excavación. La protección penal a los bienes culturales se da de manera indirecta por medio de circunstancias agravantes que aumentan la pena cuando la conducta recae sobre bienes del patrimonio cultural. Así, el Código Penal (Ley 599 del 2000) por ejemplo, prevé circunstancias agravantes cuando el daño o el hurto se refieren a un bien del patrimonio cultural de la Nación. Existe también un delito contra el patrimonio cultural sumergido por medio del cual se prohíbe su exploración, intervención y destrucción sin autorización. El Código Penal también castiga en caso de conflicto armado la destrucción o utilización ilícita de bienes que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos cuando ninguna necesidad militar lo exige y cuando no se toman medidas de protección adecuadas (artículo 156). El delito de recepción, usualmente presente cuando se trata de tráfico ilícito de bienes culturales también está previsto en el artículo 477.

Costa Rica indica que posee normas atinentes principalmente referidas al patrimonio arqueológico y paleontológico,²⁰ referidas a la protección de sitios y al certificado de prospección o excavación. Existen normas de prohibición de exportación de bienes culturales y control sobre las exportaciones, no así normas jurídicas que establezcan el control de importaciones o un cer-

¹⁸ Es relevante destacar que en 2018 se elaboró un proyecto de ley que modifica la Ley 17.288 de Monumentos Nacionales, que fue presentado al Congreso Nacional en junio de 2019. Posteriormente, en marzo de 2021, se ingresaron modificaciones al proyecto original. En materia de delitos, el proyecto tipifica el delito de tráfico ilícito de bienes patrimoniales; incorpora el delito de comercialización de patrimonio arqueológico y/o paleontológico mueble y aumenta las multas por delitos cometidos contra bienes patrimoniales. En cuanto a las infracciones, se crea un título propio que regula y sanciona, aumentando las multas, ante infracciones a la Ley de Patrimonio cultural. A su vez, se dispone que las infracciones a la Ley de Patrimonio Cultural y sanciones serán de conocimiento del juzgado de policía local competente, trasladando la competencia que hoy tienen los juzgados civiles.

¹⁹ Ley 1185/2008; Ley 1801/2016; Ley 599/2000.

²⁰ Informe periódico de aplicación de la Convención de 1970 realizado en 2019, refiere a la Ley 6703 del 19 de enero de 1982. Además de ésta, pueden mencionarse: Ley 6703/1982; Decreto 19016-C/1989 y Decreto 28174/1999.

tificado de exportación, como tampoco se establecen normas nacionales relativas a la restitución de objetos secuestrados por tráfico ilícito. Con relación al cumplimiento de las medidas contra el tráfico ilícito, se indica que existe un promedio de 15 denuncias por año de las cuales al menos el 50% se tramitan por la vía judicial. Señalan, asimismo que en 2020 y 2021 con motivo de la pandemia estas estadísticas han bajado.²¹ Si bien, la legislación actual mejoró las disposiciones de la derogada ley de 1983, la misma requiere de una revisión y modernización que la adecue a nuevas prácticas y disposiciones de manejo y gestión del patrimonio cultural.

Ecuador posee una regulación nacional que contiene la mayoría de las disposiciones recomendadas contra el tráfico de bienes culturales, incluyendo el deber de conservar el patrimonio cultural tanto para el Estado como para los ciudadanos.²² En cuanto a las sanciones, se prevén sanciones administrativas como penales, estas últimas en un apartado específico del Código Orgánico integral penal. En las últimas décadas, Ecuador ha iniciado un proceso de fortalecimiento de las medidas legales y políticas relativas al tráfico ilícito de bienes culturales.²³ Sin embargo, a pesar de estas medidas políticas, económicas y legales, uno de los expertos consultados para este estudio indicó que el cumplimiento de estas obligaciones por los gobiernos subnacionales resulta difícil por la ausencia de recursos económicos y expertos capacitados. En este sentido, las autoridades estimaron que la aplicación de las medidas contra el tráfico ilícito de bienes culturales es del 35%.²⁴

En el caso de Guatemala, la regulación sobre comercio de bienes culturales, control de exportaciones y certificados de exportaciones es conside-

²¹ Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre.

²² Ley Orgánica de Cultura del 30 de diciembre de 2016.

²³ En 2007 se declaró el estado de emergencia del sector de patrimonio cultural (Decreto Ejecutivo 816), asignando un presupuesto de US\$ 33,666.000 para emprender la tarea de rescatar, proteger e inventariar el patrimonio nacional. Asimismo, en 2010 se crea la Unidad Especializada en Investigación de Delitos contra el Patrimonio Cultural en el marco del Consejo General de la Policía Nacional (resolución 109/2010). El mismo año, se manifiesta como una política de Estado el combate al tráfico ilícito de bienes culturales y se crea la Comisión Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales y su Comité Técnico (Decreto Ejecutivo 277). Posteriormente se crea un instructivo de procedimiento para el manejo de bienes y/o piezas de patrimonio cultural (resolución de la fiscalía general del Estado 73/2014).

²⁴ Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre.

rada buena por parte de las autoridades.²⁵ Así, se establece la prohibición de importación y exportación de bienes culturales objeto de tráfico ilícito, y la exigencia de restitución de aquellos que han sido exportados a otros países. Se protegen los sitios arqueológicos y se exige un permiso para realizar excavaciones o prospecciones en los mismos. En cuanto a la realización de inventarios, el ordenamiento legal prevé un inventario de bienes culturales, pero no así una lista de objetos culturales robados o sustraídos como tampoco un registro de infractores. No obstante, se prevén sanciones penales para los infractores. La coordinación entre autoridades está prevista legalmente. La regulación relativa a adquisición de bienes culturales por parte de museos y otras instituciones como la prohibición de importar objetos robados o exportados ilícitamente se valora por el propio Estado como excelente.²⁶ Sin embargo, la regulación de certificados de autenticidad y el registro de las actividades de comercio de arte y antigüedades se valora como satisfactoria. Si bien, se encuentra vigente la Ley para la protección del patrimonio cultural de la nación,²⁷ que establece acciones delictivas contra el patrimonio cultural, ninguna de ellas prevé el robo, hurto o tráfico ilícito de bienes culturales. Ante estas acciones, se aplica el Código Penal, que no indica agravantes para estos hechos cometidos contra el patrimonio guatemalteco.

En Guyana se identifican normas jurídicas para la lucha contra el tráfico ilícito.²⁸ Sin embargo, conforme la información brindada por una investigadora local, estas regulaciones se limitan a la solicitud de un permiso para la realización de excavaciones arqueológicas. De este modo, se indica que la aplicación de las sanciones y otras normas relacionadas es mínima o nula (Louisa Daggers, 2015).

La regulación de Honduras no prevé un registro de infractores o reincidentes, aunque contempla medidas contra el tráfico ilícito en Internet a través de publicación de los bienes culturales que han sido sustraídos de museos, colecciones, iglesias, entre otros.²⁹

Por su parte Jamaica prevé el control sobre la exportación de bienes culturales, la protección de sitios arqueológicos y la exigencia de un permiso

²⁵ Conforme al informe periódico de la Convención de 1970 presentado en 2019. La legislación vigente es la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

²⁶ Conforme el informe periódico de la Convención de 1970, enviado en 2019.

²⁷ Decreto 26/97 modificado por Decreto 81/98.

²⁸ National Trust act 1972; EPA act 1996 and the Maritime zone act 2010.

²⁹ Ley para la protección del patrimonio cultural de la nación, Decreto 220-97.

o autorización para realizar prospecciones o excavaciones. Asimismo, se establece legalmente la obligación de realizar un inventario de bienes culturales del país. Conforme la información recabada para este trabajo, no se establecen disposiciones jurídicas de prohibición de exportación o importación de bienes culturales, no se exige un certificado de exportación ni se prevé un inventario de objetos robados o hurtados.³⁰ Tampoco se prevén normas que permitan la coordinación entre autoridades para la lucha contra el tráfico ilícito ni sanciones administrativas o penales para infractores. Sin embargo, se establece el decomiso de las piezas que han sido objeto del tráfico ilícito.

México es uno de los Estados que mejor ha valorado su regulación con relación al tráfico y comercio de bienes culturales.³¹ Tanto los controles de importación como exportación, el requisito de un certificado de exportación y la existencia de certificados de autenticidad como las medidas para prevenir la adquisición de objetos culturales robados o exportados ilícitamente por parte de los museos y la prohibición de este tipo de adquisiciones han sido valoradas como excelentes. Este Estado establece legalmente la protección de sitios arqueológicos y exige un permiso para realizar prospecciones o excavaciones. El incumplimiento de las normas legales de protección del patrimonio cultural acarrea sanciones administrativas y penales. Asimismo, se prevé la realización de un inventario de bienes culturales y de una lista de aquellos objetos que han sido robados, sustraídos o exportados ilegalmente. En el cuestionario se informó que las medidas contra el tráfico ilícito se aplican en un 80%.³²

La regulación de Nicaragua prohíbe la importación y exportación de bienes culturales, se exige un certificado de exportación y se establece legalmente

³⁰ Actualmente la legislación sobre patrimonio cultural de Jamaica se encuentra en un proceso de revisión. De tal manera que en Jamaica se le han efectuado enmiendas a la National Heritage Trust Act (1985) que esperan ser aprobadas. Sin embargo, la norma relativa al Instituto de Jamaica (The Institute of Jamaica Act) no ha sido revisada aún. Si bien esta norma se refiere a los museos, contiene disposiciones que deben ser plenamente alineadas con la recomendación de 2015 de la UNESCO relativa a la protección y promoción de los museos y colecciones, su diversidad y su papel en la sociedad y otros códigos de ética.

³¹ Conforme el Informe periódico de aplicación de la Convención de 1970, presentado en 2019. Las principales normas vigentes son: La Ley Federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos, de 1972; Ley general de cultura y derechos culturales. DOF 2017;

³² Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre.

el control sobre la exportación de estos bienes, aunque no se indican medidas de control sobre importaciones. Sin embargo, la ley prevé la obligación de restitución al país de origen de los bienes culturales objeto de tráfico ilícito.³³ Se establece la protección de los sitios arqueológicos, y se exige un permiso para realizar prospecciones o excavaciones. Si bien se prevé la realización de un inventario de bienes culturales, no se establecen legalmente listados de bienes robados, o sustraídos ilegalmente ni de infractores a las normas de protección del patrimonio cultural. Tampoco se prevén normas jurídicas que alienen la coordinación entre organismos, ni acciones de capacitación al personal que manipula bienes culturales. El Código Penal de Nicaragua establece sanciones penales para quienes infrinjan las normas de protección de bienes culturales. En relación con la aplicación de las medidas de lucha contra el tráfico ilícito, se indicó que se aplican las medidas administrativas (relativas al registro de bienes culturales, control de excavaciones arqueológicas y control de exportaciones) como aquellas relacionadas a la investigación y proceso penal de los infractores.³⁴

En Panamá no se prevé jurídicamente la creación de un registro de infractores, la elaboración de un listado de bienes robados o exportados ilegalmente o medidas de coordinación entre las autoridades responsables de prevenir el tráfico ilícito. De la información brindada por un investigador de este país sugiere que la aplicación de la normativa referida a la lucha contra el tráfico ilícito es baja (25%) y que el comercio de arte y antigüedades en el país es limitado.³⁵ En la opinión del consultado la ley es muy abarcadora y extensa, lo que dificulta su aplicación. En Panamá la dirección nacional

³³ Conforme el artículo 27, Decreto Ley 1142, Ley de protección al patrimonio cultural de la nación.

³⁴ Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre. Asimismo, se indicó que la Ley de protección al patrimonio cultural de la nación (Decreto Ley 1142) data de 1982, por lo cual las previsiones contenidas en ella no se ajustan a las nuevas tendencias y modalidades del tráfico ilícito de bienes culturales. Por otra parte, tampoco incorpora estrategias de control y seguimiento que involucren a las comunidades. En virtud de ello, el Gobierno de Nicaragua formuló un proyecto de una nueva Ley de protección al patrimonio cultural de la nación que permita fortalecer los niveles de incidencia en el control y seguimiento a dichas acciones ilícitas. Al momento de redactar este artículo, este proyecto se encuentra en el Poder Legislativo.

³⁵ Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre.

de patrimonio histórico posee competencia para sancionar ante delitos de tráfico ilícito o daños a los monumentos patrimoniales.³⁶ En 2015 se incorporó al Código Penal el delito de robo de patrimonio histórico nacional o de objetos de valor científico, religioso, cultural o artístico (artículo 214, sección 10).

Paraguay ha reconocido, en el Informe Periódico de la Convención presentado en 2019, que la regulación del comercio de bienes culturales y los controles de exportación son buenos. Este Estado reconoce como excelentes las normas destinadas a impedir la adquisición de bienes culturales robados o exportados ilegalmente por parte de museos u otras instituciones y la prohibición de importar objetos robados. La regulación del certificado de autenticidad y los controles de importación es mínima o insuficiente, y satisfactorios los certificados de exportación. Al respecto, estiman un cumplimiento del 40% en cuanto a los requisitos para exportar bienes culturales por tiempo determinado. Se establece legalmente la prohibición de exportación de bienes culturales, como la importación de aquellos que fueren objeto de tráfico ilícito.³⁷ Para ello, el Estado lleva un registro de los objetos robados, hurtados o exportados de manera ilícita. Se establece el requisito de una autorización para realizar tareas de prospección de sitios arqueológicos y se protegen legalmente los mismos. Finalmente, la regulación sobre registro de operaciones por parte de comerciantes de arte y antigüedades es insuficiente. En cuanto a la actuación administrativa, se establecen legalmente medidas de coordinación entre autoridades, y capacitaciones obligatorias para personas que manipulan objetos culturales. En caso de infracciones, se establecen sanciones administrativas y penales, aunque no se lleva un registro de infractores.

Perú incorpora en su legislación la mayoría de las disposiciones propuestas para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.³⁸ En cuanto al tráfico de bienes culturales a través de Internet, observando el incremento de las búsquedas de ofertas virtuales de bienes culturales, se ha creado una Comisión Multisectorial con la participación del ministerio público y la policía nacional de Perú para lograr enfrentar conjuntamente el tráfico ilícito, incluyendo la modalidad virtual. Consultado al respecto, el Ministerio de cultura de Perú indica que el índice de aplicación de las normas sobre trá-

³⁶ Ley 14/1982 modificada por Ley 58/2003.

³⁷ Decreto 5375/2016 y Resolución 269/2017.

³⁸ Ley 28.296.

fico de bienes culturales es del 20%.³⁹ En este sentido, este organismo atribuye la limitada eficacia de las normas contra el tráfico ilícito a la inexistencia de una regulación nacional relativa al comercio de bienes culturales.

La regulación de República Dominicana no prohíbe expresamente la importación o exportación de bienes culturales, aunque sí establece controles a la exportación y prevé la restitución de aquellos objetos que han ingresado al país a través del tráfico ilícito.⁴⁰ No se establece la exigencia de un certificado de exportación de bienes culturales. Se prevé la protección de yacimientos arqueológicos y la exigencia de un permiso para realizar prospecciones o excavaciones. Si bien, se establece la obligación de realizar un inventario de bienes culturales, no ocurre lo mismo con el listado de bienes culturales robados o hurtados ni con el registro de infractores. Sin embargo, se establecen sanciones para infractores al régimen de tutela del patrimonio cultural. No se prevén mecanismos legales que permitan la coordinación entre autoridades para la lucha contra el tráfico ilícito ni se establecen legalmente capacitaciones obligatorias para quienes manipulan objetos susceptibles de tráfico ilícito. Al analizar el ordenamiento, se observa que algunas de las normas relativas al patrimonio cultural tienen más de 50 años de vigencia y no se vislumbran proyectos o políticas tendientes a su modificación.

En Uruguay las normas relativas al tráfico de bienes culturales contemplan la prohibición de exportación e importación de bienes culturales robados o hurtados, la protección de sitios arqueológicos y la obligación de efectuar un inventario de bienes culturales.⁴¹

Del Informe periódico de aplicación de la Convención de 1970 surgen datos relevantes de otros países no mencionados anteriormente. La República Bolivariana de Venezuela valora como insuficiente la regulación sobre tráfico ilícito en la mayoría de los puntos considerados. Por su parte, se valora como satisfactoria la regulación sobre certificados de exportación, el control sobre importaciones, las medidas dirigidas a prevenir la adquisición de objetos robados o exportados ilícitamente y la prohibición de importar objetos robados o exportados ilícitamente.

³⁹ Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre.

⁴⁰ Ley 41-00/2000; Ley 318/1968.

⁴¹ Ley 14.040.

A partir de otras fuentes secundarias puede observarse que Cuba penaliza los daños a los bienes del patrimonio cultural, la exportación ilegal de bienes culturales y la tenencia o transmisión ilegal como la falsificación de obras de arte (artículo 243 a 245 del Código Penal) y (Manuel Coca Izaguirre, 2020).

En este sentido, se observa que la mayoría de los países considerados prevén normas que limitan o controlan la exportación de bienes culturales y sancionan la exportación de aquellos que han sido robados o hurtados. Sin embargo, no se prevén controles similares en la importación de objetos culturales. A partir del análisis de las medidas contra el tráfico ilícito que contempla la regulación jurídica de cada país y las sanciones que prevé, se elaboraron las Tablas III y IV.

Tabla III. Medidas que contemplan la regulación jurídica de cada país

<i>Países</i>	Prohibición de exportación de BC.	Prohibición de importación de BC.	Control sobre la exportación de BC.	Control sobre la importación de BC.	Restricción de exportación de BC.	Exigencia de un certificado de exportación de BC.	Exigencia de un permiso para re-arqueologizar prospecciones o excavaciones arqueológicas.	Protección de sitios arqueológicos.	Reglamentación sobre el uso de detectores de metales en los sitios arqueológicos.	Obligación de efectuar un inventario nacional de BC.	Creación de un registro de infractores y reportados o exportados o portados de manera ilícita de BC.	Listado de BC de cobro, dinación o hurta entre autoridades para personas obligatorias para la relación de BC.	Capacitaciones obligatorias para infractores.	Sanciones administrativas para infractores.	Sanciones penales para infractores.
Argentina															
Bélica															
Bolivia															
Brasil															
Chile															
Colombia															
Costa Rica															
Ecuador															
Guatemala															
Guyana															
Honduras															

Tabla IV. Tipos de sanciones que contempla la regulación jurídica de cada país

<i>Países</i>	<i>Apercibimiento</i>	<i>Multa</i>	<i>Prisión</i>	<i>Suspensión o caducidad de la concesión</i>	<i>Inhabilitación</i>	<i>Decomiso</i>	<i>Clausura temporaria o definitiva</i>	<i>Otras</i>
Argentina								Retiro de la personería jurídica y cancelación de la inscripción.
Bolivia								
Brasil								
Chile								
Colombia								Suspensión temporal de la actividad y participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia.
Costa Rica								
Ecuador								
Guatemala								
Guyana								
Honduras								
Jamaica								
México								
Nicaragua								
Paraguay								
Panamá								
Perú								
República Dominicana								
Uruguay								

Fuente: elaboración propia a partir de un cuestionario administrado en 2021 (véase nota 5).

Conforme surge de la Tabla IV, la mayoría de los países de la región establecen como sanciones frecuentemente previstas la multa y la prisión, unidas al decomiso de los bienes culturales objeto de tráfico ilícito. Puede ser preocupante la situación de aquellos Estados que no poseen un régimen sancionador claro, que permita a los tribunales reprimir este tipo de delitos.

V. REGULACIÓN DEL COMERCIO DE BIENES CULTURALES

Entre las obligaciones que han asumido los Estados al ratificar la Convención de 1970, se encuentra la de dictar normas destinadas a las personas interesadas (coleccionistas, anticuarios, etcétera) que se ajusten a los principios éticos formulados en la Convención (artículo 5, inciso f) y de establecer un registro de la procedencia de los bienes culturales comercializados (artículo 10, inciso a). Estas medidas tienden a hacer más transparente el mercado de bienes culturales, posibilitando la comercialización de aquellos que no forman parte del patrimonio cultural de los países y fomentando la diversidad cultural y las industrias creativas.

Por ello, resultó de interés indagar acerca de la existencia de regulación nacional para el comercio de bienes culturales en los países de este estudio y si abordan el deber de cuidado en el comercio del arte, anticuarios o casas de subasta, en particular la obligación de indicar en sus registros la procedencia de los bienes culturales. De igual manera se indagó sobre la existencia de autorregulación o código de ética por parte de los anticuarios, casas de subasta y comerciantes de arte.

A partir de la información recolectada, resulta relevante considerar que algunos países establecen la prohibición del comercio de bienes culturales que forman parte de su patrimonio cultural, en tanto los mismos son considerados propiedad del Estado (véase Tabla II). En cambio, otros países permiten la propiedad privada de ciertos bienes del patrimonio cultural, aunque regulan o limitan la comercialización de estos. Si bien podría considerarse que en el primer caso no resultan relevantes las medidas previstas en la Convención de 1970, es importante considerar que el comercio de antigüedades, obras de arte y objetos culturales permitido en un país puede encubrir el tráfico ilícito de aquellos que conforman el patrimonio cultural. En este sentido, las medidas relativas al deber de cuidado y el registro de las operaciones

comerciales sobre bienes culturales resultan un importante medio de control y vigilancia.

Los países en los cuales no se establecen medidas legales relativas al comercio de bienes culturales son: Bolivia, Honduras, Guyana, Perú, Paraguay.

Argentina se encuentra trabajando en un registro obligatorio para todo comerciante de antigüedades, de manera tal de hacerlo responsable de los bienes que introduce en el mercado.⁴² Si bien, se sancionó la Ley 27.522 (2019), que tiene como objeto dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10 de la Convención de 1970, aún no se ha reglamentado. En la actualidad es un mercado informal, con un insuficiente control de los comerciantes y compradores y circula una importante cantidad de bienes falsificados, anónimos o atribuidos.

En Brasil existe una regulación relativa al comercio de bienes culturales,⁴³ que se encuentra a cargo del Instituto del patrimonio histórico y artístico nacional (IPHAN). Este organismo establece normativas para comerciantes de arte y casas de subasta, así como realiza la fiscalización de dichas actividades.

Chile establece el derecho de adquisición estatal preferencial de los objetos culturales (artículo 15, Ley 17.288) y la obligación de las casas de subastas de llevar un libro de actas de procedencia (artículo 29, Decreto de Ley 2.460 y artículo 13, Ley 20.931). Asimismo, el artículo 15 de la Ley de Monumentos (Ley 17.288) establece que las Casas de Martillo deberán comunicar al Consejo de monumentos nacionales, con una anticipación mínima de 30 días, la subasta pública o privada de objetos o bienes que notoriamente puedan constituir monumentos históricos, acompañando los correspondientes catálogos. La Unidad TIBP ha difundido el Código Internacional de Ética para Marchand de bienes culturales en charlas y seminarios y se prevé su publicación y distribución en las asociaciones de anticuarios del país. A pesar de ello, la situación del mercado de arte es calificada como “irregular”, porque más allá de la regulación, los comerciantes de arte no son rigurosos en certificar la procedencia de los objetos.

En Colombia, si bien existe una regulación específica para el comercio de bienes culturales, las normas que existen están enfocadas, en su mayoría,

⁴² Conforme fue explicado en el evento en línea ICCROM (2021, septiembre 23). “Lucha contra el tráfico ilícito de patrimonio. Un desafío común”.

⁴³ Decreto Ley 25/1937 y la Ley 9.613/1998.

a controlar la enajenación de Bienes de Interés Cultural (artículo 7 de la Ley 1.185 del 2008 que modifica el artículo 11 de la Ley 397 de 1997). Es decir, que el deber de cuidado y el registro del origen de los bienes no se encuentra regulado.

Por su parte, la regulación referida al comercio de bienes culturales en Costa Rica establece una prohibición para el comercio de objetos precolombinos.⁴⁴ Si bien no existe un registro de operaciones comerciales por parte de comerciantes de arte y antigüedades y tampoco se someten a una autorregulación o código de ética, no se han detectado ventas de objetos precolombinos.

En Ecuador existe un registro de comerciantes de bienes culturales y también se exige la registración de las operaciones realizadas, aunque no se presenta información oficial sobre su seguimiento.⁴⁵ En este sentido, García Alvarado indica que existe una ausencia de control del comercio de bienes culturales, que permite el denominado ‘blanqueo de bienes’ (Tania García Alvarado, 2012). Esta operación consiste en registrar una transacción de bienes culturales que han sido obtenidos ilegalmente, sin indicar algunos datos como su fecha de obtención, a fin de que ingresen al mercado legal de bienes culturales.

La comercialización de los bienes culturales en Guatemala se encuentra regulada en la Ley para la protección del patrimonio cultural de la nación, que establece la prohibición de comercializar bienes prehispánicos. Asimismo, esta norma crea un Registro de comerciantes de bienes culturales y obliga a quienes se encuentran en este registro a inventariar las piezas comercializadas y dar aviso de las ventas que realizan.

Si bien en Jamaica existe regulación relativa al comercio de bienes culturales (The Jamaica National Heritage Trust Act, 1985), no se han tomado medidas específicas, jurídicas o de control, relativas al comercio en Internet. Por otra parte, si bien no se establece legalmente el deber de cuidado, el comercio de bienes culturales se encuentra en la órbita de las agencias de Cultura de la Nación.

En México se establecen medidas en el Reglamento de la Ley Federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos. Sin embargo, no se menciona el acatamiento al código de ética para comerciantes de bienes

⁴⁴ Ley 6703/1982.

⁴⁵ Acuerdo Ministerial 064-2020 y Ley Orgánica de cultura.

culturales. En este sentido, se indica que, aunque se ha intentado la participación de los galeristas y anticuarios para registrar los bienes históricos y artísticos con los que comercian, ha habido poca respuesta. Esta temática requiere un abordaje más riguroso por parte de los organismos estatales.

En Nicaragua se encuentran vigentes normas que regulan el comercio de bienes culturales.⁴⁶ No obstante las mismas no incluyen el deber de cuidado o la obligación de registrar la procedencia de los bienes que se comercializan. No hay códigos éticos o de autorregulación de los comerciantes de bienes culturales.

Se indica que en Panamá hay muy pocos anticuarios, que comercian principalmente bienes de la segunda mitad del siglo XIX y del siglo XX y no existen casas de subastas que comercialicen bienes arqueológicos.⁴⁷

A partir de estas breves descripciones, se observa que las regulaciones del comercio de bienes culturales en la región son deficientes, y en casi todos los Estados se observan dificultades en la implementación. No pudo recabarse información sobre la adopción de normas de autorregulación o códigos de ética por parte de anticuarios y casas de subastas de ninguno de los Estados estudiados. La opacidad de este mercado, sus actores y los montos de sus transacciones en la región es una de las mayores debilidades en la lucha contra el tráfico ilícito.

Por otra parte, aquellos Estados que no establecen regulaciones amparados en la prohibición de comercializar bienes culturales, dejan desprotegidos estos bienes cuando los mismos son objeto de transacciones bajo rótulos diversos a fin de burlar la ley. Así, algunos expertos consultados para este trabajo consideraron urgente la implementación de políticas de gobierno sobre el patrimonio cultural, en especial el arqueológico y paleontológico que consideren estos objetos como susceptibles de tráfico ilícito internacional.

VI. CONCLUSIONES

El tráfico ilícito de bienes culturales es un flagelo contra el cual los gobiernos y diversas organizaciones internacionales luchan desde hace tiempo. La san-

⁴⁶ Decreto Ley 1142.

⁴⁷ Comunicación personal obtenida en el marco del estudio realizado por Endere *et al.* (2023). Por disposición de la persona entrevistada no se da a conocer su nombre.

ción de la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales en 1970 marcó un hito en la regulación internacional sobre este tema. Sumada a esta norma internacional, diversas regulaciones regionales procuran articular los esfuerzos estatales para generar sinergias que permitan combatir estos delitos.

Uno de los principales peligros para la conservación de bienes culturales en América Latina y el Caribe ha sido la exportación ilícita. Objetos pertenecientes a culturas prehispánicas, como arte colonial, documentos, archivos y numismática de los últimos siglos forman parte de las extensas listas de bienes sustraídos, robados y comercializados ilegalmente con otros destinos. Por ello, resulta relevante conocer cuáles son las previsiones legales que los países de la región establecen para combatir estos delitos.

En este trabajo se presentó un análisis comparado de la regulación de los países de la región. Para ello, se contextualizó la suscripción, por una gran cantidad de Estados, de los principales instrumentos internacionales que establecen medidas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. En particular la ratificación de la Convención de la UNESCO de 1970 y los instrumentos relacionados, dan cuenta del interés en establecer normas comunes que permitan recuperar los objetos ilegalmente comercializados.

Luego de establecer cuatro variables de comparación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, se analizaron cada una de ellas conforme la información obtenida de sitios oficiales y de entrevistas a informantes clave. La primera variable identificada refiere a la existencia de una definición de bienes culturales, que permita considerar el alcance de la misma con relación a las posibilidades de limitar la exportación o transferencia ilícita de estos objetos. En este punto se observó que la totalidad de los países de la región incorporan una definición jurídica de bienes culturales, aunque su alcance es diverso. En este punto, resulta preocupante la ausencia de incorporación de los objetos del patrimonio subacuático, lo que podría generar un régimen adverso a estos objetos.

En segundo término, se analizó el régimen de propiedad, a fin de dar cuenta sobre las posibilidades de la posesión por particulares y, eventualmente, su transmisión legal. En este punto la legislación es dispar. Por una parte, la mayoría de los Estados de la región consideran que ciertos objetos culturales pertenecientes a categorías particulares, como el patrimonio arqueológico, son de propiedad estatal exclusiva, aun cuando no se encuentren

individualizados en un listado. Las excepciones a esta regla como la procedencia de los objetos generan dificultades al momento de considerar aquellos objetos que han sido obtenidos ilegalmente. Por otra parte, aquellos bienes pertenecientes al patrimonio histórico o artístico sólo se consideran de propiedad estatal en aquellos casos en que forman parte de colecciones de museos o entidades públicas. En estos casos, las dificultades provienen de la inexistencia o insuficiencia de su registro en inventarios.

El examen de las normas aplicables para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales resulta complejo ya que generalmente estas normas se encuentran diseminadas. Por ello, en este punto se optó por mencionar las principales características de esta regulación en cada uno de los países. Del análisis se concluye que la mayoría de los Estados prevé normas sancionatorias contra el tráfico ilícito de bienes culturales, como también previsiones y controles a la exportación de éstos. Sin embargo, se encuentran en menor medida normas tendientes a controlar la importación de bienes culturales y la adquisición de estos por museos o instituciones públicas.

De igual manera, se observa la inexistencia de normas sobre detectores de metales, cuyo peligro para la conservación de bienes arqueológicos ha sido advertido en el ámbito académico internacional. También es escasa la regulación del comercio en Internet, lo cual ha posibilitado múltiples situaciones de tráfico ilícito en los últimos años y presenta un desafío creciente para las autoridades de control estatales.

Finalmente se analizaron las normas sobre regulación del comercio de bienes culturales, las cuales resultan insuficientes en la mayoría de los Estados de la región. Esto, sumado a la opacidad de este mercado y la ausencia de adopción de normas éticas por parte de los principales actores, sustenta un riesgo creciente para los objetos culturales de la región.

Los Estados de América Latina y el Caribe han ratificado los principales instrumentos internacionales y en todos los casos prevén, al menos en un modo mínimo, regulaciones contra el tráfico ilícito de bienes culturales. El desafío jurídico actual es adecuar y complementar estas regulaciones con miras a los nuevos modos de apropiación ilícita de bienes culturales como también a las actuales modalidades del comercio que eluden los controles estatales. En ese marco, en la Declaración final de la Conferencia Mundial de la UNESCO sobre políticas culturales y desarrollo sustentable – MONDIA-CULT 2022, celebrada en septiembre en la ciudad de México, los ministros de cultura de los Estados miembro de la UNESCO reiteraron su compromi-

so en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales (ministros de cultura de Estados miembro de la UNESCO, 2022). En la misma, se solicita a la UNESCO fomentar la introducción de sanciones penales o administrativas u otras medidas concretas en las legislaciones nacionales como también a instar una cooperación eficaz y más estrecha con los agentes del mercado del arte.

La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales requiere una cooperación entre Estados, entre éstos y organismos internacionales como INTERPOL, la Organización mundial de aduanas, UNIDROIT, el Consejo internacional de museos y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y también con los agentes del mercado del arte. La sanción de regulaciones claras y sanciones para quienes las transgreden es un paso importante en la prevención del despojo de bienes culturales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Báez, Fernando (2009). El saqueo cultural de América Latina, de la Conquista a la globalización. Debate.
- Barcelona Llop, Javier (2020). Propuestas jurídicas para el control de la utilización de los detectores de metales. *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30, 175-194.
- Bellon, Juan, Rueda Galán, Carmen, Lechuga Chica, Miguel, Ruiz, Rodríguez, Arturo, Molinos, Manuel, Moreno Padilla, María (2020). Apología de un arma de destrucción masiva: el uso del detector de metales en arqueología. Experiencias de investigación y gestión en el Alto Guadalquivir. *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30, 127-147.
- Brodie, Neil (2020). ¿Qué es esa cosa llamada PAS? Entrelazamientos con la detección de metales en Inglaterra y Gales. *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30, 85-100.
- Coca Izaguirre, Manuel (2020). Protección del patrimonio cultural en Cuba. *Estudio de los documentos legislativos*. DOI: 10.13140/RG.2.2.34697.67680. https://www.researchgate.net/publication/343006337_Proteccion_del_patrimonio_cultural_en_Cuba_Estudio_de_los_documentos_legislativos
- Comité de Expertos sobre la Propiedad del Estado con respecto al Patrimonio Cultural (2011). Disposiciones modelo en las que se define la pro-

- piEDAD del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos. UNESCO y UNIDROIT.
- Daggers, Louisa (2015). CRM Archaeological Infrastructure for Guyana and Developing Countries. *Archaeology and Anthropology*, 19, 51-57.
- EFE Servicios (2021, marzo 29). Colombia firma un acuerdo con EEUU para proteger su patrimonio cultural. *La Estrella de Panamá*. <https://www.laestrella.com.pa/cafe-estrella/cultura/210329/colombia-firma-acuerdo-ee-uu-protoger-patrimonio-cultural>
- El Haibe, Marcelo (2013). Interpol Argentina. *Culture & Development*, 10, 30-35.
- El Haibe, Marcelo (2018). *El tráfico ilícito del patrimonio cultural colonial en la República Argentina (tesis para optar al grado de maestría en patrimonio artístico y cultural en Sudamérica colonial)*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Endere, María Luz (2021). Enfoques sobre el patrimonio arqueológico y su impacto en el sistema legal de los países sudamericanos. *Complutum*, 32(2) 657-671.
- Endere, María Luz, Levrand, Norma, Cantar, Nahir (2023). *Estudio sobre la situación del tráfico ilícito de bienes culturales y de los museos en la región de América Latina y el Caribe*. UNESCO. En prensa.
- Flores Espinoza, J. (2019). La mirada imperial: Bingham y Machu Picchu. *Histórica*, 43(1), 157-166. <https://doi.org/10.18800/historica.201901.005>
- García Alvarado, Tania (2012). *Dimensiones del tráfico ilícito de bienes culturales (tesis de maestría)*. Quito: Universidad Internacional SEK. <https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/1139>
- Hernández Herrera, Eduardo (2013). Guatemala, diez años de lucha. *Culture & Development*, 10, 52-55.
- ICCROM (2021, septiembre 23). Lucha contra el tráfico ilícito de patrimonio. Un desafío común, evento organizado por el Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales. <https://www.iccrom.org/es/node/3306>
- Levrand, Norma, Cantar, Nahir; Endere, María Luz (2023). *Sistematización de la legislación sobre patrimonio cultural de América Latina y el Caribe. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas*. (dataset). <http://hdl.handle.net/11336/199998>
- Mashberg, Tom (2020). Las redes sociales, nuevo dorado de los traficantes. *Correo de la UNESCO*, 3, 21 y 22.

- Ministros de Cultura de Estados miembro de la UNESCO (2022). Declaración final de la Conferencia Mundial de la UNESCO sobre políticas culturales y desarrollo sustentable–MONDIACULT. https://www.unesco.org/sites/default/files/medias/fichiers/2022/10/6.MONDIACULT_ES_DRAFT%20FINAL%20DECLARATION.pdf
- Ochoa Jiménez, María (2010). Inalienabilidad de los bienes culturales. *DIKAIOSYNE*, 13(25).
- Ochoa Jimenez, María (2012). América Latina y el concepto de cultura en el orden jurídico internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(135), 1221-1238.
- Ochoa Jimenez, María (2018). Repatriación de objetos arqueológicos: observando el caso de Machu Picchu. *Pensamiento Jurídico*. 48, 233-259.
- Ochoa Jiménez, María (2019). ‘Conflict of Laws and the Return of Indigenous Peoples’ *Cultural Property: A Latin American Perspective. International Journal of Cultural Property*, 26(4), 437-456.
- Ochoa Jimenez, María (2021). *Derecho internacional privado y bienes culturales: una aproximación en perspectiva latinoamericana*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ochoa Jiménez, María (2022). Marco jurídico del comercio internacional de bienes culturales. En Carlos Esplugues Mota y Claudia Madrid Martínez (eds.). *Derecho del comercio internacional colombiano* (pp. 347-362). Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Oosterman, Naomi y Yates, Donna (2020). Policing Heritage Crime in Latin America. *Revista de Direito Internacional*, 17(3), 274-290.
- Rodriguez, Maria (2021, febrero 2). El tráfico ilícito de bienes culturales, un robo sin fronteras. *Directo Bogotá*. <https://directobogota.com/cultura/el-trafico-ilicito-de-bienes-culturales-un-robo-sin-fronteras/>
- Secretaría Nacional de Cultura de Paraguay (2020). Patrimonio cultural: comisión de tráfico ilícito iniciará campaña para evitar el tráfico de bienes. <http://www.cultura.gov.py/2020/08/patrimonio-cultural-comision-de-trafico-ilicito-iniciara-campana-para-evitar-el-trafico-de-bienes/>
- Secretaría de la convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de la UNESCO (2018). The Consolidated Report of States Parties Responses to the Questionnaire on the Means of Strengthening the Implementation, Efficiency and Visibility of the

1970 Convention (C70/18/6.SC/INF.1). UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368991_fre.locale=es
UNESCO (2006). *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales*. Manual de la Unesco.

Tratados

Convención Centroamericana para la Restitución y el Retorno de Objetos Arqueológicos, Históricos y Artísticos, 1995.
Convención del UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Exportados Ilegalmente, 1995.
Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (UNESCO), 1954.
Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, Convención de San Salvador (OEA), 1976.
Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (UNESCO), 1970.
Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (UNESCO), 2001.
Directrices operativas para fortalecer y facilitar la implementación de la Convención de 1970 (UNESCO), 2015.
Primer Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, 1954.

Legislación

Antigua y Barbuda. National Parks Act 290/1984 (Act 11 of 1984).
Argentina. Ley 12665 (08/10/1940).
Argentina. Ley 15930 (05/10/1961).
Argentina. Ley 25197 (10/11/1999).
Argentina. Ley 25743 (04/06/2003).
Argentina. Ley 26306 (14/11/2007).
Argentina. Ley 26944 (01/10/2014).
Argentina. Ley 27522 (19/12/2019).
Bahamas. Antiquities, Monuments and Museum Act (1998). Chapter 51.
Belice. Abandoned Wreck Act (1990). Chapter 23 8.2.

- Belice. Customs Regulations Act (2000). Chapter 49.
Belice. Environmental Protection Act (1992). Chapter 328.
Belice. National Institute of Culture and History Act (2011). Chapter 331.
Belice. National Cultural Heritage Preservation Act (2017).
Belice. Protected Areas Conservation Act (2015) Chapter 218
Bolivia. Constitución Política del Estado (07/02/2009).
Bolivia. Ley 530 (23/05/2014).
Brasil. Constitución Política de la República Federativa del Brasil (05/10/1988).
Brasil. Decreto-Ley 25 (30/11/1937).
Brasil. Ley 10.406 (10/01/2002).
Brasil. Ley 3924 (26/07/1961).
Brasil. Ley 4845 (19/11/1965).
Brasil. Ley 5471 (09/07/1968).
Chile. Ley 17236 (21/11/1969).
Chile. Ley 17288 (04/02/1970).
Chile. Ley 2460 (24/01/1979).
Chile. Ley 20931 (05/07/2016).
Colombia. Constitución Política de la República de Colombia (04/07/1991).
Colombia. Decreto 138 (06/02/2019).
Colombia. Ley 397 (07/08/1997).
Colombia. Ley 599 (24/07/2000).
Colombia. Ley 1185 (12/03/2008).
Costa Rica. Ley 6703 (28/12/1981).
Cuba. Decreto 118 (23/09/1983).
Cuba. Ley 1 (04/08/1977).
Cuba. Ley 62 (1987).
Ecuador. Acuerdo Ministerial DM-2020-064 (08/06/2020).
Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (10/02/2014).
Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. (20/10/2008).
Ecuador. Decreto Ejecutivo 277 (2010).
Ecuador. Decreto Ejecutivo 816 (2017).
Ecuador. Ley Orgánica de Cultura. Ley 1 (30/12/2016).
Ecuador. Resolución 109 (2010).
Ecuador. Resolución de la Fiscalía General del Estado 77 (2014).
El Salvador. Decreto 513 (03/05/1993).

- Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala (31/05/1985).
- Guatemala. Decreto 26-97 (29/04/1997).
- Guyana. National Trust Act (Act 7 of 1972).
- Haití. Loi du 23 avril 1940.
- Honduras. Decreto 220-97 (17/12/1997).
- Jamaica. National Heritage Trust Act (Act. 8 of 1985).
- Jamaica. The institute of Jamaica Act (1978).
- México. Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (06/05/1972).
- México. Ley General de Archivos (03/06/2018).
- México. Ley General de Bienes Nacionales (14/09/2021).
- México. Ley General de Cultura y Derechos Culturales (19/06/2017).
- Nicaragua. Código Penal de la República de Nicaragua (10/08/2021).
- Nicaragua. Decreto-Ley 1142 (29/09/1982).
- Panamá. Código Penal (22/09/1982).
- Panamá. Ley 14 (05/05/1982).
- Panamá. Ley 175 (03/11/2020).
- Panamá. Resolución 06-97 (09/04/1997).
- Paraguay. Ley 5621 (25/05/2016).
- Perú. Constitución Política de Perú (29/12/1993).
- Perú. Ley 28.296 (21/07/2004).
- República Dominicana. Ley 564 (31/12/1964).
- República Dominicana. Ley 41-00 (28/06/2000).
- San Vicente y las Granadinas. Preservation of Historic Buildings and Antiquities Act (29/06/1976) Chapter 247.
- Uruguay. Decreto 536/72 (01/08/1972).
- Uruguay. Ley 14040 (20/10/1971).
- Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (17/11/1999).
- Venezuela. Ley 4623 (03/09/1993).
- Venezuela. Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (03/10/1993).

Particularidades aplicables a la prueba y su valoración en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas¹

Peculiarities Applicable to the Valuation of the Legal Proof on the Indigenous Law

Hader Guillermo LUNA MORA

 <https://orcid.org/0000-0003-3457-9973>

Doctor en Derecho procesal contemporáneo. Universidad de Medellín, Colombia.
Correo electrónico: hluna@umariana.edu.co

Luis Orlando TORO GARZÓN

<https://orcid.org/0000-0003-4571-8991>

Doctor en Derecho procesal contemporáneo. Universidad de Medellín, Colombia.
Correo electrónico: ltoro@udemedellin.edu.co

RESUMEN: La valoración de las pruebas es central en la labor hermenéutica del derecho, particularmente para los jueces, pues de ello depende el sentido de toda sentencia. Cuando en un proceso intervienen comunidades o ciudadanos indígenas, la valoración de pruebas debe considerar el derecho propio de estos grupos al tenor de lo dispuesto en la Ley 21 de 1991. En el presente estudio, desde un enfoque o aproximación cualitativa, se pregunta por el ejercicio de la valoración de la prueba en los contextos en que se vean involucradas comunidades o ciudadanos indígenas, considerados como de especial protección por parte del Estado. Como resultado, se infiere que el deber de valoración de la prueba implica para todo operador jurídico un proceso de descolonización del ejercicio del derecho, con perspectivas que obedecen a lógicas de pensamiento alternativas, ancestrales, difusas, heterogéneas y contextuales, pero que son legítimas. Como conclusión y recomendaciones se trazan, a manera de propuesta, algunos caminos de acción para avanzar en el mandato legal con fuerza constitucional que conmina a tener en consideración el derecho propio indígena.

¹ Este artículo es parte de las investigaciones realizadas por los autores dentro del programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín y la Universidad Mariana de Pasto, y tienen como fuente los trabajos de campo y entrevistas realizadas en los cabildos del suroccidente colombiano, encaminadas a determinar la existencia y valoración de la prueba en la justicia propia para una visión del juez occidental.

Palabras clave: valoración de la prueba, derecho consuetudinario, pueblos indígenas, Colombia.

ABSTRACT: The valuation of the legal proof is central in the hermeneutic work of law, particularly for judges, since the meaning of any sentence depends on it. When indigenous communities or citizens intervene in a process, this valuation must consider their own right in accordance with the provisions of Law 21 of 1991. In this study from a qualitative approach, it is asked about the exercise of the evaluation of the evidence in the contexts in which indigenous communities or citizens are involved, considered as of special protection by the State. As a result, it is inferred that the duty to assess the evidence implies for all legal operators a process of decolonization of the exercise of law, with perspectives that obey alternative, ancestral, diffuse, heterogeneous and contextual logics of thought, but which are legitimate. As a conclusion and recommendations, some paths of action are drawn up, as a proposal, to advance in the legal mandate with constitutional force that calls for taking into consideration the indigenous law.

Keywords: valuation of the legal proof, customary law, indigenous people, Colombia.

RECEPCIÓN: 7 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 16 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Constitución Política y jurisdicciones indígenas.* III. *La prueba, su valoración y las jurisdicciones indígenas.* IV. *Conclusiones y recomendaciones probatorias de conformidad con el debido proceso con especial atención a la autonomía jurisdiccional indígena.* V. *Referencias*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de valoración de la prueba, sustancial y procesalmente, es central en la labor hermenéutica de todo operador jurídico por ser el fundamento racional y material de toda decisión, tanto en la etapa interpretativa (racional, científica, lógica, coherente, congruente), como en su valoración de cara a la toma de la decisión (sana crítica). La valoración de la prueba en cabeza del operador jurídico es una labor subjetiva, aunque no parcializada, pues un operador jurídico se considera un científico social por su formación profesional en la disciplina de competencia. Por ello, romper ese esquema implica un salto conceptual fuera de los parámetros que sustentan la existencia de los actuales ordenamientos jurídicos, surgidos a la par de los actuales Estados nacionales y gracias a las mismas revoluciones (liberales, científicas, industriales y obreras), donde son centrales las ideas de un ciudadano con libertad, voluntad y derechos.

A partir de un enfoque cualitativo (Roberto Hernández *et al.*, 2014), con base en literatura sobre el tema y trabajo de campo con entrevistas a líderes de grupos indígenas, se examinan los problemas que, para los procesos racionales, científicos y lógicos de la valoración de la prueba, acarrea tener en cuenta otras lógicas jurídicas sustentadas en el mito, la tradición y el saber comunitario de los pueblos y territorios indígenas colombianos, como ordena la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]), artículo 8. Tales lógicas, si se ha de ser fieles al mandato constitucional y legal cuando de comunidades e individuos indígenas se trata, desafían la labor hermenéutica y valorativa y posibilitan romper estructuras que calificamos como racionales, pero que son, al igual que todo concepto humano, construcciones históricas que se pueden reconocer como antropocéntricas, eurocéntricas y coloniales.

En ese sentido, se precisan los aspectos jurídicos, conceptuales y dogmáticos más relevantes sobre pueblos indígenas en Colombia, particularmente la jurisdicción especial indígena y la Ley 21 de 1991, para luego abordar las posibles implicaciones con la valoración de la prueba, considerada como central y esencial en la labor hermenéutica del derecho, en especial en el plano de la decisión judicial. Finalmente, se delimita un problema específico dentro de un panorama que se presenta amplio y heterogéneo.

II. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y JURISDICCIONES INDÍGENAS

El cambio constitucional de 1991 en Colombia se dio a la par del cambio en el derecho internacional de los derechos humanos con respecto a los pueblos y sociedades indígenas, tribales o tradicionales, pues en 1989 la OIT reemplazó el Convenio 107 de 1957, por el 169 del citado año. El giro fue de ciento ochenta grados, ya que se dejó de considerar a los pueblos indígenas y tribales como sociedades atrasadas que debían ser integradas a las sociedades nacionales. Fue así como estas sociedades pasaron a ser sujetos de protección especial de los Estados para su pervivencia en costumbres y territorios, y se reconocieron plenamente los continuos despojos y violencias a los que han sido sometidas a lo largo de la historia.

Colombia suscribió el Convenio 169 de 1989, y lo incorporó como la Ley 21 de 1991, en plena transición constitucional, por lo que pasó a formar parte del llamado bloque de constitucionalidad (Constitución Política de Colombia

[CPC], artículos 93 y 94); es decir, leyes que prevalecen en el orden jurídico interno por su origen en el derecho internacional de los derechos humanos; además, son criterios de interpretación de los derechos consagrados en favor de los pueblos indígenas y tribales.

1. *Generalidades*

Las principales características del modelo constitucional vigente se pueden sintetizar en los siguientes puntos: 1) reconocimiento a la existencia, los territorios y la autonomía de pueblos indígenas y comunidades negras; 2) integración política de las sociedades y territorios indígenas mediante la constitución de entidades territoriales y las autoridades públicas correspondientes; 3) protección y pervivencia a cargo del Estado y la sociedad mayoritaria, obligada, por solidaridad, a preservar la existencia de las sociedades étnicas en el tiempo; 4) autonomía y participación para la construcción, el desarrollo y las transformaciones de sus vidas en común.

A. Pluralismo y heterogeneidad

Desde el giro constitucional y legal de 1991, Colombia tiene un ordenamiento jurídico que acepta la existencia de otros sistemas o modelos legales dentro de su territorio, así como multiplicidad de formas de vida, sistemas de comprensión del mundo y diferentes modos de ser y de actuar (valores, creencias, actitudes y conocimientos). Asimismo, relativiza el lugar del Estado y afirma la existencia de derechos no estatales que nacieron en contextos sociales específicos (CPC, artículo 246), que conllevan la necesidad de una descolonización del pensamiento jurídico en tiempos de emergencias sociales y ecológicas impulsadas por los movimientos sociales y las transformaciones institucionales derivadas (pluralismo jurídico) (Pablo Iannello, 2015; Diana Valencia, 2020; Catherine Walsh, 2002; Antonio Wolkmer, 2003). Respecto del pluralismo como fenómeno del pensamiento y el derecho, Antonio Wolkmer (2018) afirma que este es un salto cualitativo más allá de las fronteras del derecho occidental y el Estado nación unitario y universal (p. 290). Superar esta situación implica asumir modelos alternativos basados en lo comunitario y en la horizontalidad de escenarios políticos locales, pensando lo plural como fundamento de lo social.

De acuerdo con el censo de 2018 (DANE, 2019), Colombia cuenta con un total de 115 comunidades indígenas ubicadas, especialmente, en La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre. Las etnias con mayor número de miembros son: wayúu (380,460), zenú (307,091), nasa (243,176) y pastos (163,873). Estas comunidades se caracterizan por compartir modelos tradicionales normativos basados en la cultura e identidad propias (Corte Constitucional, 1998).

B. Pueblos indígenas: otras lógicas jurídicas, diferentes jurisdicciones

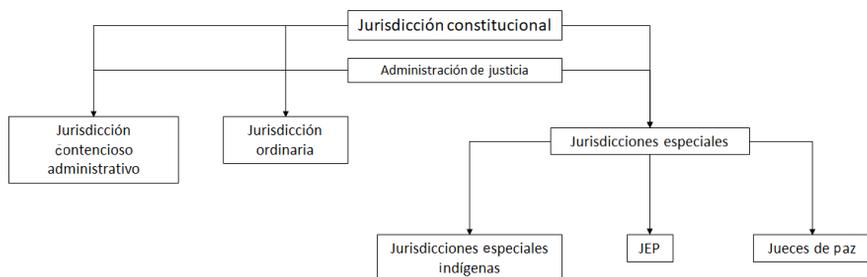
Entre los derechos más importantes consagrados en la Constitución Política en favor de los pueblos indígenas, aparte del reconocimiento de su existencia y protección, está la constitución de jurisdicciones especiales en cada pueblo y territorio de forma autónoma y coordinada (artículo 246), lo que supone un ejercicio de reconocimiento que, hasta la fecha, se ha quedado únicamente en algunos eventos aislados organizados por el Consejo Superior de la Judicatura, sin alcances reales en la administración de justicia.²

Cada jurisdicción especial indígena va a su propio ritmo, un poco al arbitrio del quehacer de sus dirigentes, muchos de los cuales están lejos de la imagen idealizada del gobernador que dirige la resistencia territorial e identitaria, y más cerca de la figura del político local, razón por la cual muchos de los gobernadores aparecen luego en escenarios como los concejos municipales, alcaldías y demás cargos de elección popular. En la figura 1 se aprecia la ubicación de la jurisdicción especial indígena en la jurisdicción constitucional.

² Al respecto, véase Lucía Arbeláez (2004); Consejo Superior de la Judicatura (2006); Herinaldy Gómez (2014); Herinaldy Gómez (2016).

El Consejo Superior de la Judicatura sólo tiene tres acuerdos respecto de la coordinación con las jurisdicciones especiales indígenas: 1) el Acuerdo PSAA12-9614 de 2012, por el cual se establecen medidas de coordinación interjurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el sistema judicial nacional; 2) el Acuerdo PSAA13-9816 de 2013, por el cual se aclara el Acuerdo PSAA12-9614 de 2012 sobre medidas de coordinación interjurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el sistema judicial nacional, y 3) el Acuerdo PSAA15-10448 de 2015, por el cual se reglamenta la actividad de Auxiliares de la Justicia. La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla tiene un módulo de formación intercultural (2011) y otro de coordinación de jurisdicciones (2020), sin que se pueda decir que sea amplio el desarrollo dogmático sobre el particular, por lo que todo desarrollo queda supeditado a la práctica judicial.

Figura 1. Las jurisdicciones especiales indígenas en la estructura de la justicia en Colombia



Fuente: elaboración propia.

2. Características de las jurisdicciones indígenas³

Aunque no es conveniente generalizar tratándose de pueblos y territorios indígenas por su misma diversidad y heterogeneidad étnica, cultural y territorial, sí es posible distinguir algunos elementos transversales a las jurisdicciones especiales. Veamos:

- Se trata de una concepción no especializada del derecho, un saber que está ligado a prácticas cotidianas, religiosas y festivas de distinta índole, así como a saberes mítico-territoriales y contextuales que lo hacen difícil de definir desde la perspectiva académico-científica, por lo que es necesario acudir, para tal propósito, a otras ciencias sociales como la antropología y la historia, o a las prácticas mágico-religiosas.
- Asumen la idea de justicia como un asunto de las diádas salud-enfermedad, armonía-caos, bien común-bien individual, cercanas a los conceptos del buen vivir (*sumak kawsay*) y los derechos de la naturaleza del constitucionalismo ecuatoriano (Alberto Acosta, 2010, 2012; Eduardo Gudynas y Alberto Acosta, 2011; Javier Molina, 2014).

³ “...se aclara que cuando se habla de jurisdicción especial indígena, se hace referencia a una frase que abarca más de 84 pueblos indígenas con sus particulares dialectos y autoridades judiciales” (Lucía Arbeláez, 2004, p. 2).

- Se antepone la primacía de la comunidad sobre los individuos, lo que hace que la perspectiva colectiva sea transversal a la hora de tomar algún tipo de decisión con connotaciones jurídicas.
- Se evidencia el criterio de la convicción de querer y poder asumir el control de las vidas, territorio y destino, muy a pesar del evidente trastocamiento del movimiento indígena, fuerte, pero atravesado por la política local y las dinámicas que la corroen.

Esas lógicas jurídicas están conminadas al cumplimiento de los derechos humanos universalmente reconocidos, lo que limita su autonomía, situación que puede considerarse como “lógica” o “natural”, pero no lo es si se tiene en cuenta que la idea de humanidad es reciente en el mundo, y en derecho no ha operado sino desde 1948 con la Declaración de los Derechos Humanos.

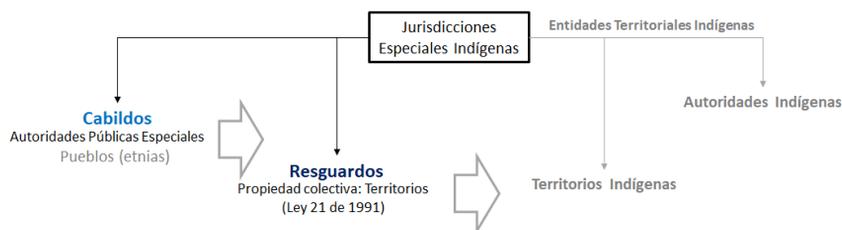
3. Derecho al territorio y a la autonomía

La Constitución Política establece que los territorios indígenas son entidades territoriales del Estado nación y tienen derecho a: *a)* gobernarse por autoridades propias; *b)* ejercer las competencias que les correspondan; *c)* administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y *d)* participar en las rentas nacionales (CPC, artículos 286, 330 y 246), lo cual se desarrolla por la jurisprudencia constitucional a partir de la Ley 21, como una integralidad que involucra espacios naturales, productivos, culturales y espirituales. Lastimosamente, no ha habido un desarrollo legal que lleve a la realidad la existencia de las entidades territoriales indígenas, que quedan amparadas, territorialmente, por la figura de origen colonial del resguardo, que es propiedad privada colectiva, constitucionalmente considerada como inembargable, inalienable e imprescriptible (CPC, artículo 329) y gobernada por sus autoridades propias.

Como figura territorial, el resguardo está lejos del concepto de territorio de la Ley 21 de 1991 o del desarrollo jurisprudencial adelantado, pese a lo cual se puede considerar como parte de los idearios de muchos pueblos indígenas de Colombia, para quienes territorio y resguardo son lo mismo, lo que aplaza, de paso, las reivindicaciones constitucionales que establecen la necesidad de convertir los resguardos en entidades territoriales y sus cabil-

dos en autoridades especiales. En la figura 2 puede observarse la distribución de autoridades indígenas y territorios.

Figura 2. Cabildos y resguardos ante la ausencia de entidades territoriales y autoridades



Fuente: elaboración propia.

III. LA PRUEBA, SU VALORACIÓN Y LAS JURISDICCIONES INDÍGENAS

La valoración de la prueba es una etapa de todo proceso jurídico, en particular el judicial, en la cual se le asigna un valor, un peso específico para la toma de decisiones. Hoy, por influencia de los sistemas jurídicos occidentales, tal valoración está basada en el dominio de la racionalidad científica. Sin duda, la valoración de la prueba es un apartado de la labor hermenéutica por aquella tendencia heredada del cientificismo de parcelar o fragmentar los procesos lógicos en secciones o partes; en ella, la científicidad del derecho se pone a prueba.

En este procedimiento de valoración probatoria, es fundamental la reflexión comprensiva de los fines de la actividad probatoria, la función de la prueba y el fin de la prueba, lo cual varía según el contexto jurídico procesal y cultural de que se trate, pues ello es incidente frente al propósito cognitivo y de convicción que se requiere antes de tipificar los resultados de conocimiento dentro de los umbrales de la prueba diseñados para mayor garantía procesal de búsqueda de la verdad y de protección a las partes de interés.

Por lo anterior, al consultar los criterios jurídicos de naturaleza dogmática, liderados contemporáneamente por Michele Taruffo, se observa que entre la función de la prueba y la finalidad de la prueba puede encontrarse

diferencia de orden procesal, pues, de un lado, la función de la prueba está anclada en el rol que se le asigna según la diversidad de contextos procesales en los que se resuelven conflictos con regulación particular. Es el caso de la prueba en la jurisdicción indígena que cumple una función sui generis, de otro lado, sobre su finalidad, como lo expresa el autor, “la prueba está orientada a la comprobación de la verdad de los hechos” (Michele Taruffo, 2019, p. 32), pero, obviamente, se trata de los hechos afirmados por las partes con el condicionamiento de tener relevancia jurídica, según las pretensiones y normas de garantía o de respaldo invocadas.

En la misma dinámica de interpretaciones de carácter doctrinal, para J. Ferrer Beltrán (2007, pp. 31 y 32), si bien el fin de la actividad probatoria es la corroboración o la reconstrucción de los enunciados fácticos llevados al proceso por las partes con vistas a conseguir la verdad lo más epistémica posible, estos fines no se agotan allí, pues les sobrevienen otros en relación con la construcción de reglas jurídicas probatorias y con impacto en la garantía de la paz social. Lo dicho armoniza con todo ámbito jurisdiccional, incluido el acompañado por enfoques costumbristas clásicos y ancestrales; por esto, en este escenario, como fundamento complementario a la valoración, se deben acoger las consecuencias de lo que implica la comunidad y la culturalidad de la diversidad étnica como rutas de legitimidad y conservación del equilibrio de los pueblos indígenas.

Por otro lado, el tratadista Juan Montero Aroca (2006) señala que “el proceso no tiende al descubrimiento de la verdad, la prueba tiende a la tutela de los derechos subjetivos de las personas, pero la verdad no es la finalidad” (p. 126). Al aplicar este enfoque al presente estudio, la prueba tiene por objetivo hacer evidentes los hechos que perturban la paz, la convivencia y la armonía social sin desconocer las garantías fundamentales, así como las libertades, los usos y costumbres de los pueblos indígenas desde el ámbito procesal, por lo que la prueba sirve, además, como instrumento para identificar las medidas de restablecimiento de justicia más convenientes. Ello conduce a que las autoridades de esta jurisdicción especial, o quien haga sus veces, deban interactuar valorativamente con hechos de reproche, pero también con la cosmovisión de los pueblos indígenas, sus formas de justicia y medios de prueba muy particulares; por ejemplo, sistemas de valoración espiritual y medicinal, tales como el uso de la planta del yagé o el “pulseo”.

De forma puntual, el énfasis de Joan Picó (2007), fundamentado en *El juez y la prueba...*, se ubica en el rechazo del brocardo “*iudex iudicare debet secun-*

dum allegata et probata partium o similares” —el juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado por las partes— (p. 16) y el respaldo a la iniciativa probatoria del juez en el proceso, tema polémico por lo general en algunos ámbitos del derecho. Sin embargo, el autor también se sitúa en el rol de la prueba, al calificarla como el instrumento para cumplir la carga y el deber procesales de “contrastar la información que se da, si quiere evitarse deformar la realidad” (p. 18), en referencia obvia a los hechos que afirman las partes.

Así entonces, al aplicar estos conceptos de Joan Picó a la particularidad de la valoración de la prueba en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, se permite no sólo el diálogo directo entre las atribuciones y responsabilidades probatorias de las autoridades de jurisdicción especial indígena y la persona imputada o acusada de comportamientos contrarios a la armonía indígena, sino también la garantía de mayor posibilidad de eficacia de la prueba que se acerque al proceso, la cual debe tener respaldo en la cosmovisión y la comprensión de usos y costumbres indígenas.

A lo anterior, indiscutiblemente se adhiere el concepto del fin de la prueba del profesor Jordi Nieva Fenoll (2010), quien manifiesta que el juez nunca se debe apartar “de que el objetivo final de la prueba es el descubrimiento de la realidad de los hechos en la medida en que sea posible” (p. 149). El autor precisa que el juez debe contar con amplios conocimientos y todas las herramientas para realizar una adecuada valoración de la prueba, por lo cual en la misma obra señala: “Pero no se puede pretender que los jueces sean expertos absolutamente en todo. Ante ello, quizás lo más adecuado sea estudiar las diferentes perspectivas de afrontar el problema probatorio, para averiguar si desde distintos puntos de vista es posible encontrar una solución común” (pp. 95 y 96).

De esta manera, queda claro que el juez necesita estudiar diferentes “perspectivas”, tales como la propuesta que se analiza en relación con la prueba en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, que le permitirán no solamente conocer la cosmovisión de las comunidades, sino comprender adicionalmente que la prueba tiene una nueva función cuando se la valora en contexto, es decir, debe servir para reconstruir la armonía colectiva y, a su vez, para respaldar los límites del equilibrio social que se encuentran enmarcados en el positivismo, lo cual es fundamento de una teoría unificada, pero no inflexible.

Para dar aplicación a lo anterior, es preciso considerar que cada pueblo y territorio indígena implementa y utiliza formas jurídicas propias, si enten-

demos por ello las normas sustanciales y procedimentales que rigen el comportamiento social en cada grupo y territorio, transmitidas por costumbres y tradiciones en lenguajes mítico-espirituales, con el objetivo de lograr convivencia y/o armonía. Estos pueblos son principalmente rurales, agrarios y espirituales, centrados en la defensa de sus espacios como sagrados y no sólo como medios de producción, y como se ha dicho, no procede considerar que sus formas jurídicas reflejen en alguna medida las que ha adoptado Colombia como Estado.

Empero, no es el caso del presente documento examinar esas formas jurídicas propias para encontrar (o no) similitudes que puedan llevarnos a comparar conceptos y elementos como la prueba y su valoración. El mandato del artículo 8 de la Ley 21 de 1991 no se atiene a ese espacio propio de los pueblos indígenas, sino al de los operadores jurídicos ordinarios, quienes deben incorporar a su labor hermenéutica cientificista de valoración de la prueba —y en general en todo el proceso jurídico— otras lógicas, que no están relacionadas con el modelo jurídico de corte occidental. Si el conflicto que se debe solucionar involucra a ciudadanos o comunidades indígenas, los operadores sólo necesitan dejar abierta la posibilidad de considerar formas alternativas de racionalidad y, si las circunstancias así lo aconsejan, reconocer que cada pueblo y territorio es diferente, autónomo y singular, lo cual requiere, para esa tarea de comprensión de lo que podríamos calificar como la otredad jurídica, el despliegue de la antropología jurídica más que del derecho.

1. La prueba y la labor hermenéutica

Por generalidad, la prueba, en el ámbito de descubrimiento y construcción y su valoración en el contexto de interpretación y justificación objetivo-subjetiva, es el eje de todo proceso jurídico en convergencia con el sistema procesal que se adopte, pues es ella —y solamente ella— la que permite, en términos de una teoría general del proceso y la prueba (Raúl Canelo, 2016; José Ovalle, 1974; Michelle Taruffo, 2013), su racionalidad, cientificidad y capacidad de resolver, en términos de justicia, de qué lado de la balanza se inclina la resolución del conflicto (Christian Courtis, 2006; Eduardo Ferrer, 2012; Léider Gómez, 2010; Isabel Lifante, 2015; David Mercado y Mario Echeverría, 2015; Rolando Tamayo, 1986; Michelle Taruffo, 2013), otorgándole el carácter probatorio y el apego positivista (moderado o no) que prevalecen en la práctica bajo el principio de legalidad, desarrollado junto a los

avances científicos y la formación de los Estados nacionales contemporáneos (Andrés Botero-Bernal, 2015; Hans Kelsen, 1982; José Juan Moreso, 2015; Francisco Rivas y José Serrano, 2015; Mario Urueña-Sánchez, 2017).

Es pertinente señalar que se parte de la existencia de una teoría general del proceso y de la prueba, transversal al saber jurídico en sus diferentes ramas, sustentada en principios de acción racionales y generales como: *a)* el derecho a la defensa y el desarrollo del derecho fundamental al debido proceso; *b)* la materialización de los derechos humanos y fundamentales; *c)* la resolución de conflictos de manera eficiente, racional, científica y justa; *d)* la economía de los procedimientos y la accesibilidad a ellos; *e)* la necesidad de pruebas y ratiocinios jurídicos lógicos (contextuales) y coherentes en todas las etapas del proceso; *f)* la contradicción de las pruebas y del derecho a la igualdad cuando sea necesario desde la diversidad y la inclusión, y *g)* la primacía de los derechos humanos y fundamentales, así como de los fines del Estado social de derecho.

Sobre el carácter probatorio del derecho, la jurisprudencia constitucional ha sostenido reiteradamente que

...si bien es cierto que el juez tiene libertad para valorar las pruebas que obren en el proceso dentro de los parámetros de la sana crítica, dicha interpretación debe ajustarse a los supuestos fácticos y a la realidad misma de ellos, de manera tal que no se desconozca la realización del derecho material y, por ende, el principio de acceso a la administración de justicia (Corte Constitucional, 1999, párrafo 2).

Por tanto, la prueba es la base sobre la que se materializa el derecho y su límite hermenéutico, y es además un derecho fundamental para las partes de cualquier proceso, pues no puede existir decisión sin respaldo de acervos probatorios suficientes y ostensibles y de razonamientos lógicos guiados por los principios que sustentan la existencia y finalidad misma de todo Estado social de derecho, así sea de manera formal, como en Colombia (William Bermúdez y Juan Carlos Morales, 2012; Juan Carlos Marín y José Trujillo, 2016).

El derecho a la prueba es fundamental en tanto es inherente a la persona (Luis Bernardo Ruiz, 2006, p. 190), y cuenta además con diversos mecanismos de refuerzo propios del catálogo de derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba estriba en la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez

sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona, por lo que no puede de manera alguna expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales (Luis Bernardo Ruiz, 2006, p. 197).

Por lo anterior, la prueba representa lo verdadero y justo en el derecho, con toda la carga de subjetividad que eso trae, muy a pesar del (aparente) quehacer científico —o al menos racional— de la labor de los juristas, que es amplia y heterogénea, y que va desde la extensa producción normativa y jurisprudencial a la doctrina académico-científica (Johann Benfeld, 2013; Christian Courtis, 2006; Carlos Alberto Ortiz, 2014).

Una hermenéutica jurídica enmarcada dentro de los criterios de la ciencia y la sana crítica combina sin encasillarse diferentes métodos de interpretación jurídica (exegético, sistemático, teleológico o finalista, o sociológico), según la complejidad y necesidad del problema, respetando los principios fundamentales de supremacía constitucional, legalidad, razonabilidad, eficacia, proporcionalidad, ponderación, coherencia, especialidad y posterioridad, sin perder de vista el exceso de métodos y principios, como puede suceder con el abuso de la deducción, la indeterminación y la analogía y la manipulación ideológica del texto legal (Isabel Lifante, 2015; David Mercado y Mario Echeverría, 2015; Francisco Rivas y José Serrano, 2015).

En la materialización del derecho es claro que hay intereses económicos, políticos, religiosos y de otro tipo que condicionan la labor hermenéutica más allá de la prueba y que, en definitiva, hacen del derecho una disciplina que se mueve en las márgenes de la ciencia, cerca del ejercicio y la praxis del poder, pero como una disciplina destinada —más que a las utopías de justicia— al control y normalización de la sociedad, en el sentido que Michel Foucault le dio a lo largo de sus obras, particularmente en la relación entre poder, derecho y verdad (Michel Foucault, 1980, 2001, 2003).

2. Deber de contextualización en la valoración de la prueba

Jordi Nieva (2010) afirma que “valorar la prueba supone percibir los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”, situación que se complejiza cuando esa valoración se debe hacer considerando raciocinios alternativos a las lógicas racionales de corte eurocéntrico que imperan en el derecho. Tales raciocinios imponen, para el caso de comunidades indígenas en contexto de conflicto, un movimiento descolonizador, un *ponerse en el*

lugar del otro, un ir a la otredad jurídica indígena, diversa, compleja, contradictoria, informal, mítica, contextual e instintiva.

En definitiva, este contexto representa un desafío al quehacer hermenéutico que pretenda preservar la autonomía y los saberes de las minorías, aun renunciando a construcciones históricas del derecho consideradas fundamentales, como la separación de poderes, el respeto a la especialidad jurídica, la doble instancia, la contradicción, etcétera. Recordemos, sólo como ejemplo, que, por las características propias de cada pueblo y territorio indígena, rara vez existe lo que podemos calificar como una doble instancia y menos doble conformidad en las decisiones, porque la autoridad es única y sus decisiones (equivocadas o no) son inapelables en relación con el principio de confianza ancestral y mitificación espiritual.

Ello supone que todo operador jurídico, incluso en jurisdicción ordinaria, debe contextualizar su quehacer a la hora de atender el mandato de la Ley 21 de 1991, ya que los pueblos indígenas son sociedades pequeñas, locales, rurales, agrarias, de vocación ecológico-espiritual y regidas por autoridades mayoritariamente colectivas, que concentran funciones administrativas y judiciales, cuando no de orden mítico-espiritual, tradicional, cultural y simbólico, como fue indicado. De forma particular, y para mayor ilustración práctica, entre los indígenas pastos del suroccidente colombiano se sigue una fórmula ritual católica para enseñar el principio de la autoridad única del cabildo y para asegurar la protección y adhesión a sus decisiones. Tal solemnidad se cobija con la siguiente expresión ritual:

Bendito alabado, sea el señor santísimo sacramento del altar de Dios y de María santísima, concebida sin deuda, sin mancha del pecado original, desde el primer instante de su ser natural. / Bendito alabado sea el señor santísimo sacramento del altar, muy buenas tardes señor gobernador, honorable corporación y asamblea en general, se declara abierta o cerrada la sesión.

En este sentido, la labor interpretativa y valorativa de la prueba que obedezca a los mandatos legales y constitucionales de la Ley 21 de 1991 debe estar dispuesta a razonar y aceptar de forma general que las formas jurídicas indígenas:

- Están orientadas al mantenimiento de la comunidad y el territorio en lo que puede definirse como armonía, que es su idea de justicia e implica,

por ejemplo, mantener determinados lugares como sagrados e intocables y a la comunidad respetuosa de sí misma, así como diversas prácticas sociales, muchas de carácter espiritual, como la ingesta de *remedio* o *yagé* entre algunos pueblos, como proceso de aprendizaje.

- Proviene de la tradición, la costumbre, el buen nombre y la capacidad de liderazgo de sus autoridades, cualidades que facultan la administración de justicia y castigos en nombre de la armonía. Rige el principio de autoridad en cabeza de los mejores, aquellos que la comunidad señala como sus líderes porque se han comportado siempre como colaboradores.
- No tienen ningún tipo de articulación nacional entre sí o con las otras jurisdicciones constitucionales por falta de voluntad política y desarrollo legal, no se pueden ni deben concebir como un reflejo del derecho colombiano y de su tradición occidental euro- y antropocéntrica, porque no lo son.⁴
- Son difusas, ya que no existe un cuerpo especial de normas que se puedan catalogar como jurídicas, sino prácticas cotidianas mediante las cuales regulan su comportamiento y de las que se “extraen” los mandatos y principios. Labor que siempre es contextual y empírica, generalmente puesta en práctica en asambleas comunitarias, denominadas mingas entre los pueblos andinos.
- Transgreden los límites de nuestro entendimiento de la labor interpretativa, pues no se conciben como una labor eminentemente racional, como entre los ordenamientos jurídicos de corte occidental, sino heterodoxa y heterogénea, ya que implica en muchos contextos particulares, por ejemplo, el uso de plantas enteógenas para la tarea de *pensar* en la solución de los conflictos, que bien podríamos asimilar como la labor hermenéutica del jurista; aunque con un sentido más amplio, de comprensión no sólo de normas y hechos, sino de argumentos trascendentes.

⁴ Un poco al margen y para ampliación en otros espacios académicos, esta afirmación es problemática, ya que muchos pueblos indígenas, si no la mayoría, que padecieron el régimen colonial español, heredaron sus formas jurídicas a través de dos instituciones que hoy son fundamentales para su supervivencia: el cabildo como forma de gobierno local, y el resguardo como propiedad colectiva bajo la gobernanza del cabildo. En ese sentido, hablar de formas jurídicas propias por parte de los pueblos indígenas es hablar de formas jurídicas sincréticas, con arraigo en la sabiduría territorial, pero bajo la efigie colonial, católica, conservadora y patriarcal.

En no pocos casos se habla de que el uso de plantas enteógenas posibilita, para muchos pueblos indígenas, entrar en diálogo con mayores o antepasados fallecidos, así como con espíritus que habitan en la naturaleza, que son fundamentales para entender y solucionar problemas. Podría afirmarse que el uso de plantas es un instrumento de valoración probatoria que permite entender elementos del contexto social, no materializados en el caso, pero pertinentes a la hora de tomar decisiones. Efrén Tarapues, al respecto del aprendizaje y valoración probatoria mediante el “remedio”, menciona:

...Yo vivía por acá en la laguna y me estaba desempeñando como regidor en el pueblo. Entonces yo bajaba en un caballito y lo dejaba en la casa de mi mamá donde no hay hierba. Entonces el caballito amarrado todo el día y yo llegaba siete u ocho de la noche todavía mareado con lo que nos daba la gente. Y uno agarra el caballito, agarra un palo y dele, y nos tocaba subir por allá en una loma de cuesta arriba. Sólo en el remedio [yagé] él se rebeló contra mí, el caballito, y me dice: “¿No decís que tú quieres a los animales?, ¿No decís que tú hablan tantas cosas...? ¿Por qué me pegas?”. ¿Cómo la ve? Y [a] esa hora el caballito ya no vivía, ¡qué dolor! A pedir perdón al caballito... ¿Y qué será al humano?⁵

De la narración anterior queda claro cómo “el remedio” le permite a la parte caer en la cuenta de su error, aceptarlo y conseguir una confesión. Asimismo, puede permitirle al juzgador entender el contexto para tomar una decisión, lo que incluye elementos trascendentes cuando se trate de casos que involucren comunidades indígenas.

Sin embargo, no se puede generalizar sobre el tema, y es pertinente que los juristas busquen apoyo de otros científicos sociales, como antropólogos e historiadores, para comprender la realidad particular de los pueblos indígenas cuando la solución de un conflicto lo amerite y más con el requerimiento de valoración probatoria, ya no con reglas generales de sana crítica como único bastión jurídico, sino con ajustes razonables propios de la naturaleza humana y cultural de cada etnia.

⁵ “Justicia propia en Gran Cumbal”, entrevista a E. Tarapues, 2021 (Hader Luna, entrevistador).

3. *Impartir, aplicar, administrar justicia*

La falta de especialización o formación sobre las formas jurídicas indígenas conlleva que impartir, administrar o aplicar justicia dependa de cada pueblo y territorio y sus costumbres particulares, que no se pueden ni deben considerar rígidas, estáticas e inmutables, sino dinámicas, adaptables, contextuales y diversas. Sin embargo, es posible perfilar un esquema (figura 3) como perspectiva organizativa de la autoridad, la jerarquía y la gestión:

Figura 3. Autoridades propias y tradicionales



Fuente: Elaboración propia.

Es evidente que todo problema genera dos tipos de desarmonía: la comunitaria, referente a la convivencia de las personas, y la territorial, que involucra el territorio y a los demás seres que cohabitan con los humanos, a saber, animales, plantas y espíritus. En ese hilo argumental, todo problema debe ser resuelto por las autoridades propias indígenas, ya que tanto el bienestar comunitario como todos los seres —animales, plantas y espíritus— son par-

te del territorio. Para ello, las autoridades indígenas tienen la particularidad de acumular funciones que, en la estructura de todo Estado de derecho contemporáneo, están separadas, como las administrativas, legislativas y judiciales. Por tanto, las autoridades tradicionales deben estar encabezadas por los mejores seres humanos de la comunidad, pues su buen juicio se encargará de resolver todo problema de la mejor manera.

Para la inmensa mayoría de los pueblos indígenas, el escenario de la justicia es múltiple, no en cabeza de una sola persona o un grupo reducido de personas, sino de toda la comunidad. Para los pueblos pastos y quillacinas del suroccidente colombiano, por ejemplo, es en las mingas o asambleas comunitarias donde se administra o aplica justicia y donde, entre todos, se toman las medidas del caso, lo que incluye los medios con los cuales se habrán de probar los hechos del problema y su solución. Para llegar a ello:

- Las partes afectadas con un problema de convivencia o de desequilibrio territorial por acciones humanas, por ejemplo, la contaminación de una fuente de agua o la desaparición de un camino tradicional, pueden y deben interponer una denuncia oral o escrita a sus autoridades. No obstante, el cabildo y la comunidad en general pueden, sin denuncia, asumir la solución de un problema comunitario.
- Las autoridades, en presencia de sus comuneros, escuchan a las partes involucradas en un conflicto y luego, bajo la idea del pensamiento colectivo, buscan la mejor manera de solucionar el problema. No existen fórmulas generales más allá de las que imponga la tradición en cada pueblo y territorio, y el tema probatorio dependerá de ello, pues, como dicen en el sur, la justicia no es asunto de estudio sino de cabeza, de pensar bonito.

Al aplicar la justicia, se lleva a cabo de manera verbal en la comunidad un “juicio” en el cual sobresalen distintas dinámicas: en primer lugar, siempre se convoca a la comunidad, se escuchan los hechos, la decisión de justicia se consulta a la comunidad y se aplican castigos. Así lo expresa Leidy Paí del pueblo Awá:

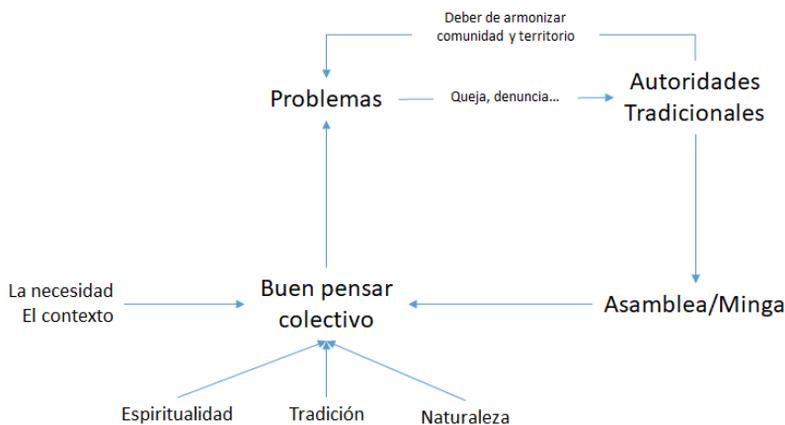
Los castigos dependen de las faltas que se cometan, pero siempre estarán acompañados del insumo cultural como prevención, el consejo, la utilización de sahumero es dinámica de cada quien, se utiliza la medicina propia como... la planta

de ortiga, que no es un castigo sino es como liberar el cuerpo, recuperar la persona, dado que el que comete una desarmonía es porque no está en armonía y hay que recuperarlo mientras pague la pena, hay que acompañarse de la medicina propia para recuperar a esa persona y que no vuelva a cometer faltas. Es difícil la solución del conflicto, porque no todos conocemos las plantas o alistamientos culturales. Siempre se investiga para la aplicación de justicia.⁶

Así, impartir, administrar o aplicar justicia en la diversidad y multiculturalidad es un asunto eminentemente contextual y personal de naturaleza flexible, pues la justicia depende de las autoridades tradicionales y la forma como, colectivamente, decidan resolver un conflicto.

Resolver con justicia es producto del pensamiento colectivo guiado por la tradición, así como por la necesidad y el contexto del territorio y los seres con los que se comparte vida, naturaleza y espiritualidad. Este buen pensar colectivo puede entenderse bajo el concepto constitucional ecuatoriano del *sumak kawsay* o buen vivir, concepto jurídico que va más allá de la justicia entre seres humanos, si se toma en consideración que no son los únicos involucrados en el mantenimiento del mundo (figura 4).

Figura 4. Buen pensar colectivo



Fuente: Elaboración propia.

⁶ “Resguardo Tortugaña Telembí, pueblo Awá”, entrevista a Leidy Paí Nastacuas, 2022 (Hader Luna, entrevistador).

4. Las autoridades, los mayores, las justicias: el prototipo de Juan Chiles

La justicia es administrada por los mayores, por las autoridades, por las mujeres y hombres sabios, líderes territoriales que, de acuerdo con Dumer Mamián (2000; 2004; 2009), deben ser solidarios, mutuales en la ayuda, generosos y, sobre todo, inteligentes en un nivel instintivo y racional que les permita solucionar problemas. Eso lo da la experiencia, la que proviene de un personaje mítico entre los pobladores andinos del pueblo de los pastos, un líder total que, al decir de la tradición, sabía los códigos del saber: a) desatar la letra quichua; b) leer las escrituras de Carlomagno; c) labrar a cordel, y d) ser como el agua, la espuma y el río (Dumer Mamián, 2009, p. 138).

El primero supone conocer el territorio, sus sabidurías, sus entidades vivas, naturales y espirituales, codificadas bajo los quechuismos de un antiguo imperio indígena. El segundo implica conocer las sabidurías de los colonizadores, particularmente sus formas jurídicas para utilizarlas en su favor (¿litigio estratégico?, ¿uso alternativo del derecho?), como es el caso de Juan Chiles quien, en el siglo XVIII, litigaba los derechos territoriales de su pueblo ante las cortes españolas. El tercero, labrar a cordel, es crear, tejer, sembrar, contar historias, vida, familia y comunidad, mediante lo cual se reconoce a los líderes. El cuarto, ser como el agua, la espuma y el río, implica ser fluido, nómada en el pensamiento, adaptable, alegre como la fiesta (espuma) y firme como las piedras.

En todo caso, no es objeto de delimitación la manera como las comunidades indígenas desarrollan sus labores hermenéuticas que, por heterogéneas, son difíciles de generalizar. Este tipo de saberes, a diferencia de los saberes racionales, son contextuales, nómadas y, en cierta forma, más cercanos a la praxis del derecho común anglosajón, basado en la costumbre, la autoridad y la construcción de antecedentes (Nuria González, 2006; Robert Jacob, 2016), y precisan de la apertura mental que propone la figura de Juan Chiles, capaz de indisciplinarse del derecho e incluso de las ciencias sociales y otras para incorporar saberes que requieren del corazón más que de la razón.

5. Abordaje occidental de las justicias indígenas

El quehacer intelectual de todo jurista en Colombia debe estar *transversalizado* por los principios constitucionales y legales de multiétnicidad y plu-

riculturalidad, pues ya no se trata de una visión homogénea de la sociedad, el Estado y el derecho, sino de una cosmovisión apegada a la realidad jurídica plural que, en el caso de los pueblos y territorios indígenas, está signada por una historia trágica, llena de violencias, imposiciones y despojos, pese a lo cual aún persisten como sociedades diferenciadas. La perspectiva no puede ser otra que la de protección reforzada y pervivencia de esas sociedades, anteriores al mismo Estado colombiano.

El mandato de rango constitucional que se desprende de la Ley 21 de 1991 (artículo 8) impone la obligación a todo jurista, y en particular a quienes ejercen algún tipo de poder político, administrativo o judicial para decidir en derecho, de considerar el derecho propio o consuetudinario de los pueblos y territorios indígenas a la hora de aplicarles la legislación nacional, mandato que se dirige a la labor intelectual o hermenéutica de los juristas para resolver conflictos. Esto incluye, como puede entenderse, tanto la producción normativa como su interpretación y aplicación sin distinción entre lo sustancial, lo procesal o la especialidad. Se trata de una perspectiva jurídica plural, *de-colonial* en el sentido de contrastar y validar formas jurídicas indígenas como posibles y válidas, después de haberlas rechazado como atrasadas y haber intentado desaparecerlas con políticas racistas (Ley 89 de 1890).

Si bien las preguntas derivadas del mandato jurídico son múltiples, es central, en primer lugar, resaltar el deber mismo de los juristas dentro de un Estado social de derecho multiétnico y pluricultural y, en particular, el de los operadores jurídicos a la hora de llegar a algún tipo de decisión para resolver conflictos o problemas sociales que deban ser abordados por el derecho en relación con pueblos e individuos indígenas, pues las decisiones deben ser racionales, afincadas en la prueba flexible por protección especial, y justas, de acuerdo con el estatus científico del derecho.

Dado lo diverso y heterogéneo de las sociedades indígenas, es difícil poder llegar a generalizaciones jurídico-políticas que no tengan grietas conceptuales derivadas de la autonomía de cada pueblo y territorio. Éstos son únicos, autónomos y, difícilmente, mantienen relaciones fluidas más allá de algunas resistencias y movimientos sociales comunes; aunque existan algunas convergencias, la perspectiva de aproximación debe ser siempre contextual y guiada por reglas o principios. Cabe preguntarse, ¿cuáles son esas reglas o principios que se deben aplicar a la labor hermenéutica de los juristas respecto del mandato del artículo 8 de la Ley 21 de 1991, particularmente en relación con la

valoración de las pruebas, por su carácter fundamental en la validez racional, probatoria y científica del derecho?

La hipótesis de respuesta, siguiendo la distinción propuesta por Robert Alexy (1993), es la no existencia de reglas por su carácter taxativo e imperativo, pero sí de principios, entendidos como normas orientadoras, cuyo objetivo es guiar el raciocinio jurídico dentro de un marco de acción amplio y guiado por la prevalencia, en el caso indígena, de la protección, preservación y pervivencia de estos pueblos y territorios. Como punto de partida para la profundización y sustentación dogmática, planteamos las siguientes aproximaciones:

- El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es, al igual que la práctica judicial, contextual y, por lo tanto, mutable. Ese paralelo entre la actividad judicial y los distintos derechos propios es un nexo conceptual que hay que desarrollar.
- La prueba es la que permite conocer la verdad de los hechos jurídicos, y el derecho consuetudinario indígena comparte esta afirmación, aunque la naturaleza de la prueba consuetudinaria no sea exclusivamente fáctica, como podría acontecer con la invocación de relatos míticos, o con la necesidad de visiones extáticas producto de la ingesta de plantas medicinales y enteógenas como el yagé, el yopo o el rapé. El tema de las fuentes de la prueba en el derecho consuetudinario indígena necesita profundización, visibilización y legitimación dogmática para expandir los horizontes hermenéuticos más allá de la razón lógica, científica y pragmática, y darle cabida al mito, la espiritualidad, la emoción, el sueño o las experiencias extáticas.
- La labor hermenéutica del derecho consuetudinario indígena se basa en el buen juicio, la prudencia, la buena fe, la experiencia y el conocimiento de sus autoridades. Los operadores jurídicos necesitan las mismas cualidades para aplicar el derecho, por lo que existen puntos de partida que hay que profundizar en busca de nexos conceptuales.
- La transdisciplinariedad del ejercicio del derecho en temas relacionados con pueblos originarios o indígenas es indispensable en el perfil de todos los operadores jurídicos, en especial los jueces, lo cual requiere de juristas que no se encasillen dentro de su disciplina científica para encontrar soluciones a problemas complejos que necesitan otras perspectivas.

- La necesidad de implementar en los procesos jurídicos de cualquier naturaleza, cuando sea pertinente, la práctica de pruebas propias del derecho consuetudinario indígena en coordinación con las autoridades propias. Cuando se trata de pruebas fácticas relacionadas con los medios convencionales (testimonios, documentos, vídeos, entre otros) no hay problema, pero el desafío está en dictaminar, por ejemplo, la ingesta de yagé, para que un juez comprenda la perspectiva indígena en un asunto que deba resolver.
- La prevalencia de la supervivencia comunitaria indígena, en particular para aquellos pueblos en peligro de desaparición física y cultural por culpa expresa del Estado y la política integracionista que estuvo a punto de exterminarlos.
- Lo que podríamos entender como las pruebas entre las distintas jurisdicciones indígenas no se relaciona con la certeza “racional” de algo, un hecho o realidad, sino con la íntima convicción del juzgador frente a un conflicto, ya que, por sus conocimientos, experiencia y “don de gentes”, se presume capaz de impartir justicia. Entre lo que podríamos considerar como principales medios probatorios están: 1) el testimonio, a partir de la idea del valor de la palabra entre los pueblos indígenas; 2) el pulseo o careo, que es la confrontación de testimonios frente a un problema, porque para ellos es importante la valoración social/comunitaria de la persona, su buen nombre; 3) la percepción “extra/supra/para sensorial” de la realidad a través de la ingesta de plantas sagradas y medicinales, como la coca o el yagé; 4) la percepción de la realidad mediante recorridos al territorio y los lugares de ocurrencia de conflictos; 5) cualquier objeto capaz de dar “testimonio” de la realidad que se pretende juzgar.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PROBATORIAS DE CONFORMIDAD CON EL DEBIDO PROCESO CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL INDÍGENA

Considerar el derecho consuetudinario o, como lo llaman ellos, propio, natural o mayor, en las decisiones de los operadores jurídicos de cualquier índole está lejos de ser posible en Colombia, pues los indígenas, además de ser menos del cinco por ciento de la población total del país, enfrentan brechas

sociales y jurídicas con respecto a su aceptación como parte de la nacionalidad colombiana.

Aunado a ello, no existen entidades territoriales ni autoridades indígenas, como tampoco se han reivindicado de manera general sus civilizaciones y saberes, o su aceptación dentro de la sociedad política y jurídica colombiana, siendo satélites a los intereses centrales, cuando no olvidados. Sin embargo, es un mandato legal con fuerza constitucional, contenido en la Ley 21 de 1991, el que conmina a tener en consideración el derecho propio indígena, por lo que es esencial avanzar en tal sentido. Quizá la pregunta por resolver, que aglutine lo antedicho, sea alrededor de la valoración de la prueba, por su centralidad en la toma de decisiones que se ajusten a modelos plurales, heterogéneos e incluyentes de país. Al respecto, a manera de propuesta, podemos trazar los siguientes caminos de acción:

- Dado que el sistema jurídico contemporáneo, integrado por normas positivas y jurisprudencia de orden local e internacional, así como por costumbres propias del derecho natural —este último sector jurídico evidente por su aceptación y uso en los pueblos indígenas—, permite la comprensión, interpretación y aplicación particulares soportadas en derechos humanos en todas las jurisdicciones, prevalidas de técnicas de interpretación declarativas y correctoras como la gramatical, sistemática y la analógica, entre otras, es coherente que se proponga en este estudio la idea de una alternativa procesal de tratamiento probatorio, con base en las codificaciones existentes al respecto y con sinergias propias de las formas de comprensión ancestrales desde el ámbito axiológico, pero con criterios racionales de ponderación. Para ello es necesario asumir el compromiso estatal en relación con la capacitación por parte de expertos en derecho probatorio con interacción sensible de la autodeterminación indígena, para lo cual serían actores importantes de intercambio y formación las autoridades indígenas. El Estado constitucional, multicultural y diverso debe ser armonizado y materializado, sin dejar desprotegido a quien como individuo y por comunidad recibe las decisiones de las autoridades indígenas.
- Es latente la necesidad de romper barreras epistemológicas para el saber jurídico, yendo más allá de lo interdisciplinar (diálogo), y encaminarse hacia lo transdisciplinar (la afectación). Por ello, es esencial en la labor de todo operador jurídico que éste no siga bajo los viejos esquemas

del positivismo jurídico y permita el ingreso de la interculturalidad probatoria a su praxis profesional.

- Se debe priorizar en la formación jurídica incluyente sobre los saberes propios de los pueblos indígenas, más allá de las tradicionales cátedras electivas o contextuales, hacia ejes de formación que promuevan otros enfoques para el derecho, contrahegemónicos, decoloniales y resistentes frente al antropocentrismo y eurocentrismo propios del pensamiento occidental.
- En esta vía de formación, sin duda, los derechos humanos universalmente reconocidos obligan a razonar sobre la necesidad de una codificación flexible en materia probatoria que sirva de instrumento de equilibrio al debido proceso en las prácticas costumbristas y ancestrales de los pueblos indígenas; sobre todo cuando sus propias autoridades resuelven conflictos de convivencia o desarmonía, pues, si bien la diversidad externa e interna reconocida en estos pueblos propicia la autonomía de forma horizontal y la validez de modelos jurídicos alternativos, se debe salvaguardar en todo caso el principio de humanización universal. Ésta quizá sea una tarea problemática, pues podríamos considerar como lógico y razonable que dentro de un debido proceso, se necesitan enfoques complejos y, ante todo, rupturas epistemológicas del derecho. ¿Hasta qué punto, la ingesta de plantas de poder (como el yagé, por ejemplo) puede considerarse como parte de un debido proceso en la toma de decisiones, cuando su tangibilidad queda reducida, desde la mirada externa, a la subjetividad del acto ritual?
- Dada la ausencia de voluntad política y jurídica para desarrollar legalmente los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicas, es urgente ahondar en otros caminos de inclusión jurídica, en especial desde la investigación y la academia, como centros de formación de generaciones futuras de juristas que se desplieguen mentalmente más allá de los límites que su propia disciplina crea.
- A pesar de lo anterior, en el contexto de las políticas públicas que sirven de fundamento a los planes de desarrollo nacional, departamental y local, es recomendable persistir en el diseño de una ruta de compromisos interculturales para la sensibilización y capacitación desde la diversidad, articulada con la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y la Mesa Permanente de Concertación (MPC), sobre las alternativas

- de administración de justicia y gobierno de la prueba, sin desmedro de la identidad, los idearios religiosos y las formas de comprensión del mundo.
- Los jueces y otros operadores jurídicos deben ser desafiados a diálogos académicos continuos dentro de su formación y actualización académica, en los que compartan, en igualdad de condiciones, experiencias con las autoridades propias de los pueblos indígenas.
 - El jurista más conservador o tradicional debe tener la suficiente apertura mental para tolerar la existencia de lógicas jurídicas que no se relacionan con el pensamiento racional propio de los sistemas jurídicos occidentales. La tolerancia, si bien no le permitirá comprender o entender esas otras lógicas, al menos le permitirá considerarlas en la toma de decisiones.
 - Aceptar que el proceso mental de la valoración de la prueba, tan racional y crítico como es su deber ser, puede convertirse en un acto afectivo, mítico o consuetudinario sin que pierda validez de cara a la toma de decisiones, si se admite que no existe una verdad universal que pueda ser impuesta más allá del discurso de los derechos humanos, más que como verdad absoluta, como herramienta de defensa frente a la opresión del poder, provenga de donde provenga.

V. REFERENCIAS

- Acosta, Alberto (2010). Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la acción. *AFESE*, 54(54), 11-32. <http://www.revistaafese.org/ojsAfese/index.php/afese/article/view/433>
- Acosta, Alberto (2012). *Buen vivir: sumak kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Ediciones Abya-Yala.
- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arbeláez, Lucía (2004). *La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdicci%C3%B3n+Especial+Ind%C3%ADgena+-+Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-a3c69a6013ff>
- Bastidas, E. M. (2009). *Entidades territoriales indígenas. Objeciones para su conformación y delimitación* (tesis de maestría en estudios políticos). Bogotá:

- Pontificia Universidad Javeriana, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/318>
- Benfeld, Johann (2013). Los orígenes del concepto de sana crítica. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXV, 569-585.
- Bermúdez, William y Morales, Juan Carlos (2012). Estado social de derecho: consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991. *Cuestiones Políticas*, 28(48), 51-77. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30193.pdf>
- Botero-Bernal, Andrés (2015). El positivismo jurídico en la historia. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 63-170), México: UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>
- Canelo, Raúl (2016). Las pruebas. En C. Gómez y M. E. Briseño (coords.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 496-555). UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/27.pdf>
- Ceballos, F. (2016). El cabildo de indígenas, de la opresión colonial a la resistencia contemporánea. *Diálogo Andino*, 49, 329-339.
- Charfuelán, C. F., Ortega, A. C., Quiguntar, Y. V. y Taimal, J. L. (2021). *Mujeres pastos en la lucha por la recuperación de tierras: resguardos de Guachucal y Cumbal*. Centro Nacional de Memoria Histórica. <https://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2021/12/MujeresPastos.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 89 de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Bogotá, 25 de noviembre de 1890. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=4920
- Congreso de la República de Colombia. Ley 31 de 1967, por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1957). Bogotá, *Diario Oficial*, 32.283, 1 de agosto de 1967.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989. *Diario Oficial*, 39.720, 6 de marzo de 1991.
- Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) y Organización Indígena de Colombia (ONIC). (2006). *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la ju-*

- jurisdicción especial indígena 1980-2006*. Legis. <https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/lecciondefallos.pdf>
- Constitución Política de Colombia (1991). <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998. (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 18 de septiembre de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-970 de 1999. (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, 2 de diciembre de 1999).
- Courtis, Christian (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (coord.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Trotta.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (2019). *Población indígena de Colombia. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018*. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-eticos/presentacion-grupos-eticos-2019.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (2021). Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana (ECSC). <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc>
- Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012). Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). En A. Zaldívar y E. Ferrer (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. I: Teoría general del derecho procesal constitucional* (pp. 529-657). Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2343/La%20Ciencia%20del%20Derecho%20Procesal%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Foucault, Michel (1980). *Microfísica del poder*. Ediciones de la Piqueta.
- Foucault, Michel (2001). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica. <https://www.uv.mx/tipmal/files/2016/10/M-FOUCAULT-DEFENDER-LA-SOCIEDAD.pdf>
- Foucault, Michel (2003). *Vigilar y castigar, Siglo XXI*. <https://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>

- Gómez C., E. F. (2003). *Estancados en los cargos: autoridades tradicionales del resguardo indígena de Males-Nariño* (tesis de antropología). Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/15805/u239205.pdf?sequence=>
- Gómez, Herinaldy (2014). *Caracterización de los sistemas jurídicos de los pueblos Indígenas de la región andina de Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/5977758/1.++Version+para+imprimir+Libro+Caracterizacion++sistemas+juridicos++13+-12+de+2014.pdf/b6c519a8-72d2-4780-a297-3460834ead3e>
- Gómez, Herinaldy (2016). *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político. Pueblos: Kogui, Arhuaco, Wüwa, Kankuamo, Nasa, Misak, Yanacona y Camëntšá*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/0/LibroJusticiasIndigenas.pdf/e932af27-6ca8-462a-8f79-73cd14168426>
- Gómez, Léider (2010). El problema de la cientificidad del derecho en la concepción de ciencia de la modernidad: una aproximación al investigar jurídico. *Revista Jurídica Piélagus*, 9, 43-57. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/613/1165>
- González, Nuria (2006). *Common law*: especial referencia a los *restatement of the law* en Estados Unidos. En N. González (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. II: *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado* (pp. 373-407). UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10883>
- Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto (2011). La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16(53), 71-83.
- Hernández, Roberto, Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6a. ed.). McGraw-Hill.
- Iannello, Pablo (2015). Pluralismo jurídico. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 767-790). UNAM.
- Jacob, Robert (2016). ¿Es el *common law* el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? Libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. *Isonomía*, 44, 11-37.
- Kelsen, Hans (1982). *Teoría pura del derecho*. UNAM. https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7570/mod_folder/content/0/Teor%C3%ADa%20pura%20del%20Derecho%20-%20Kelsen.pdf?forcedownload=1

- Lifante, Isabel (2015). Interpretación jurídica. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, (pp. 1349-1387). UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/17.pdf>
- Mamián, Dumer (2000). Rastros y rostros de un camino por andar. *Mopa Mopa*, 14, 75-88.
- Mamián, Dumer (2004). *Los pastos en la danza del tiempo, el espacio y el poder*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Mamián, Dumer (2009). Pensamiento andino. “Por la senda de Juan Chiles”. *Mopa Mopa*, 19, 133-160. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rmopa/article/view/5089/5837>
- Mamián, Dumer (2010). Urcunina: decisiones políticas y derechos culturales. *Mopa Mopa*, 20, 26-43.
- Marín, Juan Carlos y Trujillo, José (2016). El Estado Social de derecho: un paradigma aún por consolidar. *Revista Jurídica de Derecho*, 3(4), 53-70. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016001010005
- Mayorga, F. (2015). *Datos para la propiedad territorial indígena en el suroccidente colombiano*. ICANH.
- Mercado, David y Echeverría, Mario (2015). *La interpretación en el derecho: el lenguaje como constructor de la realidad jurídica*. Universidad Libre. <http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/INTERPRETACIONDERECHO.pdf>
- Molina, Javier A. (2014). *Derechos de la naturaleza. Historia y tendencias actuales*. Universidad Externado de Colombia.
- Montero Aroca, Juan (2006). Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. *Revista Boliviana de Derecho*, 2, 87-133.
- Moreso, José Juan (2015). Positivismo jurídico contemporáneo. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1 (pp. 171-205), UNAM.
- Muelas, L. (2008). *La Constitución de 1991*. Cátedra Jorge Eliecer Gaitán, Naciones Indígenas en los Estados Contemporáneos. Universidad Nacional de Colombia.
- Nieva Fenoll, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Organización Internacional del Trabajo (2010). *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*. Ginebra: OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_758297.pdf

- Ortiz, Carlos Alberto (2014). *Alcances y limitaciones de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el proceso penal colombiano*. Universidad de Medellín. https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4621/TG_EDPP_35.pdf?sequence=1
- Ovalle, José (1974). La teoría general de la prueba. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 93-94, 273-302. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/93/dtr/dtr13.pdf>
- Perugache, J. A. (2014). La disolución de los resguardos quisillangas del Valle de Atriz del suroccidente colombiano, 1940-1950. *Procesos Históricos. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, 26(13), 140-157. <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/procesoshistoricos/article/view/9874>
- Perugache, J. A. (2020). *Vóltear la tierra para despertar la vida: el resurgimiento de los pueblos del Valle de Atriz en el municipio de Pasto*. BUniversidad Nacional de Colombia.
- Picó i Junoy, Joan (2007). *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo 'iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam' y su repercusión actual*. Bosch.
- Rivas, Francisco J. y Serrano, José A. (2015). Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, 4(8). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5321048.pdf>
- Ruiz, Luis Bernardo (2006). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 64(143), 182-206. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4929/Elderechoalapruebacomoderechofundamental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, t. II (pp. 761-779). Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Tamayo, Rolando (1986). *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. México: UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9885>
- Taruffó, Michele (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffó, Michele (2019). El concepto de prueba en el derecho procesal. En D. A. Agudelo Mejía, L. D. Pabón Giraldo, L. O. Toro Garzón, M. M. Bustamante Rúa y O. Vargas Vélez (coords.), *La prueba: teoría y práctica* (pp. 25-39). Universidad de Medellín.

- Urueña-Sánchez, Mario (2017). El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 31, 193-220.
- Valencia, Diana C. (2020). Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos. *Revista Derecho del Estado*, 45, 121-154. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.05>
- Vasco, L. G. (2011). *Constitución de 1991: integración de las sociedades indígenas a la sociedad nacional colombiana. Etnicidad, desigualdad y diversidad: 20 años de la Constitución del 91*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Walsh, Catherine E. (2002). Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico. (ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena). Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/543/1/RAA-02-Walsh-Interculturalidad%20reformas%20constitucionales%20y%20pluralismo.pdf>
- Wolkmer, Antonio C. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. CENEJUS. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>
- Wolkmer, Antonio C. (2018). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho* (2a. ed.). Madrid: Dykinson, <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/1333/1/Wolkmer-Pluralismo.pdf>

Derecho ambiental y derecho animal. Semejanzas y diferencias

Environmental Law and Animal Law. Similarities and Differences

César NAVA ESCUDERO

 <https://orcid.org/0000-0003-0506-2078>

Doctor (PhD) por The London School of Economics and Political Science.
Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pertenecce al Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II.
Correo electrónico: cenavae@unam.mx

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es analizar las semejanzas y diferencias que existen entre el derecho ambiental y el derecho animal respecto a la protección jurídica de los animales a partir de un ejercicio comparativo enfocado en tres temas que informan y explican el desarrollo de cada disciplina jurídica: 1) las denominaciones propuestas; 2) sus orígenes y autonomía, y 3) la delimitación conceptual vinculada a dicha protección. El método analítico y comparativo permite obtener resultados evidentes respecto a que, si bien los orígenes, la autonomía, y la intención de proteger a los animales han sido similares, la historia para denominar a cada disciplina es diferente y el tipo de conceptos utilizados para alcanzar tal protección es, en lo general, distinto. En el derecho ambiental la protección es de tipo colectiva y regularmente indirecta: a través de la fauna o las especies, de los lugares o espacios que habitan (ecosistemas, áreas protegidas), y de nociones a las que pertenecen o a las que están adscritos (naturaleza, recursos naturales). En el derecho animal la protección es individual y directa: cada individuo cuenta (cada animal cuenta), y se enfoca en las nociones de anticrueldad y de bienestar, aunque también en la de derechos. En cuanto a la originalidad, se busca demostrar que las semejanzas y las diferencias en relación con los tres temas seleccionados son claramente identificables. Respecto a las conclusiones, aunque existan diferencias entre ambas ramas jurídicas ninguna es irreconciliable o contradictoria para el fin último de proteger a los animales.

Palabras clave: derecho ambiental, derecho animal, semejanzas y diferencias, denominaciones, orígenes y autonomía, delimitación conceptual, protección jurídica de los animales.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyse the similarities and differences that exist between Environmental law and animal law in relation to the legal protection of animals. By using a comparative method, it focuses on three issues that inform and explain the development of each branch of law: 1) terminology proposals; 2) origins and autonomy, and 3) the conceptual framework of the animals' legal protection. The analytical and comparative methods used in this paper, provide us with evident results in the sense that, while the origins, autonomy and

intentions to protect animals are similar; the history of the terminology used for each branch of law is different and the type of concepts used to achieve such protection is, somehow, diverse. In environmental law, this protection is collective and often indirect: by means of species or fauna, by focusing on the places or spaces that animals inhabit (ecosystems, protected areas), by using the notions to which they belong or to which they are attached (nature, natural resources). In animal law, this protection is individual and direct: each individual counts (each animal counts) and focuses on the notions of anti-cruelty and welfare, although now also on rights matters. In relation to originality, this work seeks to demonstrate that both, similarities and differences, from the three selected issues, are clearly identifiable. Regarding the conclusions, although there are differences among these two branches of law, none of them should be perceived as irreconcilable or contradictory for the goal of protecting animals.

Keywords: environmental law, animal law, similarities and differences, terminology, origins and autonomy, the conceptual framework of the animals' legal protection.

RECEPCIÓN: 15 de mayo de 2023

ACEPTACIÓN: 21 de junio de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Denominación.* III. *Orígenes y autonomía.* IV. *Delimitación conceptual. La protección jurídica de los animales.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar las semejanzas y diferencias que existen entre dos ramas jurídicas cuyo objeto de estudio y regulación está orientado, entre otras cuestiones, a la protección jurídica de los animales: el derecho ambiental, por un lado, y el derecho animal, por el otro. Aunque pareciera que por razón de la materia de la que se ocupan estas dos ramas, ambas habrían únicamente de complementarse (si bien el contenido de la primera es más amplio que el de la segunda al abarcar no sólo cuestiones relativas a los animales), subsisten entre ellas algunas diferencias de relevancia que han llevado a diversos doctrinarios a sostener que las intenciones o propósitos de proteger a estos seres vivos no sólo [no] son similares sino que son, de hecho, distintos o divergentes (Carlos Contreras, 2015, p. 208; Jorge A. Franza, 2020, p. 89; Anna Mulà, 2015, pp. 330 y 331; Yoriko Ootomo, 2013, p. 172; Helena Silverstein, 1996, p. 132; Marta Tafalla, 2004, p. 38). Es claro que el ejercicio de comparación entre las dos disciplinas jurídicas que aquí se pretende realizar no se refiere a lo que los comparativistas suelen llamar en sentido estricto *derecho comparado*, ya que ésta es una actividad

donde se comparan fundamentalmente ordenamientos jurídicos nacionales o supranacionales, *i. e.*, distintos sistemas legales del mundo para encontrar sus semejanzas y diferencias (Francisco M. Cornejo, 2022, p. 1419; Gloria M. Morán, 2002, p. 506). Por el contrario, lo que se busca en este trabajo es revisar algunos de los temas más relevantes que informan y explican la existencia de estas dos ramas del derecho para determinar cómo se relacionan y de qué manera, como es el caso, se complementan por sus semejanzas y se contraponen por sus diferencias de acuerdo con el objeto de estudio y de regulación que las distingue.

Con la firme intención de contar con un breve párrafo o acápite metodológico en esta parte introductoria, he de mencionar que el procedimiento realizado en el presente ejercicio de comparación, el cual me ha llevado a su vez hacia la consecución de los resultados obtenidos, tiene como punto de partida un examen riguroso de corte doctrinal. Este busca identificar cuáles han sido los temas que diversos especialistas en la materia más han debatido en torno a las semejanzas y diferencias que tienen el derecho ambiental y el derecho animal, con la interpretación de que, casi siempre, subyace como paradigma epistemológico el sentido y alcance jurídicos que cada disciplina tiene sobre la idea de lo que significa proteger a los animales.

Así, con el fin de tener una mayor claridad sobre la incidencia que tanto el derecho ambiental como el derecho animal tienen en la protección jurídica de los animales, los temas que se han seleccionado para su análisis, que por cierto son recurrentes en la literatura académica, y que ahora forman parte central del desarrollo del presente trabajo, son los siguientes: 1) las diversas denominaciones utilizadas; 2) los orígenes y la autonomía de cada disciplina jurídica, y 3) la delimitación conceptual en relación con la protección jurídica de los animales. En el apartado de conclusiones se presentan los resultados obtenidos, *i. e.*, las semejanzas y las diferencias en torno a la forma en la que cada una de estas dos ramas jurídicas lleva a cabo la protección jurídica de los animales.

II. DENOMINACIÓN

Comienzo por señalar que la historia de los términos que se han utilizado para denominar a cada una de las dos disciplinas jurídicas aquí referidas no es para nada similar. En efecto, mientras que el derecho ambiental ha te-

nido desde su aparición diversas denominaciones, algunas de las cuales ya no son de uso frecuente en la dogmática jurídica actual, el derecho animal ha gozado desde sus inicios prácticamente de una misma denominación. Esta circunstancia ha derivado en que, en el caso del derecho ambiental, éste haya visto ampliado o restringido su contenido según los términos utilizados para definirla, ya fuere el de recursos naturales o el de la naturaleza, el de la ecología o el del entorno, o bien el de ambiente, y que, en el caso del derecho animal, éste haya centrado su contenido básicamente a través de un solo término, el del animal.

1. *Derecho ambiental*

Una de las primeras expresiones que llegó a utilizarse para denominar lo que ahora se conoce como derecho ambiental, fue la de *derecho de los recursos naturales*. Esta locución, surgida hacia principios de los años setenta del siglo pasado, tuvo como punto de partida, según Eduardo A. Pigretti (1971), el propósito “de exponer de manera sistemática el conjunto de relaciones existentes entre el hombre y la naturaleza” (p. 8), y referirse con ello a la existencia de un régimen jurídico de los recursos naturales, que incluían “a las aguas, a los yacimientos minerales, a la atmósfera y al espacio circundante, a la fauna y flora silvestres, a las bellezas escénicas o panorámicas, a la corteza terrestre y a la energía que estos elementos producen en forma espontánea” (p. 10). Autores como Guillermo J. Cano (1978) llegaron a señalar que lo que constituye el *substratum* de una disciplina denominada de esa manera, es “la interdependencia entre los diferentes recursos naturales y sus distintos usos y efectos” (p. 84). Tal denominación, sin embargo, hoy se encuentra en desuso.

También tuvo cierta relevancia, durante esa misma década, la expresión *derecho del entorno* en razón de que la palabra *ambiente*, que proviene de los vocablos *environment* en inglés y de *enviornnement* en francés, habría de traducirse acertadamente como *entorno*; sin embargo, por su orientación hacia usos de carácter urbanístico resultó rápidamente una noción con poca aprobación dogmática (Ramón Martín, 1977, pp. 72 y 73). Su rechazo fue, asimismo, porque se presumía anticuada o en desuso a la par de tener una “connotación de proximidad física, que no corresponde de manera estricta a la idea de ambiente” (Raúl Brañes, 2000, p. 46). En todo caso, la voz *entorno* llegó a utilizarse en ocasiones como una mera categoría de aquello que compone

el ambiente a través de expresiones como las de *entorno natural* y *entorno creado* (Guillermo J. Cano, 1978, p. 83).

Otra expresión similar a la de derecho ambiental y de mayor referencia en la literatura académica a las expresiones arriba descritas, ha sido la de *derecho ecológico*. Se le ha nombrado así, según se explica, porque el centro de atención y las disposiciones legislativas respectivas son “las actividades humanas que se relacionan con el aprovechamiento y la alteración de los elementos naturales que conforman los ecosistemas y que, en cuanto se usan para la conservación de la vida humana los conocemos como recursos” (Edgard Baqueiro, 1997, p. XIX).

No obstante, tal expresión ha sido criticada por razones que han sido, curiosamente, opuestas entre sí. Por un lado, se ha señalado la amplitud de su contenido, esto es, la expresión *derecho ecológico* en realidad remite “a una comprensión excesivamente amplia del derecho ambiental” (Silvia Jaquenod, 2002, p. 247). Su uso es incorrecto, según se argumenta, porque la palabra ecología “comprende la protección del medio ambiente sólo como uno de sus varios capítulos, pues su contenido es mucho más amplio” (Lucio Cabrera, 1981, p. 49). Por el otro, se le rechaza porque la expresión *derecho ecológico* es, en realidad, más restrictiva que la de *derecho ambiental*. Uno de los fundamentos de esto radica en el hecho de que dicha expresión remite al concepto de ecología, y éste a su vez al de ecosistemas naturales, por lo que se corre “el peligro de llegar a asumir un sentido más bien limitado” (Raúl Brañes, 2000, p. 46). En otras palabras, el derecho ambiental como denominación es la idónea porque precisamente “conduce a un tratamiento más abarcador de la materia en tanto que [la de derecho ecológico] la limita a los ecosistemas naturales” (Jorge Bustamante, 1995, p. 47).

Independientemente del sentido restrictivo o abarcador de la expresión *derecho ecológico*, hay que enfatizar que denominar *derecho ambiental* a la disciplina jurídica en cuestión es consistente con el propósito normativo de regular conductas o actividades que puedan alterar o atentar contra algo a lo que se le llame *ambiente*, pero ninguna de ellas, según se ha puntualizado, “podría atentar con[tra] la ecología porque ésta es una ciencia o estudio, de la misma manera que resulta imposible atentar contra la física o las matemáticas” (Efraín Huerta, 2000, p. 5). De esta manera, por el hecho de que el ambiente no es ciencia pero sí idea o concepto que designa a la vez varios conceptos, su uso permite abarcar no sólo lo que denota la naturaleza o el medio na-

tural¹ y, además, la ecología,² que son nociones donde se *incluyen* o a la que *pertenecen* todas las especies o formas de vida no humanas, o sea, donde conceptualmente se ubica a los animales, sino también al entorno construido y a la salud y bienestar del ser humano, todo lo cual representa el sentido actual, amplio y flexible, que se le asigna a dicha noción en el discurso ambientalista contemporáneo (César Nava, 2012, pp. 88 y 279).

En este sentido, los animales emergen como un componente fundamental y elemento definitorio del concepto jurídico de *ambiente*, si bien lo hacen no sólo a través de la noción misma de *animal*, sino fundamentalmente a través de otros términos, como *fauna*, *especies* o *especies de animales*. Como se ha visto, todas estas expresiones junto a las nociones que se refieren a los lugares que ocupan los animales, como los ecosistemas, o a los que “pertenecen”, que es la naturaleza, o a como los describen, esto es, como recursos naturales, forman parte del objeto de estudio y regulación del derecho ambiental. Como se verá en los siguientes apartados, el que se utilice tal o cual expresión puede derivar, sin embargo, en una forma colectiva e indirecta de protegerlos.

2. *Derecho animal*

Contrario a lo que ha sucedido con el derecho ambiental, el derecho animal como disciplina jurídica ha tenido prácticamente la misma denominación. En efecto, la palabra *animal* ha sido la utilizada por lo general para designar el contenido de esta rama del derecho. Algunas otras nociones que hipotéticamente pudieron haber sido empleadas para tales efectos por considerarse “similares” a la de *animal*, como lo son la de *fauna* o la de *especies*, no han servido para tal propósito ni han formado parte del lenguaje animalista para establecer alguna otra denominación. Sin embargo, denominaciones cercanas a la de derecho animal han emergido, aunque de manera excepcional, cuando se ha hecho puntual mención a la regulación de cierto tipo de animales, lo que ha podido detectarse específicamente en el ámbito

¹ A comienzos de la década de los setenta del siglo pasado se llegó a denominar al *derecho ambiental* a partir de la unión de los vocablos *naturaleza* y *ambiente* para quedar como *Droit de la protection de la nature et de l'environnement* (Jean Lamarque, 1973).

² La palabra *ecología* fue acuñada hacia finales del siglo XIX por el científico alemán Ernst Haeckel; proviene de “oikos” casa y “logos” ciencia, estudio. Es una ciencia que estudia las relaciones de los seres vivos entre sí, lo que incluye a las plantas, a los microorganismos, a los seres humanos y, desde luego, a los animales (Eugene, P. Odum, 1978, p. 11).

de lo jurídico internacional. Así, por ejemplo, el uso de la palabra *wildlife* para referirse en particular a animales silvestres, derivó en la creación de la expresión en inglés *international wildlife law* (Alan Boyle y Catherine Redgwell, 2021, p. 621), que traducida al español sería algo así como derecho internacional de la fauna —o de la vida— silvestre. De hecho, en el ámbito del derecho interno, tal y como sucedió en los Estados Unidos de América, la expresión *wildlife law* nunca pudo despegar en su momento como para conformar una disciplina jurídica propia y poderla distinguir de las expresiones más amplias de *environmental law* o *natural resources law* (Steven Wise, 2003, p. 104). Con esto, es claro que más allá de que esas locuciones no sean del todo aceptadas para designar una disciplina jurídica, lo cierto es que el uso de tales vocablos se acerca más a una terminología de tipo ambientalista que animalista.

En realidad, para la rama del derecho que aquí se analiza, se sigue imponiendo —valga insistir en ello— el uso de la palabra *animal* para establecer su denominación. Lo anterior, no obstante que se hayan agregado, en ciertas ocasiones, otros vocablos para delimitar aún más el contenido de la disciplina en cuestión, como se ha visto dogmáticamente tanto en el plano internacional como en el ámbito doméstico. Ejemplos de esto son, a nivel internacional, la expresión en inglés *global animal law* (Anne Peters, 2016, p. 20), que traducida al español sería algo así como derecho global animal, y a nivel nacional, la de *animal welfare law* (Donald M. Broom, 2016, p. 47), que en español correspondería en principio a derecho del bienestar animal. Estas dos expresiones, que sin duda se refieren también a un conjunto de normas jurídicas, serían parte de un discurso doctrinal para denominar ramas del derecho vinculadas a lo animal, donde aquella lo sería previsiblemente como una rama del derecho internacional, y ésta como una forma más específica, aunque ciertamente más limitada, para denominar al derecho animal a nivel doméstico.

III. ORÍGENES Y AUTONOMÍA

Aunque no sea posible determinar con toda precisión la fecha exacta de la aparición del derecho ambiental y del derecho animal como disciplinas jurídicas, es posible sostener que ambas tienen sus orígenes hacia mediados de la segunda mitad del siglo XX. Las dos son el resultado, respectivamente, de procesos sociales conocidos como el *ambientalismo* y el *animalismo*, los cuales,

si bien se desarrollaron primordialmente en países occidentales, han tenido, aunque dispares en el tiempo, una rápida influencia en muchas naciones del mundo. En efecto, se ha hecho hincapié en que el ambientalismo fue el que impulsó al animalismo y de aquí que se alegue con cierta razón que el derecho ambiental precede ligeramente en el tiempo al derecho animal. Independientemente de esto, el debate sobre su autonomía no ha dejado de estar presente en ninguna de ellas. Por el contrario, tales debates surgieron desde que dichas expresiones empezaron a utilizarse en la literatura académica, ciertamente a partir de los esfuerzos de sistematización jurídica correspondientes que se fueron concretando a través de diversas obras y trabajos con el paso de los años.

1. *Derecho ambiental*

Las preocupaciones ambientales de finales de la década de los sesenta y principios de los setenta del siglo pasado relativas al agotamiento de los recursos naturales, la sobrepoblación, el crecimiento económico, y sobre todo, los efectos de la contaminación en la salud pública, formaron parte de un incipiente movimiento ambientalista moderno que, junto a un cúmulo de emergentes posturas éticas, derivaron en la búsqueda de un nuevo paradigma —el ambiental— de tipo económico, ecológico y social, (Sophia R. Bowlby y Michelle S. Lowe, 1992, p. 165; Enrique Leff, 2002, pp. 17-18; Naína Pierri, 2005, p. 38; Rodney R. White, 1991, p. 12). Tal problemática generó, por un lado, la celebración de una serie de reuniones y conferencias que propiciaron, entre otras cuestiones, la impronta de elaborar estrategias normativas para enfrentarla (Jorge Bustamante, 1995, p. 23) y, por el otro, la necesidad de juridificar lo relativo a la emergente y re-significada noción de *ambiente* a partir de este nuevo paradigma ambiental (Ricardo Luis Lorenzetti, 2011, p. 13). El activismo y el pensamiento ambientalistas de aquella época, que juntas conformaron el comienzo de lo que hoy llamamos *ambientalismo moderno* (César Nava, 2012, pp. 195-196), constituyeron el punto de partida para que algunos países desarrollados empezaran a legislar sobre la materia hacia mediados de los sesenta del siglo XX (Lucio Cabrera, 1981, p. 1), o hacia finales de ésta, como fue el caso de los Estados Unidos de América (Julian C. Juergensmeyer, 1987, p. 41), y en otros casos, sólo hacia principios de los setenta, tal y como ocurrió en Inglaterra (Simon Ball y Stuart Bell, 1994, p. 11). Esta experiencia legislativa también empezó a reproducirse en otros paí-

ses, particularmente en torno a, y después de, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, en 1972, que en consecuencia produjo una cantidad importante de normatividad ambiental interna, tal y como fue el notorio caso, por ejemplo, de lo ocurrido en diversos países latinoamericanos, tanto a nivel constitucional como legal (Raúl Brañes, 2001, pp. 11-17). De cualquier modo, no es posible especificar una fecha precisa o un evento único que marque el comienzo del derecho ambiental, ni desde el punto de vista normativo, como tampoco dogmático.

Con la normatividad puesta en marcha, la especificidad de la materia ambiental establecida, e identificado un contenido en constante expansión, tal y como habré de reseñar en el siguiente apartado, la dogmática jurídica comenzó a referirse a una nueva rama del derecho que pronto se popularizó entre los doctrinarios. Así, las primeras obras con tintes propios de una sistematización jurídica sobre el tema comenzaron a aparecer durante los setenta, ya fuere a nivel internacional con el rubro de derecho internacional ambiental, como fueron las obras precursoras de Pierre-Marie Dupuy (1974); de Ludwik A. Teclaff y Albert E. Utton (1974), y de Alexandre Kiss (1976); o a nivel nacional con el concepto de derecho ambiental, como fueron los libros pioneros de William H. Rodgers (1977), de Ramón Martín (1977) y de Guillermo J. Cano (1978), entre otros.

Naturalmente, con un ambientalismo que evolucionó rápidamente durante la siguiente década y que desembocó años más tarde en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992, lo que permitió en su conjunto la incorporación de nuevas preocupaciones ambientales, como las del cambio climático o la pérdida de la biodiversidad (Michael Grubb *et al.*, 1993, pp. 6 y 7), así como el desarrollo de nuevos conceptos que incidieron en la conformación y adaptación de nuevas posturas éticas, como el caso del desarrollo sustentable o sostenible (Guillermo Foladori, 2005, p. 83), las obras sobre derecho ambiental aumentaron considerablemente. Bajo el paraguas de la sustentabilidad es que ha ocurrido una suerte de expansión y consolidación normativa y dogmática a lo largo de las primeras dos décadas del presente siglo, y esto no dejado de hacerse claramente visible tanto a nivel internacional y doméstico,³ como en la literatura académica.

³ Tan es así que las conferencias que le siguieron a la conferencia de Río de 1992 adoptaron tal nombre, esto es, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo, Sudáfrica, en 2002, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el

Es importante comprender que el tema de la protección de los animales fue y ha sido parte de todo este origen y desarrollo normativo ambiental que ya venía, de cualquier modo, gestándose antes de la conferencia de Estocolmo, si bien con la circunstancia terminológica de que a los propios animales se les refería desde entonces a veces como fauna silvestre y a veces como especies. Esta regulación proteccionista de los animales, antes de que apareciera el derecho ambiental, estaba ligada en muchos países al tema de la caza, pero con la particularidad de que dicho enfoque estaba dirigido a su conservación o restauración (Raúl Brañes, 2000, pp. 312 y 313), y en todo caso, orientado a la utilidad que esta actividad representaba para los seres humanos, más que a un interés por respetarlos *per se* (Blanca Lozano, 2004, p. 34). En nuestros días, sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos ambientales regulan a los animales no sólo desde la perspectiva patrimonial, esto es, para sus usos y aprovechamientos, sino también desde la perspectiva del trato digno y respetuoso, esto es, para evitar que se les trate con crueldad.

Más allá de lo señalado en el párrafo anterior, no debe ponerse en tela de juicio que, como disciplina jurídica, el derecho ambiental se consolidó hacia los años ochenta y noventa del siglo XX, y desde entonces no ha dejado de crecer y arraigarse como un área excepcional para la investigación jurídica y como una materia para su estudio en las facultades y departamentos de derecho de un sinnúmero de universidades alrededor del mundo. Tal notoriedad académica ha hecho pensar en su carácter autónomo como rama jurídica (Alfonso Nava, 2007, p. 35), logrando con ello “imponerse” a las posturas contrarias que han planteado algo distinto por tratarse, el derecho ambiental, tan sólo de “un sistema de normas que no admite la existencia de regímenes totalmente separados” (Silvia Jaquenod 1991, p. 346). Sin embargo, es cada vez más contundente el argumento de que el derecho ambiental es una rama autónoma precisamente y, *contrario sensu*, por tratarse de “un conjunto de disposiciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinaria, no admiten regímenes divididos y recíprocamente se condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes” (César A. Fonseca, 2010, p. 74). A decir de Raúl Brañes (2000), no es un mero “re-

Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 2012. En la actualidad, las naciones tienen como punto de referencia para el desarrollo de su normatividad y de su política ambiental internas un documento internacional *soft law* de la máxima importancia relacionado con el desarrollo sostenible: se trata de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible suscrita por una gran cantidad de países en 2015.

agrupamiento de normas jurídicas preexistentes que pertenecen a diversos sectores y que, por lo mismo, implica un recorrido horizontal del sistema jurídico” (p. 48), sino una disciplina con un enfoque novedoso, que tiene un objeto específico, un objeto que le es propio, y que ha creado o formado “un cuerpo nuevo y unificado de proposiciones jurídicas” (p. 50). En última instancia, como afirma Jorge Bustamante (1995), su autonomía deviene de “la unidad de su problemática y [de] un cierto número de características específicas [que] permiten hablar de una identidad propia dentro de los sistemas jurídicos” (p. 48).

Lo que ha reforzado el argumento en favor de la autonomía del derecho ambiental no sólo subyace en la existencia de normas jurídicas novedosas, en el desarrollo de conceptos y técnicas propias, o en la especificidad de su contenido, sino en el hecho de que se estructura sobre principios y caracteres propios. Néstor A. Cafferatta (2004), al señalar que el derecho ambiental tiene “fines propios, técnicas propias, conceptos propios” (p. 195), alude en su obra a varios autores que se han encargado de enumerar los principios que integran el derecho ambiental. Él mismo hace un listado de los que considera los más importantes: *a)* congruencia; *b)* progresividad; *c)* equidad intergeneracional; *d)* sustentabilidad; *e)* responsabilidad; *f)* solidaridad; *g)* prevención; *h)* precaución, e *i)* integración (pp. 26-54). En otro ejemplo, Isabel de los Ríos (2005), al afirmar que ya no se puede negar la autonomía del derecho ambiental, que se manifiesta a través de “un objetivo diferente, técnicas jurídicas, principios y caracteres propios” (p. 18), elabora un listado de principios verdaderamente amplio. Este listado, de diecinueve principios, incluye enunciados bastante conocidos en el discurso ambientalista, tales como los de compatibilidad ambiente/desarrollo; sustentabilidad; daño permisible o tolerable; soberanía sobre los recursos naturales; prevención; precaución; responsabilidad común pero diferenciada; quien contamina paga, entre otros (pp. 21-43). De manera precisa, esta autora también propone un listado de doce caracteres del derecho ambiental: interdisciplinario; dinámico; preventivo; universal; económico; transversal; de legislación copiosa; reparador; transgeneracional; solidario; holístico; y vital (pp. 8-18).

Aunque el número y tipo de principios y caracteres ciertamente varía entre autores, la importancia y análisis que se ha hecho de ellos durante las últimas décadas conlleva a señalar que el camino recorrido por el derecho ambiental para fundamentar su autonomía es mucho más sólido y continuo que el realizado por el derecho animal. De hecho, como se verá a continua-

ción, algunos doctrinarios han explicado la importancia e influencia que tienen o podrían tener ciertos principios y/o caracteres del derecho ambiental para ser reproducidos o insertados como tales en el derecho animal y, con ello, sustentar la autonomía de esta última.

2. *Derecho animal*

Los orígenes del derecho animal encuentran cierto grado de similitud con el derecho ambiental en cuanto a que es una disciplina jurídica que nace de un movimiento social y de posturas éticas diversas, pero cuyo foco de atención primigenio es la protección animal. Es preciso enfatizar, además, que al igual que el derecho ambiental, no es posible especificar una fecha precisa o un evento único que marque el comienzo del derecho animal, ni desde la perspectiva normativa como tampoco dogmática.

Ahora bien, al movimiento social y a las posturas éticas diversas relacionadas con la protección animal se le conoce como animalismo y tiene un vínculo importante con el ambientalismo. En efecto, así como se ha señalado que referirse al movimiento animalista significa, entre otras cosas, hacer alusión a “una corriente ideológica ecologista e igualitaria”, donde las teorías ecologistas son primero y luego el desarrollo del animalismo (Ana D. Verdú y José T. García, 2010, p. 15), se afirma también que éste es parte integral de la discusión ética ambientalista sobre el valor moral hacia seres o entes no humanos, como los animales (Louis P. Pojman, 2005, p. 2). Hasta dónde el ser humano tiene derecho a disponer de la vida de otras criaturas, qué valores morales habrían de configurar un comportamiento correcto hacia los animales, o cómo debe abordarse el problema del sufrimiento de éstos, son interrogantes que se derivan de una convergencia entre los movimientos de reforma social ambientalista y de defensa de los animales, con la cultura filosófica (Luisella Battaglia, 2018, p. 177). De hecho, se ha argumentado que la ética en favor de los derechos de los animales, que conforma una parte sustancial del animalismo, ha logrado su consolidación aprovechando el impulso que tuvo el ecologismo hacia mediados y finales de la segunda mitad del siglo XX (Marta Tafalla, 2004, p. 16). Ha sido, por tanto, el surgimiento de una conciencia tanto ambiental como animal, la que ha propiciado de muchas maneras la aparición de ambas ramas jurídicas. En este sentido, Anna Mulá (2015) ha sostenido lo siguiente:

El derecho ambiental no habría nacido si el deterioro del medio no hubiera alertado de la necesidad de su salvaguarda y preservación, de la misma manera que el derecho animal no hubiera surgido si la capacidad de sufrir de los animales no hubiera sido advertida por los humanos. El origen del derecho ambiental se encuentra en la necesidad de afrontar la crisis ecológica en sede jurídica y en el derecho animal en la necesidad de responder ante la sociedad a las preocupaciones de las personas por el bienestar de los animales. (p. 331)

Independientemente de esta influencia y vínculo ambientalistas, bajo el nombre de derecho animal se engloban temas de regulación diversos que incluyen no sólo los relativos a los usos y aprovechamientos del animal, sino a los de anticrueldad y/o maltrato animal, cuyas referencias existían ya desde los siglos XVIII y XIX (Thomas G. Kelch, 2013, p. 350), al del bienestar animal, que como concepto comenzó a utilizarse en un muy incipiente discurso animalista hacia mediados de los sesenta del siglo pasado (Marita Giménez-Candela y Raffaella Cersosimo, 2021, p. 49), y al de los derechos de los animales, expresión que cobró fuerza gracias al movimiento que la adoptó como tal y que “surgió”, o más bien se consolidó, hacia finales de los años setenta y principios de los ochenta (Gary L. Francione, 1996, p. 1). En consecuencia, tal y como han señalado Sonia S. Waisman *et al.* (2021), el derecho animal se refiere a normas y casos de múltiples campos del derecho que consideran tanto los intereses de los animales como los intereses de los humanos respecto a los animales (p. 1). De esta manera, un pretendido cambio en el paradigma de protección jurídica del animal, que es apoyado por diversos doctrinarios, busca modificar sustancialmente el trato que le ha dado el derecho a los animales a través de un reconocimiento de sus derechos que derive en un cambio de su estatus legal de cosas en propiedad a personas (Jerrold Tannenbaum, 2013, p. 901). Ya no es el valor económico de los animales el único valor reconocido por el derecho (David Favre, 2021, p. 4), sino que ahora abarca tanto las aportaciones de la ética y de las ciencias del bienestar animal, incluyendo el concepto de la *sintiencia* (Marita Giménez-Candela y Raffaella Cersosimo, 2021, pp. 40-41), como lo relativo a la defensa o derechos de los animales (César Nava, 2022, p. 1580).

Dicho lo anterior, hay que destacar que, como disciplina jurídica, el derecho animal no logró crecer ni al ritmo ni con la misma fortaleza que tuvo el derecho ambiental como área de investigación jurídica o como materia de estudio en muchas universidades. Es evidente que la normatividad relativa

a la cuestión animal es añeja y para los países de tradición romano-germánica sus raíces se encuentran sin duda en el derecho romano, donde se consideraba y regulaba, por ejemplo, a los animales en rebaño como cosas en patrimonio de los particulares: *res privatae* o *singulorum* (Eugène Petit, 1953, pp. 166-168). Sin embargo, los antecedentes dogmáticos de una disciplina jurídica a la que se le pueda llamar *derecho animal* son de finales de los años setenta y particularmente de los ochenta del siglo pasado, si bien los ejemplos con tal denominación corresponden, tal y como ocurrió con el derecho ambiental, a países desarrollados. Destacan para este caso las obras pioneras de Godfrey Sandys-Winsch (1978), de David Favre y Murray Loring (1983), y de Margaret E. Cooper (1987). Pero para diversos doctrinarios el verdadero desarrollo del derecho animal como una disciplina jurídica, al menos para ciertos países desarrollados, habría ocurrido hacia finales de los años noventa y principios del presente siglo, en lo que se ha llamado una especie de “segunda ola” del derecho animal por el incremento, entre otros, en el número de publicaciones sobre la materia y la oferta de cursos a nivel universitario (Jerrold Tannenbaum, 2013, pp. 910-912). Este desarrollo y consolidación sólo habría de empezar hacia comienzos de este siglo en otros países (Paul Waldau, 2016, p. 15), si bien en algunos de ellos ha prevalecido —todavía— la idea de que la normatividad animal hace alusión más que nada a un régimen jurídico, y no a una disciplina jurídica propiamente, esto es, se trata tan sólo de un mero régimen jurídico de protección de los animales.

En un entorno en el que ha sido difícil y tardado considerar al derecho animal como una disciplina jurídica distintiva de otras ramas del derecho, la discusión sobre su posible autonomía, sin embargo, no ha estado ausente en la doctrina y ha ganado, a decir de María de las Victorias González (2019), “reconocimiento por el público y también por los miembros del campo legal” (p. 22). Hay que tomar en cuenta en este sentido que, como advierte Anna Mulá (2015), si bien el derecho animal es una rama del derecho mucho más reciente si la comparamos con el derecho ambiental, aquella “sí cumple con los requisitos para ser una disciplina autónoma” (p. 331). En esta tesitura, si bien los argumentos en favor de la autonomía del derecho animal incluyen lo relativo a la especificidad de su objeto de regulación referida a la existencia de un grupo de normas jurídicas relativas al maltrato animal y al bienestar animal, todas ellas preferentemente agrupadas en un cuerpo legal o en varios, para muchos doctrinarios es esencial en la discusión de su autonomía la inclusión de los derechos de los animales (Edna Cardoso y Álvaro

Angelo, 2019, pp. 42-44; Jerrold Tannenbaum, 2013, pp. 897-899; Joyce Tis-chler, 2012, p. 28).

Paralelamente, y como es de esperarse, también han estado presentes en la discusión sobre la autonomía del derecho animal lo propios caracte-res o principios sobre los que se alega está estructurada esta rama jurídica. Así, por ejemplo, María José Chible (2016) ha señalado que esta disciplina presenta las siguientes características propias: *a)* se trata de un derecho nue-vo; *b)* es autónomo, distinto de lo que la autora llama derecho tradicional; *c)* se compone de normas de derecho privado y de derecho público; *d)* su ob-jecto principal es amparar y proteger al animal en su relación con los seres humanos, y *e)* es universal, ya que sus principios son los mismos en todo el pla-neta y existen directrices tanto internacionales como nacionales (pp. 378 y 379). Hay quienes han sostenido, por otro lado, y con respecto a los princi-pios, que éstos se corresponden con las llamadas Cinco Libertades del Comi-té Brambell que todo animal debe gozar.⁴ Estos cinco principios o libertades, vinculadas a la idea del bienestar animal y de suma trascendencia para toda legislación en la materia, se refieren a 1) la ausencia de hambre y sed; 2) la au-sencia de incomodidades; 3) la ausencia de dolor, lesiones o enfermedades; 4) la libertad para poder expresar conductas o comportamientos normales, y 5) la ausencia de miedo y angustia (Marita Giménez-Candela y Raffaella Cersosimo, 2021, p. 50).

Por último, cabe mencionar que ciertos autores, como es el caso de Ma-ría Elisa Rosa (2013), han considerado que determinados principios del de-recho ambiental pueden ser adoptados por el derecho animal, como el de solidaridad; el preventivo; el precautorio; el de progresividad, y el de no re-gresión (pp. 3-5). De hecho, a partir de la aplicación de principios clásicos del derecho ambiental pueden surgir ciertos principios, bastante novedosos, para el derecho animal, como ha podido advertir la propia María Elisa Rosa (2022) con respecto al *principio de precaución* y la relación que éste tiene con la capacidad de sentir que poseen los animales, propiciando con ello, según lo enfatiza ella misma, un nuevo principio al que se le podría llamar *princi-pio pro sintiencia* o *principio in dubio pro sintiencia*. Dicho principio tendría como base que, según esta doctrinaria, ante la incertidumbre científica sobre la ca-

⁴ Este Comité, llamado así por haber sido presidido por el profesor Roger Brambell, elaboró hacia mediados de los años sesenta del siglo pasado en Inglaterra, específicamente en 1965, un informe al que se le considera fundamental en este tema; es quizá el primer documento oficial en referirse al bienestar animal.

pacidad de sentir de los animales, que en el caso que ella refiere en sus análisis incluye a los peces a partir de una sentencia de la Corte colombiana, deberá aplicarse el principio precautorio, ya que en caso de duda respecto a la capacidad de sentir de un animal debe optarse por actuar como si fuera un ser *sintiente*. Otro caso en sentido similar es el de Anna Mulá (2015), quien ha planteado la posibilidad de aplicar otro principio clásico del derecho ambiental: el principio de *quien contamina paga*. Esto sería posible con la lógica de incorporar dicho principio como un instrumento “de promoción de la protección de los animales a través de estímulos económicos” (p. 335), a través, por ejemplo, de “la creación de un impuesto especial sobre la venta de los animales de compañía cuyo rendimiento sería destinado a los centros de acogida” (p. 336). Tal propuesta, desde luego, no sería consentida por quienes enarbolan el supuesto de que los animales no son cosas en propiedad, es decir, no sería una propuesta viable para aquellos que propugnan el reconocimiento de los derechos de los animales.

De cualquier modo, la posibilidad de llevar a cabo este tipo de planteamientos cobra sentido si logra entenderse que tanto el derecho ambiental (aunque sólo una parte de él) como el derecho animal tienen como objeto de estudio y de regulación la protección jurídica de los animales, y es aceptable y hasta conveniente, si bien sujeto a la ética animalista que se adopte, transportar o auxiliarse de enunciados jurídicos para tales propósitos, como los principios, que al fin y al cabo se erigen como directrices o estándares de valoración jurídica. Por ello, resulta pertinente lo que Jorge A. Franza (2020) ha señalado sobre estas dos disciplinas cuando afirma que “la relación entre el derecho animal y el derecho ambiental no sólo se presenta como evidente, sino también como necesaria” (p. 89).

IV. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES

Por lo dicho hasta el momento, y para los propósitos de este artículo, debe tenerse por cierto que no podría llevarse a cabo ejercicio de comparación alguno entre el derecho ambiental y el derecho animal si no se aceptara que ambas expresiones designan, respectivamente, ramas jurídicas que son distintivas no sólo entre ellas sino también respecto de otras ramas del derecho. Su existencia dogmático-jurídica hace suponer que cuentan con una

definición propia que permite conocer los elementos definitorios para una delimitación conceptual adecuada, lo que facilita cualquier proceso orientado a la identificación de alguna o de varias de sus semejanzas y diferencias. Esta situación por sí misma contribuye, a su vez, a precisar el tipo de protección jurídica que cada disciplina otorga a los animales.

En este contexto, y según lo señalado en todos los apartados anteriores, puede sostenerse que la semejanza más importante consiste en que las dos disciplinas jurídicas tienen un objeto de estudio y regulación que les es similar: proteger jurídicamente a los animales. Las dos disciplinas jurídicas están conformadas, por un lado, por normas jurídicas que son preexistentes a su aparición dogmática respectiva, *i. e.*, se trata de normas elaboradas anteriormente pero que son parte de ellas por tener relevancia o incidir en lo ambiental y en lo animal respectivamente, y por el otro, de normas jurídicas que representan las perspectivas dogmáticas o de regulación modernas o contemporáneas que corresponden, según sea el caso, a lo propiamente ambiental y a lo propiamente animal. En relación con las diferencias, podría sostenerse que, mientras que el objeto de estudio y regulación del derecho ambiental abarca la protección de los animales incluso con nociones diversas, así como la protección de otros elementos o componentes que incluyen los lugares que habitan los animales, lo anterior, para constituir como un todo el concepto jurídico de ambiente, el del derecho animal se concentra en la protección del animal *per se*. De esto se sigue que, si bien la intención en ambos casos es la de proteger a los animales, el tipo de nociones o conceptos que se utilizan para tales efectos no siempre son los mismos, y de aquí que sea lógico pensar que el tipo de protección en cada rama es o puede ser también diferente.

1. *Derecho ambiental*

Para conocer qué es lo que representa el objeto de estudio y de regulación del derecho ambiental es indispensable contar con un concepto jurídico de aquello que le da esa especificidad de contenido a esta disciplina, es decir, aquello que corresponde a la voz *ambiente* (Ricardo Luis Lorenzetti, 2011, p. 13; César Nava, 2012, p. 267). Esta noción no ha sido fácil de definir pues desde que irrumpió en el discurso jurídico ha tenido una inmejorable capacidad para ver ampliado su propio contenido y esto ha generado *ab initio* el inconveniente de considerar que *ambiente* puede referirse a todo lo que rodea

a los seres humanos e, incluso, a todo lo que los rodea y a los propios seres humanos, por lo menos en cuanto a ciertos factores como su salud, su bienestar o su desarrollo. Tal inconveniente ha derivado en que, para efectos de definir jurídicamente al ambiente, la doctrina ha intentado identificar o clasificar, en todo caso, los elementos o componentes que lo dotan de significado. Así, el concepto jurídico de ambiente tiene una doble referencia a su contenido: la de un ambiente desde una visión amplia, sistémica, integradora u holística, así como la de una visión meramente sectorial. Señaló en su momento Jorge Bustamante (1995) lo siguiente respecto a este tema:⁵

El concepto de ambiente comprende toda la problemática ecológica *general* y, por supuesto, el tema capital resulta ser el de la utilización de los recursos naturales que se encuentran a disposición del hombre en la biosfera. Pero aunque el ambiente sea una parte de la naturaleza y se busque una política de tutela ambiental en su totalidad, existen múltiples estrategias proteccionistas *sectoriales* que van más allá del ámbito puramente natural y persiguen preservar la obra humana en sus aspectos estéticos, paisajísticos, urbanísticos, etcétera, con miras a asegurar una buena calidad de vida y una sana utilización de los recursos y de la obra cultural para legarlos a las generaciones futuras. (pp. 47 y 48)

Entonces, sostener que el objeto de estudio y regulación del derecho ambiental es el ambiente o la protección ambiental, supone que dicha protección jurídica se configura a través del concepto integrador de ambiente, pero también a través de los diversos componentes o sectores que lo integran, en el entendido de que aquél o éstos pueden tutelarse jurídicamente no sólo en su conjunto sino incluso por separado (José Juan González, 2017, p. 133). En este sentido, los doctrinarios han realizado sus propias clasificaciones con base en esta distinción. Por ejemplo, Raúl Brañes (2000) se refiere a cuatro contenidos del derecho ambiental como disciplina jurídica: 1) el ambiente en su conjunto; 2) el medio natural; 3) el medio construido, y 4) la salud humana (p. 55). Hay autores que enfatizan sólo los componentes o sectores que lo integran, como es el caso de Luis Ortega (2002), quien se refiere a los tres escalones que tiene el ambiente: a) en una acepción natural comprende “los recursos naturales y la fauna y la flora”; b) en una acepción

⁵ Las cursivas en la cita textual de este párrafo son mías y persiguen el objetivo de hacer énfasis en los dos contenidos del concepto jurídico de ambiente.

social, que abarca “los conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de la personalidad”, y c) en relación con otros elementos como “la ordenación del territorio y las infraestructuras, como el hábitat urbano, los transportes, los monumentos, etcétera” (p. 47).

Naturalmente, el estudio de la normatividad ambiental también puede derivarse de clasificaciones o tipologías *ad hoc*. Así, por ejemplo, para Carlos de Miguel (2002) el ambiente puede enfocarse desde una perspectiva jurídica generalista que hace referencia a una ley general ambiental y a leyes especiales, o bien, desde una perspectiva sectorial con alusión a los elementos que conforman el ambiente, como el suelo, el aire, las aguas, la flora y la fauna, etcétera (p. 29). En otro ejemplo, Raquel Gutiérrez (2007) distingue entre legislación ambiental general, que se refiere a las leyes que influyen en procesos ecológicos, y legislación ambiental sectorial, que se refiere a los elementos del ambiente orientados a la naturaleza o los recursos naturales (pp. 170 y 171). Un ejemplo más es el de José Esteve (2008), quien señala que a pesar de la dispersión normativa que pudiera percibirse en esta materia, es posible detectar “algunas líneas bien definidas que articulan y orientan ese flujo constante de normas, instrumentos y regulaciones con pretensiones de proteger el medio ambiente y sus elementos” (p. 161), una encaminada a la protección de la naturaleza y sus recursos, con una dirección ciertamente protectora o proteccionista, y la otra orientada hacia el control y la reducción de la contaminación en sus diferentes manifestaciones, que más que protectora es interventora (pp. 161 y 162).

En este maremágnum de clasificaciones para definir el concepto jurídico de *ambiente*, es por demás contundente el hecho de que el estudio y regulación relativa a la protección de los animales se encuentran ubicados no sólo dentro del concepto mismo de ambiente sino, particularmente, dentro de esa pluralidad de contenidos o, mejor dicho, dentro de esos elementos o componentes. De entrada, esto significa que tal protección se lleva a cabo a través de diversas nociones o a partir de una combinación de ellas. Así, los animales son protegidos por lo general a través de conceptos característicamente ambientales, como el de *fauna silvestre*, el cual a su vez es un concepto que se vincula o pertenece al medio natural (Raúl Brañes, 2000, p. 55), o al de recursos naturales (José Esteve, 2008, p. 197). Aunado a esto, la protección animal no sólo ocurre con base en las normas ambientales relativas a la protección o conservación de la naturaleza, sino también cuando se hace referencia a términos como los de especies, hábitat, espacios o áreas naturales protegidas, ecosistemas,

humedales, bosques, y diversidad biológica o genética, entre otros (Simon Ball y Stuart Bell, 1994, p. 403; Raúl Brañes, 2000, pp. 299-301; Francisco Delgado, 2002, pp. 213 y 214; Steven Ferrey, 2004, pp. 469 y 470; Jeffrey M. Gaba, 2001, p. 203; Michel Prieur, 2001, pp. 279-281; Justine Thornton y Silas Beckwith, 1997, pp. 275 y 276). Todo ellos constituyen esa parte del objeto de estudio y de regulación del derecho ambiental que de manera ejemplarmente *indirecta* protegen a los animales. No sobra decir que dicha protección se realiza mayormente en cuanto que son *objetos* y no *sujetos* en el derecho, si bien de algunos de ellos se ha predicado que tienen o pueden tener derechos, como es el caso, desde hace algunas décadas, de la naturaleza (Guillermo J. Cano, 1978, p. 82), de ciertos componentes de ésta: bosques, océanos, o ríos (Christopher D. Stone, 2005, p. 276), así como de plantas o incluso hasta de minerales (Joel Feinberg, 1974, p. 54), y de manera más reciente, de la Tierra (José Gilberto Garza, 2017, pp. 85-92).

Tal cantidad de posibilidades conceptuales para la protección jurídica de los animales desde el derecho ambiental deriva, por sí sola, en una diferencia con el derecho animal en tanto que éste se enfoca, específicamente, en un solo concepto, el del animal. Pero aún más importante, que la protección jurídica de los animales en el derecho ambiental quede enmarcada en lo fundamental a través de todos esos componentes, que son parte del concepto de ambiente, significa, en comparación con el derecho animal, que en el derecho ambiental, tal y como lo advierte Helena Silverstein (1996), la consideración de los animales es importante sólo en la medida en que éstos formen parte del ambiente (p. 132). En algunos casos, esta situación ha sido utilizada en el sentido de que este tipo de regulación, que pone énfasis, por ejemplo, en la conservación y cuidado de ecosistemas, es insuficiente frente al cuidado del bienestar del animal que es propio o parte esencial del derecho animal (María José Chible, 2016, p. 384). No obstante, lejos de que esto sea algo negativo o contradictorio para la protección jurídica de los animales, debe percibirse como una forma de complementación necesaria.

Por último, es importante señalar que el derecho ambiental se conforma por dos tipos de normas jurídicas: las que son preexistentes a la aparición de esta rama del derecho y las que se han venido elaborando en atención al significado del concepto jurídico de ambiente, cuyo contenido comenzó a estructurarse desde finales de los años sesenta y principios de los setenta del siglo pasado y hasta nuestros días. En efecto, en primer término, cierta normatividad de tipo sectorial que se encontraba dispersa en los ordenamien-

tos jurídicos anteriores a esa época, y que incluso se asomaba como posible constituyente de la especificidad de alguna disciplina jurídica, como los casos relativos a las materias agraria, forestal, de caza, sobre espacios naturales, o de aguas, todas vinculadas de manera indirecta con la protección de los animales, han sido incorporadas al derecho ambiental, lo anterior seguramente derivado de una lectura distinta o novedosa que se hizo, y se sigue haciendo, de ellas desde lo ambiental (Raúl Brañes, 2000, pp. 49 y 312 y 313; Efraín Huerta, 2000, p. 21; Eduardo A. Pigretti, 1971, p. 20). Esto también sucedió con la normatividad internacional existente que fue y sigue incorporándose al derecho internacional ambiental. Se trata de aquellos temas o normas que de manera directa o indirecta estaban vinculadas a la protección de los animales, y que se referían, mayormente, a la protección de especies en ciertas áreas geográficas y a la protección específica de una o de algunas especies de fauna, como aves, ballenas o focas (Alexandre Kiss, 1976, pp. 82-92). En segundo término, es claro que el derecho ambiental ha desarrollado una normatividad propia que ha abarcado una gran cantidad de sectores, entre los que se incluyen la protección de los animales desde nociones o conceptos diferentes, como lo he señalado anteriormente. Estos dos procesos, como se verá a continuación, también han ocurrido en el derecho animal.

2. *Derecho animal*

Al igual que con el derecho ambiental, el punto de partida para conocer qué es lo que representa el objeto de estudio y de regulación del derecho animal consiste en la necesidad de contar con un concepto jurídico de aquello que le da especificidad a esta disciplina, es decir, aquello que corresponde a la voz *animal*. De hecho, un número importante de doctrinarios que han abordado el derecho animal como disciplina jurídica han hecho mención precisa o desarrollado apartados específicos respecto a qué es el animal, tal y como han sido los casos de David Favre (2021, p. 5); Marita Giménez-Candela y Raffaella Cersosimo (2021, pp. 40 y 41); Joan E. Schaffner (2011, pp. 4-11); Jerrold Tannenbaum (2013, p. 896); o Sonia S. Waisman *et al.* (2021, pp. 5-8), sólo por mencionar algunos ejemplos. Una definición determinada sobre lo que es el animal que pudiera tener cierto consenso en la dogmática, sin embargo, ha estado lejos de concretarse. Lo que sí es posible advertir en este sentido es que cuando se indaga o pregunta sobre qué es o quién es el animal, las respuestas que se han obtenido se han desarrollado de dos mane-

ras diferentes que no necesariamente son excluyentes entre sí: por un lado, se ha hecho referencia a su estatus jurídico de cosas, *i. e.*, cosas en propiedad y, por el otro, se ha hecho alusión a su esencia ontológica, *i. e.*, se les ha descrito o caracterizado, entre otros, como seres vivos o como seres semovientes. Combinadas estas afirmaciones se ha considerado al animal como una “cosa mueble semoviente” (Rogelio Moreno, 1998), o como “bienes muebles semovientes” (José Luis Ángel y Rodrigo Quijada, 2005).

Hecha tal diferenciación, es importante señalar que el término o expresión que se ha vuelto indispensable para definir al animal en tiempos recientes es el de la *sintiencia*, *i. e.*, el de que los animales son *seres sintientes*. Aunque se ha dicho que este término por sí mismo deriva en que los animales han dejado de ser cosas (Enrique Alonso, 2015, pp. 11 y 12), cuestión que es inaceptable porque ignora que tal noción opera como un componente moral y/o científico que describe o caracteriza jurídicamente al animal, pero no para determinar su estatus legal, lo cierto es que se ha vuelto fundamental como parte del concepto jurídico del animal, que estaría englobando a una importante cantidad de normas jurídicas sobre esta materia y, en consecuencia, estaría estableciendo una delimitación conceptual adecuada para el derecho animal. Marita Giménez-Candela y Raffaella Cersosimo (2021) comentan sobre este punto lo siguiente:

La legislación sobre los animales... debería ser “más clara, más precisa, más aplicable”, a la luz de la *sintiencia* animal... Si nos referimos a esta realidad, es decir, a todas las normas vigentes que se refieren a los animales, se puede sostener que el derecho animal puede afirmarse como materia jurídica singular, de modo incontrovertible: es la disciplina que engloba la normativa relativa a los animales de forma integral, poniendo especial énfasis en el dato científico de la *sintiencia* animal. Lo que permite afirmar que los animales tienen sus propios y genuinos intereses, que el derecho está —naturalmente— obligado a tomar siempre en consideración. (pp. 39 y 40)

Alrededor de la *sintiencia* pueden incorporarse otro tipo de descripciones, mucho más extensas, que estarían ampliando el contenido del concepto jurídico de animal, particularmente si tales caracterizaciones están diseñadas para debatir en favor de los derechos de los animales, como podrían ser los ejemplos, primero, de que se trata de seres que tienen, como los humanos, un interés moralmente significativo en no sufrir, y a los que se les deberá apli-

car el principio de igual consideración (Gary L. Francione, 2004, p. 131) y, segundo, de que son sujetos de una vida con capacidades que deben florecer para tener o lograr una “vida digna de ser vivida” (Rosa María de la Torre, 2021, p. 171). Como sea, plantear que el objeto de estudio y regulación del derecho animal es el animal o la protección animal, supone que dicha protección jurídica se configura a través de un concepto que incluye 1) diversas descripciones del animal, como las de que son seres vivos, seres *sintientes* o sujetos de una vida; 2) que hace referencia a su estatus jurídico, el de cosa, y de aquí la normatividad relativa a usos y aprovechamientos, y 3) que alude a normas relativas, como ya le expliqué en otro apartado de este mismo artículo, a las de anticrueldad animal, bienestar animal, y derechos de los animales.

En tal escenario, y al igual que el derecho ambiental, el derecho animal se conforma por dos tipos de normas jurídicas: por un lado, las que son pre-existentes a la aparición de esta rama del derecho, pero que en este caso datan de hace muchas décadas y siglos, como las cosificadoras de épocas romanas y las de anticrueldad y maltrato animal de los siglos XVIII y XIX; por el otro, las que se han elaborado a partir de la irrupción del significado actual del concepto jurídico de animal, cuyo contenido, además de sumar lo anterior, comenzó a estructurarse desde finales de los años sesenta para el caso del bienestar animal, y desde principios de los ochenta del siglo pasado con la obra de Tom Regan (1983) para el caso de los derechos de los animales, sin ignorar, por supuesto, las pioneras contribuciones sobre este mismo tema que fueron elaboradas incipientemente desde finales del siglo XIX por Henry S. Salt (1892). Aunque para algunos doctrinarios el derecho animal no contempla en su objeto de estudio y regulación la cuestión de los derechos de los animales (María José Chible, 2016, p. 375), lo cierto es que este tema ha tomado una fuerza singular en los debates sobre la protección jurídica del animal, y ha derivado en que las definiciones sobre derecho animal y en que la disciplina jurídica como materia en universidades y centros de estudio, lo incorporen (César Nava, 2022, p. 1580; Steven Wise, 2003, pp. 104 y 105).

Derivado de lo dicho en el párrafo anterior, es posible señalar que, tal y como sucede en el derecho ambiental, en el derecho animal se protege mayormente a los animales como *objetos* y no como *sujetos* en el derecho, si bien el reconocimiento de sus derechos ha avanzado enormemente al menos en la dogmática jurídica. Es precisamente en torno a aquello que se protege, o sea, el objeto o, en su caso, el sujeto, que algunas diferencias entre el derecho am-

biental y el derecho animal salen a la luz. Si bien los animales forman parte de un componente del ambiente como es la naturaleza o la biodiversidad, y esto supondría considerar que la tutela del animal en este contexto pudiera ser incorporada como un “nuevo capítulo del derecho ambiental” en tanto que el animal es un ser *sintiente* (Jorge A. Franza, 2020, p. 86), lo cierto es que se ha señalado que desde el derecho ambiental la consideración de los animales es importante o relevante sólo en la medida en que éstos formen parte precisamente del ambiente (Helena Silverstein, 1996, p. 132). Esta diferenciación se explica, en parte, porque en el derecho animal subyace una *ética animalista individualista*, esto es, la tutela es para cada animal, mientras que en el derecho ambiental subyace una *ética ambientalista colectiva*, es decir, la protección recae en la naturaleza, las especies, los ecosistemas, la biosfera misma (Marta Tafalla, 2004, p. 39). Sobre esta misma distinción, Carlos Contreras (2015) explica lo siguiente:

El espíritu de las normas medioambientales no siempre coincidirá con el interés de un animal en particular, concebido el mismo como un individuo, como un ser *sintiente*, con intereses. Por lo que el desarrollo de la normativa de protección animal debe darse de forma independiente a la normativa ambiental. Estamos hablando de una rama emergente del derecho que aunque comparta muchos de los principios del derecho ambiental es independiente, pues trata temas diferentes. Para el derecho animal, cada ser importa, mientras que para el derecho ambiental, lo importante son las especies. (p. 208)

La idea de que en el derecho ambiental la preocupación sea por la perpetuación de especies enteras y no por la protección individual de los animales, como sí ocurre, por ejemplo, con la normatividad animal sobre anticrueldad (Helena Silverstein, 1996, p. 132), ha llevado a inquirir incluso hasta qué punto la normatividad ambiental en verdad está orientada a “proteger” a los animales. Las críticas de algunos doctrinarios han sido duras en este sentido al señalar que, por ejemplo, la conservación de la biodiversidad es tan sólo el reflejo de “una relación superficial en la protección de los animales” (Yoriko Otomo, 2013, p. 172), o que la conservación y cuidado de ecosistemas es “insuficiente frente al cuidado del bienestar del animal” (María José Chible, 2016, p. 384).

No obstante lo señalado con antelación, es importante enfatizar que, si bien la pretensión de la conservación de especies *vis à vis* la del bienestar

animal pudiera a veces entrar en conflicto por esta dicotomía entre lo colectivo y lo individual, ambas ideas pueden ser vistas como manifestaciones con un mismo propósito en contextos diferentes (Anne Peters, 2016, p. 13), y dicho propósito no es otro que el de alcanzar un tipo de normatividad encaminada a la protección jurídica de los animales, y a los espacios donde habitan, incluso si todos ellos son considerados meros objetos en el derecho. Por ello, más que encontrar una debilidad en el concepto jurídico de ambiente que propiciara diferencias irreconciliables y contradictorias para y desde la perspectiva del derecho animal, debe tenerse por cierto que tal concepto se refiere, entre otras cuestiones, a un mismo y único espacio o ecosistema en el que cohabitamos seres humanos y animales, y que de no evitar la destrucción de algunas partes significativas de dicho ecosistema, que es donde se encuentran viviendo millones de animales, éstos acabarán siendo afectados (David Favre, 2021, p. 6). No debe olvidarse que desde las entrañas mismas y desde los fundamentos primigenios del derecho ambiental, siempre ha estado presente en la discusión jurídica qué significa esto de decir que se quiere proteger al ambiente, particularmente en el sentido de que si lo que se quiere es proteger a los animales o si lo que se busca es proteger los lugares en los que viven (Colin Crawford, 2009, p. 23).

V. CONCLUSIONES

Es de observarse que existen y que son claramente identificables una serie de semejanzas y diferencias entre el derecho ambiental y el derecho animal en lo concerniente a la protección jurídica de los animales. A través de un análisis entre ambas disciplinas jurídicas respecto de las denominaciones propuestas, sus orígenes y autonomía, y la delimitación conceptual en relación con dicha protección, se han obtenido a partir de un ejercicio comparativo algunos resultados que permiten afirmar que, si bien existen casi igual número de semejanzas que de diferencias, hay suficientes indicios como para pensar que su cercanía conceptual y normativa es, en este sentido, mayor que su lejanía. Aunque son de relevancia ciertas diferencias en lo conducente, ninguna de ellas debiera percibirse o decretarse como irreconciliable o contradictoria en tanto que el fin último en cada disciplina es el de proteger a los animales en el marco del objeto de estudio y de regulación que las distingue.

En síntesis, las semejanzas más importantes entre estas dos disciplinas jurídicas son: 1) sus orígenes se ubican hacia mediados de la segunda mitad del siglo XX, son el resultado correspondiente a procesos sociales conocidos como ambientalismo y animalismo, y no existe fecha precisa o evento único que marque su comienzo; 2) son ramas jurídicas distintivas que comparten procesos similares de discusión respecto a su autonomía, contienen una especificidad propia anclada en conceptos jurídicos que permiten conocer su objeto de estudio y regulación que son, respectivamente, el de ambiente y el de animal, y se encuentran estructuradas a través de la conformación e identificación de principios y caracteres propios; 3) se protege por la norma a los animales mayormente como objetos de derecho, y 4) la normatividad está conformada por normas jurídicas preexistentes al surgimiento de ambas disciplinas, y por normas jurídicas posteriores a dicho surgimiento que se enfocan a lo propiamente ambiental y animal según corresponda.

Por lo que toca a las diferencias, las más relevantes son: *a)* la historia de sus denominaciones es distinta ya que el derecho ambiental ha utilizado terminología diversa y el derecho animal lo ha hecho prácticamente con una sola y, de hecho, debido a que el ambientalismo impulsó de cierto modo al animalismo, el derecho ambiental precede al derecho animal en el tiempo y es para la investigación y la docencia una disciplina mucho más consolidada; *b)* el desarrollo de principios y caracteres del derecho ambiental se encuentra mejor estructurado que el del derecho animal: inclusive, éste ha tomado y adaptado para sí principios propios de aquel; *c)* el objeto de estudio y regulación del derecho ambiental es más amplio que el del derecho animal al incorporar componentes de protección ajenos a los animales, y *d)* mientras que en el derecho ambiental la protección es colectiva y regularmente indirecta, por el uso de conceptos como *fauna* o *especies*, por los lugares o espacios en los que habitan como los de ecosistemas o áreas protegidas, y por la utilización de nociones a los que pertenecen o con los que se les describe como son el de *naturaleza* o el de *recursos naturales*, en el derecho animal la protección es individual y directa, por el uso del concepto animal como tal, y porque cada uno de ellos, como individuo, como animal, cuenta para una normatividad enfocada a la anticrueldad, al bienestar, y al reconocimiento de sus derechos.

VI. REFERENCIAS

- Alonso, E. (2015). El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres «sensibles [sentientes]» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En D. Favre y T. Giménez-Candela (eds.), *Animales y derecho. Animals and the Law* (pp. 10-52). Tirant lo Blanch.
- Ángel, J. L. y Quijada, R. (2005). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Bibliográfica Omeba.
- Ball, S. y Bell, S. (1994). *Environmental Law* (2a. ed.). Blackstone.
- Baqueiro, E. (1997). *Introducción al derecho ecológico*. Oxford University Press-Harla.
- Battaglia, Luisella (2018). Liberazione animale: i doveri e i diritti dei non umani. En *Antología del 'movimiento antispecista'* (pp. 177-179). <http://files.spazioweb.it/73/d6/73d6035d-2c89-4cb4-b8d0-715781e6b89a.pdf>
- Bowlby, S. R. y Lowe, M. S. (1992). Environmental and Green Movements. En A. M. Mannion y S. R. Bowlby (eds.), *Environmental Issues in the 1990s* (pp. 161-174). Wiley.
- Boyle, A. y Redgwell, C. (2021). *International Law and the Environment* (4a. ed.). Oxford University Press.
- Brañes, R. (2000). *Manual de derecho ambiental mexicano* (2a. ed.). Fundación Mexicana para la Educación Ambiental-Fondo de Cultura Económica.
- Brañes, R. (2001). *El desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación. Informe sobre los cambios jurídicos después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río 1992)*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- Broom, D. M. (2016). International Animal Welfare Perspectives, Including Whaling and Inhumane Seal Killing as a W.T.O. Public Morality Issue. En D. Cao y S. White (eds.), *Animal Law and Welfare – International Perspectives* (pp. 45-61). Springer.
- Bustamante, J. (1995). *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*. Abeledo-Perrot.
- Cabrera, L. (1981). *El derecho de protección al ambiente*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cafferatta, N. A. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. Semarnat- Instituto Nacional de Ecología.
- Cano, G. J. (1978). *Derecho, política y administración ambientales*. Depalma.

- Cardoso, E. y Angelo, A. (2019). Animal Rights Theory from the Legal and Bioethical Perspectives. *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 10(3), 30-46. <https://doi.org/10.5565/rev/da.443>
- Chible, M. J. (2016). Introducción al derecho animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del derecho. *Revista Ius et Praxis*, 2, 373-414.
- Contreras, C. (2015). Régimen jurídico de los animales en Latinoamérica. En B. Baltasar (coord.), *El derecho de los animales* (pp. 185-243). Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco-Universidad Autónoma de Madrid-Fundación Santillana-Marcial Pons.
- Cooper, M. E. (1987). *An Introduction to Animal Law*. Academic Press.
- Cornejo, F. M. (2022). Derecho comparado. En *Diccionario jurídico mexicano* (3a. ed.) (pp. 1419-1421). Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Crawford, C. (2009). La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones. En Varios autores, *Derecho ambiental y justicia social* (pp. 21-104). Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana.
- Delgado, F. (2002). Los espacios naturales protegidos. En L. Ortega (coord.), *Lecciones de derecho del medio ambiente* (3a. ed.) (pp. 209-244). Lex Nova.
- Dupuy, P. M. (1974). Sur des tendances récentes dans le droit international de l'environnement. *Annuaire français de droit international*, 20, 815-829.
- Esteve, José (2008). *Derecho del medio ambiente*. Marcial Pons.
- Favre, D. (2021). *The Future of Animal Law*. Edgar Elgar.
- Favre, D. y Loring, M. (1983). *Animal Law*. Quorum Books.
- Feinberg, J. (1974). The Rights of Animals and Unborn Generations. En W. T. Blackstone (ed.), *Philosophy & Environmental Crisis* (pp. 43-68). The University of Georgia Press.
- Ferrey, S. (2004). *Environmental Law* (3a. ed.). Aspen.
- Foladori, G. (2005). Una tipología del pensamiento ambientalista. En G. Foladori y N. Pierri (coords.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable* (pp. 83-136). Universidad Autónoma de Zacatecas-Miguel Ángel Porrúa.
- Fonseca, C. A. (2010). *Manual de derecho ambiental*. Adrus.
- Francione, G. L. (1996). *Rain without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*. Temple University Press.

- Francione, G. L. (2004). Animals—Property or Persons? En C. R. Sunstein y M. C. Nussbaum (eds.), *Animal Rights. Current Debates and New Directions* (pp. 108-142). Oxford University Press.
- Franza, J. A. (2020). El derecho animal dentro del nuevo paradigma del derecho ambiental. *Pensar en derecho*, 15(9), 75-90.
- Gaba, J. M. (2001). *Environmental Law* (2a. ed.). West Group.
- Garza, J. G. (2017). *Los derechos de la naturaleza en México*. Editora Laguna.
- Giménez-Candela, M. y Cersosimo, R. (2021). *La enseñanza del derecho animal*. Tirant lo Blanch.
- González, J. J. (2017). *Tratado de derecho ambiental mexicano. Las instituciones fundamentales del derecho ambiental*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- González, M. de las Victorias (2019). Derecho ambiental y derecho animal. En M. de las V. González (coord.), *Manual de derecho animal* (pp. 19-25). Jusbares.
- Grubb, M., Koch, M., Munson, A., Sullivan, F. y Thomson, K. (1993). *The Earth Summit Agreements. A Guide and Assessment*. The Royal Institute of International Affairs.
- Gutiérrez, R. (2007). *Introducción al estudio del derecho ambiental*. Porrúa.
- Huerta, E. (2000). *Derecho ambiental*. McGraw-Hill.
- Jaquenod, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Dykinson.
- Jaquenod, S. (2002). *Derecho ambiental*. Dykinson.
- Juergensmeyer, J. C. (1987). Presente y futuro del derecho ambiental en los Estados Unidos de Norteamérica. En Varios autores, *Ambiente y futuro* (pp. 41-47). Fundación Manliba.
- Kelch, Th. G. (2013). A Short History of (Mostly) Western Animal Law. Part II. *Animal Law Review*, 19, 347-390.
- Kiss, A. (1976). *Survey of Current Developments in International Environmental Law*. International Union for Conservation of Nature and Natural Resources.
- Lamarque, J. (1973). *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Leff, E. (2002). *Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder* (3a. ed.). Siglo veintiuno editores.
- Lorenzetti, R. L. (2011). *Teoría del derecho ambiental*. Pontificia Universidad Javeriana-Temis.
- Lozano, B. (2004). *Derecho ambiental administrativo* (5a. ed.). Dykinson.
- Martín, R. (1977). *Derecho ambiental*. Instituto de Estudios de Administración Local.

- Miguel, C. de (2002). *Derecho español del medio ambiente* (2a. ed.). Civitas.
- Morán, G. M. (2002). El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6, 501-529.
- Moreno R. (1998). *Diccionario jurídico: Economía, sociología, política, ecología*. La Ley.
- Mulà, A. (2015). Derecho ambiental versus derecho animal. En D. Favre y T. Giménez-Candela (eds.), *Animales y derecho. Animals and the Law* (pp. 329-338). Tirant lo Blanch.
- Nava, A. (2007). *Derecho administrativo mexicano* (3a. ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Nava, C. (2012). *Ciencia, ambiente y derecho*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nava, C. (2022). Derechos de los animales. En *Diccionario jurídico mexicano* (3a. ed.) (pp. 1578-1580). Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Odum, E. P. (1978). *Ecología: el vínculo entre las ciencias naturales y las sociales*. Compañía Editorial Continental.
- Ortega, L. (2002). El concepto de medio ambiente. En L. Ortega (coord.), *Lecciones de derecho del medio ambiente* (3a. ed.) (pp. 39-83). Lex Nova.
- Otomo, Y. (2013). Species, Scarcity and the Secular State. En Y. Otomo y E. Mussawir (eds.), *Law and the Question of the Animal: A Critical Jurisprudence* (pp. 166-174). Routledge.
- Peters, A. (2016). Global Animal Law: What It Is and Why We Need It. *Transnational Environmental Law*, 5(1), 9-23. [https://doi:10.1017/S2047102516000066](https://doi.org/10.1017/S2047102516000066)
- Petite, E. (1953). *Tratado elemental de derecho romano*. Editora Nacional.
- Pierri, N. (2005). Historia del concepto de desarrollo sustentable. En G. Folladori y N. Pierri (coords.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable* (pp. 27-81). Universidad Autónoma de Zacatecas–Miguel Ángel Porrúa.
- Pigretti, E. A. (1971). *Derecho de los recursos naturales*. La Ley.
- Pojman, L. P. (2005). On Ethics and Environmental Concerns. En L. P. Pojman (coord.), *Environmental Ethics. Readings in Theory and Application* (4a. ed.) (pp. 1-3). Thomson-Wadsworth.
- Prieur, M. (2001). *Droit de l'environnement* (4a. ed.). Dalloz.
- Regan, T. (1983). *The Case for Animal Rights*. University of California Press.

- Ríos, I. de los (2005). *Principios de derecho ambiental*. Editora Isabel de los Ríos.
- Rodgers, W. H. (1977). *Environmental Law*. West Publishing
- Rosa, M. E. (2013). *Derecho ambiental y derecho animal*. La Ley. AR/DOC/2684/2013
- Rosa, M. E. (2022). In dubio pro sintiencia. Redimensionando principios clásicos a la luz del derecho animal. *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, 1, 1-12.
- Salt, H. S. (1892). *Animals' Rights, Considered in Relation to Social Progress*. George Bell & Sons Ltd.
- Sandys-Winsch, G. (1978). *Animal law*. Shaw.
- Schaffner, J. E. (2011). *An Introduction to Animal and the Law*. Palgrave Macmillan.
- Silverstein, H. (1996). *Unleashing rights: law, meaning, and the animal law movement*. The University of Michigan Press.
- Stone, Christopher D. (2005). Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. En L. P. Pojman (coord.), *Environmental Ethics. Readings in Theory and Application* (4a. ed.). (pp. 274-284). Thomson-Wadsworth.
- Tafalla, M. (2004). Introducción: un mapa del debate. En M. Tafalla (ed.), *Los derechos de los animales* (pp. 15-39). Idea Books.
- Tannenbaum, J. (2013). What Is Animal law? *Cleveland State Law Review*, 61(4), 891-955. <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstrev/vol61/iss4/4>
- Teclaff, L. A. y Utton, A. E. (comps.) (1974). *International Environmental Law*. Praeger Publishers.
- Thornton, J. y Beckwith, S. (1997). *Environmental law*. Sweet & Maxwell.
- Tischler, J. (2012). A Brief History of Animal Law, Part II (1985-2011). *Journal of Animal Law and Policy*, 5, 27-77.
- Torre, R. M. de la (2021). *Los fundamentos de los derechos de los animales*. Tirant lo Blanch.
- Verdú, A. D. y García, J. T. (2010). La ética animalista y su contribución al desarrollo social. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 112, 13-29.
- Waisman, S. S., Frasc, P. D. y Hessler, K. M. (2021). *Animal Law in a Nutshell* (3a. ed.). West Academic Publishing.
- Waldau, P. (2016). Second Wave Animal Law and the Arrival of Animal Studies. En D. Cao y S. White (eds.), *Animal Law and Welfare – International Perspective* (11-34). Cham: Springer.

- White, R. R. (1993). *North, South and the Environmental Crisis*. University of Toronto.
- Wise, S. (2003). The Evolution of Animal Law since 1950. En D. J. Salem y A. N. Rowan (eds.), *The State of Animals II: 2003* (pp. 99-105). Humane Society Press.

Reflexiones sobre la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres (maternidad subrogada)

Reflections on the Exploitation of Women's Reproductive Capacity (Surrogacy)

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

 <https://orcid.org/0000-0001-5695-854X>

Feminista; doctora en derecho por la UNAM;
investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Correo electrónico: alicia.elena@comunidad.unam.mx

RESUMEN: A partir de un repaso a la historia reciente sobre los acuerdos internacionales en materia de población, derechos humanos de las mujeres y de las infancias, se reflexiona sobre el impacto que las técnicas de reproducción conocidas como *gestación* o *maternidad subrogada* tienen sobre la dignidad de las mismas mujeres e infancias, así como sobre su derecho a vivir sin violencia; se revisan los acuerdos sobre políticas públicas de población y desarrollo para apuntar las formas en que se crea un conflicto entre estas técnicas de reproducción y los principios éticos y de dignidad humana que sostienen los derechos humanos. Este repaso permite incursionar en el mercado de alquiler de vientres, que son indicativos de la existencia de una forma de explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres y una forma más de violencia que también afecta a las infancias que nacen de estas técnicas.

Palabras clave: derechos sexuales y reproductivos, maternidad subrogada, alquiler de vientres, derechos humanos de las mujeres, derechos de niñas y de niños, violencia contra las mujeres.

ABSTRACT: Originating from a review of the recent history on international agreements regarding population, women and children's human rights, I reflect about the impact that the human reproduction techniques known as surrogate motherhood or gestation have on the dignity of the same women and children, as well as their right to live without violence. I review the agreements about public politics of population and development to point where the conflict between these reproductive techniques and the ethical principles of human dignity come by keeping the human rights on top. This review allows us to get involved in the market on uterus for rent, which are indicative of a form of exploiting the reproductive capabilities of women and a new form of violence that also affects the children born of these techniques.

Keywords: sexual and reproductive rights, surrogate motherhood, uterus rental, women human's rights, children human rights, violence against women.

RECEPCIÓN: 29 de noviembre de 2022

ACEPTACIÓN: 26 de abril de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un breve repaso a la historia reciente en el ámbito internacional.* III. *El conflicto entre la dignidad, la ética y la gestación subrogada.* IV. *Gestación subrogada como una modalidad de violencia contra las mujeres.* IV. *Colofón a manera de conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Aproximadamente en la segunda mitad del siglo pasado surgen estudios para controlar la reproducción humana en dos sentidos: evitar la procreación para reducir el crecimiento de la población humana y, paradójicamente, para impulsar formas de intervención técnica para hacer que personas con problemas de infertilidad puedan procrear; nuevas técnicas que, desde mi punto de vista, se empalman con las raíces históricas de la explotación de la función reproductiva de las mujeres que existe desde los albores de la humanidad.¹

Propongo como objetivo responder tres preguntas: ¿Las llamadas técnicas de gestación o maternidad subrogada son esenciales para el desarrollo de los derechos humanos de todas las personas involucradas, empezando por las mujeres cuyo vientre es utilizado para la gestación y por las infancias que nacen de estas técnicas? ¿Es posible afirmar que en el uso de técnicas prevalece la dignidad de todas las personas involucradas? ¿Son estas técnicas una forma más de violencia contra las mujeres vía la explotación de su capacidad reproductiva y, por lo tanto, de su cuerpo?²

En la búsqueda de la respuesta, propongo tres líneas de abordaje que permitirán sostener mis puntos de vista —desde luego feministas— y mi categórico rechazo a cualquier forma de explotación de las mujeres, cuyo fundamento lo encuentro tanto en la base teórica de derechos humanos de las mujeres cimentada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (La Declaración), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), la Convención Interame-

¹ Para entender el contexto de esta afirmación, se puede leer a Federico Engels (1891); Pablo Lafargue (1911); François Poullain de la Barre (1679).

² Es importante aclarar que este trabajo sólo se refiere a la maternidad o gestación subrogada, no a todas las técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial o *in vitro*.

ricana para Prevenir, Atender y Sancionar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém Do Pará) y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN).

Iniciaré este abordaje con un resumen histórico de la evolución de la presencia del concepto de dignidad como componente fundamental de las políticas públicas para la promoción y protección de los derechos humanos y en aquellas que están vinculadas con la población y el desarrollo; un resumen, a partir de la aprobación de La Declaración, que permite precisar la frontera entre el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos e hijas que asiste a toda persona en México de conformidad con el artículo 4o. constitucional y la explotación —en formas que pueden definirse como esclavitud— de la capacidad reproductiva de las mujeres, que existe desde los albores de la humanidad.³

En la segunda línea, propondré una reflexión sobre la capacidad reproductiva de las mujeres —las hembras de la especie humana— que permita entender —o clarificar— la relación ética que debe existir entre la reproducción y la dignidad humana; una línea en la que cuestiono algunas normas jurídicas que, en mi opinión, han perdido de vista dicha relación ética y, por tanto, se han plasmado en decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sin el respeto debido a estos principios éticos, en la medida en que estos procesos reproductivos se insertan en una lógica de mercado, de comercio.

En la tercera cuestiono si estas técnicas son parte de una de las modalidades de la violencia contra las mujeres que se ha identificado como violencia obstétrica.

³ No hay espacio para enfocar todas las evidencias de esta explotación que se encuentran en la historia de la humanidad y son visibles para quien quiera verlas, desde la creación de instituciones como el matrimonio, a través del cual se pretendía “garantizar” la fidelidad de la madre y, por tanto, la pureza del linaje, pasando por la compra de esposas para garantizar la sobrevivencia de dinastías, la utilización de esclavas para perpetuar el linaje de los grandes señores en caso de infertilidad de las esposas —en la tradición judeo-cristiana esta práctica se observa desde los primeros libros bíblicos, en la que se encuentran referencias a esta explotación en el Antiguo Testamento—, la violación de las esclavas para aumentar el número de esclavos durante la colonización de nuestro continente, que se encuentra referenciada en la literatura y la historia de la humanidad.

II. UN BREVE REPASO A LA HISTORIA RECIENTE

1. *Construcción de las políticas sobre población y desarrollo en el ámbito internacional*

En el seno de las Naciones Unidas (ONU) se ha trabajado el tema de la reproducción humana en varios de sus organismos y conferencias de corte mundial —como los encargados de analizar la población y el desarrollo, los temas de salud, de derechos humanos en general, los específicos sobre las mujeres o de la infancia—, así como sus equivalentes en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En este repaso, centraré la atención en la evolución de los temas estrechamente vinculados a la reproducción humana en el marco de los trabajos de algunos de los mecanismos internacionales sobre población y desarrollo, derechos humanos de las mujeres y de las infancias y adolescencias.

Para iniciar este apretado recuento, me permito recordar que la comunidad internacional después de las consecuencias que dejó la Segunda Guerra Mundial (genocidio, pobreza y hambruna) reconoció que existe una dignidad intrínseca a mujeres y hombres por igual. Sí, es preciso recordar que en el preámbulo de La Declaración se establecen los principios que sostienen todo su articulado, reconociendo que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y que los países que integran la ONU manifiestan a través de este compromiso “...su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”;⁴ que estos principios encaminan los esfuerzos para la emancipación de mujeres y hombres, la desarticulación de prácticas homofóbicas, racistas o sexistas, para privilegiar el respeto frente a prejuicios y odios en la media en que se reconoce que, con todas las diferencias entre todas las mujeres y todos los hombres, existe una humanidad compartida cuya esencia está cimentada en esa dignidad que también es compartida.

Esa es la base de los derechos humanos, concepto que se recoge en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana Sobre De-

⁴ Véase el primer y cuarto párrafos de este Preámbulo; principios que se consagran en el artículo 1 de la Declaración.

rechos Humanos para ampliarse y consolidarse en los mecanismos y grupos de trabajo de la ONU y de la OEA. Veamos algunos ejemplos directamente relacionados con los llamados *derechos sexuales y reproductivos* que han sido conocidos y definidos en varias reuniones cumbre de la ONU sobre el binomio población y desarrollo,⁵ de las cuales marcaron un hito la realizada en Bucarest en 1974 y la realizada en El Cairo veinte años después; aunque es pertinente señalar que en todas se abordan los derechos sexuales y reproductivos a partir de la consideración de la dignidad y los derechos humanos como principios a tomar en cuenta en todas las políticas y programas públicos vinculados con la fecundidad y el crecimiento de la población, así como el llamado de atención a promover el uso de anticonceptivos para disminuir el crecimiento de dicha población y el mejoramiento de la condición de la mujer.⁶

En Bucarest, por ejemplo, se inician los trabajos reconociendo la diversidad en el mundo y el imperativo de la colaboración internacional para resolver los problemas más acuciantes que enfrentan el desarrollo y el bienestar social en el mundo. En esta Conferencia se promueven políticas públicas de planificación familiar y control de la natalidad vinculados a “las complejas relaciones que existen entre los problemas de la población, los recursos, el medio ambiente y el desarrollo” (E/CON.60/19, 1974, p. 14) y se vincula el derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de los hijos e hijas a la información y educación que los Estados proporcionen a su población para que se ejerzan con la responsabilidad que las personas

⁵ Conferencia Mundial de Población, Bucarest, del 19 al 30 de agosto de 1974 (E/CON.60/19); Conferencia Internacional sobre Población, México, del 6 al 14 de agosto de 1984 (E/CONF.76/19); Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994 (A/CONF.171/Rev.1); Medidas clave para seguir ejecutando el programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo aprobadas en el 21 Período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, del 30 de junio al 2 de julio de 1999 (A/RES/S-21/2); 29 Período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la ONU, Nueva York, del 22 de septiembre de 2014 (A/69/62); Cumbre de Nairobi (CIPD +25), Nairobi, del 12 a 14 de noviembre de 2019 (consultar *Declaración de Nairobi sobre la CIPD25 y Adelantando la Promesa, Informe relativo a la Cumbre de Nairobi sobre la CIPD2*. <https://www.un.org/es/conferences/population/nairobi2019>).

⁶ Cuando utilizo el singular lo hago sólo porque en la ONU esta forma es común para hacer referencia a todas las mujeres; sin embargo, reconozco y entiendo la necesidad de especificar las diferencias que existen entre nosotras, de hecho, por edad, nacionalidad, raza, religión, condición social, económica, de salud o migratoria, sexualidades y el gran etcétera que existe.

deben tener frente a las necesidades de sus hijas e hijos y frente a la comunidad en la que viven.

En esta conferencia se inicia el reconocimiento del derecho de las mujeres a su integración en el proceso de desarrollo en igualdad de acceso a otros derechos como la educación y la participación en la vida social, económica y política de su comunidad o país, sin discriminación (E/CON.60/19, 1974, pp. 49 y ss.). Al mismo tiempo, se transforman las políticas de población impulsando el control de la natalidad, privilegiando las familias pequeñas sobre la prole numerosa, consideración que mantiene su relevancia en un mundo en el que se ha alcanzado la cifra de ocho billones de habitantes y se padece una persistente merma de los recursos indispensables para la sobrevivencia de la humanidad con pleno respeto a la dignidad y derechos humanos de todas las personas.

Diez años después, en la conferencia llevada a cabo en 1984 en México, se profundiza el enfoque de los derechos de las mujeres, reconociendo que la capacidad que éstas tengan para decidir sobre el manejo de su fertilidad, impacta de manera directa el disfrute de otros derechos, como trabajo, salud, educación; consideraciones que se consolidan de manera definitiva en 1994 en la Conferencia de El Cairo, en la que se aprobó que deben ser piedra angular de los programas de población y desarrollo: la promoción de la “equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de que sea ella quien controle su propia fecundidad”; que el derecho a disfrutar el más alto nivel de salud posible incluye “el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye, a su vez, la planificación de la familia y la salud sexual”, y que el acceso a los programas de atención de la salud reproductiva deben “proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción” en la medida que “todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo” (A/CONF.171/Rev.1, 1994, pp. 10 y 11).

Con base en estas consideraciones se acordó, entre otras propuestas de políticas públicas, que todos los países deben adoptar medidas “exhaustivas para eliminar todas las formas de explotación, abuso, acoso y violencia contra las mujeres, las adolescentes y las niñas”, así como prohibir todas las prácticas degradantes entre las que se mencionan el tráfico, la explotación

por medio de la prostitución, y se enfoca la atención en la protección de los derechos y la seguridad de las víctimas de esas técnicas (A/CONF.171/Rev.1, 1994, p. 22).

La Conferencia de El Cairo marca un hito en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos que deben ser ejercidos en condiciones “óptimas de salud, responsabilidad y bienestar de la familia”, y en un marco de respeto a “la dignidad de todas las personas... y su derecho a elegir el número de hijos —e hijas—, su espaciamiento y el momento de su nacimiento”, así como la recomendación a los gobiernos para “garantizar la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la prestación de los servicios de planificación de la familia y otros servicios conexos de salud reproductiva” (A/CONF.171/Rev.1 p. 41). Incluso, se destacó la importancia de este principio ético en el uso de técnicas de fecundación *in vitro*.

Con estos elementos expresados en un apretado resumen, nos preguntarnos si la práctica de la maternidad subrogada cumple con el principio de dignidad que sustenta la Declaración y forma parte del mandato sobre políticas de población junto con el principio de ética y como la prohibición de la explotación sexual de las mujeres, que se puntualizaron en la Asamblea General de la ONU de 1999,⁷ definiéndoles como pilar en los temas sobre población y desarrollo junto con los derechos humanos durante la Asamblea General de la ONU de 2014,⁸ en la que se afirma de manera puntual y clara que toda “agenda para el desarrollo que aspire a lograr el bienestar individual y colectivo ha de garantizar la dignidad y los derechos humanos de todas las personas,” especificando que las leyes y políticas públicas de desarrollo deben asegurar el respeto y la protección de los derechos humanos a la salud y sexuales y reproductivos de todas las personas para alcanzar la sostenibilidad del bienestar social.

Sí, dignidad y derechos humanos son principios éticos que deben ser ejes de las decisiones que se tomen sobre el cuerpo y la fertilidad de cada persona, como quedó de manifiesto en la Cumbre de Nairobi (UNFPA, 2019).

⁷ Que se refirió a la definición *Sobre las medidas clave para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* (A/RES/S-21/2, p. 13).

⁸ En esta conferencia se acordaron la *Medidas para el seguimiento del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo después de 2014* (A/69/62, p. 15).

2. La dignidad y los derechos humanos

Para demostrar que la dignidad humana es considerada como principio toral de todos los derechos humanos, además del repaso anterior, es pertinente dar una mirada a dos referentes de los mecanismos para el adelanto de las mujeres y la protección a las infancias: la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer⁹ (Plataforma de Acción) (1995) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (Protocolo Facultativo) (2000),¹⁰ pues enfocan de manera directa las afectaciones a la dignidad de las personas cuyas vidas son marcadas de una u otra manera por las técnicas de subrogación en la gestación.

Más de veintisiete años han transcurrido desde la aprobación de la primera y más de veinte de la entrada en vigor del segundo, tiempo que me permite enfocar este análisis en la identificación de los avances o retrocesos en esta materia desde la perspectiva los derechos humanos de las mujeres y las infancias a partir del punto en el que se lograron los mayores avances en el ámbito de las responsabilidades que tienen los Estados de proteger, promover, respetar y garantizar, en este caso, los derechos en materia de salud —incluso la salud sexual y reproductiva—, de igualdad y libertad, a no ser explotada o esclavizada, que asisten a las todas las mujeres y que se violan a las que están involucradas en estas técnicas de gestación, así como los derechos a tener una familia, a la identidad, a la salud y a conocer sus propios orígenes, que asisten a la niñez.

En este contexto es importante puntualizar que, además de reafirmar el compromiso de defender los derechos y la dignidad de las mujeres y niñas, que se extiende a toda la población y se reafirma de manera visionaria como compromiso de los medios de comunicación,¹¹ en la Plataforma de Acción¹²

⁹ Celebrada en Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995.

¹⁰ Desde luego, la CEDAW y la CDN son los cuerpos normativos fundamentales para las mujeres y para las infancias pero, por razón de espacio, me concentro sólo en estos dos que son parte del desarrollo de los acuerdos internacionales alcanzados con estas dos convenciones.

¹¹ Véanse los párrafos 8, 33, 34, de la Declaración de Beijing, en el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo del 5 al 15 de septiembre de 1995 en Beijing (A/CONF.177/Rev. 1).

¹² Es pertinente aclarar que en Beijing se retomaron de manera íntegra los acuerdos sobre

se definen los derechos sexuales y reproductivos vinculados al concepto de la salud reproductiva al tiempo que se reconoce que este vínculo:

...entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a... recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. (A/CONF.177/20, párrafo 94)

Derechos que incluyen, entre otros, el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas y el derecho a “adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia” (A/CONF.177/20, párrafo 95). También se establece que, en el ejercicio de estos derechos, las personas “deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos (e hijas) nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad” (A/CONF.177/20, párrafo 95). Es decir, se trata de derechos que se encuentran insertos en un contexto de responsabilidad hacia las niñas y niños que nacen del ejercicio de estas decisiones relativas a la reproducción, así como con el entorno comunitario, económico, social y cultural en el que se desarrollará la vida familiar de esas niñas y niños; no son derechos para satisfacer deseos anclados en el ego.

Los planteamientos de las conferencias de Beijing y El Cairo, a decir de Paul Hunt,¹³ marcan un hito en materia de programas de planificación familiar, colocando a la mujer en “el centro de un planteamiento integral de la reproducción” y a sus derechos humanos como parte esencial en su relación con la salud sexual y reproductiva (E/CN.4/2004/49, párrafo 7). Planteamientos que siguen siendo torales en las políticas públicas sobre el derecho a la salud de las mujeres, pero difícilmente realizables en una práctica en la que sólo son consideradas como incubadoras en un proceso complejo que involucra todo su cuerpo y toda su energía.

salud sexual y reproductiva alcanzados en la Conferencia sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994.

¹³ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental, entre agosto de 2002 y julio de 2008.

En la Plataforma de Acción no se encuentra ninguna referencia a las técnicas de reproducción asistida —aunque ya existían—, mucho menos a la gestación subrogada. Desde luego, el tema —en la modalidad de reproducción asistida— se debatió, pero el concepto no alcanzó un acuerdo universal en virtud de que la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* eran —y son— consideradas técnicas auxiliares para combatir la infertilidad, cuando así lo requieren las mujeres o las parejas que se encuentran en esa condición. Sin embargo, la situación que se enfrenta en esta materia en este primer cuarto del siglo XXI hace pertinente afirmar que, al definir esas “obligaciones con la comunidad”, debe considerarse la responsabilidad del Estado hacia las mujeres cuyos úteros son utilizados para hacer posible ese tipo de gestación, a fin de evitar tanto los abusos que se cometen contra grupos de mujeres en condiciones de vida precarias mediante la mercantilización de sus cuerpos —concretamente de su capacidad reproductiva—, y la violación de derechos humanos de niñas y niños que nacen de esas técnicas —como lo es, entre otros, el derecho a conocer sus propios orígenes—.

Por otro lado, la inseguridad y falta de certeza jurídica provocadas por legislación incompleta o ambigua, coloca a las mujeres gestantes en situaciones de alto riesgo para su salud y su vida, así como sufrir violencia obstétrica en mayor grado (Isabel Fulda Graue, 2017, pp. 31 y ss.). En otro renglón, debe tomarse en cuenta el derecho que tiene toda persona a conocer sus propios orígenes, vinculado a la salud, que se convulsiona por las formas en que se realizan estas técnicas de reproducción humana. Es un panorama preocupante que debería prevenirse evitando estas técnicas.

Por lo que hace al Protocolo Facultativo, es importante revisar los debates del Grupo de Trabajo encargado de su redacción, en el contexto de la entonces Comisión de Derechos Humanos de Naciones, porque el Grupo Regional de América Latina y el Caribe (GRULAC), a propuesta de la Delegación de México en esas reuniones, defendió una serie de principios; entre ellos, la consideración de que la prohibición de la “venta de niños” debe incluir la eventualidad de hacerlo durante la gestación mediante el pago de una remuneración a la madre portadora, es decir, mediante la maternidad o gestación subrogada.¹⁴

¹⁴ Fui representante de México ante ese Grupo de Trabajo durante cinco años, el documento al que hago referencia —Informe de la Delegación de México sobre el GT— fue redactado por mí en 2000 y entregado a la Secretaría de Relaciones Exteriores ese año.

Esta consideración no terminó de consolidarse en el Protocolo Facultativo porque, en aquellos años, la gestación subrogada seguía bajo el velo de historias de ciencia ficción a pesar de los avances alcanzados por las técnicas de reproducción asistida que, varios años atrás, ya habían logrado el nacimiento de la primera niña mediante fecundación *in vitro*.¹⁵ Sin embargo, ya existían datos sobre el alquiler de úteros y la existencia de verdaderas granjas en donde se mantenían en situación de esclavitud a mujeres destinadas a ser fecundadas o para utilizar sus úteros como incubadoras y llevar a cabo la gestación de hijos e hijas para otras personas, que fueron denunciados y provocaron acalorados debates entre tres visiones distintas: por un lado, el GRULAC al que se sumaron Sri Lanka, Ceilán, India y Sudáfrica; por el otro, el grupo de países occidentales,¹⁶ que hoy representan respectivamente los países en donde se encuentran, mayoritariamente, las mujeres que ofrecen en alquiler sus úteros como una forma para obtener recursos para su subsistencia o son utilizadas para estas técnicas en calidad de esclavas y, finalmente, los países en donde se encuentran, también mayoritariamente, las personas que solicitan el alquiler de úteros para una gestación subrogada. Situación cuya continuidad fue confirmada por la prensa internacional al iniciar la pandemia que afecta al mundo desde finales de 2019 y el estallido del conflicto Rusia-Ucrania.¹⁷

III. EL CONFLICTO ENTRE LA DIGNIDAD, LA ÉTICA Y LA GESTACIÓN SUBROGADA

1. *Un mercado global de alquiler de vientres*

En los años transcurridos desde esas reuniones cumbre, la tecnología reproductiva siguió avanzando, así como los debates sobre el tema y la de-

¹⁵ Louise Joy Brown, quién nació el 25 de julio de 1978 en Inglaterra, es la primera persona en el mundo que nació a partir de una fecundación *in vitro*. Cabe destacar que el embarazo, después de la fecundación *in vitro*, se desarrolló totalmente en el útero de su propia madre.

¹⁶ Integrado por la Unión Europea, Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda

¹⁷ La información es prolífica, basten algunos ejemplos: Ponniah, Kevin (2018-02-19); Las granjas humanas: vientres de alquiler (2021-06-11); Invasión de Ucrania impacta el negocio de los vientres de alquiler (2022-03-16); incluso en Youtube, véase Coronado, Nuria (2020), La realidad sobre las “granjas de niños” y los “vientres de alquiler”.

manda de vientres en alquiler. Hoy la gestación subrogada es una realidad que presenta problemas complejos en materia ética y de derechos humanos, entre los cuales identifiqué la enajenación de la capacidad reproductiva de las mujeres por las empresas y personal médico encargado de estas técnicas (IIDH, 2008, pp. 17 y ss.), al mismo tiempo que se han polarizado y complejizado de tal manera las relaciones entre padres y/o madres —hoy llamados *intencionales*—, la madre gestante y las empresas intermediarias. Al respecto, es difícil mantener una posición neutral que permita un análisis pausado sobre el impacto de estas tecnologías frente a la dignidad y los derechos humanos que se encuentran en tensión o cuya defensa se alude, como los de las mujeres portadoras del embarazo por subrogación, en especial de aquellas cuya situación social, económica y cultural es precaria, y los de las niñas y niños que nacen por la aplicación de estas técnicas.

Ese tiempo ha permitido discusiones y análisis de diversa índole sobre la relación entre estas técnicas y el concepto de dignidad humana, entre los que se destacan las opiniones vertidas en los últimos informes de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Venta y Explotación Sexual de Niños, incluida la Prostitución Infantil, la Utilización de Niños en la Pornografía y demás Material que Demuestra Abuso Sexual de Niños (Relatora Especial).¹⁸ En ellos se señala una preocupación por la venta de niños y niñas, tanto en la vía de adopciones simuladas, como en el contexto de la gestación subrogada, dado que ambos problemas generan un turismo sanitario de escala internacional (A/HRC/43/40, párrafos 53 a 60), que más allá de las consideraciones sobre la autonomía de las mujeres en relación con su propio cuerpo y sus decisiones de vida, plantea dilemas éticos y jurídicos que impactan de manera importante en la dignidad tanto de las mujeres como de las infancias involucradas en esas formas de reproducción humana, especialmente por la proliferación de redes comerciales internacionales que las promueven. Frente a ello, la Relatora Especial apunta una única vía normativa acorde a la dignidad humana y a los derechos humanos de las niñas y los niños que nacen a través de una gestación subrogada: su prohibición cuando tenga carácter comercial (A/HRC/37/60, párrafos 16 a 20) porque, afirma, genera prácticas abusivas y constituye una venta de niños (A/HRC//37/60 párrafo 41).

¹⁸ Actualmente es Mama Fatima Singhateh, originaria de Gambia. Su mandato inició en mayo de 2020.

En el otro extremo, quienes defienden la legalización de la gestación subrogada,¹⁹ afirman que ésta es una herramienta puesta a disposición de mujeres y hombres para hacer posible el derecho humano a tener descendencia o el derecho a tener hijas o hijos propios. Sin embargo, en esta corriente no toman en consideración que su planteamiento coloca tanto a los vientres por alquilarse como a niñas y a niños en la categoría de bienes o cosas exigibles al Estado. En efecto, tal derecho no existe en ningún instrumento internacional de derechos humanos; en esta vía, la jurídica, se reconoce el “derecho a formar una familia” que no es sinónimo. No puede ser de otra manera porque, como señala la Relatora Especial, “un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un ‘derecho a tener un hijo’ suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño (o niña) en condiciones de igualdad” (A/HRC//37/60 párrafo 64).

A ello se suma el hecho de que las legislaciones existentes y, por tanto, los contratos de renta de úteros o venta de niños y niñas a través de la gestación subrogada, casi en su totalidad, atentan contra el derecho de la infancia a conocer sus propios orígenes al pretender garantizar una desvinculación total con la mujer gestante o con la mujer donadora de óvulos y el hombre donante de espermatozoides.²⁰ Situación que, *per se*, pone en riesgo el derecho a la salud del niño o niña nacido de estas técnicas, porque se oculta o invisibiliza el intercambio genético entre el embrión y el endometrio de la mujer gestante; y, más ampliamente, se borra toda una historia y herencia genética, en especial la proveniente de las mitocondrias que se transmiten por vía materna durante el embarazo hasta por varias generaciones.²¹

¹⁹ Véase, por ejemplo, Isabel Fulda Graue (2017).

²⁰ Vale la pena apuntar la gran diferencia que implica la intervención del personal de salud en la recolección de espermatozoides que serán donados, de las que son necesarias para la recuperación de óvulos fecundables. En el primer caso se hace vía masturbación, que no requiere ninguna ingesta hormonal, como es el caso de la intervención en el cuerpo de la mujer que ha de donar óvulos maduros, a quienes se les inyectan hormonas para que haya una sobreproducción de óvulos maduros susceptibles de ser inseminados.

²¹ Las personas expertas en genética dirían “línea de ascendencia a través de una cadena ininterrumpida” de ancestras, madre, abuela materna, bisabuela materna, tatarabuela en la misma línea y así por muchas generaciones. Desde luego, no pretendo ser experta en genética humana, pero la información que he tenido a mi alcance proveniente, mayoritariamente, de mujeres parteras tradicionales latinoamericanas y de la información que se encuentra en lenguaje accesible en las redes, confirma esta afirmación. Véase, por ejemplo, González

Con certeza se puede afirmar que, para estar en posibilidad de garantizar de manera plena los derechos humanos involucrados en la manipulación del material genético, se requiere un estudio profundo que responda las siguientes preguntas: ¿Qué pasa con la salud de la mujer que es sistemáticamente hormonada para producir más de un óvulo maduro cada veintiocho días? ¿Qué la impulsa a poner en riesgo su salud con estas técnicas? ¿En qué condiciones viven las mujeres contratadas —explotadas— mientras se desarrolla el embarazo? ¿Con qué frecuencia este embarazo concluye con una cesárea obligatoria para la mujer gestante? ¿Cómo afectan estas técnicas la salud psicológica tanto de la madre como del niño o niña que es alejado de ella inmediatamente después del parto y que, por tanto, desconoce sus propios orígenes? Muchas preguntas e inquietudes que se derivan en otras más. Responder a todas ellas requiere más detenimiento y espacio, pero la importancia de los impactos nocivos es ya reconocida por la medicina y los datos deben alertar a quienes recurren a estas técnicas y a los Estados que las permiten.²²

2. Las primeras normas que permiten la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres en México

Para el gobierno federal mexicano los servicios de salud reproductiva que se conciben en el marco de la planificación familiar se deben dar con pleno respeto a la dignidad de las personas. Sin embargo, no hay disposición alguna que se refiera a la gestación subrogada en las normas de salud; sólo se le “regula” en dos ordenamientos: un código familiar y un código civil.²³ El 6 de febrero de 2013 se publicó el Código Familiar del Estado de Sina-

Mora, Román (2020); ADN mitocondrial y cloroplástico y por qué su herencia no sigue los patrones mendelianos (2022). Sobre todo, confirman la preocupación por la pérdida de esta información crucial para la salud de las personas, que es frecuente en la llamada maternidad subrogada.

²² Otros ejemplos de la literatura médica medianamente accesibles a legos para entender el impacto negativo en la salud física y mental de las mujeres y las infancias que nacen de estas técnicas se encuentran en Rafael Gutiérrez Núñez y Beatriz María Gutiérrez Alarcón (2019); David González Gerpe (2018). El ejemplar de la revista *Dilemata* donde aparece el trabajo de González Gerpe, está dedicado al análisis de la gestación subrogada en España.

²³ Nuevamente aclaro que me refiero sólo a la gestación o maternidad subrogada, no a otras técnicas como las reguladas en la Ley para la Familia del Estado de Coahuila o en el Código Civil de la Ciudad de México, que se refieren a la inseminación artificial o *in vitro*.

loa, el primero en nuestro país en regular la maternidad subrogada, tal como se puede observar en el capítulo V, “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada”, que abarca de los artículos 282 al 297, en los que no se menciona la palabra *contrato*, pero sí se define la *subrogación onerosa* “tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación” (artículo 284, fracción III). Le siguió el Código Civil de Tabasco, que fue reformado el 14 de diciembre de 2015 para incorporar en el título octavo “De la filiación”, del libro primero, un capítulo VI bis sobre “La gestación asistida y subrogada”, que comprende los artículos 380 bis, y 380 bis 1 al 380 bis 7.

En ambos ordenamientos se establecen definiciones y requisitos para estas técnicas. El espacio no me permite analizar unos y otros. Sólo destaco los requisitos que se le exigen a una mujer portadora o gestante: tener un entorno social estable, libre de violencia y una condición física y psicológica favorable para el adecuado desarrollo de la gestación; ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante; sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud “biopsicosomática” pueden ser contratadas para estas técnicas; o haber estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento. Estos requisitos parecen hacer referencia a un centro de producción en serie con garantías de calidad de los productos que se ofrecen. Por otro lado, destaco que estos ordenamientos no prevén soluciones a los posibles conflictos derivados de los posibles problemas congénitos que tuvieran los niños y las niñas gestados en estas condiciones. Sí, como “mercancías defectuosas”.

Las anteriores consideraciones se convierten en verdaderas alarmas después de que la SCJN concediera amparo a una empresa dedicada a la gestión y administración de contratos sobre gestación subrogada, declarando la inconstitucionalidad de la fracción IV del artículo 380 Bis 4 del Código Civil de Tabasco porque “se violan los principios de igualdad y no discriminación, así como del derecho a la libertad de trabajo y comercio, previstos en los artículos 1o. y 5o. de la Constitución general” (amparo en revisión 129/2019). Sí, la SCJN concedió un amparo a una empresa porque prohibir la comercialización de la gestación subrogada “atenta contra el derecho al libre comercio”. De manera textual, la SCJN señala:

En ese contexto, la norma impugnada, extrae arbitrariamente del comercio cualquier tipo de servicio que puedan prestar agencias, despachos o terceras personas a favor de quienes desean suscribir un contrato de gestación, siendo que si bien sería legítimo regular este tipo de servicios e incluso, prohibir o sancionar en específico determinadas acciones o prácticas que objetivamente pongan en riesgo a los menores nacidos a partir de las técnicas de reproducción asistida, a las madres gestantes o a los propios padres contratantes, lo que no es permitido en términos del artículo 5o. constitucional, es impedir de manera absoluta y sin justificación razonable, que las personas se dediquen a la profesión, industria, comercio o trabajo que les acomode, siendo lícitos. (Párrafo 104)

Una afirmación que es equívoca porque no se trata de todos los contratos de prestación de servicios para la utilización de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida; la fracción impugnada sólo se refiere a la gestación subrogada y ésta tiene tales características que, por su propia naturaleza, ponen en riesgo a las mujeres que gestan y a los niños y niñas que nacen de estas prácticas que son comerciales, como la propia SCJN sostiene. Es decir, consideran que el útero de las madres y las infancias nacidas de esta técnica reproductiva son objetos que están dentro del comercio, con lo que se atenta, directamente, contra la dignidad de esas mujeres y esas infancias.

IV. GESTACIÓN SUBROGADA COMO UNA MODALIDAD DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

1. Indefinición de la naturaleza jurídica de la gestación subrogada en México

Lo que no se nombra no existe, reza una consigna feminista aplicable a los efectos que la gestación o maternidad subrogada tienen en el fortalecimiento de los estereotipos de género que son la base de las violencias y discriminación hacia las mujeres: personas encargadas de los cuidados de las infancias, las familias y las personas en la enfermedad y la vejez; en el arraigo de esas características que dan cuerpo a la “construcción imaginaria de la identidad femenina” en los términos de Estela Serret (2002). Una construcción en la que el peso de la procreación y los “abnegados” cuidados que implica, magnifica el ser mujer. Por ello, el primer punto de análisis para alcanzar

el objetivo propuesto debe partir de la definición de la naturaleza jurídica de la maternidad o gestación subrogada, para lo cual sólo tenemos en México los dos ordenamientos jurídicos mencionados: Código Familiar para Sinaloa y el Código Civil de Tabasco. El primero la define como:

...la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. (Artículo 283)

En Tabasco, esta gestación es parte de un conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, que se conocen como una *reproducción humana asistida* (artículo 380 bis), que se realiza mediante contrato. Textualmente dispone:

La gestación por contrato admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena, y

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. (Artículo 380 bis 2)

Acuerdo o contrato que, en la mayoría de las ocasiones implica, también, un pago o compensación económica a la mujer que se conoce como gestante por los servicios prestados (Isabel Fulda Graue, 2017, p. 13). Es decir, se trata de una técnica de reproducción humana que implica acuerdos de voluntades, prestaciones y contraprestaciones; por lo tanto, se inserta en el espacio del derecho contractual convulsionando, por lo menos, un principio ético al que el derecho está sujeto: el ser humano está fuera del comercio. Este principio ha sido la base que sostiene el combate a la esclavitud, la trata y tráfico de personas, la venta de niñas y de niños, el tráfico de órganos y otras técnicas similares que, hasta ahora, se consideran contrarias a la dignidad humana, entendida ésta como el sustento del derecho a una vida digna, que sería la respuesta clara en materia de derechos humanos que buscan Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés (2020, p. 55).

Sin embargo, a estos acuerdos se les presenta como una técnica auxiliar de la reproducción humana cuando, por diversas razones, las personas que desean tener hijas o hijos no lo pueden lograr por los medios naturales o por otras técnicas como la inseminación artificial o la reproducción *in vitro*, separando —o escondiendo— su naturaleza contractual y la existencia de un verdadero mercado reproductivo (Ximena María Medellín Urquiaga, 2020, p. 31), que sostiene los acuerdos entre la o las personas interesadas en la utilización de esta técnica para tener hijas o hijos y el cuerpo de la mujer que lo hará posible.

En este contexto es de destacar que, si bien es cierto que el derecho y la ética tienen naturaleza distinta, como señala Sergio García Ramírez (2002, pp. 577-589), también es cierto que ambas disciplinas buscan dirigir la vida humana hacia un horizonte que orienta y da razón de ser a la vida humana misma, es decir, su dignidad. Para valorar si la gestación subrogada está en dicho horizonte o bien es un acto contrario a la dignidad humana, en la medida en que se utiliza tanto el útero de una mujer como a los hijos e hijas que pueden nacer de esta práctica como meras mercancías, es necesario revisar los dos ordenamientos señalados en México, a la luz de la producción de obligaciones entre los llamados padres o madres intencionales (el pago de las cantidades de dinero acordadas), y la madre gestante (la utilización de su cuerpo para la gestación y la entrega del niño o niña producto del embarazo); mientras se transfieren obligaciones y derechos entre la madre gestante (los derechos y obligaciones para con el hijo o hija nacido, derivados de su maternidad) y los llamados padres o madres intencionales (derechos de filiación que la madre gestante les cede).²⁴

Esta producción y transferencia de derechos y obligaciones conlleva dos premisas: la primera, el acuerdo de voluntades o contrato, que debe —o debería— tener un objeto que pueda ser materia del mismo (artículo 1794, fracción II, Código Civil Federal, en adelante CC); y la segunda, que ese ob-

²⁴ Queda en el tintero, por razón de espacio, el debate sobre los requisitos que se le exigen a una mujer portadora o gestante: Tener un entorno social estable, libre de violencia y una condición física y psicológica favorable para el adecuado desarrollo de la gestación; ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante; sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud “biopsicosomática” pueden ser contratadas para estas técnicas; o haber estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no haya participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento. También queda en el tintero el debate sobre lo que sucedería si el niño o niña nace con problemas congénitos.

jeto sea lícito (artículo 1795, fracción III, CC) y, por lo tanto, debe tratarse de un objeto que esté dentro del comercio.

En el caso de la gestación subrogada hay dos objetos: el alquiler del vientre de la madre gestante y el producto mismo de la gestación, es decir, el niño o niña nacido de esas técnicas. Así, quienes sostienen que la naturaleza jurídica de la gestación subrogada es contractual, deberán demostrar que dicho contrato es compatible con la dignidad de la vida humana, y ello sólo es posible si, y sólo si, se demuestra que es esencial para el desarrollo de los derechos humanos. De lo contrario, estamos hablando de formas de violencia y abuso de las mujeres gestantes equiparable a la trata de personas, como lo expresan Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés (2020, p. 58), aunque es preciso destacar que esta afirmación se sustenta en un análisis que visualiza una supuesta autonomía de las mujeres y oculta la disparidad real que existe entre quien paga la renta de un útero y la mujer que porta a término la gestación objeto de esa renta.

2. *Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*

Los elementos hasta aquí expresados son suficientes, desde mi punto de vista, para afirmar que en las multicitadas “obligaciones con la comunidad” debe considerarse la responsabilidad del Estado hacia las mujeres que ponen a disposición su útero para hacer posible esa procreación, con el fin de evitar tanto los abusos como la mercantilización de sus cuerpos — una situación cotidiana, como se puede observar de una simple búsqueda en Internet bajo conceptos como *vientres de alquiler*, *rento mi útero* o similares—. Por otro lado, la inseguridad y falta de certeza jurídica provocadas por legislación incompleta o ambigua, coloca a las mujeres gestantes en situaciones de alto riesgo para su salud, su vida, su libertad y riesgo de sufrir violencia obstétrica en mayor grado (Isabel Fulda Graue, 2017, pp. 31 y ss.). Un panorama preocupante.

¿Qué elementos permiten entender que estas prácticas son actos de violencia sobre los cuerpos de las mujeres? La mercantilización misma de los cuerpos es un acto de violencia similar a la explotación sexual a través de la trata de mujeres y niñas con fines de prostitución y pornografía; pero no se agota la violencia en esta similitud.

Recordemos que las técnicas que se emplean para hacer posible la gestación subrogada implican un proceso de *hormonización* sobre el cuerpo de la

mujer que ha de proporcionar los óvulos maduros para la fertilización *in vitro*; la realización de una serie de examen médicos para garantizar la salud del producto de esa gestación; el sometimiento a exámenes rigurosos, regímenes alimentarios durante los nueve meses de la gestación especificados por quien le da seguimiento, quien es impuesto por la empresa contratante o los solicitantes; medicación de hormonas complementarias para garantizar que “el producto” se implante en el útero.

Un proceso que se inserta en un problema endémico en este país: la violencia obstétrica. Las cifras hablan por sí solas: en México, según la ENDIREH-2021.

De las mujeres de 15 a 49 años que tuvieron un parto o cesárea entre 2016 y 2021, 33.4 % experimentó maltrato en la atención obstétrica durante la cesárea y 29.6 % en el parto. Del mismo modo, 19.5 % de las mujeres que tuvo cesárea vivió maltrato psicológico y/ o físico y a 23.7 % se le realizó tratamiento médico no autorizado. Asimismo, de las mujeres que tuvieron un parto, 22.0 % experimentó maltrato psicológico y/ o físico y a 16.9 % se le practicó tratamiento médico sin su autorización.

Las cifras indican que la violencia obstétrica es un problema sistemático de violaciones a los derechos humanos. A ello se añade el dato que las técnicas de gestación subrogada concluyen en una cesárea, según las denuncias realizadas por organizaciones de la sociedad civil. Finalmente, en esta cadena de violencias, se tiene información que en los casos que se detecta alguna malformación o anomalía en el “producto” o en situaciones de conflictos bélicos, como el de Ucrania-Rusia, las personas contratantes simplemente abandonan a la mujer gestante.

V. COLOFÓN A MANERA DE CONCLUSIONES

La literatura consultada parece indicar que:

- a) En el debate sobre las técnicas de reproducción asistida en su modalidad de gestación subrogada, predomina una visión mercantilista que, por lo menos en México, ha llegado hasta el más alto tribunal de justicia.

- b) En los contratos que se realizan para llevarlas a cabo, las condiciones de vida de las mujeres gestantes son tales que difícilmente puede afirmarse que están en situación de tomar decisiones autónomas respecto su propio cuerpo en igualdad de circunstancias con las personas que pretenden ser padre o madre por las disparidades que normalmente se dan entre una y otra parte.
- c) El interés que se observa sobre los derechos de niños y de niñas se centra en el derecho a la identidad, casi siempre relacionado con los datos del padre o madre intencional, ocultando los datos que permitan ejercer el derecho a conocer sus propios orígenes y, con ello, conculcando otros derechos como el derecho a la salud.
- d) Se observa una confusión entre el derecho a formar una familia y un llamado derecho a tener hijos. El primero es reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos; el segundo no existe como tal en ninguno de estos documentos.

Por lo tanto, podemos afirmar que la gestación subrogada no es esencial para el desarrollo de los derechos humanos universales y que la tecnología reproductiva cubre más un deseo que un derecho. Un deseo arraigado en personas que tienen poder económico para cubrir todos los gastos necesarios para hacerlo realidad, pero que no permite encontrar el equilibrio en las necesidades y derechos de todas las personas involucradas.

Igualmente, ante el panorama legislativo se puede afirmar que los Estados son omisos en sus deberes de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de las mujeres gestantes y de las infancias producto de estas técnicas que se realizan al margen de la legislación, que es, por lo menos, ambigua, por lo que la solución más acorde con los derechos humanos y con los principios éticos de una vida digna es —como la tienen países como Francia— prohibir tales técnicas y elevar las condiciones de vida de las mujeres en México, de tal manera que ninguna tenga que alquilar su vientre para sobrevivir.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADN mitocondrial y cloroplástico y por qué su herencia no sigue los patrones mendelianos. <https://es.khanacademy.org/science/ap-biology/heredity/>

- non-mendelian-genetics/a/mitochondrial-and-chloroplast-dna-inheritance (septiembre de 2022).
- Amparo en Revisión 129/2019, derivado del promovido por Fertility Center Tabasco, Sociedad Anónima Promotora de Inversión de Capital Variable, contra actos del Congreso del Estado de Tabasco y de otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación de diversas disposiciones del Código Civil del mencionado Estado. *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*. 13/01/2016. Decreto 265.
- Coronado, Nuria (2020). La realidad sobre las “granjas de niños” y los “vientres de alquiler”, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=qtkzpHlVuqc> (visto el 20 de agosto de 2022).
- Engels, Federico (1891). *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*.
- Fulda Graue, Isabel (2017). *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*. Grupo de Información en Reproducción Elegida.
- Fulda Graue, Isabel, Ramos Dudarte, Rebeca y Tamés Noriega, Regina (2020). Cuestiones controvertidas entorno a la gestación por sustitución. En Mercedes Albornoz (coord.). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. Centro de Investigación y Docencia Económicas-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Ramírez, Sergio (2002). *Temas de derecho*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Gerpe, David (2018). Gestación subrogada: aspectos psico-sociales. *Dilemata, Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada*, 10(28), 21-40. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/503873>.
- González Mora, Román (2020). Herencia mitocondrial: aplicaciones, patologías, prevenciones. <https://www.lifeder.com/herencia-mitocondrial/>
- Gutiérrez Núñez, Rafael y Gutiérrez Alarcón, Beatriz María (2019). Implantación embrionaria. Algunos aspectos moleculares en la receptividad endometrial. *Revisión Bibliográfica, Revista Médica*, 23(1), 173-195. <https://www.medigraphic.com/pdfs/multimed/mul-2019/mul191n.pdf>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. IIDH.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2016). *Encuesta nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf

- Invasión de Ucrania impacta el negocio de los vientres de alquiler (2022-03-16). *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/invasion-de-ucrania-impacta-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler>
- Lafargue, Pablo (1911). *El matriarcado*. Circa.
- Las granjas humanas: vientres de alquiler (2021-06-11). *Informando y Formando. Desafiando al relativismo* <https://www.informandoyformando.org/las-granjas-humanas-vientres-de-alquiler/>
- Medellín Urquiaga, Ximena María (2020). El debate de los derechos humanos en el abordaje de la gestación por sustitución. En Mercedes Albornoz (coord.) *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. Centro de Investigación y Docencia Económicas-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ONU (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. A/CONF.177/20.
- ONU (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. A/HRC/37/60.
- ONU (2004). *Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. E/CN.4/2004/49.
- ONU (2020). *Venta y explotación sexual de niños, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. A/HRC/43/40.
- Ponniah, Kevin (2018-02-19). Vientres de alquiler: cómo Ucrania se convirtió en la nueva capital internacional de las madres substitutas. *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43072732>
- Poullain de la Barre, François (1679). *De l'égalité des deux sexes, discours physique et moral*. 2a. ed. <http://blog.le-miklos.eu/wp-content/Poullain-EgaliteDes-DeuxSexes.pdf>
- Serret, Estela (2002). *Identidad femenina y proyecto ético*. Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, Miguel Ángel Porrúa.

El desvanecimiento de la política de asilo de la Unión Europea¹

The Erosion of the European Union's Asylum Policy

María Dolores REQUENA DE TORRE

 <https://orcid.org/0000-0002-2609-2594>

Investigadora predoctoral en el Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada.

Correo electrónico: lolarequena@ugr.es

RESUMEN: En el evento citado en la primera nota se puso de relieve la alarmante situación de las migraciones forzosas, y se evidenciaron muchas similitudes entre las estrategias migratorias desarrolladas en América y en la Unión Europea; pero también las particularidades del sistema europeo al desarrollar una política común. Por ello, el objetivo de este trabajo es realizar una fotografía crítica de la política de asilo de la Unión Europea y su relación con las políticas de inmigración y gestión de fronteras. Las conclusiones no son positivas: la actual estrategia de desterritorialización de los controles migratorios supone un desvanecimiento de la política de protección internacional en favor del objetivo prioritario de lucha contra la inmigración irregular y la fortificación de fronteras. Si bien la respuesta dada por la Unión Europea en 2022 para la acogida de ucranianos supone una excepción en esta tendencia, la situación política y la actual propuesta de reforma, nos lleva a pensar que no se extenderá a otros flujos migratorios no europeos, tornándose una decisión discriminatoria. Esperemos estar equivocados.

Palabras clave: SECA, Pacto sobre migración y asilo, Fronteras, Unión Europea, Externalización.

¹ El presente artículo es resultado del Congreso Internacional “Crisis migratoria en Europa y América a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” organizado en colaboración entre la Universidad Iberoamericana, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Cátedra Jean Monnet sobre Migraciones, Asilo y Refugio de la Unión Europea, el 4, 5 y 6 de mayo de 2022 en los campus de la Universidad Iberoamericana de CDMX y de Tijuana.

This article is the result of the International Congress “Crisis migratoria en Europa y América a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, which was organized by the Universidad Iberoamericana along with the Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM and the Jean Monnet Chair on Migration, Asylum and Refuge of the European Union on 4, 5 and 6 May 2022 at the campuses of the Universidad Iberoamericana in CDMX and Tijuana.

ABSTRACT: In the academic activity mentioned in the first note, it was highlighted the alarming situation of forced migration was highlighted, and many similarities between the migration strategies developed in America and in the European Union became evident. But, also the particularities of the European system due to the development of a common policy. For this reason, the aim of this paper is to thoroughly review the European Union's asylum policy and its relationship with immigration and border management policies. The conclusions are not positive: the current strategy based on the deterritorialisation of migratory controls has led the policy of international protection focused on the priority objective of combating irregular immigration to vanish, as well as to the fortification of borders. Although the response given by the European Union in 2022 for the reception of Ukrainians is an exception to this trend, the political situation and the current reform proposal lead us to believe that it will not be extended to other non-European migratory flows, making it a discriminatory decision. Let us hope we are wrong.

Keywords: *CEAS, Pact on migration and asylum, Borders, European Union, Externalization.*

RECEPCIÓN: 17 de enero de 2023

ACEPTACIÓN: 18 de mayo de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La construcción del Sistema Europeo Común de Asilo.* III. *La reforma del SECA.* IV. *Deficiencias del SECA.* V. *El desvanecimiento de la política de asilo.* VI. *Los socios de la Unión.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En el evento citado en la primera nota se pusieron de relieve las preocupantes políticas migratorias que se estaban desarrollando tanto en el continente americano como en el europeo y se evidenciaron muchas similitudes en las estrategias de los Estados, como la fortificación de fronteras y el rechazo a los flujos migratorios que acceden ilegalmente, ignorando las necesidades de protección internacional, lo cual debilita la institución del asilo, al no prever vías legales para que quien requiere protección internacional pueda acceder de modo seguro y legal.

Pese a las particularidades de cada región y de los propios flujos migratorios que transitan a través de ambos continentes, se concluyó la evidente interrelación que causan las políticas migratorias entre los distintos Estados. Por ello, Estados de origen, tránsito y de acogida final deben colaborar en la construcción de una estrategia común respetuosa con los derechos humanos. En un mundo globalizado y con tantos conflictos activos, los Estados, por sí

solos, no son capaces de afrontar la magnitud que han alcanzado los movimientos migratorios. Sin embargo, las tensiones entre unos Estados y otros entorpecen el necesario avance hacia una gobernanza migratoria, otro elemento común de la experiencia americana y europea. La particular organización *sui generis* que conforma la Unión Europea, y que aborda las políticas de inmigración, asilo y gestión de fronteras como políticas de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros suponen una visión única de esta cooperación.

El presente trabajo aborda la construcción de esa estrategia europea única al estructurarse como un sistema común de la Unión Europea en tanto que política compartida, pero también las debilidades que el sistema europeo ha mostrado en los últimos años, y la preocupante orientación que la Unión ha adoptado desde 2016 y que pretende intensificar con la aprobación de las reformas presentadas en el Pacto Migratorio de 2020, aún sin aprobar.

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

Desde la década de los ochenta del siglo XX los Estados que conformaban la entonces Comunidad Europea decidieron abordar de manera conjunta las políticas de inmigración y asilo. Era un paso lógico, ya que para la construcción de un espacio sin fronteras interiores había que controlar las fronteras exteriores. Pero para lograr que Estados con intereses y necesidades tan distintas en este ámbito cedieran, debía hacerse con una promesa de seguridad y beneficio económico: proteger las fronteras exteriores para proteger el mercado único europeo. No fue sencillo, pero mucho menos lo ha sido encontrar un equilibrio en el que la seguridad de las fronteras no vaya en detrimento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Una tarea aún pendiente.

El progreso hacia la supresión de las fronteras y el establecimiento de la libre circulación era un paso lógico, pero complejo. En un primer momento, los Estados se mostraron comprometidos con la necesidad de armonizar sus legislaciones en materia migratoria, pero rechazaron el método comunitario, optando entonces por una colaboración intergubernamental² que dejaba

² Así lo manifestaron en la Declaración Política de los Gobiernos de los Estados Miembros

al margen la intervención de las instituciones de la Comunidad. Lo que Henri Labayle (1997) definió como una medida intergubernamental de ejecución de un objetivo comunitario.

La firma de los Acuerdos Schengen en junio de 1985, del Acta Única en febrero de 1986, y del Convenio de Aplicación de los Acuerdos Schengen en junio de 1990, permitieron ese espacio sin fronteras que, sin embargo, quedaba fuera del ámbito comunitario (Francisco Jesús Carrera Hernández, 2020). En aquellos años se evidenció que la Comunidad Europea estaba ampliando sus objetivos de integración de los puramente económicos. Y con la nueva necesidad de gestionar juntos las fronteras exteriores, la cuestión del asilo se hizo más presente.

En 1989 tuvo lugar el Consejo Europeo de Estrasburgo, donde se expresó la necesidad de avanzar en la libre circulación de personas a la par de los avances en la libre circulación de bienes, servicios y capitales. Se acordó la necesidad de armonizar las políticas de asilo. Un año después, en junio de 1990, se firmó el Acuerdo Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas ante los Estados miembros de las Comunidades, antepasado del actual Reglamento Dublín III, y núcleo central de nuestro actual Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

Resultan muy pertinentes las opiniones que ya entonces expresaba la incipiente política migratoria europea y que compartían las propias instituciones, como refleja la resolución del Parlamento Europeo (P. E. 1997, p. 1) sobre el funcionamiento y el futuro de Schengen, donde “deplora que la ejecución de los Acuerdos de Schengen en la práctica se oriente sobre todo a la limitación de la migración” y “considera que la supresión de las fronteras interiores no debe constituir un pretexto para la introducción de controles sistemáticos en las zonas fronterizas o para el cierre hermético de las fronteras exteriores”. Sin duda, la dirección hacia la que se orienta hoy la política migratoria de la Unión, con carácter restrictivo y notables prioridades *securitarias* por encima

sobre la Libre Circulación de Personas: “Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades”. Publicada en el BOE, núm. 158, 3 de julio de 1987. <https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/03/pdfs/A20172-20182.pdf>

de otras cuestiones, es muy anterior a la crisis migratoria de 2015. Que si bien la acentuó, también evidenció sus lacras.

No fue sino hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 cuando las políticas de “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” formaron parte del derecho comunitario, regulándose mediante instrumentos y estructuras del derecho de la Unión. De este modo se fraguó una política migratoria y de asilo en el seno de la Unión. Pero el proceso de integración resultó complejo, requiriendo no sólo la creación de instrumentos comunitarios, sino también la transformación de instrumentos ya existentes, pero de naturaleza intergubernamental.

Aunque desde el primer momento se insistió en la urgencia de implantar una política migratoria y una política de asilo común, su consecución se fue postergando. Sin duda los acontecimientos que tuvieron lugar en los primeros años del siglo XXI, entre los que destaca el 11-S, influyeron en una postura de por sí ya reticente, de los Estados miembros.³ Así, la constitución de la primera fase del SECA transcurrió a partir de la aprobación en 2000 del primer reglamento Eurodac,⁴ que servía para la aplicación efectiva del entonces Convenio Dublín. Prosiguió poco después, en 2001, con la aprobación de una directiva incomprensiblemente inaplicada hasta el año 2022: la llamada Directiva de Protección Temporal 2001/55/CE.⁵ Una directiva olvidada hasta 2022, cuando se activó a consecuencia de la guerra de Ucrania,⁶ permitiendo, como expresa José María Porrás Ramírez (2022, p. 6), que sólo tres días después de comenzar la guerra, la Unión acogiera “sin barreras u obstáculos

³ Se recomienda la lectura del trabajo de González Vega, Javier Andrés (2017), en el que el autor señala que esto ocurría incluso antes del 11 S, al señalar que en 1999 la OTAN incluyó entre las amenazas a su seguridad los movimientos incontrolables de personas (p. 71).

⁴ Reglamento (CE) 2725/2000 del Consejo, del 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

⁵ Directiva 2001/55/CE del Consejo, del 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

⁶ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, del 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5o. de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32022D0382>

legales” a las personas procedentes de Ucrania durante un máximo de tres años sin presentar solicitud de asilo. A ella siguió otra directiva en 2003: la conocida como Directiva de Condiciones de Acogida.⁷ Poco después se logró la *comunitarización* del Convenio de Dublín, a través de un reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional, conocido como Reglamento Dublín II.⁸ Y posteriormente, la aprobación de otras dos directivas: la llamada Directiva de Cualificación,⁹ y la Directiva de Procedimiento.¹⁰

En 2005, cuatro directivas y un reglamento después, se dio por concluida la primera fase del SECA. Más adelante, en ese mismo año, el Consejo Europeo adoptó el Enfoque Global de la Migración. En aquel tiempo el proceso de integración había avanzado hasta el punto de impulsar, y posteriormente ver cómo fracasaba, el proyecto por el que se establecía una Constitución para la UE; la Unión la conformaban ya veinticinco Estados miembros.

Tras el fracaso de la Constitución europea nació el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en 2009 y dio lugar a la última gran reforma de los tratados hasta la fecha, incluyendo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parte del derecho primario de la Unión; entró en vigor con carácter jurídicamente vinculante, evidenciando la *constitucionalización* de la Unión Europea (Peter Haberle, 2008).¹¹

⁷ Directiva 2003/9/CE del Consejo, del 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo.

⁸ Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, del 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

⁹ Directiva 2004/83/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

¹⁰ Directiva 2005/85/CE del Consejo, del 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

¹¹ En este mismo sentido Francisco Balaguer (2008) considera que su entrada en vigor supone: “el germen de la definitiva constitucionalización de la Unión Europea. La Carta establecerá un vínculo directo entre las instituciones europeas y la ciudadanía, reforzando la conformación de un *status* jurídico propio de la ciudadanía europea y contribuyendo a la configuración de una específica identidad constitucional europea” (p. 88).

Cumpliendo con el objetivo del artículo 3.2 del TUE, el Tratado de Lisboa reguló el espacio de libertad, seguridad y justicia, que fue reubicado en el título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión, insertándolo en el cuadro competencial como una competencia de naturaleza compartida, e incluyendo un capítulo (el segundo) sobre políticas de gestión de fronteras, asilo e inmigración. Más allá de cuestiones formales, el gran logro del Tratado de Lisboa en las políticas de fronteras, inmigración y asilo ha sido acoger el reto de desarrollar una política común en estas materias, en coherencia con el proceso de integración al que aspira. Y se permite ese avance de manera real al aumentar las atribuciones que le confería el anterior artículo 62 del TCE. Sin embargo, como advierte Filippo Scuto (2012, p. 90), aunque el Tratado de Lisboa contiene las bases jurídicas que permiten a la UE progresar en el proceso de integración, el desarrollo efectivo en este sector depende en último término, como siempre, de la voluntad de los Estados. Con estas nuevas herramientas legislativas, y conscientes de los grandes fallos que el SECA estaba mostrando como sistema ineficaz y que conllevaba graves vulneraciones de derechos señalados por el TJUE y por el TEDH, se afrontó su reforma.

Este proceso comenzó incluso antes de la entrada en vigor del propio Tratado de Lisboa, en 2008, cuando se aprobó el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo.¹² Con el reconocimiento y respaldo institucional, los instrumentos legislativos fueron aprobándose y sustituyendo a sus predecesores. El llamado “paquete de asilo de segunda generación”, que aún rige nuestra política de asilo, se compone de: la Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; el Reglamento 603/2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares, y el Reglamento 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determina-

¹² Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, adoptado por el Consejo Europeo el 24 de septiembre de 2008. Doc. UE 13440/08.

ción del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, comúnmente conocido como *Dublín III*.

III. LA REFORMA DEL SECA

El SECA de segunda generación tampoco pudo afrontar la realidad de un mundo globalizado en movimiento. La afluencia migratoria masiva que afectó a Europa a partir de 2015 a causa de la guerra de Siria, evidenció los graves defectos del SECA en particular, y de la política migratoria europea, en general.

Comenzó entonces un proceso de reforma planteado en dos fases, que se desarrollaron mediante la presentación de dos paquetes legislativos,¹³ aunque aquella reforma no llegó a aprobarse. Como en tantas otras ocasiones ha ocurrido, las tensiones existentes entre intereses nacionales e intereses comunes hicieron imposible la aprobación de ambos paquetes de reforma dada la imposibilidad de lograr la necesaria unanimidad en el seno del Consejo para adoptar las propuestas de la Comisión. Pese a su evidente necesidad, la insolidaridad entre los Estados y las debilidades competenciales de las que adolece la Unión en esta materia volvieron a frustrar la consecución de una (nueva) política de asilo eficaz. No obstante, durante cuatro años las propuestas se mantuvieron sobre la mesa de negociaciones.

Sin haber cesado en el empeño, y en parte motivado por los pactos de migración y asilo de la ONU, se elaboró una nueva propuesta de reforma, que seguía percibiéndose como necesaria. Era evidente que el sistema no funcionaba. Las noticias sobre refugiados detenidos en las fronteras húngaras; de naufragios en las costas europeas; de barcos de rescate a los que no se les permitía desembarcar en puertos italianos, o acerca de las terribles condiciones en las que se encontraban los campos de refugiados, no habían dejado de llegar; aunque lo hacían más silenciosamente, ante una audiencia que estaba ya asumiendo como normal una tragedia humanitaria. La cues-

¹³ El primer paquete, presentado el 4 de mayo de 2016, abordaba la reforma del Reglamento *Dublín III*, el Reglamento *Eurodac*, y la sustitución de la *EASO* (Oficina Europea de Apoyo al Asilo) por una Agencia de Asilo. El segundo paquete, presentado el 13 de julio de 2016, planteaba la reforma de las directivas de cualificación, de procedimiento y de condiciones de acogida, y la creación de un reglamento que establecería un marco de reasentamiento.

tión era urgente, pero la presentación de la nueva propuesta de reforma se demoró a causa de la pandemia del COVID-19 que se tornó la cuestión prioritaria.

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo¹⁴ se presentó en septiembre de 2020, y aunque supone una nueva oportunidad de alcanzar la reforma integral del SECA, tras haber renunciado a muchas aspiraciones del intento de reforma anterior y acoger las opiniones de los Estados más reticentes, se plasma en una propuesta que no es novedosa. De hecho, el Pacto, inspirado en principios similares a los de la Agenda Europea del 2015, parte de los progresos realizados desde 2016. Así, como señaló Peers (2020), en el Pacto de 2020 la Comisión exhortaba al Consejo y al Parlamento a continuar con las negociaciones llevadas a cabo en la propuesta anterior en las materias que llegaron a buen puerto; esto es, las relativas a las normas de cualificación, condiciones de acogida, la creación de una agencia de asilo,¹⁵ el nuevo marco de reasentamiento, y las propuestas relativas a la Directiva de retorno. Pero, a fin de lograr desbloquear la situación, se planteó también la modificación de dos propuestas legislativas y tres nuevas orientadas al control de las fronteras exteriores y la reubicación de solicitantes.

Merece especial atención la reforma del Reglamento Dublín III, pues abandonando la propuesta de 2016, la más polémica de las presentadas entonces, la Comisión plantea ahora una nueva propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración¹⁶ que tiene como propósito derogar el actual Reglamento Dublín III y establecer un nuevo marco común, a fin de que la gestión del asilo y la migración se lleve a cabo en atención a los principios de solidaridad (entendida ahora como un principio “flexible”) y reparto equitativo de responsabilidades. Parece obvio que la nueva propuesta pretende dejar atrás el “sistema Dublín”, que tan mala fama ha cosechado durante

¹⁴ La documentación oficial relativa al mismo se encuentra en https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_es

¹⁵ En diciembre de 2021 se adoptó el reglamento de la nueva Agencia Europea de Ayuda al Asilo: Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de diciembre de 2021, relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) 439/2010.

¹⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Gestión del Asilo y la Migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX (Fondo de Asilo y Migración). Bruselas, 23 de septiembre de 2009. Com (2020) 610 final.

los peores años de la crisis migratoria al permitir la acumulación de la presión migratoria en determinados territorios con la aplicación de criterios que se observan siguiendo un orden jerárquicamente establecido en el propio Reglamento. Sin embargo, la nueva propuesta no plantea apenas modificaciones en lo que respecta a esos criterios de determinación del Estado miembro responsable; prevé modificaciones relativas a los plazos; al reconocimiento de títulos académicos como elementos a considerar para la determinación del Estado miembro responsable; la ampliación del concepto de “miembro familiar”, y alguna modificación en el cese de responsabilidad transcurrido un tiempo de la entrada irregular que se cambiaría de los doce meses a los tres años. Pero en lo relativo a los criterios de determinación del Estado miembro responsable, no supone cambios notables.

Más bien, la principal novedad del nuevo enfoque consiste en la incorporación de dos mecanismos de solidaridad “a la carta”, que pretenden compensar los desequilibrios inherentes al sistema. Un mecanismo relativo a la reubicación voluntaria de los solicitantes de protección internacional en otros Estados miembros, y un segundo instrumento diseñado para aquellos Estados que se han negado sistemáticamente a participar en los mecanismos de reubicación consistente en el patrocinio de los retornos.

El pacto incluye también la propuesta de un nuevo reglamento mediante el cual se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores. Su objetivo es establecer un sistema de examen de todos aquellos nacionales de terceros países que, encontrándose en la frontera exterior, no cumplan las condiciones de entrada, o hayan desembarcado tras una operación de salvamento, para identificar su identidad y sus condiciones personales que puedan comportar su remisión al procedimiento más adecuado: un procedimiento de retorno, un procedimiento de protección internacional o de reubicación. Además, en el caso de que solicite protección, las autoridades que llevan a cabo el control deben hacer acopio de cuanta información pueda resultar pertinente para que las autoridades responsables del estudio de la solicitud opten, si fuera oportuno, por tramitarla a través del procedimiento fronterizo o de un examen acelerado.

De estas y otras medidas que se introducirían con la aprobación de ambas propuestas, subyace una evidente estrategia de lucha contra la inmigración irregular que parte ahora de una premisa aprendida en la práctica: la dificultad que entrañan las expulsiones de extranjeros en situación ilegal ante la falta de acuerdos de readmisión. La estrategia que está conformando

ahora la Unión Europea plantea reforzar dos líneas de acción. Por un lado, la rápida identificación de quienes acceden ilegalmente sin causa justificada, esto es, sin una solicitud de protección internacional que ampare, *ex* artículo 31 de la Convención de Ginebra, su llegada, facilitando así los procedimientos de retorno. Por otro, introducir la colaboración entre Estados para los procedimientos de expulsión a través del mecanismo de solidaridad de patrocinio de las expulsiones, incorporado en la propuesta de reglamento de gestión de asilo y migración. Un mecanismo que permite la colaboración en la expulsión de inmigrantes en situación irregular que no hayan presentado ninguna solicitud de protección. La colaboración en este sentido supone un avance en el reconocimiento de la interdependencia que viven los Estados al abordar la cuestión migratoria; pero también una manera de aprovechar la mejor posición que otros Estados pueden tener para afrontar las expulsiones, sacando beneficio común de los acuerdos de readmisión que tiene cada Estado miembro. Bastaría que asumiera la expulsión aquel Estado que cuente con el acuerdo de readmisión pertinente al caso. Una estrategia tan prometedora como alarmante al poder ser fácilmente utilizada para rebajar el canon de protección, tanto en los procedimientos fronterizos como en los procedimientos de expulsión.

En concordancia con esta estrategia, el Pacto Migratorio también presenta un nuevo Reglamento del sistema Eurodac,¹⁷ que aunque parte de la ampliación planteada en la anterior propuesta de 2016, la supera al situarse dentro de un nuevo marco de interoperabilidad. La prioridad de la reforma consiste en que este instrumento sirva para elaborar una estrategia contra la migración irregular, alcanzando un mayor control de los movimientos no autorizados, al poner el foco, no en las solicitudes, sino en los solicitantes. Las dudas que plantea su afectación a los derechos humanos no son pocas.

Por último, el Pacto también recoge la propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migra-

¹⁷ Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) XXX/XXX (Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración) y del Reglamento (UE) XXX/XXX (Reglamento sobre el Marco de Reasentamiento), para la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación irregular, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. COM (2020) 614 final.

ción y el asilo¹⁸ sobre la base jurídica del artículo 78.2, TFUE. Una norma que, de aprobarse, pretendía derogar la Directiva de Protección Temporal,¹⁹ que en el momento en que se presentó el paquete de reformas, no había sido aplicada nunca y por ello su sustitución no presentaba grandes reticencias. Sin embargo, esta directiva ha sido el instrumento normativo que ha permitido la rápida y solidaria acogida de los refugiados ucranianos en Europa, por lo que su sustitución plantea ahora grandes reservas.

IV. DEFICIENCIAS DEL SECA

Sin duda, el SECA supone hoy un sistema normativo pionero en el mundo que supera con creces los estándares de la anacrónica Convención de Ginebra. Entre sus principales méritos podemos destacar el logro de crear tres estatutos diferentes de protección internacional, con la loable aspiración de tutelar personas en circunstancias muy distintas que sobrepasan la *clásica* persecución política a la que hace referencia la Convención de Ginebra: asilo, protección subsidiaria y protección temporal, el estatuto que ampara hoy a la mayoría de ucranianos que huyen del conflicto ruso.

Pero pese a sus muchos logros, lo cierto es que del SECA se ha criticado hasta su nombre, al considerar, como explica Javier Andrés González Vega (2016, p. 165), que el Sistema Europeo Común de Asilo ni es un “sistema” —al no abordar el conjunto de cuestiones que interesan al régimen de asilo—, ni es “europeo” —al quedar *a priori* excluidos de él (Reino Unido), Irlanda y Dinamarca (y obviamente otros Estados no miembros de la UE, aunque sí los Estados EFTA)—, ni es “común” —al venir constituido en buena medida por disposiciones que confieren una cierta discrecionalidad a los Estados para acomodar a sus especificidades e intereses el régimen previsto (con las consiguientes disparidades en cuanto a la regulación eventualmente ope-

¹⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. Com (2020) 613/final.

¹⁹ Directiva 2001/55/CE del Consejo, del 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

rativa en los distintos Estados participantes)—, ni es, al menos exclusivamente, de “asilo”, al contemplar junto a éste otras fórmulas de “protección”.

El problema del SECA no es su anacronismo, como ocurre con la Convención de Ginebra. Como se ha descrito anteriormente, el SECA es fruto de un proceso largo, con objetivos muy reflexionados durante décadas, que ha sido reformado en diversas ocasiones para corregirlo y progresar en el objetivo de una mayor integración. Pero aun con estos cambios, no ha logrado adaptarse a una realidad global de la que la Unión quiere hacerse ajena. Las modificaciones en la normativa no han logrado que el sistema se adapte, ni responda de forma conjunta al reto que suponen los movimientos migratorios masivos. El sistema actual cuenta con una serie de límites y deficiencias que, pese a sus muchos logros, ha cuestionado la viabilidad de la propia política de asilo de la Unión, la estabilidad del espacio Schengen, y a la vista de la última crisis, su pervivencia misma como comunidad de derecho.

Podemos identificar los tres principales obstáculos que debe superar el SECA. Por un lado, la falta de estándares comunes tanto en las fases iniciales del procedimiento (recepción y estudio de la solicitud), como en las fases finales de resolución, acogida e integración. Esta carencia del Sistema, que deriva de los límites competenciales con los que cuenta la Unión, atendiendo a la naturaleza compartida de esta política, así como al uso de instrumentos de armonización mínima para su conformación, conlleva su desigual desarrollo por cada Estado miembro. Como consecuencia, dentro de un Sistema Europeo Común, se han concretado más de veintisiete políticas de asilo nacionales distintas, algunas de las cuales resultan más atractivas para los solicitantes. La falta de garantías de procedimiento común, así como de un plan de acogida e integración igualmente comunes, con derechos afines, conlleva que los solicitantes decidan acudir a determinados Estados, lo cual no sólo incrementa la presión migratoria en esos territorios, sino que favorece los movimientos secundarios, tan temidos para la UE, pero que benefician a los Estados de primera línea, al ver su “responsabilidad” emigrar hacia los países del norte. Una deficiencia del Sistema, que se entiende mejor al examinarla en conjunto con la segunda gran lacra del SECA: un reparto desigual de la responsabilidad debido a un sistema insolidario, que deriva directamente de la aplicación de los criterios de determinación del Estado miembro responsable, contenidos en el Reglamento Dublín. La consecuencia es que un conjunto de Estados asume la mayor parte de la presión migratoria, que no se ha logrado repartir entre los veintisiete. Así se explica que Alemania

se sitúe como el quinto país con más refugiados del mundo, mientras que en otros las cuotas sean mínimas.²⁰

Y es que los criterios de responsabilidad establecidos en el Reglamento Dublín han supuesto que la mayor parte de solicitudes de protección internacional se concentren en un grupo de Estados, bien por las comunidades que ya tienen asentadas (en atención al primer criterio de reunificación familiar), o bien porque siendo fronteras exteriores de la Unión conforman el territorio a través del cual el solicitante entra a la UE. El resultado es de sobra conocido: Estados con sistemas nacionales saturados. El colapso no sólo perjudica a estos Estados que se encuentran ante un reto para el reparto y gestión de recursos limitados, y que asumen el deber de proteger a las personas vulnerables, sino que también dificulta enormemente a las autoridades nacionales cumplir con los estándares procesales adecuados para el desarrollo del procedimiento, impidiendo aplicar condiciones de acogida dignas y perjudicando, ante todo, a los propios solicitantes.

Estas deficiencias del sistema no sólo reducen su eficacia, sino que han hecho aumentar las tensiones entre los Estados miembros, muchos de los cuales se han sentido abandonados y defraudados por las actuaciones de sus socios que, en el marco de la crisis migratoria, han adoptado decisiones que anteponen sus intereses nacionales, mostrando así una faceta incompatible con el proyecto europeo, cuyos efectos se han propagado más allá de la propia política migratoria.

El tercer gran reto al que se enfrenta el SECA es responder a la dicotomía existente entre derechos y seguridad. Resulta imposible elaborar un sistema de protección internacional coherente, dentro de una política migratoria global que trata de desincentivar la migración proveniente de una mayoría de Estados, reduciendo las vías legales de acceso; que sitúa como prioridad la lucha contra la inmigración ilegal. Máxime cuando esa política de protección se articula desde criterios de territorialidad que requieren estar presentes en suelo europeo.²¹ En definitiva, este límite responde a los desequilibrios

²⁰ Según datos del Banco Mundial, en 2020 Alemania tenía una población de refugiados de 1,210,636 personas. Mientras que en Eslovenia el número de refugiados era de 858. Cifra similar a la de Croacia, de 966. Las cifras de Grecia, Italia y España, principales puertas de entrada, eran similares entre sí. 103,136; 128,033, y 103,679, respectivamente. Estos datos pueden consultarse en https://datos.bancomundial.org/indicador/SM.POPREFG?name_desc=false

²¹ Según establece el artículo 3o. de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo

existentes entre la política de asilo, de inmigración y de gestión de fronteras exteriores, que establecen prioridades distintas y cuya ordenación deberá enjuiciarse, en cualquier caso, con la efectiva protección de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Pero la solución a estas deficiencias no puede encontrarse en los discursos populistas, en auge tanto para un extremo político como para su contrario. La complejidad a la que responden las cuestiones de la política migratoria, en general, y de asilo, en particular, derivan de su característica transversalidad, que afecta a ámbitos casi irreconciliables. Un sistema que logre garantizar los derechos de los solicitantes de protección internacional y que a su vez logre preservar la seguridad de las fronteras es sumamente complejo cuando más del 90% de solicitantes de protección acceden irregularmente. Resulta igualmente difícil articular un sistema común para Estados con realidades tan distintas, si éste no se sustenta de manera firme sobre la solidaridad comunitaria y el establecimiento de estándares comunes.

Mientras sus problemas estructurales no se resuelvan, el funcionamiento efectivo del SECA será imposible. Las autoridades actuarán primando un objetivo, sea la seguridad, sean los derechos, sobre otro. Con ello, no sólo se verá deteriorado el SECA, sino también el gran logro del espacio de libertad seguridad y justicia, y las relaciones entre los Estados. Incluso el sistema Schengen. Las graves consecuencias del mal funcionamiento del SECA, sumado a la certera continuidad en el tiempo de estos flujos migratorios, hacen que sea necesario un cambio en la estrategia europea: un replanteamiento profundo del SECA, del cual obtener un nuevo sistema más garantista y eficaz.

V. EL DESVANECIMIENTO DE LA POLÍTICA DE ASILO

En los últimos años hemos presenciado una crisis política que, a raíz de la migratoria que Europa no supo afrontar, ha contribuido al desvanecimiento

y del Consejo, del 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva: “1. La presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional. 2. La presente Directiva no se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros”.

to del SECA. En este tiempo se ha logrado una relación más estrecha entre la política de asilo y las políticas de gestión de fronteras e inmigración; una pretensión coherente con el deseo de alcanzar una gobernanza de las migraciones. Sin embargo, el problema radica en que este acercamiento entre las tres políticas no ha logrado una mejor coordinación entre ellas, sino que la política de asilo ha sido, en gran medida, absorbida por las otras dos que comparten una prioridad común: la lucha contra la inmigración irregular. A falta de un mejor equilibrio entre políticas, el SECA se ha *securitizado*.

Ciertamente, la prioridad de la política de asilo, que debe ser garantizar un estatuto de protección a quien lo precisa, y asegurar el respeto al principio de no devolución (según las exigencias del artículo 78, TFUE), no se ha excluido. Pero su cumplimiento se ve condicionado por las políticas de gestión de fronteras y migratoria que, en la lucha contra la inmigración ilegal, persiguen un mayor aumento de los controles fronterizos, incluso externalizados, y la devolución automática de quienes accedan irregularmente. Estrategias que impiden el desarrollo efectivo de una política de asilo construida sobre un incomprensible principio de territorialidad que exige a los solicitantes estar en territorio europeo, aun faltando vías legales para ello.

Lo que subyace de este planteamiento de la política migratoria es un intento de los Estados de evadir sus obligaciones de derecho internacional, y de derecho europeo. Para ello, unos reforzados muros externos deben proteger a la Unión, a fin de mantenerla inalterable frente a la realidad de un mundo globalizado que se resigna, por instinto, a permanecer inmóvil. Como consecuencia, esta política ha llevado a una nueva conceptualización de la figura del refugiado, despojada de su inherente vulnerabilidad y caracterizada ahora, como una amenaza para la seguridad europea.

Esta *securitización* de la política de protección tiene graves consecuencias. En primer lugar, para los solicitantes, que pese a constituir un colectivo especialmente vulnerable, ven sus derechos menoscabados por prácticas nacionales justificadas bajo el aval de la omnipotente cláusula de seguridad nacional. Argumento que parece permitir a los Estados infringir normas internacionales sistemáticamente, incluso de *ius cogens*, como el *non refoulement*. Pero esta no es la única consecuencia; como expresa Gemma Pinyol Jiménez (2021), al haber difundido la idea de amenaza que suponen estas personas para la seguridad nacional, reforzada con la idea de que los muros deben protegernos de ellos, otros Estados han aprovechado para su utilización geoestratégica

como elemento de presión. Utilización que ha sido posible al haber instituido a muchos de estos Estados como centinelas de nuestras fronteras.

Nos encontramos, así, con un sistema de protección que requiere estar presente en el territorio para activar sus mecanismos, pero que apenas prevé vías legales y seguras para acceder al mismo, sumado a una estrategia obsesiva por la lucha contra la inmigración irregular. El caldo de cultivo perfecto para vaciar de contenido la política de asilo. Por ello, en la gobernanza migratoria europea urge encontrar un equilibrio entre estas inseparables políticas que permita a la política de asilo cumplir su función de dotar de un estatuto de protección a quien lo precisa, sin que este objetivo frene la lucha contra la inmigración irregular. Para ello, la creación de vías de acceso como el visado humanitario es urgente.

En esa prioritaria gestión de las fronteras podemos señalar como principales medidas adoptadas para su gestión, siguiendo el razonamiento de Miguel Ángel Acosta Sánchez (2019): el fortalecimiento de la vigilancia comunitaria, para lo que se han reforzado las capacidades de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, y por otro lado, la intensificación de la cooperación con terceros Estados. Ambas acciones comprenden una serie de medidas específicas que suponen, como apunta Alejandro del Valle Gálvez (2016), una transformación funcional de la frontera, que inciden notablemente en las políticas de inmigración y de asilo.

En lo referente al objetivo de una mayor cooperación con terceros Estados, que se hizo más evidente tras la adopción del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (GAMM, por sus siglas en inglés), se han desarrollado una multitud de mecanismos financieros enmarcados en las distintas políticas que influyen en las causas profundas de la migración. Así, los principales instrumentos financieros se reparten a través de políticas de cooperación tales como el Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE para África; la Política Europea de Vecindad;²² ciertos programas regionales de desarrollo y de protección (especialmente aquellos para el África oriental, central y occidental);²³

²² El “Instrumento Europeo de Vecindad”, constituido para la cooperación con socios meridionales en el periodo 2014-2020 fue dotado de 15,400 millones de euros. Para el periodo 2021-2027 se constituyó el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional (IVCDI) “Europa Global”. Aprobado por el Parlamento Europeo el 9 de junio de 2021 tras más de dos años de negociaciones; cuenta con un nutrido presupuesto de 79,500 millones de euros.

²³ Como el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), cuyos destinatarios son países de África,

pero también a través de otras políticas íntimamente ligadas, como la de seguridad y lucha antiterrorista,²⁴ o la política comercial,²⁵ así como la ubicación de delegaciones de la UE en aquellos Estados para prestar asistencia. Destaca de entre todos ellos el Fondo de Asilo, Migración e Integración, establecido para el periodo 2021-2027 y cofinanciado conjuntamente por la Comisión Europea y los Estados Miembros; y el referido Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE para África, constituido a finales de 2015, con la finalidad de “tratar las causas profundas de la inestabilidad, los desplazamientos forzosos y la migración irregular y contribuir a una mejor gestión de la migración”.

Lo que subyace en estas políticas financieras es alcanzar el objetivo último de *desterritorializar* (Alejandro del Valle Gálvez, 2020)²⁶ los controles migratorios que se llevan a cabo, siguiendo esta práctica, fuera de la UE, en el territorio de un tercer Estado. La finalidad teórica es conseguir un mejor control de los flujos migratorios mixtos y un mejor abordaje en el país de origen de las causas profundas de la migración. Con tal fin, esta práctica debería servir de filtro para separar a los solicitantes de protección internacional y facilitar su llegada a territorio seguro, a la vez que contendría la llegada

del Caribe y del Pacífico y Territorios de ultramar con el objetivo principal de reducir (y eventualmente erradicar) la pobreza.

²⁴ En este sentido, son destacables las diez misiones civiles y seis operaciones militares activas que la UE mantiene en Europa, África y Oriente Próximo, junto con un Plan de Acción concreto para la Lucha Antiterrorista en el Cuerno de África y Yemen, y además de su colaboración desde 2017 con la Fuerza Conjunta del G5 del Sahel. Así como el Fondo Europeo de Apoyo a la Paz, dotado de 5,000 millones de euros para el periodo 2021-2027.

²⁵ Destaca en esta política el Acuerdo de Cotonú de 2000, que expiraba inicialmente el 29 de febrero de 2020. La Decisión 1/2022 amplió su aplicación hasta el 30 de junio de 2023 o hasta la entrada en vigor de un nuevo acuerdo que lo sustituya. El objetivo del acuerdo es, según su artículo 1o., promover el desarrollo económico, cultural y social así como contribuir a la paz, seguridad y a la consecución de un clima político estable y democrático. Dedicar su artículo 13 a las migraciones, donde se establece que “cada uno de los Estados ACP readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de este último y sin mediar más trámites” (artículo 13.5.i).

²⁶ Ante la multitud de términos empleados por la doctrina para denominar estas prácticas, asumimos el término “desterritorialización” que, como explica Alejandro del Valle Gálvez (2020), comprendería en su generalidad tanto las prácticas de externalización como de extraterritorialidad. Una explicación más detallada se puede encontrar en sus múltiples artículos sobre la materia.

de inmigrantes irregulares por motivos económicos. Su propósito, sin embargo, es que la desterritorialización suponga una barrera disuasoria y de contención para toda amenaza a la seguridad, incluyendo los flujos migratorios. Para ello, una parte importante de los fondos se destina a que las autoridades locales aumenten su vigilancia para limitar el tránsito de migrantes, así como favorecer el retorno y la readmisión. Atendiendo a este objetivo prioritario de seguridad, la distinción entre requirente de protección y migrante económico resulta secundaria.

No puede olvidarse que aunque la salvaguarda de las fronteras como objetivo al que aspira la externalización de los controles migratorios, es un fin legítimo dentro del poder soberano de los Estados, existe un límite a dicha actuación, conformado por la prohibición de *non refoulement* como norma de *ius cogens* (Abrisketa Uriarte, 2017). Lo que la doctrina y los tribunales se preguntan es en qué modo limita esta norma la actuación de los Estados cuando la persona aún no está dentro de los límites territoriales del Estado en cuestión, o incluso, si tan solo ha salido del propio Estado del que huye alegando el riesgo de sufrir tratos inhumanos.

Con todo ello, la cooperación con terceros Estados no es una novedad; siempre ha sido una línea de actuación esencial de las políticas migratoria, de asilo y de gestión de fronteras para luchar contra la inmigración; pero sin duda, el punto de inflexión lo marcó el Acuerdo UE-Turquía de 2016. Fue entonces cuando la cooperación con terceros Estados adoptó una orientación diversa, que va mucho más allá de los acuerdos de readmisión.²⁷ Esta estrategia, reflejada en el Nuevo Pacto Migratorio, pasa por un desplazamiento táctico de la frontera europea, a territorios de terceros Estados que cumplen la misión de defender los confines europeos desde sus territorios, permitiendo a la UE llevar a cabo su política, rebajando el canon de protección a los estándares de estos países. Así, en principio, no son los países europeos quienes ejercen su jurisdicción a través de esas políticas de vigilancia, sino terceros Estados que cumplen los encargos europeos condicionados por la recepción de fondos europeos. Con una explícita prioridad de frenar la inmigración, el descaro con el que se ha relegado la protección de los derechos de migrantes y de potenciales solicitantes de protección internacional en los diferentes

²⁷ Se pueden consultar los acuerdos de readmisión suscritos por la UE en vigor en https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en

instrumentos (acuerdos, memorándum, declaraciones conjuntas, etcétera), los hace más que cuestionables, y a la Unión espectadora, cuando no cómplice, de las violaciones de derechos que cometen las autoridades de aquellos Estados-socios que les rinden cuentas. Hasta el momento, en esta particular estrategia, los socios claves han sido Marruecos, Turquía y Libia.

VI. LOS SOCIOS DE LA UNIÓN

En la ruta del Mediterráneo Oriental, el socio clave es Turquía. Pero para comprender tal alianza, es necesario observar las circunstancias que la forjaron.

En 2015 llegaron a Europa por mar aproximadamente 1,014,973 personas. De ellas, 856,723 lo hicieron por Grecia (según el portal web oficial de ACNUR *operational data refugee situations*); es decir, casi 84%. De esos 857,000, llegaron a la isla de Lesbos 550,000. Una isla cuya población no alcanzaba hasta entonces las 100,000 personas.

Grecia no estaba preparada para la acogida de miles de personas. No pudiendo olvidar que fue uno de los países más afectados por la crisis económica de 2007, la gestión de los flujos migratorios le suponía un auténtico reto. De hecho, las nefastas condiciones de acogida que proporcionaba Grecia a los solicitantes de protección internacional fueron calificadas como inhumanas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya en el 2011, cuando las cifras de solicitantes no eran comparables.²⁸ Ello puede darnos una idea acerca de las condiciones en las que se encontraron los solicitantes a partir de 2015.

Según datos de Amnistía Internacional (2016) el campo de Elliniko I, por ejemplo (un estadio de jockey), se abrió el 29 de agosto de 2015. Albergaba a 1,850 personas, aunque su capacidad era para 1,400; contaba con cuarenta y ocho retretes y doce duchas sin división entre hombres y mujeres, sólo cuatro con agua caliente. La distancia al centro de salud más cercano es de más de cinco kilómetros. En una situación muy similar se encontraban los 908 refugiados del campo de Ritsona, que si bien tenía capacidad para todos ellos, disponía solo de diez duchas, tres de ellas con agua caliente,

²⁸ Véase, entre otras, la STEDH del 21 de enero de 2011. *M.S.S c. Bélgica y Grecia*. §222 y §233.

y cuarenta retretes. Por su parte, el campo de refugiados de Moria, probablemente el más famoso de Europa, fue habilitado en 2016 para acoger a 3,000 personas. En febrero de 2020 acogió a 20,000. Las condiciones inhumanas en las que se encontraban miles de personas fueron denunciadas durante años por medios internacionales, oenegés y organismos internacionales. Entre otros, Médicos sin Fronteras, Amnistía Internacional o el propio ACNUR. En septiembre de 2020 fue incendiado, según diversas fuentes por un grupo de refugiados que, fruto de la desesperación, decidieron quemar el recinto para salir de lo que denominaban “infierno”.

Era evidente que Europa debía reaccionar. Se estaba viviendo una crisis humanitaria despreciando los derechos humanos de quienes huían del Estado islámico en general y principalmente de la guerra de Siria. Además de la pésima imagen que “la Europa de los derechos” estaba dando al mundo, Grecia estaba soportando unos costes a los que decía no poder hacer frente. Con ello se gestaba en el seno de la Unión nuevas tensiones entre los Estados miembros. Los Estados que conforman la frontera sur de Europa acusaban al resto de no actuar solidariamente, mientras que éstos acusaban a los Estados fronterizos de no estar gestionando adecuadamente sus fronteras, que son también las fronteras de Europa. Había quedado demostrado que el Sistema Europeo Común de Asilo no permitía un reparto equitativo de la responsabilidad. Las obligaciones de primera acogida recaían principalmente en Grecia e Italia. Tras el fracaso de otras medidas para hacer frente a esta crisis, como la reubicación, la respuesta que dio Europa fue decepcionante. Para el caso de Grecia, el llamado pacto de la *vergüenza*.

En 2016 el Consejo Europeo firmó la “Declaración” UE-Turquía,²⁹ formalmente considerada un acuerdo por el cual la Unión Europea (sus Estados) se comprometió a acelerar la liberación de visados de los ciudadanos turcos en el espacio Schengen (punto 5 del acuerdo); a acelerar el desembolso de tres mil millones de euros asignados en el Mecanismo para los refugiados en Turquía, que la Comisión había creado en noviembre de 2015,³⁰ y a apor-

²⁹ Se puede consultar el texto de la Declaración en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

³⁰ Decisión de la Comisión del 24 de noviembre de 2015 sobre la coordinación de las acciones de la Unión y de los Estados miembros mediante un mecanismo de coordinación, el Mecanismo para Turquía en favor de los refugiados (2015/C 407/07). Según el artículo 1o. de la decisión, el Mecanismo tenía el fin “de ayudar a Turquía a abordar las necesidades humanitarias y de desarrollo inmediatas de los refugiados y de las comunidades de acogida, así

tar otros tres mil millones adicionales hasta 2018 para financiar proyectos humanitarios destinados a los refugiados en el ámbito de la salud, educación, alimentación e infraestructuras (punto 6 del acuerdo); asimismo, confirmó su compromiso con Turquía para mejorar la Unión Aduanera, reactivar el proceso de adhesión (puntos 7 y 8) y mejorar las condiciones humanitarias en Siria, en especial en la frontera turca (punto 9).

A cambio de todo ello, Turquía debía tomar “todas las medidas necesarias” para evitar que se abrieran nuevas rutas marítimas o terrestres para la inmigración ilegal (punto 3). Aceptaba que, como “una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público”, todos los inmigrantes que llegaran a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 procedentes de Turquía serían devueltos a ese país (punto 1), que era ahora considerado tercer Estado seguro, pese a tener una reserva de limitación geográfica a la Convención de Ginebra de 1951 que ampara solo a europeos. Y se estableció la regla del “uno por uno” (*one in, one out*), que implicaba que, por cada sirio que fuese devuelto a Turquía desde Grecia, otro sería reasentado desde Turquía en la UE, dando prioridad a aquellos que no hubieran intentado entrar ilegalmente en territorio europeo, y pudiendo revisar este mecanismo e incluso suspenderlo en función de la evolución de la crisis migratoria (punto 2 del acuerdo).

El acuerdo supuso un acto repleto de polémicas acerca de su contenido y de su forma (Valentina Zambrano, 2019), pero en términos de eficacia, esta medida cumplió su objetivo: en 2016, tras la entrada en vigor del acuerdo, el número de llegadas por mar a las islas griegas cayó 80 %, de las 856,723 de 2015, a 173,450. Descendieron también el número de fallecidos en esta ruta marítima, pues mientras que en 2015 se perdieron más de ochocientas vidas, en 2019 fueron 71. Sin embargo, estas cifras no debieron leerse con el optimismo y el orgullo que aún hoy consta en los comunicados oficiales de la Unión Europea, pues pese a lo que pudiera parecer, el acuerdo no solventó la tragedia. Por un lado, a pesar de que el número de llegadas a Grecia descendió, las llegadas por mar a Italia y a España aumentaron. Y con un mayor uso de la ruta central (más peligrosa), aumentó el número de desaparecidos en el Mediterráneo, que pasó de 4,055 personas en 2015, a 5,136 en 2016.³¹

como a las autoridades nacionales y locales para gestionar y hacer frente a las consecuencias de la afluencia de refugiados”.

³¹ Datos extraídos del Proyecto Missing Migrants. <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>

Por otro lado, los datos muestran cómo a partir de 2016 el número de fallecidos en la ruta oriental desciende notablemente, hasta convertirse en la ruta menos mortífera de las tres, por detrás de la ruta occidental; sin embargo, la interpretación de estos datos debe hacerse de la mano de dos circunstancias esenciales. Por un lado, la tendencia a la baja a partir de 2016 en el número de llegadas de inmigrantes por vía marítima a Europa, año que fue el pico de la crisis migratoria. Por el otro, aunque el número de muertes en la ruta oriental descendió a partir de la firma del acuerdo, aún no se han recuperado los valores anteriores a 2015.

Por otra parte, el acuerdo ha sido muy crítico respecto a la situación de los solicitantes de protección internacional. Más allá de las críticas posibles a la regla del “uno por uno”, que se toma en clara discriminación hacia el resto de nacionalidades al señalar como posibles beneficiarios del reasentamiento únicamente a los ciudadanos sirios; lo cierto es que la ejecución del acuerdo ha supuesto evidentes modificaciones en el procedimiento de protección internacional en Grecia, acentuando el control sobre los solicitantes en detrimento de sus derechos. Situación especialmente evidente en las islas griegas.

Ante el colapso griego, el acuerdo con Turquía supuso un parche, derivando los flujos migratorios a través de otras rutas, o conteniéndolas en Turquía. Pero como parche, pronto dejó de funcionar al no cesar la situación de necesidad de quienes acudían, y siguen acudiendo a Grecia por los conflictos en sus países. Principalmente sirios y afganos. Pero en Grecia el drama humanitario ha continuado años después del acuerdo con Turquía. Las condiciones en las que se encuentran los refugiados siguen mereciendo el calificativo de inhumanas (desde la perspectiva jurídica del artículo 3o. del CEDH), y la relación con aquel socio, lejos de ser pacífica, se ve inmersa en un continuo pulso donde el uso político de los refugiados sigue siendo su mejor baza en las negociaciones.

En la ruta occidental el socio clave es Marruecos, en virtud del acuerdo de asociación de movilidad celebrado en 2013. Supone la segunda mayor cartera de cooperación en materia de migración,³² ya que recibió 238 millones del Fondo Fiduciario de Emergencia de la Unión para África, a lo que debemos sumarle otras cantidades provenientes de distintos instrumen-

³² Marruecos supone la segunda mayor cartera de cooperación de la Unión en materia de migración. Recibe 346 millones de euros, 238 millones del Fondo Fiduciario de Emergencia de la Unión para África, y el resto de otros instrumentos financieros.

tos financieros, como los más de mil millones de euros asignados desde 2014 a través del Instrumento Europeo de Vecindad para la empleabilidad y el crecimiento sostenible, la gobernanza democrática, etcétera. Aun así, las tensiones continúan con este socio que ha querido dejar claro en los últimos años que él controla la frontera de España y, por ende, de Europa. Para ello, en los últimos años hemos presenciado varios episodios de entradas masivas, como la sucedida en mayo de 2021 cuando en 48 horas entraron entre 8,000 y 10,000 extranjeros de forma irregular y ante autoridades marroquíes que permanecieron pasivas. Aquella entrada respondía a un incremento de la tensión entre España y Marruecos al encontrarse hospitalizado en Madrid el líder del Frente Polisario, Brahim Ghali.

En la ruta del Mediterráneo central, la más mortífera, el aliado es Libia. Del mismo modo que ocurre en los otros dos casos, también aquí se parte de la premisa de considerar a Libia como país seguro. Algo que es más que cuestionable.

Sin ánimo de exhaustividad, para comprender la relación entre Italia y Libia podemos remitirnos a un informe de Amnistía Internacional (2015), que demostraba cómo, hasta 2009, Italia conducía a su territorio las embarcaciones que interceptaba en el mar; pero a partir de ese momento esta práctica cambió y empezó a devolver las embarcaciones a Libia. Precisamente en ese año ocurrieron los acontecimientos por los que el TEDH condenó a Italia en la famosa sentencia de *Hirsi Jamaa* (Asunto *Hirsi Jamaa y otros. c. Italia*, 2012), entre otras razones por vulnerar el principio internacional de *non refoulement*. También en 2009 Italia aprobó la ley 7, del 6 de febrero, que ratificaba el Tratado de amistad, asociación y cooperación firmado en Bengasi el 30 de agosto de 2008.

Con una tendencia migratoria al alza, que se ha reflejado en páginas anteriores, Italia cambió su estrategia y acentuó su alianza con un país que, por su situación estratégica, servía de puerto de salida a migrantes de África y Asia. El pacto más significativo es el Memorándum de entendimiento entre Italia y Libia, firmado en Roma el 2 de febrero de 2017,³³ cuyo objetivo principal es favorecer la cooperación para frenar la migración irregular hacia Europa, poniendo atención no sólo en la frontera norte de Libia, sino

³³ Memorándum de Entendimiento sobre cooperación en el ámbito del desarrollo, la lucha contra la inmigración ilegal, la trata de seres humanos, el contrabando y el fortalecimiento de la seguridad fronteriza entre el Estado de Libia y la República de Italia (1/2017).

también en la frontera sur, pues como afirmó M. Minniti, entonces ministro del Interior del gobierno italiano: “sellar la frontera sur de Libia significa sellar la frontera sur de Europa” (Gracia Longo y Giordano Stabile, 2017).

Precisamente por ello, este acuerdo, aun estando suscrito únicamente por Italia, era también un acuerdo europeo. De hecho, la Unión no tardó en expresar su conveniencia en la cumbre de la Valeta, que se llevó a cabo un día después, el 3 de febrero de 2017, y donde los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración señalaron como una cuestión prioritaria respaldar a Italia en la aplicación del Memorándum. En julio de ese mismo año se aprobó un nuevo proyecto plurianual financiado a través del Fondo Fiduciario de la Unión Europea para África mediante el que se destinaban 46.3 millones de euros a la vigilancia de las fronteras libias.

El Memorándum implantó un plan para reforzar la vigilancia de las fronteras terrestre y marítima libias, donde Italia se comprometía no sólo a prestar asistencia, sino también a formar las nuevas guardias. Pero mientras los Estados miembros de la Unión se encontraban satisfechos con su aliado, la ONU denunció el horror de los centros de detención libios en los que se encuentran miles de personas. ACNUR (2023) todavía lo califica de “infierno de los refugiados”, constatando abusos, torturas e incluso venta de esclavos; los mismos hechos fueron corroborados por la OIM y denunciados por multitud de oenegés como Médicos Sin Fronteras o Amnistía Internacional. Lo cierto es que la situación en la que se encuentran los inmigrantes irregulares en Libia era evidente incluso en 2011, cuando el TEDH se pronunció en el Asunto de Hirsi Jamaa. Ya en aquel entonces, el gobierno italiano respaldó la consideración de Libia como puerto seguro, alegando los tratados internacionales de derechos humanos suscritos; argumento refutado por el Tribunal de Estrasburgo, que afirmó que la situación era “bien conocida y fácil de comprobar a través de múltiples fuentes”. Por ello, “las autoridades italianas sabían, o debían haber sabido, que, cuando los demandantes fueron expulsados, como inmigrantes ilegales, se verían expuestos en Libia a tratos contrarios al Convenio y no recibirían forma alguna de protección en ese país” (Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia, 2012, párr. 131).

Años después, la situación de estas personas poco ha cambiado; pero el acuerdo entre Libia e Italia fue renovado a comienzos de 2020. Ese mismo año cesó la operación marítima SOPHIA y comenzó la operación IRINI

que tiene entre sus objetivos la formación de la guardia costera y de la armada Libia y la desarticulación de redes de tráfico ilícito y trata de personas.

La finalidad de todos estos instrumentos normativos y financieros con Libia (y otros tantos similares que no mencionamos por los límites del trabajo) sigue el mismo discurso que toda la política europea de cooperación con terceros Estados: frenar la inmigración irregular a Europa. Que no lleguen al mar, y si lo hacen, que sean devueltos a África. La cuestión no es sencilla y nos lleva a plantearnos, como adelantábamos antes, y del mismo modo que subyace también en las políticas con Turquía y con Marruecos, qué responsabilidad tienen la Unión y sus Estados miembros en las constatadas torturas sufridas.

VII. CONCLUSIONES

El sistema normativo que ha construido la Unión Europea para el desarrollo de una política de asilo común supone un gran avance hacia la gobernanza de las migraciones. La colaboración entre los propios Estados miembros que conforman la UE, pero también con terceros Estados es, sin lugar a duda, el camino que debemos seguir para dar una respuesta al enorme reto político, económico, social y cultural que suponen los movimientos migratorios masivos, pues resulta evidente que ningún Estado, por sí mismo, es capaz de afrontar este reto de la globalización (José María Porras Ramírez, 2017).

Sin embargo, la estrategia que está desarrollando la Unión Europea para gestionar los flujos migratorios en su conjunto precisa de un trato adecuado a las migraciones consideradas *forzosas*. A estos efectos urge una reforma del SECA que mejore su efectividad y su coherencia con el principio de solidaridad y reparto de la responsabilidad para, en último término, mejorar la tutela de quienes acuden al territorio de la Unión solicitando protección internacional. De la lectura de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión se concluye fácilmente que los Estados miembros están vulnerando los estándares europeos e internacionales de derechos humanos hacia un colectivo especialmente vulnerable. Ello se debe principalmente a una falta de voluntad política por acoger a estas personas. Por ello, la estrategia de la Unión Europea, lejos de crear vías legales de acceso al procedimiento de protección internacional, como el reclamado visado humanitario, ha intensificado su política de contención

(acorde con una tendencia global), que los convierte inmediatamente y ante todo, en inmigrantes irregulares. Con el consiguiente rechazo social e institucional que parece comportar este calificativo, tras el auge de numerosos partidos políticos que señalan falazmente a los inmigrantes irregulares como causantes de todos los males europeos, desde el paro hasta el terrorismo.

Esa política de contención pasa por la celebración de alianzas con socios cuyo respeto a los derechos humanos es más que cuestionable. En la práctica supone mantener al inmigrante y potencial solicitante de protección internacional fuera de la jurisdicción de la Unión para poder rebajar el canon de protección al estándar de aquellos países (Libia, Turquía, Marruecos...) y no tener que afrontar su acogida, lo que, en la práctica, supone el desvanecimiento de la política de protección internacional.

La guerra de Ucrania, sin embargo, ha supuesto una excepción. La acogida inmediata y solidaria de todos los países de la Unión es motivo de orgullo para ella; sin embargo, es difícil pensar que esta solidaridad, que no se vivió ante la guerra en Siria ni ante los afganos que huyen de su país, continúe en el futuro ante la llegada masiva de personas provenientes de otro Estado no europeo. Así, existe un grave riesgo de que la acogida solidaria y eficiente que ha desplegado la Unión ante los ucranianos se torne en discriminatoria hacia quienes culturalmente no nos resultan tan afines (José María Porrás Ramírez, 2022).

Con todo ello, la reforma del SECA continúa bloqueada desde que se planteó en 2016 y nuevamente en 2020. Urge reactivar el proceso de reforma con la conciencia de que el Pacto Migratorio, que se presentó en septiembre de 2020, ha quedado ya desfasado en muchos aspectos, según las lecciones aprendidas los últimos años y, en especial, con la acogida de los ucranianos. Es necesaria una reforma del SECA garantista, que incorpore la jurisprudencia del TEDH y del TJUE; que tome como modelo la acogida eficaz y garantista dada a los ucranianos como reacción ante los flujos masivos de refugiados y, por supuesto, la creación de vías de acceso seguras y legales para los solicitantes de protección internacional, como puede ser la tramitación en embajadas y consulados y la aprobación del visado humanitario. Para todo ello es necesario un compromiso político de los Estados miembros que dote a la Unión de mayores competencias en la materia. Un compromiso que, sin embargo, parece muy lejano todavía.

VIII. REFERENCIAS

- Abrisketa Uriarte, Joana (2017). La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 119-158. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.04>
- ACNUR, (2023). Refugiados en Libia: torturas, abusos, tráfico sexual y esclavitud. *Web oficial para la emergencia en Libia*. <https://eacnur.org/es/labor/emergencias/emergencia-libia-el-infierno-de-los-refugiados>
- Acosta Sánchez, Miguel Ángel (2019). La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 64, 859-895. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.03>
- Amnistía Internacional (2015). Miedo y Vallas. Los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas. <https://www.amnesty.org/es/documents/eur03/2544/2015/es/>
- Amnistía Internacional (2016). Informe Atrapados en Grecia: una crisis de refugiados evitable. <https://www.amnesty.org/es/documents/eur25/3778/2016/es/>
- Balaguer Callejón, Francisco (2008). El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 57-92.
- Carreras Hernández, Francisco Jesús (2020). El espacio de libertad, seguridad y justicia ante los nuevos desafíos de la Unión Europea: evolución y articulación jurídica. En José María Porrás Ramírez (coord.). *Migraciones y asilo en la Unión Europea* (pp. 45-72). Aranzadi.
- Favilli, Chiara (2010). Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2(XII), 13-35. 10.3280/DIRI2010-002002
- González Vega, Javier Andrés (2016). El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía. En *La crisis de personas refugiadas y su impacto sobre la UE* (pp. 149-189).
- González Vega, Javier Andrés (2017). Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados”). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 27-75. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.02>

- Haberle, Peter (2008). El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007 (Francisco Balaguer Callejón, trad.). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 9, 11-22.
- Labayle, Henri (1997). Un espace de liberté, de sécurité et de justice. *Revue trimestrielle de droit européen*, 33(4), 813-881.
- Longo, Gracia y Stabile, Giordano (2017, abril 2): Libia, Le tribù del sud siglano la pace e si impegnano a bloccare i migranti. *La Stampa*. <https://www.lastampa.it/esteri/2017/04/02/news/libia-le-tribu-del-sud-siglano-la-pace-e-si-impegnano-a-bloccare-i-migranti-1.34610687>
- Parlamento Europeo (1997). Resolución sobre el funcionamiento y el futuro de Schengen. *Diario Oficial n° C 115 de 14/04/1997*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51997IP0014&from=EN>
- Peers, Steve (2020). First Analysis of the EU's New Asylum Proposals. <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html>
- Pinyol Jiménez, Gemma (2021, noviembre 21). Las personas refugiadas no son el enemigo. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-11-10/las-personas-refugiadas-no-son-el-enemigo.html/>
- Porrás Ramírez, José María (2017). El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización. *Revista de Estudios Políticos*, 175, 207-234. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.175.06>
- Porrás Ramírez, José María (2022a). “La aplicación de la directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, como instrumento para el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes”. En José María Porrás Ramírez (dir.) *El acceso a la ciudadanía de los migrantes. Retos y amenazas para su inclusión* (pp. 61-90). Foros y Debates. CEPC.
- Porrás Ramírez, José María (2022b). “La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea? *La Ley Unión Europea*, 106, 47-71.
- Scuto, Filippo. (2012). *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*. Giufre Editore.
- Valle Gálvez, Alejandro del (2016). Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 759-777.

- Valle Gálvez, Alejandro del (2020). Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2, 145-210.
- Zambrano, Valentina (2019). “Accordi informali con stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell’Unione e dell’Italia. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 119-148. DOI: 10.26321/V.ZAMBRANO.01.2019.06

Evaluación del grado de adopción de los principios cooperativos en la legislación mexicana

Evaluation of the Degree of Adoption of Cooperative Principles in Mexican Legislation

Juan José ROJAS HERRERA

 <https://orcid.org/0000-0002-9758-7463>

Departamento de Sociología Rural de la Universidad Autónoma Chapingo, México.
Correo electrónico: rojashjj@gmail.com

RESUMEN: El objetivo del presente artículo consiste en evaluar el grado de adopción de los principios del cooperativismo universal en la legislación que sobre cooperativas se ha emitido en el país, a lo largo de la historia. Para ello se efectuó una labor exhaustiva de análisis comparativo entre el espíritu y orientación filosófica de los principios cooperativos originalmente formulados por la Sociedad Cooperativa de los Equitativos Pioneros de Rochdale, formada en 1844 y, posteriormente, plasmados en tres declaraciones aprobadas por la Alianza Cooperativa Internacional en 1937, 1966 y 1995, y la forma en que éstos fueron incluidos en el contenido normativo, tanto del Código de Comercio de 1889, como en las cuatro versiones de la Ley General de Sociedades Cooperativas: 1927, 1933, 1938 y 1994. Los resultados obtenidos permiten concluir que la legislación hasta ahora expedida no ha logrado traducir en norma jurídica fundamental del sistema cooperativo el contenido esencial de sus principios doctrinarios, lo cual no obedece a un problema de orden técnico, sino que está directamente relacionado con las condiciones y necesidades políticas en las que se han dictado los distintos preceptos legales.

Palabras clave: legislación, cooperativismo, principios cooperativos, derecho cooperativo, sociedad cooperativa

ABSTRACT: the objective of this article is to evaluate the degree of adoption of the principles of universal cooperativism in the legislation that applies to cooperatives that has been issued in the country, throughout history. For this purpose, work was carried out comprehensive comparative analysis between the spirit and philosophical orientation of the cooperative principles originally formulated by the Cooperative Society of Rochdale Equitable Pioneers, formed in 1844 and subsequently embodied in three declarations approved by the International Cooperative Alliance in the years 1937, 1966 and 1995 and the way in which they were included in the normative content, both of the Commercial Code of 1889 and in the four versions of the General Law of Cooperative Societies: 1927, 1933, 1938 and 1994. The results obtained allow us to conclude that the legislation up to now issued has not succeeded in translating into a fundamental legal norm of the cooperative system the essential content of its doctrinal principles, which does not is due to a technical problem but is directly related with the conditions and political needs in which they have been dictated the different legal precepts.

Keywords: legislation, cooperativism, cooperative principles, law cooperative, cooperative society.

RECEPCIÓN: 14 de febrero de 2023

ACEPTACIÓN: 15 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La influencia de Rochdale sobre la legislación cooperativa en México: 1844-1933.* III. *Los principios cooperativos de 1937 y la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1938.* IV. *Los principios cooperativos de 1966 y 1995 y la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1994.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con diversos autores (Rosendo Rojas Coria, 1984; Carlos Illades, 1996; Juan José Rojas, 2014), el cooperativismo en México surge durante el último cuarto del siglo XIX, a través de cuatro vías principales de desarrollo: la transformación de sociedades mutualistas en cooperativas, la formación de cooperativas como resultado de diversos movimientos huelguísticos, como producto del apoyo gubernamental a sectores sociales marginados y como resultado de procesos autogestivos de organización ciudadana.

Desde entonces, si bien se han emitido diversos ordenamientos jurídicos tendientes a su regulación, no cuenta aún con un derecho propio y autónomo que recupere adecuada e íntegramente su filosofía social, su naturaleza asociativa y su finalidad distributiva de la riqueza. Lo anterior sugiere que una cosa es la legislación cooperativa y otra muy diferente, el derecho cooperativo.

En efecto, legislar es el acto de formular, promulgar o establecer leyes de observancia general, cuya potestad corresponde al Poder Legislativo como autoridad competente. Así, la legislación es el conjunto o cuerpo de leyes por las que se gobierna una materia determinada, por lo que, en este caso, la legislación cooperativa se entenderá como el conjunto de normas reguladoras tanto de la actividad económica y empresarial que desarrollan las cooperativas, como todo lo concerniente a su vida asociativa, lo cual comprende sus procesos de constitución, operación, supervisión, promoción, estructuración y liquidación, con lo cual queda definido el sistema de relaciones entre la sociedad y el socio, la dinámica de la organización societaria interna y la participación de los socios en las actividades cooperativizadas (Florencio Eguía Villaseñor, 2009).

A diferencia de la legislación, el derecho cooperativo no se limita al aspecto técnico o procedimental, sino que involucra un fuerte componente filosófico y moral que debe tomarse en cuenta en la elaboración del marco jurídico. Por esta razón, como señala Florencio Eguía Villaseñor (2002), las normas del ordenamiento jurídico deben ser capaces de traducir al lenguaje jurídico los principios, valores y prácticas del cooperativismo universal; de otro modo, se puede tener una ley para las cooperativas, pero no necesariamente una ley de carácter auténticamente cooperativista.

La función de los principios cooperativos como guía para el diseño de la norma jurídica, queda de manifiesto en el contenido de la Recomendación 193 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas, suscrita en 2002 y que de manera expresa señala que los estados miembros “deberían adoptar una legislación y una reglamentación específicas en materia de cooperativas, inspiradas en los valores y principios cooperativos” elaborados por el movimiento cooperativo internacional (punto 3 de la Declaración).

Por otra parte, J. L. Moreno Fontela (2017, p. 114), desde un enfoque de técnica jurídica, afirma que los principios cooperativos son pautas de conducta para el cumplimiento de los valores de la cooperación. “Estos valores y principios éticos se relacionan con la norma cooperativa a través de los principios jurídicos. Cuando son reconocidos en normas, los principios cooperativos generan principios jurídicos explícitos. Cuando son reconocidos por jueces, se reconocen como principios jurídicos implícitos...”.

Derivado de lo anterior se colige que una cosa es expedir legislación para regular a las cooperativas y otra es aplicar el derecho cooperativo, ya que este último, según Eduardo Cueto Fuentes et al. (2018), no es otra cosa que la rama del derecho que le da sustento jurídico al sistema económico de la cooperación, el cual se manifiesta a través de un conjunto de principios y normas destinadas a regular los actos cooperativos, las instituciones y las relaciones jurídicas derivadas de la actividad empresarial y asociativa de las cooperativas con base en los postulados de su filosofía.

Por tanto, el derecho cooperativo, inspirado y fundamentado en la filosofía cooperativa, tendría por función esencial destacar la finalidad eminentemente social y de servicio de las cooperativas, favorecer su sostenibilidad empresarial y preservar las características distintivas de su identidad asociativa, pues únicamente sobre esta base sería posible definir un tratamiento específico al sujeto que regula y, por consiguiente, una vez que los rasgos distintivos de las cooperativas fuesen reconocidos a través de leyes particulares

y/o por la propia Constitución general de la República, resultaría más fácil invocar medidas de fomento y para el Estado justificar estas medidas a la luz del principio de igualdad de trato (Antonio Fici, 2015).

En suma, el reto de la legislación cooperativa es generar leyes inspiradas en el derecho cooperativo que, si bien no van a crear realidades sociales por decreto, si pueden contribuir a estructurarlas de tal modo que las cooperativas puedan prosperar en un entorno menos cargado de incertidumbre (Hagen Henry, 2013).

Para que la situación ideal arriba esbozada se concrete en la práctica y rinda sus mejores frutos, es imperativo que el derecho cooperativo se constituya en una rama autónoma y específica del derecho claramente diferenciada, tanto de la legislación mercantil —de franco espíritu individualista— como del derecho público —de preeminencia estatal—. En este sentido, como señala Antonio Salinas Puente (1954), la autonomía de una determinada rama del derecho puede evaluarse en términos científicos, jurídicos, legislativos y didácticos.

En cuanto al criterio científico, este mismo autor afirma que el derecho cooperativo adquiere tal connotación porque “cuenta con principios propios metodológicamente ordenados”, que lo distinguen del resto de las ramas del derecho. Además, dispone de fuentes propias, normativa autosuficiente y relaciones particulares normadas por ese derecho, de tal modo que al configurarse “...como conjunto de reglas que fijan deberes y garantizan facultades, participa a la vez de las acepciones de objetivo y subjetivo que caracterizan, en general, a la palabra derecho” (Antonio Salinas Puente, 1954, p. 2).

En lo jurídico, depende de que los principios orgánicos o generales de la cooperación sean regulados a través de normas jurídicas particulares. Desde el punto de vista legislativo, su autonomía se sustenta en técnica legislativa propia, en una amplia base legal con normas específicas para regir los actos de su materia y en un acervo jurisprudencial abundante. En lo didáctico, la autonomía del derecho cooperativo deviene del hecho de que se enseñe cooperativismo en el sistema educativo nacional y en las universidades; pero, en forma separada, “de las otras ramas del derecho” (Florencio Eguía Villaseñor, 2001, p. 282).

Un último factor que, de manera colateral, contribuye a fortalecer la autonomía del derecho cooperativo deriva de su reconocimiento a nivel internacional, lo cual se logra cuando se verifica que está presente en la mayoría de los países del mundo y que se ajusta al incipiente derecho público in-

ternacional cooperativo, integrado por las declaraciones y recomendaciones emitidas por organismos internacionales como la ONU, la OIT, la ACI¹ y la OCDE (Hagen Henry, 2007).

Sin embargo, lo hasta aquí indicado no debe interpretarse como que el derecho cooperativo sea autárquico o autosuficiente, pues, en la práctica, mantiene relaciones de distinto tipo y naturaleza con las diferentes ramas del derecho común. Ello es así porque las cooperativas se hallan sujetas a una doble regulación: en cuanto a su funcionamiento como tales, a las normas del derecho cooperativo y, en forma concurrente y subsidiaria, en lo relacionado con la actividad económica que desarrollan, por las normas aplicables a dicha actividad (Alberto García Muller, 2022). Lo realmente importante, para los fines de evaluar la autonomía del derecho cooperativo, es valorar cuál de estas dos formas de regulación prima en cada época histórica.

Ahora bien, si esta problemática se aborda desde una perspectiva histórica, Dante Cracogna (2014) —citado por Alberto García Muller (2022, p. 191)— nos ayuda a precisar que “la legislación cooperativa es largamente centenaria, como que se inicia a fines del siglo XIX, en tanto que el derecho cooperativo es relativamente novedoso; sus inicios se sitúan en la segunda mitad del siglo pasado y bien puede considerarse una materia *in fieri*”.

En este contexto, aunque todavía se debate a quien corresponde el mérito de haber utilizado por primera vez el vocablo derecho cooperativo,² lo significativo fue admitir que como fuente del derecho cooperativo se reconocen las reglas o estatutos interiores de las cooperativas, así como sus prácticas y costumbres organizativas, todo lo cual existía antes de que apareciera cualquier texto jurídico en la materia. Por consiguiente, la experiencia de la Cooperativa de los Equitativos Pioneros de Rochdale, fundada en 1844, en Manchester, Inglaterra, es reconocida como fuente de inspiración del naciente derecho cooperativo (Miguel Santos Domínguez, 2015).

Consecuentemente, sería en Europa donde aparecieron las primeras leyes cooperativas, las cuales se inspiraron en los reglamentos y estatutos de las

¹ A lo largo de su historia, la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) ha emitido diversas declaraciones y recomendaciones sobre temas variados, tendientes a orientar el desarrollo del movimiento cooperativo internacional ante los retos derivados de una realidad mundial en constante cambio y transformación. Una de las más recientes y pertinentes fue la Declaración sobre el Trabajo Digno y Contra el Acoso, emitida en 2018, en Buenos Aires, Argentina.

² Rosendo Rojas Coria (1984) asevera que quien utilizó por primera vez la expresión derecho cooperativo fue el alemán Otto Gierke al escribir un libro con ese título, en el que se hacía referencia al Primer Código Cooperativo expedido por el Parlamento Prusiano en 1867.

cooperativas, con lo cual se legitimó la práctica cooperativa hasta entonces acumulada. Tales leyes fueron difundidas en América a finales del siglo XIX y principios del XX, ejerciendo una influencia decisiva en la emisión de leyes similares en varios países del nuevo continente.

De igual manera y para fines de evaluación del grado de adopción de los principios universales del cooperativismo en la legislación mexicana, conviene tener presente que tales principios han presentado variaciones en el tiempo. Hasta hoy, la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), única instancia autorizada para llevar a cabo esta tarea a nivel mundial, ha dado a conocer tres versiones distintas. La primera de ellas ocurrió en 1937, durante un Congreso celebrado en París, Francia, el cual aprobó el proyecto que consagraba siete principios, como base teórico-práctica para ser atendidos por las cooperativas de todo el mundo. Estos principios estuvieron vigentes durante veintinueve años, hasta que el Congreso celebrado en Viena, Austria, en 1966, realizó diversas modificaciones que condujeron a la aprobación de seis principios, cuya vigencia se prolongó hasta 1995, año en que tuvo lugar el Congreso de Manchester, Inglaterra, en el cual se aprobó la llamada Declaración de Identidad Cooperativa, que contiene siete principios.

Por otra parte, la legislación cooperativa mexicana ha evolucionado de la siguiente manera: el primer ordenamiento jurídico que otorgó reconocimiento legal a las sociedades cooperativas data de 1889, año en el que se promulgó el tercer Código de Comercio. Las disposiciones del citado Código fueron derogadas por la Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC) del 21 de enero de 1927, derogada a su vez por la Ley del 12 de mayo de 1933; sin embargo, tampoco este precepto legal alcanzó larga vida, ya que cinco años después fue sustituido por la LGSC del 11 de enero de 1938, que mantuvo su vigencia hasta el 3 de agosto de 1994, fecha en la que se publicó la cuarta LGSC que aún se encuentra en vigor.

Con este marco doctrinario y jurídico, el objetivo del presente artículo consiste en evaluar la forma en que los principios cooperativos han sido acogidos en los diferentes ordenamientos emitidos en la materia, a lo largo de la historia. Determinar si sólo se les ha utilizado como medios de interpretación del derecho positivo que rige a las cooperativas; como fuente material de derecho para llenar vacíos legales, o como principios generales del derecho, es decir, como normas fundamentales del sistema cooperativo.

De igual modo, es importante ponderar hasta qué punto se respetó la autonomía del derecho cooperativo o si, simple y llanamente, se realizó un ali-

neamiento de éste al derecho mercantil, aplicable a las sociedades de capital o al derecho civil típico en la regulación del régimen de sociedades o aun al derecho público que norma las relaciones entre el Estado y la sociedad. En cualquiera de estos casos, será menester determinar cuáles fueron las consecuencias, en términos de afectación a la identidad cooperativa.

De igual manera, será posible identificar las tendencias dominantes que han prevalecido a lo largo de la historia legislativa del derecho cooperativo en México y bosquejar hacia donde apuntan sus perspectivas de futuro.

La hipótesis que se intentará demostrar a lo largo del presente trabajo es que la legislación en materia de cooperativas que hasta ahora se ha expedido en México, no ha logrado traducir en norma jurídica fundamental del sistema cooperativo el contenido esencial de sus principios doctrinarios, debido a las condiciones políticas y culturales adversas en las que se han dictado los distintos preceptos legales.

Para cumplir con el objetivo antes indicado y verificar la hipótesis de trabajo, ha sido preciso realizar una exhaustiva labor de análisis comparativo entre el espíritu y orientación filosófica de los principios cooperativos expedidos en cada época histórica y la forma en que éstos fueron incluidos en el contenido normativo, tanto del Código de Comercio de 1889 como en las cuatro versiones de la LGSC.

Para la exposición de resultados se dedica un apartado a cada uno de los documentos de doctrina cooperativa, alineados con la legislación del siguiente modo: los principios de los pioneros de Rochdale respecto al Código de Comercio de 1889 y las LGSC's de 1927 y 1933; los principios cooperativos de la ACI de 1937 en relación con la LGSC de 1938, y los principios cooperativos de la ACI de 1966 y 1995 referidos a la LGSC de 1994 y su reforma de 2009. En el último apartado se presentan las conclusiones obtenidas.

II. LA INFLUENCIA DE ROCHDALE SOBRE LA LEGISLACIÓN COOPERATIVA EN MÉXICO: 1844-1933

La relevancia histórica de la cooperativa de los Equitativos Pioneros de Rochdale consiste en que es la primera que consigue establecer un conjunto de reglas operativas para la gestión eficiente de una empresa cooperativa. De esta forma, la práctica de la cooperación adquiere un carácter sistemático

y organizado, convirtiéndose en una tecnología de organización empresarial aplicable a cualquier tipo de cooperativa, en cualquier parte del mundo.

Sin embargo, en lo que concierne a la elaboración de documentos normativos, los Pioneros de Rochdale solamente produjeron un programa de aspiraciones amplio y ambicioso, que contemplaba desde la distribución de artículos de primera necesidad hasta la creación de colonias autónomas y autosuficientes, y dos versiones de estatutos internos, inscritos el 24 de octubre de 1844 y el 23 de octubre de 1854, respectivamente (Florencio Eguía Villaseñor, 1999). Ambos relativamente parcos y modestos, pero en los cuales se hallaban las directrices organizativas básicas que, con el paso del tiempo, adquirirían el carácter de principios universales del cooperativismo.

En un esfuerzo de síntesis, Florencio Eguía Villaseñor (2001) estima que seis fueron las normas operativas que permitieron el funcionamiento exitoso de esta cooperativa emblemática, las cuales pueden resumirse del siguiente modo: 1) libre acceso y adhesión voluntaria de los miembros; 2) organización democrática basada en el reconocimiento de la asamblea como máximo órgano de decisión y en la cual cada socio ejerce un solo voto, independientemente del número de sus acciones; 3) distribución de excedentes en proporción al monto de las operaciones realizadas con la sociedad; 4) interés limitado al capital accionario; 5) educación para los socios y sus familias, y 6) cooperación activa con otras cooperativas a nivel local, nacional e internacional.

Así, durante el tiempo en el que el cooperativismo se expandió por todo el mundo con base en los principios de Rochdale, en México se expidieron el Código de Comercio de 1889 y dos versiones de la LGSC: 1927 y 1933. En los siguientes epígrafes se ponderará la influencia rochdeliana en el contenido de dichos preceptos legales.

1. El Código de Comercio de 1889

El Código de Comercio de 1889, en su artículo 80, fracción V, reconoció a la sociedad cooperativa como una de las cinco especies de sociedades mercantiles con validez legal en el país.³ Más adelante, el capítulo VII, artículos 238 al 259, se encargó de reglamentarla jurídicamente. Sin embargo, única-

³ Las otras cuatro categorías eran: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones.

mente se recuperaron dos de los principios cooperativos de Rochdale, en los términos que a continuación se indican.

El principio de libre acceso y adhesión voluntaria de los miembros es tratado en el artículo 244, fracción I, que prescribe: “los socios pueden retirarse de la sociedad, pueden ser excluidos de ella por falta de cumplimiento del contrato, pero la asamblea será quien decrete la admisión o exclusión y quien autorice la separación”; sin embargo, el artículo 247 imponía una grave limitante al ejercicio de este principio, al disponer que “cuando los socios tuviesen derecho de retirarse, no podrían hacerlo sino en los primeros seis meses del año social”.

Por otra parte, el principio de organización democrática es abordado en la fracción III del artículo 244, en la que se disponía que “todos los socios pueden votar en las asambleas generales...; las resoluciones se tomarán a mayoría absoluta de votos siempre que esté representada más de la mitad del capital social...”. Como puede apreciarse, el hecho de que las resoluciones de la asamblea estén condicionadas a que en los votos emitidos esté representada más de la mitad del capital social, constituye una franca violación al valor de la igualdad de los socios, dado que con ello se otorga un papel preponderante al capital y no a las personas.

Asimismo, el influjo de la legislación mercantil en el ejercicio de este principio resulta innegable en las disposiciones contenidas en los artículos 255 y 256, referidos a la administración de la sociedad cooperativa, la cual recaería en uno o varios gerentes, ya fuesen miembros o no de la sociedad, pero siempre temporales y revocables. Las facultades, obligaciones y responsabilidades del gerente serían las mismas que a los consejos de administración de las sociedades anónimas imponían los artículos del 189 al 196 del propio Código de Comercio.

En igual sentido, el artículo 259 indicaba que las prescripciones que rigiesen la convocación, facultades y resoluciones de las asambleas generales, así como la disolución de las sociedades anónimas, serían aplicables a las sociedades cooperativas.

Así pues, en varias de sus disposiciones el citado ordenamiento jurídico daba a las cooperativas un tratamiento equiparable a las demás sociedades mercantiles, y no un trato especial en virtud de sus características específicas, convirtiéndose en un obstáculo para el desarrollo del movimiento cooperativo en aquella época.

Por todo ello, el multicitado Código de Comercio, al sólo recoger dos de los seis principios cooperativos de Rochdale y hacerlo de forma distorsionada, no puede reputarse como un ordenamiento jurídico inscrito en la lógica del derecho cooperativo. Fue, sin duda, una legislación que otorgó cobertura jurídica a las cooperativas, pero careció de espíritu cooperativista, subordinándose a la legislación mercantil establecida.⁴ Lo anterior puede explicarse por la falta de experiencia de los legisladores, por el hecho de que solamente representaba un capítulo dentro de un ordenamiento legal más amplio destinado a regular precisamente a las sociedades mercantiles, por el escaso grado de desarrollo de las cooperativas a nivel nacional o por la poca difusión de la doctrina cooperativa en el país y, de forma análoga, esas mismas circunstancias explicarían su larga vigencia de casi cuatro décadas hasta que en 1927 fue sustituido por la primera Ley específica para las cooperativas, cuyos pormenores se abordarán en el siguiente epígrafe.

2. Ley General de Sociedades Cooperativas de 1927

Rosendo Rojas Coria (1984) afirma que el presidente Plutarco Elías Calles en un viaje a Europa, al conocer el funcionamiento de las cooperativas de consumo en Inglaterra, de las de producción en Francia y de las de ahorro y crédito en Alemania, se convenció de la nobleza del sistema cooperativo, por lo que al volver a México se propuso impulsarlo decididamente. Para cumplir con tal propósito, giró instrucciones a la Secretaría de Industria y Comercio para que elaborará un proyecto de ley de cooperativas, el cual, una vez concluido, fue enviado al Congreso de la Unión, que lo aprobó por unanimidad en diciembre de 1926, para ser publicado el 10 de febrero de 1927.

Esta primera LGSC constaba de un total de 87 artículos distribuidos en seis títulos. Como parte de su lógica interna reconoció dos niveles de orga-

⁴ No obstante, la influencia de los estatutos de Rochdale en la redacción de los artículos que forman parte del capítulo VII del Código de Comercio de 1889 es innegable. A manera de ejemplo, la similitud en contenido y forma entre ambos preceptos normativos puede verificarse fehacientemente en el texto de los artículos 244, fracción II; 252 y 257, del Código de Comercio, que se refieren a la entrega de abonos semanarios para cubrir el importe de las acciones de los socios, a la obligación de los gerentes de otorgar una fianza y a las condiciones a que se sujetaría cualquier socio que se retirase voluntariamente o fuese excluido de la sociedad, respectivamente.

nización: el de las llamadas cooperativas locales y el de las cooperativas integradas por cooperativas. Dentro del primer nivel, de acuerdo con la actividad económica desempeñada, admitió tres tipos: agrícolas, industriales y de consumo; aunque, por disposición del artículo 21, todo lo relativo a estas últimas, se reglamentaría por el Código de Comercio, con lo que quedarían sujetas al derecho mercantil y no al derecho cooperativo.

En su articulado aborda lo concerniente a cinco de los seis principios de los Pioneros de Rochdale. El único sobre el que no se hace alusión alguna es el relacionado con educación para los socios y sus familias. A continuación, se explica el tratamiento que se les otorgó.

El relativo a libre acceso y adhesión voluntaria de los miembros quedó consagrado en los artículos 5 y 11, el primero de ellos en relación con las cooperativas agrícolas y, el segundo, respecto de las industriales, pero con la misma disposición normativa, cuyo contenido señalaba que: “en todo tiempo se admitirá el ingreso de nuevos socios siempre que reúnan los requisitos que en las bases constitutivas, estatutos y reglamentos de la sociedad se fijen para su admisión”.

En cuanto al principio de organización democrática, los artículos 26 y 37 dispusieron acertadamente que los accionistas de las cooperativas agrícolas e industriales locales solamente tendrían un voto en las asambleas generales, cualquiera que fuese el número de las acciones que tuviesen suscritas.

Por otra parte, en el artículo 48 se estableció que “el consejo de administración deberá ser designado por mayoría de votos en asamblea general y deberá estipularse que la misma asamblea puede revocar su mandato que en ningún caso podrá exceder de un año. Los consejeros podrán ser reelectos si así lo determinan las dos terceras partes de la asamblea”.

Claramente el periodo de gestión de un año del consejo de administración resulta corto e insuficiente. Asimismo, la posibilidad de reelección de los consejeros, además de requerir de un quórum bastante grande, es imprecisa, pues no indica hasta cuantas veces se pueden reelegir sus integrantes.

Más adelante, el artículo 50 dispuso que “el consejo de administración deberá llevar la gestión de los negocios sociales, de conformidad con las instrucciones que reciban en asambleas generales de accionistas y sujetándose a las disposiciones que se hagan constar en las bases constitutivas”.

Sin embargo, el artículo 51 le otorgó al consejo de vigilancia un poder desmedido con el que prácticamente subordinaba al consejo de administración a sus propias decisiones, ya que además de tener la facultad de intervenir

en todas las operaciones sociales, disponía de poder de veto para la realización de cualquiera de ellas.

Finalmente, vale la pena comentar que el artículo 65 señalaba que las cooperativas integradas por cooperativas agrícolas o industriales, estarían administradas por un consejo de administración integrado por cinco o más consejeros que “podrán ser o no accionistas de las sociedades cooperativas que integran la cooperativa”, lo cual abría la puerta a la intromisión de gente externa al organismo de integración, vulnerando su autonomía e independencia.

De igual forma, el principio de distribución de excedentes en proporción al monto de las operaciones realizadas con la sociedad es incorrectamente abordado en el artículo 55, al establecer que las utilidades líquidas de “cada ejercicio social en las sociedades cooperativas locales agrícolas o industriales, deberán distribuirse en la siguiente forma: 20% para constituir el fondo de reserva; 10% para distribuirse entre los consejeros de administración y de vigilancia, y el 70% restante, para repartirlo entre los accionistas”.

Siguiendo esta misma lógica, para el caso de cooperativas formadas por cooperativas, el artículo 72 disponía que las utilidades líquidas de cada ejercicio social deberían distribuirse de la siguiente forma: 20% para constituir el fondo de reserva, 10% entre los consejos de administración y de vigilancia y la gerencia, y 70% para repartir entre los accionistas.

Así, la única diferencia entre los dos artículos citados es que en el segundo de ellos se incluye a la gerencia, junto a los consejos de administración y vigilancia, como beneficiarios del 10% de las utilidades líquidas de cada ejercicio social.

De lo anterior se colige que los integrantes de los consejos de administración y vigilancia, así como los gerentes de las cooperativas formadas por cooperativas, al tener derecho a percibir el 10% de las utilidades de la sociedad, procurarían ingresar y permanecer en dichos órganos de gobierno el mayor tiempo posible, respondiendo así a un interés personal más que al deseo legítimo de prestar un servicio a los consocios.

En cuanto al principio de interés limitado al capital accionario, el artículo 72, relativo a las cooperativas formadas por cooperativas, prescribe que el reparto que se haga entre los accionistas “podrá ser en proporción al capital que tengan pagado a la sociedad o bien en proporción al monto de las operaciones que hubieren realizado con la misma durante ese ejercicio, según se haga constar en las bases constitutivas...”. Evidentemente, la disposición

anterior resulta contraria a la doctrina cooperativa entonces vigente, la cual disponía en forma unívoca que lo que se debía premiar, en razón de este principio, serían las operaciones realizadas con la sociedad y no el capital.

Finalmente, en lo que se refiere al principio de Cooperación activa con otras cooperativas, la LGSC de 1927 dedicó cinco capítulos a regular a las cooperativas integradas por cooperativas. Del contenido de los artículos correspondientes, se deduce que el principal interés del legislador al decretar la existencia de este tipo de organismos respondía a facilitar la realización de actividades de mayor escala en el medio cooperativo del país, entre las que se incluían: *a)* hacer préstamos con garantía prendaria; *b)* recibir depósitos en cuenta corriente, a plazo fijo y de ahorros de sus accionistas; *c)* expedir giros, y *d)* otorgar fianzas en favor de sus accionistas.

Sin embargo, para su constitución, operación y vigilancia se les imponían requisitos que prácticamente las asimilaban a sociedades mercantiles. Así, el acto de constitución estaba sujeto al consentimiento que otorgara la Secretaría de Agricultura y Fomento, si se trataba de una cooperativa integrada por sociedades cooperativas locales agrícolas, o bien, por conducto de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, si la cooperativa debía integrarse por sociedades cooperativas locales industriales. En caso de que la cooperativa se constituyera con sociedades locales agrícolas e industriales, sería indispensable que la concesión fuese aprobada por ambas secretarías (artículo 58). Además, el artículo 59 señalaba que este tipo de cooperativas deberían:

Constituirse con un capital mínimo de cien mil pesos, debiendo pagarse en el acto de la constitución, por lo menos el diez por ciento del importe del capital suscrito y su responsabilidad, en caso de ser limitada, será por lo menos el doble del importe del capital que hayan suscrito sus accionistas.

En su operación cotidiana, el contenido del artículo 62 prácticamente convertía a las cooperativas formadas por cooperativas locales en sociedades de capital, al disponer que en éstas “los accionistas tendrán derecho a un voto por cada acción que hayan suscrito, o bien voto personal, según se haga constar en las bases constitutivas, estatutos y reglamentos por los que se rija la sociedad”. Finalmente, el artículo 74 estipuló que la vigilancia de estas cooperativas sería asumida por la Comisión Nacional Bancaria.

Ahora bien, como observaciones generales a esta primera LGSC se puede indicar que, si bien se trató de un ensayo bien intencionado, adoleció

de dos serias deficiencias. La primera estuvo relacionada con un fuerte sesgo hacia lo mercantil, que no permitió diferenciar a las cooperativas de las sociedades mercantiles. Los conceptos de “accionistas”, “acciones”, “utilidades”, tan profusamente utilizados en la Ley, son típicos del derecho mercantil y representan un lenguaje que no contribuye a lograr la autonomía del derecho cooperativo. En tales condiciones, las cooperativas debían, además, registrarse en el Registro Público de Comercio (artículos 78 y 79).

La segunda tuvo que ver con el hecho de que esta Ley favoreció el papel interventor y controlador del Estado hacia las cooperativas, ya que éste se reservó las facultades de autorización, de reconocimiento legal, de concesión de actividad económica a desarrollar, y de aprobación de modificación de cláusulas constitutivas, tanto de las cooperativas locales como de las cooperativas formadas por cooperativas.

Por ello, salvo la extensión a las cooperativas agrícolas e industriales de una excepción contenida en Ley de Crédito Agrícola (artículo 23), así como la posibilidad de crear bancos cooperativos, considerado en el artículo 63, y la excepción del pago del impuesto federal del timbre a todos sus actos, comprendido en el artículo 86, la Ley no contempló medidas significativas de estímulo y promoción, ni en materia fiscal ni de otra índole, por lo cual no puede considerarse como una ley de fomento cooperativo.

La integración entre las cooperativas, además de confusa, por el concepto utilizado de sociedades cooperativas de cooperativas y no de organismos de integración de segundo o tercer nivel, impuso un rígido mecanismo de articulación exclusivamente sectorial o por rama de actividad económica, ya fuese agrícola o industrial, y aunque consideró la posibilidad de integración multisectorial con cooperativas agrícolas e industriales locales, el procedimiento previsto resultó extremadamente burocrático e improcedente; en consecuencia, la integración cooperativa al estar enfocada hacia la actividad económica o comercial y dejar de lado la representación de intereses y la interlocución con los poderes públicos, aportó poco al desarrollo y consolidación del movimiento cooperativo mexicano.

En suma, LGSC de 1927 resultó demasiado extensa y confusa, pecó de un fuerte sesgo mercantil y de un marcado carácter corporativo y tutelar, por lo que, en modo alguno, podría calificarse como una Ley de naturaleza esencialmente cooperativa, ya que la técnica legislativa empleada en su elaboración no consiguió traducir en norma jurídica los principios cooperativos de Rochdale.

Con este mismo razonamiento, Rosendo Rojas Coria (1984, pp. 414 y 415) no vacila en afirmar que:

En la práctica, resultó difícil compaginar el sistema legislativo mexicano con la creación de una ley exclusiva para sociedades cooperativas... la nueva ley no derogaba expresamente las disposiciones que sobre cooperativas contenía el Código Federal de Comercio de 1889, razón por la cual... la naturaleza jurídica de las cooperativas siguió siendo francamente indefinida.

Así, dados los graves defectos contenidos en la LGSC de 1927, “lo ocurrido fue lógico: es decir, hubo necesidad de dictar una nueva ley en 1933, apenas seis años después de promulgada la anterior”.

3. Ley General de Sociedades Cooperativas de 1933

Sobre el proceso legislativo seguido para la aprobación de la nueva LGSC, Rosendo Rojas Coria (1984, p. 432) afirma que:

Comprendiendo el Poder Ejecutivo Federal que el Congreso de la Unión no estaba autorizado para legislar plenamente en toda clase de cooperativas, solicitó de éste facultades extraordinarias que le fueron otorgadas el 6 de enero de 1933, con el objeto de poder expedir la nueva Ley General de Sociedades Cooperativas que había sido encomendada a una comisión de técnicos.

Cinco meses después, el 12 de mayo de 1933, la segunda LGSC fue publicada en el *Diario Oficial*, constaba de un total de 61 artículos, divididos en siete capítulos, además de un artículo transitorio. El Reglamento de la Ley fue expedido el 19 de mayo de 1934 y tuvo una extensión de 120 artículos. En su articulado, al igual que en la de 1927, se recuperaron cinco de seis principios rochdelianos, dejando nuevamente de lado el referido a educación para los socios y sus familias. A fin de determinar si en doctrina cooperativa hubo o no avances respecto de la anterior, es imprescindible analizar la forma en que tales principios fueron abordados en el nuevo precepto legal.

Empezando con el principio de Libre acceso y adhesión voluntaria de los miembros, en el artículo 2, fracción IV, se prescribe que el número mínimo para formar una cooperativa sería 10 personas y se admite que “los menores de edad de uno u otro sexo que hayan cumplido 16 años y la mujer casada,

tendrán capacidad para ingresar a sociedades cooperativas de responsabilidad limitada...”. Pero si se tratase de una sociedad de responsabilidad ilimitada, entonces sería indispensable que el padre o tutor expresara bajo su firma que autorizaba al menor a ingresar en dicha cooperativa. Este mismo criterio aplicaba para la mujer casada, la cual necesitaba exhibir el permiso firmado por su marido cuando pretendiera entrar a una sociedad cooperativa de responsabilidad ilimitada. El documento en que se hiciera constar dicho permiso se transcribiría al final del acta constitutiva. Tal disposición, además de dar carta de legalidad al sistema de patriarcado imperante, cargaba con el agravante de no indicar nada respecto a la mujer soltera, divorciada o viuda, lo cual constituye un grave error de técnica legislativa.

En cuanto al principio de organización democrática, las fracciones VII y VIII del artículo 2, disponían de manera acertada que “cada miembro tendrá un solo voto, sea cual fuere el número de certificados de aportación que haya suscrito” y que “no concederán ventaja ni privilegio a los iniciadores o fundadores, ni preferencias a parte alguna del capital”.

Además, el artículo 29 ratificó a la asamblea general como “la autoridad suprema en estas sociedades, a las cuales representa” y dispuso que sus acuerdos obligarían “a todos los asociados presentes y ausentes siempre que se hubieren tomado en la forma establecida por las bases constitutivas”.

En cuanto a los órganos de gobierno, en el artículo 34 se determinó que el consejo de administración sería el órgano ejecutivo de la asamblea general y representaría a la sociedad en todo lo relativo a su gobierno, se compondría de un número impar de miembros no mayor de nueve, que serían nombrados en asamblea general por mayoría de votos y, si bien podrían ser reelegidos, sus nombramientos serían revocables en todo momento. Para el caso del consejo de vigilancia se establecieron disposiciones similares en el artículo 37.

Lo más interesante a destacar es que con el fin de resolver el desequilibrio de poderes admitido en la LGSC de 1927 al dotar al Consejo de Vigilancia de un poder excesivo, en el artículo 36 de la nueva Ley se estableció que éste ejercería la supervisión de todas las actividades de la sociedad y podría ejercitar el derecho de veto, pero sólo con el objeto “de que el consejo de administración reconsidere una resolución tomada”. Aun así, el consejo de administración podría ejecutar su decisión bajo su responsabilidad, pero la asamblea general inmediata estudiaría el conflicto y resolvería en definitiva.

En cambio, la LGSC de 1933 no resolvió el defecto presente en la de 1927, en el sentido de compensar económicamente a los miembros de los

consejos de administración y vigilancia por el desempeño de sus funciones de representación social, ya que en el artículo 2, fracción X, se estipulaba que de los rendimientos de cada ejercicio social, el 10% debería destinarse a constituir el fondo de reserva, y no menos del 20% para el fondo de previsión social; pero de éste último se podrían tomar recursos “para gratificaciones a los miembros de los consejos de administración y vigilancia”, en la proporción y forma determinada en las bases constitutivas, lo cual vulnera el principio de distribución de excedentes en proporción a las operaciones realizadas con la sociedad.

Sobre el principio de Interés limitado al capital, el artículo 21 señalaba que “el capital de las sociedades cooperativas puede constituirse con dinero, bienes muebles, inmuebles, con el trabajo o con la industria de los asociados”; pero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23, “si se pacta que los certificados de aportación perciban interés, éste no podrá ser superior al tipo legal”.

Por último, en lo que se refiere al principio de cooperación activa con otras cooperativas, el artículo 4, distanciándose del concepto de cooperativas formadas por cooperativas, presente en la LGSC de 1927, admite que las cooperativas de base conformen federaciones y confederaciones en calidad de organismos de integración cooperativa de segundo y tercer nivel, respectivamente.

Con base en lo antes expuesto, una evaluación global del grado de apego de la LGSC de 1933 a los principios rochdeleanos, permite verificar que no sólo incorporó a su contenido normativo cinco de seis principios, sino que en tres casos el tratamiento que les otorgó fue, en términos generales, adecuado.

A tenor de esto, tal como señala Rosendo Rojas Coria (1984, p. 433), puede estimarse que esta Ley:

trataba de corregir los errores en que se había incurrido en la anterior; así, por ejemplo, la libertad plena de adoptar el régimen de responsabilidad limitada o ilimitada (artículo 2, fracción I); llamar a las aportaciones certificados de aportación y no acciones (artículo 2, fracción IX)...; la disposición de depositar los fondos de reserva al liquidarse las cooperativas en el Banco de México, S. A., para fines de fomento cooperativo (artículo 2, fracción XIII); simplificar la división de clases de cooperativas en de consumidores, de productores y mixtas (artículo 5); la facultad para las mismas de organizar secciones especiales de ahorro, de crédito y de previsión social (artículo 9); la posibilidad de los asalariados de convertirse a los seis meses consecutivos de trabajar en la cooperati-

va, en socio de la misma (artículo 11); ...que las operaciones de las cooperativas de consumo fueran preferentemente al contado (artículo 14)...; la concesión de franquicias fiscales para las mismas (artículos 39 y 41); la legalización de las cooperativas escolares (artículo 42); la creación de federaciones y confederaciones de cooperativas (artículo 49)..., y la terminante disposición de la Ley (artículo 61) de abrogar el capítulo 7°. del título II, libro segundo, del Código de Comercio, que consideraba a las cooperativas como sociedades mercantiles.

Desde una posición más crítica, Antonio Salinas Puente (1954, p. 31) considera que si bien la LGSC de 1933 recuperó parte de los acuerdos alcanzados en el Primer Congreso Nacional de Cooperativas, celebrado en 1929 en Tampico, Tamaulipas, por lo que ha sido estimado como el ordenamiento jurídico más apegado a la ortodoxia cooperativa, aun quedaron “desviaciones y lagunas que ameritaban una revisión cuidadosa, particularmente en lo relativo a ineficacia del fondo de previsión social, a los obstáculos administrativos y a la excesiva intervención del gobierno federal en el régimen interno de las cooperativas”.

Ciertamente, la LGSC de 1933 mantuvo sin alteración significativa el poder regulador y de control del Estado, ya que además de las funciones de autorización, registro y vigilancia de las cooperativas de base, de las federaciones y de las confederaciones (artículo 49), la Secretaría de Economía Nacional contaba con la facultad de revocación, misma que por disposición del artículo 52, ejercería en caso de que alguna cooperativa incurriera en infracción grave y comprobada a los preceptos de la ley. En tal supuesto, la Secretaría podría “revocar la autorización concedida, mandar cancelar las inscripciones correspondientes y liquidar la sociedad, haciendo la publicación de revocación en el *Diario Oficial*”. El ejercicio de esta función estaba plenamente legitimado en tanto el artículo 58 le concedía el privilegio de interpretación de la ley.

A lo anterior podría agregarse un relativo fortalecimiento del tratamiento mercantil que se dispensaba a las cooperativas, ya que el artículo 38 ordenaba que los conflictos entre los socios y la cooperativa se tramitaran en la forma establecida en el Código de Comercio.

Con base en lo antes señalado, puede decirse que tampoco las disposiciones de esta Ley resultaron suficientemente satisfactorias para los distintos actores involucrados en el desarrollo del sistema cooperativo nacional, motivo por el cual los debates sobre las ventajas y desventajas de la LGSC de 1933 fueron constantes durante los años posteriores a su promulgación, a tal grado que cinco años después fue imprescindible emitir una nueva LGSC.

III. LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS DE 1937 Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE 1938

Para una mejor comprensión del contexto histórico en el que se promulgó la LGSC de 1938, conviene tomar en cuenta que en la fecha de su expedición ya existía la primera versión de los principios universales del cooperativismo aprobados por la ACI en 1937. Tales principios sumaron un total de siete; de entre éstos, se mantuvieron cinco de los originales, se crearon dos nuevos y desapareció el de integración cooperativa. Su formulación final quedó como sigue: 1) adhesión libre; 2) control democrático; 3) distribución de excedentes en proporción al monto de las operaciones efectuadas; 4) interés limitado al capital; 5) neutralidad política y religiosa; 6) venta al contado, y 7) promoción de la educación (Florencio Eguía Villaseñor, 1991).

Debe igualmente tomarse en consideración el giro nacionalista y populista que el general Lázaro Cárdenas le imprimió a su gobierno, lo cual determinó que la LGSC tuviera una nueva orientación obrerista, que el Estado asumiera un papel protector y tutelar respecto al movimiento cooperativo y que, de manera explícita, se estableciera que las cooperativas no debían perseguir fines de lucro (Luis Inostroza Fernández, 1985).

No obstante, el proceso legislativo de su aprobación en el Congreso de la Unión no fue fácil, pues requirió de intensas negociaciones entre distintos grupos de interés. Antonio Salinas Puente (1954), al reseñar parte de dicho proceso comenta que a principios de 1935 la Comisión Permanente del Primer Congreso Nacional de Cooperativas, celebrado en Tampico en 1929, convocó al Segundo Congreso Nacional, que se reunió del 5 al 10 de mayo de 1935, en el Palacio de Bellas Artes de la Ciudad de México, y que tuvo como una de sus principales tareas estudiar y aprobar las reformas a la LGSC de 1933 que el movimiento cooperativo nacional considerara imprescindible impulsar. Del lado gubernamental,

a fines de 1936, la entonces Secretaría de la Economía Nacional elaboró un anteproyecto de Ley General de Sociedades Cooperativas que hizo del conocimiento de los interesados. La Liga Nacional... formuló un memorándum que entregó el 15 de febrero de 1937, en el que hacía ver los inconvenientes del anteproyecto en los siguientes términos: “desconoce y adultera la naturaleza que debe ser propia de toda sociedad cooperativa; priva a éstas, sea cual fuere su clase, de la capa-

cidad jurídica que deben tener, y destruye la independencia que deben disfrutar dentro de las normas a que debe sujetarse su funcionamiento.

El anteproyecto fue retirado.

Meses después, el 16 de julio de 1937, la Liga Nacional se opuso a un nuevo anteproyecto de la Secretaría de la Economía Nacional, cuyas objeciones fueron plasmadas “en un documento que se entregó al titular de Economía y que la Liga publicó oportunamente. Nuevamente, la Secretaría de Economía retiró su anteproyecto” (Antonio Salinas Puente, 1954, p. 32). No obstante,

en septiembre de 1937, la Liga tuvo noticias de que la Comisión de Estudios Técnicos de la Presidencia de la República había redactado otro anteproyecto de ley y que, sin oír los puntos de vista del movimiento cooperativo, se había enviado como iniciativa por parte del Ejecutivo de la Unión. Justamente alarmada por el procedimiento, la Liga Nacional gestionó y obtuvo de la Cámara de Diputados el acuerdo para ser escuchada antes de que la iniciativa adquiriese categoría de Ley. Con este motivo, la Liga nos comisionó para formular un nuevo documento que... fue publicado el 25 de octubre de 1937. Posteriormente... defendimos este criterio en las juntas que hubo en... la Cámara de Diputados durante los días 24 y 25 de noviembre de ese mismo año. Algunas de estas ideas quedaron consagradas en la LGSC del 11 de enero de 1938; logramos incluir otras en el Reglamento de 16 de junio del mismo año... pero el panorama legislativo es muy deficiente todavía. (Antonio Salinas Puente, 1954, pp. 32 y 33)

Este mismo balance es compartido por Rosendo Rojas Coria (1984, p. 475), quien afirma que, tras el intenso debate legislativo sostenido a lo largo de tres años, el resultado final fue que “... aunque predominando la mayoría de los puntos de vista del proyecto original, muchas ideas de la Liga y de las sostenidas por el señor general Iturbe⁵ fueron incluidas en el proyecto de ley que finalmente fue aprobado”.

La tercera LGSC, publicada el 11 de enero de 1938, constaba de 87 artículos y cinco transitorios, que recogieron cuatro de los siete principios aprobados por la ACI en 1937, en los términos que a continuación se indican.

⁵ El General Ramón F. Iturbe era a la sazón presidente de la Comisión de Fomento Cooperativo de la H. Cámara de Diputados, instancia legislativa en la que tuvieron lugar la mayor parte de los debates previos a la aprobación de la LGSC de 1938.

De entrada, lo que llama la atención es la disposición contenida en la fracción I del artículo primero mediante la cual se excluye la participación en el movimiento cooperativo de todas aquellas personas que no sean “individuos de la clase trabajadora”, lo cual viola el principio de adhesión libre y abierta para cualquier persona independientemente de su oficio o condición social.

A su vez, el principio de control democrático es afectado de diversas maneras. Por una parte, al igual que en las LGSC de 1927 y 1933, se legaliza el intervencionismo estatal en la vida interna de las cooperativas, ya que la Secretaría de la Economía Nacional, además de ejercer la función de vigilancia (artículo 82), asume las de registro y autorización para operar en una actividad económica determinada (artículos 16 y 86), las de cancelación y revocación de autorización para operar (artículos 46, fracción V, y 87), y la de sanción (artículos 84, 85). Por otra parte, se crean las figuras de sociedad cooperativa de intervención oficial (artículos 63, 64 y 65) y de cooperativa de participación estatal (artículos 66 a 71) en las que los representantes gubernamentales gozan de privilegios especiales y, mediante lo dispuesto en el artículo 45, se obliga a las cooperativas “a contribuir a la constitución del Fondo Nacional de Crédito Cooperativo que administrará el Banco Nacional Obrero de Fomento Industrial”, de carácter público. Adicionalmente, se establece un sistema unitario y centralista de representación de intereses, al disponer como obligatoria la afiliación de las cooperativas de base a la federación estatal única que operaría en cada estado de la república y de éstas a una sola Confederación Nacional (artículo 72). Para cerrar el círculo del control corporativo, el artículo 75, fracción I, requiere a la Confederación Nacional Cooperativa a “formular de acuerdo con la Secretaría de Economía Nacional los planes económicos para las actividades que deben desarrollar los organismos cooperativos”, y se autoriza a los sindicatos para formar cooperativas de consumo, cuya asamblea sindical sería equivalente a la asamblea general de la cooperativa (artículo 53).

En contraste, los principios de distribución del excedente a los miembros en proporción con sus transacciones y el de interés limitado sobre el capital son adecuadamente recuperados en los artículos 1, fracción VIII, y 36, primer párrafo, respectivamente.

Los principios de neutralidad política y religiosa y de venta al contado no son aludidos en absoluto, y sobre el principio de promoción de la educación sólo existe una vaga mención en el artículo 29, en el que se admite que alguno de los integrantes del consejo de administración pudiera asumir la función de comisionado de educación y propaganda.

A manera de balance general, puede decirse que la LGSC de 1938, al sólo recuperar cuatro de siete principios cooperativos, y en dos de estos casos hacerlo de forma indebida, no puede estimarse como una Ley de naturaleza cooperativista, conforme al espíritu del derecho cooperativo. No obstante, la vigencia de este cuerpo normativo se prolongó a lo largo de 56 años, probablemente porque traducía en norma jurídica, de manera eficiente, la alianza histórica entre la clase trabajadora y el Estado mexicano durante aquella época. Pero a partir de la década de los ochenta del siglo XX, con la adopción del modelo neoliberal por parte de la clase política del país, los cuestionamientos a dicha Ley cobrarán cada vez mayor fuerza, hasta provocar su sustitución por una nueva LGSC en 1994.

IV. LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS DE 1966 Y 1995 Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE 1994

En 1966 la ACI emitió la segunda versión de los principios universales del cooperativismo: un total de seis, cuya redacción adoptó la siguiente forma: 1) adhesión voluntaria sin distinción social, política o religiosa; 2) organización democrática; 3) interés limitado al capital; 4) distribución de excedentes conforme a las operaciones efectuadas con la sociedad; 5) promoción de la educación de los socios, directivos, empleados y público en general, y 6) cooperación activa entre cooperativas (Florencio Eguía Villaseñor, 1991).

Veintinueve años después, en el XXXI Congreso celebrado en Manchester, Inglaterra, la ACI aprobó la llamada Declaración de Identidad Cooperativa, la cual contiene un total de siete principios, que fueron redactados de la manera que a continuación se indica: 1) adhesión voluntaria y abierta; 2) gestión democrática por parte de los socios; 3) participación económica; 4) autonomía e independencia; 5) educación, formación e información; 6) cooperación entre cooperativas, y 7) interés por la comunidad (Ian MacPherson y Florencio Eguía Villaseñor, 1997).

De forma paralela, la legislación sobre cooperativas avanzó con la expedición de una cuarta LGSC en 1994, misma que ha sido objeto de varias modificaciones parciales;⁶ la más amplia y significativa fue la que tuvo lugar en 2009 y que estuvo relacionada con la emisión de una ley específica para

⁶ La última se produjo el 19 de enero de 2018.

sociedades cooperativas de ahorro y préstamo (SCAP), denominada Ley que Regula las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (LRASCAP) y que tiene por objeto regular la captación de recursos monetarios y su colocación mediante préstamos por parte de las SCAP, así como proteger los intereses de los socios ahorradores, pero que requirió adecuaciones en el articulado de la LGSC de 1994 que modificaron la forma en que los principios universales del cooperativismo habían sido recuperados en dicho instrumento legal.

Con base en lo antes indicado, a continuación se analizará la forma en que los principios cooperativos de 1966 fueron retomados en la LGSC de 1994 y, posteriormente, la manera en que los principios contenidos en la Declaración de Identidad Cooperativa de 1995 fueron incorporados al articulado de la propia LGSC, pero considerando en ello las modificaciones introducidas en 2009.

En relación con los principios cooperativos de 1966, es importante destacar que, tal como observan Roberto Báez Martínez (1995) y María Delgadina Valenzuela Reyes (1998), por primera vez en la historia legislativa del país se incluyó un artículo específico para referirse a los principios que las cooperativas deberían observar en su funcionamiento cotidiano.⁷ Dichos principios sumaban un total de ocho y, salvo leves modificaciones de forma, puede afirmarse que esencialmente se trataba de los promulgados por la ACI en 1966. Los otros dos, incorporados en las fracciones VII y VIII del artículo 6, se referían al “respeto al derecho individual de los socios de pertenecer a cualquier partido político o asociación religiosa” y a la “promoción de la cultura ecológica”, ambos plenamente justificados y altamente pertinentes a la realidad nacional. Mediante el primero se refuerza el derecho constitucional de libre asociación de los ciudadanos mexicanos, así como el carácter ideológicamente pluralista y diverso de las sociedades cooperativas. Con el segundo, la legislación cooperativa mexicana adopta una disposición de avanzada en una materia altamente sensible y decisiva para el futuro de la humanidad.

Como consecuencia de lo antes indicado, el texto de esta LGSC es el primero que logra rescatar todos los principios contenidos en la formulación doctrinaria de la ACI, aunque debido a problemas de técnica legislativa,

⁷ La relevancia del hecho citado fue confirmada en la tesis de jurisprudencia Sociedad cooperativa. Principios que la rigen, tesis: 1.3o.C.1039 C (9a.): 1565 (Colegiados de Circuito México, diciembre de 2012) *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo II.

el sexto principio referido a cooperación activa entre cooperativas es el único que puede estimarse que no se recuperó en forma apropiada.

En efecto, la loable intención del Legislador en el sentido de crear un organismo cúpula que funcionara como ente integrador de todo el movimiento cooperativo nacional, a través de la figura del llamado Consejo Superior del Cooperativismo (CSC), cuya constitución debería realizarse tanto por las confederaciones nacionales como por las instituciones u organismos de asistencia técnica al cooperativismo, no se ha logrado conformar debido a que en ninguno de los tres artículos en los que se aborda el tema (76 a 78), se establece el número de confederaciones nacionales necesarias para constituirlo, ni tampoco la instancia o dependencia del gobierno federal encargada de convocar, validar y legitimar su constitución legal, situación que ha sido aprovechada por diferentes grupos que, de forma unilateral, han tratado de sacar provecho de este vacío jurídico para ostentarse como CSC sin contar con reconocimiento legal verdadero.

En cambio, el principio de educación, que históricamente había sido olvidado, ahora sí se rescataba y valoraba. De forma enfática, el artículo 47 ordenaba que en todas las cooperativas fuese “obligatoria la educación cooperativa y la relativa a la economía solidaria”. Además, la fracción III del artículo 53 obligaba a las cooperativas de base a crear un fondo especial dedicado a educación cooperativa, en tanto que el artículo 85 disponía que los organismos de integración “deberán hacer planes sociales y de carácter educativo y cultural, que ayuden a consolidar la solidaridad y eleven el nivel cultural de sus miembros”.

Lamentablemente, la reforma de 2009 se tradujo en un grave retroceso en cuanto al grado de apego de la legislación cooperativa a los principios decretados por la ACI. En esta oportunidad, de los siete principios universales del cooperativismo, se recuperaron cinco, quedando de lado los referidos a autonomía e independencia y el de interés por la comunidad. Empero, de esos cinco, solamente los relacionados con adhesión voluntaria y abierta, y con participación económica, son adecuadamente recuperados, en tanto que con los otros tres no ocurre lo mismo por las razones que a continuación se exponen.

El principio de Gestión democrática es severamente afectado en el caso de las federaciones y la Confederación Nacional de SCAP, ya que, en dichos organismos, el gerente o director general es asimilado a instancia de direc-

ción, al mismo nivel que la asamblea general, el consejo directivo⁸ y el consejo de vigilancia. Además, según lo dispuesto en los artículos 78 bis 8 y bis 9, tanto en la asamblea general de la Federación como en la de la Confederación, el voto de las cooperativas o federaciones afiliadas puede ser ponderado, en función del número de socios y/o del capital de cada una de ellas.⁹

El principio de educación cooperativa fue lacerado en cuanto al monto del fondo de educación, el cual paso de estar fijado en el 1 % de los ingresos netos del mes al 1%, pero de los excedentes netos del mes.

El principio de cooperación entre cooperativas resulta afectado al establecerse un modelo de articulación vertical para las SCAP distinto al consagrado para las cooperativas de producción y consumo. Así, el artículo 78 bis, fracción II, determinó la constitución de una sola confederación nacional de SCAP a la que, por disposición del artículo 78 bis 2, estarían obligadas a afiliarse todas las federaciones existentes, lo cual significó el retorno al sistema unitarista y centralista de representación de intereses vigente en la LGSC de 1938; el artículo 78 bis 1 dispuso que para constituir una federación se requerirían un mínimo de cinco y un máximo de cincuenta cooperativas de base, y finalmente, cabe comentar que esta reforma legislativa tampoco subsanó los vacíos legales relacionados con el proceso de constitución y reconocimiento legal del CSC.

Más si lo anterior no fuese suficiente, se reforzó la dependencia del cooperativismo respecto a la legislación mercantil, lo cual quedó plasmado en dos disposiciones, a saber: *a*) al artículo 10 se le adicionó un párrafo para aplicar como “legislación supletoria en materia de sociedades cooperativas, las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles”, y *b*) de conformidad con el artículo 72, en los casos de quiebras o suspensión de pagos de las sociedades cooperativas, se ordenó la aplicación de la Ley de Concursos Mercantiles.

Como corolario del análisis hasta aquí realizado, un resumen global del grado de apego a los principios universales del cooperativismo en los distintos instrumentos jurídicos que sobre cooperativas se han dictado en el país,

⁸ Equivalente al consejo de administración en las cooperativas de base.

⁹ Esta disposición no sólo resulta contraria al espíritu del segundo principio contenido en la Declaración de Identidad Cooperativa de la ACI, emitida en 1995, sino que es violatoria de la tesis de jurisprudencia denominada Socios cooperativistas. Naturaleza democrática de sus decisiones, tesis: 1.3o.C1041 C (9a.): 1570 (Colegiados de Circuito México, diciembre de 2012) *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo II.

atendiendo tanto a un criterio cuantitativo como cualitativo,¹⁰ puede observarse en el siguiente cuadro.

Cuadro I. Grado de apego, cuantitativo y cualitativo, a los principios universales del cooperativismo en la legislación mexicana sobre cooperativas

Precepto legal	Número de principios recuperados	Grado de apego cuantitativo	Principios con tratamiento adecuado	Principios con tratamiento inadecuado	Grado de apego cualitativo
Código de comercio de 1889	2 de 6	Bajo	0	2	Bajo
LGSC 1927	5 de 6	Alto	1	4	Bajo
LGSC 1933	5 de 6	Alto	3	2	Alto
LGSC 1938	4 de 7	Medio	2	2	Medio
LGSC 1994	6 de 6	Alto	5	1	Alto
Reforma de 2009 a la LGSC de 1994	6 de 7	Alto	3	3	Medio

FUENTE: Elaboración propia con base en Rosendo Rojas Coria (1984) para el texto del artículo 80 y del capítulo VII del Código de Comercio de 1889, así como el correspondiente a las LGSC de 1927, 1933 y 1938. Para el texto de la LGSC de 1994, www.camaradediputados.gob.mx.

Como puede deducirse, el grado de apego cuantitativo de la legislación mexicana a los principios cooperativos, salvo en el caso de la LGSC de 1938,

¹⁰ El criterio cuantitativo corresponde a la cantidad de principios cooperativos incorporados en la legislación mexicana, en tanto que el cualitativo tiene que ver con la forma en que se produjo la incorporación de dichos principios. En ambos casos, se utiliza la escala de alto, medio y bajo, en función del número de principios del cooperativismo universal existentes en cada momento histórico y con base en el tratamiento adecuado o inadecuado otorgado a cada uno de ellos, respectivamente.

ha mantenido una tendencia creciente a lo largo de la historia; en cambio, en lo cualitativo lo que se aprecia es un comportamiento errático, que inicia con un nivel de adhesión bajo (Código de Comercio de 1889 y LGSC de 1927), y posteriormente se intercalan un periodo alto seguido de otro de nivel medio.

V. CONCLUSIONES

El ejercicio de derecho comparado realizado a lo largo de este trabajo confirma la hipótesis inicialmente expuesta en el sentido de que la legislación hasta ahora emitida en materia de cooperativas ha estado lejos del espíritu doctrinario y filosófico del derecho cooperativo, lo cual no sólo obedece a un problema de orden técnico, sino que está directamente relacionado con las condiciones y necesidades políticas en las que se han dictado los distintos preceptos legales. Tales condiciones han prevalecido y se han configurado como tendencias dominantes a lo largo de la historia en la producción y emisión de este tipo de legislación. Dichas tendencias son básicamente cuatro. En primer lugar, un método invariable de elaboración de los ordenamientos jurídicos de arriba abajo, de tal suerte que los distintos decretos de ley publicados en el *Diario Oficial de la Federación* aparecen como una especie de concesión de la autoridad gubernamental hacia el movimiento cooperativo.

En segundo lugar, una falta de interés, respeto o preocupación por traducir en norma jurídica los principios y valores que doctrinariamente rigen a este tipo de entidades asociativas, de tal modo que, en la práctica, se ha carecido de un eje orientador de la labor legislativa en la materia.

En tercer lugar, un matiz poco disimulado en favor del control y la supervisión más que del fomento o la promoción de las cooperativas como instrumentos de desarrollo económico y social. Invariablemente en las distintas leyes sobre cooperativas las autoridades gubernamentales gozan de todos los privilegios y prerrogativas y prácticamente de ninguna responsabilidad, pues no se contemplan sanciones de ninguna especie para dichas autoridades.

En cuarto lugar, un fuerte sesgo en sus disposiciones normativas hacia un tratamiento mercantil del cooperativismo nacional, asimilando las cooperativas a sociedades anónimas lucrativas.

Como resultado de lo anterior, lo que se observa es que la legislación cooperativa emitida en el país está inscrita en una relación instrumental y de

dependencia entre Estado y movimiento cooperativo, en la que ha sido extremadamente complicado avanzar hacia la autonomía del derecho cooperativo.

Como recomendación general para revertir esta situación anómala se requiere un cambio profundo de actitud en la autoridad gubernamental y un mayor empoderamiento del movimiento cooperativo nacional, de tal forma que desarrolle capacidad propositiva y de incidencia e interlocución en los complejos procesos de elaboración del marco regulatorio que le afecta, impulsando el diálogo constructivo con las autoridades gubernamentales en turno.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alianza Cooperativa Internacional (2018). Declaración sobre el trabajo digno y contra el acoso. Buenos Aires. <https://www.ica.coop/es/medios/biblioteca/declaracion-trabajo-digno-acoso>
- Báez Martínez, Roberto (1995). *Nueva Ley General de Sociedades Cooperativas (Comentada)*. Editorial PAC.
- Cueto Fuentes, Eduardo, Arboleda Álvarez, L., Zabala Salazar, H. y Echeverry Correa, F. (2018). *Una década de economía social y solidaria en Colombia: análisis de la producción investigativa y académica 2005-2015*. Corporación UNIMINUTO-Universidad Católica Luis Amigó.
- Eguía Villaseñor, Florencio (1991). *Los principios del cooperativismo de Rochdale a nuestros días* (2a ed.). Ediciones de la Confederación Mexicana de Cajas Populares.
- Eguía Villaseñor, Florencio (2001). *Introducción a la teoría de la cooperación*. Ediciones de la Caja Popular Mexicana.
- Eguía Villaseñor, Florencio (2008). *Cooperación, cooperativa, cooperativismo*. Grados e Impresos Ambriz.
- Eguía Villaseñor, Florencio (2009). *Diccionario enciclopédico del cooperativismo*. Ediciones de la Caja Popular Mexicana.
- Fici, Antonio (2015). El papel esencial del derecho cooperativo. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, (27), 13-47. www.ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/027-001.pdf
- García Muller, Alberto (2022). *Enciclopedia de derecho cooperativo, mutual y de la economía social y solidaria*. CIRIEC-Colombia.
- Henry, Hagen (2007). Retos y oportunidades de la globalización para las cooperativas y el marco legal cooperativo. *Revista Jurídica de Economía Social*

- y *Cooperativa*, (18), 123-137. www.ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/018-006.pdf
- Henry, Hagen (2013). *Orientaciones para la legislación cooperativa*. OIT.
- Illades, Carlos (1996). *Hacia la república del trabajo*. UAM Iztapalapa-El Colegio de México.
- Inostroza Fernández, Luis (1985). *Movimiento cooperativista internacional. Cooperativismo y sector social en México*. UAM, Atzacapozalco.
- MacPherson, Ian y Eguía Villaseñor, Florencio (1997). *Identidad cooperativa*. Ediciones de la Caja Popular Mexicana.
- Moreno Fontela, J. L. (2017). Las relaciones entre los valores y principios cooperativos y los principios de la normativa jurídica. *Revista de Estudios Cooperativos*, (124), 114-127. DOI:10.5209/REVE.54923.
- Organización Internacional del Trabajo (2002). Recomendación 193 sobre la promoción de las cooperativas. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::P12100_ILO_CODE:R193
- Rojas Coria, Rosendo (1984). *Tratado de cooperativismo mexicano* (3a. ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Rojas Herrera, Juan José (2014). *La formación del movimiento cooperativo en México: antecedentes organizacionales y momento constitutivo*. Juan Pablos Editor-Universidad Autónoma Chapingo.
- Salinas Puente, Antonio (1954). *Derecho cooperativo. Doctrina. Jurisprudencia. Codificación*. Editorial Cooperativismo.
- Santos Domínguez, Miguel (2015). La relación de los principios cooperativos con el derecho. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, (27), 87-132. www.ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/027-003.pdf
- Valenzuela Reyes, María Delgadina (1998). *Derecho de pesca y cooperativas*. Editorial PAC.

Las reclamaciones de los pasajeros de avión en el ámbito de la Unión Europea: ¿un agujero negro en la protección del consumidor? Un análisis en clave de competencia judicial internacional

Complaints from Airline Passengers in the EU: a Black Hole in Consumer Protection? an Analysis in Terms of International Judicial Jurisdiction

Juan M. VELÁZQUEZ GARDETA

 <https://orcid.org/0000-0002-9823-5937>

Profesor de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertistatea (UPV/EHU).
España. Grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco IT 1699-22.

Correo electrónico: juanvelazquez@ehu.eus

RESUMEN: Este trabajo da un repaso a todas las sentencias dictadas por el TJUE como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por diferentes tribunales nacionales sobre la determinación de la competencia judicial internacional en materia de contratos de transporte aéreo de pasajeros. Las reclamaciones en base a las compensaciones establecidas en el Reglamento 264/2001 y a las indemnizaciones del Convenio de Montreal han obligado al TJUE a interpretar la interacción entre ambas normas y sobre todo el término lugar de cumplimiento de la prestación del artículo 7. 1 a) del Reglamento Bruselas I bis desde la seminal sentencia *Rehder*. El TJUE, en sus decisiones ha ido acercando el nivel de protección del consumidor pasajero de avión al régimen general de los arts. 17-19 del Reglamento Bruselas I bis, consiguiendo que en muchos casos el *forum actoris* del pasajero demandante sea una realidad de facto. Partiendo de que queda un largo camino por recorrer para la equiparación entre ambos consumidores, habría que concluir que la función del TJUE a través de su jurisprudencia será fundamental también en el futuro para que el derecho a la tutela judicial efectiva tenga el mismo contenido en ambas categorías de consumidores al menos en el ámbito de la Unión Europea. Máxime si las modificaciones del derecho uniforme no sean previsibles a corto o medio plazo. **Palabras clave:** protección de los derechos de los pasajeros de avión, competencia judicial internacional, Reglamento 261/2004; Reglamento 1215/2001, Convenio de Montreal.

ABSTRACT: This work reviews all the judgments handed down by the CJEU as a consequence of the preliminary rulings raised by different national courts on the determination of international judicial jurisdiction in matters of passenger air transport contracts. The claims based on the compensation established in Regulation 264/2001 and the compensation of the Mon-

treat Convention have forced the CJEU to interpret the interaction between both regulations and, above all, the term place of fulfillment of the provision of art. 7. 1 a) of the Brussels I bis Regulation since the seminal Rehder ruling. The CJUE, in its decisions, has gradually brought the level of protection of the consumer of air passengers closer to the general regime of arts. 17-19 of the Brussels I bis Regulation, achieving that in many cases the forum actoris of the claimant passenger is a de facto reality. Starting from the fact that there is still a long way to go for the equality between both consumers, it would be necessary to conclude that the function of the CJEU through its jurisprudence will also be essential in the future so that the right to effective judicial protection has the same content in both categories of consumers at least within the European Union. Especially if the modifications of the uniform law are not foreseeable in the short or medium term.

Keywords: protection of the rights of air passengers, International judicial jurisdiction, Regulation 261/2004, Regulation 1215/2001, Montreal Convention.

RECEPCIÓN: 21 de marzo de 2023

ACEPTACIÓN: 16 de agosto de 2023

SUMARIO: I. Objeto: importancia de la cuestión e hipótesis de partida. II. La interacción entre el R. 261/2004 y el Convenio de Montreal a efectos de determinar la competencia judicial internacional. El papel del TJUE. III. Análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre competencia judicial internacional en materia de transporte aéreo de personas. IV. Conclusiones: ¿cuál será el límite en la tendencia a la ampliación por la vía jurisprudencial de la protección de los derechos de los pasajeros de avión dada su manifiesta indefensión? V. Referencias.

I. OBJETO: IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN E HIPÓTESIS DE PARTIDA

El objeto de este trabajo es realizar un análisis de los criterios de competencia judicial internacional en materia de demandas interpuestas por pasajeros de transporte aéreo contra compañías en el ámbito de la Unión Europea (UE) y dejar en evidencia la mayor desprotección de este colectivo comparada con el resto de los consumidores.

La razón fundamental de emprender este objetivo reside en dos cuestiones.

En primer lugar, el establecimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el estado del domicilio de la parte más débil es una garantía del respeto al principio de la tutela judicial efectiva.

La obligación de litigar en un estado extranjero causa un indudable efecto disuasorio en los consumidores a pesar de las efectivas medidas procesales

aprobadas en el seno de la UE. En este sentido cabe destacar las posibilidades de litigar sin necesidad de abogado ni procurador, a través de un sistema de formularios exclusivamente escrito (salvo a solicitud de parte y a decisión del órgano jurisdiccional) para aquellos litigios por un monto no superior a 5000 €, incluidos los intereses, gastos y costas recogida en el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.¹

La principal norma sobre competencia judicial internacional en vigor en la UE, el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012² (R. Bruselas I bis), excluye de los foros de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores recogidos en sus arts. 17-19, a los pasajeros del transporte aéreo.

Dicho de otra manera, la ventaja del *forum actoris* que dicha norma pone a disposición de los consumidores a la hora de actuar como demandantes por encima de cláusulas tipo de elección de tribunal quedan diluidas en los casos de reclamación por incumplimiento o por daños y perjuicios derivados del mismo entre un pasajero y la respectiva compañía aérea.

Las razones de esta diferencia se encuentran ya en el conocido como Informe Schlosser (sobre el Convenio de Bruselas de 1968, antecedente del actual reglamento 1215/2012)³ con una explicación, a nuestro juicio poco convincente basada fundamentalmente en la existencia de convenios internacionales en este sector ratificados por los estados de la UE para justificar su exclusión del ámbito general de la protección de los consumidores: "...por el hecho de que los convenios internacionales someten dichos contratos a un régimen especial con ramificaciones múltiples y de que la inclusión de dichos contratos... únicamente desde el punto de vista de la competencia judicial complicaría la situación jurídica".

Nuestro trabajo se circunscribirá a los supuestos más frecuentes de controversias en este campo como son las derivadas de la solicitud de compensación en los casos de denegación de embarque, cancelación o gran retraso de vuelos, por un lado, y a las solicitudes de responsabilidad del transportista por el perjuicio causado en dichos supuestos.

¹ DO L 199, de 31 de julio de 2007; corr. de errores DO L 141, de 5 de junio de 2015.

² Relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (texto refundido), DO L 351, de 20 de diciembre de 2012; modif. Por Regl. 542/2014, DO L 1623, de 29 de mayo de 2014.

³ DO C 189 de 28 julio 1990.

Ambas situaciones están reguladas en el Reglamento (CE) 261/2004 del 11 de febrero de 2004 (R. 261/2004)⁴ y en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999 (Convenio de Montreal),⁵ respectivamente. El primero de ellos no contiene normas de competencia judicial internacional por lo que será de aplicación el R. Bruselas I bis. El Convenio de Montreal si contiene, por el contrario, en su artículo 33 normas de determinación de la competencia judicial internacional.

La segunda razón son las abundantes controversias que generan los incumplimientos del contrato de transporte aéreo de pasajeros y el desconocimiento de los cauces de reclamación. Hay que tener en cuenta que el número de pasajeros transportados en avión en 2019 fue de 4.56 mil millones (MM). En 2020 hubo una bajada por motivos de la pandemia a 1.81 MM, pero como es evidente, se espera superar las cifras en los próximos años dada la progresión que se venía sosteniendo.⁶ Aunque no existen datos aún en términos de pasajeros, si nos atenemos a los ingresos del transporte aéreo de pasajeros a nivel mundial, observamos que en 2020 fue de 189 MM y en 2022 alcanzó la cifra de 498 MM.⁷

Por lo que se refiere a las reclamaciones recibidas en España, en 2021 se registraron un total de 119.959.671 pasajeros, un 57.7% más que en el año anterior, mientras que en la Agencia Estatal de la Seguridad Aérea (AESA) se han recibido en el mismo período 20.145 reclamaciones, un 62.88% menos que en 2020. En total, una media de 0.018 reclamaciones por pasajero, tomando en consideración todas las compañías aéreas.

Del total de las reclamaciones, 2.063 eran competencia de autoridades de otros países, 9.432 fueron por cancelaciones, 1.968 por retrasos, 521 por denegaciones de embarque de pasajeros, 4 por cambio de clase, 3 relacionadas con el incumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad

⁴ DO L 46 de 17 de febrero de 2004.

⁵ Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal) (DO L 194 de 18.7.2001, p. 39).

⁶ En 2015 fueron 3,47 MM de viajeros de avión; 3,71 MM en 2016; 3,97 MM en 2017 y 4,24 MM en 2018. Datos del Banco Mundial consultados en <https://datos.bancomundial.org/indicador/IS.AIR.PSGR> el 23 de febrero de 2023.

⁷ Consultado en <https://es.statista.com/estadisticas/635149/trafico-aereo-ingresos-mundiales-por-pasajeros/> el 23 de febrero de 2023.

o movilidad reducida en el transporte aéreo y 6.154 fueron reclamaciones en las que el pasajero no aportó la información necesaria para su trámite.⁸

Vista la importancia de la competencia judicial internacional en este tipo de reclamaciones donde existe una desproporción entre las partes y quedando acreditada el número de incidencias y de pasajeros en vuelos internacionales, pasaremos revista las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la determinación de competencia judicial internacional derivadas de las consultas realizadas por los tribunales nacionales de los Estados miembro.

Cabe recordar que esta jurisprudencia puede suponer la obligación de litigar ante tribunales de estados de la UE a compañías aéreas que tienen su sede en terceros Estados, pero con delegación en algún Estado de la UE.

Esto unido a la circunstancia del aumento de los viajes en avión y a la adquisición de pasajes a través de Internet ha llevado a que estemos ante unas relaciones jurídicas con un gran potencial de internacionalización.

Pasaremos previamente, a continuación, revista a la aplicación de las dos citadas normas en esta materia: el bloque del R. 1261/2004 y R. Bruselas I bis, por un lado y el Convenio de Montreal por otro.

Este análisis previo nos debe dar una idea del papel del TJUE en la interpretación de ambas normas y de cómo su jurisprudencia va rellenando las lagunas que pudieran existir en su interacción. Además, nos ofrece un panorama de las abundantes controversias en esta cuestión y de la relevancia de la determinación del tribunal competente. Por último, quedará patente a lo largo del trabajo la capital importancia del rol de un máximo intérprete del derecho en un espacio de integración como es la Unión Europea, un ejemplo único en el panorama del derecho comparado a la hora de suavizar los niveles de desprotección en este tipo de consumidores que es nuestra hipótesis de partida.

⁸ Datos consultados en el Informe Anual 2021 de actividad en Derechos de los Pasajeros, https://www.seguridadaerea.gob.es/sites/default/files/220504_Informe_Anuar_Derechos_de_los_Pasajeros_2021.pdf. Se refiere a reclamaciones relativas al R. 261/2004 y Reglamento (CE) n o 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DO L 204).

Añadiríamos que las diez compañías sobre las que más reclamaciones se han recibido en relación con el número de pasajeros que transportan son Plus Ultra, Avianca, Alitalia, TAP Portugal, Norwegian International, Aerovías de México, Tarom (Romanian Air Transport), Aeroflot, LATAM y Aegean Airlines.

II. LA INTERACCIÓN ENTRE EL R. 261/2004 Y EL CONVENIO DE MONTREAL A EFECTOS DE DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. EL PAPEL DEL TJUE

El Reglamento entró en vigor en febrero de 2005 y establece los derechos mínimos de los pasajeros en tres situaciones: denegación de embarque contra su voluntad, cancelación y retraso (artículo 1.1). En esos casos la norma prevé derechos de atención, derechos de reembolso y derechos a compensación económica (sólo para denegación de embarque y cancelación, aunque el TJUE como veremos permitió la inclusión del gran retraso con una interpretación muy extensiva y algo polémica) si se cumplen los requisitos ahí recogidos.

La valoración de su efectividad quedó lastrada, a juicio de algunos, por dos cuestiones. Primero, por los limitados incentivos de las compañías aéreas para cumplir con esta normativa y segundo, por el difícil acceso — al menos al inicio de su aplicación— a la misma para los usuarios (Morten Broberg, 2009 p. 742). Esta última circunstancia ya venía apuntada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre funcionamiento y resultados del Reglamento.⁹ Defecto que se ha ido corrigiendo a través de los esfuerzos en el ámbito de la UE y en cada uno de los respectivos Estados miembros aunque el conocimiento insuficiente sigue siendo una constante en materia de protección de los derechos de los consumidores.¹⁰

Por su parte, el Convenio de Montreal que entró en vigor en junio de 2004 en la UE, a pesar de las críticas por su ambigüedad (Ieva Deviatnikovaitė, 2018 p. 22), se ocupa de la indemnización por el daño causado al pasajero por retraso y también por —entre otras cuestiones— pérdida, destrucción, avería o retraso de su equipaje. Tal y como hemos establecido al fijar

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 261/2004 sobre el funcionamiento y los resultados del presente Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. COM (2007) 168 final.

¹⁰ Solo como ejemplo, de la necesidad de mantener una posición vigilante ante cualquier circunstancia excepcional, *vid.* Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión de 13 de mayo de 2020 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19, C/2020/3125, *DO L 151 de 14.5.2020*, p. 10/16.

los límites de este estudio, nos centraremos en la modalidad de reclamaciones más frecuente.

En definitiva, por resumir, el Reglamento plantea medidas asistenciales y compensaciones económicas a tanto alzado y el Convenio indemnizaciones en base al perjuicio causado.

Como veremos, la aplicación efectiva de ambas normas ha requerido de la interpretación de sus conceptos por parte del TJUE y gracias a esa labor la protección se ha hecho aún más eficaz. No hay que olvidar que ambos son Derecho derivado de la UE al mismo nivel jerárquico aunque el marco de protección difiera y cuando se produce no está exenta de dificultades interpretativas (Ieva Deviatnikovaitė, 2018 pp. 44-45).

La compatibilidad entre ambos textos normativos vino establecida por primera vez por el TJUE en la sentencia *LATA y ELFAA*,¹¹ donde diferencia los diferentes perjuicios que un retraso puede causar en los pasajeros. Por un lado, están los perjuicios casi idénticos para todos los pasajeros, cuya reparación puede consistir en una atención estandarizada e inmediata y por otro, los perjuicios individuales, inherentes al motivo de su desplazamiento, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados. En este segundo caso solo procede una indemnización *a posteriori* e individualizada. Por tanto, el TJUE considera que las medidas de asistencia y atención a los pasajeros en caso de gran retraso de un vuelo recogidas en el artículo 6o. del Reglamento no se encuentran entre las previsiones indemnizatorias de los artículos 19, 22 y 29 del Convenio. Y, en definitiva, el Tribunal diferencia lo que es un daño, susceptible de indemnizarse de acuerdo al Convenio, de una molestia compensable con las medidas previstas en el artículo 6o. del Reglamento.

En la sentencia *Sturgeon*,¹² el TJUE da un paso más y equipara cancelación y gran retraso a efectos de generar un derecho de indemnización a los pasajeros que la padezcan. El artículo 6o. (retraso) no contempla la posibilidad de indemnización, pero el Tribunal, apoyándose en el consideran-

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de enero de 2006. *The Queen, a instancia de International Air Transport Association y European Low Fares Airline Association contra Department for Transport*. Asunto C-344/04, Rec. I-00403, ECLI:EU:C:2006:10.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009, *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon y Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (C-402/07)* y *Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz contra Air France SA (C-432/07)*. Asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07, Rec. I-10923. ECLI:EU:C:2009:716.

do 15 del Reglamento (“...concurren circunstancias extraordinarias cuando las repercusiones de una gestión del tránsito aéreo... den lugar a un gran retraso, a un retraso de un día para el otro...”) no se limita a realizar una labor interpretativa sino legislativa o creadora de derecho criticable y criticada por algún sector doctrinal (Sacha Garben, 2013 p. 24; Ricardo Pazos Castro, 2017 p. 16).

Por su parte, en el asunto *Nelson*,¹³ el tribunal considera compatibles las medidas estandarizadas previstas en el Reglamento, pero no solo las de índole asistencial (comida, refrescos, alojamiento, transporte), sino también las compensaciones económicas a tanto alzado.

Hay que recordar que el R. 261/2004 establece unos criterios para asistir y compensar con cantidades a tanto alzado a los pasajeros —con carácter general— que sufren denegaciones de embarque, cancelaciones o retraso en sus vuelos siempre que partan de un aeropuerto situado en un estado miembro o en un tercer Estado con destino a un aeropuerto de un estado miembro siempre que la compañía aérea tenga su sede en la UE.

El derecho de asistencia (artículo 9o.) se genera en casos de denegación de embarque (artículo 4o.), cancelación de vuelo (artículo 5o.) y retraso (artículo 6o.).

Este derecho es compatible por tanto con la compensación económica (artículo 7o.).

Destaca por otra parte, el concepto de “circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado medidas razonables”, recogido en el artículo 5.3, a propósito del cual, el TJUE ha tenido que posicionarse en reiteradas ocasiones (Tania Pantazi, 2020) dado que no viene definido en ningún precepto del Reglamento. Por citar algunas de sus decisiones, cabría traer al caso la Sentencia *F. Wallentin-Hermann c. Alitalia*¹⁴ donde en un caso de cancelación de vuelo y ante la reclamación del pasajero de los 250 euros establecidos en el artículo 7.1 del R. 261/2004, la compañía alegó circunstancias extraordinarias, en concreto una compleja avería en la turbina. En sede judicial de los tribunales de Viena se generó la consiguien-

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012. *Emeka Nelson y otros contra Deutsche Lufthansa AG y TUI Travel plc y otros contra Civil Aviation Authority*. Asuntos acumulados C581/10 y C629/10, Rec. General. ECLI:EU:C:2012:657.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2008, *Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA*. Asunto C-549/07, Rec. I-11061. ECLI:EU:C:2008:771.

te cuestión prejudicial al TJUE sobre qué se debe considerar circunstancias extraordinarias como causa de exoneración. El TJUE interpretó que el concepto “circunstancias extraordinarias” no se aplica a un problema técnico que suponga la cancelación del vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo y escapen a su control efectivo. Añadió el TJUE que ni la frecuencia con que un transportista sufre problemas técnicos ni el hecho de que haya respetado las normas mínimas de mantenimiento bastan para exonerarle de la obligación de indemnizar de acuerdo con lo establecido en el R. 261/2004. Además, deslinda el tribunal la eventual interpretación de este precepto de las condiciones previstas en el artículo 19 del Convenio para que —en caso de retraso— el transportista quede exonerado del daño (Gómez Puente, 2012 p. 3303).

Por su parte, en la citada Sentencia *Sturgeon*, el TJUE aplica la jurisprudencia del asunto anterior en cuanto a la consideración de circunstancias extraordinarias además de equiparar retraso con cancelación a efectos de acceder a una compensación económica de las previstas en el R. 261/2004.

Solo por dar un breve panorama, de la interpretación que ha hecho estos últimos años el TJUE sobre el concepto de circunstancias extraordinarias del artículo 5.3 del R. 261/2004, citaremos la Sentencia *Eglītis y Ratnieks*¹⁵ donde, ante un fallo en el suministro energético que afectó al espacio aéreo sueco y que retrasó el vuelo hasta la hora en que el personal de la empresa Air Baltic terminaba su jornada laboral, se canceló el vuelo Copenhague-Riga. Ante esa situación, dos pasajeros con domicilio en Letonia reclamaron en sede administrativa primero y, después, ante los tribunales de justicia letones, una compensación económica. La cuestión que se plantea es si ante una situación similar, el transportista aéreo debe planificar sus recursos, incluidas las tripulaciones, a fin de que, en caso de aparecer tales circunstancias, se puede llevar a cabo el vuelo en lugar de cancelarlo. Es decir, en un caso como el del supuesto de hecho, en el que circunstancias excepcionales obligaron a cancelar el vuelo, las medidas razonables que supuestamente debía haber tomado la compañía aérea no podrían haberlas evitado en ningún caso, tal y como recoge el artículo 5.3 del Reglamento.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011. *Andrejs Eglītis y Edwards Ratnieks contra Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija*. Asunto C-249/10, Rec. I-03983. ECLI:EU:C:2011:303.

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial de los tribunales letones, estableciendo que la capacidad del transportista de prever las circunstancias extraordinarias y garantizar la integridad del vuelo no debe suponer “sacrificios insoportables habida cuenta de las capacidades de la empresa en ese momento”. Por tanto añade nuevos elementos técnicos y financieros del transportista a tener en cuenta por los tribunales nacionales (Tania Pantazi, 2020, p. 1104).

El último ejemplo que citaremos a propósito de la interacción entre ambas normas es el asunto *McDonagh*.¹⁶ En este caso el Tribunal realiza una interpretación uniforme de ambas normas. Se trata del derecho a asistencia de una pasajera dlinesa de un vuelo que sufre cancelación de su vuelo y no puede regresar a casa hasta una semana más tarde. El motivo fue el cierre del espacio aéreo de varios estados miembros por la erupción el volcán islandés Eyjafjallajökull en 2010. Como la necesidad de asistencia se prolongó en el tiempo, Ryanair como empresa demandada planteó ante los tribunales dlineses que la excepcionalidad de las circunstancias como las que se produjeron deberían exonerarle no solo del pago de compensación económica por cancelación sino también de todo derecho asistencial. Ello llevó a los tribunales de Dublín a plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre si el derecho a asistencia previsto en el reglamento tiene un límite temporal y si no fuera así, podría derivarse de ello una contradicción con lo previsto en el Convenio, en concreto en su preámbulo donde habla del necesario “equilibrio de intereses equitativo”, así como al principio de proporcionalidad, de no discriminación e incluso de los derechos de libertad de empresa y derecho a la propiedad de los artículos 16 y 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea respectivamente.

En esta importante decisión, el Tribunal se remite, en primer lugar, a la sentencia *LATA y ELFAA* que estableció que los artículos 5 y 9 (asistencia en caso de cancelación) no vulneraban el principio de proporcionalidad, ni tampoco el principio de igualdad de trato que podría verse eventualmente conculcado si se apreciara desproporción entre las empresas de transporte aéreo y otras empresas de transporte. En cuanto, a la vulneración que una obligación de asistencia podría suponer de los derechos de propiedad y de libertad de empresa, el Tribunal observa la necesidad de conciliar los dere-

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 31 de enero de 2013. *Denise McDonagh contra Ryanair Ltd.* Asunto C12/11, Rec. General, ECLI:EU:C:2013:43.

chos en presencia y prima la protección de los derechos de los consumidores dentro de la necesaria proporcionalidad en su defensa (Sophia Zeng Tang, S. Z., 2013).

Por lo que hace al principio de “equilibrio de intereses equitativo” que a juicio de la demandada debería informar las medidas asistenciales reclamadas previstas en el reglamento para los casos de cancelación, el Tribunal considera que las medidas de una y otra norma son diferentes, en un caso son reparadoras y asistenciales y en otro indemnizatorias (cita la jurisprudencia del asunto *Wallentin-Hermann*).

En definitiva, dada la jurisprudencia del TJUE, los tribunales nacionales, ante la alegación de una circunstancia extraordinaria para evitar el pago de la correspondiente compensación, en primer lugar, deberán valorar si el transportista desde un punto de vista técnico y económico podía adoptar medidas preventivas. En segundo lugar, garantizar que dichas medidas no supongan sacrificios insoportables para la empresa. Por último, asegurarse de que dichas medidas fueron tomadas en relación con el concreto vuelo afectado (Juan Flaquer Riutort, 2019, p. 6).

Vistas las diferencias y las dificultades de aplicación conjunta, en ocasiones, de estas normas del Derecho de la UE destinadas a la protección de los pasajeros de avión, pasaríamos a determinar los criterios de competencia judicial internacional a la hora de recurrir a los tribunales de justicia para hacer valer esos derechos.

La particularidad estriba en que el derecho material es diferente y los foros de competencia judicial internacional también. En el caso del Convenio de Montreal, están incorporados en sus textos, vía artículo 33, en cambio en el caso del R. 261/2004 habrá que recurrir a los foros de competencia del R. Bruselas I bis.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS

La importancia creciente de las cuestiones de competencia judicial internacional en materia de derecho privado para el TJUE ha quedado de manifiesto por las cuestiones prejudiciales sobre las que ha tenido que manifestarse (Jürgen Basedow, 2010, p. 444). Eso unido al peso que la normativa de pro-

tección al consumidor tiene en dentro del Derecho derivado de la UE nos da una idea del carácter decisivo de los posicionamientos del tribunal en cualquier materia que implique a los consumidores y en concreto la determinación del tribunal competente.

Quisiera recordar, llegado este punto, una vez más, la posibilidad de que el consumidor interponga su demanda en el Estado de su domicilio es la clave para que el principio de tutela judicial efectiva sea real (Juan M. Velázquez Gardeta, 2017, p. 454).

Es cierto, que los contratos de transporte aéreo de pasajeros son un campo donde la autorregulación y las medidas alternativas de resolución de controversias son muy frecuentes, en la mayoría de los casos impuestas a través de cláusulas abusivas sobre todo en los que se verifican a través de Internet.

No vamos a ocuparnos aquí de la validez del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección de tribunal competente a través del consentimiento emitido en cláusulas de adhesión. Es éste un tema ya tratado en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos y también del TJUE que ha puesto freno a estos abusos (Juan M. Velázquez Gardeta, 2013). En el caso del TJUE y de los tribunales de los Estado miembros apoyándose en lo prescrito en los arts. 17-19 del R. Bruselas I bis que, como ya queda dicho, excluyen a los contratos de transporte —salvo los combinados de transporte y alojamiento— de las ventajas ofrecidas a los consumidores que reciban la oferta en el Estado de su domicilio (artículo 17.3).

Procederemos a un análisis de las principales decisiones (2009-2021) del TJUE en la interpretación de las normas de competencia judicial internacional incluidas en el R. Bruselas I bis y en el Convenio de Montreal.

1. *El Tribunal extiende los límites de la protección al pasajero: sentencia TJUE de 9 de julio de 2009, Rehder*¹⁷

Esta decisión fue la primera en la que se obligó a pronunciarse al TJUE al objeto de determinar el foro de competencia en un asunto de transporte de pasajeros. Al quedar excluida esta materia de los foros de protección al consumidor, quedaba calificar la relación jurídica en cuestión, en primer lugar. El TJUE asumió la calificación de prestación de servicios planteada

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2009. *Peter Rehder contra Air Baltic Corporation*. Asunto C-204/08, *Rec. I-06073*, ECLI:EU:C:2009:439.

por el tribunal alemán correspondiente, cuestión en absoluto pacífica para algún sector doctrinal (Pilar Maestre Casas, 2011, p. 283) y, por tanto quedaría la posibilidad de interponer la demanda —de acuerdo al Reglamento 44/2001 (R. Bruselas I), antecesor del actual R. Bruselas I bis— a elección del demandante: ante los tribunales del Estado de la empresa demandada o ante el lugar de cumplimiento de la prestación.

El supuesto de hecho era el siguiente: Peter Rehder, residente en Múnich, reservó en la compañía Air Baltic, con domicilio en Riga, un vuelo de Múnich a Vilnius. Unos 30 minutos antes de la hora fijada para la salida desde Múnich, de canceló el vuelo. P. Rehder tuvo que comprar otro pasaje y llegó a su destino 6 horas más tarde de lo previsto. P. Rehder reclamó judicialmente ante los tribunales alemanes a Air Baltic, la cantidad de 250 euros de acuerdo a los artículos 5.1 c) y 7. 1 a) del R. 261/2004. Tras recurso de la demandada, el Tribunal de apelación considera que, de acuerdo con el artículo 5.1 b) del R. Bruselas I (actual artículo 7. 1 b) *in fine* del R. Bruselas I bis) los servicios de transporte aéreo se prestan en el lugar donde la compañía que realiza el vuelo tiene su domicilio. Tras interponer el demandante recurso de casación, el Tribunal Supremo (Bundesgerichtshof) planteó pregunta al TJUE sobre qué debe considerarse lugar de cumplimiento de la obligación derivada de un contrato de transporte.

El TJUE consideró en su respuesta a la prejudicial planteada que, en un caso como el planteado, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación derivada del R. 264/2001 es, a elección del demandante, aquel en cuya demarcación se halle el lugar de origen o el lugar de destino del avión.

Esta decisión, evidentemente, marca un camino, aunque no exento de dudas, como veremos al analizar las siguientes sentencias sobre la cuestión. Una de ellas es que, a diferencia de lo que ocurriría si los pasajeros de avión tuvieran la consideración de consumidores en el R. Bruselas I bis, cabe la posibilidad, tal y como se reconoce en el artículo 7.1 b) de dicha norma que se determine la competencia de judicial a través de pacto recogido en el contrato de transporte y la vía abierta a cláusulas abusivas que ello pueda conllevar (Pilar Maestre Casas, 2011, p. 287).

Otra cuestión evidenciada, tras esta sentencia, es que los pasajeros salen peor parados si se les aplica el R. 261/2004 en comparación al Convenio de Montreal, ya que este último contiene (artículo 49) limitaciones a las cláusulas contractuales de elección de jurisdicción y de ley aplicable y además

ofrece posibles foros de competencia a priori más favorables al viajero (Pilar Jiménez Blanco, 2009).

En todo caso, la posibilidad de favorecer a la parte más débil de la relación contractual quizás hubiera podido conseguirse permitiendo al usuario —ya que no tiene la consideración de consumidor a estos efectos— plantear su demanda en diferentes foros además de los dos (origen y destino) recogidos en la sentencia. Además de que, solo se prevé para un supuesto de transportista único tampoco protege a los pasajeros que vuelen entre dos países que no sea ninguno el de su nacionalidad o domicilio (Sophia Zeng Tang, Z. S., 2011, p. 356).

2. La solución a los vuelos de reserva única con varios trayectos: Sentencia TJUE de 7 de marzo de 2018, *Flightright GmbH*¹⁸ Auto TJUE de 13 de febrero de 2020, *Flightright c. Iberia*¹⁹ y Sentencia TJUE de 3 de febrero de 2022, *LOT Polish Airlines*²⁰

La primera sentencia deriva de tres asuntos acumulados que tienen en común que se trata de vuelos con reserva única, pero con escala y cada uno de los vuelos que componen la reserva está operado por una compañía diferente. Es decir, el pasajero reserva con una compañía, pero el trayecto total es operado por dos. Surge la cuestión de la pluralidad de foros de competencia a los que someter el litigio y la posibilidad de llevar ante los tribunales de cualquiera de los puntos de origen o destino (incluyendo los de las escalas intermedias) a alguna de las compañías incluso aun cuando el pasajero no haya contratado con ellas. El TJUE da un paso más en la protección del pasajero —a pesar de no tener la condición de consumidor a estos efectos— a permitirle ampliar sus posibilidades de demanda ante diferentes tribunales nacionales.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de justicia (Sala Tercera) de 7 de marzo de 2018. *Flightright GmbH contre Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, Roland Becker contra Hainan Airlines Co. Ltd y Mohamed Barkan y otros contra Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA*. Asuntos acumulados C-274/16, C-447/16 y C-448/16. Rec. general ECLI:EU:C:2018:160.

¹⁹ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de febrero de 2020. *Flightright GmbH contra Iberia L. A. E., S. A. Operadora Unipersonal*. Asunto C-606/19. Recopilación general. Sección «Información sobre las resoluciones no publicadas». ECLI:EU:C:2020:101.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 3 de febrero de 2022. *JW y otros contra LOT Polish Airlines*. Asunto c-20/21. Rec. General. ECLI:EU:C:2022:71.

En cuanto a los supuestos de hecho, en el primero de ellos se trata de un vuelo contratado en reserva única por dos pasajeros con Air Berlin entre Eivissa (Antes Ibiza), y Düsseldorf con conexión en Palma de Mallorca. El primer vuelo Eivissa-Palma, operado por Air Nostrum, sale con retraso lo que ocasiona que pierdan el segundo vuelo y lleguen a destino 13 horas más tarde.

Los pasajeros afectados cedieron sus derechos a una eventual compensación —con base en el artículo 7 R. 261/2004— como consecuencia de ese retraso a la empresa Flightright. Esta interpuso un recurso contra Air Nostrum, en su condición de transportista aéreo que había efectuado el primer vuelo, ante el Tribunal Civil y Penal de Düsseldorf. Este Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial de si procede considerar que el lugar de destino del segundo tramo constituye el lugar de cumplimiento a efectos del artículo 7, punto 1, letra a), del R. Bruselas I bis, aunque la demanda se dirija contra la compañía aérea que ha operado el primer tramo, en el cual se ha producido la irregularidad y el transporte en el segundo tramo haya sido operado por otra compañía aérea.

En el segundo supuesto, se trata de un contrato de transporte con una compañía aérea, con sede fuera de la UE, para en vuelo Berlín-Pekín con conexión Bruselas. El vuelo Berlín-Bruselas que era operado por una compañía belga funcionó con normalidad, pero el embarque en el vuelo Bruselas-Pekín le fue denegado sin motivo a juicio del pasajero. En este caso, el pasajero demanda en Alemania por el derecho a compensación del artículo 7 R. 261/2004 y el Tribunal Supremo, tras llegarle el asunto en casación, plantea al TJUE la cuestión prejudicial sobre si es posible —de acuerdo al R. Bruselas I bis— demandar en el lugar de origen del primer tramo a la compañía encargada del segundo vuelo y no del primero, a pesar de que la incidencia se produjo dicho segundo vuelo.

El TJUE se pronunció, pero no entró en el fondo de la cuestión planteada ya que al no tener la demandada su sede en un Estado miembro, en virtud del artículo 4 R. Bruselas I bis, dicha norma no será de aplicación a este supuesto.

El tercer supuesto es idéntico al primero: unos pasajeros contratan un vuelo Melilla-Fráncfort vía Madrid con la compañía Iberia. El primer tramo —operado por una compañía diferente (Air Nostrum)— sale con retraso y provoca que los pasajeros pierdan el segundo vuelo. Ante dicha eventualidad, los pasajeros demandan a dicha compañía ante los tribunales alemanes reclamando la compensación económica correspondiente establecida en el R. 261/2004. El asunto llega, tras la correspondiente escala de recursos, en ca-

sación al Tribunal Supremo que plantea al TJUE idéntica cuestión prejudicial que en el primer supuesto referido. Esto es, si puede considerarse lugar de cumplimiento el destino final del segundo vuelo (Fráncfort), cuando al derecho a compensación se genera por el retraso en el primer vuelo y además la demanda se dirija contra la compañía aérea responsable de este último, no siendo parte en el contrato de transporte.

Las diferencias con el primer supuesto son que, en ese caso, el Tribunal alemán no preguntó al TJUE si podría ser demandada una compañía que no era parte en el contrato, aunque en ambas así se planteó por ser dicho transportista quien fue responsable del primer tramo del viaje. Una segunda, menos relevante, atiende a un criterio temporal, ya que en el tercer caso sería de aplicación el artículo 5.1 a) y b) del R. Bruselas I y en el primero el artículo 7.1 a) y b) de su sucesor, el R. Bruselas I bis. Aunque ambos tienen el mismo contenido.

El TJUE consideró, en primer lugar, que el concepto materia contractual del artículo 5.1 a) R. Bruselas I incluye la reclamación por compensación por retraso contemplada en el R. 261/2004 contra un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que no es quien contrata con el pasajero afectado.

Sobre la segunda pregunta, el TJUE considera que en el supuesto de un vuelo de conexión se considera lugar de ejecución el lugar de destino del segundo vuelo, cuando los dos vuelos sean realizados por diferentes compañías respectivamente y la reclamación de la compensación prevista en el R. 261/2004 traiga causa del retraso en el primero de esos dos vuelos realizado por el transportista que no ha contratado con los afectados.

De entrada, cabe decir que, al margen de las críticas vertidas sobre los sendos preceptos de los artículos 5.1 y 7.1 de ambos Reglamentos (José Ignacio Paredes Pérez, 2019), la solución ofrecida por el Tribunal favorece a los usuarios del transporte aéreo al ofrecerles un mayor número de posibilidades donde interponer su demanda. En muchos casos, el permitir interponer la demanda en el lugar de origen por considerarlo lugar de ejecución también, hará coincidir con el fuero del domicilio del demandante, aunque no siempre.

Al considerar materia contractual la relación entre el pasajero y la compañía responsable del retraso con la que no ha contratado, el TJUE se basa con criterio amplio en la causa de la acción y no en la identidad de las partes (José Ignacio Paredes Pérez, 2019), generando así un concepto amplio de materia contractual a los efectos de incluirla en el supuesto de hecho de los foros del Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis. Otra explicación, algo menos elaborada desde el plano doctrinal pero con gran sustento lógico consiste, como

dice el tribunal en su cdo 77, en que se debe considerar que el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo que no tiene contrato con el pasajero lo hace en nombre del transportista aéreo que contrata con el pasajero afectado. En este caso, se podría considerar que el TJUE hace suya el llamado test de los ancestros (*ancestry test*) y después repite contra los otros (Michiel Poesen, 2018, p. 521; Geert Van Calster, 2016, p. 207).

En cuanto a la segunda decisión, estamos ante un supuesto similar donde el TJUE aplica la jurisprudencia establecida en *Rehder* y en *Flightright* en relación a qué se considera lugar de cumplimiento (artículo 7.1 a) R. Bruselas I bis) en un vuelo sin escalas y en un vuelo con conexión intermedia respectivamente.

En concreto se trata de una reserva única para un trayecto Hamburgo-Londres-Madrid-San Sebastián con dos compañías aéreas distintas: British Airways para el primer trayecto e Iberia para los dos siguientes. Los dos primeros trayectos se desarrollan con normalidad, pero el tercero sufre una cancelación. Como dato añadido relevante, hay que remarcar que los pasajeros contrataron su reserva única con British Airways y no con Iberia.

Los pasajeros ceden los derechos a compensación a la empresa *Flightright* que interpone una demanda por 500 € (250 por cada uno) según queda establecido en los artículos 5o. y 7o. del R. 261/2004, ante el correspondiente Tribunal de Hamburgo que es quien remite cuestión prejudicial al TJUE. Lo único que difiere del caso anterior es que ahora se demanda en el lugar de salida a la compañía no contratante responsable del tercer y último trayecto ante los tribunales del lugar de despegue del primer trayecto.

El TJUE responde:

...cuando se trate de un vuelo caracterizado por una única reserva confirmada para el conjunto del itinerario y dividido en varios trayectos, puede entenderse como «lugar de cumplimiento», en el sentido de dicha disposición, el lugar de salida del primer trayecto si el transporte en esos trayectos se realiza por dos transportistas aéreos distintos y si la demanda de indemnización, presentada sobre la base del Reglamento n° 261/2004, tiene su origen en la cancelación del último trayecto y está dirigida contra el transportista aéreo encargado de realizar ese último trayecto.

A pesar de las críticas y de su interpretación extensiva, es evidente que el TJUE no puede considerar al pasajero como consumidor (Andreeva Andreeva, Vésela, 2020).

En tercer lugar, el asunto *LOT Polish Airlines* parte de un supuesto de hecho algo distinto. En un vuelo contratado con reserva única con Lufthansa y dividido en dos tramos (Varsovia-Fráncfort-Maldivas), se produce un retraso en el primero de ellos operado por LOT que trae como consecuencia la pérdida para los pasajeros reclamantes del segundo vuelo.

Los demandantes plantean reclamación ante el correspondiente Tribunal de Fráncfort en base a los artículos 6o. y 7o. R. 261/2004 tomando como referencia el trayecto Varsovia-Maldivas que supera los 3500 km y da derecho a una compensación de 600 euros. Dicho tribunal declara inadmisibile la demanda en base que, de acuerdo con el artículo 7.1 b), ni el lugar de origen, ni el de destino del vuelo están en su demarcación judicial.

Los demandantes recurren y el tribunal correspondiente de apelación plantea al TJUE la cuestión prejudicial de, si a efectos de una reclamación derivada de un retraso en un vuelo de dos trayectos con reserva única con una sola compañía, puede considerarse como lugar de cumplimiento también el lugar de destino del primer vuelo si además se interpone contra la compañía responsable de dicho trayecto que no es con la que ha contratado el pasajero.

Es decir, se reclama una nueva interpretación del artículo 7.1 b) (lugar del Estado miembro donde hayan sido o deban ser prestados los servicios). En los dos casos analizados ya en este apartado, se consideró por el TJUE como lugar de cumplimiento a efectos de interposición de la demanda el lugar de destino del segundo trayecto, aunque el retraso o cancelación se hubiera producido en el primero y la responsable fuera la compañía con la que no se hubiera contratado directamente.

Resulta curioso que dado que los Tribunales de Fráncfort en el asunto C-448/16 sí consideraron a Madrid (dado el retraso entre el primer vuelo Melilla-Madrid) como lugar de ejecución ahora procedan a preguntar al TJUE.

El TJUE basa su decisión en criterios de previsibilidad y proximidad del foro de competencia (cdo 24) considera que

lugar de llegada del primer trayecto no puede considerarse lugar de cumplimiento, en el sentido de dicha disposición, cuando una demanda de compensación... tiene su único origen en el retraso del primer trayecto como consecuencia de una demora en el despegue y está dirigida contra el transportista aéreo encargado de realizar ese primer trayecto.

En todo caso, el TJUE deja abierta la puerta a que en cada caso concreto puedan tenerse en cuenta otros criterios que amplíen las posibilidades de demanda, así:

no puede excluirse de entrada que, habida cuenta de los términos específicos de un contrato de transporte aéreo, servicios distintos de los prestados en el lugar de salida inicial y en el destino final de un vuelo puedan justificar, en su caso, la competencia de órganos jurisdiccionales distintos de aquellos en cuya demarcación se encuentran dichos lugares, a saber, los tribunales del lugar en que se produce la escala, para conocer de una demanda de compensación interpuesta con base en el Reglamento n° 261/2004.

Para algún sector doctrinal, se trata por tanto de una interpretación restrictiva del precepto y ceñida a la legitimación pasiva y al objeto de la demanda en origen (S. Feliu Alvarez de Sotomayor, 2022, p. 10). Es decir, si, en lugar de demandar por la distancia entre lugar de origen y de destino final, hubiera reclamado en base a la distancia entre el lugar de origen y del primer aterrizaje, quizás la respuesta hubiera sido otra.

En todo caso, es indudable, que podemos considerar ambas decisiones como un avance en la protección del pasajero a la hora de facilitar la interposición de su demanda que le aproximan en algunos casos a la posibilidad de los consumidores de beneficiarse del *forum actoris* (Clara Isabel Cordero Álvarez, 2018).

3. ¿Qué se considera sucursal a los efectos de interponer la demanda?: Sentencia TJUE de 11 de abril de 2019, ZX²¹ y Auto TJUE de 11 de abril de 2019, OD²²

Trataremos la primera decisión por las similitudes —casi identidad— entre ambas, y lo dicho para una será extrapolable a al análisis de la segunda.

Se trata de un supuesto de hecho curioso que obliga al TJUE a responder a dos cuestiones que tienen que ver, en primer lugar, con la posibilidad

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de abril de 2019. *ZX contra Ryanair DAC*, Asunto C-464/18, ECLI:EU:C:2019:311.

²² Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de abril de 2019. *OD contra Ryanair DAC*. Asunto C-646/18, ECLI:EU:C:2019:330.

de demandar a un transportista aéreo en el país donde tenga una sucursal, aunque su sede se encuentre en otro estado (artículo 7.5 R. Bruselas I bis) y, en segundo lugar, con el sentido de los actos del demandado que puedan interpretarse como sumisión tácita al tribunal donde ha sido demandado (artículo 26 R. Bruselas I bis).

Se trata de un vuelo entre Oporto y Barcelona operado por la empresa Ryanair con sede en Irlanda donde el pasajero —que no tiene domicilio en España— decide demandar a dicha compañía entre el juzgado de lo mercantil de Girona (España) donde la demandada tiene una sucursal.

Dicho órgano jurisdiccional plantea cuestión prejudicial al TJUE sobre los dos temas citados al inicio.

El Tribunal contesta primero a la cuestión de qué debe entenderse por sucursal a la luz del artículo 7.5 R. Bruselas I bis (“Una persona domiciliada en un Estado Miembro podrá ser demandada, si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales... ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios”).

El Tribunal aplica dos criterios jurisprudencialmente establecidos para determinar si una sucursal de la demandada puede considerarse como tal a efectos de permitir establecer la competencia en los tribunales del Estado donde se ubique en aplicación de dicho artículo 7.5.

En primer lugar, la sucursal debe considerarse como una prolongación de la casa matriz y, por tanto, ha de estar dotada de una dirección y un equipamiento que le dé autonomía suficiente para negociar con terceros que no tengan que dirigirse así a la casa matriz. En segundo lugar, el litigio debe derivarse de actos relativos a la explotación de la propia sucursal o a obligaciones contraídas en nombre de la casa matriz siempre que dichas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal.

En todo caso, en el asunto en cuestión el pasaje fue comprado en internet, por tanto, no hubo una relación entre el pasajero y la sucursal y, además, la sucursal de Girona en cuestión solo se dedicaba a tareas de gestión fiscal.

Lo que se trata en asuntos como el que nos ocupa, es de determinar si el demandante tiene alternativas al foro del domicilio del demandado. Es indudable, como vimos al analizar *Rehder*, que las tiene, al establecer el TJUE, como lugar de cumplimiento, tanto el lugar de origen como de destino. O en *Flightright*, donde TJUE aplica el criterio anterior a los vuelos intermedios entre el origen y destino final, considerando incluso que la compañía con la

que no ha contratado el demandante puede ser llevada ante los tribunales del Estado de cualquiera de esos lugares.

Pero, en este caso, el demandante se equivoca al intentar arrastrar a la compañía aérea al Estado de su sucursal, ya que no tiene dicha delegación de Girona tal consideración a efectos procesales (David Carrizo Aguado, 2019).

En cuanto a la cuestión sobre la prórroga de la competencia tácita, del artículo 26 R. Bruselas I bis, dicho precepto permite establecer la competencia del tribunal ante el que comparece el demandado, si dicha competencia no se deriva de otras disposiciones del Reglamento.

En buena lógica, de la actitud de la demandada —que ni siquiera formuló observaciones sobre la competencia del tribunal ante el que fue demandada— se infiere que no hubo ánimo alguno de comparecer. Por tanto, no puede considerarse que haya sumisión tácita a dichos tribunales.

Por último, cabe destacar de esta decisión, la opción por los conceptos procesales autónomos frente a la posible aplicación de conceptos nacionales a la hora de interpretar los plazos para impugnar la competencia. Es decir, el artículo 64 Ley de Enjuiciamiento Civil española establece un plazo menor para interponer declinatoria que para contestar a la demanda. Pasado dicho plazo cabría interponer —desde una interpretación según el derecho español— que ha habido prórroga tácita de la competencia concedida por el demandado. El TJUE opta, como no podía ser de otra forma, por una interpretación autónoma, más favorable al demandado (Iñigo Quintana, 2022).

4. Aplicación por el TJUE de las diferentes normas de competencia del Reglamento y del Convenio: Sentencia TJUE de 7 de noviembre de 2019, Guaitoli²³

Se unen en este asunto dos reclamaciones de naturaleza distinta. Por un lado, los demandantes, ante la cancelación de su vuelo de ida Roma-Corfú y el retraso de algo menos de tres horas del vuelo de vuelta Corfú-Roma, reclaman, de acuerdo con los artículos 5o., 6o. y 7o. del R. 261/2004 la correspondiente compensación y, además, de acuerdo con el Convenio de Montreal, la indemnización por el perjuicio causado.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de noviembre de 2019. *Adriano Guaitoli y otros contra easyJet Airline Co. Lt*, Asunto C-213/18. Rec. general, ECLI:EU:C:2019:927.

Surge por primera vez la cuestión de qué normas de competencia judicial internacional regulan la interposición de la demanda contra Easyjet (empresa domiciliada en el Reino Unido), teniendo en cuenta que el R. 261/2004 no contiene normas de este tipo, resultando de aplicación el R. Bruselas I bis; a diferencia del Convenio de Montreal en cuyo artículo 33 se establecen foros de competencia.

Además, se pregunta al TJUE si la norma de competencia judicial internacional de dicho artículo 33 regula también la competencia territorial.

La razón es que el Tribunal ordinario de Roma, donde se interpuso la demanda considera que solo sería competente si el Convenio fuera aplicable exclusivamente y la determinación del concreto órgano jurisdiccional italiano correspondería a las normas de derecho interno y no al Convenio de Montreal. De lo contrario, la competencia correspondería al Tribunal de Civitavecchia, lugar de origen del primer vuelo y de destino del segundo.

Resulta interesante el criterio del Abogado General Saugmandsgaard Øe en sus Conclusiones, ap. 53 y ss., donde por primera vez se posiciona sobre esta cuestión. El AG realiza una interpretación, literal, teleológica y contextual sobre el artículo 33 del Convenio de Montreal para llegar a la conclusión de que esa norma determina no solo los tribunales nacionales internacionalmente competentes sino también el concreto órgano jurisdiccional territorialmente competente. Criterios asumidos por el TJUE en su decisión final (Natividad Goñi Urriza, 2020).

En cuanto a la interpretación literal, el AG establece que el artículo 33 precisa “qué órgano jurisdiccional, entre los de ese territorio, puede declararse competente *ratione loci*, utilizando para ello una expresión en singular, «el tribunal», y no en plural, en dos ocasiones”.

Por lo que hace a la interpretación teleológica el AG considera que

la adopción de normas que designan de forma directa el tribunal territorialmente competente tiene generalmente como objetivo, por un lado, facilitar la aplicación de estas normas tanto por las autoridades de los Estados como por los justiciables afectados y, por otro lado, garantizar una adecuada proximidad entre el tribunal y el objeto del litigio que ha de resolverse.

Y finalmente, el AG despeja toda duda sobre la posibilidad de que el apartado 4 de dicho artículo 33 estuviera dejando en manos de las respectivas normativas nacionales la determinación de la competencia territorial

al establecer que: “Las cuestiones de procedimiento se registrarán por la ley del tribunal que conoce del caso”. Es la interpretación que defendía tanto el gobierno italiano como los demandantes, Guitoli y otros.

Sin embargo, el AG determina que

...debe entenderse que la remisión al Derecho nacional contenida en el artículo 33, apartado 4, del Convenio de Montreal es residual, en la medida en que se refiere a normas de naturaleza procesal distintas de los criterios de vinculación unificados que regulan la competencia *ratione loci* y que están previstos en dicho apartado 1.

Por tanto, queda establecida la jurisprudencia de que el artículo 33 sirve tanto para la determinación de la competencia judicial internacional como la territorial.

5. Un paso más hacia la equiparación con el resto de consumidores: Sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020, *Delayfix*²⁴

Estamos ante una decisión particularmente interesante que acerca de alguna manera los derechos de los pasajeros de avión a los de los consumidores, excluidos por lo que a la competencia judicial internacional se refiere por el artículo 17.3 R. Bruselas I bis.

En definitiva, se trata de un asunto en el que un pasajero que ha sufrido una cancelación de vuelo entre Milán y Varsovia, cede sus derechos de compensación a una empresa de gestión de créditos (*Delayfix*). El contrato de transporte incorporaba una cláusula de sumisión a los Tribunales de Irlanda para cualquier controversia derivada del contrato. Al no ser una cláusula negociada individualmente, cabría determinar si puede ser considerada nula de acuerdo a la Directiva 93/13²⁵ y por tanto resultaría de aplicación lo establecido en el R. Bruselas I bis en defecto de pacto (tribunales del lugar de cumplimiento o del domicilio del demandado). Además, ante la oposición

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2020. *Ryanair DAC contra DelayFix*. Asunto C-519/19, ECLI:EU:C:2020:933.

²⁵ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO n° 95 de 21 de abril de 1993.

de la demandada, el TJUE debería responder a si dicha protección de la Directiva 93/13 se hace extensible a una empresa de gestión de créditos como la demandante.

El TJUE considera que corresponde al órgano judicial remitente verificar, de acuerdo a la legislación del Estado cuyos órganos jurisdiccionales son designados en esa cláusula si una agencia de gestión de cobros se subroga en todos los derechos y obligaciones del pasajero que es el contratante inicial.

En todo caso, el TJUE considera que

una tal cláusula, incluida sin haber sido negociada individualmente en un contrato celebrado entre un consumidor, a saber, el pasajero aéreo, y un profesional, a saber, la citada compañía aérea, y que confiere competencia exclusiva al órgano jurisdiccional en cuyo territorio está situado el domicilio de esta, debe considerarse abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta decisión supone un paso adelante hacia el objetivo defendido por muchos autores de acabar finalmente con la exclusión del artículo 17.3 R. Bruselas I bis de los contratos de transporte en los que intervienen consumidores, ya que es utilizada por las compañías aéreas para eludir su responsabilidad de acuerdo con el R. 261/2004 (Anna María Ruiz Martín, 2021).

No hay que olvidar que la empresa de gestión solo se beneficiará de las restricciones de la Directiva 93/13 si no actúa como profesional sino subrogada en los derechos y deberes del consumidor/pasajero, de lo contrario perdería la consideración de consumidor y no se tendría en cuenta que la cláusula no fue negociada individualmente (Marta Carballo Fidalgo, 2022).

En todo caso, si es una reclamación directa del pasajero, no hay duda de que a efectos de la Directiva 93/13 tendrá plena protección frente a cláusulas abusivas de elección de tribunal.

Es importante destacar que la idea de que el TJUE haya manifestado siempre que el concepto de acuerdo de elección de tribunal sea un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea, independiente de lo establecido en las legislaciones nacionales (Brooke Marshall, 2022, p. 302). No contradice esta afirmación que sea la legislación irlandesa la que determine la posibilidad de que el acuerdo sea obligatorio también para la empresa de gestión de créditos.

No resultaba fácil para el TJUE encontrar fundamentación legal y jurisprudencial en este asunto (donde no hubo conclusiones del AG) y aunque sea un camino argumentalmente discutible por algunos (Jeremy Heymann, 2021), el TJUE tiene claro los intereses superiores a defender e inicia un camino para aumentar la protección de los pasajeros de avión que, por el momento, sufren un agravio comparativo frente al resto de los consumidores.

Quisiera concluir el análisis de esta decisión con lo establecido en su cdo 39: "...la circunstancia de que el contrato de que se trata se haya concluido en línea no invalida, por sí misma, dicha cláusula, siempre que se cumplan los requisitos, enunciados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, relativos, en particular, a la conservación del texto en el que se estipula tal cláusula".

Si la equiparación entre ambos tipos de consumidores, a los efectos de establecer la competencia judicial internacional y de, eventualmente, acabar con la exclusión del citado artículo 17.3, se produjera esta afirmación no sería baladí. Ya que teniendo en cuenta, como se dijo al inicio el aumento de celebraciones de contratos de transporte que se verifican por Internet y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE (Sentencia *Pammer*²⁶ y otras posteriores) sobre los consumidores *online*, el vuelco de la situación a favor de estos consumidores sería muy favorable a que —casi siempre— pudieran interponer la demanda de reclamación derivada del R. 261/2004 ante los Tribunales del Estado de su domicilio.

IV. CONCLUSIONES: ¿CUÁL SERÁ EL LÍMITE EN LA TENDENCIA A LA AMPLIACIÓN POR LA VÍA JURISPRUDENCIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS DE AVIÓN DADA SU MANIFIESTA INDEFENSIÓN?

1) Los pasajeros de avión, como consumidores de facto que contratan servicios para un uso personal o distinto al de su actividad profesional siguen excluidos de la protección que a la hora de litigar les proporciona el sistema de Bruselas en sus sucesivos textos legales.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010. *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) y *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller* (C-144/09). Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09. *Rec. 2010 I-12527*, ECLI:EU:C:2010:740. Cdo. 93.

El TJUE ha ido reduciendo el margen con los consumidores protegidos por el sistema de Bruselas a través de una serie de decisiones que interpretan el concepto de lugar de cumplimiento del actual artículo 7.1 a) del R. Bruselas I bis.

2) Dicha interpretación comienza con la seminal Sentencia *Rehder* que amplía la posibilidad de demanda al lugar de origen y al de destino a elección del demandante, siendo de hecho una habilitación al *forum actoris* del pasajero reclamante. El camino marcado en *Rehder* se amplió en *Flightright* al permitir demandar, en caso de vuelos con más de un trayecto y gestionados por compañías distintas, también al transportista que no contrató directamente con el pasajero ante los tribunales del lugar de despegue inicial o de destino final.

3) No obstante, el TJUE deja abierta la posibilidad en *Lot Polish Airlines* a ampliar sus criterios atendiendo al caso concreto y respetando los principios de proximidad y previsibilidad y no cierra la puerta a otras posibilidades de demanda. Sin olvidar nunca que estos foros de competencia especiales del R. Bruselas I bis conviven con el foro del domicilio del demandado que, en ocasiones, puede coincidir con el del pasajero demandante.

4) En cuanto a los acuerdos de elección de tribunal, si bien, nuevamente, las limitaciones a la autonomía de la voluntad cuando existe una parte más débil del R. Bruselas I bis no incluyen a los pasajeros de avión, el TJUE, aplicando la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, limita dicha práctica. Resulta aún más interesante y eficaz esta limitación a las cláusulas no negociadas individualmente en un tiempo en que la inmensa mayoría de pasajes de avión se contratan por Internet y donde las cláusulas de adhesión son la regla general.

5) Precisamente, por esta tendencia al consumo *online*, también en materia de contrato de transporte, la cuestión de dilucidar si la existencia de una determinada sucursal puede condicionar la demanda si está incluida en atención al artículo 7.5 del R. Bruselas I bis puede tener menos importancia.

6) Aunque la arquitectura legal de protección al consumidor construida con los cimientos del R. 261/2004 y R. Bruselas I bis excluye en cierta medida de las ventajas en clave de litigación al consumidor pasajero de avión, el TJUE lleva a cabo una labor de extender al máximo a través de una vía interpretativa literal, contextual y teleológica ese nivel de protección.

Lo hace también el TJUE, al interpretar el Convenio de Montreal que tiene sus propias normas de competencia, facilitando al máximo la clari-

dad y el principio de previsibilidad al considerar que dicha norma del artículo 33 del Convenio sirva no solo para fijar la competencia judicial internacional sino la de los concretos órganos jurisdiccionales territorialmente competentes.

7) Por último, como conclusión final, quiero confirmar la hipótesis de la desprotección mayor que sufren este tipo de consumidores comparados con el resto. Si bien, en el ámbito de la UE resulta compensada por la interpretación extensiva de las normas que hace su máximo intérprete propondríamos la aprobación de una normativa uniforme que recogiera la casuística más frecuente puesta de manifiesto en este trabajo. En este sentido, solo me gustaría poner de relieve el papel fundamental del TJUE en la protección de los consumidores, gracias a sus competencias en un espacio integrado como es la UE.

V. REFERENCIAS

- Andreeva Andreeva, V. Auto del TJUE de 13 de febrero de 2020, asunto C-606/19: *Flightright GmbH vs. iberia LAE, SA* operadora unipersonal. *La Ley Unión Europea*, (81).
- Basedow, J. (2010). The court of justice and private law: Vacillations, general principles and the architecture of the european judiciary. *European Review of Private Law*, 18(3).
- Broberg, M. (2009). Air passengers' rights in the european union: The air carriers' obligations vis-à-vis their passengers under regulation 261/2004. *Journal of Business Law*, (7), 727-742.
- Carballo Fidalgo, M. (2022). La directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el tribunal de justicia de la unión europea. aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 14(1), 65-87.
- Carizo Aguado, D. (2019). “Trampantojo” de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía ryanair en vuelos internacionales- “Trampantojo” forums for the numerous breaches carried out by ryanair in international flights. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 11(2), 490-507.
- Cordero Álvarez, C. I. (2018). Cuestiones de competencia judicial internacional en el ejercicio del derecho de compensación de los pasajeros en el transporte aéreo en la unión europea. *La Ley Mercantil*, (49), 5.

- Deviatnikovaitė, I. (2018). The Montreal Convention of 1999 and regulation no 261/2004 in the ECJ and national case law. *Baltic Journal of Law & Politics*, 11(1), 21-47.
- Feliú Álvarez de Sotomayor, S. (2022). La localización del lugar de prestación de servicios como criterio atributivo de jurisdicción en materia de contratos de transporte aéreo de pasajeros: Sentencia del tribunal de justicia 3 de febrero de 2022, asunto C-20/21: LOT polish airlines. *La Ley Unión Europea*, (103), 7.
- Flaquer Riutort, J. (2019). De nuevo sobre el concepto de circunstancias extraordinarias utilizado en el reglamento (CE) n° 261/2004, sobre compensaciones a los pasajeros en caso de gran retraso de los vuelos. *La Ley Mercantil*, (61), 7.
- Garben, S. (2013). Sky-high controversy and high-flying claims? the sturgeon case law in light of judicial activism, euroscepticism and eurolegalism. *Common Market Law Review*, 50(1).
- Gómez Puente, M. (2012). Asistencia y compensaciones por retrasos y cancelaciones de vuelos (la doctrina del tribunal de justicia de la unión europea). Paper presented at the *Administración Y Justicia: Un Análisis Jurisprudencial: Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, 3283-3304.
- Goñi Urriza, N. (2020). La determinación de la competencia judicial internacional en las reclamaciones de indemnización y daños resultantes de la cancelación y retraso de vuelos: La sentencia del tribunal de justicia de 7 de noviembre de 2019, C-213/18, A. guaitoli y otros c. easyjet airline co. ltd. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 12 (2), 1030-1035, <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5650>
- Heymann, J. (2021). Clauses attributives de compétence et cession de créance: Du désordre et de l'incohérence. *Revue Critique De Droit International Privé*, 21(2), 421-434.
- Jiménez Blanco, P. (2009). La aplicación del foro contractual del reglamento de bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros: Comentario a la STJCE, asunto C-204/08: Peter rehder c. air baltic corporation. *Diario La Ley*, (7294), 1.
- Maestre Casas, P. (2011). The unprotected air passenger: Obstacles to judicial protection in cross-border disputes for non-compliance by airlines (ECJ judgement of 9 july 2009, rehder, C-204/08). *Cuadernos Derecho Transnacional*, 3, 282.

- Marshall, B. (2022). Asymmetric jurisdiction clauses and the anomaly created by article 31 (2) of the brussels I recast regulation. *International & Comparative Law Quarterly*, 71(2), 297-321.
- Pantazi, T. (2020). ‘I know that I know nothing’: Extraordinary circumstances in air passenger rights regulation. *European Review of Private Law*, 28(5)
- Paredes Pérez, J. I. (2019). Pluralidad de lugares de prestación de servicios en los contratos de transporte de personas y mercancías. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 11(1), 478-497. <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4629>
- Pazos Castro, R. (2017). El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros. *InDret*, 2.
- Poesen, M. (2018). Jurisdiction over matters relating to a contract under the brussels I (recast) regulation: No direct contractual relationship required: Joined cases C-274/16, C-448/16 and C-447/16 flightright GmbH v. air nostrum, líneas aéreas del mediterráneo SA, roland becker v. hainan airlines co. ltd and mohamed barkan and others v. air nostrum, líneas aéreas del mediterráneo SA, EU: C: 2018: 160. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(4), 516-523.
- Quintana, I. (2022). “Declinatoria de competencia judicial y derecho de la UE. comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Girona de 28 de enero de 2022: El derecho de la unión europea permite formular declinatoria de competencia judicial una vez transcurrido el plazo de 10 días establecido por el artículo 64.1 de la LEC”. *Almacén del Derecho*, Noviembre.
- Ruiz Martín, A. M. (2021). Validity of choice of court agreements, abusive terms in air carriage contracts, assignments and compensation, is there room for anyone else? (comments on CJEU judgment delayfix, c-519/19). *Cuadernos Derecho Transnacional*, 13(2), 882-895. <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6304>
- Tang, S. Z. (2013). Air carriers’ obligation in ‘Extraordinary circumstances’. *European Journal of Risk Regulation*, 4(2), 275-279.
- Tang, Z. S. (2011). Aviation jurisdiction and protection of passengers. *European Journal of Consumer Law-Revue Européenne De Droit De La Consommation*, , 331-355.
- Van Calster, G. (2016). *European private international law* (2a. ed.). Hart Publishing.
- Velázquez Gardeta, J. M. (2017). Comparative analysis of CJEU and north american jurisprudence in the area of the validity of juris-

diction clauses in online consumer contracts. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, (148), 427-456. <https://doi.org/https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148>

Velázquez Gardeta, J. M. (2013). La protección del consumidor en el marco de las relaciones internacionales de consumo “online”: Un estudio del derecho comparado desde la jurisprudencia más reciente. *Cursos De Derecho Internacional Y Relaciones Internacionales De Vitoria-Gasteiz= Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbide Eta Nazioarteko Herremanen Ikastaroak*, (1), 533-562.